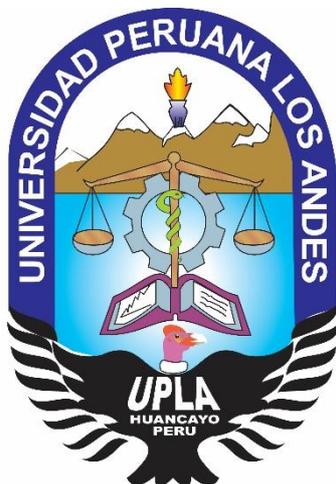


# UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

## Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

### Escuela Profesional de Derecho



## TESIS

Título : **EL CONSENSUALISMO Y LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA.**

Para Optar : **EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor : **QUISPE LÓPEZ NANCY**

Asesor : **ABOG. JACOB ELIAS BRAVO CONTRERAS**

Línea de Investigación Institucional : **DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS**

Fecha de Inicio y de Culminación : **SETIEMBRE 2019 A FEBRERO 2021**

HUANCAYO – PERÚ

2021

**DEDICATORIA**

A mis padres y familiares que me apoyaron en alcanzar mis objetivos.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Peruana Los Andes y a los docentes de la Facultad de Derecho, por haberme orientado en mi formación académica.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “El consensualismo y la falta de seguridad jurídica”, tiene como propósito analizar la seguridad jurídica en la transferencia de propiedad de bienes inmuebles en nuestra legislación civil, debido a que el legislador determinó de forma incorrecta la transferencia de dominio de la propiedad en el artículo 949 del Código Civil vigente, al momento de adherirse al principio del consensualismo de la doctrina francesa, principio que ha sido duramente cuestionado por juristas nacionales, porque de acuerdo a un estado democrático moderno y a la evolución del sistema registral en nuestro país, es necesario realizar un cambio trascendental en la transferencia de propiedad inmueble, porque el actual conlleva a una inseguridad jurídica permanente, como consecuencia de ciudadanos que transfieren una misma propiedad a dos o más personas, sabedores que no existe un dispositivo normativo que obligue a la inscripción registral para aplicar el principio de publicidad, de manera que en el registro dicho transferente ya no figuraría como actual propietario y entonces ya no podría de mala fe seguir vendiendo un mismo bien a varias personas.

La estructura, de la presente investigación está compuesta por seis capítulos, de manera que pasaremos a detallar de forma resumida cada una de ellas. **En el primer capítulo** denominado Planteamiento del problema, se argumentan los fundamentos para la descripción de la realidad problemática, delimitación del problema, la justificación, y los demás elementos del indicado capítulo.

En lo referido a la formulación del problema, que se plantea a través del problema general: ¿De qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación civil peruana?, en ese mismo contexto el objetivo general se encuentra formulado de la siguiente manera: determinar de qué manera el principio de consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación peruana; para luego presentar la hipótesis general con

el siguiente texto: el principio de consensualismo y los contratos de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica de la legislación peruana, hipótesis que será materia de la respectiva contrastación.

En el punto pertinente se analizan los antecedentes de la presente investigación, a fin de conocer cuáles fueron los criterios de dichos trabajos de investigación y poder establecer las últimas tendencias acerca de los sistemas de transferencia y de inscripción registral que nos ayudarán a realizar el análisis de nuestra variable independiente establecida como: el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles y de la variable dependiente establecida como: seguridad jurídica, en este capítulo se desarrolla las bases teóricas de la investigación mediante el análisis y la hermenéutica jurídica con la finalidad de extraer metodológicamente las ideas y posiciones de los diferentes autores que tratan sobre nuestro tema de investigación.

En el capítulo dos denominado metodología se describe la manera como se efectuará la recolección y el procesamiento de la información, en el presente caso de acuerdo a la naturaleza de la investigación, se aplicó el método general inductivo-deductivo y como método específico la hermenéutica jurídica, en ese mismo orden de ideas y coherente con la naturaleza de la investigación se aplicó el tipo básico fundamental, con un nivel explicativo y con el diseño observacional; además, se hizo uso de la técnica de análisis documental con el uso de la ficha textual, de resumen y bibliográfica.

En lo correspondiente al **capítulo tres** designado como resultados, se han consignado de forma objetiva y sistemática, los datos que han de usarse para el análisis y discusión a fin de llegar a una contrastación de hipótesis, la técnica utilizada en este capítulo fue la de sistematizar las tres hipótesis específicas de nuestro trabajo de investigación a través de la información que fue obtenida en las bases teóricas, con lo que se logró realizar una evaluación crítica, la misma que obtuvo a los siguientes resultados:

- Nuestra legislación civil en lo correspondiente a los modos de adquirir la propiedad, prescrito en el artículo 949 del Código Civil, se adscribe al sistema consensual de adquisición de derechos reales, que consiste que en el acto de intercambio en el acuerdo de voluntades para que se complete la incorporación del derecho real dentro del patrimonio del adquirente, es suficiente el mero o simple consentimiento de las partes celebrantes, salvo en la transferencia de bienes muebles y la constitución de hipoteca, que sí tienen exigencias posteriores para la incorporación del derecho real en la esfera jurídica del adquirente.
- El perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles, prescrito en el artículo 1352 del Código Civil, se encuentra eminentemente adscrito al principio de la consensualidad, en la que solo es suficiente el simple consentimiento de los contratantes para que se perfeccione el contrato, es decir, no se exige una forma *ad solemnitatem*, es decir, que sea por escritura pública, por lo que la transferencia de un bien inmueble solo debe constar por escrito para que tenga validez y es más sino se exige la escritura pública tampoco se exige la inscripción registral generándose así una vulneración a la seguridad jurídica dinámica.
- Los contratos consensuales de compraventa de bienes inmuebles mantienen una libertad de forma, sin necesidad de algún requisito adicional como la entrega, la escritura pública y la inscripción registral, solo basta el simple consentimiento de las partes celebrantes para que dicho contrato quede perfeccionado y el adquirente ostente la calidad de propietario; lo que permite que de mala fe el propietario originario tenga la posibilidad de transferir un mismo bien inmueble a varias personas, bajo la libertad contractual en la forma y como la ley no exige una forma *ad solemnitatem*, que quiere decir por escritura pública o que sea materia de inscripción registral, se vulnera la confiabilidad de la seguridad jurídica.

El **capítulo cuatro** determinado en la estructura para el análisis y discusión de los resultados, se aplica por cada hipótesis específica un razonamiento valorativo y de reflexión con la data de información en las bases teórica y del capítulo tercero con la finalidad de establecer las conclusiones correspondientes y lograr la contrastación de las hipótesis específicas a fin de validar la hipótesis general, por lo que mencionaremos las discusiones más resaltantes del presente trabajo de investigación que arribamos en el siguiente texto:

- Se ha determinado que la transmisión de la propiedad inmueble en la legislación civil peruana al mantenerse adherida al principio del consensualismo cuya característica es que con el solo consentimiento se hace al acreedor propietario del bien inmueble materia del contrato sin otro requisito como la escritura pública y la inscripción registral para su validez, y que en esta forma de transmisión de la propiedad inmueble al mantenerse oculta, o en silencio, o en clandestinidad como es el caso de los sistemas espiritualistas que con el simple consenso se transfiere la propiedad, no se puede oponer a los demás este hecho sino se encuentran en la posibilidad de conocer del contrato transmisor de la propiedad que se ha celebrado. Por eso, existe crítica a la incoherencia que existe en el artículo 949 del Código Civil ya que no exige publicidad, entonces no hay manera del derecho de oponibilidad.
- Se ha determinado que el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles contenido en el artículo 1352 del Código Civil mantiene concordancia con el artículo 949 del mismo Código al estar referidos que la transmisión de bienes inmuebles y el perfeccionamiento de este contrato se cumple con el simple consentimiento de las partes, es decir, ambos están adscritos al principio del consensualismo, sin la exigencia de escritura pública y de inscripción registral para que el acreedor tenga la calidad de propietario; asimismo, se ha determinado que la

seguridad jurídica de la dinámica en la relación jurídica, entendida como hecho jurídico que crea, regula y extingue relaciones jurídicas, al aplicarse el principio del consensualismo que crea una relación jurídica que le da la calidad de propietario al comprador con el solo consentimiento de las partes celebrantes, le asegura el derecho de propiedad al adquirente, y como la ley hace que los contratos sean obligatorios, el dominio de la propiedad y el perfeccionamiento de su contrato son de fiel cumplimiento; esto, en un sistema donde impera el principio del consensualismo. Pero, en la actualidad, en la doctrina moderna la transmisión de bienes inmuebles, se exige requisitos de reconocibilidad adicionales al contrato, para ejercer el dominio de la propiedad, como es el caso de la tradición y de la inscripción registral. Entonces, en este caso la seguridad jurídica de la dinámica en la relación jurídica se ve afectada en nuestra legislación civil por mantener el principio del consensualismo que se encuentra desfasado en un Estado democrático moderno.

- Se ha determinado que los contratos consensuales de compraventa de inmuebles en nuestra legislación civil, a pesar que nos encontramos en un Estado democrático moderno, mantiene aún el principio del consensualismo cuando en la doctrina moderna se encuentra vigente como requisito de adquisición de dominio del bien inmueble la escritura pública y la inscripción registral, de igual manera se ha determinado lo mismo en la confiabilidad de la seguridad jurídica.

Finalmente, con los **capítulos cinco y seis**, se logra arribar a las conclusiones y sus respectivas recomendaciones, que serán presentadas de manera sistemática por cada hipótesis específica y una general, y del mismo modo se presentará la estructura en las recomendaciones.

Esperando que la presente tesis sirva de base a otras investigaciones y de aporte a la comunidad jurídica, estaremos atentos para el respectivo debate académico a fin de sustentar nuestra posición académica.

## CONTENIDO

<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>ii</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>iii</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>iv</b>
<b>CONTENIDO</b> .....	<b>ix</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>xvi</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>xvii</b>
<b>CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA</b> .....	<b>16</b>
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA .....	16
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA .....	19
1.2.1. Delimitación espacial .....	19
1.2.2. Delimitación temporal.....	19
1.2.3. Delimitación conceptual .....	20
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	20
1.3.1. Problema general.....	20
1.3.2. Problemas específicos .....	20
1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN .....	20
1.5. JUSTIFICACIÓN.....	21
1.5.1. Social.....	21
1.5.2. Teórica .....	21
1.5.3. Metodológica .....	22
1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
1.6.1. Objetivo general.....	22
1.6.2. Objetivos específicos .....	22

1.7. Importancia de la investigación.....	23
1.8. Limitaciones de la investigación .....	23
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>24</b>
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	24
2.1.1. Internacionales .....	24
2.1.2. Nacionales.....	28
2.1.3. Locales .....	32
2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN .....	33
2.2.1. El contrato .....	33
2.2.1.1. Naturaleza del contrato.....	35
2.2.1.2. Forma del contrato .....	37
2.2.1.2.1. Formas consensuales .....	39
2.2.1.2.2. Forma convencional .....	41
2.2.1.3. Contratos consensuales, formales y reales .....	42
2.2.1.3.1. El principio del consensualismo.....	44
2.2.1.4. Contrato, convención y pacto.....	47
2.2.1.5. El consentimiento .....	49
2.2.1.5.1. La oferta .....	50
2.2.1.5.2. La aceptación.....	52
2.2.1.6. Negociación contractual.....	53
2.2.1.7. Perfeccionamiento de contrato .....	55
2.2.1.7.1. Teorías sobre el momento en que se perfecciona el contrato.....	57
2.2.1.7.1.1. Teoría de la declaración .....	57
2.2.1.7.1.2. Teoría de la expedición .....	58
2.2.1.7.1.3. Teoría de la recepción .....	59

2.2.1.7.1.4. Teoría del conocimiento.....	59
2.2.1.8. Eficacia del contrato.....	60
2.2.1.9. Efectos del contrato.....	60
2.2.1.10. Propiedad.....	62
2.2.1.10.1. Definición de Propiedad.....	62
2.2.1.10.2. Derechos de la propiedad.....	63
2.2.1.10.3. Atributos de la propiedad.....	64
2.2.1.10.4. Caracteres de derecho de propiedad.....	66
2.2.1.10.5. Título y Modo.....	68
2.2.1.10.5.1. Teorías sobre el título y modo.....	69
2.2.1.10.5.2. Posiciones contemporáneas del título y modo.....	70
2.2.1.10.6. Transmisión de la propiedad inmueble en el Código Civil peruano.....	71
2.2.1.10.6.1. Concurso de acreedores.....	72
2.2.1.11. Sistemas clásicos de transferencia de propiedad.....	73
2.2.1.11.1. El Sistema romano.....	73
2.2.1.11.2. El Sistema francés.....	74
2.2.1.11.3. El sistema alemán.....	76
2.2.1.11.4. El sistema peruano.....	76
2.2.1.12. Sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad.....	77
2.2.1.12.1. Sistema de unidad de contratos.....	77
2.2.1.12.1.1. Sistema transmisivo de la causa única.....	77
2.2.1.12.1.2. Sistema transmisivo de doble causa.....	78
2.2.1.12.1.3. Sistema de separación del contrato.....	78
2.2.2. SEGURIDAD JURÍDICA.....	82
2.2.2.1. Definición de seguridad jurídica.....	82

2.2.2.2. Relación de la seguridad jurídica .....	84
2.2.2.3. Elementos de la seguridad jurídica.....	86
2.2.2.4. Importancia de la seguridad jurídica .....	88
2.2.2.5. Seguridad jurídica como valor o principio .....	91
2.2.2.6. Amenazas a la seguridad jurídica.....	95
2.2.2.7. La crisis de la Ley y la seguridad jurídica.....	97
2.2.2.8. El precedente judicial y la seguridad jurídica .....	98
2.2.2.9. Indicadores de la seguridad jurídica.....	99
2.2.2.9.1. Esbozo de los indicadores .....	102
2.2.2.9.1.1. Cognoscibilidad.....	102
2.2.2.9.1.2. Confiabilidad.....	104
2.2.2.9.1.3. Calculabilidad.....	109
2.2.2.10. La estadística y la dinámica de la relación patrimonial .....	111
2.2.2.10.2. La dinámica de la relación jurídica .....	114
2.2.2.10.3. Críticas a las posiciones tradicionales en torno a la dinámica de la relación jurídica.....	115
2.2.2.10.4. Construcción personal sobre la dinámica de la relación jurídica .....	117
2.2.2.10.5. La dinámica y el derecho de oponibilidad en la relación.....	118
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	119
2.3.1. HIPÓTESIS Y VARIABLES .....	121
2.3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES .....	122
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....</b>	<b>124</b>
3.1. METODOLOGÍA .....	124
3.2. TIPO DE ESTUDIO.....	125
3.3. NIVEL DE ESTUDIO .....	126

3.4. DISEÑO DE ESTUDIO.....	126
3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO .....	127
3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS.....	127
3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA .....	128
3.8. MAPEAMIENTO .....	128
3.9. RIGOR CIENTÍFICO .....	130
3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	130
3.10.1. Técnicas de recolección de datos .....	130
3.10.2. Instrumentos de recolección de datos .....	131
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....</b>	<b>132</b>
4.1. RESULTADOS .....	132
4.1.1. RESULTADOS LOGRADOS EN LA INVESTIGACIÓN REFERIDOS A LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA .....	132
4.1.2. RESULTADOS LOGRADOS EN LA INVESTIGACIÓN REFERIDOS A LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA .....	136
4.1.3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN REFERIDOS A LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA .....	139
4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	141
4.2.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA ..	141
4.2.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA. 143	
4.2.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA..	146
4.2.4. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA HIPÓTESIS GENERAL .....	149
<b>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS .....</b>	<b>152</b>
<b>CAPÍTULO VI: PROPUESTA DE MEJORA .....</b>	<b>156</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>160</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>161</b>

<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>162</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>167</b>
MATRIZ DE CONSISTENCIA .....	168
INSTRUMENTOS .....	169
PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS .....	170
PROCESO DE CODIFICACIÓN.....	172
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL.....	177
COMPROMISO DE AUTORÍA.....	178

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1.</b> Proceso de codificación de la primera hipótesis específica .....	172
<b>Tabla 2.</b> Proceso de codificación de la segunda hipótesis específica .....	173
<b>Tabla 3.</b> Proceso de codificación de la tercera hipótesis específica.....	174
<b>Tabla 4.</b> Operacionalización de variables .....	176

## RESUMEN

La presente investigación estableció como problema general: ¿De qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación civil peruana?; por lo que el objetivo general fue: determinar de qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación peruana; de modo que, en la metodología para contrastar la hipótesis se aplicó el método general inductivo-deductivo, del mismo modo la presente investigación se ubica dentro del tipo básico o fundamental, con un nivel explicativo y de enfoque cualitativo, con un diseño observacional, mediante el uso de la técnica de análisis documental de disposiciones normativas y textos jurídicos que fueron procesados a través de la argumentación jurídica con el uso de la ficha textual y de resumen como instrumentos de recolección de datos, esto con el análisis de los textos jurídicos con información importante; de igual manera, en el trabajo de investigación se obtuvo el siguiente resultado: el principio del consensualismo prescrito en el artículo 949 del Código Civil vigente, vulnera la seguridad jurídica de los adquirentes que no realizaron inscripción registral del contrato de compraventa de bienes inmuebles, ya que confiados en que solo basta el simple consentimiento para adquirir la calidad de propietario no se preocupan en la respectiva inscripción registral; pero, cuando se presenta la concurrencia de acreedores prescrita en el artículo 1135 del Código Civil se declara propietario al que ha inscrito con fecha anterior; generando inseguridad jurídica en nuestra legislación civil; se obtuvo como conclusión más resaltante: el principio del consensualismo en la legislación civil peruana vulnera el derecho de propiedad constitucional del comprador originario que no realizó inscripción registral.

**Palabras clave:** Principio del consensualismo, contratos de compraventa de inmuebles, inscripción registral, concurrencia de acreedores y seguridad jurídica.

## ABSTRACT

The present investigation established as a general problem: In what way does the principle of consensualism in property sale contracts influence the legal security of Peruvian civil legislation ?; Therefore, the general objective was: to determine how the principle of consensualism in real estate purchase contracts influences the legal security of Peruvian legislation; So, in the methodology to contrast the hypothesis, the general inductive-deductive method was applied, in the same way the present investigation is located within the basic or fundamental type, with an explanatory level and a qualitative approach, with an observational design, through the use of the technique of documentary analysis of normative provisions and legal texts that were processed through legal argumentation with the use of the textual and summary file as data collection instruments, this with the analysis of legal texts with information important; Similarly, in the research work the following result was obtained: the principle of consensualism prescribed in article 949 of the current Civil Code, violates the legal security of the acquirers who did not register the real estate sale contract, since confident that only simple consent is enough to acquire the quality of owner do not worry about the respective registration; but, when the concurrence of creditors prescribed in article 1135 of the Civil Code is presented, the owner who has registered with a previous date is declared the owner; generating legal uncertainty in our civil legislation; The most outstanding conclusion was obtained: the principle of consensualism in Peruvian civil law violates the constitutional property right of the original buyer who did not register.

**Keywords:** Principle of consensualism, real estate sale contracts, registration, concurrence of creditors and legal certainty.

## **CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

La transmisión de propiedad inmueble en nuestra legislación civil, se encuentra orientada a través de los derechos reales en concordancia con los contratos, el primero de ellos ubicado en el subcapítulo IV del Título II referido a la propiedad; y, el segundo ubicado en el Libro VII denominado Fuentes de las Obligaciones del Título I del mismo cuerpo de leyes, mediante los artículos 949 y 1352 del Código Civil respectivamente.

De esta manera, la adquisición de dominio de la propiedad inmueble en nuestra legislación se encuentra adherida al principio del consensualismo de influencia de la doctrina francesa que determina la transferencia de la propiedad inmueble mediante el simple consenso de las partes celebrantes, es decir, con solo el consentimiento se perfecciona el contrato de compraventa de bienes inmuebles, sin necesidad de cualquier otro requisito; por lo que el adquirente ya ostenta la calidad de propietario del bien inmueble adquirido.

En este sentido, la transferencia de inmuebles en nuestro país genera problemas de inseguridad jurídica, para los adquirentes, porque no existe obligación de inscripción registral y esto es aprovechado por los vendedores originarios para volver a vender la misma propiedad a diferentes personas y que luego se desencadenan conflictos por mejor derecho de propiedad, perjudicando al comprador inicial que no llevó a cabo la inscripción registral.

El sustento para que se aplique el principio del consensualismo en la transferencia de bienes inmuebles, se encuentra fundamentado en que la libre disposición de la propiedad debe ser con el menor gasto de tiempo, esfuerzo y dinero desde un punto de vista económico, ya que los adquirentes ostentan la propiedad sin tener la exigencia en muchos casos de la participación de un abogado, de acudir a la notaría pública y de pagar costos en la Oficina Registral de Propiedad Inmueble, dando así la oportunidad del tráfico inmobiliario célere y sin mucho problema. A esto debemos agregar, que el fundamento en la exposición de motivos del Código Civil antes de entrar en vigencia, se mencionaba que el sistema de inscripción registral en nuestro país no se encontraba debidamente preparado ya que existía pocas oficinas registrales con logística inadecuada y falta de personal entendido en la materia, y que además en lugares alejados no existía oficinas registrales y que los ciudadanos salían perjudicados con el incremento de gastos económicos para realizar la respectiva inscripción en las capitales de las ciudades y para evitar ello, era mejor aplicar el principio del consensualismo.

Sin embargo, nuestro sistema registral en la actualidad ha mejorado en logística y personal capacitado en materia registral, además de que se han creado una serie de oficinas de enlace en lugares donde antes se carecía de esta institución importante, ya que con el crecimiento de la población, de las necesidades financieras, del avance de la tecnología y la ciencia, se ha modernizado el sistema registral dirigido por la Superintendencia de los Registros Públicos a cargo del Ministerio de Justicia.

Entonces, los fundamentos de continuar con el principio del consensualismo ya se han desvanecido y el problema fundamental que se ha detectado es que el simple consentimiento de las partes celebrantes como una manera sencilla de transferir la propiedad inmueble, se ha tornado en un problema que trae consecuencias graves a los ciudadanos que de buena fe adquieren dichas propiedades, debido a que el transferente originario de mala fe puede vender o disponer de una misma propiedad a dos o más personas, ya que si no existe obligación de

inscripción registral y que con el solo consenso el adquirente ya ostenta la calidad de propietario, se confía y mantiene en privado su adquisición y no lo publica corre el riesgo de perder su derecho de propiedad.

Si bien es cierto que los legisladores han tratado de complementar de forma inadecuada este problema, han prescrito en el artículo 1135 del Código Civil vigente lo referido a la concurrencia de acreedores, esto no soluciona el problema que cada día se va incrementando al aplicar las reglas de la concurrencia de acreedores que trata de resolver el problema de la siguiente manera: si el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Como podemos advertir la disposición normativa antes indicada ingresa al ámbito de las obligaciones por lo que una persona se encuentra obligada a entregar un bien de conformidad a las reglas indicadas; en este contexto, en la realidad de nuestro país se ha incrementado la mala fe de las personas amparados en el artículo 949 del Código Civil en la que se ven perjudicados los adquirentes que en la creencia de que porque compraron primero ya son propietarios absolutos y que si el propietario originario vuelve a vender estaría vendiendo un bien ajeno que a ellos les corresponde, y en ese orden de ideas se encuentra tipificado en el Código Penal la figura de estelionato como un delito por vender bien inmueble ajeno.

De esta manera, nuestro ordenamiento normativo civil al tratar sobre la transferencia de la propiedad inmueble se ubican en el contexto de normas contradictorias generando así la inseguridad jurídica que en un Estado de Derecho democrático moderno ya no debe existir y más aún cuando existen otros sistemas de transferencia de bienes inmuebles como también sistemas registrales contemporáneos que brindan seguridad jurídica en la que se considera la

teoría del Título y Modo y el sistema registral constitutivo de la doctrina alemana en la que se adhieren muchos países como en España, Suiza, México, Argentina y Chile entre otros, que dejaron el principio del consensualismo por el sistema constitutivo en la que el título es el contrato con el acuerdo de voluntades, que viene a ser la primera etapa en la que aún el adquirente no es propietario, porque se debe completar la segunda fase que es el modo, que viene a ser la inscripción registral con lo que definitivamente el adquirente recién ostenta la calidad de propietario, entendiendo que la inscripción registral no es un derecho constitutivo de propiedad, es relativo, ya que si se ventila en un proceso judicial la nulidad o anulabilidad del acto jurídico por alguna causal de error o vicio, se tendrá la oportunidad de declarar nulo el acto jurídico y cancelar el asiento registral.

Es por ello que nuestra investigación se ha orientado al análisis de estas categorías básicas y de nuestra realidad existencial a fin de proponer una modificación en la transferencia de bienes inmuebles a la luz de las doctrinas modernas y contemporáneas y así evitar la vulneración a la seguridad jurídica en un Estado democrático moderno.

## **1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Delimitación espacial**

Al mantener nuestra investigación un enfoque cualitativo, la delimitación espacial se encuentra demarcada en todo el territorio peruano, debido a que la aplicación de los artículos 949 y 1352 del Código Civil, son de obligatorio cumplimiento en el espacio peruano.

### **1.2.2. Delimitación temporal**

De conformidad, a la naturaleza de investigación de nuestra tesis y del hecho de que los artículos 949 y 1352 del Código Civil vigente y el principio de seguridad jurídica mantienen su vigencia, es decir no han sido derogados ni modificados, es que la delimitación temporal se encuentra enmarcada hasta el año 2020.

### **1.2.3. Delimitación conceptual**

En el desarrollo de la presente tesis se han tomado en cuenta los conceptos jurídicos referidos al sistema de transmisión de la propiedad inmueble contenido en los derechos reales del Código Civil, así como la categoría básica del perfeccionamiento del contrato contenido en la fuente de obligaciones como es el contrato y además en los conceptos que guían el derecho de propiedad establecido en los derechos reales y en la Constitución Política del Perú. De igual manera con el principio de seguridad jurídica, hemos abarcado la delimitación conceptual en los temas y subtemas de los conceptos jurídicos antes indicados ya que hemos analizado cada una de estas categorías básicas que dan sustento a nuestro trabajo de investigación.

## **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.3.1. Problema general**

- ¿De qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación civil peruana?

### **1.3.2. Problemas específicos**

- ¿De qué manera la transmisión de la propiedad inmueble influye en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana?
- ¿De qué manera el perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica dinámica?
- ¿De qué manera los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen en la confiabilidad de la seguridad jurídica?

## **1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN**

Al haberse detectado que el artículo 949 del Código Civil vigente, vulnera la seguridad jurídica en nuestra legislación civil y que causa perjuicio a los adquirentes de buena fe en la transmisión de dominio de la propiedad, por no existir la obligación de inscripción registral como una segunda etapa para ostentar la calidad de propietario y que con el solo consentimiento

en la actualidad ya se adquiere la propiedad, el propósito de la presente investigación es la modificatoria del artículo 949 del Código antes indicado incorporando la teoría del Título y Modo de la doctrina moderna, a fin de evitar la vulneración a la seguridad jurídica dentro de un Estado democrático moderno.

## **1.5. JUSTIFICACIÓN**

### **1.5.1. Social**

La presente investigación tiene como finalidad incorporar a la sociedad la garantía de seguridad jurídica en lo correspondiente a la adquisición de la propiedad inmueble, ya que en la actualidad existe el riesgo de perder esa condición de propietario debido a la aplicación del artículo 949 del Código Civil que prescribe que con el solo consentimiento en un solo acto ya se ha transferido la propiedad al adquirente, pero que si éste no realiza el acto de inscripción registral, que no es obligatorio en nuestro país para ostentar la calidad de propietario, entonces, se puede ver perjudicado si se aplica posteriormente el artículo 1135 del mismo código otorgando la preferencia a quien compró después de éste y que lo inscribió primero, despojándole del derecho de propiedad. Por lo que, al proponer la modificación del mencionado artículo referido a la transferencia de propiedad, el ciudadano de buena fe que quiere adquirir el dominio de una propiedad inmueble lo realizará con la seguridad de no ser despojado del derecho que adquirió al ser el comprador original.

### **1.5.2. Teórica**

El desarrollo de la presente tesis logrará incrementar un aporte a la doctrina civil en lo referido a la categoría de la transmisión de la propiedad inmueble tanto en el derecho real como en el de obligaciones, manteniendo seguridad jurídica en sus indicadores fundamentales que son la cognoscibilidad, la confiabilidad y la calculabilidad del derecho que como categorías básicas de las garantías constitucionales mantendrán una coherencia y consistencia en nuestro ordenamiento normativo enmarcado dentro de un Estado democrático moderno, dejando de

lado el principio del consensualismo que trae consigo la inseguridad jurídica en la transmisión de inmuebles.

### **1.5.3. Metodológica**

Para el cumplimiento de los objetivos trazados en la presente investigación se ha hecho uso del método de investigación fue el inductivo-deductivo que nos ha permitido el análisis de las variables de estudio, como es la variable 1: el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles y en la variable 2: seguridad jurídica, que nos ha permitido aplicar como instrumento de recolección de datos la técnica del fichaje a través de la ficha bibliográfica, textual y de resumen, ya que al estar orientado por medio del nivel explicativo, se analizaron las características propias de las dos variables en su nivel de compromiso y relación, asimismo nos ha dado la oportunidad de aplicar la argumentación jurídica en el procesamiento de datos, con lo que hemos llegado a contrastar las hipótesis planteadas.

## **1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. Objetivo general**

- Determinar de qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación civil peruana.

### **1.6.2. Objetivos específicos**

- Determinar de qué manera la transmisión de la propiedad inmueble influye en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana.
- Determinar de qué manera el perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica dinámica.
- Determinar de qué manera los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen en la confiabilidad de la seguridad jurídica.

### **1.7. Importancia de la investigación**

La importancia de la presente investigación se encuentra orientada en garantizar el principio de seguridad jurídica constitucional dentro de un Estado democrático moderno, debido a que se ha detectado que en nuestra legislación civil vigente, en lo referido a la transmisión de la propiedad inmueble mediante el artículo 949 del Código Civil vigente y la aplicación del artículo 1135 del mismo Código se genera inseguridad jurídica de los adquirentes que no realizan inscripción registral debido a que con el solo consentimiento ya son propietarios del predio y que sin embargo pueden perder esa condición si otra persona que compra después de ellos lo inscribe primero, esto viene ocurriendo con mucha incidencia no solamente a nivel regional sino en todo el territorio peruano, incrementando los casos de delitos como el estelionato y que si no se modifica a pesar que nuestro sistema registral se ha modernizado y que existe en la doctrina el sistema constitutivo registral y la teoría del Título y Modo como elementos fundamentales para la modificación propuesta, entonces, cada día los adquirentes de buena fe de propiedad inmueble seguirán siendo materia de perjuicio y estafa.

### **1.8. Limitaciones de la investigación**

En el desarrollo de nuestra investigación, se nos ha presentado limitaciones al no encontrar bibliografía nacional referida a la seguridad jurídica, por lo que se ha tenido que recurrir a bibliografía desmaterializada a través de importantes artículos de investigación en revistas de solvencia académica; sin embargo, debemos precisar que esta falencia de bibliografía nacional debe ser superada con el aporte de los operadores jurídicos interesados en dicha materia y también nuestro trabajo de investigación al tratar sobre la seguridad jurídica, otorgará el aporte necesario.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **2.1.1. Internacionales**

Winkler (2019) en su investigación titulada “De los vicios del consentimiento a la ventaja injusta: El principio de protección del libre consentimiento contractual”, para optar el título de Máster en Estudios Jurídicos Avanzados, en la Universidad de Barcelona del país de España; cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Trató acerca del consentimiento, indicando que es un elemento esencial del contrato, que si se encuentra viciado o no exista, no surgirá en el derecho y si fuera el caso se considerará defectuoso.
- En este sentido, urge la necesidad de contar tanto en Chile como en España con una legislación apropiada que se avenga con el Derecho contractual moderno, que permita sortear los injustos inconvenientes que provoca ésta figura jurídica. Con esto además se evita tener que echar mano de teorías que pretendan suplir la falta de legislación sobre la materia, las que, si bien intencionadas, no impiden la existencia de discusiones sobre su procedencia o no.

La presente investigación no indica la metodología utilizada, según se puede apreciar el link utilizado; a horas 21:15 p.m., el 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación porque analiza la existencia de un principio de protección al libre consentimiento con la finalidad que se pueda dejar sin efecto los contratos en donde el consentimiento no es libre.

Carrasco, Luis (2018) en su investigación titulada “El Consentimiento en el Contrato Electrónico”, para optar el título de abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil del país de Ecuador, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Los contratos electrónicos son una nueva forma de instrumentar un contrato mediante cualquier medio electrónico.
- Los contratos electrónicos tienen todos los requisitos necesarios para su celebración, las cuales son capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, en cuanto al consentimiento ambas partes contractuales deberán tener en cuenta la forma en cómo se está otorgando mediante la utilización de cualquier medio electrónico.
- En algunos casos existen ciertos vicios dentro del consentimiento es por ello que se debe implementar medios electrónicos con el fin que el contrato quede perfeccionado.

La presente tesis, no señala la metodología utilizada según se puede apreciar del link utilizado; a horas 21:20 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre los contratos que no tienen regulado el consentimiento mediante un medio electrónico, en nuestra legislación civil con el sólo consentimiento en la adquisición de inmuebles el adquirente ya es considerado como propietario.

Guzmán, P., (2017) en su investigación titulada “Seguridad Jurídica Preventiva”, para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho, en la Universidad de San Carlos De Guatemala, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Empieza la seguridad jurídica desde una óptica filosófica examinado los alcances y el aspecto axiológico implícito, asimismo incorpora un elemento nuevo que es la seguridad jurídica preventiva de la cual se analizó su origen esencia y efectos.
- El autor planea la seguridad jurídica preventiva bajo tres pilares fundamentales sobre la cual se edificará un sistema registral, sistema catastral y necesariamente la función notarial, bajo ese parámetro la seguridad jurídica preventiva desborda el plano filosófico y moral con la finalidad de generar confianza en la contratación y evitar el tráfico jurídico.

La presente tesis, no señala la metodología utilizada según se puede apreciar del link utilizado; a horas 21:28 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre la seguridad jurídica preventiva al igual que nosotros propugna edificar un sistema registral y de transmisión de inmuebles, que genere confianza.

Aldana (2017) en su investigación titulada “La Seguridad Jurídica en la Doctrina y en la Jurisprudencia”, para optar el grado académico de Maestro en Derecho Constitucional, en la Universidad de San Carlos del país de Guatemala, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Dentro de los valores se delimita a la doctrina bajo dos supuestos, la seguridad jurídica y la justicia, e indica que la justicia es esencial en el campo de la filosofía del derecho.
- Los valores antes señalados, se encuentran por lo regular, sujetos a indagación por los legisladores, quienes deberán elegir cualquiera de los dos momentos que

generan normas jurídicas y podrán conjugarse mutuamente. En algunos casos la elección obliga a excluir uno sobre el otro.

La presente tesis, no señala la metodología utilizada según se puede apreciar del link utilizado; a horas 21:33 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre la posible solución al problema respecto del modo en la que los cambios jurisprudenciales afectan la seguridad jurídica, de igual manera nosotros advertimos que el principio del consensualismo afecta la seguridad jurídica.

Coello (2018), en su investigación titulada “La formación de los contratos por medios electrónicos: Análisis particular del consentimiento en este tipo de contratos”, para optar el título de abogado en los Tribunales de Justicia de la República, en la Universidad del Azuay del país de Ecuador, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- El consentimiento de los contratos que son celebrados por medios electrónicos, es el elemento de la cual está conformado el acto contractual.
- En la formación del consentimiento se requiere dos requisitos importantes que son la aceptación y de la oferta, ya que son declaraciones de voluntad de ambas partes que conforman el consentimiento.
- Las posibles partes, que quieren celebrar los contratos electrónicos tienen dificultad en determinar el momento en que se entiende perfeccionado el consentimiento por medios electrónicos.

La presente tesis, no señala la metodología utilizada según se puede apreciar del link utilizado; a horas 21:38 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre el momento en que el contrato electrónico se perfecciona, nosotros tratamos que en el perfeccionamiento del contrato hay inseguridad jurídica.

### 2.1.2. Nacionales

Gil (2020), en su investigación titulada: “La aplicación de la fe pública registral y el Derecho de propiedad en el sistema consensual de transferencia de inmuebles”, para optar el título profesional de abogado, en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de la ciudad de Lambayeque, cuyas conclusiones son las siguientes:

- La propiedad es un derecho constitucional establecido en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú del que todo ciudadano goza, en cualquier situación de seguridad nacional.
- El artículo 949 del Código Civil, prescribe que se va transferir un bien con el solo consentimiento de las partes y que ello no es una inscripción registral constitutiva del derecho, ya que en la actualidad el ejercicio eficaz de los atributos innatos, quedan agotados por la acción dolosa del que transfiere.
- El artículo 2014 del Código Civil brinda protección al bien bajo el principio de fe pública registral, a pesar que exista una comprobación fáctica del fraude, que traería como consecuencia el desalojo del titular de la propiedad.

La metodología utilizada en la presente investigación, fue el método inductivo, exegético jurídico, sistemático jurídico, hipotético deductivo, histórico; según se puede apreciar del link utilizado, a horas 21:47 pm del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre el artículo 949 del Código Civil, que prescribe que se va transferir un bien con el solo consentimiento existe incongruencia de normas.

Quispe (2018) en su investigación titulada “El sistema consensual en la seguridad jurídica de las transferencias de propiedades inmuebles, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 2017”, para optar el título profesional de Abogada, en la Universidad César Vallejo, de la ciudad de Trujillo, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Se transgrede el uso del sistema consensual en la seguridad jurídica en la transferencia de propiedades inmuebles en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 2017.
- Desarrolló su tesis con un diseño no experimental, teniendo una población de trabajadores del registro de propiedades e inmuebles, con una muestra de 78 trabajadores, utilizó el cuestionario con preguntas de las dos variables y los datos se ingresaron a la estadística explicativa.

La metodología utilizada, fue el enfoque cuantitativo, tipo básica, no experimental y de alcance explicativo, tal como se puede apreciar del link utilizado; a horas 21:52 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre el sistema consensual que incide de forma negativa en la seguridad jurídica de las transferencias de propiedades inmuebles, nosotros también tratamos sobre la seguridad jurídica desde el punto de vista filosófico mediante los indicadores de dicha institución.

Méndez (2017) en su investigación titulada “Falta de inscripción registral genera inseguridad jurídica sobre un contrato de arrendamiento de bien inmueble, al realizarse compraventa posterior del bien arrendado”, para optar el título profesional de Abogado en la Universidad Nacional del Santa, de la ciudad de Chimbote, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- La inseguridad jurídica, se origina por la falta de inscripción registral en los contratos de arrendamiento en caso de contraventa posterior a un tercer adquirente del bien arrendado.
- Las ventajas del arrendatario, del tercer adquirente y del arrendador de mala fe quien se aprovecha de un contrato que no está inscrito.

- El tipo de investigación es descriptiva, cualitativa y propositiva mientras la metodología que utilizo es el análisis documental y para las casaciones que provienen de los Tribunales de la Corte Suprema, utiliza la guía de análisis como instrumento.

La metodología utilizada en esta tesis, es una investigación jurídica descriptiva-cualitativa; según se puede apreciar del link utilizado; a horas 22:00 p.m., del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre las sentencias judiciales que bloquean al consensualismo del contrato de arrendamiento, solo toman en cuenta la inscripción registral lo que trae como consecuencia que se atente contra los contratos de arrendamiento que no son inscritos, nosotros también tratamos sobre el principio del consensualismo en la compraventa de inmuebles que trae como consecuencia la inseguridad jurídica.

Leyva (2019) en su investigación titulada “Incorporación del compromiso de contratar como acto inscribible en el registro de predios basado en los principios de obligatoriedad contractual y seguridad jurídica”, para optar el título profesional de Abogado, en la Universidad César Vallejo, de la ciudad de Trujillo, cuyas conclusiones son las siguientes:

- El compromiso de contratar es conocido como una de las formas de contratar siendo igual al contrato de opción por ser un contrato preparatorio y que ambos generan derechos y obligaciones.
- El compromiso de contratar ante los registros de predios, declarar como acto inscribible y publicidad al contrato, con el propósito de producir eficacia frente a terceros.

La metodología utilizada es cualitativa, descriptiva, no experimental, según se puede apreciar del link utilizado; a horas 22:08 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al tratar sobre la incorporación del compromiso de contratar como un acto inscribible, se concederá una protección más sofisticada al promitente.

Gómez (2017) en su investigación titulada “Análisis de la Seguridad Jurídica en la realización de Contratos Electrónicos de Compraventa mediante aplicaciones móviles”, para optar el Grado Académico de: Maestro en Derecho Empresarial, en la Universidad San Francisco Xavier SFX, de la ciudad de Arequipa, cuyas conclusiones son las siguientes:

- La normativa jurídica vigente en cuanto al comercio electrónico que se realiza mediante aplicaciones móviles, no ofrece una seguridad jurídica adecuada a los potenciales compradores bajo las tecnologías online.
- La investigación realizada es descriptiva y transversal, la población son los consumidores varones y mujeres de 18 años a más de dos niveles socioeconómicos a diciembre del 2015 y la muestra es de 1,308 encuestas que se realizaron en la ciudad de Lima, Callao y provincias, los datos fueron obtenidos del estudio Gfk Perú, el objetivo general es analizar la seguridad jurídica de los contratos mediante aplicaciones móviles. aana

La metodología utilizada en esta investigación es exploratoria, descriptiva, transversal, observacional; como se puede apreciar del link utilizado; a horas 22:15 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque nosotros también tratamos sobre la inseguridad jurídica que genera el principio del consensualismo en la transmisión de inmuebles, debido a que con sólo el consenso el adquirente es considerado como propietario.

### 2.1.3. Locales

Flores y Yale (2017), en su investigación titulada “La inscripción registral de los contratos de compromiso de contratar de compraventa de bienes inmuebles”, para optar el título de abogado en la Universidad Peruana los Andes, de la ciudad de Huancayo, cuyas conclusiones son las siguientes:

- Los contratos de compromiso de contratar de compraventa de bienes inmuebles, celebrados en las notaría, no son inscribibles en el Registro de Predios al no ser considerados como actos inscribibles, en el Distrito de Huancayo, 2016.
- Es necesario que los contratos de compromiso de contratar de compraventa de bienes inmuebles antes señalados sean actos inscribibles por seguridad jurídica.
- Se ha empleado el método de investigación general, el método científico; como método específico el método descriptivo y como método particular, el método sociológico.

La metodología utilizada en esta investigación es científica, descriptiva y sociológica; según se puede apreciar del link utilizado; a horas 22:25 p.m. del 24/01/2021.

La presente tesis, tiene relación con nuestro trabajo de investigación, porque al señalar que los contratos de compromiso de compraventa de bienes inmuebles no son considerados como actos inscribibles, éstos no revisten mayor protección jurídica, nosotros también tratamos sobre la inseguridad jurídica que genera el principio del consensualismo en la adquisición de bienes inmuebles, por no ser objeto de inscripción registral, lo que también genera la mala fe de los propietarios que transfieren sus bienes a terceros, lo que finalmente origina la concurrencia de acreedores, donde se afecta al comprador originario que no tuvo la diligencia de inscribir la compraventa del inmueble.

## 2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

### 2.2.1. El contrato

La definición establecida en el Código Civil vigente tiene la misma definición establecida por el Código Civil italiano, ambos señalan que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. La definición del contrato no es considerado puramente teórica. Por el contrario, uno de los conceptos se da por parte de la ley que tendrá influencia en todas las figuras estructuradas por esa mención general, es decir, que tenga eficacia normativa.

Existen ciertos criterios para la formulación de conceptos, la cual señalaremos a continuación:

Primero la más restringida, nombrado como una convención del acto jurídico bilateral y el contrato a la convención por el cual se creará obligaciones correlativas de derechos creditorios, el mismo que tiene como origen en el derecho romano, en cuanto al uso y sentido proviene de una época avanzada, asimismo, algunos doctrinarios incluyen entre las convenciones que no son contratos de transacción, la novación y el retracto. Segundo para un criterio crítico se parte que un contrato sería la convención medio por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen los derechos y obligaciones creditorios (Carbonell, F. et al. 1998, p. 5713).

En el artículo 1351 del Código Civil vigente se establece ciertos componentes que serán necesarios para la realización de la definición del contrato: a) que exista un acuerdo, es decir, voluntad de ambas partes ya que el contrato es un acto consensual; b) los intervinientes a la realización del contrato ya sea de dos a más personas, es decir, que el contrato al ser un acto jurídico se da de forma bilateral o plurilateral; c) que los efectos que producirá sea de efecto constitutivos, modificativos, extintivos o reguladores, con la finalidad que las partes puedan llegar a un acuerdo para incidir en una relación jurídica

netamente patrimonial; d) la relación jurídica sea netamente de naturaleza patrimonial, es decir, tendrán un valor pecuniario que formaran parte del patrimonio de la persona diferenciándose con el extra patrimonial el cual no tiene ningún valor pecuniario, porque pertenecen a personas individuales que son esencialmente personales.

Los componentes señalados están en conexión entre sí, ya que a la falta de uno de ellos no sería un acto contractual, para que sea válido el negocio jurídico que debe incurrir por lo menos los cinco requisitos que expondremos; a) la manifestación de voluntad de las partes, que en el acto ya sea bilateral o plurilateral se dé el nombre de acuerdo o consentimiento; b) capacidad de ambas partes; c) el objeto posible, lícito, determinado o determinable; d) la causa deberá ser de fin lícito y por último; e) la forma cuando ha sido prescrito bajo sanción de nulidad.

A parte de los elementos jurídicos indicados es necesario que concurran los elementos propios del contrato, es decir, la cosa y el precio de la compraventa a falta de uno de ellos incurre en nulidad del contrato conforme lo establecido en el artículo 219 de Código Civil, pero el contrato será anulable cuando los contratantes adolecen de incapacidad relativa o si el consentimiento está viciado conforme al artículo 221 del mismo código.

Según Torres, A. (2016) indica:

El contrato es, por tanto, un acto o negocio jurídico por cuanto con él las partes autorregulan sus intereses patrimoniales, pero se distingue de otros actos jurídicos patrimoniales, sobre todo por la necesaria presencia de dos a más partes, que no equivale a la presencia de dos o más sujetos. La parte indica un centro de referencia de intereses, por ello varios sujetos portadores idénticos intereses constituyen una sola parte (...) (p. 33).

El contrato es considerado como una expresión y sobre todo la realización de la autonomía de la voluntad privada de ambos contratantes quienes están vinculados

recíprocamente, es decir, cada uno a sí mismo y con ello al propio tiempo a la otra parte instaurando para la relación jurídica una norma jurídica que obligue a cumplir ciertas obligaciones a los intervinientes en el contrato, muy distinto a lo que señalan las normas jurídicas generales y abstractas que vinculan a numero grande de personas y casos de aplicación posibles.

La *lex contractus* es válida, pero si se parte del derecho positivo, para ello se debe cumplir con los requisitos que son exigidos por la ley tanto la manifestación de las partes, capacidad, objeto posible y sobre lícito ya sea determinado o determinable, las formas que estén prescritas bajo sanción de nulidad, no deben infringir con la norma imperativa, el orden público y las buenas costumbres y por último que la voluntad no este viciada por error, dolo, violencia o intimidación; de esta manera se cumple con lo dispuesto por el artículo 140 del Código Civil, referido a los requisitos esenciales del acto jurídico, que tiene relación con la *lex contractus*.

#### **2.2.1.1. Naturaleza del contrato**

De la definición establecida en el artículo 1351 del Código Civil vigente se deduce que la naturaleza viene a ser una relación contractual que es exclusivamente patrimonial, a partir del derecho romano hasta la actualidad se indica que el criterio de la obligación debe tener carácter patrimonial.

Según Ihering citado por Torres, A. (2016) indica que: “no solo los intereses económicos sino también los puramente morales pueden ser objeto del contrato, en ese caso la sanción para el caso de incumplimiento del deudor, consiste en el pago de una suma de dinero (...)” (p.p. 48-49).

En el objeto de la obligación se debe presentar un interés, aunque no siempre va ser pecuniario para el acreedor, mientras los intereses morales también poseen un monto dinerario por la reparación de un perjuicio moral pero no es considerado contractual y no

se ve razón para actuar de otro modo en materia contractual. El carácter patrimonial se aparta del principio establecido el título preliminar artículo VI del Código Civil el cual indica que para ejecutar o contestar una acción se necesita tener un interés legítimo ya sea económico o moral, con el cual se pretende garantizar el principio de la libre determinación de los objetos de los contratos.

Mientras que en el Código Civil Alemán, en virtud de la relación de obligación, un acreedor posee el derecho de exigir al deudor una prestación, la que podrá consistir en una abstención; dicha normativa jurídica no expresa ninguna expresión en cuanto al valor pecuniario de la prestación, bastando que el objeto tenga para el acreedor, un interés legítimo y digno de ser protegido por la justicia, aunque se pueda tratar de un interés moral o de un puro interés de afección, con la reserva que la justicia no sancione por capricho un derecho de crédito.

En las obligaciones que no son directamente patrimoniales, existen distinciones las cuales daremos a conocer a continuación:

- a) Puede ser objeto de una obligación propiamente jurídica toda prestación del obligado que podrá ser ejecutada de manera específica, coactivamente si su contenido es patrimonial o económico.
- b) Si no se da la posibilidad de que se pueda ejecutar coactivamente la misma prestación debida, es decir, cumpliendo en forma específica, este acto podrá ser susceptible de ejecución forzada con el fin de convertir el interés que tiene el acreedor en una cantidad de dinero que presentara el valor del patrimonio.
- c) Si la prestación no se puede realizar coactivamente en forma específica y tampoco pueda establecerse un monto dinerario o haya causado algún perjuicio al acreedor al ser incumplido, se podrá solicitar una indemnización por cualquiera de los

indicados, sino se da ninguna de estas dos alternativas es poco complicado que se hable de una obligación netamente jurídica. (Brutau, P., 1959, p. 56).

El derecho no solo tiene por finalidad satisfacer intereses patrimoniales o asegurar los intereses eminentemente económicos, sino basta que los intereses sean socialmente apreciables y que puedan tener relevancia en la convivencia civil, para satisfacer dichos intereses; por otro lado, la prestación tiene por objetivo el cumplimiento de una valoración económica o el cumplimiento de un interés netamente moral.

Entonces, de acuerdo a la naturaleza jurídica de la prestación, el interés pecuniario no es el único requisito de la obligación, sino también lo puede ser un interés moral que deba tener una manifestación patrimonial, en la que se puede considerar una indemnización por daños y perjuicios.

#### **2.2.1.2. Forma del contrato**

La forma del contrato es el medio social a través del cual las partes manifiestan su mero consentimiento mediante cualquier forma de comunicación ya sea lenguaje verbal, escrito, el informático, o un simple gesto que consiste en un movimiento de cabeza que tiene como fin aceptar la oferta, el fin será un comportamiento concluyente que revelará su existencia o el silencio circunstanciado.

Según Emilio, B., citado por Torres, A. (2016) la forma del contrato se da en: “El acuerdo de voluntades de las partes contratantes (consentimiento) siempre tiene que hacerse en alguna forma, aun cuando sea oral o tacita. La forma no es un simple instrumento de exteriorización de la voluntad, el carácter secundario, accesorio y fungible (...)” (p. 716).

El autor aparte de indicar que la forma del contrato es oral o escrita, indica que la forma no llega a ser un simple instrumento donde se podrá exteriorizar la voluntad ya sea de carácter fungible, secundario y accesorio, asimismo, indica que la forma viene a ser el

mismo negocio en cuanto a la regularización de intereses que se tiene pensado y debe obedecer a la exigencia de la reconocibilidad en el mundo social, sino se señala la forma del contrato se configura el consentimiento, es decir, la existencia del contrato.

El artículo 225 del Código Procesal Civil realiza una distinción entre el acto y la forma, en cuanto al acto no debe ser confundido con el documento que sirve como una prueba, pero es necesario indicar que el acto podrá existir ante casos excepcionales mientras el documento quedará nulo. Tal como lo establece el artículo 237 del Código Procesal Civil al señalar: “que son distintos el documento y el contenido. Puede subsistir este, aunque el primero sea declarado nulo”.

Dicha distinción no desacredita la importancia de la forma ya que una manifestación no exteriorizada no es un hecho eminentemente social, como tampoco será susceptible de ser valorado socialmente como un acto de autonomía de la voluntad privada por ende carece de relevancia jurídica.

Torres, A. (2016) indica: “(...) la forma es siempre el modo de exteriorización del querer interno del sujeto de celebrar un contrato o un acto jurídico cualquiera, en la forma consta la esencia del acto (...)” (p. 716).

Por lo señalado la forma es considerada como el único medio social por donde se podrá manifestar el consentimiento contractual; dentro de la clasificación del contrato, se da dos maneras los formales y no formales, porque no tienen una forma sino porque la forma jurídica señala o no una forma por donde las partes contratantes, deben prestar su consentimiento.

La forma es considerada solemne cuando es aplicada conforme a ley y si no se aplica se sanciona con nulidad su inobservancia, mientras la forma probatoria es un medio de prueba de la existencia del contrato, la solemnidad crea en algunos casos seguridad si es una forma de inscripción registral.

### 2.2.1.2.1. Formas consensuales

Dentro del contrato romano clásico los contratos que se realizaban eran puramente formales, mientras en el derecho preclásico se reconoció cuatro contratos consensuales; la compraventa, locación conocida como arrendamiento, mandato y sociedad que se logran perfeccionar con el consentimiento de los contratantes bajo la independencia de formas *ad substantiam*, es decir, entrega del bien, estableciendo de forma facultativa el principio consensual.

Según Josserand citado por Torres, A. (2016) sostienen que los contratos son consensuales bajo dos parámetros:

- Primero que no están sometidos para ser validos a ninguna formalidad por ende podrán ser concluidos verbalmente o algún medio de comunicación.
- Segundo que su naturaleza y sus efectos son de manera general, independientes de la forma a la que las partes han incurrido; por ejemplo, el arrendamiento no cambiará de naturaleza ni tampoco producirá efectos diferentes así haya sido concluido verbalmente o que su contenido haya sido fijado en un documento ya sea privado o notarial, sin duda alguna la prueba será más o menos fácil de realizar, pero la operación en sí misma, suponiendo que su existencia haya sido establecida, tendrá siempre la misma esencia y el mismo valor. (p. 720).

Como ya lo hemos señalado el contrato podrá tener la forma oral o escrita, ya sea privada o pública con actitudes que van a relevar su existencia, también podrá ser derivada del silencio, cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado. El contrato escrito estará realizado mediante un documento por más que esté redactado en distintos lugares o momentos. Mientras por el principio consensualista o también llamado libertad de formas se perfeccionará el contrato con el simple acuerdo de las

partes, es decir, consentimiento que está desprovisto de formas, con el fundamento de facilitar el intercambio de bienes o servicios.

La expresión de contratos formales no significa que algunos contratos no tendrán forma y otros si, sino todo lo contrario, tiene una forma en la cual los contratantes podrán manifestar su voluntad de contratar, lo que ocurre en la división de contratos formales y no formales es que la ley solo para algunos contratos exige una forma determinada ya sea como requisito para la validez del contrato o como medio de prueba de su existencia o contenido.

La forma probatoria esta prescrita sin ninguna sanción sobre su inobservancia con la nulidad, mientras que la forma solemne esta prescrita sancionando su inobservancia con la nulidad del contrato, ambas formas serán detalladas a continuación:

- i. **La forma probatoria o *ad probationem*:** No es establecida como forma de validez del contrato sino como forma de prueba, es por ello que no cumplirá una función sustantiva, ya que es un medio probatorio y no un elemento para la validez, su eficacia va depender de la clase de documento que se adopte ya sea público que es más convincente que el privado. Si se utilizó la forma *ad probationem* para la manifestación de voluntad de ambas partes, dicho acto constituye una prueba idónea para llegar a demostrar la existencia y el contenido del contrato.
- ii. **La forma solemne:** El artículo 140 inciso 4 del Código Civil prescribe la forma solemne bajo sanción de nulidad considerado un requisito indispensable para la validez del contrato, como también, es una forma esencial, sustantiva, constitutiva, cuya inobservancia genera la invalidez del acto, nada impide que las partes puedan convenir una forma solemne más exigente que la que interpone la ley.

La forma *ad solemnitatem* es un elemento constitutivo y es indispensable para que se pueda perfeccionar el contrato, asimismo cumple la función probatoria en cuanto

a su contenido y su existencia según Torres, A. (2016) indica: “(...), en los contratos con forma solemne no es posible separar el contrato de la forma, porque este vale del contrato mismo (...)” (p. 730).

Tampoco se podrá aplicar el artículo 225 del Código Civil, el cual indica que no podrá confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo, el acto podrá subsistir, aunque el documento sea declarado nulo, es por ello que si la forma es *ad solemnitatem* la nulidad del documento que constituye la solemnidad conlleva la nulidad del acto, es por ello que no podrá existir el acto sin la forma.

#### **2.2.1.2.2. Forma convencional**

Como es sabido, nuestra normativa jurídica no establece ninguna formalidad para la celebración del acto jurídico, es por ello que los particulares bajo la autonomía de la voluntad privada establecen la formalidad voluntaria, donde ambas partes están de acuerdo, no opera si solo uno de ellos acepta, para la realización del contrato. Mientras la forma legal está establecida por ley, la forma voluntaria solo tiene su fuente en la autonomía de la voluntad privada que se señale bajo pacto de forma. Es por ello, que las partes adoptan una forma determinada para la realización de contratos futuros.

El pacto de forma puede ser automático o ser una cláusula accesorio de otro contrato, como, por ejemplo; es un contrato de promesa las partes pueden mediante acuerdo definir que la celebración sea realiza mediante escritura pública. Es por ello, que el pacto de forma se encuentra en la categoría de los negocios y es eminentemente normativo, podrá ser automático o accesorio de otro contrato, por ejemplo; contratos preliminares, de opción, entre otros contratos normativos.

Cuando aún no se da la realización del contrato una de las partes al realizar la formulación del contrato, puede disponer que el destinatario de la misma la acepte en una determinada forma. Si se llegara aceptar en la forma que señaló el oferente,

entonces quedara perfeccionado el contrato con el pacto de forma, por ende, en los contratos la formalidad voluntaria va requerir el común acuerdo de todos los que son parte en el contrato. (Torres, A. 2016, p. 743).

Las partes pueden convenir en la realización del contrato, mediante una forma voluntaria especifica probatoria o solemne voluntaria, que llegaran a las mismas consecuencias que lo que está dispuesto por ley, es decir, la inobservancia de la solemnidad ya sea de legal como voluntaria, origina la nulidad del acto jurídico. Si las partes no han establecido la forma convencional ya sea probatoria o solemne, el artículo 1411 del Código Civil, indica la presunción de solemnidad: “Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”.

Si no es posible la determinación en cuanto a la forma probatoria o solemne al haberse agotado todos los medios interpretativos, se podrá optar como medio de solución final ya que dicha forma voluntaria es eminentemente probatoria en mérito al principio de conservación del contrato, ya que al celebrarse el contrato se espera que produzca frutos. Lo que sucede actualmente es que la formalidad puede realizarse dentro del mismo contrato; como por ejemplo los contratantes podrán dar inicio a la celebración de un contrato de compraventa de un bien con una minuta donde señalaran lo siguiente; “ambas partes convinieron que la compraventa quedara perfeccionada cuando la minuta sea elevada a Escritura Pública” como se señala una vez que sea elevado la minuta a Escritura Publica surgiría la compraventa única mas no se configuraría dos compraventas.

### **2.2.1.3. Contratos consensuales, formales y reales**

En el perfeccionamiento del contrato se da una clasificación que estará basada en los elementos esenciales, es necesario señalar que un contrato para que pueda tener

existencia jurídica deberá de cumplir con ciertos requisitos que serán exigidos por nuestro ordenamiento para llegar a celebrar el contrato de lo contrario será nulo. Los contratos se clasifican en tres: los consensuales, formales y reales, los cuales a continuación daremos a conocer; primero los contratos consensuales:

Según Torres, A (2016) señala que: “se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes sin necesidad de ningún requisito especial de forma, por ejemplo, la compraventa, permuta, arrendamiento, mutuo, el comodato, el contrato de seguro” (p. 208)

Los contratos consensuales quedaran conformados en su totalidad cuando se da por el mero consentimiento de ambas partes bajo algunos acuerdos que establezcan libremente con el propósito que la compraventa solo se perfeccione con el acuerdo del vendedor y comprador, sin necesidad que se entregue el bien o que se pague, el acto realizado se basa en el principio de libertad de formas, es decir, no hay la urgencia que se pueda observar las formalidades que se vean. En la actualidad en los contratos por regla general deberán estar conforme al principio del consensualismo el cual establece que los contratos se llegarán a perfeccionar por el solo consentimiento de las partes, con excepción de aquellos que es necesario que se observe las formas que son señaladas por ley bajo sanción de nulidad. Segundo los contratos formales, que algunos autores critican a los contratos consensuales indicando que dicho acto no favorece la rapidez de las transacciones como tampoco llega a garantizar la seguridad, es por ello que el Código Civil en cuanto al formalismo contractual es *ad solemnitatem*, es decir, es como uno de los requisitos fundamentales de validez para llevar el contrato y de forma excepcional se utiliza el principio de perfección de los contratos por el simple consentimiento.

Según Torres, A (2016) señala que: “los contratos formales son aquellos para cuya celebración el ordenamiento jurídico señala una forma. La forma prescrita por el

ordenamiento puede ser probatorio (*ad probationem*) o solemne (*ad solemnitatem*)” (p. 208).

Cuando la para la validez del contrato, la ley exige una formalidad solemne no es posible reemplazar la ausencia de forma por ningún medio de prueba. En cambio, si se exige una formalidad probatoria, no está en juego la validez del contrato, siempre será posible suplir la falta de forma por cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho. Mientras los contratos reales se llegan a perfeccionar con la simple entrega del bien considerado como un elemento esencial constitutivo, ya que sin la realización del contrato no se considera el perfeccionamiento, es decir, no se forma el contrato con el sólo consentimiento de las partes, sino que el bien sea entregado en forma obligatoria, por ende sin entrega no se da el contrato.

Según Larroumet citado por Torres, A (2016) indica: “en efecto, como esta entrega es necesaria para la validez del contrato, ya no hay más obligación a su cargo, una vez conformado el contrato, y solo queda la obligación de restitución, salvo la transformación durante la ejecución del contrato unilateral (...)” (p. 210).

En los contratos reales como ya lo señalamos para el perfeccionamiento es necesario la entrega del bien, pero también da la opción que si se da la transformación durante la ejecución del contrato unilateral será considerado un contrato sinalagmático, significa que los gastos generados son cubiertos por el deudor para la conservación del bien, pero estos gastos causados deberán ser reembolsado por el acreedor.

#### **2.2.1.3.1. El principio del consensualismo**

Dentro de los antecedentes históricos del contrato, el formalismo inicial del derecho romano y germánico fue evolucionando hasta que surgió el principio del consensualismo, el cual realiza un énfasis al indicar que el contrato queda concluido mediante el consentimiento. Se desarrollan tres factores, el primero y tercero obedecen

a los conocimientos teóricos que son de carácter intelectual, es decir, se pone de conocimiento el consentimiento para la formación del contrato, mientras el segundo factor que tuvo mayor transcendencia donde se ha indicado que la ley de los mercaderes impuso el respecto a la palabra dada, menos por una idea moral el cual impuso la necesidad de dejar de lado las forma para concluir los negocios.

El principio del consensualismo no determina la prescindencia total de la forma, es decir, para la existencia del consentimiento se requiere que se exteriorice la voluntad común mediante una declaración conjunta, para ello es necesario que se establezca una forma ya sea mediante una declaración verbal, escrita, por signos, comportamientos, entre otras formas. En cuanto a los contratos formales y no formales; en el primero se indica que son impuestos por el ordenamiento jurídico mediante una forma taxativa, los mismos que se dividen en dos categorías, una que es *ad probationem* donde la determinación de la forma no es obligatoria mientras que la otra categoría es *ad solemnitatem* donde la determinación de la forma es requisito de validez del contrato; por otro lado, en los contratos no formales la forma es libre, es decir, las partes tienen ciertas facultades de establecer la forma.

La calificación contractual, determina a los contratos consensuales libres, como aquellos que no requieren una determinada forma; en cambio, en los contratos consensuales sujetos, se requieren de una forma para ser probados.

Carbonnier citado por la Puente y Lavallo, M. (2011) indica: “El principio del consensualismo, entendido como el referido a los contratos consensuales libres, se ha establecido en beneficio de los individuos y no de la sociedad, ya que semejante criterio responde a un designio de rapidez, economía y particularmente libertad (...)” (p. 133).

Dicho principio ha ido perdiendo terreno por su simplicidad, también porque nace la importancia de seguridad a favor de los sujetos contractuales, en la actualidad

aquellas necesidades de rapidez, economía y libertad, que prescinden de formas no son totalmente decisivas, ya que hay otras que permiten acreditar la existencia y contenido de los contratos mediante formas de constatación, es decir, se recurre a la forma consensual sujeta.

Nuestra normativa establece cierta formalidad para los contratos *ad solemnitatem* y para los *ad probationem*, bajo un doble propósito de control, el primer propósito es de carácter administrativo que son para comprobar el cumplimiento de normas obligatorias, sobre todo en materia tributaria; mientras que el segundo propósito, protege los derechos del contratante débil, sobre todo cuando se trata de contrataciones personales, ambas disposiciones son de carácter individual, en cambio el estatal determina que el principio del consensualismo necesita del consentimiento para la formación del contrato.

Tal como señala el artículo 1352 del Código Civil, que los contratos para ser perfeccionados requieren del consentimiento de las partes, la misma que será expresada de manera conjunta, con excepción de aquellas que son observadas por la ley bajo sanción de nulidad. El principio consensualista presenta ciertas ventajas y desventajas, en cuanto a las ventajas, este principio es beneficioso para la circulación de la riqueza y la utilización de los recursos naturales, el beneficio que genera es directamente para el comprador ya que será quien se convertirá en propietario de la cosa.

Según Mazeaud, H. (1960) indica ciertas limitaciones que son generadas por un sistema consensual:

El principio '*solo consensus*', al hacer producir a la voluntad el efecto más completo presenta dos graves peligros para los terceros ya que al ser transmitida la propiedad por el solo cambio de los consentimientos, es de temer que el enajenante, cuando tenga la cosa en su poder, la ofrezca a un segundo adquirente

que ignora la primera enajenación y que será engañado por la apariencia; este segundo adquirente no llegará a ser propietario, ya que el enajenante había perdido definitivamente la propiedad a favor del primer adquirente. El segundo inconveniente de transmisión '*solo consensus*' resulta de la necesidad de un contrato válido para producir esa transacción puesto que el contrato nulo no surte efecto obligatorio ni real; además de que tampoco crea la obligación, no transmite la propiedad. (p. 325).

Como vimos el principio consensual prescinde de la utilización de medios de comunicación para hacer conocer las transferencias realizadas como también el estado jurídico de los inmuebles. En este caso, el potencial adquirente tiene dificultades para determinar que es titular de la propiedad y las cargas que le afectan.

#### **2.2.1.4. Contrato, convención y pacto**

Realizar la distinción tanto entre contrato, convención y pacto, es de poca utilidad práctica, como es sabido las partes ya sean de dos a más, pueden crear una relación netamente jurídica patrimonial, que podrá ser modificada o extinguida, llamada convención, contrato o pacto.

Según Ulpiano citado por Torres, A (2016) indica: “la palabra convención en general, perteneciente a todas aquellas cosas que, para contraer o transigir algún negocio, consientan aquellos que lo traten entre sí, pues así como se dice que convienen los que por diversos lugares vienen a uno (...)” (p. 57).

Por convención se entiende que por diversos motivos van a consentir y podrá ser una sola respuesta, mientras pacto es el consentimiento de dos a mas partes de una misma cosa. Tanto el contrato como la convención se distinguen porque el primero es el género mientras el otro es la especie, algunas veces el contrato se reserva para las convenciones que tendrán por objetivo originar o transmitir un derecho ya sea de crédito

o real, asimismo, las convenciones que no constituyen contrato tendrán por objetivo llevar a cabo los acuerdos de voluntades para modificar o extinguir derechos tales como la novación o el pago.

Dentro de la doctrina encontramos que contrato, convención, pacto y acuerdo que serán usados indistintamente como, por ejemplo, que el contrato no es sino un pacto que dará vida a una obligación. A lo largo del desarrollo podemos decir que la convención tiene por objeto crear una relación jurídica entre un acreedor y un deudor, tal como el acuerdo de las partes tienen por objeto la creación de un vínculo que sea distinto a la obligación por ende será apropiado hablar de contrato que, de convención, pero jurídicamente al hablar de contrato o convención se habla de tanto del género como de la especie.

En el Código de Andrés Bello, que rige en Colombia, Ecuador y Chile en sus distintos articulados indica que el contrato o convención es un acto por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra parte a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, cada parte puede ser de una o muchas personas, en dichos articulados, la palabra contrato o convención son sinónimos, es decir, significa lo mismo.

Según López, F. (1984) indica: “Que, dentro de los actos jurídicos bilaterales, se distingue entre la convención y el contrato, el acuerdo y el contrato (...)” (p. 59).

Mientras el artículo 1197 del Código Civil argentino habla acerca de las convenciones que están hechos en los contratos, que son aludidos a las cláusulas de los mismos, mientras tanto el artículo 1137 del Código en mención, indica que habrá contrato si dos a más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común que tienen por destino reglar sus derechos. Actualmente, por falta de precisión terminológica en la doctrina como el Código Civil, utilizan de forma distinta tanto el

contrato, la convención y el pacto para designar el contrato bajo un sentido técnico que esta precisado en el artículo 1351 del Código Civil vigente.

#### **2.2.1.5. El consentimiento**

El consentimiento no viene a ser otra cosa que el acuerdo de voluntades de las partes contratantes que están facultadas para crear, regular, modificar o extinguir una obligación tal como lo establece el artículo 1351 del Código Civil vigente, el consentimiento es considerado uno de los elementos esenciales del contrato que nace por la manifestación de voluntad del que propone la celebración del contrato, es decir, el oferente con la manifestación de su voluntad y con el aceptante del cual surgirá la voluntad común, como también a la formación del contrato que concurren dos manifestaciones de voluntad tanto la oferta como la aceptación, es decir, el consentimiento es la coincidencia de las manifestaciones de voluntades tanto del oferente como del aceptante, es necesario indicar que no será válido que dicha voluntad sea interna u objetiva.

Si el contrato es celebrado por varias partes, es decir, contratos plurilaterales y la oferta emane de distintas personas vale decir está destinada a varias personas, el acto contractual se perfeccionará con el consentimiento de los interesados con excepción que la propia convención o la ley autoriza a la celebración a nombre de todos o simplemente permite su perfeccionamiento solo entre quienes lo han consentido.

Según Jossierand citado por Torres, A. (2016) indica: “el consentimiento por residir en un acuerdo de dos o varias voluntades, es una noción forzosamente compleja: las dos voluntades de que procede, no se manifiestan jamás simultáneamente; una de las partes dirige a otra una oferta, una policitud (...)” (p. 294).

El consentimiento viene a ser el resultado de la coincidencia tanto de la oferta como de la aceptación que será útil, para el nacimiento de una nueva y única voluntad

contractual que obligará a las partes contratantes, ya que jurídicamente es imposible de cualquiera de ellos desligarse del contrato con una sola declaración lo que genera que el contrato sea irrevocable salvo los que están permitidos por ley. Asimismo, las partes contractuales están libres de contratar o de no hacerlo, en el primero si se realiza quedaran vinculadas sin posibilidad de apartarse válidamente, son conductas opuestas y contradictorias el contratar y luego arrepentirse es por ello que dichos acuerdos no pueden defraudarse sin sanción.

A modo de conclusión, como ya hemos venido señalando el contrato se perfecciona con el consentimiento, produciéndose con la coincidencia de dos manifestaciones de voluntades tanto recíprocas y sucesivas, es decir, la oferta y la aceptación que son elementos constitutivos del contrato, ya que la una con la otra llegan a ser manifestaciones de voluntades receptivas, ya que están destinadas a ser opuestas a conocimiento de la otra parte, por ende no producirán los efectos a las cuales están dirigidos, sino cuando se llegan a combinar en el acuerdo de voluntades con el cual se perfecciona el contrato. (Torres, A 2016, p. 296).

#### **2.2.1.5.1. La oferta**

Por la oferta del contrato se entiende que es la manifestación de forma unilateral quien es receptor, es quien va dirigirse a la otra parte para celebran juntamente con el acto contractual, indicando todas las estipulaciones de dicho contrato bajo la forma como la ley lo prevé o las partes lo deciden.

Según Ospina, F & Ospina, A. (1994), indican: “la oferta también se le llama propuesta o *policitatio* o policitud. Un sector de la doctrina reserva la denominación de oferta a la propuesta a personas determinadas y la policitud a la que se dirige al público en general” (p. 147).

Al que realiza la oferta se le llamara destinatario, ofertante o solicitante, la oferta que se realiza puede ser pura o estar bajo modalidades las cuales deben tener plazo, modo o condición, la otra forma de realizar, puede ser las ofertas cruzadas, las alternativas con o sin comunicación inmediata entre las partes, que estará dirigido a determinadas personas como por ejemplo, A oferta a B la venta de su casa de forma indeterminada, mientras A pone en venta su casa mediante anuncios por medios de comunicación, mientras el artículo 1382 del Código Civil precisa que podrá ser vinculante y por ende irrevocable como también podrá ser vinculatoria y también revocable como precisa el artículo 1382 del Código en mención. Asimismo, la oferta deberá ser lícita, es decir, no debe estar en contra de las normas interactivas, al orden público y las buenas costumbres, el oferente que realiza dicho acto contractual debe tener la aptitud de ser un sujeto de una relación jurídica y tener capacidad de obrar.

Al ser la oferta contractual una declaración de voluntad receptiva, el conocimiento de la propuesta adquirida por el destinatario, sin que el proponente haya querido su remisión, no llega a constituir condición suficiente para que se perfeccione el contrato. Al ser la oferta un acto voluntario en casos excepcionales podrá ser forzada, como por ejemplo cuando ciertas personas tienen el monopolio de servicios públicos, pues están obligadas a contratar con quienes soliciten el servicio.

Son tres los requisitos de la oferta; primero, que sea completa, es decir, precisa y suficiente, se trata que debe ser determinada con el fin que, en la aceptación se perfeccione el contrato en tal sentido que su contenido debe ser suficiente y lo será si tiene todo lo estipulado en el contrato propuesto con el fin que se concluya con la aceptación; segundo, que la declaración de voluntad debe ser seria y que tiene por destino la aceptación para el perfeccionamiento sin que se dé la necesidad de una ulterior declaración del que hizo la oferta; tercero, que se reúna los elementos esenciales

y requisitos de validez comunes de todo contrato y los especiales del contrato en proyección con el objetivo que se perfeccione con la aceptación del destinatario.

#### **2.2.1.5.2. La aceptación**

La aceptación dentro de un acto contractual, es la declaración de voluntad unilateral, *recepticia* que emite el destinatario de la oferta, es decir, el ofertario será quien comunica al oferente de su conformidad con los términos con el cual se dará el perfeccionamiento del contrato propuesto. Dicho acto puede ser expreso o tácito, es expreso cuando el destinatario comunica su aceptación al oferente llegando a ser intrascendente el vehículo que la exteriorización de la voluntad, puede ser de forma oral o escrita o cualquier acto que exprese su voluntad.

La aceptación expresa es muy distinta que la aceptación formal, el primero es de forma libre, solo de manera excepcional puede ser de forma solemne, mientras la aceptación formal al mismo tiempo puede ser expresa, pero no toda aceptación expresa puede ser formal. La aceptación tácita o implícita se refiere a actos de comportamiento del destinatario de la oferta que permitirá que no quede ninguna duda de su existencia, en caso el destinatario guarde silencio no se configura la aceptación, por lo tanto, el oferente no podrá obligar de algún cargo que no quiere aceptar, ya que el silencio carece de una significación netamente jurídica con excepción que la ley o el convenio le atribuye la calidad de manifestación voluntaria, también se dará cuando el negocio, es de aquello en que no se acostumbra la aceptación expresa o la oferta no es reusable sin dilación.

Para que el acto contractual se perfeccione y sea válido, se necesita que la aceptación cumpla con cinco requisitos, los cuales detallaremos a continuación:

- ❖ Ser conforme a la oferta en todas sus estipulaciones, si se dan ciertas modificaciones no procede la aceptación, sino se da el rechazo de la oferta y

una contraoferta. El contrato solo llegara a perfeccionarse si existe una perfecta congruencia, aun en clausulas accesorias entre la propuesta y la aceptación ya que en efecto en tal conformidad no se da el consentimiento.

Según Torres, A. (2016) indica: “El contrato es el resultado del encuentro y fusión de una oferta y una aceptación perfectamente coincidente sobre su contenido, tanto con referencia a las estipulaciones esenciales como a las accesorias” (p. 303).

- ❖ Ser una manifestación de voluntad definida con el objetivo de obligarse a cumplir.
- ❖ Ser oportuna, es decir debe producirse dentro del plazo establecido por el oferente o por la ley, por lo tanto, si la aceptación es tardía equivale a una contraoferta.
- ❖ Debe ser comunicada y también de conocimiento del oferente, herederos o su representante legal. La repuesta de la cual el oferente toma conocimiento por distintos medios de comunicación de la aceptación o la no aceptación.
- ❖ Debe ser realizada en la forma exigida por el proponente, en efecto como quiera que el contrato se perfeccione solamente con una declaración de aceptación que coincida con la oferta.

En fin, la aceptación debe ser comunicada oportunamente al proponente y coincidir totalmente con la oferta.

#### **2.2.1.6. Negociación contractual**

Como lo veníamos señalando, la oferta existirá si el contrato cumple con todas las estipulaciones indicadas en la normativa jurídica para la celebración, de tal manera que se perfeccione con la sola aceptación que esté conforme con lo establecido, si la aceptación acoge a la oferta el contrato quedará conformado.

Según Torres, A. (2016), indica: “La oferta del contrato puede culminar con el perfeccionamiento del contrato si es aceptada o puede desembocar en una etapa previa de conversaciones si el destinatario hace una contraoferta o acepte extemporáneamente” (p. 305).

La oferta del contrato será perfeccionada, si acepta o también con la contraoferta o con la aceptación extemporánea, en algunas casos el acuerdo de voluntades se formaliza sin etapa preparatoria, como por ejemplo, María propone a Pedro venderle un bien inmueble a 200 mil soles y Pedro acepta la cantidad propuesta, es decir, la oferta como también los términos y condiciones que van a ser precisados por el oferente, dicha aceptación deberá ser manifestada de manera oportuna y sin modificaciones por el que lo dirige. En caso excepcional, el acuerdo de voluntad se otorgará al final de la negociación, mientras en los contratos clásicos se perfeccionarán como negociaciones o tratativas entre partes que se encuentran bajo un mismo nivel de igualdad con el fin de que no esté sometida a la otra.

Mientras en los contratos de adhesión y el concluido se dará mediante cláusulas que son generales del contrato, por ende, la oferta no podrá ser objeto de modificaciones ya que el destinatario solo tiene la opción de aceptar o no. En la actualidad, ya sea en los contratos de negociación o por adhesión, al existir dentro de una sociedad desarrollada o en las que se encuentran en distintas vías de desarrollo, existen los contratos de adhesión.

Por último, no se debe confundir la oferta del contrato con la oferta de negociación; en la primera, llega a ser perfeccionado el contrato con la aceptación; mientras que en el segundo, no se llega a perfeccionar nunca, ya que no hay una previa negociación en donde las partes mediante una oferta y contraoferta lleguen a un acuerdo, sobre todos los elementos del contrato; por lo tanto, la oferta del contrato llega

a ser vinculatoria porque podrá ser aceptada mientras la oferta de negociación no es vinculante, porque no podrá ser aceptado para el fin del contrato que es el perfeccionamiento. Se puede decir que la oferta de entablar conversaciones podrá ser aceptada bajo un sentido lato, pero eso no quiere decir, que será un sentido estricto, jurídico, como manifestación de voluntad que acogerá la oferta, por ello no se lograra perfeccionar el contrato, pero en la oferta del contrato se permite que el contrato se forme con la aceptación.

#### **2.2.1.7. Perfeccionamiento de contrato**

Para la formación del contrato se requiere de la celebración, en el perfeccionamiento y la conclusión, se juntan las dos manifestaciones de voluntad, pero de manera común, es decir, con el consentimiento, con el cual se podrá crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, existe una distinción entre el perfeccionamiento del contrato y su consumación llegando a producirse cuando se hayan cumplido totalmente las obligaciones creadas por las partes por ende deberán estar reguladas o modificadas.

Según Torres, A. (2016), quien indica: “A la voluntad coincidente de las partes contratantes se le llama consenso, la objetivación de las voluntades de las partes contratantes se produce de modo sucesivo, mediante la oferta del contrato que hace una de las partes a la otra que acepta” (p. 61).

Según, De la Puente y Lavalle, M. (2011) define: “perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional” (p. 96).

Como ya lo hemos venido señalando, los contratos consensuales llegarán a ser perfeccionados con el simple acuerdo de voluntades, por tanto deberán ser *ad probationem* llegando a ser un medio de prueba para su existencia mas no requisito; mientras en los contratos *ad solemnitatem*, la forma está bajo sanción de nulidad, es

decir, constituye un elemento esencial del contrato, ya que el artículo 1352 del Código Civil vigente realiza la distinción entre la forma *ad probationem* y la *ad solemnitatem* indicando en esta última que debe estar fijado por ley bajo sanción de nulidad.

Mediante la conclusión del contrato consensual, que lleva consigo el perfeccionamiento del mismo, ya que no se necesita algo más para que el contrato pueda producir sus efectos, pero en el contrato como acto jurídico, sometido a una condición suspensiva o determinación de su contenido por un tercero, llegando a ser concluido el contrato mientras las partes llegan a un consenso definitivo, por lo tanto, es incensario un nuevo acuerdo de voluntades.

Bajo esas condiciones, los doctrinarios juntamente con la ley, señalan que el perfeccionamiento de un contrato es el momento donde se determinará la producción de sus consecuencias obligatorias, como tampoco no siempre es necesario el consentimiento para el perfeccionamiento de los contratos consensuales, sino para algunos casos se requiere algo más, es decir, la obtención de sus efectos cuando estos no son el resultado inmediato de su conclusión.

Los elementos constitutivos del contrato son la oferta y la aceptación, una vez realizado los dos, el contrato quedara perfeccionado; la aceptación deberá expresar la plena conformidad con la oferta, si se llegara a realizar alguna modificación, no vale como tal sino se configuraría una contraoferta, en algunos casos si la aceptación se realiza de manera tardía o se haya realizado modificaciones podrán ser admitidos por el oferente si se comunica de manera oportuna al aceptante.

Mientras el artículo 1373 del código Civil vigente, establece el momento y lugar para el perfeccionamiento del contrato, la aceptación debe ser conocida por el oferente, dicho acto es la última etapa de la formación del contrato, es decir, debe ser de conocimiento la aceptación por el oferente y podrá ser manifestada expresamente o

tácitamente, para que exista válida o excepcionalmente de conformidad a ley o convenio, se requiere de una forma solemne, al cual las partes están sometidas a una *lex privata*.

El momento en que se perfeccionara el contrato, es de suma importancia para establecer su validez en caso de conflictos de leyes en el tiempo, tanto la aceptación tardía como el traslado de los riesgos van a establecer la licitud del objeto y del fin del contrato, va depender la licitud del momento que se celebrara no estando sujeto a condiciones o plazos suspensivos, mientras el lugar del perfeccionamiento del contrato viene a ser el lugar de residencia del oferente, quien será el destinatario de la oferta, o salvo que se haya establecido un lugar distinto. (Torres, A. 2016, p. 335).

En el artículo 1373 del Código Civil, se aporta la teoría del conocimiento ya que dispone que para el perfeccionamiento del contrato se requiere del momento y lugar, para que la aceptación sea conocida por el oferente, para ello el legislador ha instituido la presunción legal del conocimiento, por medio del cual se reputa conocida por el oferente, a continuación, desarrollaremos las teorías para el momento del

#### **2.2.1.7.1. Teorías sobre el momento en que se perfecciona el contrato**

En los contratos en las cuales no hay comunicación inmediata no se podrá fijar con precisión en qué momento se produjo el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, es decir, es necesario saber el momento en que se perfeccionara el contrato, para ello hay cuatro teorías que nos ayudaran a resolver los problemas en cuanto al momento del perfeccionamiento.

##### **2.2.1.7.1.1. Teoría de la declaración**

La teoría de la declaración también llamada agnición o manifestación, el consentimiento se llegará a producir en el momento en que el aceptante manifieste su

conformidad con la oferta, como por ejemplo, uno manifiesta su voluntad de vender y el otro de comprar.

Según Torres, A (2016) indica: “El contrato se perfecciona con la coincidencia de las voluntades del oferente y el aceptante, y esta coincidencia se produce en el instante que existe en el destinatario la intención del aceptar la oferta (...)” (p. 325).

Es de suma importancia, que el destinatario exprese de manera externa la conformidad de la oferta ya sea mediante la declaración de aceptación, para que el contrato se perfeccione, dicha teoría no ofrece seguridad para el oferente, por ende el destinatario será quien tiene control de la declaración, asimismo, podrá arrepentirse en cualquier momento o reducirlo a la nada, es decir, podrá manejar a su antojo por lo tanto el oferente, se encontraría vinculado contractualmente sin saber si el destinatario ha aceptado.

#### **2.2.1.7.1.2. Teoría de la expedición**

La teoría de la expedición también llamada de envío, no es suficiente la manifestación de la aceptación sino indica que dicho acto debe ser expedido, es decir, que el aceptante emita su declaración de voluntad al oferente para el perfeccionamiento del contrato, Argentina adopta dicha teoría en el artículo 1154 del Código Civil, en el cual indica que será perfeccionado el contrato cuando la aceptación sea enviada al proponente realizando una concesión con la teoría de conocimiento, en el cual el aceptante podrá retractarse antes que sea de conocimiento del proponente.

En favor de dicha teoría, se puede descifrar que el aceptante reserva su decisión hasta la expedición, al realizar el envío ya no podrá tener control sobre la declaración de su voluntad. Algunos doctrinarios, indican que esta teoría facilita el arrepentimiento y la revocación de la aceptación, donde el aceptante que expide su declaración de voluntad mediante un documento tiene la posibilidad de retirarlo antes que llegue a su

destino, de conformidad con el artículo 1386 del Código Civil, se considerara inexacta la aceptación si antes o junto llega de conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

#### **2.2.1.7.1.3. Teoría de la recepción**

La teoría de la recepción sigue el prototipo de la teoría de expedición, pero con esta última teoría, no se asegura que la aceptación se encuentre dentro de la esfera jurídica del oferente, por lo tanto, el contrato quedara perfeccionado desde que el oferente lo tenga bajo su poder. Por ello, existen críticas de algunos doctrinarios ya que la sola recepción no significa que el contrato quede perfeccionado. Al respecto Torres, A (2016) indica:

(...), si bien es cierto que recepción no es conocimiento de la aceptación por el oferente, sin embargo, a partir de la recepción el proponente se encuentra en la posibilidad de conocerla, salvo que, sin su culpa, se encuentre en la imposibilidad de entrarse de la aceptación (p. 329).

Esta teoría entiende que se perfecciona el consentimiento, en el momento en que el oferente recibe, o tiene a su alcance recibir, la aceptación exteriorizada y enviada por su contraparte. Esta posición fue defendida por Planiol y Ripert y se destaca a su favor que el aceptante no tiene posibilidad de frustrar que el mensaje llegue al oferente.

#### **2.2.1.7.1.4. Teoría del conocimiento**

La teoría del conocimiento también llamada teoría de la información o cognición o precognición, para que se pueda tener configurado el consentimiento es necesario que el oferente conozca del contenido de la aceptación, es necesario de cada uno de las partes, puedan tener conocimiento de la decisión del otro y viceversa, el consentimiento se produce cuando ambos conocen de la aceptación en cuanto a la oferta.

Según los autores Merlín, Et Al. Citado por León, J. (1956) se pronuncian a favor de la teoría de conocimiento indicando: “(...), de modo que solo hay contrato desde que el proponente llega a tener conocimiento de la aceptación, lo cual, por lo mismo antes de ese momento es un mero *propositum in mente retentum* (...)” (p. 72).

Algunos doctrinarios critican la teoría del conocimiento indicando que el oferente puede actuar fraudulentamente, procediendo a no tomar conocimiento de la aceptación o retardar el conocimiento que tomo dicho conocimiento de la aceptación o ignorarlo cuando ya es de su conocimiento. Conforme a dicha teoría puede ocurrir que el aceptante llega a estar de acuerdo con la oferta, pero no será para siempre la propuesta del oferente, es por ello que deberá estar informado de la oferta y que el proponente continúa en su propuesta, en fin esta postura señala que para la formación del contrato es preciso el concurso consciente de voluntades. Si la aceptación ha sido manifestada o enviada solo habrá, mientras no se produzca el conocimiento por parte del oferente, dos voluntades que se ignoran. Y eso no basta; por lo que, según esta tesis hace falta el conocimiento de la aceptación.

#### **2.2.1.8. Eficacia del contrato**

Mediante la eficacia del contrato se podrá visualizar los efectos jurídicos siendo un acontecimiento jurídico, la eficacia es distinto a la validez, esta última indica que el contrato es válido cuando responde a las prescripciones legales, mientras la eficacia del contrato produce sus efectos legales, la cual desarrollaremos a continuación:

#### **2.2.1.9. Efectos del contrato**

Según Torres, A. (2016) indica: “los efectos del contrato son las modificaciones que el contrato determina en las posiciones jurídicas de las partes. Como las posiciones jurídicas son derechos y obligaciones, los efectos del contrato consisten en crear entre las partes derechos y obligaciones (...)” (p. 113).

Los efectos contractuales serán los producidos por el contrato, como también los efectos integrativos que son dispuestos por la ley, son obligatorios ya que generan obligaciones y derechos, modificando o extinguiendo las obligaciones o los créditos preexistentes, ya que, en toda obligación, el derecho del acreedor corresponde a las obligaciones del deudor, por todo ello es que los efectos obligatorios consisten en la constitución, modificación o extinción de los derechos de crédito.

Por lo tanto, los contratos no solo generan relaciones obligatorias sino también llegan a convertirse en traslativos de propiedad y constitutivos de derechos reales, como el usufructo, entre otros. Los intervinientes en el acto contractual establecen relaciones jurídicas económicas lícitas que se darán a través de contratos nominados o típicos, dentro de ellos encontramos a la compraventa, hipoteca, arrendamiento, entre otros, también se podrá dar a través de los contratos innominados o atípicos, dentro de ellos están los contratos de transferencia, de tecnología, crédito documentado, entre otros. El consentimiento producirá determinados efectos amparados por nuestra normativa jurídica para su licitud.

Los efectos del contrato existen bajo siete puntos, que los doctrinarios establecen: Primero, la creación de obligaciones, siendo una relación jurídica netamente de carácter patrimonial; segundo, la regulación de obligaciones, se genera derechos y obligaciones que las partes muestran bajo una relación jurídica; tercero, la modificación de obligaciones preexistentes con el contrato que alteran el contenido preexistente; cuarto, la constatación de la existencia de obligaciones preexistentes, con la existencia del contrato surge la relación jurídica; quinto, la extinción de obligaciones; sexto, efectos reales, mediante el acuerdo de las partes se podrá crear, modificar o extinguir un derecho real; y séptimo, efectos de autorización, los efectos del contrato también podrán ser de autorización consistentes en la atribución de un poder.

## **2.2.1.10. Propiedad**

### **2.2.1.10.1. Definición de Propiedad**

De conformidad con el artículo 923 del Código Civil vigente se define a la propiedad: “es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social dentro de los límites de la ley”.

La propiedad es considerada como una de las más importantes, dentro de los derechos reales, asimismo, podrá ser analizada desde diferentes puntos de vista ya sea político, histórico, entre otros. En primer lugar, la propiedad es un poder jurídico por el cual, se adoptan distintas formas entre ellas tenemos el poder de la fuerza, poder político y el poder bélico. Poderes que nacen del derecho, que van a recaer sobre un bien o a más de dos bienes, ya sean corporales o cosas o incorporales, es decir, bienes en general. Los atributos o también llamados derechos que le concierne al titular que son usar, disfrutar, disponer y reivindicar.

Según Ramírez (1999) define: “la propiedad es entendida aquí como el poder total, pleno, que tiene una persona sobre un bien (...), la propiedad tiene un rol o función con arreglo a la cual se dice la propiedad ha pasado a ser una titularidad o una atribución (...)” (p. 110).

Dentro de la propiedad se habla de un aspecto social el cual no impide que la propiedad privada siga siendo reconocida y protegida, asimismo, es necesario indicar que la propiedad es conservada como poder de uso, disfrute, disposición y reivindicación, considerado como la parte importante del ordenamiento económico y social. A manera de conclusión, la propiedad viene a ser un poder genérico que permitir al propietario hacer con el bien cualquier cosa dentro de la licitud, también la propiedad es un derecho real, es decir, es el poder jurídico que tiene una persona sobre la cosa, para ello es necesario que tenga el registro de la propiedad con la finalidad de que

adquiera protección jurídica el titular, ya que ante cualquier conflicto la inscripción sirve como medio de prueba para acreditar la existencia del bien y sus derechos reales existentes y que pertenecen al titular quien lo inscribió.

#### **2.2.1.10.2. Derechos de la propiedad**

La propiedad no solo es un poder jurídico que va permitir usar, disfrutar y disponer del bien como valores de uso y de cambio de los bienes, sino que bajo la expectativa de los derechos reales es el más completo de todos, el derecho de propiedad está regulado en la sección tercera, capítulo I al IV del Libro de Derechos Reales del Código Civil; por lo tanto, los derechos reales vienen a ser, un poder directo e inmediato sobre los bienes, por ello que su objeto está regulado bajo una organización jurídica de las relaciones de propiedad llamadas relaciones sociales que surge por la utilización de bienes.

Uno de los derechos inherentes a la propiedad es el derecho a servirse de la cosa, es decir, usarlo y gozarlo de conformidad con el artículo 2513 del Código Civil el cual comprende el derecho de usar y el derecho de obtener para su beneficio los frutos de la cosa. Considerado el contenido esencial del derecho a la propiedad, eso quiere decir que hay la posibilidad de gozar de la cosa ya sea para vivienda, recreo o simplemente para obtener los frutos que se produzcan, ya sean de manera natural o civil.

Otro de los derechos inherentes a la propiedad, es el derecho de disponer de la cosa, dentro de la cual, se tiene la facultad de enajenarlo, alquilarlo, gravarlo con servidumbres, hipotecas o usufructos, tal como lo precisa el artículo 2515 del Código Civil, como también tiene la facultad de abandonarlo sin transmitirlo a otra persona.

Según Borda. G. (2001) indica que: “El artículo 2514 (ref., por ley 17.711) que el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuera abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades (...)” (p. 142).

Según el autor sobre la ley argentina, no solo se trata de un derecho a que toda persona acceda a la propiedad, sino que también consagra que es un derecho inviolable, es decir, que nadie puede transgredir válidamente contra él, salvo el caso de expropiación, pero únicamente por razones de seguridad nacional o de necesidad pública, declaradas por ley. Se trata además, de un derecho reservado no solo para el peruano sino también para el extranjero, poniendo a ambos en igualdad de condiciones, a excepción únicamente de determinados bienes ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras peruanas.

#### **2.2.1.10.3. Atributos de la propiedad**

Son cuatro derechos o también llamados atribuciones, que le confiere al titular usar, disfrutar, disponer y reivindicar y que están contenidos en el artículo 923 de Código Civil los cuales desarrollaremos a continuación:

La primera atribución, usar se entiende que quien lo utiliza se servirá del bien. Según Avendaño, J. (2003) indica: “usa el automóvil quien se traslada con el de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella, usa un reloj quien lo lleva puesto y verifica la hora cuando desea” (p. 188). La doctrina tradicional lo define como *ius utendi*, considerando que es un derecho de uso del bien, estando facultado el propietario a servirse de ello, también se entiende que tendrá derecho a todos los usos a que el bien pueda prestarse.

La segunda atribución, es el disfrute y se usa el término de goce o explotación del bien, mientras en latín se escribe *ius fruendi* lo cual permitirá percibir todos los frutos que produce. Según Montes, A. citado por Ramírez, E. (1999) indica: “El disfrute comprende tanto la utilización directa (que incluye la llamada disposición física o modificación de la esencia física del bien) como también la indirecta (vía la concesión contractual o negocial de una cierta porción de goce a otra persona) (...)” (p. 115).

Por lo tanto, disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, el titular podrá aprovecharlo económicamente ya que los frutos vienen a ser los bienes que surgen de otros bienes sin que se pueda disminuir la sustancia del bien original tales como las rentas y utilidades, también existen distintos frutos los naturales, industriales y civiles; la primera consiste en bienes donde no hay intervención de humanos; en la segunda, hay intervención del hombre la producción; y en la tercera, los frutos civiles se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, mediante un contrato.

Disponer en latín se escribe *ius abutendi* según Ramírez, E. (1999) define de la siguiente manera: “Es la facultad de disposición del bien, que otorga una fisonomía propia al derecho de propiedad. Existen ciertos derechos que otorgan al titular de ello la facultad de usar y gozar (...)” (p. 116).

Considerado para la doctrina un tributo esencial ya que constituye la expresión más intensa del goce ya que representa un total de valor de cambio de bienes. Tanto el goce como disposición, son comportamientos muy distintos, la última se realiza a través de una manifestación que asume la figura de un negocio jurídico con eficacia real. A modo de conclusión, la disposición consiste en que el titular tiene la facultad de deshacerse de la cosa ya sea de manera física o jurídicamente, por lo tanto el acto de disposición es la enajenación del bien por otra persona.

La reivindicación en latín se escribe *ius vindicandi*, según Avendaño, J. (2003) define reivindicación de la siguiente manera: “(...), es recuperar, esto supone que el bien este en poder de un tercero y no del propietario, ¿a qué se debe esto? Muchas pueden ser las causas desde un desalojo o usurpación, hasta una sucesión (...)” (p. 188).

El titular de la cosa tiene dicho atributo, es por ello que podrá gozar de la reivindicación la cual es imprescriptible, asimismo la reivindicación es utilizada en el derecho real, donde el propietario está facultado también mediante el ejercicio de la

reivindicación a poder recuperar el bien de quien lo posee ilegítimamente es por ello que se dice que es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

#### **2.2.1.10.4. Caracteres de derecho de propiedad**

La doctrina jurídica analiza los caracteres del derecho de propiedad que son cuatro; es un derecho real, derecho absoluto, derecho exclusivo y por último, un derecho perpetuo los cuales desarrollaremos a continuación:

Primero es un derecho real, ya que implica una relación netamente directa entre el titular de la propiedad con la cosa, por ende, el propietario podrá ejercer sus atributos sin la intervención de otra persona. Según Avendaño, J. (2003) indica: “(...) la propiedad es *erga omnes*, esto es, se ejercita contra todos (...)” (p. 188).

Nos indica que será ejercitada para todos, es por ello que se utiliza el término de oponibilidad que es una de características resaltantes de los derechos reales en especial del derecho de propiedad.

Segundo, es un derecho absoluto, según Ramírez, E. (1999) define: “el derecho de propiedad es absoluto porque comprende todas las facultades o atributos jurídicos (uso, goce, disposición, etc.) posibles que sobre el bien tiene el dueño. La propiedad implica ya se ha dicho el más amplio completo señorío sobre el bien (...)” (p. 122).

Como ya lo indico el autor, el titular de la propiedad adquiere todas las facultades sobre la cosa como ya los vimos dentro de las atribuciones donde indica el uso, goce, disposición y reivindicación, mientras en usufructo se le limita de atribuciones es por ello que no es un derecho absoluto, ya que solo usa y disfruta de la cosa. Asimismo, será oponible a todos, es decir, que solo podrá oponerse al deudor y por lo tanto es relativo.

Tercero, es un derecho exclusivo, según Borda. G. (2001) conceptualiza dicho derecho: “(...) dos personas no pueden tener al mismo tiempo un dominio exclusivo sobre una cosa. Lo que más que un carácter del dominio es una perogrullada (...)” (p. 141).

Bajo esa misma postura Ramírez, E. (1999) define: “el derecho de propiedad es exclusivo porque la persona que lo ejerce excluye de goce a todos los demás. Su titular es, por tanto, el único que puede ejercer sobre los bienes las atribuciones que lleva consigo (...)” (p. 124).

La propiedad es exclusiva ya que elimina todo otro derecho que puedan tener sobre el bien, es decir, que dos personas no pueden tener el dominio de un mismo bien con excepción que el titular pueda autorizarlo, mientras en la copropiedad donde hay más de dos propietarios no se distorsiona el derecho ya que sigue siendo uno, lo que estaría ocurriendo es que lo ejercen varias personas que vienen a formar un grupo que es el titular el derecho y que tiene la facultad de excluir cualquier otro derecho. En fin, el derecho de exclusividad es incompatible e inconciliable con otros similares sobre el mismo bien ya que ningún titular puede ser obligado que otro tenga el dominio de su bien.

Cuarto, último carácter del derecho de propiedad que es un derecho perpetuo, según Borda. G. (2001) define: “no se pierde por el desuso o pérdida de la posesión de la cosa en tanto un tercero no lo haya poseído por el término legal de la usucapión (art. 2510). Puede ocurrir en efecto que nadie haya tomado posesión de la cosa (...)” (p. 140).

El derecho es perpetuo ya que no se extingue por el solo no uso, es decir, el propietario puede dejar de usar y disfrutar el bien y no por ello se pierde el derecho de propietario y si llega a perder es porque otro lo haya adquirido por prescripción tal como

lo indica el artículo 927 del Código Civil, el cual sanciona la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, con el cual se declara la perpetuidad del derecho que esa acción cautela. Como se vino señalando el derecho es perpetuo de la propiedad no se extingue, es decir, no hay una limitación temporal por lo que se mantendrá durante toda la vida del titular y después de su muerte en sus herederos.

#### **2.2.1.10.5. Título y Modo**

En los modos de adquirir la propiedad, surge la teoría del título y modo, que tiene su fundamento en el derecho romano, donde se consideraba que, el título era el convenio de las partes celebrantes, que los autorizaba para solicitar la entrega de la cosa o que se cumpla con lo pactado en el acuerdo; y, por otro lado, consideraban al modo como la entrega de la posesión con lo que se adquiría la propiedad de forma definitiva, tornando al adquirente propietario y que le permitía a ejercitar la acción reivindicatoria. (Ramírez, 1999, p. 137).

En la doctrina romana el modo era la entrega de la posesión, para que el adquirente se considerara dueño del predio, luego esto cambio a la simple voluntad, como señala Ramírez (1999) al manifestar: “De ahí que ya Gayo decía que la simple voluntad transfería el dominio” (p. 137).

Al respecto, debemos decir que el hecho de entregar la posesión que era considerado como el modo de adquirir la propiedad, quedo sin efecto en la doctrina romana con lo señalado por Gayo y como consecuencia surge la separación entre el título y modo, al cambiar el modo de adquirir la propiedad y transferirse con la simple convención, que se consolidó en Francia a partir del Código de 1804, donde no existe distinción entre título y modo, derivándose al derecho de obligaciones, donde es suficiente el simple contrato o acto constitutivo considerado como título y con ello el

adquirente se convierte en acreedor y dueño del predio sin ser necesaria la entrega de la posesión.

Sin embargo, en otros países si es considerada la distinción entre el título y modo al momento de transferir la propiedad como lo indica Ramírez (1999) cuando señala: “Así, en Alemania, en cuanto a inmuebles, el título es constituido por el consentimiento abstracto (*einigung*) y el modo consiste en la inscripción registral (*eintragung*)” (p. 138).

De esta manera, Alemania incorpora al modo de adquirir la propiedad, el sistema constitutivo, que es considerado en países como Suiza, en el código austriaco y en el español, donde el modo consiste en la inscripción registral, que otorga mayor seguridad jurídica.

#### **2.2.1.10.5.1. Teorías sobre el título y modo**

En el debate acerca de determinar si sólo es necesario el contrato para ser título y con ello suficiente para adquirir la propiedad o si es necesario otro requisito adicional para ser dueño de la propiedad, se encuentran las teorías explicativas que según Castán citado por Ramírez (1999) agrupa tres teorías explicativas que solucionarían la cuestión:

- I. **Teoría clásica de distinción del título y el modo.** Tiene su base en dos textos romanos: 1) el dominio se transfiere por la tradición y la usucapión, no por simples pactos: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non, non nudis pactis transferuntur*, y 2) el que establecía que no basta la sola tradición para transferir el dominio si no va precedida de alguna justa causa: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut alia iusta causa praecesserit propter quam traditio seque retur.* (p. 139).

Luego, Castán citado por Ramírez (1999) señala una segunda y tercera teoría:

II. **Tesis que niega la distinción del título y modo.** Contribuyen a esta negación varios factores:

1. El mismo derecho romano que, en su última fase, nos ofrece ejemplos de transferencias sin tradición real o en que está tan simplificada que queda reducida poco menos que a la nada (*traditio longa manu, brevi manu, constitutum possessorium, etc.*).
2. Los antiguos Derechos nacionales.
3. La ciencia jurídica, especialmente la Escuela de Derecho natural.

III. **Teorías modernas.** Citemos aquí a la teoría alemana, en que no se conserva la distinción, aun cuando se llegue a su misma conclusión, de que no basta el simple contrato para transmitir la propiedad. (p. 139).

Las teorías citadas anteriormente, son aquellas que han pasado por el transcurso del tiempo, las dos primeras en la doctrina romana, la primera que distinguía entre el título y modo a través de la entrega de la posesión o sea la *traditio* y la otra con la *usucapión*, es decir, por el transcurso del tiempo en la posesión, una persona se convertía en propietario del bien, lo que se conoce como la prescripción adquisitiva de dominio, no era por el simple pacto. La otra posición romana que consistía en la negación de la distinción entre título y modo, se sustentaba en la transferencia de la propiedad sin la *traditio*, es decir, sin la entrega de la posesión al adquirente. Mientras que la tercera teoría, que sin considerar la distinción regula que no basta el contrato para transmitir la propiedad, sino que es necesario la inscripción registral.

#### **2.2.1.10.5.2. Posiciones contemporáneas del título y modo**

Desde la utilidad práctica de la transferencia de la propiedad existen varias posiciones, que distinguen el título y modo, el jurista español Felipe Sánchez Román

citado por Ramírez (1999) señala: “el título es la causa fuente del derecho, y el modo, el medio a través del cual se realiza el título” (p. 139), Manuel Albaladejo citado por Ramírez (1999) indica: “Título (...) es el acto (...) por el que se establece la voluntad de enajenación (...) del derecho. Valverde y Valverde citado por Ramírez (1999) señala: “Modo es el acto (consistente en la entrega, ...) por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquirente”. (p. 139).

Según las posiciones antes mencionadas, podemos extraer que la adquisición de la propiedad se realiza en dos etapas, primero el título desde un punto de vista jurídico y no de documento y el modo la entrega de la posesión para transferir el derecho real, pero a través de la inscripción registral en el caso de inmuebles.

#### **2.2.1.10.6. Transmisión de la propiedad inmueble en el Código Civil peruano**

De conformidad a su naturaleza jurídica la transmisión de la propiedad inmueble se encuentra en el contrato traslativo, que al mismo tiempo es el título, que es el fundamento del traspaso de la propiedad y el modo de adquisición de la propiedad.

El contrato antes señalado, se denomina contrato con efectos reales, que significa que la propiedad del bien es adquirida por el consentimiento de las partes celebrantes.

En nuestra legislación civil mediante el artículo 949 del código Civil que prescribe: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal o pacto en contrario”.

Al respecto, el solo consenso, es decir, el intercambio de voluntades, perfecciona la transmisión de la propiedad, la legislación peruana entiende que el

contrato de compraventa de un bien inmueble determinado es al mismo tiempo el título y el modo de adquisición y coinciden entre sí.

Asimismo, el artículo 1352 del Código Civil, afirma lo señalado en el artículo 949 del mismo código, cuando prescribe: “Los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

Según lo prescrito por el artículo 1352 del Código Civil, el comprador adquiere la calidad de propietario y acreedor al mismo tiempo, sin necesidad de alguna tradición o entrega de la posesión o inscripción registral, ya que el concepto jurídico “perfeccionan”, significa que el objeto de la venta referido a la transferencia del bien se ha cumplido en su totalidad, por el solo consentimiento de las partes, es decir, por el simple *consensus* del acuerdo o pacto.

#### **2.2.1.10.6.1. Concurso de acreedores**

Al respecto, Ramírez (1999) señala:

Empero suele presentarse otra hipótesis: que el mismo bien inmueble sea vendido a dos o más personas. Entonces el problema a dilucidarse es quién será el dueño, puesto que no es admisible que haya dos propietarios sobre el mismo bien inmueble o predio. Esta figura es conocida con el nombre de concurso de acreedores (p. 235).

Debemos señalar también al artículo 1135 del Código Civil, que trata sobre la concurrencia de acreedores en bien inmueble, que en la eventualidad de venta a diversos compradores del mismo bien se determina por la inscripción registral, que perjudica a aquellos compradores que solo tiene contratos privados o solo con escritura pública frente a los que registran la compra, lo que trae consigo una inseguridad jurídica.

Ramírez (1999) señala:

*Primus* vende un inmueble de su propiedad a *Secundus* en 1997, por el simple mérito de un contrato privado de compraventa; pero urgido de dinero y, evidentemente, con mala fe, *Primus* vuelve a vender el mismo predio a *Tercius* en 1998, quien lo eleva a escritura pública y lo inscribe en los Registros Públicos. ¿Quién es el verdadero dueño aquí? Incuestionablemente el verdadero *dominus* es *Tercius*, a pesar de que compró con posterioridad (1998), pues logró inscribir su propiedad. (p. 235).

Como indicamos, acerca del artículo 1135 del Código Civil, coincide con el ejemplo que señala Ramírez, pero se amplía sus hipótesis con las reglas: primero, se prefiere al comprador de buena fe y cuyo título fue primeramente inscrito; segundo, en defecto de inscripción, se prefiere al comprador al comprador cuyo título es de fecha anterior con fecha cierta, es decir, legalizada por un Notario Público sin elevar a escritura pública, solo certifica las firmas y la fecha.

Además, puede surgir otro supuesto referido al conflicto entre un derecho real y un derecho obligacional o personal, en este caso se resuelve con la aplicación del artículo 2022 en su segundo párrafo referido a la oposición de un derecho real y derecho personal, en este caso se prefiere al derecho real.

### **2.2.1.11. Sistemas clásicos de transferencia de propiedad**

#### **2.2.1.11.1. El Sistema romano**

Al respecto Arias-Schreiber (1998) señala: “En Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: i) la *mancipatio* y ii) *la injure cessio* para la *res Mancipi* y la iii) *traditio* para la *res nec Mancipi*” (p. 307).

En Roma a la *res Mancipi* se consideraban a los fundos, a los esclavos y animales que se podían domar por el cuello o lomo; la *res nec Mancipi* eran la suma de dinero, los animales salvajes y la *mancipatio*, la misma que era ejecutada para la

transferencia de la *res Mancipi*. La *mancipatio* era un acto ceremonial que mediante una balanza se pesaba un objeto que representaba el bien que se transfería y en el otro plato de la balanza se ponía un cobre que significaba el pago, de tal manera que los dos platos de la balanza tengan el mismo nivel de peso.

Para la transferencia de la *res Mancipi* además de la *mancipatio* se utilizaba la *in jure cesio* que también era un acto ceremonial que significaba una reivindicación en la que el adquirente reclamaba la propiedad ante el pretor y el vendedor se allanaba a dicho reclamo.

En la doctrina romana con la sola voluntad o con la obligación se podía transferir la propiedad, pero acompañada del acto ceremonial que era considerado como un acto formal, además, se aplicaba el acto material que era la entrega de la posesión, al final de la doctrina romana sólo era considerada la *traditio*.

Definitivamente, en la doctrina romana los contratos no eran suficientes para transmitir la propiedad, por lo que era vital el procedimiento de un acto material que ya hemos indicado como son: la *mancipatio*, la *cessio in jure*; y, en la transferencia de inmuebles se aplicaba la teoría del título y modo, es decir, primero se ejercitaba el título que era el contrato y luego se ejecutaba el modo que consistía en la entrega de la cosa pero, con publicidad ya que se realizaba delante de testigos.

#### **2.2.1.11.2. El Sistema francés**

Al respecto Planiol (1988) señala: “El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan” (p.111).

Según lo señalado por el autor, de esta manera surge el sistema consensual en el derecho francés, que consistía en que la transferencia de propiedad inmueble se realizaba con el simple consenso de las partes celebrantes, la que comprendía a su vez

una entrega del bien que convertía al adquirente en acreedor de la obligación entre las partes y que lo facultaba para servirse del bien. Se debe entender que en este acto estaba implícito la entrega de la posesión, por lo que, el nuevo dueño asumía los riesgos que surgieran al bien a partir de dicho acto.

El principio de la transmisión por el simple consentimiento, convierte a la voluntad en un poderío para producir la transmisión de los derechos reales, sin ninguna formalidad ni tradición, por lo que el contrato tenía dos efectos, uno obligatorio y otro real, ya que la compraventa creaba obligaciones y a la vez transmitía al adquirente la cosa vendida. (Maseaud, H. y Maseaud, J., 1960, p.323-324).

En este caso la entrega es vital, pero no transmite el derecho real, ya que solo sería la entrega de posesión, pero para una transmisión inmobiliaria es necesario el contrato con el solo consentimiento y en la que se produce en ese mismo acto la entrega de la propiedad que convierte al comprador en propietario del bien.

Sin embargo, en Francia surge la institución de la inscripción registral, que según Vidal (s/f) que se establece en base a los siguientes principios: i) la inscripción que contendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros, ii) el registro sería personal, iii) los actos celebrados *inter vivos* necesariamente deberían ser inscritos, iv) la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos, ni impediría las acciones reivindicatorias, v) los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmueble, vi) de un lado, se llevaría un registro de hipoteca y de otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones. (p.13).

El sistema francés en lo referido a la transmisión inmobiliaria aplica el principio de consensualidad a través del contrato, por el cual se transmite el derecho de dominio lo que permite al comprador del bien tomar posesión real y efectiva, sin embargo, el sistema francés ofrece la inscripción registral, que no es obligatoria, solo facultativa a

fin de ejercer el derecho de oponibilidad frente a terceros, es el caso que se presenta en nuestro país.

#### **2.2.1.11.3. El sistema alemán**

En la doctrina alemana sobre transmisión de propiedad inmobiliaria opera la separación del contrato, donde el consentimiento no es el único requisito para dicha transmisión, se requiere además la inscripción registral como lo señala Arias (1998), quién indica: “En el primer caso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, en tanto que en el segundo es necesario la inscripción del contrato en el registro de la propiedad o en los libros territoriales”. (p.25).

El autor al señalar el primer caso, se refiere a la transmisión de bienes muebles, que en el sistema alemán es necesaria la tradición de forma objetiva, es decir, la entrega de la posesión del objeto y cuando señala en el segundo caso, se refiere a la transmisión de la propiedad inmueble que no sólo basta con el contrato, sino que es necesario la inscripción en los registros públicos sobre inmuebles.

Se debe precisar que el sistema alemán, al inicio, en la transferencia de inmuebles se desarrollaba en dos etapas, la primera que es el negocio jurídico y la segunda el acto traslativo del dominio.

#### **2.2.1.11.4. El sistema peruano**

En el Estado peruano se adopta el sistema espiritualista francés, denominado también sistema declarativo, mediante el artículo 949 del Código Civil vigente, que prescribe: “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

Al respecto el profesor Bullard (2003) señala: “La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El

contrato es un acto que, de ordinario permanece oculto al conocimiento de terceros” (p.156).

Lo señalado por el autor significa, que la simple consensualidad al momento de transmitir la propiedad inmueble carece de un elemento de cognoscibilidad, que es perjudicial para los terceros, ya que el contrato puede permanecer oculto o en clandestinidad.

Por ello es que, la consensualidad del artículo 949 de nuestro Código Civil genera inseguridad para los adquirientes, sin embargo, este sistema de transferencia tiene su fundamento en el que los adquirientes reducen los costos de la transferencia, porque se evitan de pagar al registrador y al abogado y en muchos casos sólo se puede certificar la fecha y firma de los contratantes por el notario público sin elevar a escritura pública; pero ello, genera inseguridad porque el bien inmueble puede ser transferido a varias personas, porque no existe obligación o imperio normativo que obligue a la inscripción registral, lo que acarrea una inseguridad jurídica, que es materia de estudio la el presente trabajo de investigación, con la propuesta de modificación acerca de la transmisión de inmuebles mediante la teoría del título y modo.

#### **2.2.1.12. Sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad**

En la celebración de un contrato de transferencia de bien inmueble, en la doctrina se presentan dos sistemas de transferencia, el sistema de unidad del contrato y el sistema de separación del contrato, los mismos que detallaremos a continuación:

##### **2.2.1.12.1. Sistema de unidad de contratos**

###### **2.2.1.12.1.1. Sistema transmisivo de la causa única**

Este sistema sostiene que, por el simple consentimiento de las partes celebrantes no es necesario el modo para hacer pública la adquisición del inmueble, ya que el contrato es la causa del origen que otorga derecho al nuevo propietario, por lo que

estamos frente a un sistema de causa única, que es la capacidad para producir los efectos reales de la transferencia. En el sistema transmissivo de la causa única se encuentra como subsistema el sistema consensual o espiritualista que sostiene que con el solo consentimiento de las partes se hace dueño al comprador.

#### **2.2.1.12.1.2. Sistema transmissivo de doble causa**

Este sistema sostiene que el contrato no transfiere la propiedad, debe existir otro elemento o modo de reconocibilidad social a fin de publicitar a la sociedad sobre la adquisición del derecho de propiedad. Dentro de este sistema, se presentan dos subsistemas. El primero, denominado sistema real o de tradición o sistema de la unión del título y el modo, que consiste en considerar al título y al modo como un solo elemento mediante el cual primero debe existir el consentimiento y luego la tradición o entrega de la posesión del bien mueble, es decir, este sistema solo se aplica en la transferencia de bienes muebles, que es acogido por nuestro sistema peruano en el artículo 947 del Código Civil. El segundo subsistema, denominado sistema registral constitutivo no convalidado, que sostiene que al existir un vicio o defecto en la celebración del acto jurídico que genera un contrato, se extiende dicho vicio al acto del registro.

#### **2.2.1.12.1.3. Sistema de separación del contrato**

Surge en Alemania y sostiene la separación de dos contratos, el primero que genera efectos obligatorios y el segundo que genera la transferencia de la propiedad. Entonces, quedan separados las obligaciones y la disposición; las obligaciones referidas al vínculo entre los contratantes y, la segunda que obligatoriamente debe existir la inscripción registral en el caso de inmuebles, al respecto Larenz (s/f) señala: “(...) el sistema de separación del contrato, supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto jurídico real” (p. 50).

En el sistema de separación del contrato, en la hipótesis que el acto jurídico que genera esos efectos personales llegaría a ser inválido, el acto del registro sería eficaz.

### **2.2.1.13. Jurisprudencia**

Debemos señalar la jurisprudencia correspondiente a la transferencia de bienes inmuebles en nuestra legislación civil.

Casación N° 2230-2004-Ayacucho, de 03-05-2006, f. j. 4. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente [EP, 31-07-2006, p. 16642]. **La sola obligación de enajenar el inmueble contenida en el contrato de compraventa prevalece sobre el pretendido interés de un heredero que asegura que dicho bien está considerado dentro de la masa hereditaria conforme a una sentencia de sucesión intestada.**

**Cuarto.** [Respecto] de la denuncia de inaplicación del artículo 949 del Código Civil, que establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario, debe ampararse [...], pues por la sola obligación de enajenar el bien inmueble materia de litis, contenida en el contrato de compraventa de fecha 7 de setiembre de 1982, se ha perfeccionado la transferencia a favor [del demandado] [...], por lo que, dicho predio no debió ser considerado dentro de la masa hereditaria declarada a favor [del demandante], lo que conlleva a determinar que a [este último] no le asiste mejor derecho de propiedad sobre el predio demandado.

Análisis:

La aplicación del artículo 949 del Código Civil, a la que hace alusión la casación en comento, genera la vulneración a la seguridad jurídica ya que la Casación hace mención al contrato de compraventa de fecha 7 de setiembre de 1982, es decir, no menciona que ha sido inscrito en la oficina registral, pero que sin embargo de conformidad al artículo antes indicado la sola obligación de enajenar un inmueble

determinado hace al acreedor propietario de él y a su vez perfecciona la transferencia a favor del acreedor (el comprador); lo que se debe advertir es que se trata de un contrato privado no inscrito y que finalmente al no estar evidenciado, oculto por la parte interesada, perjudica al heredero que mediante sentencia de sucesión intestada consideró el predio materia de litis dentro de la masa hereditaria, que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente señala que no le asiste mejor derecho de propiedad sobre el predio demandado.

Si se impondría en nuestro ordenamiento normativo civil el sistema constitutivo por el que recién cuando se encuentra inscrito la compraventa de un inmueble surtiría efecto el derecho de propiedad, por lo que en el proceso de sucesión intestada ya no se hubiese considerado dicho predio dentro de la masa hereditaria, lo que ocasiona pérdida de tiempo, esfuerzo y dinero, el sistema facultativo que impera en nuestra legislación, por lo que debe ser cambiado para no vulnerar la seguridad jurídica de los justiciables.

Casación N° 3018-2000-Lima, de 14-02-2001, ff. jj. 6 y 7. Sala Civil Transitoria [EP, 02-07-2001, p. 7345]. **Demandantes que son propietarios del inmueble con anterioridad a la medida de embargo. Sexto.** [El] artículo 949 del Código material dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. **Séptimo.** [De] acuerdo con este dispositivo legal, los demandantes son propietarios del inmueble con anterioridad a la medida de embargo, porque lo adquirieron por escritura pública del 15 de agosto de 1996 y la medida cautelar del banco codemandado se inscribió el 13 de mayo de 1997.

Análisis:

La aplicación del artículo 949 del Código Civil, en el cual ampara su decisión la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, hace mención que los demandantes son

propietarios del inmueble, porque lo adquirieron por escritura pública del 15 de agosto de 1996, es decir no se inscribió en los Registros Públicos, y sin embargo, la medida cautelar del banco si se inscribió el 13 de mayo de 1997; por lo que, se perjudica al banco codemandado de cobrar su acreencia, por esta práctica de aquellas personas que transfieren la propiedad y no la inscriben en la oficina registral, manteniendo de esta forma oculta la compraventa; de manera que, si se encontraría inscrita la adquisición del predio el banco ya no hubiese tramitado la medida cautelar, por lo que también es una pérdida de tiempo, dinero y esfuerzo que genera inseguridad jurídica en nuestra legislación.

Casación N° 0661-2010-Lima, de 01-07-2010, f. j. 5. Sala Civil Permanente [EP, 02-05-2011, Sentencias en Casación N° 639, p. 30048]. **La naturaleza del artículo 949° del Código Civil legitima el solo consenso entre vendedor y acreedor para transmitir la propiedad. Quinto.** [...] [En cuanto a la interpretación errónea del artículo 949 y aplicación indebida del artículo 1352 del Código Civil] debe ser desestimado por cuanto la naturaleza del artículo 949° del Código Civil legitima el solo consenso entre vendedor y acreedor para transmitir la propiedad, con lo cual se descarta el elemento constitutivo de la inscripción en los Registros Públicos, en consecuencia, la interpretación asumida por las instancias de mérito al colegir que la transferencia de la propiedad del predio *sub litis* surtió sus efectos con fecha 14 de marzo del 2000, esto es, un año y tres meses antes de la inscripción de la medida cautelar, resulta conforme a ley; en cuanto a [aplicación indebida del artículo 2022 e inaplicación del artículo 2016 del Código Civil], tampoco pueden ser acogidas por cuanto lo que busca el recurrente es cambiar el criterio establecido por las instancias de mérito al determinar que en el presente caso estamos frente a un derecho real que se opone a un derecho de crédito, en tal situación, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 2022 del Código Civil prevalece

el primero, se aprecia entonces que en el fondo pretende el reexamen de lo actuado, lo cual no está permitido en sede casatoria, por consiguiente el recurso de casación deviene improcedente.

Análisis:

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, descarta el elemento constitutivo de la inscripción en los Registros Públicos, sobre la transmisión de la propiedad, en mérito al artículo 949 del Código Civil, señalando que, la propiedad del predio demandado surtió sus efectos con fecha 14 de marzo del 2000, es decir, se le da prioridad a una compraventa del predio mediante acto jurídico no inscrito frente a la inscripción de la medida cautelar, que si bien es cierto, existe reiterada jurisprudencia que tiene prioridad un derecho real frente a un derecho de crédito o personal; sin embargo, si existiría la obligación de inscribir la compraventa del predio, mediante el sistema constitutivo de la inscripción en los Registros Públicos, la persona que inscribe la medida cautelar no perdería tiempo, esfuerzo y dinero, por lo que se determina que el sistema facultativo de inscripción de los Registros Públicos en nuestra legislación civil acarrea inseguridad jurídica e incrementa la carga procesal en perjuicio de los justiciables.

## **2.2.2. SEGURIDAD JURÍDICA**

### **2.2.2.1. Definición de seguridad jurídica**

Al respecto kemelmaier citada por Arrázola (2014) señala: “la seguridad es la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho” (p. 5).

Lo referido por la autora es fundamental ya que el poder que ejerce el Estado o gobierno de turno debe estar en concordancia en primer lugar con lo dispuesto en la Constitución Política y luego con los principios generales del derecho; sin embargo, no

debemos olvidarnos de los valores que señala la justicia como elemento filosófico que debe imperar en un Estado de derecho democrático. Entonces, el ciudadano al desarrollar sus actividades o resolver sus conflictos intersubjetivos de intereses o despejar una incertidumbre jurídica podrá entender o predecir la actuación del Estado en la aplicación del derecho que le asiste, pero en relación a la situación existencial del contexto donde surge el problema o incertidumbre.

A fin de comprender con mayor amplitud la definición de seguridad jurídica el profesor Palma citado por Arrázola (2014) indica: “Es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, y retroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad” (p. 5).

Lo referido por el autor tiene importancia debido a que en un Estado de derecho la seguridad jurídica representa que los dispositivos normativos estén impregnados de legitimidad respetando la jerarquía de normas, en nuestro caso dispuesto en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, a ello se debe agregar que las normas deben estar preestablecidas, así como los jueces naturales. En este contexto debemos señalar, que los dispositivos normativos de rango jerárquico menor deben estar en concordancia con la Constitución, así como que no exista contradicción en el ordenamiento normativo que pueda perjudicar a los ciudadanos o justiciables.

Debemos agregar lo referido por Bravo (2005), cuando señala: “La claridad respecto de los derechos de obligaciones que se derivan de las instituciones legales” (p. 14). Lo señalado por el autor significa que los dispositivos normativos que contienen obligaciones se deben aplicar cuando los ciudadanos incumplan estas obligaciones, entonces, en esto consiste la seguridad jurídica que podemos concebirla también como la confianza de que ante cualquier incumplimiento, el Estado a través de sus órganos competentes active los mecanismos que declaren los derechos de los justiciables, al

estar ya preestablecida la disposición normativa que tutela los derechos de los ciudadanos y los declare.

Ante lo expuesto por los diferentes autores acerca de la seguridad jurídica podemos señalar que dicho concepto jurídico tiene un sentido amplio y de una relevancia dentro de un marco normativo ya que se debe entender la importancia de la certeza y previsibilidad, que el Estado en su ejercicio funcional debe ejercer a través del derecho.

Además, el ciudadano debe conocer respecto a las normas cuáles serán las consecuencias que se llevarán a cabo ante una determinada actuación; en este caso, cuando el artículo 949 del Código Civil vigente, señala que con el sólo consentimiento se puede transferir un bien inmueble, entonces los ciudadanos que adquieren una propiedad inmueble bajo este contexto ya son propietarios de dicho bien, sin embargo, no existe obligación de inscripción registral lo que tiene como consecuencia que el anterior propietario pueda seguir vendiendo o transmitiendo la misma propiedad a otros ciudadanos generándose así no solo una incertidumbre sino una inseguridad jurídica por la clandestinidad u ocultamiento de dicho contrato al no tener la obligación de registrar la transferencia. La presente tesis trata precisamente sobre este tema de inseguridad jurídica que será debidamente fundamentada.

#### **2.2.2.2. Relación de la seguridad jurídica**

La relación que debe tener la seguridad jurídica con otros elementos es fundamental, sobre todo con el derecho que forma parte de un Estado que debe ejercer sus funciones a través del ordenamiento jurídico, pero que en ciertas circunstancias pueda actuar de forma independiente de lo que prescriben las normas.

En este sentido el profesor Lauroba (2003) señala:

La seguridad jurídica tiene una relación íntima con todos los demás principios del derecho, que son expresión del de seguridad jurídica o, desde otra perspectiva, todos ellos son factores que contribuyen a la consecución de una más plena seguridad jurídica. (p. 1248).

Debemos entender que la seguridad jurídica tiene íntima relación con los principios generales del derecho, ya que ambos conceptos jurídicos involucran, que todo lo referido a la interpretación de los dispositivos normativos para dar solución a los conflictos o incertidumbres deben estar sometidos bajo los cánones de principios rectores que orientan las conductas de los órganos pertinentes que estén encargados de resolver los conflictos bajo una serie de principios constitucionales del proceso y del procedimiento, pero también de principios generales que se aplican para la creación de dispositivos normativos, los mismos que deben contener un valor axiológico positivo en favor de los ciudadanos en su mayoría de un sector con intereses económicos, políticos o sociales.

En este contexto, la relación de la seguridad jurídica y el derecho son de vital importancia no sólo porque existe similitud entre principios generales del derecho y seguridad jurídica, sino porque un Estado democrático de derecho, debe muchas veces actuar de forma independiente al contenido de sus normas, cuando existen circunstancias en la que debe imperar los principios generales del derecho ante una norma que puede devenir en inconstitucional, ya que puede estar vigente debido al cumplimiento de su formalidad, pero que legítimamente no se encuadra dentro de los cánones de la moral y la ética.

Arrázola (2014) señala que:

(i) el concepto de seguridad jurídica contiene tres dimensiones desde las cuales debe ser entendido: como la certeza de la actuación del estado y de sus agentes,

en el cual al igual que la de los ciudadanos; como la certeza y estabilidad del derecho mismo, independientemente del contenido material de las normas que integran el ordenamiento; y, como la seguridad que resulta del derecho, que deviene de las normas bien dispuestas, y que resulta en una seguridad específica con respecto a algunos o varios bienes jurídicos protegidos; (ii) que la seguridad jurídica es un elemento fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, y que su relación con el derecho es esencialmente legitimadora y garantista, pues, es a través de la seguridad jurídica que los demás principios del derecho se materializan y son garantizados, logrando así un armónico funcionamiento de cualquier sistema legal. (p. p. 8-9).

Al respecto, el autor concluye que la seguridad jurídica debe ser entendida como la certeza de la actuación del Estado y de sus agentes; la certeza y estabilidad del derecho mismo; y, la seguridad que resulta del derecho que deviene de las normas, además agrega que la seguridad jurídica es esencialmente legitimadora y garantista; con ello, la seguridad jurídica involucra no sólo la actuación del Estado sino también de los ciudadanos, y hay casos en la que los ciudadanos de mala fe conocedores de lo que señala el artículo 949 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1352 del mismo cuerpo de leyes, venden una misma propiedad a diferentes personas ocasionando perjuicio a los que adquirieron y que no lograron una inscripción registral, en este caso, en la legislación civil peruana en lo referente a la transmisión del bien inmueble se genera inseguridad jurídica de conformidad con lo que señala el autor antes mencionado.

### **2.2.2.3. Elementos de la seguridad jurídica**

Debemos señalar que, en un Estado de derecho, el ordenamiento normativo debe ser aplicado bajo la seguridad jurídica por lo que se debe tener en cuenta los elementos que conforman la seguridad jurídica.

Existen una serie de autores que determinan los elementos o presupuestos de la seguridad jurídica, pero que finalmente concluyen en un sentido símil.

Para ello, debemos citar a Bolás (1993), que al tratar sobre el presupuesto objetivo señala a la ley aplicable, la misma que debe tener los siguientes requisitos:

1. Que exista una ley aplicable...;
2. Que la ley se publique de forma que sea conocida por todos;
3. Que la ley sea clara...;
- 4 (Que la ley esté vigente y no sea alterada por normas de inferior rango y se aplique a los hechos acaecidos con posterioridad a dicha vigencia...;
- 5 (Que la aplicación de la ley esté garantizada por una Administración de Justicia eficaz. (p. 43).

Asimismo, al tratar sobre el presupuesto subjetivo de la seguridad jurídica Bolás nombra a la certeza, con los siguientes requisitos:

1. La certeza en la aplicación de la ley...;
2. La conciencia ciudadana del predominio de la ley y la confianza en el respeto generalizado de la ley por la efectividad y agilidad de los tribunales en su función de juzgar y hacer cumplir lo juzgado. (p. 43).

El autor al tratar sobre los presupuestos objetivos y subjetivos de la seguridad jurídica determina a la ley aplicable y a la certeza como los que aseguran seguridad jurídica en un Estado de derecho constitucional en el que participa la conciencia ciudadana.

Del mismo modo Villegas (1993), al tratar sobre el aspecto objetivo señala:

Está dado por las garantías que la sociedad asegura a las personas, bienes y derechos. Estas garantías deben ser estables, y en cuanto a ellas no debe haber cosas imprevistas, consiste en la convicción que tiene la persona de que está exenta de peligros, daños y riesgos. Sabe a qué atenerse y está dominada por un sentimiento de confianza. Ese sentimiento es lo que le permite proyectar el porvenir, trabajar y ahorrar. (p. 5).

Lo referido por el autor es mucho más preciso en el aspecto objetivo ya que trata sobre las garantías a la que debe incorporarse las del debido proceso que, se traducen en el principio de independencia y autonomía de la función jurisdiccional, las de autoridad y de responsabilidad, garantías que deben alcanzar la protección fuera y dentro de un proceso de sus ciudadanos, como por ejemplo al momento de la creación de normas, éstas deben de garantizar mediante su aplicación la certeza de que los ciudadanos no serán perjudicados al ser comprendidos dentro de la hipótesis de dichos dispositivos y que al ser subsumidos sus casos concretos en la hipótesis de la norma les otorgue la seguridad de que ningún tercero pueda salir beneficiado al momento de interpretar un caso concreto en el que con anterioridad ya se había adquirido un derecho. En este contexto, se ubica el artículo 949 del Código Civil vigente que al momento de ser aplicado en concordancia con el artículo 1135 del mismo cuerpo de leyes, un ciudadano que ya adquirió con anterioridad un bien inmueble, por no realizar la inscripción registral puede ser desplazado por otro que compró después y que recurrió a la inscripción registral, creando de esta manera inseguridad jurídica en la transferencia de bienes inmuebles por el simple consenso de las partes celebrantes, motivo por el cual la legislación civil en materia de transmisión de bienes inmuebles en nuestro país debe ser modificada.

#### **2.2.2.4. Importancia de la seguridad jurídica**

La seguridad jurídica se torna importante en un Estado de derecho democrático y moderno, es por ello que los ciudadanos mantienen confianza en su ordenamiento normativo puesto que al cumplimiento de estas disposiciones ninguno de ellos se vea afectado o perjudicado, por esta razón existen autores que estiman la importancia de la seguridad jurídica como una razón fundamental para que los ciudadanos tengan obediencia al derecho desde un punto de vista normativo; en cambio para otros autores, que consideran que la seguridad jurídica es un principio que está relacionado con los demás principios del ordenamiento normativo y es por ello que se garantiza la existencia de dicho ordenamiento de manera efectiva y justa, en ese sentido, las instituciones jurídicas que se encuentran incorporadas en nuestro ordenamiento normativo, deben ser interpretadas de conformidad a las garantías constitucionales.

En este contexto García Manrique (2012) señala:

Sólo en tanto la seguridad jurídica designe la seguridad de la vida, de la propiedad, de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos garantizadas en la mayor medida posible a través del derecho positivo; en tanto designe nada más la certeza del derecho, o la posibilidad de predecir la acción de los agentes públicos, o la capacidad de saber a qué atenerse, se trata de un valor instrumental, que se corresponde con el carácter instrumental (artificial) que Hobbes atribuye al derecho y al Estado. (p. 87).

Es importante lo señalado por el autor debido a que la seguridad jurídica debe asegurar no solo la libertad, la igualdad, el derecho a la vida de los ciudadanos, sino también la seguridad de la propiedad a fin de atenerse a la normatividad de un Estado. Entonces, en nuestra legislación civil si un ciudadano adquiere un bien, el entiende que con sólo el consentimiento (*consensus*) ya es propietario del bien que está adquiriendo y esto de conformidad al artículo 949 del Código Civil; sin embargo, esa seguridad de

la propiedad no es tan objetiva ya que si en un determinado momento quiere oponer su derecho real de propiedad será victorioso aquel ciudadano que realizó la inscripción registral, aun cuando lo adquirió con fecha posterior, todo por mantener oculto o en clandestinidad el acto jurídico de transferencia, porque la ley no obliga que para adquirir definitivamente la propiedad se lleve a cabo el acto de inscripción registral y es por ello, que el ciudadano confiado en dicha disposición normativa cree que con el solo consentimiento ya es propietario y que nadie puede oponer su derecho de propietario, cuando en verdad eso no es cierto, llegando a concluir que la seguridad jurídica en nuestro país en la transmisión de bienes inmuebles es ilusoria.

Es necesario tratar sobre la relevancia de la seguridad jurídica que justifica la obediencia al derecho, al respecto, Valdés (2003) indica: “Se vive, más que para ser libre o igual a otros mejor posicionados, para tener la seguridad de una respuesta a las exigencias de la vida, para superar la incertidumbre de cómo podrán enfrentarse las necesidades de cada día” (p. 17).

En este sentido, la seguridad jurídica tiene su importancia en un Estado porque responde a las exigencias para superar la incertidumbre de las necesidades que tiene cada día el ciudadano. En este contexto, las personas que son eminentemente sociales tienen una serie de necesidades que deben ser materia de seguridad en un Estado de derecho moderno. Una de las necesidades básicas del ser humano es el derecho de propiedad, y para ello el Estado debe brindar los mecanismos y garantías para que el ciudadano de buena fe al adquirir el dominio de la propiedad no se vea afectado por lo que dispone el ordenamiento normativo, sino más bien que esta disposición garantice su derecho de propiedad.

Además, debemos citar a Marinoni (2012) que considera a la seguridad jurídica como: “Subprincipio concretizado del principio fundamental y estructurador del Estado de Derecho” (p. 250).

Finalmente, debemos entender que la seguridad jurídica es un elemento fundamental para la construcción permanente de un Estado de Derecho, que debe contener dispositivos normativos que garanticen la estabilidad de la paz social entre los ciudadanos, ya que esa es la finalidad del derecho, de manera que en toda relación contractual de buena fe tiene que primar la seguridad jurídica y la previsibilidad de que en el futuro no pueda ser objeto de conflicto.

#### **2.2.2.5. Seguridad jurídica como valor o principio**

La seguridad jurídica debe ser concebida de manera clara, precisa y concreta, sin embargo, existen autores que la consideran como un valor y otros como un principio, respecto García (2000) indica:

La disyuntiva acerca de si la seguridad es principio o es valor puede tener su importancia si se propugna entre valores y principios una distinción más o menos radical, como se ha venido haciendo por un sector de la doctrina. Así, frecuentemente al valor no se le reconoce aplicabilidad directa sino—en palabras de Sa-Gómez- una virtualidad meramente invocativa, por su esencia supra positiva. (...). A los valores se les tendrá en cuenta a los simples efectos de su condición de parámetros de crítica de las normas positivas. Por el contrario, el principio tendría una función normativa que sería una consecuencia lógica de su identificación con la norma. (...). (p. 34).

Las posiciones que señalan a la seguridad jurídica como un valor principio parten de lo explicado por el autor, considerando a la seguridad jurídica como valor que no tendría carácter normativo sino inspiración de los principios y normas del

ordenamiento, pero al señalar que se debe entender como principio significa que se desenvolvería normativamente en los distintos niveles de dicho ordenamiento; sin embargo, es necesario indicar la posición de autores que consideran a la seguridad jurídica como un valor.

Weston (2002) indica que los valores son: “Aquellas cosas que nos importan; aquellas metas o ideales a los que aspiramos y con respecto a los cuales nos medimos tanto a nosotros mismos como a los demás” (p. 3).

Lo señalado por el autor acerca de los valores, los considera como ideales que sirven como una escala para la medición de forma individual.

En lo referido al concepto principio en las relaciones jurídicas debemos mencionar a Ossorio (1982) cuando señala: “(...) Fundamento de algo. Máxima, aforismo.” (p. 608).

Debemos entender como máxima o norma guía a los criterios que rigen un ordenamiento normativo que, muchas veces están contenidos en reglas con eficacia propia, es decir, debemos equiparar al principio con los principios generales del derecho que también están traducidos en aforismos independientes del derecho positivo.

Existe también autores que señalan que la seguridad jurídica es un valor moral, así lo indica García Manrique (2012) que señala: “La justicia formal tiene valor moral en algún sentir; pero la generación de seguridad jurídica exige el respeto de la justicia formal; luego, la generación de seguridad jurídica tiene valor moral en algún sentido” (p. 289).

Según lo señalado por el autor, primero debe existir una justicia formal para luego generarse la seguridad jurídica, pero es necesario que esa justicia formal contenida en el derecho positivo contenga disposiciones normativas según lo establece el ser y el deber ser del derecho, sin que estas disposiciones perjudiquen a los

ciudadanos, entonces recién se podrá generar la seguridad jurídica de ese respeto a la justicia formal pero emitida de manera regular y justa.

Existe una posición de seguridad jurídica como valor señalado por González citado por García (2012) indica:

La seguridad jurídica (...) es un valor inmanente al derecho, y lo es, porque establece la certeza en las relaciones sociales y verifica uno de los fines esenciales del derecho, que es el aseguramiento de las relaciones humanas en la convivencia. (p. 29).

Entonces, lo referido por el autor, nos da a entender que en un Estado de derecho debe prevalecer el estado de valores en las relaciones sociales, en ese mismo sentido Valdés (2003) señala lo siguiente: “Irradia sus proyecciones en todos los ámbitos de la actividad humana, pues sencillamente es la que determina los rumbos que, adoptados por los individuos, garantizan el reconocimiento de sus derechos” (p. 18).

En este sentido el autor, considera a la seguridad jurídica como un valor supremo dentro de todos los valores establecidos en la sociedad jurídica, de manera que, se puede entender como un principio que inspira para el desarrollo del ordenamiento normativo que cuando es aplicado de acuerdo a una realidad existencial se convierte en un valor operativo de carácter esencial.

Existe otra corriente de autores que considera a la seguridad jurídica como un principio y en este sentido se encuentra García (2012) que afirma: “No es un valor moral, o no tiene valor moral o, para ser más preciso, que los argumentos disponibles a favor de la moralidad de la seguridad jurídica no resultan suficientes” (p. 190).

Para el autor antes indicado, la seguridad jurídica es un principio que rige las disposiciones normativas y que por lo tanto debe estar contenida en la Constitución por encima de los demás principios, pero que cuando es materia de análisis mediante los

métodos de interpretación jurídica se debe interpretar desde un punto de vista moral si es que favorece el interés de la gran mayoría.

En ese mismo sentido el profesor Stein (1997) considera a la seguridad jurídica como: “principio constitucional no escrito, que es derivado del principio de Estado de derecho” (p. 8).

Como lo veníamos señalando anteriormente, la seguridad jurídica al ser entendido como principio, debe estar contenido en la Constitución, si bien es cierto a veces en forma no escrita, pero que se desentraña a través de la hermenéutica jurídica, es decir, de la interpretación, concluyendo que es un principio que se debe encontrar subordinado a la justicia.

Es necesario, citar a Basedow (1998) que explica acerca de la seguridad jurídica, indicando: “Pertenece a los principios generales del derecho no escritos elaborados por la Corte Europea desde el comienzo para la interpretación y complementación del derecho comunitario escrito” (p. 298).

Entonces, la seguridad jurídica se entiende también como un principio no escrito y que como decíamos anteriormente se debe extraer a través de la interpretación con la finalidad de complementar los derechos con rango menor a la Constitución.

En consecuencia, como mencionábamos al inicio de este tema existe un debate fundamentado de que si la seguridad jurídica es un valor o un principio, debemos entender que se debe resolver al momento de solucionar un determinado conflicto o al momento de la creación de una disposición normativa, mediante la hermenéutica jurídica, interpretando de conformidad a la Constitución y a la realidad existencial a fin de no perjudicar a los ciudadanos en un Estado de derecho constitucional democrático moderno.

### **2.2.2.6. Amenazas a la seguridad jurídica**

La seguridad jurídica se ha visto amenazada por una serie de hechos que, de manera individual o conjunta por personas naturales o jurídicas, pero fundamentalmente por el Estado se han desarrollado vulnerando derechos constitucionales y ello se convierte en amenazas a la seguridad jurídica de un Estado de derecho.

Empezaremos señalando que la falta de respeto a la división de poderes que muchas veces ejecutan los funcionarios públicos es una de las primeras amenazas, en ello podemos indicar que éstos asumen competencias que no le corresponden; del mismo modo podemos señalar actos o acciones que realizan las personas que conforman el Poder Ejecutivo con la intención de causar una impresión social con demagogia, pero al ejecutar dichos actos contravienen el sentido de las disposiciones normativas; asimismo, la actuación de funcionarios públicos que desarrollan sus actos o actividades sin tomar en cuenta las jurisprudencias vinculantes o no y los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional.

En este contexto, la falta de certeza de las disposiciones normativas al momento de interpretarlas y aplicarlas, así como la falta de previsibilidad de su actuación por los funcionarios del Estado y por los ciudadanos da como consecuencia la generación de inseguridad jurídica.

Arrázola (2014) señala:

Existe, además, otra gran amenaza que se ha identificado y que algunos denominan la constitucionalización del derecho, entendida ésta como la tendencia a decidir todas las cuestiones jurídicas no con base en las normas legales preexistentes que regulan cada materia, sino en los principios constitucionales que, a juicio de cada fallador, se encuentran inmersos en cada caso, dando así

campo a un nivel de incertidumbre con respecto a la actuación discrecional del juez, que parece atentar severamente contra la seguridad jurídica. (...). (p. 17).

El autor señala este hecho como una gran amenaza contra la seguridad jurídica y lo entiende como un hecho complejo y con mucha extensión, debido a que puede existir alguna confusión por el hecho de señalar que existe una tendencia de decisión en base a principios constitucionales y no con las normas legales preexistentes, algunos darían su opinión de forma equivocada al interpretar ésta posición como si estuviéramos en un Estado de derecho legislativo; sin embargo, es necesario precisar que efectivamente en algunas decisiones judiciales que asumen algunos jueces en base al sistema de la valoración de las pruebas de la libre convicción, se confunde con la libre y arbitraria elección de un principio constitucional, sin antes haber razonado lógico jurídicamente por la aplicación de las disposiciones normativas vigentes, aplicando los métodos de interpretación de forma idónea y salvaguardando en primer lugar el ordenamiento normativo; en algunos casos, que tengan la calidad de complejos, si es que no funciona lo antes mencionado, entonces, se podrá aplicar los principios constitucionales.

En este caso la labor del juez se debe dirigir a una interpretación del texto normativo en relación con la realidad existencial, primero salvaguardando el orden normativo y si no se logra recién aplicar los principios constitucionales, de esta forma se brinda seguridad jurídica a los justiciables, pero si aplica los principios constitucionales sin tomar en cuenta las disposiciones normativas vigentes a través de la hermenéutica, entonces, se corre el peligro de una amenaza a la seguridad jurídica.

Arrázola (2014), señala: “(...), a continuación, se abordan solamente los problemas derivados de la ley y de la jurisprudencia, (...)” (pp. 17-18).

De conformidad a lo señalado por el autor, debemos desarrollar esos dos elementos que atentan contra la seguridad jurídica.

#### **2.2.2.7. La crisis de la Ley y la seguridad jurídica**

Al respecto García de Enterría (1999), señala:

Dos fenómenos han afectado esa condición privilegiada que ha tenido tradicionalmente la ley. Por un lado, la preeminencia e importancia de unas disposiciones supralegales, que son nada menos que la Constitución de un Estado y, por otro, la desvalorización como consecuencia de una “inflación desmedida de leyes”, desarrolladas a su vez por múltiples normas reglamentarias que las complementan o aclaran. Estas normas o reglamentos se encuentran “en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético” (pp. 46-47).

Lo señalado por el autor es razonable y como un atentado a la seguridad jurídica, ya que las disposiciones legales contenidas en el ordenamiento normativo de un Estado se han ido incrementando para precisar o especificar un determinado asunto o caso, sin embargo, no es correcto el incremento de estas disposiciones, porque si se encuentran las disposiciones constitucionales, éstas se encuentran establecidas de forma abstracta y de gran alcance en su sentido, por lo que una disposición normativa al ser interpretada debe ir en concordancia con la Constitución, de manera que su interpretación no debe ser exegética, es decir, de acuerdo a su literalidad sino que debe ser interpretada con el método lógico que significa indagar el verdadero sentido y alcance de esta disposición, pero en concordancia con la constitución, a fin de no descartar la norma legal y buscar fácilmente la aplicación de un principio constitucional. Es por esto, que las normas constitucionales son principios de gran alcance y que cuando se crea una disposición normativa de inferior rango también debe ser de mayor alcance a fin de que el operador jurídico mediante una operación intelectual pueda resolver el conflicto o incertidumbre

aplicando el método sistemático y extensivo de la norma y no buscar que el Legislativo pueda ir incrementando disposiciones normativas para cada caso específico, desnaturalizando de esta manera lo que real y objetivamente se debe interpretar. Este incremento de normas para cada caso específico atenta contra la seguridad jurídica de un Estado.

#### **2.2.2.8. El precedente judicial y la seguridad jurídica**

Las decisiones judiciales emanadas por los tribunales de justicia de mayor jerarquía como las salas supremas o el Tribunal Constitucional, forman parte de la jurisprudencia nacional que sirven para ser aplicadas en la solución de conflictos e incertidumbres jurídicas, esta actividad se traduce en la seguridad jurídica de un Estado.

Al respecto MacCormick y Summers (1997), definen al precedente judicial de la siguiente manera: “Decisiones anteriores que sirven como modelos para decisiones posteriores. Aplicar las lecciones del pasado para resolver los problemas del presente y del futuro en una parte básica de la razón práctica del hombre” (p. 1).

Los autores definen al precedente desde un punto de vista del derecho anglosajón que se conoce como *stare decisis*, el precedente es de vital importancia porque determina en la sociedad, la previsibilidad de la solución de conflictos, es decir, cuando existe establecida una decisión mediante el precedente, por vacío o laguna de la ley, los operadores jurídicos al resolver un problema similar al ya resuelto se genera en ellos esa previsión de cómo será la decisión de ese problema en un futuro, lo que es saludable en el ámbito jurídico ya que por un lado, nos evitaría el gasto de esfuerzo, tiempo y dinero sabiendo cómo va ser el resultado en el futuro, o por lado, nos otorga la certeza de que un problema generado en la sociedad en el futuro va a tener una solución favorable y por ello se debe continuar con el proceso hasta alcanzar el reconocimiento de ese derecho. Sin embargo, esto se ha venido desnaturalizando debido a una serie de

precedentes sobre un mismo tema, pero con decisiones contradictorias, que generan inseguridad jurídica, porque si tenemos dos precedentes que solucionan un mismo problema, pero de forma contradictoria, entonces ya no existe la previsibilidad que alcanza la seguridad jurídica. Por ello, se debe unificar criterios jurisdiccionales evitando la existencia de dos precedentes que resuelven un mismo problema de forma contradictoria, aplicando el principio de no contradicción formal que nos brinda la lógica jurídica.

#### **2.2.2.9. Indicadores de la seguridad jurídica**

Los indicadores de la seguridad jurídica llegan a ser el resultado de su propia definición, se explica esto porque no puede existir un indicador si antes no se ha definido el tema acerca de ese indicador. Al respecto Ávila (2012) define a la seguridad jurídica como:

Una norma-principio que exige, de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto de su capacidad de -sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad- plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro. (p. 274).

El autor al definir la seguridad jurídica como una norma-principio que exige de los Poderes del Estado conductas en favor de los ciudadanos mediante un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, en base a su cognoscibilidad, nos está dando a entender tres indicadores fundamentales contenidos en dicha definición y que deben ser considerados en toda normatividad, ya de esa forma brindan seguridad jurídica a favor

de los ciudadanos, que después confiaran en sus sistema normativo y también en su sistema judicial, cuando los representantes de los órganos jurisdiccionales, tomen en cuenta los indicadores.

En cuanto a las particularidades del concepto de seguridad jurídica, Humberto Ávila considera dos particularidades que son: los estados ideales que hay que promover y el tipo de concepto propuesto, entonces pasaremos al análisis de éstas dos particularidades

- **Los Estados ideales que hay que promover,** Ávila (2012) indica: “La primera particularidad del concepto presentado se refiere a los estados ideales cuya promoción determina el principio de seguridad jurídica: cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del Derecho” (p. 297).

Lo señalado por el autor significa, que la cognoscibilidad se debe entender como el hecho de que los ciudadanos al tener razonamiento y capacidad entienden de forma material e intelectual las condiciones que identifican una disposición normativa comprendiendo hasta donde alcanza su verdadero sentido y de esa manera actúan y se orientan en base a ella, entonces, se alcanza la seguridad jurídica.

En cuanto a la confiabilidad, se refiere que el Derecho debe respetar los actos del pasado que ejercieron los derechos fundamentales de libertad, por ello si un ciudadano actúa de conformidad al Derecho pasado, no se verá sorprendido ni engañado en la actualidad cuando exista un cambio que no tenga justificación y que sea limitativo de las consecuencias que anteriormente alcanzaban esos derechos de libertad, lo que le brindará las condiciones necesarias para su reclamo y protección.

La calculabilidad ofrece al ciudadano la oportunidad de conocer los cambios que se darán en el Derecho a fin de que pueda de forma gradual ir al paso de ese cambio, sin sentir ese cambio de manera brusca sino de manera progresiva; por ello, el derecho al cambiar en un futuro debe indicar cómo y cuándo serán realizados los cambios a fin de que el ciudadano no se vea perjudicado.

Se debe precisar que, para confiar en el Derecho, el ciudadano debe conocerlo a fin de alcanzar su estabilidad, pero como el Derecho cambia de manera frecuente, entonces se manifiesta una inestabilidad, por ello es recomendable que el Derecho sea estable, es decir, que el reconocimiento que realice sea claro, preciso y concreto sin ningún tipo de ambigüedad u oscuridad, sólo de esa forma mantendrá su estabilidad y otorgará seguridad jurídica.

- **El tipo de concepto propuesto**, Ávila (2013) señala lo siguiente:

La segunda particularidad del concepto propuesto, se refiere a su tipo. Por un lado, se adopta un concepto no clasificatorio de seguridad jurídica: en vez de sostener un concepto bivalente de seguridad jurídica, basado en el dualismo <<seguridad-inseguridad>> se propone un concepto gradual y polivalente, fundado en el espectro gradual que oscila entre un estado de hecho de <<mayor o menor seguridad>> (p. 8).

Esta segunda particularidad propuesta por el autor significa que para alcanzar mayor seguridad del derecho en un Estado, no solamente se debe hablar de cognoscibilidad, sino que se deben cumplir la exigencia de requisitos en el que el Estado debe publicar oportunamente el derecho que va a ser aplicado, cómo de ser aplicado y cuando debe ser aplicado, de esa manera el ciudadano recién asumirá el elemento de cognoscibilidad, de confiabilidad y de calculabilidad del derecho, para así orientar su conducta hacia el derecho vigente.

### **2.2.2.9.1. Esbozo de los indicadores**

#### **2.2.2.9.1.1. Cognoscibilidad**

En la seguridad jurídica existen dos requisitos estructurales que el Derecho debe concretizar, por un lado, tenemos, la cognoscibilidad material referido a la vigencia de las normas y la cognoscibilidad intelectual referido a la seguridad relativa al contenido de las normas.

##### **2.2.2.9.1.1.1. Cognoscibilidad material**, ésta comprende tres aspectos:

- **La accesibilidad normativa**, significa la posibilidad de acceso a los dispositivos normativos, en la que se distingue el acceso propiamente dicho y la vigencia de las normas. Por eso se debe difundir o publicar las normas, así como el cumplimiento de las reglas de notificación a las partes de los actos que se realizan en los procedimientos administrativos y judiciales, en el que se debe aplicar las normas vigentes con lo que se alcanzará mayor seguridad del derecho.
- **Cognoscibilidad material propiamente dicha**, significa el alcance normativo de las normas estableciéndolos en un orden sistemático determinando sus respectivas jerarquías, en la que deben estar consideradas las normas generales y la pertinencia sobre el tema, evitando que dicha norma regule aleatoriamente diferentes asuntos en un mismo documento con lo que se alcanzará mayor seguridad jurídica.
- **Posibilidad de identificación normativa**, significa que existe la necesidad de tomar conocimiento de la disposición normativa con presunción de validez, para ser aplicada al comportamiento de los ciudadanos para que se pueda determinar las consecuencias al no

cumplir con el acatamiento de dicha norma, por eso, es necesario que la norma contenga un valor axiológico positivo para determinar la posibilidad de identificación normativa a través de la cognoscibilidad del derecho.

**2.2.2.9.1.1.2. Cognoscibilidad intelectual, de conformidad a lo indicado** por Ávila (2013), presenta dos aspectos:

El primero es la inteligibilidad por la claridad normativa, en la medida en que los destinatarios necesitan comprender lo que las normas prescriben. Por ello, es necesario que haya una especificación apropiada de la conducta que ha de adoptarse. El segundo aspecto es la inteligibilidad por la determinabilidad normativa, que puede analizarse desde dos perspectivas. (p. 14).

El autor al referirse a estos dos aspectos de la cognoscibilidad intelectual trata de la inteligibilidad tanto de la claridad normativa como de la determinabilidad normativa, que se debe analizar a fin de comprobar si la norma es clara y precisa en su lenguaje y si su contenido no es arbitrario, de esta manera el ordenamiento debe ser coherente presentando una consistencia material para lograr la identificación de aquella alternativa que mejor se ofrece en el ordenamiento jurídico, para luego aplicarla de forma uniforme y evitar el surgimiento de contradicciones, para ello debe utilizarse el principio de la lógica jurídica de la no contradicción entre las normas, tanto desde su promulgación por el poder legislativo como en la fase de su aplicación por el juez o por las autoridades competentes de jurisdiccionalidad. Por eso, cuando exista mayor claridad y precisión lingüística de las normas, la función de

determinabilidad del contenido será coherente y consistente como el ordenamiento y de esa forma se alcanzará la seguridad jurídica.

#### **2.2.2.9.1.2. Confiabilidad**

Para la existencia de confiabilidad del Derecho, es necesario la estabilidad normativa y la eficacia normativa.

##### **2.2.2.9.1.2.1. La estabilidad normativa**

Al respecto, Ávila (2013) señala: “La estabilidad normativa debe analizarse desde dos enfoques a saber, su dimensión objetiva y su dimensión subjetiva”. (p. 15).

- **Dimensión objetiva,** se refiere al estudio de la permanencia del ordenamiento jurídico y también a la permanencia de la intangibilidad de las situaciones individuales por razones objetivas. En primer lugar, la permanencia del ordenamiento jurídico es materia de análisis por el mantenimiento de contenido del Derecho, ya sea porque contiene cláusulas fuertes que otorguen garantías de resistencia ante la modificación del centro de axiología de la Constitución y de igual manera del mantenimiento de las normas, referido a la exigencia de durabilidad de las normas en el tiempo, por lo que no deben ser el resultado de cuestiones momentáneas. (Ávila, 2015, p. 15).

La dimensión objetiva de la estabilidad de la norma debe traducirse en la permanencia del ordenamiento jurídico por el transcurso de muchos años, debido a que las disposiciones normativas contenidas en dicho ordenamiento son eficientes y eficaces, es decir, que ante cualquier problema o incertidumbre estas disposiciones si logran resolver realmente el conflicto o incertidumbre, por lo que los ciudadanos tienen confianza en el ordenamiento y en los operadores jurídicos que la interpretan y aplican,

esto no ocurriría así si las disposiciones normativas en lugar de solucionar, acrecientan el problema por ser normas ambiguas o con un claro vacío o defecto. En ese sentido, por ejemplo el artículo 949 del Código Civil es una norma que debe ser modificada, por cuanto señala que con el simple consentimiento en el contrato de compraventa de bienes inmobiliarios, el que adquiere por el simple consenso, ya tiene la calidad de propietario y que dicho contrato no tiene obligación de inscripción registral, por lo que en la gran mayoría se mantiene ocultas o en clandestinidad o en silencio, ya sea de buena fe o de mala fe; lo cierto es que al no existir una condición o requisito denominada modo en la teoría del título o modo que sea obligatoria la inscripción registral para que el adquirente tenga la calidad de propietario, esta norma da cabida a que de mala fe una misma propiedad sea materia de transferencia a varias personas, ocasionando inseguridad jurídica.

Asimismo la intangibilidad por razones objetivas está referido a cuatro razones: I) por el transcurso del tiempo; II) por la consolidación jurídica, es decir, por la prohibición de que las normas afecten a situaciones consolidadas, como el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido, la cosa juzgada y el hecho imponible ocurrido; III) por la consolidación fáctica de las situaciones; y, IV) por la ausencia de perjuicio, es decir, la protección de las situaciones en las que no hay perjuicio para las partes y se logra la finalidad, aunque exista ilegalidad. (Ávila, 2015, p. 16).

Una vez más podemos encajar el artículo 949 del Código Civil en la tercera razón antes mencionada, ya que cuando una persona adquiere un bien inmueble ya obtuvo el derecho de propiedad y no es justo que otra

persona que adquiera con posterioridad de la persona que ya vendió dicho inmueble pueda realizar la inscripción registral y deje sin derecho de propiedad al comprador originario; entonces, el artículo 949 del Código Civil afecta la confiabilidad del derecho de forma negativa en nuestra legislación civil.

- **Dimensión subjetiva de la estabilidad normativa**, está referida a la intangibilidad de situaciones individuales por razones subjetivas, relativo a la protección de confianza del ciudadano con los tres Poderes del Estado, según Ávila (2012):

En primer lugar, se exige la protección de la confianza con relación al Poder Legislativo, a través de la existencia de una prohibición de retroactividad de las normas, de forma que es un criterio fundamental que exista una confianza digna de protección con relación a la norma anterior, evitando la restricción por sorpresa y engañosa de ejercicio pasado de libertad jurídicamente orientada. (p. 469).

La protección de confianza antes indicada es importante, ya que existe en la doctrina la prohibición de retroactividad de las normas, sin embargo, en el ámbito penal se puede aplicar la retroactividad de la pena más benigna al imputado de conformidad con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, constituyendo esto una garantía a la seguridad jurídica.

Agrega Ávila (2012) lo siguiente:

En segundo lugar, se exige protección de la confianza con relación al Poder Ejecutivo, a partir de la exigencia de justificación para anular y revocar actos administrativos ventajosos, aunque revestidos de invalidez, que afecten a actos de disposición de los destinatarios de manera intencionalmente

desfavorable, es decir, el cumplimiento del principio de la administración respetable. (p. 469).

Lo señalado por el autor está referido al hecho de que los organismos descentralizados del Poder Ejecutivo, pueden emitir resoluciones administrativas que puedan afectar al ciudadano, de manera que en nuestro país rige la ley general de procedimientos administrativos, Ley N° 27444, mediante la cual se puede solicitar la nulidad o revocatoria de una decisión administrativa, si está emitida con una decisión irregular o vulnerando el debido procedimiento, con lo que se brinda la seguridad jurídica a los ciudadanos en los trámites administrativos.

Finalmente, Ávila (2012) señala:

En tercer lugar, se exige protección de la confianza con relación al Poder Judicial, en la medida en que los cambios jurisprudenciales están sometidos

- I) A reglas formales generales de transición, para permitir que los destinatarios que confiaron en la orientación abandonada puedan adaptarse al nuevo criterio;
- II) A reglas materiales generales de transición que excluyan los efectos retroactivos para los destinatarios que puedan demostrar que han realizado actos de disposición vinculados a la decisión modificada; y
- III) A decisiones individuales específicas en procedimientos destinados a demostrar la existencia de efectivos actos de disposición de derechos fundamentales casualmente vinculados a la orientación jurisprudencial anterior.

Por ello, cuanto mayor sea la protección de la confianza del contribuyente con relación a los poderes estatales, tanto mayor será la estabilidad normativa y el grado de confiabilidad del Derecho. (p. 469).

En lo referido a la protección de la confianza con relación al Poder Judicial, el autor señala que los cambios jurisprudenciales deben de estar sometidos a reglas y decisiones individuales, por lo que es razonable que las jurisprudencias se vayan actualizando a la realidad concreta, por lo que el ciudadano debe tener confianza en que existen reglas formales y materiales generales y decisiones individuales que deben ser relacionadas y vinculadas en la orientación jurisprudencial anterior, de manera que se alcanzará la estabilidad normativa y el grado de confiabilidad del Derecho por los ciudadanos.

Finalmente, la estabilidad normativa requiere de una aplicación limitada de la institución de la modulación de efectos, la misma que debe ser usada de forma muy excepcional, por ejemplo, cuando la declaración de nulidad no restablezca el estado de constitucionalidad y cuando la eficacia de los derechos fundamentales así lo exija. (Ávila, 2013, p. 17).

La aplicación limitada de la institución de la modulación de efectos es fundamental porque ante una declaración de nulidad de un acto y no se restablezca el estado de constitucionalidad, entonces, se debe aplicar la mencionada institución.

#### **2.2.2.9.1.2.2. La eficacia normativa**

Entendida como la expectativa general de que el Derecho válido será normalmente eficaz, a través de tres formas: I) que se pueda acceder al Poder Judicial a través de instrumentos procesales previamente establecidos, a su vez debe estar integrado por jueces con determinadas prerrogativas para lograr eficacia normal del derecho con la protección judicial del ciudadano. II) la protección judicial depende de presupuestos institucionales y procesales

en el que se debe considerar el derecho a la defensa ante un juez natural e imparcial y que los actos procesales sean debidamente notificados, los procesos públicos y las decisiones fundamentadas; III) Es necesario que el ciudadano tenga disposición de instrumentos procesales de defensa, como por ejemplo el proceso de amparo, con lo que existirá seguridad jurídica si existe también eficacia normativa. (Ávila, 2013, p. 18).

#### **2.2.2.9.1.3. Calculabilidad**

Al respecto, Ávila (2012) señala:

Por último, la calculabilidad se refiere a la capacidad del ciudadano de anticipar las consecuencias futuras de los actos que haya realizado en el presente. Para que haya calculabilidad, es necesario que la mayor parte de los ciudadanos (espectro de previsores) pueda verificar en un período razonable de tiempo (espectro del tiempo) un número reducido de consecuencias comprensibles (espectro de consecuencias). (p. 595).

El autor al referirse a la calculabilidad, se entiende que es la capacidad de anticiparse a las consecuencias que puedan ocurrir en el futuro, pero a partir de algún acto que se realiza, en él determina que deben coexistir tres espectros o espacios, que él denomina previsores, de tiempo y de consecuencias. Entendiendo al espectro del tiempo desde tres puntos de vista para que exista seguridad jurídica y están referidos a la perspectiva de anterioridad de ejercicio financiero, anterioridad nonagésimal y anterioridad razonable. En la primera se garantiza que el ciudadano tenga la posibilidad de conocer un cambio normativo del ejercicio financiero; la segunda, garantiza que no se cobren tributos antes de un tiempo establecido de publicación; y, la perspectiva razonable determina un plazo razonable entre la fecha de publicación de la norma que

modifica el ejercicio financiero y el comienzo de su eficacia. De esta manera, el ciudadano está preparado para el cambio y se previene.

En relación al espectro de consecuencias futuras de actos realizado en el presente, la seguridad jurídica debe ser de continuidad normativa. Al respecto Ávila (2013) indica:

Esto significa que haya un número reducido y poco variable de consecuencias, de forma que las alternativas no puedan ser discrepantes entre sí. Por consiguiente, cuantas menos consecuencias puedan aplicarse en el futuro a los actos realizados en el presente, mayor será la seguridad jurídica. (p. 19).

Lo señalado por el autor, es importante ya que para que exista mayor seguridad jurídica es necesario que los actos que los ciudadanos realicen en el presente no sean alterados por dispositivos normativos nuevos que puedan afectar las consecuencias que se esperaba, sino más bien que dichas disposiciones futuras ayuden a mejorar o a favorecer las consecuencias de los actos realizados con anterioridad. Un ejemplo sería si el gobierno mediante normatividad destina bonos a los más necesitados económicamente, para su distribución los beneficiados concurrirían en masa a pocos centros financieros y si el bono está destinado por el aislamiento social sanitario para no contagiarse con COVID 19, las consecuencias serían de mayor infección; sin embargo, si se emiten disposiciones para evitar esas consecuencias como solicitar que los beneficiados aperturen cuentas de ahorro, entonces las consecuencias serían favorables.

Finalmente, la calculabilidad del ordenamiento debe estar garantizada por la vinculabilidad normativa mediante limitaciones normativas, tempestividad y prohibición de la arbitrariedad. (Ávila, 2013, p. 19).

La vinculabilidad normativa mediante limitaciones normativas pueden ser de manera formal y material basado en reglas para guiar comportamientos, pero también para controlar el ejercicio del poder estatal, en la que se destaca la ponderación de principios, la intensidad de los cambios y que los tres poderes estén vinculados externa e internamente alcanzando coherencia y confianza; en cuanto a la tempestividad está referida a un lapso de tiempo no muy extenso para esperar las consecuencias definitivas y en cuanto a la arbitrariedad el factor de calculabilidad del derecho prohíbe una regulación futura que no tenga justificación razonable, de manera que cuando el mayor número de ciudadanos pueda calcular, con anticipación, el menor número de consecuencias, entonces existirá seguridad jurídica.

En este contexto, en cuanto a la arbitrariedad, podemos señalar que el estado es el primer indicador de arbitrariedad, debido a que los funcionarios públicos en razón de sus intereses personales y económicos, a través de la competencia que asumen, emiten disposiciones normativas que perjudican a los ciudadanos que no tienen ese alcance, por ejemplo, el Congreso de la República de anteriores gobiernos, ha emitido leyes en favor de empresas transnacionales que se han visto favorecidas por beneficios tributarios o adendas a los contratos con el estado para ampliar el presupuesto de las licitaciones.

Otro factor de importancia que se debe tomar en cuenta, es la arbitrariedad que muchas veces aplican los órganos jurisdiccionales por mantener una racionalidad en sus decisiones judiciales, que son arbitrarias, como por ejemplo cuando en los meses pasados, se ordenaban prisiones preventivas, sin mayor razonabilidad.

#### **2.2.2.10. La estadística y la dinámica de la relación patrimonial**

El derecho tiene como fin establecer mecanismos que será útiles para la convivencia humana, teniendo como función conseguir el reacomodo del conflicto de

interés que se presentara en la vida social para finalmente llegar a un equilibrio. Ante ello el derecho cumple su función bajo dos niveles, el primero sobre el mantenimiento del estado de las cosas mientras el otro el cambio de la cosa, por lo tanto, el derecho tiene por finalidad regular las situaciones como también varía los canales preestablecidos por los *status* en la cual se encuentra la estadística y la dinámica.

#### **2.2.2.10.1. La estadística de la relación jurídica**

Se encarga de la materia jurídica y cómo se organiza como estado de cosa. Mientras la dinámica se encarga de la energía jurídica aquello que lleva de un *status* a otro con la intervención del derecho, ambos van de la mano, pero se analizan por separados para distinguir el funcionamiento del derecho como un sistema regulador de conductas. Mediante un ejemplo quedara claro, Carlos es propietario de una propiedad y Marcos quien tiene el dinero suficiente para adquirir dicho bien, al negociar ambos llegan a celebrar un contrato de compraventa.

El efecto dinámico del negocio jurídico realizado altera el *status* de Marcos al de ser un propietario generando lo inverso con Carlos quien es un no propietario, por lo tanto, la relación jurídica que genera el contrato no es más que la canalización de energía para el logro de este cambio. (Bullard, A. 1990, p, 138).

Por lo tanto, la relación jurídica viene a ser uno de los elementos esenciales que equilibra el derecho, en situaciones donde hay distintos intereses se acude al derecho para obtener dos objetivos; primero, lograr canalizar las fuerzas a aplicarse sobre la situación permitiendo el movimiento, pero sin que no se tenga control sobre la cosa, sino impulsa el movimiento sobre lo que se tiene conocimiento, es decir, sobre la capacidad de detenerlo, segundo mantendrá un equilibrio una vez que se logre los intereses que se hayan establecido.

Según Bullard, A. (1990) en cuanto al segundo objetivo indica: “así regula las “fuerzas” en pugna, consiguiendo que un “*status*” determinado se mantenga hasta que, de manera legítima y preestablecida, se produzca un nuevo cambio (...)” (p. 139).

En la estática se presenta una estructura en cuanto a la relación jurídica que se basa en tres elementos esenciales el objetivo, el subjetivo y el causal, en cuanto al elemento objetivo que están constituidos por los bienes e intereses donde intervendrán el sujeto activo y la obligación del sujeto activo se desarrollan en actos de prestaciones, servicios, conductas ya sea de bienes materiales o inmateriales, el segundo elemento subjetivo que se facilita en base al contenido de cada relación y que hay un doble sujeto el activo que es el titular del derecho y el sujeto pasivo es el obligado o deudor, estos elementos podrán estar formados de dos a más personas, ya sean personas naturales o jurídicas y por último el elemento causal se da por hechos y actos jurídicos que generan por efecto el nacimiento y demás vicisitudes de la relación jurídica, haciendo que la previsión normativa se realiza a través de una relación social con vinculación jurídica teniendo una causal inmediata en los hechos y actos jurídicos.

Mientras en la visión dinámica Barbero citado por Bullard, A. (1990) plantea que la dinámica: “Es la relación jurídica planteada en su devenir, en sus vicisitudes. Comprende el modo en que los hechos y actos jurídicos influyan las relaciones jurídicas, y las fases que la misma atraviesa” (p. 140).

La relación jurídica para ser eficaz deberá atravesar las siguientes etapas; nacimiento, modificación y extinción, en cuanto al nacimiento surge la adquisición de un derecho subjetivo cuando la norma señala a un sujeto determinado por la consecuencia del acto jurídico, se podrá adquirir un derecho nuevo o ya existente cuando por ejemplo se da en primer momento los modos de adquisición del dominio por accesión y en segundo momento la compraventa o la cesión de créditos.

Mientras en las modificaciones objetivas y subjetivas; en la primera tiene que ver el objeto y sujeto, en cuanto al objeto se da de dos formas cuantitativas y cualitativas en el primero en el incremento del objeto ya sea por distintas causas mientras en la cualitativa se modifica la naturaleza del derecho en supuestos como el resarcimiento de los daños en lugar del crédito insatisfecho. Mientras en las modificaciones subjetivas se da frente a los sujetos que se distingue, en la sucesión se entiende como un evento por el cual cambiando el sujeto sustituye al precedente, que deja de ser titular del derecho o del deber. Por último, en la etapa de extinción de la relación jurídica el cual va provenir de la voluntad de las partes o no.

#### **2.2.2.10.2. La dinámica de la relación jurídica**

Los factores que van a configurar la estructura que va crear, modificar y que por último lo extingue lo que implica entender el funcionamiento de la energía jurídica, es decir, en aquellos en donde se verifica un aspecto dinámico, ya que toda dinámica se logra a través del funcionamiento de otras relaciones jurídicas en procesos complejos de formación de otras diferentes. En uno de los casos en la cual se observa la relación de la dinámica jurídica es en los contratos ya que dentro de ellos se generan obligaciones al momento en que se transfiere una propiedad.

Según Bullard, A. (1990) define la dinámica de la relación jurídica: “(...), al nacimiento como a la modificación o extinción de la misma (...)” (p. 165).

En cuanto al desarrollo histórico de la dinámica de la relación jurídica se entiende como el hecho planteado al verificar las modificaciones o extinción, se verifica en relación a lo que se aprecia en distintas respuestas por los doctrinarios a pesar de ello se da una concepción particular de lo que es el derecho y cuál es su función social.

En los inicios del derecho romano las únicas fuentes que fueron analizados a profundidad son el *contractus* y el *delictum*, el primero no es considerado todo hecho

que genera obligaciones entendiéndose que solo algunos negocios formales son aptos, después de ello se admitió que la entrega de la cosa genera obligación de ser devuelta surgiendo los contratos reales, también se consideró en casos excepcionales que genera obligación, el simple consentimiento de las partes. Como segundo punto, en el *delictum* los doctrinarios dentro del derecho romano realizan una distinción entre *crimina* y *delictum*; la primera, se refiere a hechos ilícitos que generan intereses de orden general; mientras los delitos son lesiones ilícitas a bienes personales dando lugar a una persecución por parte de la autoridad. (Diez Picazo, L. 1983, p. 168).

La clasificación establecida tradicionalmente en la actualidad resulta ser insatisfactoria ya que son clasificados como obligaciones legales que provienen de cuasi contratos, cuasi delitos y delitos, pero hay dos criterios que son aptos de distinción los negocios capaces de crear obligaciones y hechos jurídicos que generan obligación por ley, siendo acogido esta última por el Código Alemán.

En cuanto a las fuentes de las relaciones jurídicas nos da un panorama, de las cuales resumiremos las posiciones planteadas, en dos grandes grupos; primero, las tesis simplificadoras que en su concepción más generalizada se encuentra los troncos que pueden ser las fuentes de relaciones jurídicas, dentro de ello la ley y la voluntad privada; por otro lado, se encuentran las tesis pluralistas que tienen varias vertientes que tienen como propósito buscar explicaciones de los fenómenos que generan las relaciones jurídicas, tomando en cuenta la interpretación jurídica a fin de encontrar en verdadero sentido que generan las relaciones jurídicas, para luego aplicar la argumentación jurídica.

### **2.2.2.10.3. Criticas a las posiciones tradicionales en torno a la dinámica de la relación jurídica**

De las dos grandes posiciones analizadas en el párrafo anterior se establecieron modelos de clasificación en cuanto a las fuentes de las relaciones jurídicas, las cuales ha sido muy criticadas ante ello desde nuestro de vista, consideramos que tanto la ley como la voluntad como fuentes de una relación jurídica traen consigo un error de concepción, desde una expectativa liberal del derecho se pretende entender a la voluntad de ser capaz de originar relaciones jurídicas, mientras tanto la posición individualista exige a las personas generar relaciones necesarias para maximizar sus intereses sin la intervención del Estado como medio de ayuda

Según Bullard, A. (1990) indica en cuanto a la voluntad: “(...), la voluntad puede generar relaciones jurídicas en cuanto a la ley manda cumplir lo determinado voluntariamente y prohíbe desconocerlo. Tan es así que determinados acuerdos o contratos, producto del ejercicio libre de la voluntad resultan prohibidos o limitados por normas específicas (...)” (p. 170).

La relación jurídica como lo señalamos resulta siempre determinada por la normativa teniendo de contenido la obligatoriedad necesaria para que funcione, por ende la relación debe estar amparada de una norma jurídica, por lo tanto, la voluntad canaliza la obligatoriedad poniéndola al servicio de intereses determinados ya que la ley resulta ser la fuente de toda relación con el fin de que un hecho terminado se convierta en fuente inmediata. La crítica a las tesis simplificadoras es que no explican con claridad cómo surgen las relaciones jurídicas, del análisis realizado se puede ver que existe una crisis en los sistemas espiritualistas de transferencia.

Según Ducci, C citado por Bullard, A. (1990) en cuanto a las relaciones jurídicas su contenido tiene dos orígenes:

(...), las de contenido real se originan en un modo de adquirir, las de contenido personal en alguna de las fuentes de las obligaciones, las de contenido familiar en la

existencia de un estado civil, más allá de esta distinción se puede considerar que las relaciones jurídicas nacen de hechos voluntarios o de meros hechos naturales. (p. 171).

En cuanto a la clasificación planeado por el negocio jurídico se establece de lo más general, es decir, desde un hecho jurídico a lo particular que vendría a ser el negocio jurídico ambos son hechos jurídicos, pero no viceversa ya que todos los negocios son actos, la crítica vendría en que la clasificación dificulta las relaciones jurídicas – reales.

#### **2.2.2.10.4. Construcción personal sobre la dinámica de la relación jurídica**

Dentro de la construcción de la relación jurídica resaltamos, uno de los caracteres mencionados, era el de estar normativamente determinado, el cual está relacionado con la dinámica por lo tanto toda relación jurídica tiene como sustento una norma la cual da conocer la naturaleza jurídica. Ello implica, que todas las normas generan relación jurídica compleja que interrelaciona a un conjunto de sujetos de derecho quienes terminan incluidos en relaciones jurídicas que sean necesariamente específicas.

Como por ejemplo Aníbal tienen una deuda con María de un monto de 1, 0000 soles, el cual está incluido en una relación contractual de compraventa, María exigió que se celebre el contrato dando su consentimiento los dos, pero dicho contrato está incluido en una relación jurídica anterior que está dado por el sistema normativo y que es obligatorio el acuerdo realizarlo.

Cuando hablamos de obligaciones conceptualizamos a los sujetos contractuales acreedor y deudor, pero tanto los créditos como las deudas están integrados en relaciones jurídicas, pero de carácter complejo y con una naturaleza diversa, ya que hay obligaciones que están en relaciones jurídicas reales y otras que están en relaciones de derecho familiar.

Las fuentes de un ordenamiento jurídico son la autonomía privada y el poder heterónimo, estas fuentes responden con claridad, cuando surgen las responsabilidades extracontractuales, en el cual se podrá ver cuál es la relación jurídica producida ya sea del poder autónomo o de poder heterónimo. (Diez Picazo, L. 1983, p. 399).

Sin dejar de lado la propuesta de Picazo la mayor parte de los doctrinarios indican que los hechos jurídicos deben estar de acuerdo a su naturaleza y complejidad, por lo que desde nuestro punto de vista, tiene una doble función en la dinámica de la relación jurídica; una función constitutiva y una función configurativa, la primera el hecho genera, modifica o extingue la relación siendo canalizador de energía que posee el derecho, mientras la función configurativa llamada también normativa, determina el contenido de la relación de manera que establezcan normas que regulan los comportamientos que surgen en el interior.

#### **2.2.2.10.5. La dinámica y el derecho de oponibilidad en la relación**

La dinámica y la oponibilidad en la relación defiende a la seguridad jurídica de tal modo que para que una relación jurídica sea exigible deben de establecerse ciertos mecanismos para desarrollar la posibilidad de reconocibilidad y publicidad que permitan a las partes intervinientes conocer de su existencia acto que tiene una vinculación estrecha con el aspecto dinámico, por lo tanto, deberá ser el hecho generador cognoscible por los intereses directos. Y si fuera así se genera alteración tanto en el grado de oponibilidad de la relación con el grado de publicidad que pueda nacer.

Según Bullard, A. (1990) indica que: “la conclusión necesaria es que para que un hecho jurídico incluya a un sujeto de derecho en una relación, debe ser de tal naturaleza que le permita conocer de su existencia” (p. 176).

El simple consenso llega a transferir la propiedad, pero se opone a los demás hechos ya que no tiene la posibilidad de conocer que se celebró el contrato, bajo ese

parámetro surgieron grandes críticas, en la cual es víctima este sistema, surgiendo la necesidad de establecer normas tal como el artículo 1135 del Código Civil sobre concurrencia de acreedores o también el artículo 2014 del mismo marco normativo sobre la buena fe registral.

En cuanto al grado de oponibilidad genera que en algunos casos se lleguen a desarrollar hechos jurídicos formales, los cuales permitirán que surjan mecanismos de reconocibilidad de la relación jurídica, es decir, mecanismos como la tradición y la inscripción en los registros públicos en caso de propiedades, a modo de sugerencia es necesario que los interesados alcancen un conocimiento objetivo de la existencia de la relación jurídica en casos en las cuales su oponibilidad excede de la esfera inter partes.

La oponibilidad en nuestro sistema jurídico civil, es importante ya que cuando un bien inmueble se encuentra inscrito en la oficina registral, el propietario que se encuentra como titular del predio tiene la ventaja de que se puede oponer ante cualquier otro título que ostente un tercero.

Sin embargo, en nuestro sistema la inscripción es facultativa, por lo que no existe una ley o norma que obligue que el adquiriente realizar la inscripción, lo que genera una incertidumbre y también una inseguridad jurídica, porque si no se inscribe ya que no existe ley que obligue, el propietario originario de mala fe puede transferir a un tercero la misma propiedad y ante el reclamo se aplica el concurso de acreedores, lo que perjudica al primero que compro y no lo inscribió.

### **2.3. MARCO CONCEPTUAL**

- **Cognoscibilidad del derecho.** - Se refiere a los requisitos estructurales que el Derecho debe reunir para servir de instrumento de orientación y comprende cuestiones de conocimiento y comunicación. Por ello, es cognoscible el Derecho que posee cognoscibilidad material (seguridad relativa a la existencia y la vigencia de las normas)

y cognoscibilidad intelectual (seguridad relativa al contenido de las normas). (Ávila, 2013, p. 13).

- **Confiabilidad del derecho.** - Se refiere a la garantía de estabilidad en los problemas vinculados a la realización del Derecho, a partir del análisis de la acción del tiempo y la transición en el ordenamiento jurídico. Para ser confiable, el Derecho requiere estabilidad normativa y eficacia normativa. (Ávila, 2013, p. 15).
- **Principio del Consensualismo.** - (...) referido a los contratos consensuales libres, se ha establecido en beneficio de los individuos y no de la sociedad, ya que semejante criterio responde a un designio de rapidez, economía y particularmente libertad (...) (Carbonnier citado por La Puente y Lavalle, M., 2011, p. 133).
- **Consentimiento.** - El consentimiento por residir en un acuerdo de dos o varias voluntades, es una noción forzosamente compleja: las dos voluntades de que procede, no se manifiesta jamás simultáneamente; una de las partes dirige a otra una oferta, una peticitación (...). (Josserand, citado por Torres, 2016, p. 294).
- **Perfeccionamiento del contrato.** - A la voluntad coincidente de las partes contratantes se le llama consenso, la objetivación de las voluntades de las partes contratantes se produce de modo sucesivo, mediante la oferta del contrato que hace una de las partes a la otra que acepta. (Torres, 2016, p. 61).
- **Título y modo.** - El título es la causa fuente del derecho, y el modo, el medio a través del cual se realiza el título. (Sánchez Román, Felipe, citado por Ramirez, Eugenio, 1999, p. 139).
- **Estática de la relación jurídica patrimonial.** - La estática se ocupa de la “materia” jurídica, y de cómo ésta se organiza como un estado de cosas. (Bullard, 1990, p. 137).

- **Dinámica de la relación jurídica patrimonial.** - La dinámica se refiere a la “energía” jurídica, aquello que lleva de un “*status*” a otro con la intervención del Derecho. (Bullard, 1990, p. 137).
- **Oponibilidad en la relación.** - El hecho generador de la relación debe ser objetivamente cognoscible por los interesados directos. De otra manera se generaría un desfase entre el grado de oponibilidad de la relación y el grado de publicidad que ésta pueda tener. (Bullard, 1990, p. 176).
- **Seguridad Jurídica.** - Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley. (Ossorio, Manuel, 1982, p. 695).

### 2.3.1. HIPÓTESIS Y VARIABLES

#### 2.3.1.1. HIPÓTESIS

##### 2.3.1.1.1. Hipótesis general

- El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles **influye negativamente** en la seguridad jurídica de la legislación peruana.

##### 2.3.1.1.2. Hipótesis específicas

- La transmisión de la propiedad inmueble **influye negativamente** en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana.
- El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles **influye negativamente** en la seguridad jurídica dinámica.
- Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles **influyen negativamente** en la confiabilidad de la seguridad jurídica.

### 2.3.2. VARIABLES

#### 2.3.2.1. Variable independiente

El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles

### 2.3.2.2. Variable dependiente

Seguridad jurídica

### 2.3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	SUB-DIMENSIONES	INDICADORES
El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles (Variable 1)	Transmisión de la propiedad inmueble	Concurso de acreedores	La tesis al mantener un enfoque cualitativo, en el cual se debe analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos <b>EMPÍRICOS</b>
	Perfeccionamiento del contrato	Teorías sobre el perfeccionamiento del contrato	
	Contratos consensuales	Principio del consensualismo	
Seguridad jurídica (Variable 2)	Derecho de oponibilidad en la relación	Dinámica del derecho de oponibilidad	
	Seguridad jurídica dinámica	Dinámica de la relación jurídica	
	Confiabilidad de la seguridad jurídica	Estabilidad normativa	
Eficacia normativa			

La variable 2: “Seguridad jurídica” se ha correlacionado con las dimensiones de la variable 1: “El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Variable 2 (Seguridad jurídica) + Dimensión 1 (Transmisión de la propiedad inmueble) de la variable 1 (El principio del consensualismo en los contratos de compra venta de inmuebles).

- **Segunda pregunta específica:** Variable 2 (Seguridad jurídica) + Dimensión 2 (Derecho de oponibilidad en la relación) de la variable 1 (El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles).

Y cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Variable 1 (El principio del consensualismo en los contratos de compra venta de inmuebles) y la variable 2 (Seguridad jurídica), por ello es que la pregunta general de la presente tesis es:

- ¿Cómo el principio del consensualismo en los contratos de compra venta de inmuebles afecta el objeto del límite a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?

## CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

### 3.1. METODOLOGÍA

La metodología es la ciencia que nos guía el camino para seguir un determinado proceso logrando eficiencia y eficacia en el logro de los resultados planteados, además nos permite elegir la estrategia a desarrollar en el proceso investigativo (Cortés e Iglesias, 2004, p. 8).

Como **método general**, se aplicó **el método inductivo deductivo**, que de conformidad con el enfoque cualitativo de nuestra investigación, nos permitió primero ascender a la organicidad e inspiración sistemática de nuestra legislación y del código a la que pertenecen los artículos 949 y 1352 del Código Civil; luego a partir de los conocimientos generales de las disposiciones normativas antes indicadas se llegó a inferir conclusiones particulares sobre la transmisión de bienes inmuebles, actividad que nos ayudó a determinar la existencia de la vulneración a la seguridad jurídica así como a descubrir las deficiencias de dichas normas y del sistema jurídico en la transferencia de bienes inmuebles.

Al respecto Zelayaran (2009) afirma: “El método inductivo es el procedimiento, en el cual la actividad del pensamiento, en la caracterización de las cosas o fenómenos, va desde un grado menor de generalización hasta un grado mayor de generalización” (p. 89).

Asimismo, Zelayaran (2009) señala: “En cambio, el método deductivo (...) va del conocimiento de las propiedades más generales, (...), al conocimiento de las propiedades de objetos y fenómenos singulares del mismo género o especie. (...)” (p. 89).

Como **método específico** hemos aplicado el **método hermenéutico jurídico** que según Ramírez (2010): “(...) La hermenéutica permite una interpretación cabal del significado de las normas jurídicas, los alcances del lenguaje jurídico (...). La hermenéutica es la técnica y el arte de interpretar textos, es decir comprender su verdadero significado (...)” (pp. 462-463).

Al ser nuestra investigación eminentemente jurídica, hemos interpretado diferentes textos jurídicos a fin de comprender el verdadero sentido que en este caso tiene la institución jurídica de la transferencia de bienes inmuebles que nos ha permitido también entender cuál es el verdadero significado del principio del consensualismo que luego hemos determinado si vulnera la seguridad jurídica en nuestra legislación civil.

### 3.2. TIPO DE ESTUDIO

El tipo de investigación es **básico o fundamental**, que según Sánchez y Reyes (1998) señalan: “(...) nos lleva a la búsqueda de nuevos conocimientos y campos de investigación (...). Mantiene como propósito recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento científico” (p. 13).

En el enfoque cualitativo se aplica la investigación de tipo básico o fundamental y ello nos permitió dar primacía a la sistematización de los conceptos jurídicos y obtener datos, mediante la interpretación jurídica y de esa forma se ha incrementado la información referida a la transmisión de propiedad de bienes inmuebles a fin de mantener sistematizado nuestra legislación civil en dichas materias y a la sistematización de los conceptos de carácter jurídico.

**El tipo de estudio es el jurídico-propositivo**, porque se ha evaluado la falla de la norma y el sistema de transferencia de propiedad inmueble, para proponer posibles soluciones.

### 3.3. NIVEL DE ESTUDIO

En nuestro trabajo de investigación se aplicó el nivel de investigación explicativa que según Hernández et al. (2010) al indicar que: “Los estudios explicativos van más allá (...), están dirigidos a responder a las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. (...), su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno (...), o por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 84).

La aplicación del nivel de investigación explicativa, nos permitió establecer las causas y explicar, por qué el principio del consensualismo en la transferencia de inmuebles se encuentra relacionado de manera negativa con la seguridad jurídica en la legislación civil peruana.

### 3.4. DISEÑO DE ESTUDIO

En el presente trabajo de investigación, se aplicó el diseño no experimental ya que nuestras variables carecen de manipulación intencional, se analizaron y estudiaron los hechos y fenómenos de la realidad después de su ocurrencia. (Carrasco, 2013, p. 71).

Por otro lado, la investigación tiene un diseño transeccional porque se ha recolectado información a través de las fichas bibliográficas textuales y de resumen en un solo momento para así formar el marco teórico.

Debemos precisar que los diseños no experimentales presentan dos formas: diseños transeccionales o transversales y el diseño transeccional que tienen la particularidad de permitir al investigador el análisis y estudio de la relación de hechos y fenómenos de la realidad, a fin de determinar su nivel de influencia o ausencia de ellos. (Carrasco, 2013, p. 73).

El diseño esquemático de lo anteriormente señalado, es un **descriptivo simple** mantiene la siguiente estructura:

M<sub>1</sub>

O<sub>x</sub>

r	r
M <sub>2</sub>	O <sub>Y</sub>

En nuestro caso M han sido los distintos textos jurídicos que trataron sobre la transmisión de bienes inmuebles; la O ha sido la data de información obtenida y sometida al análisis correspondiente; O<sub>x</sub> es la información obtenida a través de las fichas textuales y de resumen referidas a los conceptos de estudio; y, la O<sub>y</sub> es el número de fichas trabajadas.

### **3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO**

Al respecto, Abanto (2014), al referirse al escenario de estudio, señala: “Se debe tener en cuenta el ambiente físico o entorno, (...) (p. 66).

En el desarrollo de los trabajos de investigación se debe tener en cuenta el ambiente físico en la que se debe describir sus dimensiones y distribución así como sus accesos, o también tomar en cuenta el ambiente social y humano compuesto por organizaciones en grupos y subgrupos, a fin de tomar la data correspondiente; sin embargo, nuestra investigación al mantener una naturaleza muy diferente a las investigaciones cuantitativas se ha hecho uso de métodos como el hermenéutico jurídico, el exégesis y otros que nos han permitido analizar las disposiciones normativas en contraste con la realidad existencial; en consecuencia, el escenario de estudio de nuestra investigación se encuentra en el ordenamiento normativo específicamente en la legislación civil de nuestro país, con la finalidad de determinar si se vulnera o no la seguridad jurídica, en este caso mencionaremos al artículo 949 del Código civil y al artículo 1352 del mismo código.

### **3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS**

Normalmente en otros tipos de investigación la caracterización de sujetos vienen a ser los participantes de un suceso tomando en cuenta su descripción, arquetipos, conductas, estilos, etc.; sin embargo al ser nuestra investigación eminentemente cualitativa se han analizado los

elementos del juicio jurídico incorporados en las normas jurídicas como son la hipótesis jurídica, el operador deóntico y la consecuencia jurídica, que son sus estructuras internas, del mismo modo se han analizado diferentes teorías sobre el contrato y la transmisión de bienes inmuebles como la teoría del Título y Modo, asimismo a través del exégesis nos ha permitido el análisis de los artículos 949 y 1352 del Código Civil vigente, que vienen a ser los sujetos de la investigación.

### **3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA**

Según Abanto (2014): “En esta parte se eligen los procedimientos a seguir para desarrollar la investigación, los cuales pueden ser:

- A. Observación.
- B. Auto observación.
- C. Entrevista.
- D. Foto biografía. (p. 66).

De conformidad con lo señalado por el autor en nuestro trabajo de investigación por ser de tipo básico fundamental y de enfoque cualitativo y, conforme a su naturaleza ha sido necesario aplicar el método hermenéutico jurídico a fin de obtener el verdadero sentido no solo de los dispositivos normativos, sino de las categorías básicas de estudio y hemos elegido como procedimiento para la recolección de datos los instrumentos de la técnica del fichaje a fin de procesar el nivel correlacional y verificar la influencia de una variable a otra, algo que nos ha permitido también elegir la argumentación jurídica en el procesamiento de datos con lo que hemos podido contrastar las hipótesis planteadas.

### **3.8. MAPEAMIENTO**

Al respecto Abanto (2014), al referirse al mapeamiento indica: “tiene como objetivo situarse mentalmente en el terreno o escenario en el cual se va a llevar a cabo la investigación

(...), un cuadro completo de los rasgos más relevantes de la situación o fenómeno objeto de análisis (...)" (p. 67).

En nuestro trabajo de investigación de enfoque cualitativo, el escenario es el ordenamiento normativo a fin de analizar las disposiciones normativas y sobre todo de las categorías básicas de estudio referidas al principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles y a la seguridad jurídica, que vienen a ser los datos con lo que se han trabajado determinando rasgos comunes e interpretando los conceptos jurídicos de sus respectivos temas y subtemas que se encontraba en los distintos textos jurídicos.

<b>Variable</b>	<b>Libro o artículo</b>	<b>Autor</b>
El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles	Sistemas de transferencia de propiedad	Bullard G.
	Exégesis Tomo IV	Arias-Schreiber
	El contrato en general	De la Puente y Lavalle
	Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial	Diez Picazo
Seguridad jurídica	El valor de la seguridad jurídica	García Manrique
	Indicadores de seguridad jurídica	Ávila
	Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas	García de Enterría
	La seguridad jurídica	Kemelmaier

En el cuadro anterior hemos señalado los textos jurídicos más resaltantes de cada una de las variables, de los cuales hemos obtenido la información necesaria que fue útil para elaborar las bases teóricas de nuestro trabajo de investigación.

Los datos obtenidos han sido recogidos mediante la técnica del fichaje, y en el análisis se ha agotado la indagación de cada variable. Es necesario precisar que el muestreo utilizado ha tomado como punto inicial la información relevante para desarrollar las bases teóricas en la que se ha agotado el análisis de los temas y subtemas hasta el punto donde ya no existe

información al respecto, lo que se denomina en el campo de investigación bola de nieve en el muestreo lo que nos ha permitido presentar un marco teórico con solvencia académica.

### **3.9. RIGOR CIENTÍFICO**

A fin de mantener el rigor científico hemos tomado en cuenta la credibilidad de la investigación, establecido en base a la confianza en la veracidad de la información obtenida mediante la recopilación del material bibliográfico, lo que nos ha permitido transferir los resultados de la investigación a la contrastación de las hipótesis.

Nuestro trabajo de investigación mantiene dependencia que el rigor científico exige ya que, la recolección de datos realizada a través de los textos jurídicos de trascendencia académica nos ha ayudado a arribar a las conclusiones que guardan relación no solo con los temas que en los antecedentes tanto nacionales como internacionales mantienen conexión lógica jurídica con el tema investigado referido a la transmisión de bienes inmuebles y la seguridad jurídica.

### **3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **3.10.1. Técnicas de recolección de datos**

En nuestro trabajo de investigación se hizo uso del análisis documental, de conformidad lo indicado por Cáceres et al. (2011), cuando señalan: “(...). No obstante, (...) las unidades de estudio no son solamente documentos, leyes, jurisprudencia, doctrina, sino pueden serlo sentencias, resoluciones, expedientes judiciales y/o administrativos, (...) que permiten verificar las hipótesis (...)” (p. p. 61-62).

De acuerdo a lo antes manifestado, se utilizó el análisis documental referido a los artículos 949 y 1352 del Código Civil vigente, donde se encuentran detallados los elementos fundamentales de las categorías básicas sobre la transmisión de propiedad de bienes inmuebles y la seguridad jurídica, a fin de indagar el verdadero sentido y alcance respectivo.

### **3.10.2. Instrumentos de recolección de datos**

En el presente trabajo de investigación, hemos hecho uso de la técnica del fichaje como instrumento de recolección de datos, entre ellas las fichas textuales, de resumen y bibliográficas, que nos fueron útiles para el desarrollo del marco teórico y especialmente de las bases teóricas, en cada una de las variables que nos ha permitido desarrollar los resultados, discusiones, conclusiones y recomendaciones.

## **CAPÍTULO IV: RESULTADOS**

### **4.1. RESULTADOS**

#### **4.1.1. RESULTADOS LOGRADOS EN LA INVESTIGACIÓN REFERIDOS A LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

Presentamos los resultados logrados en la investigación referidos a la primera hipótesis específica, cuyo texto es el siguiente: “La transmisión de la propiedad inmueble influye negativamente en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana”; y lo pasamos a describir de la siguiente manera:

**PRIMERO.** – En nuestra legislación civil, que todavía sigue adherido a la teoría tradicional, se regula los modos de adquirir la propiedad, cuya ubicación sistemática la encontramos en el Capítulo Segundo, Título II de la Sección Tercera del Libro Derechos Reales; sin embargo, en estos modos de adquirir la propiedad, no se encuentran unificados otra adquisición de otros derechos reales que se encuentran en otra ubicación, como por ejemplo el usufructo, los derechos de uso y habitación, el derecho de superficie, la servidumbre, la anticresis, la hipoteca y el derecho de retención, por lo que faltaría unificar todo ello en un solo bloque. Éste es el primer problema que mantiene nuestra legislación civil.

Lo antes mencionado también nos permite advertir otro problema en nuestra legislación civil, que en casi la mayoría de los modos de adquirir los derechos reales no se ha incorporado la exigencia adicional o un cumplimiento simultáneo de las partes o uno posterior que mantenga una señal de reconocibilidad, entendiéndose, éste último concepto jurídico como el hecho de que el derecho real surja sin necesidad de la tradición por la inscripción registral de los derechos reales.

**SEGUNDO.** – Lo antes mencionado también nos permite advertir otro problema en nuestra legislación civil, que en casi la mayoría de los modos de adquirir los derechos reales no se ha incorporado la exigencia adicional o un cumplimiento simultáneo de las partes o uno

posterior que mantenga una señal de reconocibilidad, entendiéndose, éste último concepto jurídico como el hecho de que el derecho real surja sin necesidad de la tradición o por la inscripción registral de los derechos reales. Las únicas formas de adquirir derechos reales que tienen una exigencia adicional para ser considerado que tenga una señal de reconocibilidad es la transferencia de la propiedad de bienes muebles prescrito en el artículo 947 del Código Civil y la constitución de hipoteca prescrito en el artículo 1099 del mismo Código. En el primero de ellos se exige adicionalmente la tradición, es decir la entrega de la posesión para el total cumplimiento de la transferencia; en el segundo se establece la exigencia de requisitos de validez para su constitución.

**TERCERO.** – Entonces, podemos advertir de lo antes señalado que nuestra legislación civil en lo correspondiente a los modos de adquirir la propiedad se adscribe al sistema consensual de adquisición de derechos reales, en ese sentido se mantiene la jurisprudencia, al respecto Pozo (2019), indica la Casación N° 828-2010-Lima de 01/07/2010, f. j. 5. Sala Civil Permanente (EP, 02-05-2011, Sentencias en Casación N° 639, p. 30048), que señala: “Quinto. (...). (En cuanto a la interpretación errónea del artículo 949 y aplicación indebida del artículo 1352 del Código Civil) debe ser desestimado por cuanto la naturaleza del artículo 949° del Código Civil legitima el solo consenso entre vendedor y acreedor para transmitir la propiedad, con lo cual se descarta el elemento constitutivo de la inscripción en los Registros Públicos, (...)”. (p. 797).

**CUARTO.** – Para el tema materia de nuestra investigación que trata sobre la transferencia de la propiedad inmobiliaria, que se encuentra prescrito en el artículo 949 del Código Civil que señala lo siguiente: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”, en este sentido tal dispositivo y categoría básica se encuentran adheridos al sistema consensual de

adquisición de derechos reales, de manera que el título con que se ostenta la propiedad o que se acredita tal derecho real es, sólo por el consentimiento y no por otro acto posterior.

**QUINTO.** – Sin embargo, de todas maneras para que este esquema consensual de adquisición de derechos reales, contenida en el artículo 949 del Código Civil tiene que cumplir dos condiciones: a) Que el que transmite el derecho real debe tener la calidad legal y legítima de propietario, es decir que tenga el poder de disposición que señala el artículo 923 del Código Civil del bien o del derecho del que se trate; b) Que el acto jurídico celebrado cumplan con el total de las exigencias de carácter estructural prescritas en el artículo 140 del Código Civil, como agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad o que el transferente se encuentre debidamente representado.

**SEXTO.** – En este contexto, los actos jurídicos que se ejecutan en la transmisión de bienes inmuebles dentro del sistema consensual al que se encuentra adherido nuestra legislación civil genera dos tipos de riesgos que son los siguientes: a) la clandestinidad, entendida en la hipótesis de que el anterior propietario pueda practicar, sobre el mismo bien que ha transferido, dos o más actos de transferencia a favor de diversas personas; y, b) el surgimiento del efecto encascada de la invalidez o ineficacia negocial, entendida como el requisito de que todos los contratos de transmisión de propiedad inmueble sean válidos y eficaces porque cuentan con el tracto sucesivo, de manera que si esto no existe, entonces los contratos celebrados mantendrían errores o vicios que darían como consecuencia que dicho contrato sería nulo, anulable o ineficaz por cualquier causa, esta suerte de relaciones contractuales determinaría la ineficacia de los contratos posteriores, en el sentido de que el primer contrato hubiese sido celebrado válidamente.

**SÉPTIMO.** – Entonces, de conformidad a lo anteriormente mencionado, para que el acto jurídico sea acreditado no es suficiente la presentación del documento o del título en el cual se encuentra la adquisición del bien sino es necesario acreditar que el título de quien se

deriva es el propietario del derecho y que no adolece de causal de nulidad o de ineficacia, debido a un vicio anterior que afecte su titularidad. Acreditar estos dos últimos supuestos es muy difícil ya que se puede haber practicado a través de un acto de intimidación, o de simulación, o de una falsificación, o una suplantación, o precisamente de aquel titular que de mala fe transfiere un mismo bien a varias personas.

**OCTAVO.** – En este orden de ideas tomando en cuenta el carácter consensual que mantiene la mayoría de adquisiciones de derechos reales y sobre todo la adquisición de predios, puede surgir un conflicto con terceros, como por ejemplo las personas que no tienen sobre esa misma propiedad un título que ampare su derecho. Del mismo modo con otros terceros interesados que sí tienen un título válido y vigente en su favor sobre la propiedad del bien o un derecho real sobre cosa ajena, o un derecho personal yuxtapuesto al título de quien reclama propiedad. Entonces, en los casos anteriormente indicados para resolver los problemas que se presenta se tiene que recurrir a los órganos jurisdicciones quienes resolverán el conflicto de acuerdo a ley.

**NOVENO.** – En cuanto a la teoría de la prueba, podemos indicar que el propietario del derecho del bien inmueble a fin de probar y oponer su derecho no requiere obligatoriamente acreditar que ha realizado inscripción registral para acceder a un mecanismo de publicidad de su derecho, sino que su solo título o documento de propiedad es considerado como prueba suficiente del mismo tal como lo prescribe el artículo 949 del Código Civil.

**DÉCIMO.** - En conclusión, podemos afirmar que la transmisión de la propiedad inmueble contenida en el artículo 949 del Código Civil vigente, al tener incorporado el principio del consensualismo, no cumple una función clara y precisa frente al derecho de oponibilidad en la relación jurídica, debido a que con el simple consentimiento de los contratantes, se puede generar distintos propietarios sobre un mismo bien, lo que genera inseguridad jurídica en nuestra legislación civil.

#### **4.1.2. RESULTADOS LOGRADOS EN LA INVESTIGACIÓN REFERIDOS A LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

Presentamos los resultados logrados en la investigación referidos a la segunda hipótesis específica, que mantiene el siguiente texto: “El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica”; y los pasamos a describir de la siguiente manera:

**PRIMERO.** – Nuestra legislación civil regula la perfección de contratos en la sección Primera, del Título I, del Libro VII sobre Fuentes de la Obligación, específicamente del artículo 1352 que prescribe: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”. De manera que, la parte inicial del artículo en comento incorpora el principio del consensualismo, y que los orienta a los contratos consensuales libres y a los contratos consensuales sujetos, por lo que es suficiente que exista una declaración conjunta de una voluntad en común para que surja el contrato, así se confirma en la jurisprudencia, al respecto Pozo (2019) señala en la casación N° 4526-2008-Lima Norte, de 19-03-2009, f.j.3. Sala Civil Permanente (EP, 01-12-2009, p. 26224), que indica: “Tercero. (...) (Uno) de los caracteres esenciales de las legislaciones modernas está constituido por la regla de que el simple acuerdo de voluntades basta para perfeccionar el contrato. En efecto el principio “*solus consensus obligat*” es el resultado de una evolución jurídica que ha terminado por imponerse en la mayoría de legislaciones contemporáneas”. (p. 1068).

**SEGUNDO.** – Como podemos advertir el artículo 1352 del Código Civil plantea al principio del consensualismo, una excepción, que se encuentra en los contratos formales *ad solemnitatem*, pero que sean señalados por ley bajo sanción de nulidad; entonces, el mencionado artículo de forma implícita suprime los contratos reales que tienen como requisitos el consentimiento en un primer momento y la entrega del bien materia del contrato, en un

segundo momento, lo que quiere decir que se confirma que el indicado artículo se consagra como un contrato consensual en el que, es suficiente el consentimiento para la conclusión del contrato.

**TERCERO.** – En cuanto a la solemnidad, es decir que se debe observar una forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad, es diferente de la formalidad *ad probationem* en la que no es indispensable para la validez del contrato la forma señalada por ley sino únicamente la presentación del contrato para su probanza. Como ejemplo diríamos que si la solemnidad que exige la ley es una escritura pública, diremos que el consentimiento no se encuentra contenido en la minuta que solamente representa una intención de contratar, sino que el consentimiento recién se formaría, es decir tendría existencia, si la declaración es hecha ante el notario y luego se incorpora a la respectiva escritura pública.

**CUARTO.** – El perfeccionamiento del contrato contenido en el artículo 1352 del Código Civil mantiene una distinción con la doctrina y otros Códigos, porque no usa la expresión forma solemne sino que utiliza la expresión “de la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”, entonces en nuestra legislación civil se consideran actos solemnes a los cuales la ley sanciona con nulidad la ausencia de la forma prescrita, por lo que en los demás actos jurídicos en los cuales la ley impone una determinada forma, sin precisar la sanción de nulidad, se debe considerar a dichos actos que la forma es *ad probationem*, hecho que mantiene concordancia con el artículo 140 inciso 4 del Código Civil que prescribe que se requiere observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, es decir que deba ser *ad solemnitatem*, hecho que es complementado con el artículo 144 del mismo código que prescribe: “cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto”, es decir es *ad probationem*. Asimismo, el artículo 219 inciso 6 del Código Civil señala que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad.

**QUINTO.** – Bajo estas consideraciones, el artículo 1352 del Código Civil debe ser interpretado en el sentido que los contratos solemnes no se perfecciona con el solo consentimiento de las partes celebrantes, sino que requieren que el consentimiento se exprese solemnemente, esto es cuando la ley sanciona con nulidad los actos que no revistan la forma prescrita por la ley; por lo que, en nuestra legislación civil la solemnidad consiste en el otorgamiento de escritura pública, con la finalidad que los contratantes reflexionen acerca de la importancia del acto que están suscribiendo, pero no todo es absoluto ya que en otros casos la solemnidad consiste en que el contrato se encuentre simplemente por escrito, así tenemos al contrato de suministro como al contrato de donación de bienes muebles de un determinado valor.

**SEXTO.** – Debemos precisar si la solemnidad puede ser exigida por analogía en los casos que no se encuentren expresamente previstos en la ley, entonces diremos que no puede ser exigida la analogía, porque el artículo 1352 del Código Civil considera que la forma solemne viene a ser una excepción al principio de la consensualidad, esto en mérito al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que taxativamente señala, que la ley que establece excepciones no se aplica por analogía, por ello no se puede exigir la solemnidad de la escritura pública para las transferencias de inmuebles que son distintas a las donaciones, con lo que se consolida que la solemnidad es una excepción, porque la regla general es la consensualidad.

**SÉPTIMO.** – En conclusión, el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles, prescrito en el artículo 1352 del Código Civil, se encuentra eminentemente adscrito al principio de la consensualidad, en la que solo es suficiente el simple consentimiento de los contratantes para que se perfeccione el contrato, es decir, no se exige una forma *ad solemnitatem*, es decir, que sea por escritura pública, por lo que la transferencia de un bien inmueble solo debe constar por escrito para que tenga validez y es más sino se exige la escritura

pública tampoco se exige la inscripción registral generándose así una vulneración a la seguridad jurídica dinámica.

#### **4.1.3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN REFERIDOS A LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

Presentamos los resultados de la investigación referidos a la tercera hipótesis específica, que mantiene el siguiente texto: “Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen negativamente en la confiabilidad de la seguridad jurídica”; y los pasamos a describir de la siguiente manera:

**PRIMERO.** - En nuestra legislación civil los contratos consensuales se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes, en este caso no existe la necesidad de cumplir con un requisito especial en su forma, en ese sentido se encuentran los contratos de compraventa, la permuta, el arrendamiento, el mutuo, el comodato y el contrato de seguro. De manera que, las partes celebrantes deciden libremente la forma que quieran asumir en la que solo basta el mero consentimiento, así por ejemplo en la compraventa el contrato se perfecciona por ese simple pacto entre el vendedor y el comprador, sin ser necesario la entrega del bien ni tampoco el pago del precio, ni tampoco la observancia de alguna formalidad, ya que rige el principio de libertad contractual.

**SEGUNDO.** - En los contratos consensuales el elemento fundamental es el consentimiento de los celebrantes, donde basta el acuerdo para que dicho contrato quede perfeccionado, en este caso no se requiere añadir una exigencia al consentimiento como la observancia de la forma que son contratos solemnes, o la entrega del bien a la otra parte como ocurre en algunos contratos reales, entonces lo señalado en el artículo 1352 del Código Civil forma parte de los contratos consensuales.

**TERCERO.** - El espíritu de los contratos consensuales es el consentimiento donde reina la libertad contractual, en este caso la convención es ley para las partes celebrantes por lo

que el juez para determinar el contenido de una convención debe interpretar según la intención de las partes.

**CUARTO.** - Debemos entender que la soberanía de la voluntad debe ser que solo existe contrato cuando las partes celebrantes así lo han querido y que si en dicha relación no hay voluntad, solo queda en apariencia, por lo que no existe contrato, debiendo precisar que por principio en la voluntad no hay necesidad de rodearse de ciertas formalidades.

**QUINTO.** - En las instituciones jurídicas sustanciales como los contratos y los actos jurídicos rige el principio de libertad de formas, por lo que el contrato se perfecciona desde el momento que los contratantes han expresado su consentimiento contando con capacidad de goce y ejercicio, pero sin ninguna formalidad especial, lo importante es que el consentimiento se encuentre exteriorizado a través del acuerdo.

**SEXTO.-** En los contratos consensuales el documento puede ser redactado con palabras, números, signos gráficos, diseños u otros documentos como cintas cinematográficas, microformas o soportes informáticos, o producciones de audio y video, lo importante es que esté presente el principio consensualista o de libertad de formas, salvo aquellos casos en los que la ley o por la voluntad de los contratantes se deba observar una forma solemne, bajo sanción de nulidad.

**SÉPTIMO.-** En conclusión, los contratos consensuales de compraventa de bienes inmuebles mantienen una libertad de forma, sin necesidad de algún requisito adicional como la entrega, la escritura pública y la inscripción registral, solo basta el simple consentimiento de las partes celebrantes para que dicho contrato quede perfeccionado y el adquiriente ostente la calidad de propietario; lo que permite que de mala fe el propietario originario tenga la posibilidad de transferir un mismo bien inmueble a varias personas, bajo la libertad contractual en la forma y como la ley no exige una forma *ad solemnitatem*, que quiere decir por escritura

pública o que sea materia de inscripción registral, se vulnera la confiabilidad de la seguridad jurídica.

## **4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

### **4.2.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA PRIMERA HIPÓTESIS**

#### **ESPECÍFICA**

Presentamos la contrastación de hipótesis de la primera hipótesis específica, cuyo texto es el siguiente: “La transmisión de la propiedad inmueble influye negativamente en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana”; que desarrollamos de la siguiente manera:

**PRIMERO.** – El artículo 949 del Código Civil que trata sobre la transmisión de la propiedad inmueble, prescribe: “Que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”, entonces nuestra legislación civil se adhiere al sistema consensual de adquisición de derechos reales, es decir, que con el simple consentimiento de los celebrantes en dicha obligación el acreedor adquiere la calidad de propietario del bien inmueble materia del contrato.

**SEGUNDO.** – La única condición en la transferencia del bien inmueble establecido en el artículo 949 del Código Civil es que el enajenante debe tener la calidad legal y legítima de propietario para ejercer su facultad de libre disposición, además que el acto jurídico que se celebra cumpla los requisitos de validez establecidos en el artículo 140 del Código Civil, tomando en cuenta que en cuanto a la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, no es un requisito para hacer al acreedor propietario del bien inmueble materia del contrato, ya que como se ha indicado con el solo consentimiento es suficiente, por lo que no requiere obligación de escritura pública y de inscripción registral.

**TERCERO.** – De lo antes mencionado la transmisión de la propiedad inmueble en nuestra legislación civil, genera dos tipos de riesgos, por un lado la clandestinidad, ya que si

no existe obligación de escritura pública y de inscripción registral el contrato celebrado se mantiene oculto, es decir, en clandestinidad sin ningún tipo de publicidad, por lo que el propietario originario de mala fe puede transferir ese mismo bien a diferentes personas aplicando la misma regla y manteniéndose también en clandestinidad la adquisición de los demás compradores. El otro riesgo es que puede surgir el efecto encascada de la invalidez negocial, ya que los que adquirieron después del primero sean perjudicados con la ineficacia de sus contratos.

**CUARTO.** – En este orden de ideas debemos señalar que en un estado democrático moderno se encuentra vigente el derecho de oponibilidad en la relación jurídica respaldado por el derecho a la propiedad prescrito en el artículo 2 numeral 16 de la Constitución Política del Perú, ello en defensa de la seguridad jurídica en el sentido de que toda relación jurídica para ser exigible debe estar acompañada de instrumentos que posibilite la reconocibilidad, entendida como el conocimiento al que puedan acceder otras personas denominados terceros, de la existencia de la relación jurídica que realizaron los ciudadanos en su esfera particular; de lo contrario, se genera un desfase entre el grado de oponibilidad de la relación y el grado de publicidad que ésta pueda tener.

**QUINTO.** – Entonces, en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica es necesario que para que un hecho jurídico incluya definitivamente a un sujeto de derecho en una relación, ésta relación jurídica debe ser de tal naturaleza que permita conocer de su existencia, erga omnes, es decir, que el conocimiento de la existencia de esta relación sea conocida por todos y si esto no se produce o se mantiene oculta, esta relación jurídica, entonces, deja de tener sentido el derecho de oponibilidad en la relación..

En consecuencia, se ha determinado que la transmisión de la propiedad inmueble en la legislación civil peruana al mantenerse adherida al principio del consensualismo cuya característica es que con el solo consentimiento se hace al acreedor propietario del bien

inmueble materia del contrato sin otro requisito como la escritura pública y la inscripción registral para su validez, y que en esta forma de transmisión de la propiedad inmueble al mantenerse oculta, o en silencio, o en clandestinidad como es el caso de los sistemas espiritualistas que con el simple consenso se transfiere la propiedad, no se puede oponer a los demás este hecho sino se encuentran en la posibilidad de conocer del contrato transmisivo de la propiedad que se ha celebrado. Por eso, existe crítica a la incoherencia que existe en el artículo 949 del Código Civil ya que no exige publicidad, entonces no hay manera del derecho de oponibilidad.

**Por lo tanto**, la hipótesis antes formulada cuyo texto es el siguiente: “La transmisión de la propiedad inmueble influye negativamente en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana”, se **CONFIRMA**, porque el artículo 949 del Código Civil, al acogerse al principio del consensualismo en el que con el solo consentimiento se hace al acreedor propietario del bien inmueble y al no exigir en dicha transferencia la publicidad a través de la inscripción registral, no permite ejercer de forma idónea y eficaz el derecho de oponibilidad en la relación jurídica.

#### **4.2.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

Presentamos la contrastación de hipótesis de la segunda hipótesis específica, cuyo texto es el siguiente: “El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica”; que desarrollamos de la siguiente manera:

**PRIMERO.** – El perfeccionamiento del contrato, debe entenderse como la oportunidad en que este contrato ya consumado, inmediatamente origina sus efectos, es eficaz, es decir crea, regula o extingue una relación jurídica obligacional.

**SEGUNDO.** – En nuestra legislación civil, el perfeccionamiento del contrato se encuentra prescrito en el artículo 1352 del Código Civil, adscrito al principio del

consensualismo que lleva consigo el perfeccionamiento del mismo ya que no requiere algo más para que dicho contrato produzca sus efectos, salvo que esté sometido a una condición suspensiva o a la determinación de su contenido, como por ejemplo el precio; entonces, en estos casos no siempre es suficiente el consentimiento para el perfeccionamiento de los contratos consensuales sino que en estos casos se requiere algo más que es la obtención de sus efectos cuando éstos no son el resultado inmediato de su conclusión.

**TERCERO.** – El perfeccionamiento del contrato contenido en el artículo 1352 del Código Civil no hace uso de la expresión “forma solemne”, sino que en su lugar señala “deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”. En este contexto, los contratos quedan perfeccionados por el simple consentimiento excepto aquellos que deban cumplir una forma solemne como el caso de la donación de los bienes inmuebles y la constitución de hipoteca, en los demás casos no es necesario la forma solemne lo que da motivo, a que los contratos como el contrato de compraventa de inmuebles tenga la calidad de *ad probationem*.

**CUARTO.** – En nuestra legislación civil la solemnidad es el significado de otorgamiento de escritura pública o de inscripción registral y en el caso de la transmisión de la propiedad inmueble prescrito en el artículo 949 del Código Civil sólo basta el simple consentimiento para que el acreedor tenga la calidad de propietario, esto en concordancia con el artículo 1352 del mismo Código en que dicho contrato queda perfeccionado por ese simple consentimiento de las partes, es decir no se requiere de solemnidad alguna.

**QUINTO.** – De lo mencionado anteriormente, se colige que el sistema de transmisión y perfeccionamiento de los contratos de compra venta de inmuebles en nuestra legislación civil generan riesgos que conducen a vulnerar la seguridad jurídica.

**SEXTO.** – La dinámica de las relaciones jurídicas está referida al nacimiento o modificación o extinción de relaciones jurídicas y bajo el criterio moderno la dinámica de las relaciones jurídicas es igual al hecho jurídico que es el fenómeno que da nacimiento y

modificación de la relación jurídica en la que interviene la acción humana que da como consecuencia la producción de efectos jurídicos.

**SÉPTIMO.** – La dinámica de la relación jurídica, entendida como hecho jurídico, en el caso del perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles se encuentra contemplado en un dispositivo normativo que cuando existe un acuerdo, el resultado será obligatorio entre las partes. Entonces, la energía dinámica surge de la fuerza obligatoria de la norma y esto es lo que brinda seguridad jurídica en el sentido que la relación jurídica debe generar grados de oponibilidad y mecanismos que permita su reconocibilidad.

**OCTAVO.-** Para precisar, debemos mencionar que toda relación que tiene como fuente una norma jurídica anterior que interrelaciona a un conjunto de sujetos de derecho que terminan incluidos en relaciones jurídicas más específicas como por ejemplo la relación contractual de compraventa de bienes inmuebles que tiene como consecuencia que la ley hace que los contratos sean obligatorios.

En consecuencia, se ha determinado que el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles contenido en el artículo 1352 del Código Civil mantiene concordancia con el artículo 949 del mismo Código al estar referidos que la transmisión de bienes inmuebles y el perfeccionamiento de este contrato se cumple con el simple consentimiento de las partes, es decir, ambos están adscritos al principio del consensualismo, sin la exigencia de escritura pública y de inscripción registral para que el acreedor tenga la calidad de propietario; asimismo, se ha determinado que la seguridad jurídica de la dinámica en la relación jurídica, entendida como hecho jurídico que crea, regula y extingue relaciones jurídicas, al aplicarse el principio del consensualismo que crea una relación jurídica que le da la calidad de propietario al comprador con el solo consentimiento de las partes celebrantes, le asegura el derecho de propiedad al adquirente, y como la ley hace que los contratos sean obligatorios, el dominio de la propiedad y el perfeccionamiento de su contrato son de fiel

cumplimiento; esto, en un sistema donde impera el principio del consensualismo. Pero, en la actualidad, en la doctrina moderna la transmisión de bienes inmuebles, se exige requisitos de reconocibilidad adicionales al contrato, para ejercer el dominio de la propiedad, como es el caso de la tradición y de la inscripción registral. Entonces, en este caso la seguridad jurídica de la dinámica en la relación jurídica se ve afectada en nuestra legislación civil por mantener el principio del consensualismo que se encuentra desfasado en un Estado democrático moderno.

**Por lo tanto**, la hipótesis antes formulada cuyo texto es el siguiente: “El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica”, se **CONFIRMA**, porque el artículo 1352 del Código Civil al encontrarse adscrito al principio del consensualismo vulnera la seguridad jurídica de la dinámica en la relación jurídica de la doctrina moderna que exige la inscripción registral en la transferencia de bienes inmuebles.

#### **4.2.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA**

Presentamos la contrastación de hipótesis de la tercera hipótesis específica, cuyo texto es el siguiente: “Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen negativamente en la confiabilidad de la seguridad jurídica”; que desarrollamos de la siguiente manera:

**PRIMERO.** - Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles se perfeccionan con el solo acuerdo de voluntades y, en consecuencia genera obligaciones entre las partes, sin que sea necesario la tradición o la escritura pública o la inscripción registral para su formación. En este caso, el contrato es perfecto cuando se forma el consentimiento mediante la manifestación de la voluntad, esto es, cuando el vendedor acuerda con el comprador en transmitirle el dominio de la propiedad a cambio del pago convenido, no es un contrato solemne

ya que para su celebración no se establece una forma determinada cuya observancia se sancione con nulidad.

**SEGUNDO.-** En los contratos consensuales de compraventa de bien inmueble se manifiesta el principio de libertad de formas que es denominado principio consensualista desprovisto de formas, con la finalidad de facilitar el intercambio de dominio de propiedad sin mucha rigurosidad donde la fórmula del simple consentimiento es la regla, y la solemnidad es la excepción, salvo que la ley ordene observar la forma prescrita bajo sanción de nulidad, pero como el artículo 949 del Código Civil no obliga dicha solemnidad en la transferencia de bienes inmuebles, entonces, sólo basta el simple consentimiento para que el adquirente ya sea propietario.

**TERCERO.-** La doctrina contemporánea en los contratos solemnes de transferencia de bienes inmuebles impone la forma escrita por razones de seguridad jurídica a fin de poner los derechos de obligaciones contractuales frente a terceros, para proteger a los adquirentes de buena fe y evitar problemas probatorios al inscribir dichos contratos en los registros públicos; sin embargo, a la fecha nuestra legislación civil mantiene aún el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de bienes inmuebles.

**CUARTO. -** La seguridad jurídica es la posibilidad razonada del ciudadano para predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho, que debe estar en concordancia con la justicia, con las características de certeza, legalidad, jerarquía y publicidad normativa.

**QUINTO. -** Entonces, la seguridad jurídica tiene una conexión con los demás principios del derecho que se materializan y garantizan los derechos de los ciudadanos a fin de lograr un armónico funcionamiento del ordenamiento jurídico.

**SEXTO. -** La seguridad jurídica mantiene tres indicadores fundamentales en beneficio de los ciudadanos que son la cognoscibilidad, la confiabilidad y la calculabilidad del derecho.

La cognoscibilidad se traduce en el hecho de que los ciudadanos entiendan hasta dónde alcanza el verdadero sentido de las normas y actúen conforme a ella; la calculabilidad permite a los ciudadanos conocer oportunamente los cambios que se presentarán en el derecho a fin de que puedan integrarse de forma gradual a dicho cambio y no se vean perjudicados.

**SÉPTIMO.** - El indicador fundamental de la seguridad jurídica se encuentra en la confiabilidad que consiste en que el derecho debe respetar los actos del pasado de los ciudadanos que ejercieron sus derechos fundamentales, por eso si un ciudadano actúa de conformidad al derecho pasado, no se verá perjudicado cuando exista un cambio que lo perjudique otorgándole las condiciones necesarias para su reclamo y protección.

**OCTAVO.** - En este sentido la confiabilidad de la seguridad jurídica en los contratos consensuales de compraventa de bienes inmueble de la doctrina moderna se exige la obligación de escritura pública e inscripción registral a fin de que el adquirente no sea sorprendido ni engañado en dicha relación jurídica ni tampoco otros ciudadanos que tengan interés de propiedad sobre un mismo bien inmueble.

**NOVENO.** - La falencia en nuestra legislación civil en materia de compraventa de bienes inmuebles no se encuentra en conexión con la confiabilidad de la seguridad jurídica, puesto que aún se mantiene el principio del consensualismo, a pesar que el artículo 1123 del Código Civil trata de dar solución al problema detectado a través de la figura de la concurrencia de acreedores, pero, en lugar de dar solución agrava la situación de todos los adquirentes que mantuvieron en silencio o en clandestinidad sus contratos de compraventa ya que los artículos 949 y 1352 del Código Civil no exigen en los contratos de compraventa de bienes inmuebles una forma prescrita bajo sanción de nulidad que ya en la doctrina moderna se evidencia a través de la inscripción registral.

En consecuencia, se ha determinado que los contratos consensuales de compraventa de inmuebles en nuestra legislación civil, a pesar que nos encontramos en un Estado democrático

moderno, mantiene aún el principio del consensualismo cuando en la doctrina moderna y en la mayoría de países vecinos se encuentra vigente como requisito de adquisición de dominio del bien inmueble la escritura pública y la inscripción registral, asimismo se ha determinado que la confiabilidad de la seguridad jurídica, se desarrolla en la doctrina moderna exigiendo requisitos de escritura pública e inscripción registral en la transferencia de bienes inmuebles, el mismo que brinda las condiciones necesarias para su reclamo y protección.

**Por lo tanto**, la hipótesis antes formulada cuyo texto es el siguiente: “Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen negativamente en la confiabilidad de la seguridad jurídica”, se **CONFIRMA**, porque los artículos 949 y 1352 del Código Civil mantienen aún la vigencia de los contratos consensuales en la compraventa de bienes inmuebles sin la exigencia de escritura pública e inscripción registral, lo que permite que el propietario originario pueda vender el mismo bien a diferentes ciudadanos, vulnerando así la seguridad jurídica en un Estado democrático moderno.

#### **4.2.4. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA HIPÓTESIS GENERAL**

Presentamos la contrastación de hipótesis de la hipótesis general cuyo texto es el siguiente: El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica de la legislación peruana; que desarrollamos de la siguiente manera:

**PRIMERO.** – La transmisión de la propiedad inmueble en la legislación civil peruana, prescrito en el artículo 949 del Código Civil, mantiene el principio del consensualismo cuya característica es que con el simple consentimiento de las partes celebrantes el adquirente ya tiene la condición de propietario sin haber cumplido un requisito posterior lo que influye de forma negativa en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica, ya que algunos adquirentes al no tener escritura pública ni la inscripción registral que no exige la ley no puede

oponer su derecho de propiedad de forma idónea frente a un tercero que compró después de él y que la ley le otorga el mejor derecho de propiedad.

**SEGUNDO.-** El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles, prescrito en el artículo 1352 del Código Civil mantiene el principio del consensualismo en el perfeccionamiento de los contratos ya que sólo el requisito para la formación de dicho contrato es el mero consentimiento, sin la exigencia de la solemnidad entendida como escritura pública e inscripción registral, lo que influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica de la relación contractual que en la doctrina moderna se traduce casualmente en que debe existir la reconocibilidad, es decir que los terceros puedan acceder a la publicidad o el conocimiento de la relación contractual existente entre vendedor y comprador a través de la publicidad registral, a fin de que no sean perjudicados en su derecho a la propiedad.

**TERCERO.** – Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles en nuestra legislación civil prescritos en los artículos 949 y 1352 del Código Civil mantienen el principio del consensualismo sin la exigencia de la observancia prescrita en la ley bajo sanción de nulidad lo que acarrea que un mismo bien sea transferido a varias personas por el mismo vendedor, lo que influye negativamente en la confiabilidad de la seguridad jurídica, que debe tener estabilidad normativa en su dimensión objetiva y subjetiva para obtener validez y eficacia en las disposiciones normativas a fin de que el ciudadano tenga disposición de instrumentos de defensa, a fin de oponer su derecho de propiedad mediante la escritura pública e inscripción registral que ni el artículo 949 y 1352 del Código Civil exigen.

**Por lo tanto,** el principio del consensualismo que se encuentra adherido en la transmisión de la propiedad inmueble, en el perfeccionamiento del contrato de compra venta de bienes inmuebles y en los contratos consensuales no brinda el derecho de oponibilidad en la relación jurídica ni en la seguridad jurídica dinámica, ni en la confiabilidad de la seguridad

jurídica, los mecanismos que un estado democrático moderno se pueden aplicar eficazmente mediante la forma solemne con la exigencia de escritura pública e inscripción registral.

**En conclusión**, por lo analizado, en las tres hipótesis específicas, mediante argumentos razonados que corresponden a un estado democrático moderno, se ha **CONFIRMADO LA HIPOTESIS GENERAL**, cuyo texto es el siguiente: El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica de la legislación peruana; porque tanto el artículo 949 y 1352 del Código Civil mantienen amenazas a la seguridad jurídica en nuestra legislación civil al mantener el obsoleto principio del consensualismo.

## **CAPÍTULO V: DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

“El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica de la legislación peruana”.

Como podemos advertir, la transmisión de la propiedad inmueble en la legislación civil peruana, prescrito en el artículo 949 del Código Civil, mantiene el principio del consensualismo, en el que el simple consentimiento de las partes celebrantes otorga al adquirente la condición de propietario sin necesidad de inscribir dicho acto jurídico en los Registros Públicos, lo que influye negativamente en la seguridad jurídica; siendo confiable este resultado, ya que dicho supuesto jurídico se encuentra vigente en el ordenamiento normativo, y por el respeto al Estado de derecho, se tiene que cumplir de forma obligatoria la disposición normativa antes mencionada, mientras no se modifique o entre en derogación.

Al respecto, en la investigación realizada por Winkler (2019) “De los vicios del consentimiento a la ventaja injusta: El principio de protección del libre consentimiento contractual”, ha mencionado que en referencia a la ventaja injusta: “En este sentido, urge la necesidad de contar tanto en Chile como en España con una legislación apropiada que se avenga con el Derecho contractual moderno, que permita sortear los injustos inconvenientes que provoca ésta figura jurídica. Con esto además se evita tener que echar mano de teorías que

pretendan suplir la falta de legislación sobre la materia, las que, si bien intencionadas, no impiden la existencia de discusiones sobre su procedencia o no”. (p. 101).

Debemos señalar, que el principio del consensualismo establecido en nuestro ordenamiento civil, es un hecho que vulnera la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento civil, así en el Derecho comparado tanto Chile como España al no tener regulado la ventaja injusta que los perjudica vulnerando el libre consentimiento y la buena fe objetiva, tiene relación con el hecho de que en la transferencia de bienes inmuebles en nuestra legislación, con el solo consentimiento el adquirente ya tiene la condición de propietario, pero eso no le asegura que sino inscribe en la Oficina Registral, dicho acto jurídico un tercero que adquiere después de él, puede inscribirlo y de conformidad al artículo 1135 del Código Civil, este mantiene la preferencia para ser declarado propietario, por lo tanto obtiene una ventaja injusta y también en nuestro país no contamos con una legislación apropiada para evitar esta vulneración al igual que España y Chile.

Asimismo, debemos mencionar que nuestro ordenamiento civil peruano tiene la influencia del derecho francés que regula el sistema facultativo de inscripción registral, por lo que en la realidad de nuestro país se vulneran derechos fundamentales de las personas que no tienen obligación de inscribir sus actos jurídicos de venta de inmuebles, que tienen relación con el artículo 17 de la Ley Hipotecaria de España, que señala que cualquier título traslativo de dominio de inmuebles, sobre los mismos no podrán inscribirse, ningún otro que se le oponga, por tal motivo, se llega a la conclusión que el principio del consensualismo prescrito en el artículo 949 del Código Civil influye negativamente en la seguridad jurídica.

“El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica”.

Como podemos advertir que el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles contenido en el artículo 1352 del Código Civil mantiene concordancia con el

artículo 949 del mismo Código, al estar referido a que con el simple consentimiento de las partes el acreedor tenga la calidad de propietario y que la seguridad jurídica de la dinámica en la relación jurídica, es un hecho jurídico que crea, regula y extingue relaciones jurídicas y que al aplicarse el principio del consensualismo influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica.

Al respecto en la investigación desarrollada por Guzmán (2017) que señala: “empieza la seguridad jurídica desde una óptica filosófica examinando los alcances y el aspecto axiológico implícito, asimismo incorpora un elemento nuevo que es la seguridad jurídica preventiva de la cual se analizó su origen esencia y efectos”.

Debemos señalar, que tanto el perfeccionamiento del contrato y el principio del consensualismo vigente en nuestro ordenamiento civil a través de los artículo 1352 y 949 del Código Civil, otorgan la facultad que el propietario de un bien inmueble de mala fe pueda transferir un mismo bien inmueble a varias personas, ya que no existe norma que obligue que la titularidad del predio se adquiere recién al inscribir dicho acto, por ello la teoría del título y el modo, que establece que la transferencia de bienes inmuebles se da en dos etapas, el primero al momento de suscribir el contrato y el segundo que es el modo es la inscripción registral que recién le otorga titularidad al adquirente, tal como ocurre en el sistema constitutivo de Alemania, lo que da mayor seguridad jurídica; sin embargo, nuestra legislación no mantiene la teoría del título y el modo en la transferencia de bienes inmuebles, solo la transferencia de bienes muebles, por ello la seguridad jurídica se debe tomar desde una óptica filosófica que incorpora un elemento nuevo que es la seguridad jurídica preventiva, es decir, que al producirse la dinámica de la relación jurídica tomada como el hecho de crear o modificar relaciones jurídicas, debe tener como punto de partida la teoría del título y modo, que es urgente en la regulación jurídica civil peruana, a fin de ser propietario de un bien inmueble recién con la

inscripción registral, lo que evitaría vulnerar derechos fundamentales sobre todo la seguridad jurídica dinámica.

“Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influye negativamente en la confiabilidad de la seguridad jurídica”.

Como podemos advertir, que los contratos consensuales de compraventa de inmuebles se perfeccionan con el solo acuerdo de voluntades, el mismo que genera obligaciones entre las partes sin que sea necesaria la inscripción registral para su formación.

Al respecto, en la investigación desarrollada por Gil (2020) cuyo título es “La aplicación de la fe pública registral y el Derecho de propiedad en el sistema consensual de transferencia de inmuebles”, que llega a la conclusión:

El artículo 949 del Código Civil, prescribe que se va transferir un bien con el solo consentimiento de las partes y que ello no es una inscripción registral constitutiva del derecho, ya que en la actualidad el ejercicio eficaz de los atributos innatos, quedan agotados por la acción dolosa del que transfiere.

En efecto, los contratos consensuales de compraventa de inmuebles se perfeccionan con el solo consentimiento, el mismo que vulnera la confiabilidad de la seguridad jurídica que exige que los contratos de compra venta de inmuebles sean inscritos en la Oficina Registral, a fin de que el adquirente no sea sorprendido ni engañado en dicha relación jurídica, ya que en la actualidad el ejercicio eficaz de los atributos innatos, quedan agotados por la acción dolosa del que transfiere, de mala fe amparado en el artículo 949 del Código Civil.

## **CAPÍTULO VI: PROPUESTA DE MEJORA**

La propuesta de mejora del presente trabajo de investigación, en mérito a lo anteriormente argumentado es que necesariamente se modifique los artículos 949 y 1352 del Código Civil referidos a la transmisión de la propiedad inmueble y el perfeccionamiento de dichos contratos que aún mantienen el principio del consensualismo que ya se encuentra desfasado en la doctrina moderna, debido a que contiene amenazas a la seguridad jurídica por mantener en clandestinidad los contratos que deben tener la exigencia de escritura pública e inscripción registral para su plena eficacia jurídica.

En conclusión, en un estado democrático moderno donde impera la seguridad jurídica a través de sus indicadores de cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del derecho en la transmisión de los bienes inmuebles y en el perfeccionamiento de su contrato como elementos de publicidad, no solo normativa sino de la dinámica, de la relación contractual se debe incorporar la exigencia de la forma solemne traducida en la escritura pública y la inscripción registral a fin de no crear inseguridad jurídica y establecer consistencia y efectividad en el ordenamiento normativo del estado peruano, sobre todo en la legislación civil.

En mérito a lo antes mencionado, presentamos un proyecto de reforma de los artículos 949 y 1352 del Código Civil, a fin de establecer una mejor comprensión sobre los sistemas de transferencia de propiedad inmueble, que en la actualidad nuestra legislación mantiene el principio del consensualismo para modificarlo por el sistema constitutivo o registral que brinda mayor seguridad jurídica.

### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 949 Y 1352 DEL CÓDIGO CIVIL**

#### **I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Desde la vigencia del Código Civil, se encuentran prescritos el artículo 949 del Código Civil referido a la transferencia de bien inmueble y el artículo 1352 referido

a la perfección de contratos, ambas disposiciones adscritas al principio del consensualismo, que tiene como característica que, con el sólo consentimiento del vendedor, el comprador adquiere la calidad de propietario, sin necesidad de cumplir con otra formalidad, como es la inscripción registral.

El problema que se genera, es que no se puede determinar con la seguridad del caso, quien es el propietario de un inmueble, si este mantiene gravámenes que le afectan y en actos de mala fe, cuando el acto jurídico no se encuentra registrado, el que vendió la propiedad puede volver a venderlo y de esa manera perjudicar al primer adquirente.

El problema antes mencionado, se ha ido agudizando en nuestro país, por lo que requiere una modificación urgente del sistema consensualista por el constitutivo que ofrece mayores garantías a los ciudadanos, ya que el adquirente será propietario después de la inscripción registral, con lo que se disminuiría los conflictos jurídicos sobre mejor derecho de propiedad.

El presente proyecto de ley mantiene relación con el artículo 2 numeral 16 de la Constitución Política del Perú, referido a que toda persona tiene derecho a la propiedad y también mantiene relación con los actos jurídicos que requieren de inscripción como la donación de bienes inmuebles y la hipoteca, para su eficacia.

Respecto a las limitaciones que genera el sistema consensual. Mazeaud (1960) indica que: “El principio “solo consensus”, al hacer producir a la voluntad el efecto más completo presenta dos graves peligros para los terceros ya que al ser transmitida la propiedad por el solo cambio de los consentimientos, es de temer que el enajenante, cuando tenga la casa en su poder, la ofrezca a un segundo adquirente que ignora la primera enajenación y que será engañado por la apariencia; este segundo adquirente no llegará a ser propietario, ya que el enajenante había perdido definitivamente la

propiedad a favor del primer adquirente. El segundo inconveniente de transmisión “solo consensus” resulta de la necesidad de un contrato válido para producir esa transacción puesto que el contrato nulo no surte efecto obligatorio ni real; además de que tampoco crea la obligación, no transmite la propiedad.” (p. 325).

Lo señalado anteriormente, confirma el propósito de modificación de los artículos antes indicados, ya que por un lado, el perfeccionamiento del contrato en nuestra legislación mediante el artículo 1352 del Código Civil, mantiene un vacío referido a la transferencia de inmuebles, al respecto De la Puente y Lavalle (1993) señala lo siguiente: “El perfeccionamiento del contrato puede ser entendido de dos maneras distintas, aunque con efectos similares: (i) como el acto espiritual del acuerdo de voluntades; y (ii) como el acto material de la conjunción de la oferta con la aceptación. Precisamente se discute si la conjunción de la oferta con la aceptación es técnicamente posible” (pp. 95-96).

Por lo tanto, después de la aceptación es necesario que opere la inscripción registral, en la transmisión de inmuebles, a fin de que el contrato recién quede perfeccionado, de tal forma que entre el artículo 949 y 1352 exista concordancia y se mantenga sistematizado y con un orden lógico nuestra legislación civil y de esa manera se alcance la seguridad jurídica y no perjudique a las personas que de buena fe adquieren bienes inmuebles y que después se ven involucrados en procesos sobre mejor derecho de propiedad y salen afectados.

## **II. ANALISIS COSTO-BENEFICIO**

El beneficio está orientado a los ciudadanos a fin de alcanzar seguridad jurídica al adquirir un inmueble y de mantener registrado un gran porcentaje de inmuebles en el sistema registral de SUNARP.

El costo, de conformidad a la propuesta de modificación, no genera pérdida de costos sobre atribuciones o facultades de los ciudadanos.

### III. IMPACTO DE LAS NORMAS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Modificación propuesta:

<b>CÓDIGO CIVIL Vigente</b>	<b>Formula normativa propuesta</b>
<p><b>Artículo 949 Transferencia de bien inmueble</b> La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.</p>	<p><b>Artículo 949 Transferencia de bien inmueble</b> La inscripción registral en la enajenación de un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.</p>
<p><b>Artículo 1352 Perfección de contrato</b> Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquello que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.</p>	<p><b>Artículo 1352 Perfección de contrato</b> Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquello que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. En el caso de transferencia de bien inmueble, la inscripción registral, es condición para su eficacia.</p>

## CONCLUSIONES

- La transmisión de la propiedad inmueble prescrita en el artículo 949 del Código Civil al incorporar el principio del consensualismo y no exigir otro requisito como el de la inscripción registral al adquirente, tiene como resultado posibilitar al vendedor de mala fe, transmitir un mismo bien a varias personas; por lo que se logra determinar que la transmisión de la propiedad inmueble influye negativamente en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana.
- El perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles, contenido en el artículo 1352 del Código Civil, también al encontrarse adscrito al principio del consensualismo tiene como resultado la no exigencia de la inscripción registral, por lo que se logra determinar que el perfeccionamiento influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica en la relación jurídica de la doctrina moderna, ya que ésta exige la inscripción registral en la transferencia de bienes inmuebles, para que recién el adquirente ostente la calidad de propietario y ejerza el dominio de la propiedad.
- Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles que se rigen mediante los artículos 949 y 1352 del Código Civil son suscritos en mérito al principio de libertad contractual sin la formalidad *ad solemnitatem*, lo que da como resultado permitir al propietario originario que de mala fe, transferir una misma propiedad a varias personas, por lo que se logra determinar que dichos contratos influyen negativamente en la confiabilidad de la seguridad jurídica que exige la forma solemne en dichos contratos.
- El principio del consensualismo que rige en los contratos de compraventa de inmuebles en la legislación civil peruana al tener como resultado el de no tener claridad para ejercer el derecho de oponibilidad, en la relación jurídica tanto en la dinámica de la relación jurídica como en la confiabilidad del derecho, se determina que influye negativamente en la seguridad jurídica de la legislación peruana.

## RECOMENDACIONES

- Se propone la modificación del artículo 949 del Código Civil, referido a la transmisión de bienes inmuebles, cambiando el principio del consensualismo por la teoría del Título y el Modo, donde el Título entendido como fundamento jurídico, es el acto donde se manifiesta la voluntad de transmitir el derecho y, correlativamente, de adquirirlo por la otra parte; y el Modo, es la causa próxima inmediata que efectiviza el derecho por medio de la inscripción registral. A fin de asegurar el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana.
- Se propone la modificación del artículo 1352 del Código Civil, referido al perfeccionamiento del contrato, cambiando el principio del consensualismo por la teoría del Título y el Modo, a fin de brindar la seguridad jurídica dinámica en la relación contractual.
- Se propone que los contratos consensuales de compraventa de inmuebles que se rigen mediante los artículos 949 y 1352 del Código Civil sean suscritos con la formalidad *ad solemnitatem*, con la voluntad de transferir y adquirir, mediante la inscripción registral, a fin de asegurar la confiabilidad de la seguridad jurídica.
- Se sugiere la publicidad de los resultados y la capacitación a la comunidad jurídica sobre la teoría del Título y Modo en la transmisión de bienes inmuebles, ya que de no aplicar correctamente los resultados del presente trabajo de investigación, las consecuencias de no asegurar el derecho de oponibilidad, de no de brindar la seguridad jurídica dinámica y de no asegurar la confiabilidad en la relación contractual, se continuara afectando la seguridad jurídica de la legislación peruana.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto (2014). *Diseño y desarrollo del proyecto de investigación, Guía de aprendizaje*. Lima-Perú. Recuperado de:  
[https://www.academia.edu/30430586/DISE%C3%91O\\_Y\\_DESARROLLO\\_DEL\\_PROYECTO\\_DE\\_INVESTIGACION\\_GUA%3%8DA\\_DE\\_APRENDIZAJE](https://www.academia.edu/30430586/DISE%C3%91O_Y_DESARROLLO_DEL_PROYECTO_DE_INVESTIGACION_GUA%3%8DA_DE_APRENDIZAJE).
- Aldana, N. (2017). *La seguridad jurídica en la doctrina y en la jurisprudencia*, Quetzaltenango (Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala). Recuperado de:  
[http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_14321.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_14321.pdf)
- Carbonell, F., Lanzon, J. y Mosquera, S. (1998). *Código Civil, artículos 1351 al 1413 – contrato-parte general, Tomo X*. Perú: Ediciones Jurídicas.
- Carrasco, L. (2018). *El Consentimiento en el Contrato Electrónico*, Guayaquil (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador). Recuperado de:  
<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10742/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-264.pdf>
- Coello, J. (2018). *La formación de los contratos por medios electrónicos: Análisis particular del consentimiento en este tipo de contratos*. Cuenca (Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad del Azuay, Ecuador). Recuperado de:  
<http://201.159.222.99/bitstream/datos/8001/1/13725.pdf>
- Flores, J. y Yale, V. (2017) *La inscripción registral de los contratos de compromiso de contratar de compraventa de bienes inmuebles*, Huancayo (Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Peruana los Andes, Perú). Recuperado de:  
<http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/676/TESIS%20FINAL%20-%20SUSTENTACION%20PDF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Gil, A. (2020). *La aplicación de la fe pública registral y el derecho de propiedad en el sistema consensual de transferencia de inmuebles*, Lambayeque (Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Perú). Recuperado de:  
[http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/8588/Gil\\_Calder%c3%b3n\\_Astrid\\_Del\\_Milagro.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/8588/Gil_Calder%c3%b3n_Astrid_Del_Milagro.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.
- Gómez, A. (2017). *Análisis de la Seguridad Jurídica en la realización de Contratos Electrónicos de Compraventa mediante aplicaciones móviles*, Arequipa (Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho, Universidad San Francisco Xavier SKF, Perú). Recuperado de:  
[http://repositorio.sfx.edu.pe/bitstream/handle/SFX/16/T829\\_43901168\\_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.sfx.edu.pe/bitstream/handle/SFX/16/T829_43901168_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Guzmán, P. (2017). *Seguridad Jurídica preventiva*, Quetzaltenango (Tesis para optar el Grado Académico de Doctor, Guatemala). Recuperado de:  
[postgrados.cunoc.edu.gt/tesis/02aa40c20ca537cdef1cbd3cd70af27da3798236.pdf](http://postgrados.cunoc.edu.gt/tesis/02aa40c20ca537cdef1cbd3cd70af27da3798236.pdf)
- Hernández, A. (1988). *Metodología de la ciencia del Derecho*. España: Editorial ESPASA-CALPE S.A.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*, Quinta Edición. Mexico: Mc Graw Hill.
- Kemelmaier, A. (1998). *La seguridad jurídica*. Argentina: Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones.
- Lauroba L. (2003). *El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho*. Estados Unidos: Editorial Louisiana Law Review.

Leyva, H. (2019). *Incorporación del compromiso de contratar como acto inscribible en el registro de predios basado en los principios de obligatoriedad contractual y seguridad jurídica*, Piura (Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad César Vallejo, Perú). Recuperado de:

[http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/35466/Leyva\\_CHA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/35466/Leyva_CHA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

MacCormick, D.N. y Summers, R.S. (1997). *Interpreting precedents. A comparative study*. Estados Unidos: Editorial: Hants. Dartmouth publishing Company limited.

Maseaud, H. y Leon y Maseaud, J. (1960). *Lecciones de derecho civil-derechos reales principales (el derecho de propiedad y sus desmembraciones), parte Segunda. Volumen IV*. Argentina: Editorial Jurídica europa-américa.

Marinoni, L.G. (2012). *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*. Chile: Editorial Ius et praxis.

Méndez, J. (2017). *Falta de inscripción registral genera inseguridad jurídica sobre un contrato de arrendamiento de bien inmueble, al realizarse compraventa posterior del bien arrendado*, Chimbote (Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad Nacional del Santa, Perú). Recuperado de:

<http://repositorio.uns.edu.pe/bitstream/handle/UNS/3074/47059.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mesinas, F. y Muro, M. (2003). *Código Civil Comentado, por los 100 mejores especialistas, Tomo V*. (2003). Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Ossorio, M. (1982). *Diccionario de Ciencias jurídicas políticas y sociales*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Palma Fernández, J. (1997). *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. España: Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales.

- Planiol, M. y Ripert, J. (1988). *Tratado practico de derecho civil francés-Tomo III*. España: Editorial Civitas.
- Pozo, J. (2019). SUMMA CIVIL. (Jurisprudencia Civil Vinculante: Cas. N° 0661-2010-Lima y Cas. N° 4526-2008-Lima Norte): Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Quispe, A. (2018). *El sistema consensual en la seguridad jurídica de las transferencias de propiedades inmuebles, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 2017*, Lima (Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad César Vallejo, Perú). Recuperado de:  
[http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/19943/Quispe\\_TAM.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/19943/Quispe_TAM.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Ramírez, E. (1999). *Tratado de derechos reales*. Perú: Sin Editorial. Derechos reservados del autor conforme a Ley.
- Ramírez R. (2010). *Proyecto de Investigación: Cómo se hace una Tesis. Primera Edición*. Perú: Fondo Editorial AMADP.
- Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Perú: Editorial Mantaro.
- Stein, S. (1997). *Seguridad jurídica en el orden jurídico de la República Federal de Alemania. Contribuciones*. Argentina: Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones.
- Torres, A. (2016). *Teoría General del Contrato Tomo I*. Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Valdés, G. (2003). *Independencia judicial y seguridad jurídica: ejes de la convivencia*. Colombia: Editorial UNO A-Z.
- Villegas, H. (1993). *El contenido de la seguridad jurídica. Impuestos (3)*. Argentina: Editorial Astrea.

Weston, A. (2002). *A Parctical companion to Ethics, segunda edición*. Estados Unidos: Editorial Oxford University press.

Winkler, G. (2019). *De los vicios del consentimiento a la ventaja injusta: El principio de protección del libre consentimiento contractual*, Barcelona (Tesis para optar el Grado de Master, Universidad de Barcelona, España). Recuperado de:

<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/146064/1/TFM%20Gonzalo%20Winkler.pdf>

# ANEXOS

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
<b>PROBLEMA GENERAL</b>	<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>HIPÓTESIS GENERAL</b>	<p><b>Variable 1</b> El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles</p> <p><b>Dimensiones:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Transmisión de la propiedad inmueble.</li> <li>• Perfeccionamiento del contrato.</li> <li>• Contratos consensuales.</li> </ul> <p><b>Variable 2</b> Seguridad jurídica</p> <p><b>Dimensiones:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho de oponibilidad en la relación.</li> <li>• Seguridad jurídica dinámica.</li> <li>• Confiabilidad de la seguridad jurídica.</li> </ul>	<p><b>Tipo y nivel de investigación</b> La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “explicativo” y un enfoque cualitativo</p> <p><b>Diseño de investigación</b> Observacional</p> <p><b>Técnica de Investigación</b> Investigación documental, es decir, se usó solo los libros.</p> <p><b>Instrumento de Análisis</b> Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p><b>Procesamiento y Análisis</b> Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p> <p><b>Método General</b> Se utilizó el método inductivo-deductivo.</p> <p><b>Método Específico</b> Se puso en práctica la interpretación exegetica e interpretación sistemático-lógica.</p>
¿De qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación civil peruana?	Determinar de qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación civil peruana.	El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica de la legislación peruana.		
<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</b>		
¿De qué manera la transmisión de la propiedad inmueble influye en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana?	Determinar de qué manera la transmisión de la propiedad inmueble influye en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana.	La transmisión de la propiedad inmueble influye negativamente en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana.		
¿De qué manera el perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica dinámica?	Determinar de qué manera el perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica dinámica.	El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles influye negativamente en la seguridad jurídica dinámica.		
¿De qué manera los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen en la confiabilidad de la seguridad jurídica?	Determinar de qué manera los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen en la confiabilidad de la seguridad jurídica.	Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles influyen negativamente en la confiabilidad de la seguridad jurídica.		

## INSTRUMENTOS

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

<b>FICHA TEXTUAL:</b> Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)
<hr/> <b>DATOS GENERALES:</b> Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.
<hr/> <b>CONTENIDO:</b> “ ..... ..... ..... ” [Transcripción literal del texto]

<b>FICHA RESUMEN:</b> Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)
<hr/> <b>DATOS GENERALES:</b> Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.
<hr/> <b>CONTENIDO:</b> ..... ..... ..... [Resumen de lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

## PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS

En el capítulo correspondiente a la metodología hemos señalado que la información será recabada mediante la técnica del fichaje, entonces, en el proceso de transcripción de datos hemos hecho uso de la ficha textual, de resumen y bibliográfica.

Sin embargo, debemos precisar que la técnica del fichaje no ha sido suficiente para el desarrollo de la presente investigación, se ha hecho uso de un análisis formalizado o de contenido, a fin de reducir la subjetividad que se presenta al interpretar los textos jurídicos relativos al tema de investigación.

En ese orden de ideas, hemos analizado las características más importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184).

Por lo tanto, presentamos la forma como se llevó a cabo el proceso de transcripción de datos, que fue de la siguiente manera:

<b>FICHA TEXTUAL:</b> Definición del principio del consensualismo.
--

<b>DATOS GENERALES:</b> De la Puente y Lavalle, N. (2011). <i>El contrato en general</i> . Lima-Perú: Palestra Editores S.A.C. pág. 131.
--

<b>CONTENIDO:</b> “Según el cual los contratos se concluyen mediante el consentimiento. Esta evolución fue determinada fundamentalmente por la influencia del Derecho canónico, por las necesidades prácticas del tráfico comercial y por la doctrina del Derecho natural”.
---

<b>FICHA RESUMEN:</b> La dinámica y la oponibilidad en la relación.
---

<b>DATOS GENERALES</b> Bullard, A. (1990) <i>La relación jurídico patrimonial</i> . Lima-Perú: Editorial ARA Editores. pág. 176.
--

<b>CONTENIDO:</b> En defensa de la seguridad jurídica para que una relación jurídica fuese exigible, debía ir acompañada de mecanismos que desarrolle la posibilidad de reconocibilidad y publicidad, de otra manera se generaría un desfase entre el grado de oponibilidad de la relación y el grado de publicidad que ésta pueda tener.
---

**FICHA TEXTUAL:** Contratos consensuales.

**DATOS GENERALES:** Torres, A. (2016) *Teoría del Contrato, Tomo I*. Lima-Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C. Pág. 208.

**CONTENIDO:** “Los contratos consensuales se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes, sin necesidad de ningún requisito especial de forma, por ejemplo, la compraventa, permuta, arrendamiento, mutuo, el comodato, el contrato de seguro”.

En la transcripción de datos, a través de la información documental, se debe hacer uso de la argumentación jurídica, ya que es necesario la inferencia jurídica compuesta por premisas y conclusiones, las mismas que contienen un conjunto de propiedades. (Aranzamendi., 2010. p.112).

Según lo señalado por el autor, las propiedades deben ser: 1. Coherentemente lógica: 2. Razonables; 3. Idóneas; y 4. Claras.

Por lo tanto, se ha empleado la argumentación jurídica para que la tesis sea entendida como una secuencia de razonamientos con explicaciones con la finalidad de persuadir al oponente o antagonista intelectual (Maletta, 2011, pp.203-204).

Entonces, se ha aplicado la argumentación jurídica en cada uno de los datos obtenidos y también en su procesamiento empleando la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión, mediante la aplicación de los principios de la lógica jurídica, como son: identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente con lo que se ha logrado argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

## PROCESO DE CODIFICACIÓN

La codificación para una investigación cualitativa de especie jurídico dogmático (aunando con la explicación de la sección precedida), su codificación tiene que ver con la identificación de argumentos clave (saneamiento de puntos controversiales) que serán debatidos en la discusión de resultados, cuyos criterios se basan en una operacionalización de conceptos de forma sistemática, que además son el norte y direccionamiento del debate, de esa manera se compone así:

**Tabla 1.** Proceso de codificación de la primera hipótesis específica

CONCEPTOS JURÍDICOS	ARGUMENTOS NORTE DE DEBATE	ARGUMENTOS COMPLEMENTARIOS
La transmisión de la propiedad inmueble  (Concepto jurídico número uno)	Modificación del principio del consensualismo.	Doctrina contemporánea en un Estado democrático moderno.
	Vulneración indirecta al derecho de seguridad jurídica.	Garantía Constitucional
Derecho de oponibilidad en la relación jurídica  (Concepto jurídico número dos)	La magnitud del perjuicio de terceros por mantener en clandestinidad o silencio la transmisión de inmuebles.	Responsabilidad Civil Contractual
		Concurrencia de acreedores
		Falta de requisito constitutivo de derecho de propiedad
	La ausencia de una forma ad solemnitatem en el contrato.	Falta de inscripción registral del contrato de compraventa de inmuebles

**Fuente:** Elaboración propia

El concepto jurídico 2: “Derecho de oponibilidad en la relación jurídica” se ha correlacionado con los argumentos norte de debate del concepto jurídico 1: “Transmisión de la propiedad inmueble” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Concepto jurídico 2 (Derecho de oponibilidad en la relación jurídica) + Argumento debate 1 (Modificación del principio del consensualismo) del Concepto jurídico 1 (Transmisión de la propiedad inmueble).
- **Primera hipótesis específica:** La transmisión de la propiedad inmueble **influye negativamente** en el derecho de oponibilidad en la relación jurídica de la legislación civil peruana.

**Tabla 2.** Proceso de codificación de la segunda hipótesis específica

CONCEPTOS JURÍDICOS	ARGUMENTOS NORTE DE DEBATE	ARGUMENTOS COMPLEMENTARIOS
El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles  (Concepto jurídico número uno)	Modificación del principio del consensualismo.	Doctrina contemporánea en un Estado democrático moderno
	Vulneración indirecta al derecho de seguridad jurídica.	Garantía Constitucional
Seguridad jurídica dinámica (Concepto jurídico número dos)	La posibilidad de reconocibilidad y publicidad.	La ausencia de una forma ad solemnitatem en el contrato
		Falta de inscripción registral del contrato de compraventa de inmuebles
		Falta de requisito constitutivo de derecho de propiedad

**Fuente:** Elaboración propia

El concepto jurídico 2: “Seguridad jurídica dinámica” se ha correlacionado con los argumentos norte de debate del concepto jurídico 1: “Perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Segunda pregunta específica:** Concepto jurídico 2 (Seguridad jurídica dinámica) + Argumento debate 1 (Modificación del principio del consensualismo) del Concepto jurídico 1 (Perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles).
- **Segunda hipótesis específica:** El perfeccionamiento del contrato de compraventa de inmuebles **influye negativamente** en la seguridad jurídica dinámica.

**Tabla 3.** Proceso de codificación de la tercera hipótesis específica

CONCEPTOS JURÍDICOS	ARGUMENTOS NORTE DE DEBATE	ARGUMENTOS COMPLEMENTARIOS
Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles	Modificación del principio del consensualismo.	Doctrina contemporánea en un Estado democrático moderno.
(Concepto jurídico número uno)	Vulneración indirecta al derecho de seguridad jurídica.	Garantía Constitucional
Confiabilidad de la seguridad jurídica (Concepto jurídico número dos)	El derecho de respetar los actos del pasado que ejercieron los derechos fundamentales de libertad.	Estabilidad y eficacia normativa
		Dimensión objetiva y subjetiva
		Intangibilidad de situaciones individuales en contra de normas que afecten actos jurídicos perfectos

**Fuente:** Elaboración propia

El concepto jurídico 2: “Confiabilidad de la seguridad jurídica” se ha correlacionado con los argumentos norte de debate del concepto jurídico 1: “Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Tercera pregunta específica:** Concepto jurídico 2 (Confiabilidad de la seguridad jurídica) + Argumento debate 1 (Modificación del principio del consensualismo) del Concepto jurídico 1 (Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles).
- **Tercera hipótesis específica:** Los contratos consensuales de compraventa de inmuebles **influyen negativamente** en la confiabilidad de la seguridad jurídica.

Debemos señalar que cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3., de la presente tesis asimismo en la matriz de consistencia, de las cuales surgen las hipótesis específicas, las cuales han sido contrastadas a través de la argumentación jurídica, debiendo precisar que las hipótesis específicas han sido señaladas en esta sección.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre el Concepto jurídico 1 y el Concepto jurídico 2 de cada una de las tres preguntas específicas, por dicha razón es que la pregunta general de la presente tesis, se formuló de la siguiente manera:

- ¿De qué manera el principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles influye en la seguridad jurídica de la legislación civil peruana?

**Tabla 4.** Operacionalización de variables

<b>VARIABLES</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>SUB-DIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>
El principio del consensualismo en los contratos de compraventa de inmuebles (Variable 1)	Transmisión de la propiedad inmueble	Concurso de acreedores	La tesis al mantener un enfoque cualitativo, en el cual se debe analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos <b>EMPÍRICOS</b>
	Perfeccionamiento del contrato	Teorías sobre el perfeccionamiento del contrato	
	Contratos consensuales	Principio del consensualismo	
Seguridad jurídica (Variable 2)	Derecho de oponibilidad en la relación	Dinámica del derecho de oponibilidad	
	Seguridad jurídica dinámica	Dinámica de la relación jurídica	
	Confiabilidad de la seguridad jurídica	Estabilidad normativa	
Eficacia normativa			

**Fuente:** Elaboración propia

## **PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL**

Por la naturaleza de la presente investigación de enfoque cualitativo, cuya característica principal es analizar el ordenamiento jurídico peruano, específicamente la legislación civil, no se ha requerido de entrevistas a profundidad, mediante fichas de cotejo; pero si era necesario el análisis documental, el cual ya se ha explicado la forma de cómo se procedió a realizar su recolección, codificación y proceso de contrastación argumentativa.

### COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo QUISPE LÓPEZ, Nancy, identificada con DNI N° 28297520, domiciliada en el jr. Pockra N° 653 barrio la libertad, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “EL CONSENSUALISMO Y LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 01 de marzo del 2020



---

Nancy Quispe López  
DNI: 28297520

