



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



TESIS:

**RELEVANCIA DE LA FUNCION NOTARIAL PARA EL ESTABLECIMIENTO
DEL SISTEMA CONSTITUTIVO DEL REGISTRO DE LAS TRANSFERENCIAS DE
LA PROPIEDAD INMUEBLE COMO GARANTIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA
PRIVADA EN EL PERU**

ASESOR:

VÍLCHEZ VÉLEZ, ÓSCAR RAMÓN

PRESENTADO POR:

CALLE YAFAC, GLENDA PAULA

PARA OPTAR

TITULO DE ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2018

“RELEVANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL SISTEMA CONSTITUTIVO DEL REGISTRO DE LAS TRANSFERENCIAS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE COMO GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PRIVADA EN EL PERÚ”, presentada para optar el TÍTULO DE ABOGADO, por:

.....
BACH. GLENDA PAULA CALLE YAFAC

.....
OSCAR RAMÓN VÍLCHEZ VÉLEZ

APROBADO POR:

.....
JUAN MANUEL RIVERA PAREDES
PRESIDENTE

.....
LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ
SECRETARIO

.....
JESUS ALICIA FERNANDEZ PALOMINO
VOCAL

Dedicatoria

A mi madre.

Por haberme apoyado a cada paso que daba
para convertirme en profesional. Por su amor
incondicional y su motivación constante que me
ha permitido alcanzar mis objetivos.

Agradecimiento

A los docentes que me han acompañado durante
el largo camino, brindándome siempre su orientación
con profesionalismo ético en la adquisición de conocimientos y
afianzando mi formación como estudiante universitario.

Índice

Dedicatoria.....	I
Agradecimiento.....	II
Resumen.....	VIII
Abstract.....	IX
Introducción.....	X
Capítulo I.....	1
Aspectos Metodológicos.....	1
1.1. Realidad problemática.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.1.2. Formulación del problema.....	4
1.1.3. Justificación e importancia del estudio.....	4
1.1.3.1. Justificación del estudio.....	4
1.1.3.2. Importancia del estudio.....	5
1.1.4. Objetivos.....	6
1.1.4.1. Objetivo general.....	6
1.1.4.2. Objetivos específicos.....	6
1.1.5. Hipótesis.....	6
1.1.6. Variables.....	6
1.1.6.1. Variable independiente.....	6
1.1.6.2. Variable dependiente.....	7
1.2. Marco metodológico.....	7
1.2.1. Población y muestra.....	7
1.2.1.1. Población.....	7
1.2.1.2. Muestra.....	7
1.2.2. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	8
1.2.2.1. Métodos.....	8
1.2.2.2. Técnicas.....	9
1.2.2.3. Instrumentos.....	10
Capítulo II.....	11
La propiedad inmueble en el Perú.....	11
2.1. Antecedentes de la investigación.....	11
2.2. La propiedad.....	12

2.2.1. Concepto del derecho de propiedad.....	12
2.2.2. Características del derecho de propiedad.....	13
2.2.2.1. Carácter absoluto.....	13
2.2.2.2. Carácter exclusivo.....	14
2.2.2.3. Carácter perpetuo.....	14
2.2.3. Sistemas de transferencia de la Propiedad Inmueble en la doctrina.....	14
2.2.3.1. Sistemas clásicos.....	14
2.2.3.1.1. Desde el punto de vista Romano.....	14
2.2.3.1.2. Desde el punto de vista francés.	15
2.2.3.1.3. Desde el punto de vista Germánico.....	15
2.2.3.2. Sistemas contemporáneos.....	16
2.2.3.2.1. Sistema de Unidad del Contrato.....	16
2.2.3.2.2. El Sistema de Separación del Contrato.....	18
2.2.4. Regulación del derecho de propiedad inmueble en el Perú.....	19
2.2.4.1. Panorama histórico constitucional del derecho de propiedad en Perú hasta la Constitución de 1979.....	19
2.2.4.2. Análisis del derecho de propiedad en la Constitución Política de 1993: La propiedad como derecho libertad.....	27
2.2.4.3. Regulación del Derecho de Propiedad en el Ordenamiento Jurídico Peruano.....	28
2.2.4.3.1. Código civil de 1852.....	28
2.2.4.3.2. Código civil de 1936.....	30
2.2.4.3.3. Código civil de 1984.....	33
2.3. Contradicciones legales del sistema de transferencia de la propiedad inmueble.....	37
2.3.1. El sistema general de transferencia de la propiedad y su coordinación con la inscripción.....	38
2.3.1.1. El conflicto de intereses.....	38
2.3.1.2. La hipótesis de la falta de titularidad del transmitente.....	40
2.3.2. Conflicto entre derechos que generan obligación de dar: concurrencia de acreedores.....	42
2.3.2.1. Finalidad.....	43
2.3.2.2. Orden de prelación.....	45
2.4. La Seguridad Jurídica en el Tráfico Patrimonial en el Perú.....	48
2.4.1. Definición.....	48

2.4.2. La Seguridad Jurídica del Tráfico inmobiliario en la doctrina.....	49
2.4.2.1. Principios.....	49
2.4.2.2. Clases de Seguridad Jurídica.....	50
2.5. La Transmisión de la propiedad y Sistemas Registrales en el derecho comparado.....	51
2.5.1. El Sistema de Registro de Bienes Inmuebles Alemán (Grundbuch).....	51
2.5.2. El Sistema de Publicidad Australiano: (El Act Torrens).....	52
2.5.3. El Sistema Registral Francés de Comprobación de Derechos: (Conservation Des Hipotecas).....	55
2.5.4. El Sistema Registral Argentino.....	57
Capítulo III.....	59
El notario público y su rol en el trámite de transferencias de propiedad inmueble.....	59
3.1. El notario público en el Perú.....	59
3.1.1. Definición.....	59
3.1.2. Bases Normativas que regularon el notariado en el Perú.....	61
3.1.2.1. Ley Nro. 1510.....	61
3.1.2.2. Decreto Ley N° 26002.....	63
3.1.2.3. Ley N° 28580.....	64
3.1.2.4. Decreto Legislativo N° 1049.....	66
3.2. Función notarial.....	67
3.3.1. La naturaleza jurídica de la función notarial en el Perú.....	67
3.2.2. Concepto e importancia de la función notarial.....	69
3.2.3. Teorías en torno a la naturaleza jurídica de la función.....	69
3.3. El notario como actor de la seguridad jurídica.....	72
3.4. El contrato de compraventa.....	74
3.4.1. La compraventa.....	74
3.4.2. La escritura pública como formalidad del contrato de compra venta.....	75
3.4.3. Trámite notarial de la compra venta y su inscripción en el registro de propiedad inmueble.....	79
Capítulo IV.....	87
Análisis del sistema de transferencia declarativo en el Perú vs el sistema constitutivo de propiedad.....	87
4.1. El sistema registral en el Perú, publicidad registral y seguridad jurídica.....	87
4.2. El registro de predios.....	88

4.3. Funciones del registro público en nuestra sociedad.....	88
4.4. Sistemas eficientes: Declarativo vs. Constitutivo.....	89
4.5. El sistema de inscripción constitutiva y la importancia del catastro.....	91
4.5.1. El Catastro.....	91
4.5.2. El registro de inmuebles y el catastro.....	93
4.5.3. Transferencias de derechos y mantenimiento del registro.....	93
4.5.4. El aporte del catastro al sistema de inscripción constitutiva.....	95
4.6. Análisis jurisprudencial del sistema de transferencia en el Perú.....	96
4.6.1. Casación N° 3671-2014 Lima (VII pleno casatorio)	96
4.6.1.1. Descripción.....	96
4.6.1.2. Análisis.....	98
4.6.2. Casación N° 2674-2003 Arequipa.....	99
4.6.2.1. Descripción.....	99
4.6.2.2. Análisis.....	102
4.7. Desventajas del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en nuestro ordenamiento civil peruano	104
4.8. Implicancias y ventajas de establecer un sistema constitutivo de transferencia de propiedad	106
4.9. Nuestra realidad social y la necesidad de establecer la inscripción constitutiva	107
Capítulo V	110
Análisis de los resultados de la investigación	110
5.1. Análisis de nuestro sistema declarativo de registro de la propiedad inmueble	110
5.2. Análisis de la importancia del rol del notario público en el procedimiento de transferencia de propiedad inmueble y su contribución para el establecimiento de un sistema constitutivo	112
5.3. Análisis de las ventajas de un sistema constitutivo de propiedad y la garantía de la seguridad jurídica en el Perú	113
5.4. Análisis de las propuestas	115
Capítulo VI	118
Contrastación de la hipótesis	118
6.1. Hipótesis principal	118

6.1.1 Variable independiente.....	118
6.1.2 Variable dependiente.....	119
6.2. Propuestas.....	121
Conclusiones.....	123
Recomendaciones.....	124
Bibliografía.....	125

Resumen

La presente tesis ha planteado como problemática principal: ¿En qué medida el rol que cumple el notario público en el procedimiento de transferencias de propiedad inmueble coadyuvaría para el establecimiento de un sistema constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble que garantice la seguridad jurídica en el Perú? Teniendo en cuenta que, en nuestro actual sistema registral declarativo de transferencias de bienes inmuebles, no existe requisito adicional para la transferencia de propiedad más que el consentimiento otorgado por las partes intervinientes; ¿es conveniente para garantizar la seguridad jurídica de las transferencias de inmuebles en nuestro país, seguir con el sistema vigente? Por haberse suscitado en los últimos años problemas como la tercería de propiedad, concurrencia de acreedores, nulidad de acto jurídico, entre otros; la respuesta es negativa, planteándose la necesidad de adoptar un sistema registral constitutivo, para lo cual los propietarios deberán tener un título idóneo que acredite su derecho, siendo el notario quien desempeña el rol más importante, puesto que es en los despachos notariales donde se lleva a cabo y se formalizan las escrituras públicas de compraventa de inmuebles en nuestro país, siendo el notario quien da fe de la realidad del otorgamiento, de la literalidad de las manifestaciones de las partes y de la identidad de éstas. Por lo que en este trabajo la hipótesis se cumple parcialmente, concluyéndose que, si existe un rol activo del notario público en los procedimientos de transferencia de propiedad inmueble, entonces garantizará la seguridad jurídica patrimonial en el Perú, sin embargo, la función que cumple el notario por sí sola no conllevaría al establecimiento de un sistema registral de transferencias de inmuebles constitutivo.

Abstract

This thesis has raised as a main problem: To what extent the role played by the notary public in the transfer of real property procedure would contribute to the establishment of a system of transfer of real property that ensures legal security in Peru ? Bearing in mind that, in our current declaratory registry system of transfers of real estate, there is no additional requirement for the transfer of property more than the consent granted by the parties involved; Is it advisable to guarantee the legal security of property transfers in our country, to continue with the current system? Because have arisen in recent years problems such as third party ownership, concurrence of creditors, nullity of legal act, among others; the answer is negative, considering the need to adopt a constitutive registry system, for which the owners must have a suitable title that proves their right, being the notary who plays the most important role, since it is in the notarial offices where it takes The public deeds of sale and purchase of real estate in our country are formalized, the notary being the one who attests to the reality of the granting, the literality of the manifestations of the parties and the identity of the parties. So in this work the hypothesis is partially fulfilled, concluding that, if there is an active role of the notary public in the procedures of transfer of real property, then it will guarantee legal security in Peru, however, the function fulfilled by the Notary by itself would not lead to the establishment of a registry system of transfers of constituent property.

Introducción

El presente trabajo surge de la inquietud y observación de los diversos problemas que se suscitan en torno a los derechos de propiedad respecto a un mismo inmueble, los largos procesos que termina en dar la razón muchas veces consideradas injustas por una de las partes, ante ello la pregunta de qué es lo que está fallando en nuestra legislación o es un descuido del propio propietario, ante ello y revisando la bibliografía nacional tenemos que en parte el mismo legislador genera esta inseguridad jurídica patrimonial al haber constituido un sistema de transmisión declarativo de la propiedad inmueble, esto es, que la transmisión de la misma es solo un consenso entre las partes intervinientes a través de la traidito, dejando de lado la formalidad del contrato y por ende su obligatoria inscripción en un registro de propiedad inmueble.

Ello ha traído a que las personas que adquieren por compra venta una propiedad confíen en el vendedor que en algunos casos obra de mala fe y genera conflictos al hacer nuevas transferencias sobre el mismo bien y que a la larga trae consecuencias para el propietario que no tomó las diligencias debidas y no formalizó su propiedad.

La presente investigación ha observado esa realidad y trata de analizar las ventajas y desventajas de los sistemas de transferencia de propiedad, recogiendo las opiniones diversas a fin de poder contrastar nuestra hipótesis en que un sistema de transferencia constitutivo sería el más adecuado para garantizar la seguridad jurídica patrimonial, teniendo al notario público como la persona más indicada para coadyuvar a través de su función (formalización de las transferencias de inmuebles mediante escritura pública), en incentivar a inclinarse porque el registro de la propiedad deje de ser algo facultativo.

Capítulo I

Aspectos Metodológicos

1.1. Realidad problemática

1.1.1. Planteamiento del problema.

Son innumerables los motivos que pueden haber ocasionado que un inmueble no se haya inscrito en el Registro en el momento de su adquisición; si bien esta situación no es la ideal, tampoco es contraria a la ley, puesto que la inscripción en el Registro de Predios no es un trámite obligatorio sino voluntario o facultativo.

Lo anterior en mérito a que, el art. 949 del Código Civil (en adelante C. C.) nos indica cómo opera la transferencia de bien inmueble: **“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él**, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”, de lo que podemos concluir que el sólo intercambio de voluntades, o el *consensus*, perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria, dejando de lado a simple vista, la inscripción de un inmueble en el registro.

Este fuera un escenario perfecto si las personas direccionaran su actuar en base a su buena fe, valores o moral; sin embargo, en la sociedad actual que vivimos los intereses pecuniarios priman sobre cualquier otro, es por ello que, a diario vemos casos en los cuales un propietario de un bien enajena la propiedad a más de un adquiriente, esta situación trae consigo un verdadero dolor de cabeza para las personas que de buena fe confiaron en el titular del bien.

Otro caso no menos común que se genera es cuando, habiendo un comprador de un inmueble, este se apersona al registro para inscribir su propiedad y se da con la sorpresa de que otro comprador posterior a él, se queda con su propiedad simplemente porque este último sí la registro a nombre de él.

Esto se ha generado a raíz de que el mismo Código Civil, en su artículo 1135 señala que: “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, **se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito** o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.”, del cual se infiere que la inscripción ante el registro respectivo, va a tener prioridad y derecho preferencial frente al derecho real no inscrito.

Así también el art. 2022 del C.C. prescribe: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, **es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone**”.

A raíz de ello durante el transcurso del tiempo, se han formulado algunas preguntas como: ¿Cómo se trasfiere la propiedad?, ¿Sólo basta el consenso para dar seguridad jurídica a un contrato de compraventa?, ¿Es eficaz el sistema declarativo del Registro de Predios?, ¿Se debería implantar el sistema constitutivo dadas las circunstancias de nuestra realidad nacional?, ¿La función notarial puede coadyuvar al establecimiento del sistema constitutivo?, entre otras.

Frente a ello tenemos que la finalidad primordial de la existencia de un registro jurídico, reconocido en el ámbito general por los tratadistas del Derecho Registral, es brindar “seguridad jurídica”, visto desde un concepto amplio “está presente en situaciones ciertas firmes y tranquilas, de modo tal que la certidumbre, la firmeza y la tranquilidad en la conducta certifican su polo positivo”, señalándose además que “el ser humano necesita moverse en un ambiente de certidumbre”.

La seguridad jurídica en la adquisición de bienes descansa fundamentalmente en la certeza de que de ésta se verifique a su verdadero propietario y que la condición del bien sea conocida en cuanto a sus gravámenes, cargas y otras restricciones. Es decir, lo que el ciudadano común busca es poder efectuar una adquisición válida e inatacable, o lo que es lo

mismo, conservar la propiedad del bien una vez adquirido, sin el riesgo de perderlo por causas que no le era posible conocer al momento de realizar la adquisición.

Para poder lograr esta finalidad, el mecanismo idóneo lo constituye la existencia del Registro Jurídico, cuyo objeto debe ser “la publicidad de los derechos reales”. Al respecto, el maestro (Diez Picazo, 1995, pág. 292) refiere que:

Cuando se habla de publicidad en el Derecho Privado se alude a aquella actividad o conjunto de actividades que están dirigidas a hacer manifiestas las situaciones jurídicas y a dar a conocer a la comunidad o la generalidad de las personas los actos o negocios jurídicos que pueden modificar tales situaciones jurídicas, (...) en materia patrimonial, consistirá, por consiguiente, en conocer o poder conocer a quién corresponde la titularidad de los bienes.

Son estas características de la publicidad erga omnes de los registros jurídicos que originan que éstos produzcan efectos jurídicos sustantivos, y en ello se sustenta la diferencia de éstos con relación a los registros administrativos.

Como podrá observarse a simple vista lo planteado por nuestras normas sustantivas entran en discrepancia y difieren en gran medida de la realidad, puesto que, por un lado, encontramos a personas que adquieren propiedades y no inscriben dicha transferencia, y de otro lado se encuentran aquellas personas que si toman precauciones y acuden al registro para salvaguardar su derecho.

Somos conscientes que sería utópico pretender garantizar que todos los compradores o ciudadanos vayan al registro a inscribir la transferencia de un inmueble, pero a pesar de ello podemos decir que esta práctica ahora en nuestra sociedad actual se ha convertido en un trámite indispensable, lo que queda preguntarnos es que si el Derecho es una ciencia variable que tiene que estar acorde con el tiempo, cuál es el motivo por el que no se deja de lado la

opción facultativa y se opta por considerarlo en un procedimiento de observancia obligatoria dada la importancia de dicho acto.

Finalmente, y después de haber evaluado la realidad problemática descrita, considero conveniente proponer la posibilidad de cambiar el sistema declarativo ahora vigente a un sistema de registro constitutivo para los bienes inmuebles, el cual podría ser muy útil al aplicarse en nuestra población peruana, puesto que brindaría seguridad jurídica y certeza a los usuarios adquirientes de una nueva propiedad inmueble.

1.1.2. Formulación del problema.

El problema de investigación se sintetiza en la siguiente interrogante:

¿En qué medida el rol que cumple el notario público en el procedimiento de transferencias de propiedad inmueble coadyuvaría para el establecimiento de un sistema constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble que garantice la seguridad jurídica en el Perú?

1.1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.1.3.1. Justificación del estudio.

Encontramos la proyección de nuestra labor académica justificada en los siguientes fundamentos:

Nuestra investigación tiene relevancia social, ya que generaría un impacto positivo en la sociedad quienes se beneficiarían con la propuesta planteada, debido a que permitirá a los ciudadanos a través de la publicidad del Registro obtener una efectiva certeza y seguridad jurídica respecto de los bienes inmuebles que han adquirido o pretenden adquirir. Esto significa un aporte en función del efecto que tiene el derecho como consecuencia de la realidad social.

Posee valor teórico, en la medida que, para nuestro tema resulta necesario analizar si el sistema de registro declarativo al cual viene siendo sometida la inscripción de transferencia

de los bienes inmuebles cubre con los parámetros establecidos que permitan alcanzar la protección de derechos fundamentales.

En el aspecto metodológico cabe mencionar que, la investigación se encuentra justificada en el hecho de que, el desarrollo de la misma nos permitirá aplicar métodos de investigación jurídica, los cuales estimarán resultados válidos y confiables dentro del área del Derecho, los mismos que pueden a su vez servir como antecedente para futuras investigaciones.

Finalmente, en el aspecto legislativo cabe mencionar que justifica nuestra investigación, el hecho de que el desarrollo de la misma nos llevara a arribar a las conclusiones pertinentes que tal vez dirija la propuesta de un cambio legislativo, desde luego con un análisis respectivo hacia la búsqueda de las garantías de los derechos que les corresponde a las personas.

1.1.3.2. Importancia del estudio.

Nuestro estudio es importante ya que nos ha permitido determinar la relevancia de la función notarial para dar un salto hacia un sistema de registro constitutivo, que pueda obligar –de cierta manera- a que los compradores de bienes registrados también registren el nuevo derecho adquirido, así se estaría creando paulatinamente la costumbre de registrar las propiedades inmuebles y se reduciría la cantidad de procesos judiciales ahorrando costos al Estado.

Así también, consideramos que la investigación realizada tiene importancia académica porque, ha profundizado en el estudio de los sistemas registrales, derecho de propiedad, transferencia de inmuebles, entre otros, es por ello que, su aporte esta dado no solo para los estudiantes del Derecho, sino también para los abogados y operadores en el ámbito jurídico.

1.1.4. Objetivos.

1.1.4.1. Objetivo general.

Determinar la relevancia e importancia de la función notarial para el establecimiento del sistema constitutivo del registro de transferencias de los bienes inmuebles en el Perú.

1.1.4.2. Objetivos específicos.

Para conseguir el objetivo general formulado en el numeral anterior, se deberán lograr los siguientes propósitos específicos:

- ✓ Examinar la eficacia del principio de seguridad jurídica que tienen los usuarios frente a terceros en las diversas transferencias celebradas sobre bienes inmuebles.
- ✓ Conocer la función del notario en la celebración de transferencias y posterior inscripción en el Registro de Predios.
- ✓ Analizar el carácter constitutivo en la inscripción sobre transferencia de los bienes inmuebles en el Registro de Predios.
- ✓ Definir los problemas que se originan en la actualidad como consecuencia del no establecimiento del carácter constitutivo de inscripción de actos jurídicos respecto de bienes inmuebles en el Registro de Predios en el Perú.

1.1.5. Hipótesis.

Si existe un rol activo del notario público en los procedimientos de transferencia de propiedad inmueble, entonces garantizará la seguridad jurídica patrimonial en el Perú, a través del establecimiento del sistema constitutivo en la inscripción sobre transferencia de los bienes inmuebles en el Registro de Predios.

1.1.6. Variables.

1.1.6.1. Variable independiente.

El rol del notario público en el procedimiento de transferencia de propiedad inmueble como garantía de la seguridad jurídica patrimonial en el Perú.

1.1.6.2. Variable dependiente.

El rol del notario público en el procedimiento de transferencias de propiedad inmueble y su contribución para el establecimiento de un sistema constitutivo.

1.2. Marco metodológico

1.2.1. Población y muestra.

1.2.1.1. Población.

La población o universo está referido al conjunto de elementos los cuales hemos indagado, y para el cual han sido válidas las conclusiones obtenidas; en nuestra investigación, la población estuvo conformada por los señores registradores públicos de la SUNARP sede Chiclayo, notarios de la provincia de Chiclayo y abogados especialistas en Derecho Civil y Registral inscritos en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, con la finalidad de determinar sus criterios sobre la incorporación del sistema constitutivo para las transferencias de propiedades inmuebles en el registro.

Así también, formó parte de nuestra población objeto de estudio el material conformado por sentencias respecto de procesos judiciales concluidos sobre el problema materia de análisis, tramitados ante los Juzgados Civiles del distrito Judicial de Lambayeque y sentencias con carácter vinculante a nivel nacional que nos han brindado un mejor análisis y a la vez sirvieron de refuerzo para el sustento de nuestra hipótesis planteada.

1.2.1.2. Muestra.

Según los diversos tratadistas, la muestra estará conformada por el porcentaje estadístico necesario que permita establecer una visión especial de la problemática planteada, la misma que guardará relación en proporción con el universo o población bajo estudio.

Por lo que consideramos aceptable la búsqueda y obtención de respuestas, criterios, apreciaciones y/o información brindada por un total de veinte personas encuestadas, entre los cuales se encontraron registradores públicos de la SUNARP, Notarios y Abogados especialistas en la materia, que nos arrojó una muestra representativa, la cual nos permitió reforzar lo analizado en el marco teórico para finalmente probar la hipótesis planteada al inicio de nuestra investigación.

1.2.2. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.2.2.1. Métodos.

➤ Método deductivo.

El Método Deductivo es producto de la evolución del método lógico (método clásico y que no generaba fiabilidad en los productos de la investigación).

La unión del método lógico con el método empírico analítico dio lugar al método hipotético deductivo, uno de los más fiables hoy en día.

La característica principal de este método es que se aplican principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios (método de la extrapolación).

El método deductivo es un método muy utilizado en el marco profesional y de enseñanza, en particular para las tesis de la carrera profesional de Derecho.

➤ Método dialéctico.

Puede definirse la dialéctica como el discurso en el que se contraponen una determinada concepción o tradición, entendida como “tesis”, y la muestra de los problemas y contradicciones, entendida como “antítesis”.

De la confrontación o el encuentro entre estos dos opuestos surge la composición, o sea la “síntesis”, que supera ambas posiciones anteriores y alcanza una nueva más completa y perfecta que las incluye a las dos, pero que está abierta a su vez a una nueva oposición, con lo que la evolución de la realidad, del mundo, de la historia, nunca se detiene.

➤ *Método histórico.*

Este método está vinculado al conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica. Puesto que para conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación se hace necesario revelar su historia, etapas, entre otros.

Mediante el método histórico se analiza la trayectoria concreta de la teoría, su condicionamiento a los diferentes periodos de la historia.

➤ *Método analítico.*

Que consiste en el estudio analítico o descomposición del objeto de estudio. Supone un estudio pormenorizado y detallado de la información que nos permite conocer la complejidad del tema en sus aspectos más elementales.

➤ *Método sintético.*

Es un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos; consiste en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad.

Al final de la labor de análisis, tras haber realizado la descomposición del tema, se podrá arribar a un resultado expresado en conclusiones, como síntesis, que ayudará a entender la problemática de la situación planteada.

1.2.2.2. Técnicas.

Las técnicas nos permitieron procesar los datos (dispersos, desordenados, individuales) obtenidos de la población objeto de estudio durante el trabajo de campo, y generaron resultados (datos agrupados y ordenados), a partir de los cuales se realizará el análisis según los objetivos de hipótesis de la investigación realizada.

➤ *Técnica del análisis documental.*

Esta técnica tiene como finalidad captar la información requerida en el menor tiempo posible y con los más satisfactorios resultados. Utiliza como instrumentos de recolección de datos

las fichas textuales y de resumen, teniendo como fuentes libros y documentos respecto a la problemática propuesta; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas y jurisprudencia.

➤ *Técnicas de encuesta y entrevista.*

Se procedió a efectuar entrevistas a los señores registradores públicos y notarios de la provincia de Chiclayo, en busca de sus apreciaciones respecto a la relevancia de la función notarial para la incorporación del sistema constitutivo para las transferencias de propiedades inmuebles en el registro.

Igualmente se efectuaron encuestas a los abogados especialistas en materia civil y registral, con la finalidad de recabar las opiniones y posiciones respecto del tema materia de investigación.

1.2.2.3. Instrumentos.

Uno de los instrumentos utilizados en nuestro trabajo de investigación para recolectar los datos fue el cuestionario. Se hizo uso de este instrumento que constó de una serie de preguntas formuladas por escrito, que, al ser respondidas por los nuestros informantes, nos permitió contrastar nuestra hipótesis formulada.

Otro de los instrumentos a utilizar fueron las fichas textuales y de resumen. En donde se copiaron textualmente un fragmento de un libro, revista o folleto. Mientras que, en las fichas de resumen, se tomaron notas de la idea principal que expresa el autor de la fuente estudiada.

Capítulo II

La propiedad inmueble en el Perú

2.1. Antecedentes de la investigación

Se ha podido revisar algunos trabajos que guardan relación con el presente tema de investigación:

- La investigación del Abogado Herbert Huanca Quispe, en el año 2012, básicamente fue enfocada a la oponibilidad erga omnes con que cuenta el derecho de propiedad; trabajo que obra en la base de datos de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno de la Escuela Profesional de Derecho.
- La investigación titulada: “La desnaturalización de la finalidad del registro de la propiedad inmueble en el Perú”, cuyo autor es Luis Eduardo Aliaga Blanco; de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho; esta tesis sustenta el excesivo costo que ocasiona poder inscribir un bien inmueble en los Registros Públicos, asimismo, da a conocer los costos derivados de la participación del abogado, notario y el registrador. Sin embargo, el autor está de acuerdo con tener un registro constitutivo de derechos.
- La investigación titulada: “La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984”, cuyo autor es Jorge Alberto Beltrán Pacheco, esta tesis da a conocer básicamente las corrientes o tendencias de la jurisprudencia que en ese entonces era muy divergente, y tomó como problema la venta de bien ajeno, desarrollando de este modo las figuras legales como la ineficacia estructural y funcional.
- La investigación titulada: “Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales – Numerus Clausus”, cuyo autor es Sergio Moisés Figueroa Cercedo. Dicha tesis fue sustentada en el 2010 en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho – escuela

de graduando, esta tesis da a conocer la debida importancia que se le debe dar al sistema traslativo de propiedad inmueble, teniendo en cuenta un análisis económico del Derecho. También comparte la idea de adecuar nuestra normatividad con la finalidad de brindar seguridad jurídica.

- La investigación titulada: “Análisis de la eficiencia del sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria mediante registro en el Perú. 2000-2009” cuyo autor es Jorge Linares Carreón, el cual fue sustentado en el año 2010 en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, en esta tesis da a conocer la deficiencia del sistema de transferencia de propiedad inmueble, pero en base a la doctrina y jurisprudencia contradictoria existente.

2.2. La propiedad

2.2.1. Concepto del derecho de propiedad.

El concepto de propiedad ha sido desarrollado desde diferentes puntos de vista: filosófico, social, jurídico, económico entre otros. Desde el punto de vista filosófico la propiedad es el instrumento que permite a los hombres desarrollarse durante su vida con valores fundamentales como la justicia, libertad, solidaridad, etc.; por su parte, desde el punto de vista social la propiedad es considerada como una necesidad social básica para la vida en sociedad; desde el punto de vista jurídico la propiedad es el derecho que tienen los hombres para ejercer cierto poder sobre los bienes, los que están regulados por las leyes; y desde el punto de vista económico la propiedad es modo de dar el uso máximo del valor de los bienes. (Gonzáles Linares, 2010)

Según el Código Civil peruano la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y revindicar un bien, además señala que debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de que prevé la ley. De la definición de nuestro Código Civil vigente, se desprende que la propiedad – como tal – es un poder pleno (absoluto) que nace

de un derecho y que se ejerce sobre una cosa, en el que el propietario de la cosa o el bien cuenta con las facultades de usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*), disponer (*ius abutendi*) y reivindicar del mismo.

En la Doctrina, nos encontraremos con tantas definiciones como juristas al momento de definir el término *propiedad*. Pues según (Mariani de Vidal, 2004) la propiedad expresa la idea de poder jurídico, y puede definirse como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y la acción de una persona.

Por su parte el jurista peruano (Escobar Rozas, 2002), refiere que:

El derecho de propiedad tiene un contenido extenso que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Solo a través de un proceso de abstracción tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de **usar, disfrutar y modificar la cosa**.

2.2.2. Características del derecho de propiedad.

2.2.2.1. Carácter absoluto.

Es un derecho absoluto porque confiere los más amplios atributos y facultades jurídicas posibles al titular del derecho de un bien, así lo ha definido la doctrina clásica. Sin embargo, este señorío que cuenta el dueño de una propiedad, tiene – también – limitaciones, esto es, los que están establecidos en la parte final del artículo 923° de nuestro Código Civil vigente, el cual señala que: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con interés social y dentro de las limitaciones de la ley”. (Borda, 1989)

2.2.2.2. *Carácter exclusivo.*

Es un derecho exclusivo porque solo el propietario es quien puede servirse de las acciones que la ley le franquea, esto es, no puede haber dos a más derechos de propiedad sobre un mismo bien (no es el caso de la copropiedad, que merece un tratamiento distinto).

2.2.2.3. *Carácter perpetuo.*

Es un derecho perpetuo o tendencialmente perpetuo, que nace del aforismo: “el derecho sobrevive al sujeto”, es decir, el derecho de propiedad sobrevive aun ante la muerte del titular del derecho, verbigracia, ante sus herederos legitimados; sin embargo, también cuenta con limitaciones, porque si el titular de un derecho de propiedad o sus herederos sus atributos como tal, pueden perder su derecho por abandono o prescripción adquisitiva. (Ramirez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2004)

2.2.3. Sistemas de transferencia de la Propiedad Inmueble en la doctrina.

2.2.3.1. *Sistemas clásicos.*

La transferencia de propiedad de bienes inmuebles, cuenta con tres sistemas clásicos, esto es el romano, el francés y el alemán, cada uno con un punto de vista diferenciado:

2.2.3.1.1. *Desde el punto de vista Romano.*

En Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad, las dos primeras (*la mancipatio* y la *in jure cessio*) estaban dirigidas para las *res Mancipi* y la tercera (*la traditio*) para las *res nec Mancipi*. (Arias-Schereiber Pezet, 1998)

La *mancipatio* o venta solemne y la *in jure cessio* eran dos modos de transferir la propiedad, que tenían que ver – básicamente – con la venta del bien hecha en presencia de testigos o de un pretor respectivamente.

Mientras que la *traditio* era la entrega física del bien o la cosa, elemental para alinear la *res nec Mancipi*, de común acuerdo entre el *tradens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe).

Según Gayo, las *res Mancipi* eran las cosas más preciosas como los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por lomo, por ejemplo, los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos, también las servidumbres rusticas; por otro lado, las *res nec Mancipi* eran las cosas como sumas de dinero, animales salvajes. De este modo en Roma la transferencia de bienes inmuebles se ejercía primero con el título y luego con el modo. El título entendido como la *mancipatio* o venta solemne y la *in jure cessio* y el modo como la *traditio*.

2.2.3.1.2. Desde el punto de vista francés.

Según el Código francés de 1804 (conocido como el Código Napoleónico) señala que la propiedad se transfiere por el solo consenso de las partes. Este sistema – consensual – parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan, dando a entender a que en este sistema no es necesaria la tradición, entendida como la entrega física del bien inmueble. (Planiol & Ripert, 1998). Dicha transferencia, sin embargo, debía quedar inscrita, para producir efectos frente a terceros.

2.2.3.1.3. Desde el punto de vista Germánico.

En el sistema alemán se reconoce la existencia de un sistema traslativo de separación del contrato, es decir, el contrato (entendido como el negocio generador de obligaciones) no produce el efecto real de adquisición del derecho de propiedad, sino se requiere de la presencia de un segundo negocio (independientemente del primero) que tiene por consecuencia jurídico-real, consistente este en el registro de adquisición.

Dicho de otro modo, como primer paso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, y como segundo paso es necesaria la inscripción del contrato en el registro de propiedad o en los libros territoriales. (Arias-Schreiber Pezet, 1998)

Por lo tanto, en este sistema de transferencia de bienes inmuebles no basta el simple contrato para transmitir la propiedad inmueble, pues este es solo el primer paso, se requiere además de la correspondiente inscripción registral, dicho de otro modo, el consentimiento o acuerdo entre transmitente y adquirente, se perfecciona sólo con la inscripción en el registro pertinente.

2.2.3.2. Sistemas contemporáneos.

La aparición de un sistema registral inmobiliario responde a la organización y régimen de propiedad, así, un sistema de inscripción ha llegado a ser de tal importancia que constituye una pieza esencial para todo buen régimen de publicidad inmobiliaria de transmisiones y gravámenes.

De ahí que entendemos por Sistema Registral “el conjunto de normas que en un país determinado regulan las formas de publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles mediante el registro de la propiedad, así como el régimen y organización de esa institución” (Lacruz Berdejo, 1995).

Otra definición que podemos citar es la expuesta por (Vásquez López, 2001) quien expone que sistema registral “es la organización del registro de la propiedad raíz o inmobiliaria es muy importante, porque tiene fines de publicidad de los actos y contratos jurídicos y las acciones declarativas de derecho, por ello es necesario una adecuada organización que contenga normas que garanticen la constitución, autenticidad, legalidad, y que sirva de prueba al estar inscritos.”

Conforme lo explica el maestro (Escobar Rozas, 2002), en el derecho occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, a saber: el

sistema de la unidad del contrato y el sistema de la separación del contrato. El primer sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. El segundo sistema, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad.

2.2.3.2.1. Sistema de Unidad del Contrato

➤ *Sistema Transmisivo de la causa única.*

Que establece que el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no requiere del modo que haga pública la adquisición de la propiedad; es decir el solo consentimiento (simple acuerdos de voluntades) es la causa del nacimiento del derecho del nuevo propietario; en efecto en los denominados sistemas de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para – producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios – está en la capacidad de producir efectos reales. Dentro de este sistema encontramos el siguiente sub sistema: *Sistema consensual o espiritualista.*- Virtud del cual solo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su más alto grado la autonomía de la voluntad (hoy autonomía privada) es aquella posibilidad que tiene la persona como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico.

➤ *Sistema Transmisivo de doble causa.*

Nos indica que el contrato no es suficiente para generar la transferencia de propiedad y que necesariamente requiere un signo o modo de reconocibilidad social cuya finalidad

consista en publicitar a la colectividad de la adquisición del derecho de propiedad. Los denominados sistemas transmisivos de doble causa, consideran a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, estos solo pueden producirse a través de “actos de disposición”. En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina “acto de obligación”, “título” o “causa remota” (ej. El contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el “acto de disposición”, “modo” o “causa próxima”, por medio de este la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquirente (ej. La tradición, la inscripción, etc.). Dentro del presente sistema tenemos los siguientes subsistemas: *Sistema Real o de Tradición o Sistema de la unión del título y el modo.*- Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 del su C.C.), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su C.C.), el sistema cubano (art. 178 de su C. C.) y solo para la transmisión de que bienes recoden este sistema, el sistema chileno Arts. 670 y 684 de su C.C.), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su C.C.) y el sistema peruano (Art. 947 de nuestro código civil valido para muebles). *Sistema Registral Constitutivo no Convalidante.*- En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o invalido. Este sistema es adoptado solo para inmuebles por el sistema brasileño (art. 676 de su C.C.).

2.2.3.2.2. *El Sistema de Separación del Contrato.*

El sistema de separación tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en Alemania del siglo XIX la teoría del título y el modo, este sistema postula de la separación de los contratos, es decir existen dos contratos o actos jurídicos, uno que produce los efectos obligatorios y otro que genera la transferencia de la propiedad. De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los

negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia, el sistema de separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real (Como se cita en (Escobar Rozas, 2002)). Así, a pesar que el acto jurídico generador de efectos personales fuese invalido el acto del registro resultaría plenamente eficaz estructural. Este sistema es conocido como el sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, dado que se produce una suerte de convalidación del vicio causal al continuar el adquirente del bien con el derecho de propiedad. Ubicamos dentro del sistema de Separación del Contrato dos sistemas: El Sistema Registral Constitutivo y El Sistema Real Abstracto. Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para inmuebles, el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (artículo 971) de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano.

2.2.4. Regulación del derecho de propiedad inmueble en el Perú.

2.2.4.1. Panorama histórico constitucional del derecho de propiedad en Perú hasta la Constitución de 1979.

A lo largo de la historia peruana el tratamiento del derecho de propiedad no ha sido del todo acertada, pues en cada época ha tomado rumbos distintos. La razón es que la propiedad ha sido y seguirá siendo un presupuesto de la libertad económica y, por ende, de la libertad política sin olvidarnos de la estrecha relación con la libertad individual y con la dignidad de la persona.

La primera Constitución del Perú de 1812, aprobada el 19 de marzo del mismo año, fue el primer Texto Constitucional liberal que resultó siendo muy célebre en su tiempo por los

principios que introdujo, a pesar de que el Perú aún no era una República, entre ellos tenemos a la soberanía nacional, el derecho de representación y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pues de lo que se trataba era de romper con la condición de un reino, es decir, establecer límites a la monarquía de modo que, se convirtiera en una monarquía constitucional. Lo dicho es importante pues en su artículo 4º, ya se observaban estos esfuerzos que se manifestaban en un reconocimiento de derechos individuales tales como: a la educación, la libertad de imprenta, inviolabilidad de domicilio, a la libertad y, no menos importante, a la propiedad. *La nación estaba obligada a conservar y proteger por leyes sabias el derecho de propiedad*, y esto constituye una manifestación de que ha existido desde siempre un derecho, incluso, anterior a la Constitución, estamos refiriéndonos al derecho de propiedad, el mismo que, si bien en ese momento no fue dotado de las garantías necesarias mínimas para su protección debido a que aún la igualdad no llegaba a todos los ciudadanos, se le reconoció su existencia.

Posteriormente en medio de una coyuntura política y de la necesidad de liberar al Perú de la soberanía de España, se promulgó el 12 de noviembre de 1823 **la primera Constitución** que tuvo nuestro país como República. Respecto del derecho de propiedad, resalta el artículo 193º que refiere a los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables: 1. La libertad Civil, 2. La seguridad personal y la del domicilio, 3. La propiedad; y el artículo 194º del mismo texto constitucional el cual señala que todos los peruanos pueden reclamar el uso y el Ejercicio de estos derechos siendo un deber de las autoridades respetarlos y hacerlos guardar religiosamente por todos los medios que estén en la esfera de las atribuciones de cada una de ellas.

La Constitución de 1856 promulgada el 19 de octubre del mismo año, fue de tendencia liberal y por lo mismo, aceptó en toda su plenitud las garantías individuales y los derechos

del ciudadano. Fue precisamente por las ideas políticas que se vivían en aquella época que se llevaron a cabo diversos cambios y en cuanto a derechos individuales, tenemos que las garantías constitucionales insertadas en el título III y IV, señalaban a la propiedad como un derecho inviolable y que nadie puede ser privado de ella, sino por causa de utilidad pública, legalmente probada y previa indemnización justipreciada.

Conforme lo previsto en esa Norma Fundamental la persona ya no podía ser despojada de su propiedad por cualquier causa, sino específicamente por causa de utilidad pública, cabe resaltar que aquí el concepto de utilidad pública no es susceptible de definición precisa, sino que más bien tiene un acentuado carácter evolutivo, por cuyas razones su alcance varía según las épocas y según los países, y permite una interpretación flexible adecuada a los requerimientos sociales, políticos y culturales.

Afianzándose así la idea de que para el ciudadano el motivo de una privación de su propiedad será la necesidad de contar con una obra concreta que motivará y fundamentará el inicio de alguna privación. Existiendo cierta garantía para el particular pues la ley no era del todo clara al no especificar que debía entenderse por “legalmente probada” dejando abierta la posibilidad de que el Ejecutivo y el Legislativo pudiesen privar de tal derecho a un particular bajo cualquier circunstancia.

La previa indemnización justipreciada también es una novedad en el texto constitucional, pues si a un ciudadano se le priva de su derecho, el cual le ha servido para su subsistencia por toda una vida, es claro que se requiera una compensación por el daño producido advirtiéndose que se protege más que la formalidad de ser propietario, el goce y el aprovechamiento que se ejerce sobre el bien aludiendo así a un concepto importante.

La Constitución de 1860 promulgada el 10 de noviembre, considerada de corte moderado e influenciada por el maestro y sacerdote Bartolomé Herrera, incorporó nuevos derechos, ello se ve reflejado por la incorporación que se hace en el artículo 26 de la Carta Política

donde se establece que la propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística de modo que solo se puede privar de tal propiedad por causa de utilidad pública legalmente probada y previamente justipreciada.

Entonces, ya no solo se habla de la propiedad en relación con los bienes del particular, sino que además se habla de los derechos de propiedad creados por el intelecto humano, que si bien hoy en día tienen un tratamiento especial, en esa época fue una expresión de protección de estos derechos evitando así vulneraciones.

Con la Constitución de 1867 promulgada el 29 de agosto, lo que sucedió, es que fue una reproducción de la Constitución de 1856, pero un tanto más liberal y radical, intentando acentuar la presencia del parlamento. No obstante, el derecho de propiedad quedó regulado en el artículo 25°, el cual decía que la propiedad era inviolable sea material o intelectual, de lo cual inferimos que ya desde hace tiempo e independientemente de los conflictos políticos e ideológicos, se ha instaurado dentro las garantías individuales, la inviolabilidad del derecho de propiedad.

Desde sus orígenes el derecho de propiedad ha existido aun cuando no se hayan establecido las suficientes garantías para su protección, se ha pretendido regularlo porque es un derecho inherente a la persona, quedando ella habilitada para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos que produzcan.

La Carta Magna del Perú de 1920, promulgada el 18 de enero, de carácter progresista, pretendía modernizar el país a través de un cambio de relaciones entre el Estado y la Sociedad Civil. Por ello, incluyó una serie de innovaciones tales como la protección declarada al Estado de la raza aborígen, la reafirmación de las características de la propiedad de indígenas o campesinos, la prohibición de acaparamientos y monopolios en la industria y el comercio y, sobre todo, el reconocimiento de garantía sociales, especialmente en lo

relativo a la propiedad, que quedó supeditada a las leyes de Perú y el reconocimiento de la propiedad minera. (Hakansson Nieto, 2009).

De otro lado, así como se establece que la propiedad es inviolable sea material, intelectual, literaria o artística y que a nadie se le puede privar de ella sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada, se dispone también que la ley por razones de interés nacional, puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición en el territorio. (Hakansson Nieto, 2009)

La Constitución de 1933 tuvo una trayectoria accidentada debido a los vaivenes políticos característicos de esta etapa republicana, que se desarrolló entre dictaduras militares y democracias representativas. La normatividad positiva en materia dominal, era un tanto deficiente, nuevamente incluía la propiedad dentro de las garantías Constitucionales, no le da un tratamiento especial y diferenciado, máxime si tenemos en cuenta que se trata del instituto que determina el carácter del Estado. Cabe resaltar que ya disponía la subordinación o condicionamiento de la propiedad al cumplimiento de un interés social. Por ello, decimos que lo que se hizo fue defender la propiedad privada siempre y cuando contribuyera a la realización de las necesidades de la nación, es decir, siempre que se subordine al cumplimiento de un interés social; y la inviolabilidad de este derecho admitía la privación de la misma, cuando se tratase de un caso de utilidad pública “probada legalmente” y que viniera precedida de una indemnización justipreciada. (Ramirez Cruz, Tratado de Derechos Reales, 2004)

La Constitución de 1979 fue una de las constituciones más logradas que nuestro país haya podido tener. Tuvo un espíritu liberal fue producto de un consenso político y reconocía con más profundidad los derechos de la persona humana, y ello se notaba en tanto que dicha Carta Política enumeraba un catálogo de derechos fundamentales en el Capítulo I, esto

significaba que en el nuevo pensamiento Peruano, antes de la existencia de toda Constitución estaba primero la persona humana y junto a ella toda una serie de derechos que le son inherentes mientras que, en un segundo plano se hallaba el orden político.

Este orden político, que ahora pensaba en la persona humana como eje de la sociedad desarrolla la idea de que en función a ella el Estado debía organizarse, de modo que, el aspecto económico no pudo quedarse de lado y por lo mismo debió tratar sistemáticamente los aspectos económicos que debían regir el país.

En este contexto debido a la existencia de todo un cambio de ideologías políticas y a la incorporación de nuevos grupos políticos fue que se quiso lograr una armonía entre el régimen político y el régimen económico último término que no había sido abordado específicamente por las Constituciones anteriores, y en consecuencia un equilibrio entre las motivaciones para la acción económica y el cumplimiento de la función social que le corresponde a la propiedad y a la empresa. (Bullar González, Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa, el análisis económico de las instituciones legales, 2006)

Es así como el derecho de propiedad se vuelve indispensable dentro de nuestro país y es regulada como un derecho fundamental en el artículo 2º inciso 14, artículos 124º y 125º, advirtiéndose que no había ninguna ruptura con el sistema de constitución anterior, en lo que se refiere a la inviolabilidad de este derecho, pero si en el interés social al que queda supeditada; pues se establecía que “la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social” y además “la propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social”.

Nos hayamos frente a un Estado que todo lo da y todo lo ejerce en función a un interés social; y frente a un derecho de propiedad que se ejerce en función a este mismo interés social. Es, por tanto, según (Sison, 2000) “un interés social el que fundamenta el derecho de

propiedad, pero un interés social basado en la necesidad, siempre apremiante y universal, de aumento de la producción, para conseguir principalmente una mayor producción en la satisfacción de las necesidades inherentes a la sociedad” .

Por lo que, no puede afirmarse que existe una verdadera seguridad del derecho del propietario porque en realidad, al convertirse el Estado en un ente prácticamente paternalista, significa que puede hacer y deshacer de lo que otorga a sus ciudadanos, y así como otorga el derecho de propiedad también puede arrebatarlo fácilmente quedando relegada la seguridad jurídica. Esta Constitución pudo haber tenido uno de los mejores regímenes políticos, pero era necesario proteger también el derecho del ciudadano. Estas leyes no podrán disminuir su contenido esencial, pues caerían dentro del ámbito inconstitucional.

El contenido esencial del derecho de propiedad constituye el límite a la intervención del Estado y el criterio que nos ha de permitir la distinción entre configuración de los derechos y la privación o ablación de los mismos. En la actual Constitución el derecho de propiedad se caracterizará por ser exclusivo y perpetuo; exclusivo, porque pertenece a una sola persona con exclusión de otro individuo lo cual conlleva a que el dominio al ser exclusivo atribuye la titularidad sobre el todo del bien a una sola persona y perpetuo, en el sentido de que no se pierde este derecho por el transcurso del tiempo y con prescindencia que de él haga su titular, siendo que el simple paso del tiempo no hace perder la propiedad (Baeza, 2006).

Entonces, hablar de bien común en la actual Constitución, ya no es interés social, sino se va a denominar función social, que no es nada más que el carácter absoluto e individualista del derecho de propiedad pues lo que se trata es de resguardar el legítimo derecho del titular en cuanto a su pleno uso, goce y disposición.

Por función social del derecho de propiedad entendemos la obligación de todo titular de emplearla en acrecer la riqueza social, solo el titular puede hacer aumentar la riqueza en

general a través de la utilización y aprovechamiento del bien, en esencia el derecho de propiedad es tal no por cualquier título formal, sino por el uso y goce que se le dé a los bienes de los cuales se es titular. Y esto es importante porque el individuo solo podrá hacer todo eso, siempre que posea el bien, el ser poseedor otorga derechos que simplemente no pueden ser desconocidos.

La Constitución en su artículo 70, alude a una inviolabilidad del derecho de propiedad, en el sentido de que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto significa que el propietario no puede ser privado de su derecho salvo por una causa judicial y además en concordancia con el artículo 2 inciso 16 del mismo texto el Estado garantiza y asegura que respetará esta inviolabilidad por ser un derecho fundamental.

Con este precepto constitucional no debe entenderse a la propiedad circunscrita o limitada a los casos singulares, tal como lo define el artículo 923 del Código Civil, debe entenderse más bien *“como libertad que tiene el individuo para poder disponer de los bienes de su propiedad, sin limitación alguna, y en la garantía de que ni el Estado ni los particulares, podrán tomar bienes de propiedad del individuo sin una razón debidamente justificada”* (Cuadros Villena, 1999).

La acotada inviolabilidad señalada en los párrafos precedentes se advertía tanto en la Constitución de 1993 como en la de 1979; inviolable significa que nadie se puede afectar, desconocer o cuestionar, es decir, que el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, no puede violar la propiedad un particular y tampoco el Estado por lo contrario es el propio Estado que la garantiza, asegurando que respetará la propiedad y que la hará respetar.

Respecto del interés social, este fue cambiado por bien común en la actual Constitución, pues hubo temor en mantener ese “interés social” que había sido utilizado como causal expropiatoria de predios para la reforma agraria. Ahora, el bien común se entiende como el

bien general de las personas a diferencia del interés social que responde a la conveniencia de un determinado sector social. Hoy si bien la propiedad debe ejercerse dentro de los límites de la ley ello no implica ser recortada. Es absoluto porque a diferencia de los demás derechos reales, confiere a su titular todas las facultades o atributos sobre un bien.

En palabras de (Arruñada, 2004):

La posibilidad de disponer de los propios intereses en el ámbito de las relaciones sociales y económicas representa un elemento esencial de la libertad y constituye hoy un valor irrenunciable de nuestra civilización, es por ello que desde el primer constitucionalismo se ha reconocido a la propiedad como un derecho fundamental de la persona.

De este modo, toda persona tiene derecho a la propiedad entendiendo como tal uno de los instrumentos que posibilita la libertad de actuación del individuo en la vida social y económica.

Se trata de garantizar una amplia libertad para acceder a la propiedad, pero una vez alcanzado ese objetivo el propietario tiene como garantía la libertad en el ejercicio de sus derechos es por ello que queda proscrita interferencia estatal cuyo fin sea despojar arbitrariamente al individuo de su pertenencia. Los efectos de estos derechos consisten en crear un ámbito exento para el individuo titular donde nadie está autorizado para realizar una intervención, o en su caso solo puede hacerlo a través de un procedimiento lleno de garantías (González Barrón, Derecho Civil Patrimonial, 2009).

2.2.4.2. Análisis del derecho de propiedad en la Constitución Política de 1993: La propiedad como derecho libertad.

En esta Constitución ha desaparecido el rol social que la propiedad debía cumplir, y la expropiación es prácticamente imposible de aplicar, hoy los recursos naturales pueden ser concedidos a particulares. En este sentido el dominio presenta diversas variaciones: La propiedad como derecho personal; pues la constitución refiere como toda persona tiene

derecho “a” la propiedad (art.2 inciso 16) considerándola derecho inherente a la personalidad del hombre, como una continuación o proyección de este; y la inviolabilidad de la propiedad que el Texto Constitucional protege en vía de principio la propiedad privada, propiedad que debe estar orientada al bien común a beneficiar a la colectividad según su artículo 70º; y ya esto es distinto a la subordinación a la función social que establecía la Constitución Política de 1979.

La constitución Política del Perú de 1979 aludía a un pluralismo, ya que, regulaba explícitamente varias modalidades o formas de propiedad y como consecuencia de ello había aparecido la propiedad social. La Constitución Política del Perú de 1993 reitera el pluralismo económico en el artículo 60º, cuando habla de la “coexistencia de las diversas formas de propiedad y de empresa, pero ya no hace referencia a las empresas cooperativas autogestionarias, que existían antes, y es que sencillamente el panorama político, social y económico ha cambiado. (Bernaes Ballesteros, 1997)

2.2.4.3. Regulación del Derecho de Propiedad en el Ordenamiento Jurídico Peruano.

En nuestro país, el sistema de transferencia de bienes inmuebles ha sido materia de regulación en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y el actual Código Civil.

2.2.4.3.1. Código civil de 1852.

Como ha sido mencionado anteriormente, es el sistema francés el que inspiró nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, esto regulado en su Código Civil de 1804 (denominado Código Napoleónico) que fuera modificado por la Ley del 23 de marzo de 1855; en nuestro país – claro está – desde la ley de 28 de enero de 1888, que estableció el Registro de la Propiedad Inmueble y que modificó sustancialmente el régimen espiritualista del Código Civil de 1852. Dicha ley, semejante a la francesa de 1855, estableció en su artículo 7º, que: “no podrá oponerse a tercera persona el dominio total o parcial, derechos

reales, hipotecas, contratos, ni los demás títulos de derecho especificados en los artículos 3 y 4 si no están debidamente registrados”.

Por otra parte, los codificadores Solf y Oliveira propusieron como alternativa la inscripción obligatoria de los actos que versaren sobre inmuebles registrados o que se registrasen y que la inscripción fuese sólo facultativa para los demás. Por el contrario, los doctores Calle y Olaechea sostuvieron la necesidad de mantener el sistema imperante hasta esos días. (Linares Carreón, 2010)

A decir de Vidal, respecto a este código, señala que: “(...) es influenciado eminentemente por el código de Napoleón, en el cual considera que el solo consentimiento “*consensus*” era necesario para poder transferir la propiedad inmueble”. (Linares Carreón, 2010)

En ese sentido, muchos juristas consideran que el problema se gestó de dicha codificación, en este caso, su artículo 1306, establecía el sistema espiritualista o francés, pues con el simple acuerdo de las partes sobre los elementos constitutivos de este contrato (transferir la propiedad y pagar el precio) se entendía perfeccionada el contrato. En consecuencia, con la creación del Código Civil de 1852 no se ofrece mayores expectativas de contar con un sistema traslaticio que genere seguridad jurídica.

Algunas particularidades que tendríamos que resaltar, respecto a este código es que se registraba en asientos el nombre del dueño del inmueble hipotecado, el valor de la obligación que se asegura con la hipoteca, el nombre de la persona a favor de la cual se constituye, la vecindad de los contratantes, la situación y los linderos de la finca hipotecada, y cuántas señales la determinen de modo que no pueda confundirse con otra.

En el caso de hipoteca, la anotación determinaba no sólo su validez sino también la antigüedad a efectos de obtener la preferencia en el derecho por fecha en el tiempo. De esta manera, el medio de publicidad era la certificación que debe dar el escribano de hipotecas

sin necesidad de una orden judicial. De esta forma, un tercero con interés en el inmueble podía pedir información respecto al bien al escribano de Oficio de Hipotecas.

Otro punto importante es que se estableció que los Registros eran distritales territoriales, es decir, que los actos y contratos que son materia de inscripción se registran en la jurisdicción en que se halla radicado el inmueble. Igualmente, son materia de inscripción los actos y contratos de enajenación y, los demás títulos traslativos de dominio, las enfiteusis, censos, servidumbre, hipotecas legales, judiciales, convencionales, anticrisis y cualquier derecho real; las interdicciones judiciales, las medidas precautorias, los embargos, las demandas y toda providencia o resolución ejecutoriada que destruya o limite el derecho de libre disposición del propietario; los derechos de usufructo, uso y habitación; los contratos de arrendamiento, las promesas de los contratos que versen sobre bienes inmuebles, entre otros. La Inscripción se efectuó en Tomos o libros de inscripción oficiales de este Registro.

Por otro lado, el 19 de julio de 1902, entró en vigencia el Código de Comercio y se estableció el Registro Mercantil y de Buques. Asimismo, por Resolución Suprema del 30 de setiembre de 1922, el Estado proveyó el cargo de Registrador Mercantil. Consiguientemente, con la vigencia del Código de Comercio se denominó el Registro de la Propiedad Inmueble como el “Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil”.

2.2.4.3.2. Código civil de 1936.

Este cuerpo legislativo se da por Decreto Supremo N° 95 de 1 de marzo de 1965 por el cual se creó la Comisión encargada del estudio y revisión del Código civil.

Se dispuso la formación de una Comisión Revisora, integrada por tres Senadores, tres Diputados y tres Abogados designados por el Ministerio de Justicia, la que se encargaría de introducir las reformas que estimare pertinentes a ese proyecto.

Esta comisión revisora formuló algunas enmiendas al Proyecto, los cuales fueron incorporados en el texto final del Código civil vigente, a guisa de ejemplo, tenemos que los

bienes son clasificados en muebles e inmuebles (artículos 886 y 887 del Proyecto; 885 y 886 del Código), la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (artículos 925 del Proyecto y 949° del Código), la prenda se constituye sobre los muebles (artículos 1043 del Proyecto y 1055 del Código), la hipoteca se constituye sobre los inmuebles (artículos 1075 del Proyecto y 1097 del Código). Se dedica el Libro IX del Proyecto a los Registros Públicos (artículos 1964 a 2001 del Proyecto y 2008 a 2045 del Código).

Como se puede apreciar, la solución propuesta por la Comisión Revisora, que es la del Código vigente, no significa otra cosa que admitir en la práctica que, aun cuando han transcurrido más de cien años del establecimiento del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, no han variado las circunstancias y que no es posible introducir cambios en el régimen registral vigente.

Uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de los bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema todavía imperante, sustentado en el simple consentimiento, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de la vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones.

Por otro lado, (Romero Romaña, 1947) señalaba que es inadmisibles que subsista para la contratación de inmuebles el régimen actual de tener que estudiar títulos de propiedad de treinta o más años, no obstante estar inscrito el dominio en el registro de la propiedad. Ha debido hacerse el mayor esfuerzo para lograr el mejoramiento de ese organismo, de tan capital importancia para la propiedad inmueble. Nuestro registro es de tal manera deficiente que ni siquiera tiene adscritos ingenieros para que constaten la exactitud de las características que se atribuyen al inmueble, existiendo justificadamente el peligro de que

se lleven a cabo inscripciones erróneas y aun de propiedades o construcciones que no existen. No creemos que sea acertado cruzarse de brazos, sino por el contrario que debe hacerse el mayor esfuerzo para facilitar y mejorar las inscripciones, hasta que pueda establecerse un sistema más avanzado, como es el Torrens.

Cabe resaltar en esta parte que durante el proceso de revisión del Código de 1852 y en el proceso de elaboración del Código de 1936 se entabló una ardua discusión respecto al sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria que debía recogerse en nuestro cuerpo legal.

Tenemos entonces dos posiciones marcadas, la de Alfredo Solf y Muro quien planteaba un sistema distinto a los hasta ahora mencionados, se trata del sistema constitutivo registral que establecería la obligatoriedad de la inscripción registral como acto constitutivo de la transferencia de los inmuebles, puesto que la registración viene a ser el modo más perfecto de darle a conocer a toda la comunidad de la existencia de un negocio traslativo de propiedad, armonizándose con la función social y económico de la propiedad y con el carácter absoluto que ella debe tener y que garantizaría que toda traslación vaya aparejada de la oponibilidad frente a terceros.

Por otro lado, la posición de Manuel Augusto Olaechea, quien defendía la conservación del sistema de transferencia por el simple consenso planteada en el artículo 1306 del Código de 1852, argumentando que era menester mantener la tradición jurídica nacional; además, destacaba la agilidad que esta tesis le brindaba a las transacciones; y su alegación central radicaba en la precariedad del sistema registral peruano. Pero los grandes juristas de esa época - (Leon Barandiarán, 1992) y el mismo Olaechea - eran hidalgos en reconocer la imperfección del sistema espiritualista, el que sólo podía transmitir una propiedad relativa, sujeta a reclamos judiciales por concurrencia de "propietarios" que reclamasen el mismo inmueble. Después de intensas deliberaciones y debido a las circunstancias registrales

caóticas, se decide mantener el sistema consensual, en el Código de 1936, Libro de las Obligaciones, artículo 1172: "la obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario"

El Código Civil de 1936 decía que el propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo, y disponer de él dentro de los límites de la ley. De este modo, aquí no se define a la propiedad sino solo se enumeran los atributos del propietario y tal definición no aparece con el *“fin de evitar escollos de carácter doctrinal y posible inexactitud”*.

Ello porque su redacción despertó la más ardua discusión respecto al sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria que debía recoger este Código. Con relación a los bienes muebles, la cuestión no origina mayores dudas, se optó por seguir con el sistema español o romano esto es, la tradición o entrega de la cosa. Y respecto de los bienes inmuebles se decide mantener el sistema consensual, así se establece en el Libro de las Obligaciones, artículo 1172: “la obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

Con el Código Civil de 1936 se designó a la Institución Registral con la denominación “Registros Públicos del Perú”. Sin embargo, este código continuó con el sistema consensual para los bienes inmuebles, así se puede apreciar de la redacción del artículo 1172 del Código Civil.

El Código Civil de 1936 omitía toda regulación del derecho registral, estipulando que esta materia sea abordada por leyes especiales.

Finalmente, cabe señalar que en 1968, por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se aprobó el nuevo Reglamento General, aprobado por la Junta de Vigilancia de los Registros Públicos. Igualmente, se modificó el Reglamento de las Inscripciones, al dictarse

un nuevo Reglamento del Registro de Testamento, el mismo que fue aprobado el 22 de enero de 1970 y luego el Reglamento Mercantil.

2.2.4.3.3. Código civil de 1984.

Este código se caracteriza por que en el artículo 923 sí define a la propiedad y lo hace de la siguiente manera “la propiedad es poder jurídico que permite usar disfrutar disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. Entonces la propiedad es entendida como un poder total, pleno que tiene una persona sobre un bien y que ha pasado de ser una titularidad a una atribución. El referido aspecto social no implica que la propiedad privada individual no continúe siendo reconocida y protegida; la propiedad es conservada como poder de uso, disfrute, disposición y reivindicación; y sigue siendo como tal la piedra angular del ordenamiento jurídico.

El Código vigente refleja mejor el concepto de propiedad actual al establecer que “se trata de un poder jurídico que permite la aplicación de un conjunto de atributos a favor del titular de dicho poder. Se nota una vez más la filosofía humanista del código, pues la noción de poder jurídico del dueño sobre el bien constituye la reiteración del concepto de que los bienes no son sino instrumentos al servicio de la persona”.

La propiedad ya no se protege por causas meramente individualistas, sino que se le reconoce en el hombre con el fin que cumpla una misión social acorde con su dignidad en el mundo, con sus derechos a ser libre e igual, pero con carácter sustancial, y para lograr una sociedad justa con posibilidades mínimas para todos. La propiedad solo tiene sentido en tanto “función” que permita satisfacer las necesidades del ser humano dentro de un ambiente de seguridad, tranquilidad y paz.

Por su parte, las posturas de los doctrinantes están bien demarcadas, algunos se inclinan por el respeto y vigencia fáctica y jurídica del artículo 949º, a los que se les denomina realistas o consensualistas; y por otro lado tenemos a los propugnantes de un sistema de transferencia

mediante registro, que enarbolan como bandera la del sistema de la yuxtaposición del título y el modo, por considerar que no existe posibilidad jurídica ni efectiva de que los contratos, en el Perú, pueda generar efectos reales o traslativos, a estos los llamaremos obligacionistas. A decir del profesor (Forno Florez, 1994), quien sostiene que el contrato de transferencia de propiedad inmueble tiene efectos reales, que es traslativo y no simplemente obligacional. Esto se desprende del propio artículo 949º, el cual no exige conducta alguna por parte del deudor para que opere la transferencia de propiedad; es decir, no existe prestación, entendida esta como contenido de la obligación, que se manifieste a través de un dar, un hacer o un no hacer; por lo tanto, la transmisión no deviene del cumplimiento de una obligación, más precisamente de una prestación, de enajenar, sino que surge directamente del contrato.

El profesor (Escobar Rozas, 2002), manifiesta que "tomando en consideración el hecho que el artículo 949º del Código civil no requiere de la existencia de otro acontecimiento distinto del consentimiento de las partes para que opere la transferencia de propiedad inmueble, resulta evidente que hay que atribuirle a tal consentimiento la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo".

Por lo tanto, el efecto traslativo de propiedad debe ser atribuido al contrato o al consenso, al que las partes arriben, por ser este el único acto que se sucede en la realidad, (supuesto de hecho del artículo 949º), antes de que opere el efecto traslativo (consecuencia jurídica del mismo artículo). La diferencia entre el planteamiento realista y el obligacionista, es que en el primero se considera la existencia de un solo acto, el consenso; mientras que para los segundos coexisten dos actos bien diferenciados, el contrato o consenso y el modo que es hecho por el cual se perfecciona el contrato.

Es preciso señalar que para dotar al contrato de la facultad de transferir la propiedad, producir efectos reales, debería de existir una excepción a las consecuencias naturales que en Perú producen los contratos, para lo cual se hace necesaria una norma expresa, según lo

prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del C.C. de 1986, tal y como la existente en el C.C. Italiano de 1942 que en su artículo 1376º: "En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada (...), la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado". Otra crítica que se le achaca es la sostenida por el doctor De La Puente y Lavalle, al referir que este sistema es peligroso para el adquirente, desde que éste soportará el riesgo de pérdida o de deterioro del bien comprado, aunque este no se le haya entregado ya que se convierte en propietario desde la perfección del negocio, la cual se da con el solo consenso entre las partes; diremos al respecto que esta crítica es válida para un sistema consensual bien elaborado y engranado, pero podemos notar desde ya, estas características no se están presentes, tal es así que nuestro Código civil presenta internamente múltiples y garrafales incongruencias, entre ellas la del artículo 949º con todos los preceptos que regulan la contratación en el país; la transferencia del riesgo no es la excepción y el artículo 1567º lo confirma, en este dispositivo se establece que la transferencia el riesgo opera desde la entrega del bien y no desde el consenso.

Otra posición es la del profesor (De La Puente y Lavalle, 1995), quién centro su argumento de defensa en el ya glosado artículo 1402º, pues, en virtud de este dispositivo queda sentado que en nuestro Código civil los contratos no son capaces de producir efectos reales o traslativos de propiedad. Por lo que, la celebración del contrato siempre deberá ir acompañado de un acto distinto que lo perfeccione, esto es, debe ejecutarse o cumplirse un modo.

Según lo señalado, nuestra normatividad civil adopta y se adhiere a la teoría de la yuxtaposición del título y el modo, asimismo, vemos que estas características de lo que debe ser un modo no están presentes en la elaboración teórica del jurista De La Puente, pues el sólo efecto legal del artículo 949º no tiene esta naturaleza de cognoscibilidad social. Es más,

el modo no puede ser comprendido sino solo como un hecho que se exteriorice en la realidad. A guisa de ejemplo, presentamos dos jurisprudencias que nos dan una idea de la diversidad de criterios respecto a un mismo asunto, la transferencia de inmuebles, esto significa que el derecho en el Perú no tiene la característica de generalidad que debería presentar. La primera se construye sobre la teoría del simple consenso, la segunda se refiere al sistema del título y el modo, en la que el modo está encarnado en la inscripción registral – moderna vertiente de la teoría del título y el modo, denominada del sistema registral constitutivo.

2.3. Contradicciones legales del sistema de transferencia de la propiedad inmueble

En el Derecho romano se organizaron modos especiales de transmisión de la propiedad: la emancipatio y la in iure cessio, los mismos que con Justiniano fueron reemplazados por la traditio. Los contratos no transmitían la propiedad, el comprador en la compra – venta era únicamente acreedor del vendedor, para transferir la propiedad debía emanciparla o hacer la tradición de ella.

Nuestro sistema acoge la doctrina francesa. La obligación de entregar una cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes, el consentimiento perfecciona la obligación de entregar la cosa, no hay necesidad de la tradición real, para que el acreedor sea considerado como propietario. El Código Civil francés establece que la sola obligación de entregar hace al acreedor propietario.

En efecto, el artículo 949° de nuestro Código Civil establece que *"la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario"*. Se adopta el título como medio de transmisión de la propiedad, en cuanto al modo: la tradición se reserva para los bienes muebles y la inscripción continúa como facultativa, no constitutiva ni menos legitimadora o convalidatoria.

No obstante, el sistema adoptado por nuestro Código Civil, la promesa de entrega a varios acreedores es posible y al respecto el artículo 1135° de nuestro Código regula que *"cuando el bien es inmueble y concurran 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"*.

La contradicción que puede apreciarse de las normas contenidas en los artículos 949° y 1135° del Código Civil, que hace que se hable de *"propiedades relativas"*. Así, el propietario que vende un bien y que luego de un lapso realiza otra transferencia de propiedad del mismo bien a otro que sí lo inscribe; la regla del concurso de acreedores resuelve en favor de éste último; mas, siguiendo la propuesta de la doctrina del solo consenso que adopta nuestro Código: si la propiedad fue transferida en la primera oportunidad, que derecho puede considerarse transferido en la segunda y posteriores si ya el propietario es el primer adquiriente, la respuesta es ninguno; no obstante, la inscripción es quien convierte al segundo adquiriente en propietario. Así está regulada hoy, no existe el título y modo en la transmisión de la propiedad, se exige únicamente el título: acto, contrato, consuno, declaración de voluntad, acuerdo de voluntades. El modo, la inscripción, es sólo facultativa y funciona como elemento de seguridad.

2.3.1. El sistema general de transferencia de la propiedad y su coordinación con la inscripción.

2.3.1.1. El conflicto de intereses.

En nuestra legislación se ha venido sosteniendo que el solo consentimiento transmite una propiedad absoluta, tal y conforme lo establece la terminante disposición del artículo 949° del Código Civil. Siendo ello así, podría pensarse apresuradamente que la inscripción del acto traslativo no modifica en nada el sistema general de transferencia de los derechos reales. Sin embargo, existen algunas hipótesis en las cuales el principio consensualístico

tambalea y, en buena cuenta es dejado de lado en beneficio de la inscripción. El caso más conocido de esta confrontación entre "consentimiento" e "inscripción" se produce en el artículo 1135° del Código Civil, conocido entre nosotros como el problema de la "concurencia de acreedores", y que en la doctrina se le conoce preferentemente como el nombre de "doble venta".

Sobre esta última figura (Rubio Garrido, 1993) dice que su verdadero supuesto de hecho es "aquel configurado por dos o más contratos de compraventa, válidos y aun eficaces, cuyos cumplimientos en forma específica son de todo punto incompatibles, y celebrados, sobre la misma cosa o derecho, por el mismo vendedor que, por lo menos en relación con uno de ellos, era el titular de aquella cosa o derecho doblemente vendido, con independencia de que alguno de los compradores haya o no recibido la entrega, real o ficta". En forma más genérica –y aplicable a nuestro artículo 1135°- se puede decir que se trata del conflicto entre dos o más títulos adquisitivos válidos otorgados por la misma persona y sobre el mismo bien inmueble, siendo que dicha pugna de intereses debe ser zanjada claramente por la ley, en tanto, no es posible admitir que un solo bien pueda ser entregado a distintas personas que arguyen títulos incompatibles sobre él.

De acuerdo al principio consensualístico, el vendedor que celebra el primer contrato de compraventa, en ese mismo instante transfiere la propiedad al comprador (artículo 949°). Pues bien, si ese mismo vendedor celebra una segunda venta con un comprador distinto, la solución emanada del principio consensualístico indicaría que el primer comprador ya es propietario y, en consecuencia, el vendedor queda despojado de todo poder dispositivo sobre el bien inmueble, deduciéndose que este segundo comprador no adquirió nada, en atención a que el vendedor ya no era el propietario.

Siguiendo el ejemplo antes citado, si el vendedor celebra un contrato de compraventa con un primer comprador que no inscribe, lo que no parece relevante ya que este igualmente es

propietario a tenor del artículo 949° del Código, y luego con un segundo comprador que, si inscribe su adquisición, resulta que este último será el preferido. *¿No constituye esto una infracción al principio consensual?* Pues, evidentemente la respuesta es positiva, en tanto, el primer comprador ya era propietario y el vendedor dejó de serlo. En consecuencia, el segundo comprador nada debió adquirir por que el vendedor ya no era dueño. Sin embargo, resulta que, si adquiere, y se prefiere al primer inscribiente (*principio de la inscripción*) frente al primer contratante (*principio de consentimiento*).

Se trata de una clara excepción del artículo 949° del Código Civil en donde triunfa el principio de la inscripción (*que excepcionalmente tiene carácter constitutivo*), aunque ello no pueda ser explicado satisfactoriamente por la doctrina francesa referida a que existen dos propiedades, una relativa entre las partes y otra absoluta frente a todos los terceros, ya que en ese caso el "*propietario relativo*" no podría siquiera desalojar a un precario o exhibir su título ante la administración, conforme se demostró en el apartado anterior.

En realidad, la solución legal, favorable a la inscripción, se explica solo como una preferencia exclusiva a favor del tercero que se constituye como primer inscribiente y no frente a "*cualquier tercero*". El derecho tiene que solucionar conflictos vitales y, en este caso, no pueden existir dos propietarios con derechos incompatibles sobre el mismo bien inmueble. Solo en esa hipótesis excepcional funciona el artículo 1135°, esto es, a favor de un tercero concreto y no frente a una generalidad de personas o "*terceros indeterminados*".

Se trata, por lo tanto, de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquirente de un bien, razón por la cual el legislador se limita a dar una respuesta a un problema patológico representado por el conflicto de dos títulos que, en buena cuenta, es el conflicto de dos seres humanos, de dos dramas que buscan una respuesta a su incertidumbre. Deben rechazarse los conceptos excesivamente teóricos que se vierten sobre este tema, ya que el problema no se presenta entre el adquirente y los "*terceros indeterminados*", a

quienes el acto no les interesa en lo más mínimo; se trata en cambio, de un problema concreto entre dos personas con intereses contrapuestos, y a quienes es necesario atender con alguna solución.

2.3.1.2. La hipótesis de la falta de titularidad del transmitente.

En el apartado anterior hemos visto el problema derivado de la colisión de títulos otorgados por el mismo causante, en cuyo caso la ley confiere preferencia a favor del título primeramente inscrito, con lo cual la inscripción tiene el carácter de "*necesaria*", por cuanto asegura el derecho (evita su decadencia y protege al titular inscrito). El registro inmuniza frente a actos y contratos sujetos a registración y no inscritos, los cuales no perjudican al tercero que inscribe. Sin embargo, en este sistema de "*inoponibilidad*" pura, está excluido la protección del adquirente registral frente a acciones reivindicatorias, de nulidad y de resolución. La seguridad del dominio sigue manteniéndose únicamente en la usucapión. Sin embargo, existen registros que avanzan más allá de una mera preferencia en la colisión de títulos, en tanto, garantizan, además, la titularidad del transmitente, aun cuando este no fuese realmente propietario del bien inmueble.

Por ejemplo, supongamos que A, titular inscrito, vende a B, que a su vez inscribe. Si B vende a su vez a C, y este también inscribe, la eventual nulidad de la venta A-B, aunque se declare judicialmente no producirá el efecto de privar a C de la finca si la causa de nulidad no se desprendía o constaba en el registro mismo. Otro ejemplo sencillo: A vende a B una finca, estableciéndose como condición resolutoria que, si B no edifica en ella en el plazo de 5 años, quedara resuelto el contrato y volverá la finca a poder de A (lo cual también implica que A devuelva el precio a B). Este pacto figuro en el documento privado de venta pero no se incorporó, por acuerdo de las partes, a la correspondiente escritura, a pesar que A y B quisieron mantener su vigencia. Dado que en el registro se inscribe la escritura, el pacto resolutorio quedo oculto. Si en estas circunstancias B vende la finca a C, este no se verá

afectado por una eventual resolución del contrato de compraventa entre A y B, ya que el registro no permitió conocer la existencia de dicha condición, en general, estos conflictos se resuelven, teniendo en cuenta, la confianza en el contenido del registro, reputándolo como una verdad oficial, de tal suerte que nadie podría verse privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título, valido en un principio, quede más tarde sin efecto. El derecho peruano contempla expresamente esta figura en el artículo 2014° del Código Civil y en el artículo VII del Título Preliminar del Reglamento General de Registros Públicos.

2.3.2. Conflicto entre derechos que generan obligación de dar: concurrencia de acreedores.

El artículo 1135 del Código Civil expresa que cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito, o en defecto de inscripción, al acreedor con título de fecha anterior. En este último supuesto se prefiere el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Este artículo determina la prelación en el caso de concurrencia de acreedores respecto a un idéntico inmueble, teniendo uno de sus sustentos en el principio de oponibilidad; es decir, establece el orden de preferencia respecto a quien debe entregarse un inmueble cuando se confrontan derechos reales, como sucede en el caso de la concurrencia de adquirentes, donde una misma persona vendió o transfirió a varias personas el mismo inmueble.

Igualmente pretende solucionar el conflicto generado entre un derecho personal inscribible que origina una obligación de dar y un derecho real que ocasiona la igual obligación; como por ejemplo la confrontación entre un arrendamiento (derecho personal inscribible) y un derecho de propiedad (derecho real).

En síntesis, el ámbito de aplicación del artículo 1135 del Código Civil está relacionado a la concurrencia de acreedores respecto de las obligaciones de dar; en los que por cualquier

frente de las obligaciones una persona se halla obligada de entregar un bien al tener la calidad de deudor, a distintos acreedores, tengan o no títulos similares, aun cuando los derechos sobre el bien sean distintos. Lo importante radica en que los acreedores, pese a que tienen títulos de diferente naturaleza, deben tener derecho a que el deudor les entregue el bien, aunque no necesariamente en propiedad.

2.3.2.1. Finalidad.

La finalidad del artículo 1135 del Código Civil, en sentido amplio, se refiere a establecer a quien se va a entregar el inmueble, siendo que dicha persona ejercerá sobre éste los derechos que corresponde al propietario. Su finalidad no radica en determinar reglas a cerca de la transferencia de la propiedad, aunque se encuentra directamente vinculado, por lo que en este caso debe relacionarse con el artículo 949 del Código Civil. Como ya expresamos, los conceptos indicados resultan igualmente aplicables en los casos de concurrencia de acreedores que comprenden derechos reales distintos al de propiedad, como son los derechos de habitación, usufructo, uso, superficie, servidumbres, posesión, o cuando se trate de otro título de distinta naturaleza que signifique obligación de dar un bien a más de un acreedor.

"La norma de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, se refiere a la prelación que tienen los acreedores a quienes un mismo deudor se obligó a entregarlo, que podría ser el caso de varias ventas de un mismo bien a favor de distintas personas u otros contratos que generen la obligación de entregar un inmueble, como los derechos reales de usufructo, habitación, superficie o anticresis".

(Casación Nro. 672-97-Lima. publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de octubre de 1998. Pg. 1930).

Es conveniente resaltar la importancia que asume en este problema las normas registrales, por cuanto la inscripción de las transferencias inmobiliarias en nuestro país es de carácter

declarativa mas no constitutiva de derechos, siendo un elemento importante a tener en cuenta; debiendo ser relacionadas con los artículos 1135 y 949 del Código Civil, lo que puede generar ciertos inconvenientes en cuanto a la transmisión de la propiedad.

Al examinar el artículo 1135 se aprecia que la prelación determinada establece un orden de importancia que se confiere a los medios de preferencia: hallándose en primer orden a la inscripción registral. Observándose también que se ha considerado la prioridad en el tiempo como la regla a seguir siendo que la fecha cierta prima sobre la debitable. Es importante considerar; que para el ejercicio y goce de un derecho en forma excluyente se requiere que los demás puedan acceder a la información necesaria que les permita conocer a quien pertenece ese derecho, siendo oponible erga omnes; lo que permitirá identificar de quien podrán adquirir tal derecho. Es decir, se requiere de signos de reconocibilidad que generen información respecto a la titularidad de los derechos y la consecuente oponibilidad: sin cuya presencia no existirían los medios de acceder a tal información, perjudicando la seguridad en la adquisición de derechos. La función de los signos de reconocibilidad es el de crear el medio adecuado para publicitar objetivamente los derechos en un clima de seguridad jurídica, que posibiliten transacciones eficientes.

Se considera como signos de reconocibilidad de derechos a la posesión a la inscripción registral, apreciándose que la información brindada por la posesión presenta inconvenientes como en los casos de los poseedores ilegítimos que manifiestan ser propietarios; sin embargo se destaca su importancia como medio de información respecto a la titularidad de derechos por cuanto usualmente el poseedor es reputado propietario, mientras no se le pruebe lo contrario (Art. 912 del Código Civil); pero no genera confianza plena. En cuanto al registro, se suele afirmar que es el mejor signo de reconocibilidad al brindar información que genera efectos jurídicos, aun cuando aquella no concuerde con la realidad extra registral, siendo protegido por el ordenamiento, al considerarse que "el contenido de

la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez" (Art. 2013 del Código Civil; principio de legitimación).

2.3.2.2. Orden de prelación.

Los supuestos de preferencia considerados en el artículo 1135 cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, son los siguientes: En primer lugar, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito; en segundo lugar, por defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha cierta más antigua; y, en tercer lugar, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior.

En todos los casos mencionados se requiere necesariamente la existencia de buena fe; al respecto (Avendaño Valdez, 2000) considera que "... allí hay una pregunta adicional: *¿qué clase de buena fe es la que se requiere? ¿Es una buena fe registral o es una buena fe civil? ¿Qué debemos entender por buena fe registral? Es la que resulta de creer en lo que dice el asiento registral. ¿Es esto suficiente, creer en lo que la inscripción dice, en lo que el Registro publicita, o es necesario tener una buena fe civil? Es decir, una ignorancia real y absoluta de que ha habido, una transferencia anterior.* Yo, personalmente, interpreto que la ley exige la buena fe registral, pero nuestros tribunales, en mi opinión en forma equivocada, han interpretado reiteradamente que lo que requiere el artículo 1135 del Código es la buena fe civil. De manera que aun cuando el asiento no permitiese entender que ha habido invalidez del título o una transferencia anterior, esa ausencia de referencia en el asiento, no sería suficiente para configurar la buena fe en el comprador, sino que además sería necesario que tuviera una ignorancia total del vicio existente o de la primera transferencia".

En términos generales la buena fe es concebida como una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado. Cossío considera como finalidad del principio

de la buena fe que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecido por la costumbre o por el contrato; principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tienen carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto.

En tanto que la buena fe registral a que se refiere el artículo 2014 del Código Civil es aquella que se traduce en el desconocimiento de la inexactitud del registro; siendo que el adquirente de un derecho inscrito actúa de buena fe si desconoce la inexactitud registral, por cuanto no conoce objetivamente de las causales de invalidez o ineficacia que afectaban al derecho transmitido de acuerdo a lo que aparece en el registro. Si a lo señalado agregamos el desconocimiento subjetivo, estaríamos frente a la buena fe civil.

Respecto a la titularidad de la buena fe, del Art. 2014 se desprende que corresponde al adquirente, del derecho, debiendo estar presente la buena fe al momento en que se celebra el acto jurídico por el que se adquiere tal derecho, lo que determina la duración de ésta; mas no puede extenderse al momento de la inscripción registral dado el sistema que hemos adoptado en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles; ya que la inscripción puede o no realizarse al ser facultativa. Pero para acogerse al principio de la buena fe pública registral. Necesariamente debe inscribir su derecho, por cuanto a partir de allí será tercero registral.

En cuanto a la fe pública registral ¿será suficiente con examinar los asientos registrales? Al efecto tenemos la siguiente casación: *"... a fin de asegurar la buena fe registral no sólo es necesario leer el resumen del asiento registral. sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen, más aún cuando el artículo ciento ochenta y ocho del Reglamento dispone que para conseguir la manifestación de los libros y demás documentos no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos, ni expresar*

el motivo o causa por las cuales se solicitan.,." (Casación Nro. 1104-02 La Libertad, Tercería de Propiedad, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 03-02-2003: Pgs. 9990-9991).

No estamos de acuerdo con lo expresado en dicha casación por cuanto ello ocasiona una mayor inseguridad jurídica, al no bastar con examinar todos los asientos registrales vinculados con el acto o derecho que pretendemos adquirir; sino que, además debemos indagar en todos los títulos archivados que en una u otra forma "dicen algo" sobre el inmueble respecto al cual pretendemos algún derecho, lo que resulta prácticamente imposible, prestándose a una serie de situaciones que debiliten la seguridad y el tráfico económico. La mencionada casación ha dejado de lado lo señalado en el artículo octavo del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución Nro. 195-2001-SLJ-NARP-SN), y que expresamente pretendía resolver problemas suscitados por resoluciones como la recaída en la indicada casación y que afectan la seguridad jurídica que brinda el Registro.

Situación distinta es la de la pluralidad de propietarios y la concurrencia de acreedores; supuestos a los que no resulta aplicable el artículo 1135 del Código Civil. Así, en el primer caso existe conflicto entre dos títulos de propiedad sobre un mismo inmueble, presentándose una pluralidad de propietarios, al ser personas distintas los transferentes. En tanto que el caso específico de concurrencia de arrendatarios se encuentra regulado por el artículo 1670 del Código Civil, aplicable cuando todos los concurrentes tienen la calidad de "arrendatarios"; pero, de encontramos en una situación en la que no todos sean arrendatarios se aplicaría necesariamente el artículo 1135 del Código Civil, mas no el artículo 1670 del Código sustantivo.

2.4. La Seguridad Jurídica en el Tráfico Patrimonial en el Perú

2.4.1. Definición.

La seguridad jurídica se ha identificado tradicionalmente como uno de los fines del derecho. En términos generales, supone la certeza que tienen los sujetos de derecho de que su situación jurídica no será modificada sino mediante procedimientos establecidos previamente. Como señala Oropeza, el derecho positivo busca tres objetivos a saber: la justicia, la seguridad y el orden o bien común, y de ellos tres, es la seguridad el primer valor que debe buscar el derecho.

Agrega que la seguridad tiene tres aspectos distintos: existe una seguridad por medio del derecho, que es la seguridad del orden jurídicamente establecido; una seguridad frente a la lesión jurídica, que es la que imparten los órganos de justicia y una seguridad en el derecho mismo, dentro de la que se encuentra la estabilidad del sistema normativo. Para el autor, la seguridad jurídica no es la seguridad por medio del derecho, la seguridad que el derecho confiere al garantizar la vida y los bienes, aquella que proporciona el juez ante la violación de los derechos, sino que la seguridad jurídica es la seguridad del derecho mismo, es decir, no como algo que el derecho debe hacer, sino como algo que el derecho, tal y como es, hace en su funcionamiento normal. Oropeza considera que es acertada la tesis de Radbruch cuando propone que por seguridad jurídica se ha de entender la seguridad del propio derecho, es decir, del contenido y la existencia de las disposiciones por medio de las cuales actúa la fuerza del derecho. Para él, los requisitos y condiciones que hacen seguras a las normas jurídicas se agrupan en dos grandes conceptos: la certeza y la estabilidad.

Para (Recasens Siches, 1981), la seguridad pertenece a la esfera de la esencia del derecho. Sin seguridad no hay derecho ni bueno ni malo, ni de ninguna clase. Es verdad que además el Derecho deber ser justo, servir y lograr el bien común, etc. Si no lo hace, será injusto, estará injustificado, representará una frustración. Pero, lo que es seguro es que, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay derecho de ninguna clase.

La seguridad puede definirse como una garantía de paz social. Tal expresión se entiende, desde el punto de vista de los miembros de la comunidad, como su conciencia o certeza de que la solución de los conflictos no puede producirse mediante el empleo de la violencia y de que el Derecho no puede desconocer la existencia de situaciones de hechos revestidos de una tal apariencia de solidez y rectitud, que su destrucción u olvido únicamente podrían acarrear efectos nocivos para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales.

2.4.2. La Seguridad Jurídica del Tráfico inmobiliario en la doctrina.

2.4.2.1. Principios.

Se distingue los siguientes principios:

- **El principio romano, de seguridad en el derecho**, de seguridad jurídica que atañe al derecho tal cual es, en todo su contenido propio y que se basa en el principio de que nadie puede transmitir un derecho que no sea suyo.
- **El principio germánico, de seguridad en el tráfico jurídico**, que impone la situación registral frente a la real. Tiene como fundamental principio el de publicidad basada en la presunción legal de veracidad de los *asientos* y en la integridad de los mismos, lo que provoca que el adquirente, que reúne ciertos requisitos, se configure como tercero, protegido en su adquisición, de tal forma que puede llegar en determinados casos, a una auténtica adquisición, o liberación de cargas, “*a nom domino*” con la correlativa extinción de derechos, jurídicamente perfectos, pero que se extinguen por no haber accedido al Registro.
- **El principio de seguridad económica o subsidiaria**, que lleva consigo el concepto de indemnización y no asegura la titularidad del derecho, sino el valor que el derecho tiene en caso de despojo del mismo, convirtiéndolo en indemnización: aval, fianza y seguro. Y por tanto no asegura titularidades, sino indemnizaciones.

2.4.2.2. Clases de Seguridad Jurídica.

Las clases de seguridad jurídica según la doctrina son:

- **Seguridad jurídica plena**, que se refiere fundamentalmente al Derecho tal cual es, en todo su contenido propio, y que se mueve, no en el campo de los valores, sino, en el de las titularidades de derecho. Dentro de la seguridad jurídica plena distingue la doble dimensión que ésta puede revestir: la estática, que se presta a favor de quien sea propietario o titular de otro derecho, o bien del poseedor no propietario. Y la dinámica a favor del adquirente de la plena propiedad de una cosa o derecho limitado sobre ella.
- **Seguridad económica o subsidiaria**, que atañe al concepto de indemnización. Esta seguridad no garantiza la titularidad del derecho, sino el valor que el derecho tiene, convertido en indemnización en caso de despojo. Sus manifestaciones son la garantía real en funciones de seguridad: el aval, la fianza, el seguro, etc.

La anterior clasificación enlaza con la que formula **Ehremberg**, entre seguridad estática o seguridad de los derechos y seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico. En expresión de este autor, las mutaciones jurídico reales en la esfera patrimonial pueden, teóricamente, aparecer regidas por dos principios contrapuestos, en el sentido de que cada uno de ellos solamente podrá alcanzarse a costa del sacrificio del otro.

Según Ehremberg, la seguridad estática o seguridad de los derechos exige que no pueda producirse una modificación desfavorable en la esfera patrimonial de una persona sin que concurra su voluntad. Mientras que la seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico requiere que una modificación favorable en tal esfera no pueda quedar sin efecto para ella en virtud de circunstancias que la misma ignore.

La seguridad jurídica requiere la llamada Seguridad Preventiva del documento público por cuanto el documento privado carece de autenticidad por no presenciarlo ningún funcionario público y tan solo adquiere valor auténtico mediante el reconocimiento judicial y tampoco es integro como se deduce del artículo 1230 del Código Civil.

El documento público además de ser íntegro y auténtico ofrece la posibilidad de ser medio de prueba, tiene valor ejecutivo y es el vehículo preciso para lograr, por su inscripción registral, la seguridad plena del tráfico jurídico.

La función de la seguridad jurídica no es legitimar el Derecho, sino que su función es dotar de eficacia al sistema jurídico, actúa no como un valor moral, sino meramente instrumental, y en esta actuación de la seguridad jurídica es donde en este siglo XXI alcanza, por la mayor complejidad de las relaciones jurídicas, de la economía e incluso en las relaciones familiares o sucesorias, mayor relevancia la presencia del Notario, seguramente sabiendo aquilatar su función, pero, sin duda, conservando su esencia equilibradora (Serrano De Nicolás, 2001).

2.5. La Transmisión de la propiedad y Sistemas Registrales en el derecho comparado

2.5.1. El Sistema de Registro de Bienes Inmuebles Alemán (Grundbuch).

Este sistema funciona mediante dos registros que deben guardar entre sí la debida concordancia, estos son, el registro predial o territorial y el registro catastral. El primero de ellos contiene la matrícula del inmueble en el cual se anotan todos los actos por los cuales se transfiera o grave el fundo. El segundo registro, por su parte contiene la configuración topográfica del inmueble, con indicación de su naturaleza, situación, extensión superficial, forma, etc. y en él se anotan todas las modificaciones materiales de que el predio sea objeto. Toda modificación que sufra el inmueble debe anotarse en ambos registros y que dada la certeza de que este sistema da a la inscripción, la primera matrícula que se hace del inmueble está sujeta a un procedimiento previo que debe seguir el funcionario encargado del Registro, ante quien deben presentarse los instrumentos que comprueban el dominio del solicitante entregándose además un plano del fundo levantado por un ingeniero autorizado. A la solicitud se le da publicidad y si resultaran opositores, la cuestión se vuelve contenciosa, teniendo en tal caso el encargado del registro facultades jurisdiccionales para resolver si

procede o no la inscripción. Si la resolución es favorable, el solicitante es declarado dueño del inmueble mediante la inscripción.

Es indudable que este sistema, al establecer la firmeza de la inscripción, se garantiza los derechos de terceros en forma efectiva.

Consecuentemente, el Estado es garante de la inscripción, y en caso de error, el perjudicado tiene acción de perjuicios en contra de este, cuando aquél se deba a negligencia de los funcionarios encargados del Registro.

El sistema alemán de administración de tierras asegura la publicidad de estas con dichos Registros. La forma de estos documentos varia de un “Land”¹ a otro pero todos tienen un sistema de publicidad real.

Este sistema se encuentra organizado en los Estados de Prusia por una ley del 5 de mayo de 1872, siendo extendido a todo el Imperio con la vigencia del Código Civil alemán de 1900.

2.5.2. El Sistema de Publicidad Australiano: (El Act Torrens).

Conocido desde sus inicios como Sistema del Acta Torrens, o Sistema Australiano Ingles, se implementó inicialmente en Australia del Sur; su autoría se atribuye a Sir Robert Richard Torrens.

Para una mejor comprensión de este Sistema, cabe remontarse al país para el cual fue diseñado, éste es hasta tiempos contemporáneos un país de reciente colonización, ya que hacia la primera parte del Siglo dieciocho, “Nueva Holanda” que era el nombre con que se conoció, era con excepción en algunas partes de sus costas, considerada y descrita como una tierra desconocida o al menos así figuraba en los mapas de la época.

No fue sino hacia el año de 1788, en el Estado de Nueva Gales del Sur, donde aparecen originalmente los Colonizadores Ingleses, y hasta entonces aún se ignoraba si en el centro

¹ Inmueble independientemente sea urbano o rural. Samoullier, Bernard, Sistema de Administración de Tierras y Catastros Comparados, Versión 2.0, www.samoullier.com, año 2004, Pág.45.

del continente existía un gran paraje desierto o si en realidad existía una enorme zona marina; siendo hasta 1836 cuando el actual Estado de Australia del Sur llega a ser estimado como una Provincia Británica, que era gobernada por un establecido Consejo Legislativo, convirtiéndose tiempo después en los dominios del Parlamento Local.

Inicialmente los ocupantes de dichas tierras, únicamente rentaban grandes porciones de terreno, situación que evolucionó favorablemente cuando se autorizó a los residentes de dichas tierras para escoger y comprar las extensiones que se consideraran mayormente cultivables, lo que a su vez fue impulsado por el aumento de los capitales y la proliferación de la Industria.

El Autor de este Sistema, un irlandés nacido en la Ciudad de Kork en el año de 1814; se estableció en Australia del Sur por el año de 1840, llegando a ocupar el puesto de Director de Aduanas, siendo por consiguiente parte integrante del primer Consejo Legislativo, y quien a su vez fue nombrado en el año de 1852 Tesorero y Registrador General.

Fue entonces que mientras fungía en aquél cargo, pudo apreciar las dificultades que se observaban en el Régimen Inglés de Transferencias inmobiliarias, actividades que se regían a través de una oficina llamada Registro General; creada para tal efecto en 1841, conservándose en dicha oficina, convenios, arrendamientos, testamentos, sentencias, mapas, etc. y todo instrumento relativo a derechos que recaían sobre bienes inmuebles.

Haciendo un análisis de tales aparecimientos, que este sistema surge libre de antecedentes Jurídicos, ello como una medida práctica, para resolver una necesidad propia de aquél momento; sin embargo, hay autores que afirman que tal sistema se inspiró en las disposiciones establecidas para el registro naval que tenía como base legal La Ley marina (Mercante Inglesa), la cual reguló lo relativo a la enajenación de naves.

Dicho sistema, se caracterizó porque se exigía la identificación de las fincas, a través de un plano a escala, que era establecido por la Ley y que a su vez lo certificaba un agrimensor

jurado, estableciéndose una clase de procedimiento inicial de INMATRICULACION, surgiendo de este la fuerza constitutiva y legitimadora de las inscripciones.

Para poder inscribir los derechos la solicitud inicial era dirigida al registrador General la cual era elaborada por el propietario en modelos que se obtenían en diferentes establecimientos, anexándose los títulos que acreditaban el derecho del propietario y una especie de cuota (libranza) o Arancel que implicaba los gastos y honorarios de la inscripción; todo lo anterior una vez completado era recibido por el topógrafo jefe, quien examinaba la descripción de la finca, revisando minuciosamente los linderos, y que en ellas aparecían, y en ocasiones se remitían copias a los colindantes o al consejo del distrito, con el fin que dichas informaciones fueran conocidas por todos los interesados.

El siguiente paso ocurría en manos de los “auxiliares” del antiguo Registro, ello con el objeto de comprobar los títulos presentados con los ya registrados previamente verificado lo anterior, los Asesores quienes con base en los datos e información eran encargados de admitir o negar la solicitud de matrícula; una vez admitida aquella, la última decisión se hallaba en manos de una comisión formada por el Registrador General y dos Comisarios para quienes; de obtenerse una decisión favorable por parte de la comisión, se fijaba un plazo que podía oscilar entre un mes hasta un año para que los interesados puedan oponerse formalmente, mandándose a publicar edictos en los diarios oficiales y en los de circulación local, notificándose también a los colindantes de dichas fichas; en el supuesto de no haber oposición, o si existiendo ésta es rechazada, los Asesores redactan la minuta del título de propiedad, con las menciones y reservas oportunas y es el Registrador General quien expide por duplicado, depositando un ejemplar al libro corriente del Registro y entregando el otro juntamente con el plano de la finca inmatriculada al peticionario; al constar la inscripción se adicionan los índices y se anulan o archivan los títulos antiguos referentes al inmueble.

Tal inscripción se tiene por constitutiva, revestida de fuerza legitimadora y sustantiva total; pudiendo denotarse que la característica básica en este sistema es que se separa el contrato causal de sus efectos reales en el negocio jurídico de transferencia del inmueble.

2.5.3. El Sistema Registral Francés de Comprobación de Derechos: (Conservation Des Hypotheses).

Este Sistema Registral es llamado también de transcripciones porque consiste en transcribir o copiar el instrumento en los libros que lleva la oficina del Registro, el cual se organizó para dar protección a los acreedores de hipotecas, es decir, que inicialmente se le conoció como Registro de Hipotecas.

La forma en que se regulan los sistemas de esta clase que han sido adoptados por muchos países, especialmente en la América Latina, varían notablemente de un país a otro, no obstante el combate al cual se ha sometido este, por no ofrecer una absoluta seguridad y además por ser estrictamente voluntario, importante entonces es de hacer constar que las legislaciones de los países en que funciona este sistema lo han rodeado de ciertos requisitos que han hecho posible que los terceros confíen en la fe que les merece el Registro.

También se ha combinado con los Sistemas Alemán y Australiano apareciendo así una nueva clase de sistema que podría llamarse Sistema Mixto, el cual debido a no ser objeto de estudio de este trabajo, no será citado en lo futuro.

2.5.3.1. Características del Sistema.

- Imperioso es el señalar que al aplicar el sistema que nos ocupa, queda inalterable el criterio clásico de transmisión consensual, donde la cosa vendida se transfiere al comprador por el simple consentimiento de los contratantes sin necesidad de los requisitos de tradición y de inscripción.
- La inscripción es obligatoria, pero su carácter es meramente declarativo de los derechos y solo implica una simple condición o necesidad de registrarlo para ser oponible a

terceros idea contenida en nuestra legislación, pues así lo reconoce el Artículo 667 del Código Civil. El acto o decisión judicial inscribible, que no se encuentre registrado, no puede perjudicar a terceros aun cuando éstos conocieren de su existencia. De forma que el tercero disfrute de una protección negativa, por virtud de la cual no le afecta lo que no aparece en el Registro.

- Los notarios, oficiales públicos y autoridades administrativas están obligados a procurar la inscripción de los actos en que intervengan. Se adopta una formula amplia y total para determinar los actos inscribibles, comprensiva de todos los actos en que intervengan.
- En este sistema la unidad básica registral sigue siendo la persona o titular de derecho real inmobiliario, alrededor de la cual se ordena el registro, aunque, como complemento del elemento personal, se llena ficheros de fincas rústicas y urbanas para los efectos de información.
- Se establece además, que todo acto o sentencia judicial sujeta a registro deberá indicar, para cada una de las fincas a que se refiera, la naturaleza, situación, contenido y designación catastral, salvo en los municipios donde el catastro no esté renovado, en los cuales la designación catastral (sección y número del plano) quedará sustituida por los nombres de los propietarios colindantes.
- La inscripción tiene lugar mediante la presentación de los títulos, acompañados de una copia de los mismos. La prioridad de los derechos se lleva con todo rigor, pero atendiendo al día en que se solicita la inscripción, entre dos actos que se refieran a una misma finca, y que hayan sido presentados al registro de forma simultánea, prefiriéndose al de fecha más antigua, cualquiera que sea el orden de entrada que le haya correspondido.
- La regla general es que los títulos que deban inscribirse deben constar en instrumentos públicos o auténticos, cuyos elementos formales son examinados por el Registrador contra la calificación de este, la cual está limitada al examen de los requisitos externos

de los actos, y a su confrontación con los datos que aparecen en el registro (antecedentes), sin que pueda extender a los aspectos sustantivos.

- Como una importante novedad y a pesar de no llenarse el registro por fincas, sistema así empleado con el folio real computarizado, se impone el tracto sucesivo, en el sentido de que ningún acto o sentencia podrán ser inscritos si el título del disponente no figura previamente inscrito, salvo las excepciones legales.
- Los Libros Índices se destinará a cada una de las letras del alfabeto y el número de folios que estime convenientes, esto indiscutiblemente mejora en gran medida el registro, ya que funciona como un índice de amplio contenido que facilita la búsqueda Registral, así lo señala el Artículo 12 N° 4 del Reglamento del Registro de la Propiedad.
- La inscripción tiene lugar mediante la conservación o archivo de los títulos presentados en el Registro, de los cuales un extracto de dichos datos se lleva a los ficheros para lograr la eficacia de la publicidad formal.

2.5.4. El Sistema Registral Argentino.

EL sistema jurídico argentino se manifiesta como una exteriorización de voluntad tendiente a perfeccionar un contrato o a constituir un derecho real sobre la cosa entregada. Los efectos de la tradición escrituraria variarán según cual sea el título en virtud del cual ella se produce. Así, podemos hablar de tradición traslativa de la tenencia, supuesto contemplado en el artículo 2460 del Código civil; tradición traslativa de la posesión, contemplada en el artículo 2377 del Código civil; y, finalmente, la tradición traslativa del dominio, regulada en los artículos 2601 a 2603 del Código civil.

Esa exteriorización posesoria que el codificador persigue al exigir la tradición en determinados actos y, sobre todo, en lo que aquí nos interesa, referido al especial efecto que consagra el artículo 577 del Código civil, procura pues una forma de publicidad, la denominada “publicidad posesoria”, término que se utiliza aun en aquellos casos en que la

relación real es de mera tenencia. A ello se debe que se haya centrado la atención especialmente en este modo de adquirir el dominio, pues la existencia o no de tradición producirá, en principio, la apariencia y hasta la existencia misma del dominio. (Mariani de Vidal, 2004)

Capítulo III

El notario público y su rol en el trámite de transferencias de propiedad inmueble

3.1. El notario público en el Perú

3.1.1. Definición.

El I Congreso Internacional del Notariado Latino declaró que: "El notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad...".

El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049 describe al notario como: "El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Este artículo es claro al respecto, pues le atribuye funciones específicas al notario, siendo un marco de actuación para el desarrollo de su actividad. Si desagregamos cada parte del artículo, podemos encontrar una serie de presupuestos que debe cumplir, al cual debe ceñirse el notario. Traspasar estos límites o transgredirlos le puede acarrear responsabilidades de diverso tipo, como la penal, administrativa o civil. Estos presupuestos son los siguientes:

- Profesional del derecho. Es decir que tiene que ser un abogado. El artículo 10 de la Ley establece que tiene que ser un abogado con mínimo 5 años de ejercicio de la profesión. Esto resulta saludable, dado que constituye una rama especializada del derecho, se requiere del conocimiento suficiente para dar fe de los actos jurídicos y todas las funciones establecidas normativamente. Además, hay que considerar, que, por la complejidad de las relaciones comerciales, hoy en día no podría ser de otra forma, debiendo ser necesariamente un especialista, en este caso un abogado, que cumpla con las condiciones que la Ley y el sistema notarial exigen.

- Dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Esto consiste en la parte esencial de su función, pues dar fe tiene una significancia importante. Es atestiguar en su presencia que las partes contratantes son aquellas que intervienen en el contrato y los diversos actos, acreditar la puesta de sus firmas y huellas en los documentos protocolares y extraprotocolares. La declaración que prestan las personas ante él deriva en darle forma a los actos y contratos. Esta función es principal, pues es la conferida por el Estado, y se encuentra investido de las potestades otorgadas a través de la ley. Como diría Tambini, “es, pues, la certeza, la confianza, veracidad y autoridad legítima atribuida al notario respecto de los actos, hechos y dichos realizados u ocurridos en su presencia, los mismos que se tienen por verdaderos, auténticos, ciertos, con toda la fuerza probatoria mientras no se demuestre lo contrario”.

- La forma. Como consecuencia de la fe pública notarial, la forma es el medio en que se instrumentalizan y representan aquellos hechos, manifestación de voluntades, actos u otros, que ante el notario se realizan. Es un resultado inevitable, es en esencia una relación de forma y contenido. La forma la establece la ley para determinados actos, que incluso su inobservancia conlleva la nulidad del acto. “Cuando el notario interviene, hace del acto formal un acto auténtico, cierto y exigible”. Por ejemplo, en el caso de la donación, la forma prevista por la ley es bajo escritura pública bajo sanción de nulidad.

- Redacción de Instrumentos. Nos referimos aquí a los documentos que sean protocolares o extraprotocolares, el notario tiene la función de redactar los instrumentos públicos, darle la forma prevista por la ley para cada caso, sean escrituras públicas o actas notariales certificadas.

– Conservación de los originales y expedición de traslados. El notario tiene la obligación de conservar en sus archivos, la matriz del documento que ha redactado y dado forma, para que

la voluntad de los particulares sea preservada y conservada; además de ello, reproducir copias certificadas o partes de los mismos cuando se le requiera.

3.1.2. Bases Normativas que regularon el notariado en el Perú.

Fuentes electrónicas brindan la siguiente información histórica sobre la evolución normativa que ha regulado la función notarial en el Perú:

3.1.2.1. Ley Nro. 1510.- A inicios del siglo XX en el Perú se dicta la primera Ley del Notariado Peruano.

El proyecto de esta norma legal fue formulado por el Comité de Reforma Procesal y sometido a sanción en la legislatura de 1909 por el poder ejecutivo, durante el gobierno del presidente Leguía. Finalmente fue aprobado junto a los proyectos de Ley Orgánica del Poder Judicial y Código de Procedimientos Civiles, comenzando a regir el 28 de julio de 1912. Tuvo un total de 92 artículos, divididos en 8 títulos. Durante su vigencia fue sometida a varias modificaciones.

Esta norma incluyó, entre otros aspectos, una muy sencilla indicación del quehacer del Notario, sindicándose en el primer artículo la labor de dar fe de los actos y contratos que ante su persona se celebrarán. Se establecieron requisitos para acceder al cargo notarial, permitió ejercer como tales a personas que no fueran abogados, doctores o bachilleres en jurisprudencia. Se incluyó además en dos artículos, un listado de actos prohibidos a los Notarios, así como de sus obligaciones.

La Ley del Notariado se ocupó también de establecer una serie de criterios referidos a la extensión de la escritura pública, imponiendo al notario el deber de verificar el cumplimiento de determinados requisitos antes de proceder a realizar dicho acto. En cuanto a la redacción de escrituras públicas, la referida norma incluyó específicas consideraciones en cuanto a las partes de la misma y los datos que en ellas debían consignarse. Asimismo, la ley hizo referencia en diferentes títulos a temas específicos tales como el otorgamiento de

testamentos, de poderes, la realización de protestos y protocolizaciones y la emisión de testimonios y boletas.

Es importante además añadir que la dación de esta norma significó también la opción explícita en favor de la utilización del nombre de Notario, dejándose atrás la denominación de Escribano Público utilizada en siglos pasados.

El día 2 de octubre del año 1948, se fundó la Unión Internacional del Notariado Latino, a iniciativa del Señor Escribano argentino Felipe Negri, siendo el Perú uno de los países fundadores, que participó representado por los notarios de Lima Ernesto Velarde Aizcorbe, Augusto Changanquí y Guillermo Ureta del Solar. La participación de nuestro país siempre ha sido actividad y relevante, habiendo ocupado cargos muy importantes notarios peruanos como Rafael Chepote Coquis; Ernesto Velarde Arenas, Alberto Flores-Barrón, Luis Vargas Hornes y Manuel Reátegui Tomatis, organizando eventos de trascendencia mundial y significativa importancia, como fue el XVI Congreso Internacional de la Unión, realizado en Lima el año 1982.

Posteriormente, Jorge Orihuela Iberico, asumió la presidencia de este organismo, cargo de relevancia mundial que ha prestigiado al Notario Peruano.

El Decreto Ley Nro. 22634 del 14 de agosto de 1979, dictado por el entonces Presidente de la República Francisco Morales Bermúdez Cerruti, modificó la ley original adecuándola a lo dispuesto por la Constitución del Estado, aprobada en el año 1979 donde señalaba que el Poder Judicial únicamente debía ocuparse de la administración de justicia, quedando por ello excluido de supervisar la función notarial. En aquellos años se consideró necesaria la reforma total de la Ley del Notariado, sin embargo, dado la carencia de un proyecto integral se llevaron adelante una serie de modificaciones parciales.

Entre los más importantes cambios podemos mencionar la inclusión del concurso Público de Méritos y Oposición como vía para el ingreso a la función notarial. Dicho concurso,

realizado ante un jurado, es convocado al producirse vacantes por el Colegio de Notarios respectivo. Los Colegios de Notarios y la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios habían sido creados anteriormente mediante la Ley 16607 y el Decreto Ley 21944 respectivamente, como personas jurídicas de Derecho Público Interno, con fin de mantener el control y vigilar el correcto ejercicio de la función notarial.

Además de las modificaciones ya referidas, fue aumentado el número de notarios a ejercer sus funciones en la ciudad de Lima, esto debido a las necesidades de la capital. En 1942, La ley Nro. 1510 consideró pertinente que fuera veinte, el número de notarios permitido en la ciudad de Lima, sin embargo, con el paso de los años dicha proporción resultó insuficiente, por lo que, a partir del año 1979, el Decreto Ley Nro. 22634 incrementó a cuarenta el número de notarios en la capital de la República.

Finalmente, esta reforma autorizó el uso de guarismos, letras y fórmulas técnicas en las escrituras públicas, situación prohibida por el artículo 29 de la Ley Nro. 1510; permitió la extensión de escrituras públicas sin la necesidad de contar con una minuta, esto para específicos actos como la renuncia de nacionalidad o el nombramiento de tutor y curador, entre otros, y suprimió la intervención de testigos en las escrituras públicas y en los poderes fuera de registro (salvo testamentos) cuyas formalidades fueron reguladas por el Código Civil o cuando así lo considerara conveniente el Notario.

Esta Ley de Notariado de 1911 tuvo una vigencia de más de 90 años, considerando que comenzó a regir a partir del 28 de julio de 1912.

3.1.2.2. *Decreto Ley N° 26002.*

La norma referida anteriormente referida fue derogada el 07 de diciembre de 1992, por el D.L. N° 26002 publicada el 27 de diciembre de 1997. Dicha ley constituyó un avance legislativo en base a un proyecto de reforma legislativa trabajado durante años.

Su importancia radica en que conceptúa al notario como profesional del derecho que orienta y asesora a las partes; regula sistemáticamente al notario, su función, sus obligaciones, deberes y derechos; mantiene el concurso público como medio de acceso al cargo; se establece que los Notarios sólo pueden ser abogados; se crea el fondo mutual del notariado integrado por todos los Notarios del país, que beneficiaría a aquellos Notarios que por razones de edad o salud deban cesar en sus funciones, así como a sus deudos en caso de fallecimiento; se establecen causales de cese del Notario; se incorporan varios artículos sobre la nulidad de los instrumentos públicos protocolares; incluye normas relativas a la organización del Notariado, la Junta de Decanos del Colegio de Notarios del Perú y el Consejo del Notariado.

Además, la Ley N° 26002, regula la gestión notarial y los alcances de sus funciones entre ellas la de dar fe de los actos y contratos que ante el notario se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos, a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. En esta ley se definen los instrumentos notariales tanto los protocolares como los extraprotocolares, se describe la organización del notariado y se mencionan las responsabilidades en las que incurre el notario en el ejercicio de sus funciones, así como el régimen disciplinario con el que cuenta.

3.1.2.3. Ley N° 28580.

Publicada el 12 Julio 2005. A través de esta norma, a partir del 13 Julio de 2005, se efectuaron importantes cambios a la Ley del Notariado. Entre las más relevantes, destaca la referida al artículo 54 inciso d) que indica que la introducción de la escritura pública contendrá el documento nacional de identidad - DNI y los legalmente establecidos para la identificación de extranjeros además de los requisitos restantes que establece la ley.

La modificación del artículo 58 inciso a) estableció que no será exigible la minuta cuando se trate de otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia de poder y no de mandato como exigía la ley original.

Otra novedad que incorporó es la exoneración de minuta, según el artículo 58 inciso e), en los casos de autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad. Se derogó el inciso que contemplaba la adopción de mayores de edad y que si estaba contemplado en la ley original.

En el artículo 59, se agrega el inciso j) sobre la conclusión de la escritura pública que impone la obligatoriedad de la impresión dactilar y suscripción de los comparecientes, así como la suscripción del notario, con indicación de la fecha en que firma cada uno de los otorgantes y consignar la fecha en que concluyó el proceso de firmas del instrumento.

En caso de cese del Notario, sin haber autorizado una escritura cuando aquella se encontrará suscrita por todos los comparecientes, el artículo 61 modificado, estableció que si el Notario había cesado en el cargo podía cualquier interesado pedir por escrito al notario encargado del archivo autorice la misma. La reforma del artículo se aplica no solo a escrituras públicas, sino también a actas notariales protocolares. En todos estos casos, el interesado debe pedir por escrito al Colegio de Notarios encargado del archivo, que designe a un notario para que autorice el instrumento con indicación de la fecha en que se verifica este acto y citando previamente a las partes. Transcurridos dos años, los archivos notariales serán transferidos al Archivo General de la Nación o a los Archivos Departamentales, de conformidad con el artículo 5 del Decreto Ley N° 19414 y 9 de su Reglamento.

Sobre las actas protocolares, el artículo 94 enumera que estas son:

- a) De autorización para viaje de menores;
- b) De destrucción de bienes
- c) De entrega;

- d) De juntas, directorios, asambleas, comités y demás actuaciones corporativas;
 - e) De licitaciones y concursos;
 - f) De inventarios y subastas de conformidad con el decreto legislativo N° 674, Ley de promoción de la Inversión Privada de las empresas el estado
 - g) De sorteos y de entrega de premios; y,
 - h) Otras que la ley señale.
- f) De inventarios y subastas de conformidad con el decreto legislativo N° 674, Ley de promoción de la Inversión Privada de las empresas del estado. Se derogó el inciso b) sobre acta para autorización para matrimonio de menores.

En lo que respecta a los instrumentos extra protocolares, el artículo 100 modificado instituyó que el notario no solo debía cursar, sino que debe certificar la entrega de cartas e instrumentos que los interesados e soliciten, a la dirección del destinatario dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados.

Por último, el artículo 120 reformado dispuso que el poder por carta con firma legalizada, se otorga en documento privado, conforme las regulaciones sobre la materia y servirá para atender asuntos inherentes al cobro de beneficios de derechos laborales, seguridad social en salud y pensiones, el poder por carta con firma legalizada tiene una validez de tres meses para cantidades menores a media UIT.

3.1.2.4 Decreto Legislativo N° 1049.

Publicada el 25 de junio de 2008. La parte considerativa de la norma, expresamente, advierte que la dación de la nueva Ley, es parte de las medidas dictadas para facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y su protocolo de enmienda así como el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, encontrándose dentro de las materias comprendidas en dicha

delegación la facilitación del comercio; la promoción de la inversión privada; el impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades; y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas. Subraya que es necesario dictar la ley correspondiente que conlleve una mejora en el ejercicio y supervisión de la función notarial, por ser el notario el profesional en Derecho autorizado para dar fe pública por delegación del Estado, a los actos y contratos que ante él se celebren; adecuándolo a los últimos cambios tecnológicos para facilitar las transacciones y el intercambio comercial mediante canales seguros.

La nueva Ley del Notariado, Decreto Ley N° 1049, fue reglamentado mediante el Decreto Supremo N° 003-2009-JUS, el que a su vez fue modificado por el Decreto Supremo N° 005-2009-JUS del 18 de marzo de 2009. Es el caso que de conformidad con el Expediente N° 2450-2010, recaído en el proceso de Acción Popular, publicado el 08 septiembre de 2012, el reglamento en mención fue declarado nulo, ilegal e inconstitucional, en razón a que dicha norma no fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, tal y como lo exigía la Ley a dicha fecha, sino que fue puesto en la página web del Ministerio de Justicia.

No obstante, el 23 de julio de 2010, mediante el Decreto Supremo N° 010-2010-JUS se aprobó un Texto Único Ordenado que consolidaban las modificaciones hechas al reglamento original, a fin de compilar toda la normativa en un solo texto y facilitar su manejo; siendo este el cuerpo regulador que hoy reglamenta la ley.

3.2. Función notarial

La naturaleza jurídica de la función notarial es un tema de suma importancia que constituye en el punto de partida de esta investigación.

3.2.1. La naturaleza jurídica de la función notarial en el Perú.

Las diferentes teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la función notarial van desde aquellas que consideran al notario un profesional liberal hasta aquellas teorías de corte

ecléctico o mixto que sostienen que el notario cumple una función pública desarrollada por un profesional liberal. Por otro lado, tenemos a quienes señalan que el notario es un funcionario público, tal como lo explica (Pérez Fernández Del Castillo, 1995), quien explica que, históricamente, fue la Ley del Ventoso XI de 1803, la que por primera vez estableció que el notario es un funcionario público. Luego, el mismo autor nos explica que la Ley del Notariado Francés de 1943, rectifica esta postura y denomina al notario como “oficial público”. Asimismo, en México la Ley de 1901 califica al notario como funcionario público. En el caso del Perú, se le ha dado un tratamiento legislativo a la cuestión, ya que en el Artículo 4° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, dado mediante Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, la misma que literalmente dice: “El notario no es funcionario público para ningún efecto legal”. La posición legislativa adoptada por el Estado Peruano es compartido por Pérez Fernández, quien al respecto manifiesta que el notario no es un funcionario público por no estar enquistado en la organización de la administración pública, además de que no recibe un salario, no existe un contrato de trabajo o relación jurídica de dirección y de dependencia; tampoco el Estado responde por los actos de él y su ingreso no es por nombramiento gracioso, sino mediante un examen de oposición y méritos y su cargo es normalmente vitalicio. Esta explicación zanja cualquier duda al respecto, dejando claro que el notario no es un funcionario público en nuestro país. En ese sentido, se coincide con el profesor Eduardo Couture, quien al comentar la Ley del Notariado de Uruguay - la misma que declara como funcionario público al notario - explica que el notario no es un funcionario público, aunque una ley lo determine así, porque siempre hará falta el cúmulo de sus derechos y deberes que así lo acrediten.

3.2.2. Concepto e importancia de la función notarial.

El notario Carlos Augusto Sotomayor Bernos², refiriéndose a la importancia de la función notarial, explica que toda sociedad tiene su propio sistema jurídico en función a su tradición histórica y a la concepción e importancia que el Derecho revista para ella. Es así que el documento juega un papel muy importante en nuestro Derecho y de esto depende la mayor o menor importancia que podría tener el sistema notarial en nuestro país. Sotomayor Bernos sostiene que en el sistema latino se caracteriza esencialmente por ser un Derecho Codificado, donde la ley es la principal fuente del mismo, lo que conlleva que para nuestro sistema latino, de origen romanogermánico, la prueba por excelencia es la documental¹⁶. Esto determina que en este sistema latino la función notarial sea más amplia y trascendental de lo que resulta ser en los países de derecho sajón, sentencia el mismo autor.

3.2.3. Teorías en torno a la naturaleza jurídica de la función.

En principio es pertinente citar que en palabras de Llambías, técnicamente, el notario es un escribano que ha accedido a un registro; por lo que el concepto "escribano" sería más genérico y abarcaría al profesional del derecho con especialización en el régimen notarial no depositario de la función federataria.

En la doctrina, son tres las tesis que, sobre la base de criterios diferenciados, catalogan la naturaleza del ejercicio notarial: funcionalista, profesionalista y ecléctica.

- *Tesis Funcionalista:* Propone que el notario es un funcionario público especial porque es independiente y remunerado por las partes. Considera que el notario, dentro de la administración pública, pertenece a una descentralización por colaboración. La calificación de los notarios como *fonctionnaires publics* fue expresada en Francia en la Ley de Ventoso, pero dada la inadecuación del calificativo, fue rectificado en la

² Discurso pronunciado en el Colegio de Notarios de Lima, el 2 de octubre de 1991, Día del Notario Peruano, por su Decano Dr. Carlos Augusto SOTOMAYOR BERNOS. En: Material de Enseñanza del Curso Derecho Registral y Notarial de la Dra. Elena VIVAR MORALES, de la Facultad de Derecho de la PUCP, p. 171.

Ordenanza de 1945, que lo denominó *officiers publics*, pues los notarios, “combinan armoniosamente en su estatuto un aspecto liberal y un aspecto de autoridad pública” porque participa de la gran tradición de las profesiones liberales, el notario desempeña también una función de libertad, por el papelpreciado de asesor, de árbitro y de conciliador que juega entre las partes; por lo cual, y aunque sea titular de una parcela de poder público, el estatuto del notariado excluye toda idea de *funcionarización*.

La impropia calificación de funcionario público se ha mantenido, tanto es España, en virtud de la Ley Orgánica de 1861, como en México. Los defensores de esta argumentación tienen posiciones divididas sobre la rama de los poderes públicos a la que pertenecería el notario, y se distinguen tres tendencias:

- a) La función notarial es administrativa: Desde esta posición se afirma que la función notarial no encaja en el Poder Legislativo, el cual se encarga de dictar leyes de acato obligatorio, ni tampoco en el Judicial, el cual administra la justicia, por lo que la ubican dentro del Poder Ejecutivo, ya que la función notarial hace realidad el derecho privado al dar forma jurídica a los contratos y actos entre particulares.
 - b) La función notarial como jurisdiccional: Se apoya en la concepción de la “jurisdicción voluntaria”, ya que su principal característica es conferirle forma y fuerza jurídica a las manifestaciones y actos consensuales de la voluntad privada de carácter unilateral o bilateral de los particulares a través de la fe pública.
 - c) La función es autónoma: No se debe considerar la tradicional clasificación tripartita de los poderes públicos, sino que se debe admitir un número mayor de poderes. Dentro de estos poderes, está incluir el poder legitimador, el certificante o autorizante instrumental, es decir, la fe pública.
- *Tesis Profesionalista*: El notario presta el servicio como un profesional libre y la función del notario no tiene carácter público, sino técnica y profesional. Esta corriente

proclama que la función no es pública, porque la fe pública, entendida como la facultad de certificar, no es un atributo del Estado, es en cambio una creación legal, por lo que no puede delegarla. El notario siempre, sin excepción, cuando actúa en estricto sentido como tal, da fe pública, y en ese sentido es el Estado el que está autenticando y dando fe pública a través del notario. Las leyes del notariado hacen referencia a que el notario tiene como función, entre otras, la de recibir la voluntad de los interesados, interpretarla, y hecho lo cual, aconsejar y asesorar a las partes para redactar el o los instrumentos necesarios para dar forma legal a la voluntad expresa, pero todas estas actividades, en un sentido amplio, en ningún momento nada tienen que ver con la función de dación de fe pública, pues estas actividades la pueden realizar cualquier profesional del derecho, y en la mayoría de casos, cualquier persona que posea la suficiente sensatez. Cuando el notario asesora y aconseja a las partes y cuando redacta los instrumentos adecuados, actúa como un simple jurista y nada más, pero jamás como notario en su sentido estricto, pues para actuar como tal requiere de dar fe pública en los actos que ante él pasen.

- *Tesis ecléctica:* Esta postura intermedia entre las dos anteriores explica que el notariado es una función pública que está ejecutada por un profesional en Derecho y no por un funcionario público asalariado. En Italia, el notario es considerado como pubblico ufficiale e libero professionista, en cuanto desarrolla una función pública, sin actuar por el Estado en faceta pública. Según Chavarría (2007), además de las tres tesis precitadas, se pueden identificar otras dos, de necesaria referencia, que se orientan a estudiar específicamente la naturaleza del notario y no de la función, en general: notarialista y administrativista. Señala al respecto: La Doctrina Notarialista es la que califica al notario como un funcionario público. Al notario se le inviste con el cargo de funcionario público, por delegación del poder público, la capacidad de dación de fe pública. La

Doctrina Administrativista utiliza la figura llamada “*Munera Publica*”, que se refiere al ejercicio privado de funciones públicas, “el particular que ejerce funciones públicas o presta servicios públicos no es un funcionario público ni un órgano público, sino precisamente un particular extraño a la organización pública”. Es distinto al funcionario de hecho, ya que este tipo de funcionario presta su servicio a nombre y por cuenta del Estado, en cambio que estos servidores privados, que ejercen una función pública, lo hacen en nombre y por cuenta propia. Con esta explicación, también queda claro que los servidores privados que ejercen una función pública tampoco son un agente público común. Este último actúa de una manera más clara, a nombre y por cuenta del Estado, es decir, su actuación, es la propia del Estado. Los actos del notario no son subjetivamente administrativos, por lo que es inadmisibles intentar contra ellos, los remedios posibles contra los actos de la Administración. Esto porque el notario realiza una actividad de particular, en nombre propio, de tal manera que los efectos derivados de la misma, no recae sobre la Administración Pública. Sus actos sólo implican responsabilidad personal y privada del notario.

3.3. El notario como actor de la seguridad jurídica

Los notarios son actores principalísimos, tan lo son que el origen de la función notarial está ligado estrechamente al principio jurídico de certeza en las contrataciones, a la necesidad de las personas de contar con certeza legal cuando contratan. En un primer momento los contratantes utilizaban fórmulas rituales para dotar de certeza legal a sus contratos, para hacerlos firmes y dotarlos de seguridad legal, pero con el avance de la civilización y el crecimiento de las ciudades, dichas formulas rituales al ser poco prácticas fueron reemplazadas por la intervención de este tercero calificado que hoy denominamos notario. Es claro entonces que la necesidad de certeza legal, por lo menos la contractual, fue la causa de que con los años se decantara la figura del Notario y del instrumento notarial tal cual los conocemos hoy en día,

así como que los efectos de la función notarial y las características del instrumento notarial también se decantaran. Esto es la necesidad creó la función, así como la necesidad de contar con un instrumento que lo refleje de manera eficiente y permanente en el tiempo, que trascienda incluso a su autor. De ahí que el derecho notarial se sustente en dos pilares: el Notario y el instrumento notarial, basta dar una lectura rápida a la ley del notariado para apreciar que esta desarrolla dos temas principalmente: el Notario y el instrumento notarial. Por cuanto **un notario eficiente y un instrumento eficaz** son presupuestos necesarios para que la función notarial no solamente **brinde seguridad jurídica nominalmente, sino lo que es más importante brinde seguridad jurídica efectiva**, sin esto lo primero perdería legitimidad y poco haríamos los notarios en favor de la paz social. No olvidemos que la función notarial tiene como una de sus características colaborar con la paz social y evitar los conflictos, esto es ser garantes de la “seguridad jurídica preventiva”. Prueba de ello son los requisitos que la ley establece para ser Notario, conforme al sistema del notariado latino al cual pertenecemos, ser abogado, no haber sufrido condena por delito doloso, estar física y mentalmente aptos para el ejercicio del cargo, el deber de imparcialidad que se materializa en la prohibición de extender instrumentos en lo que participa el Notario o sus parientes más próximos, etc., que no son otra cosa que presupuestos necesarios para que la función de dar certeza legal esté en manos de un operador jurídico calificado y confiable. Así como las distintas normas relacionadas al instrumento notarial, la fe pública notarial, la conservación de la matriz por los notarios en el caso de los instrumentos protocolares extendidos ante él, la forma de conservación de estos instrumentos matrices, el hecho de llevar distintos registros por materias. En lo no protocolar por ejemplo, la prohibición de legalizar firmas en base a la simple comparación de éstas, sino en base a otros elementos de certeza o convicción. Queda claro que el rol de los notarios frente a la seguridad jurídica implica:

- Que la voluntad de las partes a la cual el Notario da forma se ajuste a derecho.

- Que siendo la función notarial de seguridad jurídica previa las partes sean advertidas por el Notario de las consecuencias de sus voluntades declaradas a él.
- Que el instrumento que refleja esta voluntad manifestada sea debidamente concertado.
- Que el instrumento notarial este premunido de fe pública notarial.

3.4. El contrato de compraventa

3.4.1. La compraventa.

La compraventa se define como un contrato en cuya virtud se traspasa la propiedad de una cosa, a cambio de un precio que se estipula. La persona que verifica la enajenación del objeto se llama “vendedor”, aquella a la cual se traspasa la propiedad del mismo se denomina “comprador” y la operación que entre ambos se realiza vista por sus dos aspectos transmisivo y adquisitivo.

El contrato de compraventa es un contrato bilateral, consensual y oneroso. Es bilateral pues produce obligaciones recíprocas para ambas partes, consensual pues se forma y se perfecciona sólo con el consentimiento de las partes y oneroso dado que el adquirente llega a ser dueño del objeto a través de la entrega de un contravalor que debe entregar al transmitente. Con respecto a la transmisión de bienes inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico se rige el concepto de que dicho traspaso se perfecciona entre transmitente y adquirente por medio del nudo consenso, es decir basta el consentimiento de las partes para que el traspaso se tenga como perfecto entre las partes contratantes, no siendo necesario la entrega material del bien para tener por perfecta la venta.

El artículo 1049 del Código Civil establece: La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio [...]. El contrato tiene fuerza vinculatoria, es decir, obliga a las partes a satisfacer obligaciones asumidas y, en caso de incumplimiento, el Derecho contempla mecanismos encaminados a su corrección o compensación. La fuerza vinculatoria está unida a una expresión latina tradicional *pacta sunt servanda*, esto es, que

los pactos se han celebrados para cumplirse. Poco o nada se lograría, en efecto, si ella no constituyese un factor de efectos ineludibles. Si se suprimiese solo quedaría una obligación puramente moral y le faltaría el elemento coercitivo indispensable para la seguridad jurídica la normal convivencia social. (Arias-Schreiber Pezet, 1998).

El artículo 1361 del Código Civil peruano establece que:

“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresa da en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”

3.4.2. La escritura pública como formalidad del contrato de compra venta.

El artículo 1352 del Código civil establece: “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”.

Desde la perspectiva de esta normativa todo contrato supone inevitablemente el acuerdo de las partes. Y es que el artículo 1352 permite establecer con claridad la diferencia que existe entre la formalidad *ad probationem* con la *ad solemnitatem* al disponer que esta última debe estar prefijada por la ley bajo sanción de nulidad.

Para (Arias-Schreiber Pezet, 1998):

Adicionalmente, mediante el precepto bajo comentario se consagra la supresión de los contratos reales, convirtiendo a los que tradicionalmente eran considerados dentro de esta categoría –mutuo, comodato y depósito- en contratos consensuales o, en todo caso, con libertad de forma. Esta modificación tiene significativos beneficios prácticos, pues es un hecho que, entre el acuerdo a que llegan las partes y la entrega transcurre un lapso muchas veces largo, que se traduce con frecuencia en situaciones dudosas o conflictivas. Se ha dado, pues un paso trascendental al implantarse el

sistema de consensualidad, eliminando la entrega o la tradición como regla general...”.

En el Derecho moderno la forma tiene la función de proteger a las partes que intervienen en un contrato y su trascendencia es mayor en cuanto tutela los derechos de terceros. De esta manera, los contratos establecidos con arreglo a determinadas formalidades previstas por la ley o por las partes, brindan mayor seguridad jurídica que los celebrados sin ninguna formalidad.

Partiendo del contenido del artículo 140 del Código Civil, el cual regula la noción jurídica de acto y sus elementos en los que incluye: num.4) “Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

La forma implica un tipo o modo de exteriorización de la voluntad, la forma objetiva la voluntad, permitiendo que sea conocida por los demás. El acto jurídico está contenido en la forma. La ausencia de la forma implica la ausencia de la manifestación de voluntad, o sea la inexistencia del acto jurídico.

(Torres Vásquez, 2015), califica a los actos jurídicos de formales y no formales, no porque no tengan una forma, sino que según el ordenamiento jurídico señale o no una forma en la cual se debe hacer la declaración de voluntad. Los actos jurídicos formales tienen una forma prescrita por ley (forma vinculada) y los no formales tienen una forma voluntaria (libre). Cuando el acto es no formal rige el principio de libertad de forma, pudiendo el otorgante utilizar la forma que desee, y cuando es formal debe realizarse en la forma prescrita por la ley o por la voluntad.

En nuestro Derecho rige la regla general de libertad de forma tal que, siendo esta la exteriorización de la voluntad, podrá ser verbal o escrita, expresa o tácita. De modo que cualquier contrato o negocio jurídico, siempre tendrá una forma. Así, las palabras, el documento, las señas, o los mismos actos concluyentes. No es posible, en consecuencia, que

existan los contratos “amorfos”. La forma probatoria no es requisito de validez del acto jurídico, sirve solo para demostrar la existencia del acto, su contenido y alcance.

La forma solemne sí es requisito de validez del acto; es un elemento más del acto, conjuntamente con la capacidad, el objeto y el fin. Por tanto, la forma no es requisito de validez de todos los actos jurídicos, sino únicamente de aquellos para los cuales la ley o la voluntad de las partes han señalado una forma solemne, por ejemplo el arrendamiento (acto no formal), los requisitos de validez son la capacidad, el objeto y el fin (no se exige la observancia de ninguna forma sustancial), mientras que para la donación de inmuebles (acto formal solemne) los requisitos de capacidad son la capacidad, el objeto, el fin y la forma (debe celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad – artículo 1625 del Código Civil). (Torres Vásquez, 2015).

El principio es la libertad de forma, el consensualismo, y la excepción el formalismo. Como hemos visto, el consensualismo significa que la voluntad se puede expresar de cualquier manera, como lo decida el sujeto o sujetos que intervienen en el otorgamiento del acto, pero, en ocasiones siempre habrá necesidad de proteger a una de las partes, para garantizarles que presten su consentimiento con pleno consentimiento de causa (con suficiente reflexión) sobre las consecuencias del acto que requiere realizar, o para proteger a terceros interesados haciéndoles conocer la existencia del acto, para darle certeza y facilitar la prueba de su existencia, o para facilitar la interpretación y ejecución del negocio jurídico, razones por las que excepcionalmente se establecerán formas solemnes como condición indispensable para su validez.

Y es con respecto al párrafo descrito es que entra a tallar la escritura pública, pues conforme a nuestra normativa las partes por autonomía privada puede establecer la forma que considere conveniente para otorgarle seguridad jurídica al acto o negocio a celebrar; y es, lo que en doctrina se denomina forma voluntaria *ad solemnitatem*.

Las escrituras públicas se han concebido dentro de esta investigación como un medio o instrumento de formalidad *ad solemnitatem* voluntaria, en donde las partes, aplicando su autonomía privada, le otorgan al negocio jurídico, en estricto, la compraventa el primer plano de protección y de seguridad frente a terceros y de vinculación frente a las partes que conforman la relación jurídica obligatoria.

Precisamente, por no ser la escritura pública una formalidad *ad solemnitatem* en el contrato de compraventa de inmuebles en el Derecho Civil peruano, se ha suscitado una serie de procesos judiciales de Otorgamiento de la Escritura Pública, con la finalidad de dotar de formalidad al contrato de compraventa, procesos en que incluso se ha pretendido discutir la validez del acto jurídico, lo cual felizmente, el Cuarto Pleno Civil del 2009 dejó sentado por unanimidad que en esta clase de procesos no puede discutirse tal validez. Sin embargo, existen varios casos en que se ha iniciado sendos litigios en vía de proceso de conocimiento para discutir la validez del acto jurídico. Lo cierto es que, en uno y en otro caso, ello no sería necesario si la escritura pública fuera una formalidad *ad solemnitatem* en los contratos de compraventa de inmuebles.

La norma base para la transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil peruano se encuentra en el artículo 949 del Código Civil peruano: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

El artículo bajo comento, no contiene un sistema de transferencia de propiedad inmueble basado en la tradición, es obvio, en vista de que no contiene ningún requisito adicional para la transferencia de propiedad; la misma opera de manera automática, es decir, opera el principio consensualístico. El mero consenso hace la transferencia de propiedad, por la sola voluntad de las partes.

El principio del consensualismo, regulado en el artículo 1352 del Código Civil peruano, establece que los contratos se celebran por el solo consentimiento de las partes contratantes. En tal sentido, el contrato se considera concluido cuando nace la voluntad común de ambas partes, es decir, en el momento en que confluyen las voluntades de los contratantes y estas se fusionan en una sola: el consentimiento. El acuerdo de voluntades es, pues, sinónimo de contrato.

Y es de esta perspectiva que el instrumento de la escritura pública trae consigo, un primer plano de protección para las transferencias de propiedad inmueble sujeto a contratación pública; siendo el segundo plano, la inscripción registral.

3.4.3. Trámite notarial de la compra venta y su inscripción en el registro de propiedad inmueble.

Existen diversas formas de transferir un inmueble, siendo las más conocidas las siguientes:

- **Compraventa:** Transferencia de un bien a cambio de un precio en dinero.
- **Donación:** Transferencia gratuita de un bien.
- **Anticipo de Herencia:** Transferencia gratuita de un bien a favor de los herederos forzosos.
- **Permuta:** Transferencia recíproca de bienes.
- **Dación en Pago:** Transferencia de un bien como pago total o parcial de una deuda u obligación.
- **Aporte en capital a favor de una empresa o sociedad:** Transferencia de un bien para incrementar el capital de una empresa.

Sin embargo, no es el notario quién elige la forma de transferir el inmueble sino los propios usuarios en atención a lo prescrito en el artículo 140°, 1351° y 1354° del Código Civil las que determinan la clase de acto o contrato y el contenido del mismo.

Resulta preciso indicar asimismo que, salvo la donación o el anticipo o el aporte en propiedad de inmuebles que sí requieren de escritura pública para llegar a tener validez; el resto de contratos por los cuales transfiere un inmueble están sujetos a libertad de forma, es decir, pueden ser verbales o escritos, y si son escritos, pueden sujetarse a una formalidad ad probationem o una ab solemnitatem (art. 1411 Código Civil). En otras palabras, el contrato de transferencia que no sea los que requieren una formalidad prescrita por ley, bien pueden celebrarse con el solo dicho o palabra, bien por contrato privado o bien por escritura pública. Igualmente, si se tratase de una transferencia por escritura pública, debe tenerse muy presente que, el notario no es quien redacta la minuta. En primer lugar, porque el contrato es de autoría de los particulares; y, en segundo, por la defensa cautiva que se recoge en el artículo 57° inciso a) del Decreto Legislativo N° 1049, el cual señala: *El cuerpo de la escritura contendrá: la declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta debidamente autorizada por letrado la que se insertará literalmente.*

Tal como lo hemos mencionado anteriormente, una transferencia por donación o por anticipo de conformidad con el artículo 1625° del Código Civil deberá hacerse por escritura pública. Igual suerte sigue la transferencia por aporte de propiedad para aumento de capital de conformidad con el artículo 201° de la Ley General de Sociedades.

Sin embargo, para todo contrato que no implique una formalidad ab solemnitatem previa, la sola obligación de enajenar hace a su adquiriente propietario del mismo, siendo que dicha obligación puede constar en contrato privado o escritura pública, siendo de elección de los otorgantes del contrato elegir la forma conforme a lo dispuesto en el artículo 1411° del Código Civil.

Claro está, que elegir entre legalizar un contrato, lo que le da fecha cierta; y hacer una escritura pública, lo que además de darle fecha cierta, le da matricidad y lo convierte en

documento público erga omnes; es la “seguridad jurídica”, que al fin y al cabo es lo que se busca tener en una sociedad de inseguridad.

A efectos de realizar una correcta transferencia de inmueble, el interesado deberá tener en cuenta lo siguiente:

Comprobar que el inmueble a adquirir sea de quien está ofreciendo transferírselo así como verificar si el mismo cuenta con gravámenes, cargas, medidas judiciales o administrativas.

A tal efecto debe requerir y/o presentar cualquiera de los siguientes documentos:

- Título de Propiedad, escritura o contrato de transferencia; y/o
- Copia Literal de la Partida Electrónica del Inmueble.

La lectura de dichos documentos permitirá tener una correcta información del inmueble que se desea adquirir. Así se podrá verificar quien es el titular del dominio, el área del inmueble, sus linderos, y, de ser el caso, si se encuentra libre de gravamen, carga, medida judicial o administrativa, contrato de arrendamiento, derecho real de usufructo, uso, habitación o servidumbre.

También es recomendable que el adquirente realice una constatación física en el inmueble que desea adquirir a fin de verificar estado y condición en que se encuentra el mismo. Ello implica comprobar áreas, linderos, verificación de zona, así como comprobar la presencia de inquilinos o invasores que dificulten la toma de posesión del inmueble adquirido. De la misma manera, es recomendable requerir que el transferente este al día en el pago de los servicios y/o suministros (Luz, agua, teléfono, cable, internet, otros), requiriendo los recibos correspondientes.

Si los interesados en transferir un bien inmueble desean hacerlo por contrato privado, el Notario debe verificar el contrato ante Notario de la Provincia donde se encuentra ubicado el inmueble, en el caso de que el propietario sea persona natural o ante el Notario de su

preferencia en caso de que el transferente sea Persona Jurídica (Art. 123 A y 123 B del Decreto Legislativo N° 1049).

Asimismo, el notario exigirá la presentación del DNI o los documentos de identidad o de viaje determinados para la identificación de extranjeros en territorio nacional (carné de extranjería o pasaporte con visa de negocios o permiso especial para celebrar contratos).

El notario certificará las firmas cuando le haya sido suscrito el contrato en su presencia o cuando le conste de modo indubitable la autenticidad de la firma, verificando en ambos casos la identidad de los firmantes bajo responsabilidad, careciendo de validez aquella certificación de firmas en cuyo texto se señale que la misma se ha efectuado por vía indirecta o por simple comparación con el documento nacional de identidad o los documentos de identidad para extranjeros. (Art. 106° del Decreto Legislativo N° 1049).

Es muy importante tener en cuenta que frente al requerimiento de certificación de firmas en un contrato, el notario no asume responsabilidad sobre el contenido del documento de lo que deberá dejar constancia en la certificación, salvo que constituya en sí mismo un acto ilícito o contrario a la moral o las buenas costumbres.

Si los interesados en transferir un bien inmueble desean hacerlo por Escritura Pública, de conformidad con el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1049, debe tenerse en cuenta que el Notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conservando los originales y expide los traslados correspondientes. Dicha atribución está propiamente coligada a la Escritura Pública. A tal efecto, el notario verificará y requerirá a las partes interesadas lo siguiente:

a) Minuta: El notario procederá a recepcionar la minuta firmada íntegramente por los interesados, de preferencia en cada página para garantizar su inalterabilidad; debiendo contener en forma adicional la firma de abogado.

b) Identidad: De conformidad con el artículo 16° inciso d) y el artículo 55° del Decreto Legislativo N° 1049, se procederá a requerir a los interesados la presentación del documento nacional de identidad o los documentos de identidad para extranjeros. En el caso del DNI, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1246 publicado el 10 de noviembre último, El vencimiento de la fecha de vigencia del Documento Nacional de Identidad no constituye impedimento para la participación del ciudadano en actos civiles, comerciales, administrativos, notariales, registrales, judiciales, policiales y, en general, para todos aquellos casos en que deba ser presentado para acreditar su identidad. Para el caso de contratantes extranjeros, éstos deberán presentar carné de extranjería vigente con la constancia de haber pagado la tasa anual o el pasaporte vigente conteniendo permiso especial para celebrar contratos o visa de negocios. Sea para nacionales o extranjeros, el notario deberá necesariamente acceder a la verificación biométrica y/o consulta en línea que brinda el RENIEC para los nacionales; y al Servicio de Consultas que brinda migraciones para el caso de extranjeros, o inclusive requerir la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación

c) Anexo 5: El anexo 5, consiste en un formulario llamado Declaración Jurada de Conocimiento del Cliente, para uso exclusivo del Notario y de la SBS a través de la UIF-Perú, lo que ha sido impuesto como requisito de verificación obligatoria a cargo del notario a través de la Resolución SBS N° 5709-2012, modificada por la Resolución SBS N° 4034-2013, y en virtud de la cual se exige al otorgante complete la información que nos suministre en forma previa su identificación a fin de aplicar los criterios necesarios para el control y prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo.

d) **Impuestos Municipales:** De acuerdo al artículo 07 de la Ley de Tributación Municipal, a efectos de transferir un inmueble se debe cumplir con el pago del **Impuesto Predial** (más conocido como **Autoavaluo**) **de todo el año en el cual se realiza la transferencia**, aun cuando no se hayan vencidos los plazos y/o periodos para efectuar el pago, es decir, no se admite pagos parciales. Ello, en razón que el adquiriente tendrá la calidad de contribuyente a partir del 1° de enero del año siguiente de efectuada la transferencia. Es pertinente, de igual forma, adjuntar los formatos de declaración de Hoja Resumen (HR) y de Predio Urbano o Rural (PU o PR), que contienen la valorización del inmueble y el cálculo del impuesto a pagar de tal forma que se pueda verificar que el pago efectuado corresponde al del inmueble que se transfiere y no a otro. Igualmente dichos formatos, nos permitirán verificar cual será el valor a tomar en cuenta al momento de cancelar el impuesto de alcabala. **El pago del impuesto predial** está a cargo del transferente.

Asimismo, se debe verificar si el bien a transferir se encuentra afecto o no al pago del **Impuesto de Alcabala**. El impuesto del Alcabala lo paga el adquiriente. No admite pacto en contrario.

Están inafectas del impuesto, entre otros, los anticipos de legítima, las transferencias que se produzcan por causa de muerte, la resolución del contrato de transferencia que se produzca antes de la cancelación del precio, las transferencias producidas por la división y partición de la masa hereditaria, de gananciales o de condóminos originarios.

La primera venta de inmuebles que realizan las empresas constructoras no se encuentra afecta al impuesto, salvo en la parte correspondiente al valor del terreno.

e) **Impuestos a la Renta Segunda Categoría:** En caso de tratarse de una enajenación a título oneroso, lo que ha sido definido por el Art. 5 del TUO de la Ley del impuesto a la Renta como venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso; el

notario deberá verificar el pago del Impuesto a la Renta por Enajenación de Inmuebles – Segunda Categoría.

El impuesto a la renta lo paga el transferente, siempre y cuando se den los siguientes supuestos: - Que la transferencia se realice bajo la forma de venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades u otra forma de transferencia en la que se haya pagado una suma de dinero (onerosidad) - Que, el transferente (contribuyente o responsable) sea persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa sin negocio, es decir, que no se dedique como empresa unipersonal a la transferencia de inmuebles; o, persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa con negocio pero vinculado a un rubro distinto al de transferencia de inmuebles.- En tales casos, al momento realizar la transferencia del bien inmueble, el enajenante (transferente) tributará (pagará impuesto) como renta de segunda categoría. - Que, la transferencia del inmueble haya generado utilidad. Cabe precisar que la norma tributaria en el caso de ganancias de capital generadas por enajenación de inmuebles gravadas por rentas de segunda categoría no admite pérdida, pero si permite deducir costos sustentables.

Finalmente, de acuerdo al Art. 14 de la Ley de Tributación Municipal, los contribuyentes están obligados a presentar declaración jurada cuando se efectúa cualquier transferencia de dominio de un predio, la cual deberá presentarse hasta el último día hábil del mes siguiente de producidos los hechos. Ello es importante, con la finalidad de determinar quién será a partir del 01 de enero del año siguiente, el que adquiera la calidad de contribuyente.

En el ordinal 480 del Código Civil se establece que: “La propiedad de muebles e inmuebles se trasmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el registro y de la tradición [...].

Este artículo aporta un elemento importante en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles y se refiere a la existencia del Registro Público concretamente al Registro de Propiedad. El Registro de Propiedad juega un papel como veremos más adelante muy importante en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles en nuestro país.

Capítulo IV

Análisis del sistema de transferencia declarativo en el Perú vs el sistema constitutivo de propiedad

4.1. El sistema registral en el Perú, publicidad registral y seguridad jurídica

El Derecho Registral es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la función del Registro Público. El derecho registral inmobiliario es una parte del Derecho registral que se refiere al conjunto de principios o normas destinadas a reglar la organización y funcionamiento de los organismos estatales encargados de receptor fundamentalmente los actos y documentos concernientes a los derechos reales o a los que afectan, relativos a los inmuebles, así como también las formas y resultado de tales registraciones y por último los efectos y consecuencias jurídicas que se derivan de ella.

Por su parte Villario los define como el conjunto de normas y principios que regulan la organización, el funcionamiento y los efectos de la publicidad registral en función de la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles.”

“El derecho Inmobiliario registral como el conjunto de normas de derecho Civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión etc. de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito a través del registro de propiedad”

Existen en el Derecho Registral una serie de principios que regulan uniforman y dan vida a la función que realiza el Registro Público. A este como institución que le incumbe y tiene como una de sus funciones más importantes la registración de los Traspasos de Bienes Inmuebles que se dan día con día en nuestro país, debe respetar y poner en práctica dichos principios.

El principio es la libertad de forma, el consensualismo, y la excepción el formalismo. Como hemos visto, el consensualismo significa que la voluntad se puede expresar de cualquier manera, como lo decida el sujeto o sujetos que intervienen en el otorgamiento del acto, pero,

en ocasiones siempre habrá necesidad de proteger a una de las partes, para garantizarles que presten su consentimiento con pleno consentimiento de causa (con suficiente reflexión) sobre las consecuencias del acto que requiere realizar, o para proteger a terceros interesados haciéndoles conocer la existencia del acto, para darle certeza y facilitar la prueba de su existencia, o para facilitar la interpretación y ejecución del negocio jurídico, razones por las que excepcionalmente se establecerán formas solemnes como condición indispensable para su validez. (Torres Vásquez, 2015).

4.2. El registro de predios.

Una de las funciones del Registro Público es dar publicidad entendiendo por esta como la acción de hacer pública una cosa en este caso la existencia de un derecho, a través de los registros que pueden ser consultados. Considerando desde un punto de vista general, la publicidad de los derechos reales es ante todo una cuestión de seguridad en la operación sobre inmuebles. El principal efecto derivado de la publicidad registral estriba en la seguridad jurídica que se les brinda a las personas que consultan el registro, previo a la realización de un negocio jurídico.

Este principio de seguridad trasciende la esfera registral y se contempla como un valor fundamental de la sociedad. Así la seguridad es intrínseca a la naturaleza humana trasciende todos los ámbitos de su vida salud abrigo, bienestar alimentos. El Registro Público se constituye como un medio de publicidad declarativo, para proteger mediante la inscripción registral a los terceros, dándole certeza y seguridad inmobiliaria en nuestro país.

4.3. Funciones del registro público en nuestra sociedad.

La función del Registro Público de la Propiedad Inmueble es dar publicidad y seguridad acerca de la constitución, modificación y extinción de derechos sobre propiedad inmueble entre otras. Así, la finalidad primaria de la publicidad registral queda patente, la protección del tráfico, la agilización de las transacciones inmobiliarias, al suplir con la garantía que supone la consulta

de un Registro Público, las complicadas indagaciones sobre la titularidad de los derechos que, en otro caso, sería preciso practicar.

Según queda visto de la normativa expuesta y doctrina consultada que una de las funciones más importantes cumple el Registro Público es la de registrar aquellos documentos en los cuales se traspasen bienes inmuebles de un sujeto a otro o de un titular registral a otro, y con ello dar publicidad y seguridad registral a dichos documentos.

Esta función debe cumplirla de la mejor forma, es decir eficiente y ágil y rápida, pero sin perder el valor seguridad jurídica en las transacciones.

4.4. Sistemas eficientes: Declarativo vs. Constitutivo

El sistema de registro constitutivo, en el que no existe un derecho real extra registral y solo la inscripción produce la transmisión, constitución, modificación o extinción de los derechos reales, tiene sus adeptos en la actual doctrina peruana.

Así, tenemos a (Bullar González, Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa, el análisis económico de las instituciones legales, 2006), quien reconoce la importancia del Registro como constitutivo del derecho de propiedad basado en un criterio individualista, propio de una economía de mercado, en el que es necesaria una seguridad jurídica estática. La seguridad jurídica a la que se refiere Bullard es un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental.

Asimismo, (Avendaño Valdez, 2000), hubiera preferido una clasificación de bienes registrables y no registrables, en lugar de la actual clasificación de acuerdo al criterio de la movilidad: muebles e inmuebles. Con ello pretende que el Registro sea constitutivo, puesto que su propuesta era que los actualmente considerados bienes inmuebles sean registrables. Además,

señala que el art. 949° del C.C. crea cierta inseguridad para el adquirente, ya que puede darse el caso de que una persona venda un mismo bien a diferentes acreedores.³

Por otro lado, el sistema declarativo es más flexible, ya que permite, inmediatamente, la transmisión de la propiedad al comprador, sin necesidad de requisitos o gastos, pero tiene una cuota de inseguridad, pues, por ejemplo, un tercero con mejor derecho (que inscribió la propiedad en Registros) podría quedarse con la propiedad y, a su vez, desplazar al primer comprador, quien solo firmó un contrato privado e hizo posesión de la propiedad. En la doctrina actual, también encontramos a los seguidores de dicho sistema.

De la misma manera, (González Barrón, Derecho Registral y Notarial, 2012), se pregunta:

“¿acaso los pobladores de los pueblos jóvenes –que son más de la mitad de Lima- necesitan de un título de propiedad inscrito para usar, disfrutar e invertir sus capitales en el inmueble al adquirirlo? La respuesta se encuentra en las calles o, en todo caso, en cualquier libro de Sociología Urbana. Esta situación no es nueva, y basta revisar el Derecho Romano para darnos cuenta de los problemas que generó en esa época el formalismo de la transmisión de la propiedad (...). Incluso, en países del primer mundo existen serias dudas por lograr en el corto plazo la implantación de un registro constitutivo, y eso que se trata de países de menor extensión territorial, sin una geografía tan difícil como la peruana, con un desarrollo económico muy superior al nuestro y con un nivel de cultura jurídica del que todavía estamos lejanos. Por lo tanto, nuestra opinión a esta pretendida reforma es negativa, siendo suficiente que el registro cuente con los efectos de inoponibilidad y fe pública, pero, eso sí, correctamente entendidos y destacando que ambos son planos distintos.

³ La Fe Pública Registral es el principio fundamental que caracteriza a nuestro sistema registral y por el cual una persona que de buena fe adquiere un derecho de persona que aparece en el registro con facultades para disponerlo, conserva su adquisición, aunque después se resuelvan, rescinde o anule el derecho de su transferente.

La inscripción no crea el derecho, sino que simplemente se constituye en una garantía en caso de situaciones excepcionalmente patológicas”⁴

Finalmente, el profesor Mario Castillo Freyre señala que en el Perú el ordenamiento legal da lugar a la convivencia de una propiedad de carácter absoluto y de una propiedad de carácter relativo, al haber adoptado siempre el mismo sistema que el Derecho francés, tanto en lo que respecta a la manera de transferir la propiedad mueble e inmueble, como en cuanto al registro de la propiedad inmueble, creado en Francia en 1855 e implantado en el Perú en 1888, registro de carácter meramente declarativo y no constitutivo⁵

Se puede observar que los autores llegan a conclusiones diferentes. Los primeros, a favor de un sistema de registro constitutivo; los segundos, a favor del sistema declarativo.

4.5. El sistema de inscripción constitutiva y la importancia del catastro

4.5.1. El Catastro.

En el caso del Perú, hablar de Registros Públicos y Catastro, cuando la inscripción registral en lo referido a predios es un acto administrativo meramente declarativo y no constitutivo, nos lleva a sobre entender un concepto tácito no absoluto de inseguridad jurídica, por cuanto mientras no podamos adicionar o complementar el concepto de Registros Públicos con el de universalidad o totalidad, estaremos ante una figura incompleta pero no ineficiente, ante una figura limitada pero no limitante, de “seguridad jurídica”. Frente a estos y otros retos, el Estado debe contar con los instrumentos idóneos que permita afrontarlos con éxito, siendo el Catastro uno de ellos. En efecto, la institución catastral puede estar al servicio de diversas políticas del

⁴ El sistema registral peruano y en general todo sistema de oponibilidad, siempre tratará de compatibilizar la seguridad del tráfico con la seguridad del derecho, pero en caso de contradicción, el sistema enfilará sus escudos a favor de la primera, al establecerse claramente en nuestro Código Civil que *para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone*. Debe tenerse presente que un continuo enfrentamiento entre ambos tipos de seguridad, dañaría gravemente cualquier sistema registral, no pudiendo perjudicarse en forma continuada la seguridad del derecho en aras de una seguridad del tráfico, dado que el sistema estaría condenado a la desaparición. Si bien es cierto, nuestro sistema recoge como una garantía la adquisición a non domino - adquirir un derecho de un no propietario, no titular del derecho publicitado - esto en última instancia es la existencia de un hecho confrontacional que merma al sistema. Debe sembrarse la cultura del registro, hasta el punto en que no sea ley que vuelva al registro constitutivo - como parece que va suceder - , sino el propio uso y costumbre le impongan dicho estatutos.

⁵ Artículo 94 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios " Las transferencias a favor de terceros efectuadas por el causante antes de su fallecimiento, podrán inscribirse aun cuando la partida registral correspondiente se hubiera inscrito la sucesión a título universal, siempre que dichas transferencias consten en escritura pública o formulario registral legalizado por notario y no perjudiquen a terceros

Estado pues contiene valiosa información gráfica y alfanumérica sobre los bienes inmuebles, tales como localización, superficie, uso o destino, clase de cultivo o aprovechamiento, calidad y tipología de las construcciones, valor catastral, titularidad dominial. Pero ¿de qué nos sirve toda esta información sino sabemos cómo usarla, ¿cómo aprovecharla?; para desglosar este problema es necesario primero dar los conceptos.

Un catastro moderno es un sistema integrado de bases de datos que reúne la información sobre el registro y la propiedad del suelo, características físicas, modelo econométrico para la valoración de propiedades, zonificación, transporte y datos ambientales, socioeconómicos y demográficos. Dichos catastros representan una herramienta holística de planificación que puede usarse a nivel local, regional y nacional con la finalidad de abordar asuntos relevantes como la expansión urbana, la erradicación de la pobreza, las políticas de suelo y el desarrollo comunitario sostenible. El concepto actual de catastro, se podría identificar que se basa principalmente en tres finalidades que le dan sustento, las cuales son:

- Dar una base para el planeamiento urbano y rural.
- Calcular el monto de las contribuciones como el impuesto inmobiliario. (Dentro de una figura de catastro pleno y completo).
- Guardar la seguridad jurídica del derecho de propiedad a través de la aprobación y archivo de las mensuras, que son la base de las escrituras de traslación y dominio.

Un buen catastro, podríamos definir, es aquel que contribuye para la distribución equitativa de las cargas tributarias, promueve la seguridad de la propiedad raíz y crea bases para la planificación urbana y regional. Justamente esta última afirmación abrió el camino para la visión moderna del Catastro Multifinlatario. Este registro pasa a contemplar, además de los aspectos económicos, físicos y jurídicos tradicionales, los datos ambientales y sociales del inmueble y de las personas que en él habitan. La visión jurídica que debe perseguir el Catastro como institución perteneciente a Registros Públicos, deberá englobar la definición antes dada.

4.5.2. El registro de inmuebles y el catastro.

La conformación de un sistema de información territorial completo exige la correlación entre los datos almacenados en el Catastro y los asentados en Registros de Inmuebles. Mientras los Catastros Territoriales trabajan sobre las cosas inmuebles de derecho, los Registros de Inmuebles lo hacen sobre las personas que tienen esos derechos y/o sobre los derechos en sí.

En algunos países (principalmente europeos) ambos registros están incorporados en una única institución denominada Catastro Legal, sin embargo, en América Latina y en Perú, la mayoría de los países los mantiene como instituciones separadas, preservando los nombres clásicos de Catastro y Registro (en todas sus acepciones). Esta “separación” se debe principalmente a las especificidades del manejo de los datos de los cuales cada uno es responsable y a las calificaciones profesionales necesarias del personal técnico y administrativo, manteniendo no obstante coordinación entre ellos (en mayor o menor grado, dependiendo de la jurisdicción).

4.5.3. Transferencias de derechos y mantenimiento del registro.

La forma de transferir inmuebles ha cambiado a lo largo de la historia. Inicialmente eran acuerdos orales con presencia de testigos. Posteriormente se hacían transferencias privadas mediante Escrituras sin registrar, hasta llegar a los actuales Registros de Escrituras (registro sin garantía de título) y Registro de títulos (registro con prueba de titulación).

Todos los sistemas registrales persiguen un mismo fin, que es el de incorporar los bienes a un solo “registro” y a través de su publicidad brindar seguridad jurídica, mas es común en todos estos sistemas que buscan la eficiencia y la eficacia, respetar e incorporar principios universales, los cuales se pueden definir como: El primer principio “registral universal” reconoce que es necesario contar con mapas adecuados. Ningún sistema de registro de derechos será verdaderamente eficaz sin el apoyo de una adecuada cartografía catastral. Incluso el sistema más sencillo de inscripción voluntaria se verá considerablemente reforzado y facilitado con los medios precisos y uniformes de descripción que sólo dichos mapas pueden

proporcionar. El segundo principio “registral universal” sostiene que, en última instancia, todo sistema de registro debe ser obligatorio. Sólo mediante la obligatoriedad se podrá lograr la universalidad de la que depende la plena eficacia del sistema de publicidad inmobiliaria. Si en primera instancia se introduce un sistema de inscripción voluntaria, tal sistema deberá considerarse como parte del proceso educativo necesario para preparar al público para la inscripción obligatoria, teniendo una inscripción obligatoria y constitutiva podremos asegurar el concepto de “seguridad jurídica”, esta seguridad jurídica se logrará solo y únicamente con la participación de un Catastro adecuado. El tercer principio “registral universal” afirma que, un sistema de registro solo tendrá pleno éxito si cuenta con el apoyo de la opinión pública y, por lo tanto, será necesario educar a ésta para que lo acepte. La educación puede consistir en disipar las dudas y temores, pero también puede hacerse mucho mediante una propaganda inteligente del gobierno encaminada a poner de manifiesto las ventajas que el registro depara a los individuos y a la comunidad local. El establecimiento de un sistema voluntario de registro puede ser un elemento valioso de esa promoción. La existencia previa de un registro de documentos, incluidas las escrituras (como el existente en el Perú), también puede ser muy útil, sin embargo, la forma de promoción tendrá que corresponder a la naturaleza de las dudas y temores aludidos. Los métodos para aumentar la confianza en el registro consisten en asociar a los miembros de la comunidad interesados.

El fin del registro debe ser asegurar la inscripción completa y fidedigna de todos los derechos, sin embargo, determinar que un título es absolutamente fidedigno mediante una simple investigación puede ser muy difícil, pues en la práctica se ha visto que una inscripción basada en un título presunto adquiere rápidamente todos los caracteres esenciales de una inscripción que se basa en un título fidedigno. Por consiguiente, el procedimiento más adecuado será tratar de lograr los mejores resultados mediante una cuidadosa investigación local sobre las circunstancias reales de la posesión. Esa investigación deberá ir precedida de una amplia

notificación sobre la intención de realizarla y deberá incluir un examen cuidadoso de todas las pruebas presentadas en estrecha consulta con la opinión local, pequeña definición que podría englobar el trabajo de COFOPRI URBANO - RURAL, quien cumple las funciones de investigador de la posesión para convertirla en propiedad, claro, eso sí con la participación de Registros Públicos. Es trascendental la labor realizada por tan noble institución, si bien es cierto con las falencias propias de la falta de recursos, ha logrado la titulación de poseedores quienes sin su ayuda que podría considerarse social, nunca hubiesen tenido acceso al registro y por ende no ser considerados “propietarios de capital”. El éxito o el fracaso de un sistema de registro depende de la exactitud y rapidez con que se inscriben las modificaciones, que se van generando o realizando en los predios registrados o por registrarse las cuales pueden ser más ágiles si se aplican los siguientes principios: • En la medida de lo posible las modificaciones deberán ponerse en conocimiento del funcionario del registro automáticamente o durante los trámites ordinarios, entiéndase esto, o la participación conjunta de la institución investigadora y la entidad catastral compiladora de información “CATASTRO”, y • Cuando los informes dependen de la iniciativa de los individuos a quienes afecta la modificación convendrá facilitar dichas comunicaciones situando las oficinas del registro locales en el lugar más apropiado para las personas, función que creemos particularmente se viene cumpliendo en la medida de las posibilidades, en los últimos años, la inauguración de oficinas descentralizadas y oficinas receptoras ha acercado mucho más el registro a la población, pero falta complementar el acceso a la información tanto del registro para la población como de la población para el registro.

4.5.4. El aporte del catastro al sistema de inscripción constitutiva.

Somos de la opinión que con el fin de lograr que, en un futuro cercano, todos los inmuebles puedan entrar al registro (sean inmatriculados), y por tanto pueda regir en la totalidad del territorio de la república, el sistema de inscripción constitutiva; es necesario el mejoramiento del catastro, a fin que pueda ejecutarse en todo el país. De este modo se podrá determinar la

correcta ubicación de los inmuebles, así como sus reales dimensiones; igualmente lograr que todos los títulos de propiedad en el país se encuentren saneados, y gracias a su relación con los registros públicos, expresen en todo momento la real situación jurídica y física de los inmuebles.

Otros de los grandes aportes que traería el catastro es que evitaría los problemas de superposición de propiedades, ya que este mantendría al día y con grado de exactitud las reales medidas perimétricas y linderos de los predios; imposibilitando con ello que personas alegando buena fe y desconocimiento construyan en terrenos ajenos.

Concordamos con la opinión del doctor Max Arias Schreiber, quien expresa que el catastro debe convertirse en el complemento ideal de registros, ya que así será posible comprobar la efectiva existencia de los inmuebles, sus características físicas, el uso que se les da o podría dárseles, el estado de posición en que se encuentran. Mientras que los catastros complementarios los registros brindándole la constancia de existencia real y estado de posesión de los inmuebles objeto de s actos jurídicos los registros complementarían los catastros, brindándoles información de los derechos reales que pueden invocarse sobre los inmuebles.

4.6. Análisis jurisprudencial del sistema de transferencia en el Perú

Evidentemente, nuestra jurisprudencia respecto al tema de investigación es amplia - pero contradictoria - al momento de ser resuelta por nuestros honorables tribunales, por ello, en la presente investigación tomaremos en cuenta alguna de ellas. (Hinostroza Minguez, 2008)

4.6.1. Casación N° 3671-2014 Lima (VII pleno casatorio).

4.6.1.1. Descripción.

En la Casación 3671-2014 LIMA de fecha 5 de noviembre de 2015, las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica en un proceso de tercería de propiedad se pronuncian en la siguiente forma:

El recurso fue interpuesto por Mirian Ivonne Clavijo representada por Gloria Esther Hermida Clavijo contra la sentencia de vista de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (10 de setiembre de 2014), que resolvió confirmar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013, que declara fundada la demanda de tercería de propiedad.

El recurso de casación se declara procedente por la causal contemplada en los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil; se puede deducir de la resolución que la recurrente afirma:

a) Que, respecto a lo establecido por el artículo 2012° del Código Civil, la Sala de mérito interpreta de manera errada la mencionada norma, por cuanto al haber operado la transferencia según lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil, al tercerista le asiste oponer su derecho, siempre y cuando haya sido inscrito su título en el Registro de Propiedad Inmueble.

b) Que, en el caso de no ampararse los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil, se estaría resquebrajando su propia razón de ser, dándose lugar a la posibilidad de fraudes y quebrantamiento de la fuerza de los mandatos judiciales, en perjuicio de quien quiso cautelar su derecho debidamente.

Los magistrados sostienen lo siguiente:

En relación a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, señalan que es importante tener presente lo señalado en el artículo 949 del Código Civil, el cual regula el sistema de transferencia de la propiedad inmueble, precisando que: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”

De acuerdo a esta norma, respecto a la propiedad en nuestro sistema jurídico se puede afirmar que esta se adquiere por el solo consentimiento de las partes contratantes (adquirente y transferente) y no necesariamente se exige la entrega de la posesión del bien, menos aún su inscripción en el Registro Público.

En relación a los artículos 2012 y 2013 del Código Civil, señalan que la primera norma se refiere al principio de publicidad registral, en tanto que la segunda se refiere al principio de legitimación, estos preceptos, según estos magistrados, no resultan pertinentes para resolver dicho conflicto de derechos. Es notable la posición por los magistrados integrantes de esta casación, quienes consideran la inaplicabilidad del criterio registral, pues consideran que este conflicto no puede resolverse aplicando normativa registral.

A respecto los magistrados precisan que: “... este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos. Empero, como se explicó también, aunque la solución prevista por la norma diste de ser la más adecuada, el intérprete no puede alterar o proceder a plantear una interpretación que violente el texto de la disposición materia de interpretación”

4.6.1.2. Análisis.

Como se avía señalado anteriormente, el recurso fue interpuesto por Mirian Ivonne Clavijo representada por Gloria Esther Hermida Clavijo contra la sentencia de vista de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (10 de setiembre de 2014), que resolvió confirmar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013, que declara fundada la demanda de tercería de propiedad. La causal en que se sustenta el presente recurso son los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil.

Es importante resaltar lo siguiente:

a) Respecto a la transferencia de la propiedad de un bien inmueble

Este Colegiado Supremo ha señalado que “ (...) Consideramos que la propiedad inmobiliaria no inscrita en nuestro país, no es una propiedad oculta, clandestina; simplemente es propiedad, de conformidad con el sistema de transmisión de la propiedad inmueble recogido en el artículo 949 del Código Civil, el cual solo exige el consentimiento de las partes contratantes, y como ya se acotó, no necesariamente se requiere la entrega de

posesión del bien ni la inscripción en el Registro Público, por lo que siendo esto así, se favorece la tesis de protección al derecho de propiedad frente al embargo”

De lo señalado se puede afirmar que los magistrados integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mantienen la posición adherida al modelo consensualista francés, en virtud del cual la propiedad sobre inmuebles se transmite al margen de la posesión y del registro.

Esta posición – de los magistrados – si bien se diferencia del sistema título y modo español, que señala que el transmitente tenga que estar en posesión del inmueble, también se aleja del modelo alemán, en la medida en que para los fines de la transmisión de la propiedad no se requiere de su inscripción en el Registros Públicos.

En esta casación – materia de análisis – se pone de manifiesto los criterios contradictorios adoptados por los magistrados anteriores al debate en el VII Pleno Casatorio, lo que evidencia actualmente a que el tema aún no está adecuadamente definido, existen en la actualidad posición aisladas, que necesitan ser resueltas, pues son los mismos magistrados quienes han manifestado la necesidad de adoptar cambios normativos para dar una mejor solución a este tema.

A decir del considerando 7.7., señalan que: “Con relación a que la protección de la propiedad no inscrita atenta contra la finalidad de los registros públicos y facilita los actos de fraude, también se ha expuesto en esta resolución la necesidad de que se adopten cambios normativos para dar solución a este particular conflicto de derechos”

4.6.2. Casación N° 2674-2003 Arequipa.

4.6.2.1. Descripción.

En la Casación N° 2674-2003 AREQUIPA de fecha 24 de agosto de 2004, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en un proceso de tercería de propiedad se pronuncia sobre la causa N° 2674-2003.

El recurso fue interpuesto por Servi Autos S.A., contra la sentencia de vista de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (de fecha 31 de enero de 2003), que resolvió revocar la sentencia N° 130-2002 (del 1 de setiembre del 2002), que declaró infundada la demanda que reformándola, la declararon fundada y ordenaron la desafectación del inmueble ubicado en la avenida Bolognesi N° 110 (Yanahuara), de propiedad de los demandantes.

El recurso de casación se declara procedente por la causal contemplada en el inciso 2° del artículo 386° del Código procesal civil por la inaplicación de los artículos 2012° y 2014° del Código civil; se puede deducir de la resolución que el recurrente afirma:

a) Que no se ha aplicado lo establecido por el artículo 2012° del Código civil (que recoge los principios de publicidad y presunción jure et de jure), que ampara el derecho de la empresa recurrente y que rige los Registros Públicos.

Del referido artículo se puede deducir que todos los miembros de la comunidad conocen y saben de los actos jurídicos registrados –valga la redundancia– en los Registros Públicos, y en base a ellos realizan sus actos en vida social, siendo así, la aplicación de esta norma determina que la empresa recurrente, actuó de acuerdo a lo que aparecía en el registro;

b) Que se ha inaplicado el artículo 2014° del Código civil, que recoge el principio de la buena fe registral de quienes celebran actos jurídicos, al amparo de los antecedentes que obran en registros públicos, principio que es congruente con la necesidad de seguridad jurídica. En el caso objeto de análisis la empresa Servi autos afirma que su actuar fue de buena fe de acuerdo a la información que aparecía en el registro.

Los magistrados en la parte considerativa de la resolución reiteran una fórmula ya implícita de nuestro sistema:

La sola concurrencia de la voluntad de enajenar un bien inmueble mediante un documento cierto, hace al acreedor propietario del bien, la inscripción en los Registros Públicos

solamente produce efectos declarativos mas no constitutivos del derecho mismo de propiedad, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada.

Respecto a la interpretación del artículo 2014° el Tribunal supremo precisa que se refiere a los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso de quien aparece en el registro con facultades para otorgarlo, supuesto distinto al caso de la inscripción de la medida cautelar trabada por Servi Autos S. A.; pues en ésta no concurre la voluntad de los codemandados, y el conocimiento, respecto de la libre disposición que estos hayan tenido sobre dicho bien (sin que se afecte derechos de terceros) como es el caso de los demandantes; que si bien no cuentan con el amparo del principio de publicidad, han demostrado la adquisición del derecho de propiedad anterior al del embargo trabado.

En lo relacionado con el principio estipulado en el artículo 2012° del Código civil (principio de prioridad), en la casación se explica que este se aplica cuando se trata de derechos inscritos de la misma naturaleza, en tal sentido dicho principio no rige cuando se tratan de derechos de distinta naturaleza; tal es el caso del crédito asegurado con embargo, ante el derecho real de propiedad adquirido por los demandantes, lo que se constata al concordar la norma citada con el segundo párrafo del artículo 2022° del Código civil, que establece una excepción al principio de prioridad; en tal sentido los magistrados recurren a una fórmula muy descriptiva y precisan que: "...en caso que concurren un derecho real con otro de naturaleza distinta, como es el caso del embargo, prevalece el derecho real, aun este no haya sido debidamente inscrito".

Valorados los considerandos anteriores y de conformidad con lo previsto por el artículo 397° del Código procesal civil los jueces supremos declararon infundado el recurso de casación, interpuesto por Servi Autos S.A., en consecuencia, no casaron la sentencia de vista (del 31

de enero del 2003), condenaron a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso, e impusieron la multa de una Unidad de Referencia Procesal.

4.6.2.2. Análisis.

La empresa Servi Autos S.A. interpone recurso de casación contra la Sentencia de vista expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con la finalidad de que la Sala Suprema declare nula esta resolución y, por consiguiente, se declare infundada la demanda de tercería. La causal en que sustenta su recurso es la inaplicación de los artículos 2012° y 2014° del Código procesal civil.

Es interesante el análisis realizado por los magistrados supremos, por ello, se procura en las líneas siguientes abordar algunos de los temas que mayor atención generaron para la presente investigación.

a. Transferencia de la Propiedad de un Bien Inmueble

La Sala Suprema señala que “(...) la sola concurrencia de la voluntad de enajenar un bien inmueble mediante un documento cierto, hace al acreedor propietario del bien (...)”. Esta afirmación se puede interpretar de dos maneras:

- La primera, es que la sola voluntad de enajenar un bien, o para ser más precisos, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad; ello al parecer no reviste mayor discusión toda vez que así lo establece el artículo 949° del Código civil.

- La segunda interpretación se refiere a la frase “mediante un documento cierto”; de una interpretación literal de la frase entrecomillada en el párrafo anterior, se infiere que para la Sala, la transferencia de la propiedad inmobiliaria se produce no con el solo acuerdo de voluntades, sino que es necesario que el mismo conste en un documento de fecha cierta.

Tal afirmación carecería de todo sustento jurídico, pues no existe norma, jurisprudencia ni doctrina que sostenga tal afirmación. Por lo que podría sugerirse que la casación ha querido

referirse a lo dispuesto por el artículo 949º, esto es, que el contrato transfiere la propiedad, sin alguna formalidad adicional, como el documento de fecha cierta.

La Sala señala más adelante que: “La inscripción en los Registros Públicos solamente produce efectos declarativos, mas no constitutivos del derecho mismo de propiedad, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada (...)”. Respecto de este extremo, es acertada la precisión al ser consensual nuestro sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria, la inscripción en el registro solo declara “algo” que para el Derecho ya se había constituido con anterioridad: el derecho de propiedad.

El contrato transfiere la propiedad y no se requiere de algo más para que tal efecto se produzca; sin embargo, quien adquiere en estas condiciones, adquiere solo una propiedad relativa, es decir, su titular podrá oponerlo solo ante su vendedor (inter partes) y no frente a terceros (oponibilidad erga omnes); para que el derecho sea oponible será imperativo otorgarle un signo de publicidad, que, en el caso de bienes inmuebles, es la inscripción en el registro.

Es fácil percibir que tener una propiedad relativa, es como no tener este derecho, pues una de las facultades que le dotan de importancia a la propiedad (como a todo derecho real) es su oponibilidad. Entonces de nada sirve que el artículo 949º diga que tengo un derecho llamado propiedad, si el mismo no me otorga la facultad de exclusión.

Ahora bien, cuando en el escenario de la transferencia de propiedad, se presentan otros sujetos con derechos incompatibles sobre el mismo bien, la vigencia del artículo 949º pasa a un segundo plano, pues en este caso se aplican las reglas previstas para el concurso de acreedores (arts. 1135º y 1136º del Código civil). Una aplicación conjunta del 949º y de las normas sobre concurso de acreedores podría resultar contraria a la lógica.

Este escenario descrito es el mismo en que se desenvuelve el caso bajo análisis, por lo que, hacer referencia al artículo 949º cuando estamos frente a un concurso de acreedores, es erróneo y es la imprecisión en la que incurrió la Sala.

4.7. Desventajas del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en nuestro ordenamiento civil peruano

Cuando nos referimos a la transferencia de la propiedad inmobiliaria, es de aplicación el artículo 949 del Código Civil, que prevé que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario; artículo debidamente concordado con el artículo 923 del mismo Código sustantivo que define al derecho de propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; debiendo ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

El artículo 1529 del Código Civil expresa que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. De acuerdo a esta definición, la compraventa presenta, entre otras, dos características que cabe resaltar en relación con el tema que nos ocupa: es un contrato obligacional en el que la traslación de dominio es una consecuencia del perfeccionamiento del contrato; y, es consensual, requiriendo solamente el consentimiento de las partes, existiendo libertad de forma.

En consecuencia, por aplicación de los artículos 1529 y 949 del Código Civil, la transferencia de inmuebles por compraventa resulta siendo de carácter consensual; habiéndose adoptado la teoría espiritualista de procedencia francesa; siendo suficiente que entre vendedor y comprador exista un acuerdo respecto a los elementos esenciales de la compraventa, para que este último se convierta en propietario del bien inmueble, no requiriendo de formalidad alguna. Debido a ello la transferencia de la propiedad se produce en un solo momento: únicamente con el título -la sola obligación de dar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él-; no

existiendo como en otras legislaciones dos momentos (título y modo). Por tanto, la inscripción registral en el Registro de la Propiedad Inmueble, no es obligatoria, siendo declarativa más no constitutiva de derechos (excepto en el caso de la hipoteca en el que la inscripción sí es constitutiva).

En este sentido la Casación Nro. 415-99 (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01-09-1999; Pág. 3409) expresa que la inscripción registral puede tener naturaleza declarativa o constitutiva; y que las inscripciones declarativas son las que no perfeccionan o modifican el acto jurídico materia de inscripción, pues lo único que hacen es reconocer una situación de derecho preexistente: siendo distinto el caso de la inscripción constitutiva y obligatoria, propia de los sistemas suizo, alemán y griego, pues en ellos, con la inscripción registral recién se perfecciona la transferencia de propiedad.

Es menester expresar que el sistema de transferencia de propiedad peruano resulta ser así muy particular, pues en el caso de la transferencia de inmuebles se le ha llegado a calificar de “sistema clandestino de transferencia de propiedad”.

Así, al promover, en el caso de los inmuebles, que la transferencia del derecho de propiedad quede perfeccionada con la formación del consentimiento, y que no sea necesaria la exteriorización de esta voluntad conjunta por ningún medio, como la posesión o la inscripción en el registro, el sistema peruano propicia la creación de problemas concretos para los potenciales adquirentes de este tipo de bienes, quienes deberán efectuar un estudio previo y exhaustivo de los antecedentes dominiales si no quieren ver su inversión perjudicada. Al respecto, el Dr. Víctor Endo Olascuaga, indica que “El sistema de transferencia de propiedad peruano al promover la realización de transacciones inmobiliarias ocultas, ocasiona problemas concretos a las personas que pretenden realizar inversiones inmobiliarias afrontando los riesgos de perder su inversión, a las entidades financieras que, para otorgar créditos, pretendan tomar una garantía hipotecaria asumiendo el riesgo de no poder ejecutar la garantía, o incluso a

quienes para obtener el pago de una acreencia, logran anotar un embargo sobre los bienes inscritos de un deudor, sin saber que a pesar de la inscripción realizada, el Derecho no ampararía sus pretensiones. Estas son algunas consecuencias de la inexistencia de un inadecuado sistema de transferencia de propiedad que, al tolerar y proteger las transacciones ocultas, no hace sino desincentivar la publicidad registral generando altísimos costos no sólo a los directamente involucrados en los negocios inmobiliarios, sino a la sociedad en su conjunto.

4.8. Implicancias y ventajas de establecer un sistema constitutivo de transferencia de propiedad

En una sociedad organizada y compleja como la nuestra en que día con día se realizan miles de negocios jurídicos a través de los cuales se da el traspaso de bienes inmuebles no es posible ni práctico dejar a la memoria de los interesados estos traspasos pues ello podría degenerar en un desorden de tal magnitud que en determinado periodo de tiempo no habría certeza ni seguridad jurídica acerca de cuáles son las propiedades de cada quien y cualquiera podría reclamar los bienes de otros.

Por ello se hace necesario y obligatorio que en relación a los bienes inmuebles se dé su debida registración en el Registro Público de la Propiedad. Al darse la registración de un bien inmueble a favor de una persona esta aparecerá ante terceros como la legítima propietaria del bien inmueble con efectos *erga omnes* es decir efectos jurídicos que afectan a todos los miembros de la sociedad.

Además, se garantizará a aquellos que deseen adquirir dicho bien inmueble de que quien les está vendiendo es realmente el propietario del bien. En otras palabras, la simple entrega del bien por parte de su propietario no implica por ese hecho de una publicidad que afecte a terceros, tal y como se hacía en la antigüedad.

La certeza jurídica que el Registro proyecta sobre titularidades y gravámenes ha hecho disminuir los litigios. Y basta recordar que, por volver al sistema de clandestinidad con el

documento privado en las titularidades y transmisiones, se han producido verdaderos escándalos financieros con perjuicios irreparables en la venta de pisos.

4.9. Nuestra realidad social y la necesidad de establecer la inscripción constitutiva

Es necesario referirnos tanto a la **Inscripción Constitutiva**, la misma que constituye un requisito indispensable para que la transferencia o constitución de un derecho real tenga lugar. Gracias a esta clase de inscripción, queda perfeccionada la transmisión o constituido el derecho real. Ejemplo de esta clase de inscripción es la hipoteca, pues si esta no es inscrita en el registro correspondiente, aunque haya sido elevada a Escritura pública, no existe la garantía real; como a la **Inscripción Declarativa**, la misma que consiste en publicar un cambio ya ocurrido, independientemente del registro. Para esta clase de inscripción, basta la existencia del título para la transmisión del derecho real. Reconoce la pre-existencia de los derechos reales, de los que se toma nota para su oportuna publicidad y demás efectos que establezca la ley.

Muchos autores sostienen que todas las desventajas del Principio consensualístico podrían cortarse de raíz a través de la introducción de un Registro constitutivo, es decir, que **la inscripción registral constituya el momento decisivo de la transferencia de propiedad**; por tanto, antes de ello sólo estaríamos en presencia de un comprador con un título obligacional, pero no ante un propietario. Sin embargo, en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, salvo en Alemania, Australia y en algunos otros pocos lugares, la inscripción no tiene carácter constitutivo. Ante ello, cabe preguntarse: ¿Cuáles son las causas que impiden la introducción de un sistema teóricamente perfecto y, en su lugar se mantiene un sistema defectuoso? Un buen sector de la doctrina perteneciente a los ordenamientos jurídicos latinos (francés, italiano, español) formulan severas críticas a la rigidez germánica de la inscripción constitutiva, considerando que esta solución peca por exceso de formalismo y por ser contraria a la naturaleza de las cosas. Además, se deben tener en cuenta los problemas de organización del Registro, en tanto se trata de una entidad pública que debe mantener un adecuado

funcionamiento para incorporar en unos libros todas las vicisitudes jurídicas de la riqueza territorial. Esta pretensión es muy difícil de lograr y puede entabrar e impedir peligrosamente la consumación de un gran número de actos de intercambio patrimonial.

Se han formulado muchas críticas al Sistema constitutivo, tales como, entre otros: **a)** El notario español **López Burniol**, que afirma que con éste la libertad civil no puede someterse a un “requisito administrativo” que pondría cortapisas al derecho de propiedad de los particulares, agregando que además que el comprador de un inmueble podría “quedar colgado” por falta de inscripción de un inmueble, aun cuando el requisito legal incumplido sea irrelevante o meramente formal, lo que conllevaría un grave riesgo para los adquirente que hubiesen pago el precio del bien, que gocen de la posesión física pero que no podrían llamarse propietarios por una sutileza jurídica contraria al principio de la autonomía de la voluntad; **b)** La práctica jurídica demuestra que un sistema excesivamente formal de ordenación y prueba de la propiedad, se enfrenta a un grave problema de coordinación con la realidad material, tanto en lo que se refiere a la prueba del derecho, como a la prueba de los lindes e identidad material de la finca; **c)** Hay que tener en cuenta el problema de la calificación registral, cuya rigurosidad dejaría muchas adquisiciones a medio camino. Carretero García afirma: “... el rigorismo del principio de calificación en nuestro sistema unido a la inscripción constitutiva agravaría mucho la situación actual. No debe desconocerse que junto a titularidades perfectas son abundantísimas otras minus quam perfectas, que no obstante viven en espera de prescripciones sanatorias de vicios formales y aun formularios a las que, de momento de colocaría en penosa situación”; **d)** Gunther Gonzales Barrón se muestra contrario a la pretendida reforma (Introducción de un Registro Constitutivo), señala que es suficiente que el registro cuente con los efectos de inoponibilidad y fe pública, haciendo hincapié que éstos sean correctamente entendidos y destacando que ambos son planos distintos (y complementarios) de la protección registral.

Con el presente trabajo y desde la óptica personal y análisis de la realidad que vivimos en nuestro país, podemos señalar que estamos a favor de que se implemente un sistema de transferencia de propiedad inmueble constitutivo; pero la transición a este sistema debe darse progresivamente, pues existe un número elevado de ciudadanos que desconocen el acceso al registro público, sumado a ello la propiedad inmueble en muchos de los lugares de nuestro Perú aún no se encuentra saneada, lo que dificulta inscribir un inmueble en el registro de predios; es por ello que se considera que aún no hemos podido pasar de un sistema declarativo a un constitutivo; y que en nuestra opinión el sistema constitutivo traería mayor seguridad jurídica y evitaría miles de conflictos que trae la transmisión de una propiedad, sin embargo como ya lo he mencionado tenemos un camino largo que se debe superar y tratar de llegar a que la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles adquiera mayor certeza de legalidad con un sistema constitutivo que al igual que el declarativo no resulte muy engorroso, pues de lo contrario no cumpliría su función.

Capítulo V

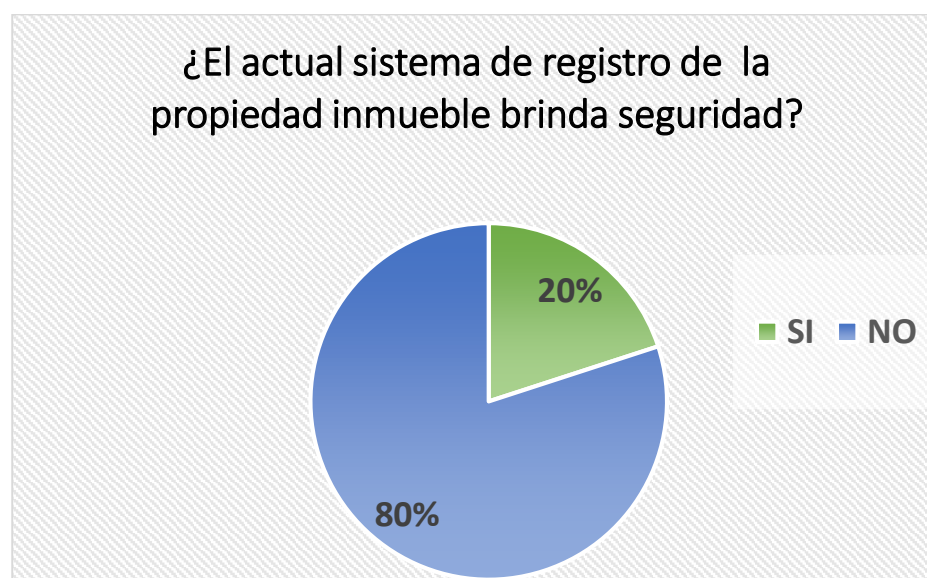
Análisis de los resultados de la investigación

Para determinar el cumplimiento de los objetivos planteados en la presente investigación se han analizado los resultados de los datos cualitativos, los cuales se han obtenido mediante la aplicación de entrevistas a la población conformada por los señores registradores públicos y abogados de la SUNARP sede Chiclayo, notarios de la provincia de Chiclayo y abogados especialistas en Derecho Civil y Registral inscritos en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, haciendo un total de 20 entrevistados; que ha permitido tener información acerca de la relevancia e importancia de la función notarial para el establecimiento del sistema constitutivo del registro de transferencias de los bienes inmuebles en el Perú.

5.1. Análisis de nuestro sistema declarativo de registro de la propiedad inmueble

Pregunta n° 01. ¿Cree usted que el actual sistema de registro de transferencia de propiedad inmueble cumple a cabalidad la función de resguardar el derecho de propiedad de los ciudadanos en el Perú?

Para el análisis de este ítem se interrogó a los entrevistados a fin de poder establecer si el sistema de transferencia de la propiedad adoptado por nuestra legislación peruana cumple con garantizar la seguridad jurídica patrimonial.

Gráfico N° 01

Entrevistados	Respondieron afirmativamente	Respondieron negativamente	Total
Abogados	1	7	8
Registradores	2	1	3
Notarios	1	3	4
Trabajadores de SUNARP	0	5	5
TOTAL	4	16	20

En relación a esta pregunta 16 entrevistados, que representan el 82%, respondieron que consideran que el sistema adoptado ha presentado deficiencias por cuanto al ser declarativo, respecto a la propiedad inmueble, se han conocido muchos casos sobre el tráfico de terrenos, fraudes que comprometen al registro, al notario, y las partes, lo cual ocasiona no solo la afectación directa al titular del derecho (referido a quién adquiere el bien y no inscribió primero) sino a todas las partes que se ven inmersa en un proceso judicial, pues es allí, donde terminan estos caso, que requieren tiempo y dinero; en

consecuencia, el sistema actual es obvio que tiene que ser reestructurado o modificado tal vez en algunos aspecto que puedan reforzar la seguridad jurídica que busca otorgar el Registro.

En tanto que, 4 de los entrevistados, que representan el 18%, respondieron afirmativamente a la pregunta formulada, asegurando que el actual sistema de registro de transferencia de propiedad inmueble si resguarda el derecho de propiedad de los peruanos.

Pregunta n° 02. En su opinión ¿cuáles son las ventajas o desventajas de este sistema?

Respecto a esta interrogante, los entrevistados coincidieron en que la principal desventaja del sistema declarativo es que no garantiza la seguridad en el tráfico inmobiliario, generando informalidad.

Como única ventaja de este sistema, los entrevistados coinciden en un aspecto económico, puesto que, en el sistema declarativo al ser de inscripción facultativa, si el usuario decide no inscribir su compraventa, no incurriría en gastos notariales, registrales o de pago de impuestos.

Al adentrarnos en las respuestas de los entrevistados respecto a la pregunta formulada podemos concluir que el actual sistema de registro de transferencia de propiedad inmueble no cumple la función de resguardar a cabalidad el derecho de propiedad de los ciudadanos en el Perú, generando problemas como la tercería de propiedad, concurrencia de acreedores, evasión tributaria, tráfico ilícito inmobiliario y otros.

5.2. Análisis de la importancia del rol del notario público en el procedimiento de transferencia de propiedad inmueble y su contribución para el establecimiento de un sistema constitutivo

Pregunta n° 03. ¿En qué medida cree usted que la función que cumplen los notarios públicos puede coadyuvar a la seguridad jurídica del tráfico patrimonial y su contribución para el establecimiento de un sistema constitutivo?

Respecto a esta pregunta los entrevistados han manifestado que:

- Teniendo en cuenta que en mérito al Principio de Titulación Auténtica, por el cual el ingreso al registro es a través del Instrumento Público, salvo las excepciones previstas y siendo el notario, el profesional que da fe de los actos que ante él se celebran y de las personas que concurren a su despacho; es decir, es un filtro de gran importancia, revestido de las funciones y facultades que le permitirían impedir, prevenir, o advertir una situación de fraude; por lo que, pues ante él se otorgan y constituyen derechos que emanan directamente de las personas y él mismo da fe o presencia (pues el registro no otorga, solo verifica la formalidad y procede o no a su inscripción); por lo que, considero que su función es vital, debiendo ser riguroso el accionar del notario, pues siendo así, si coadyuvaría a la seguridad jurídica.

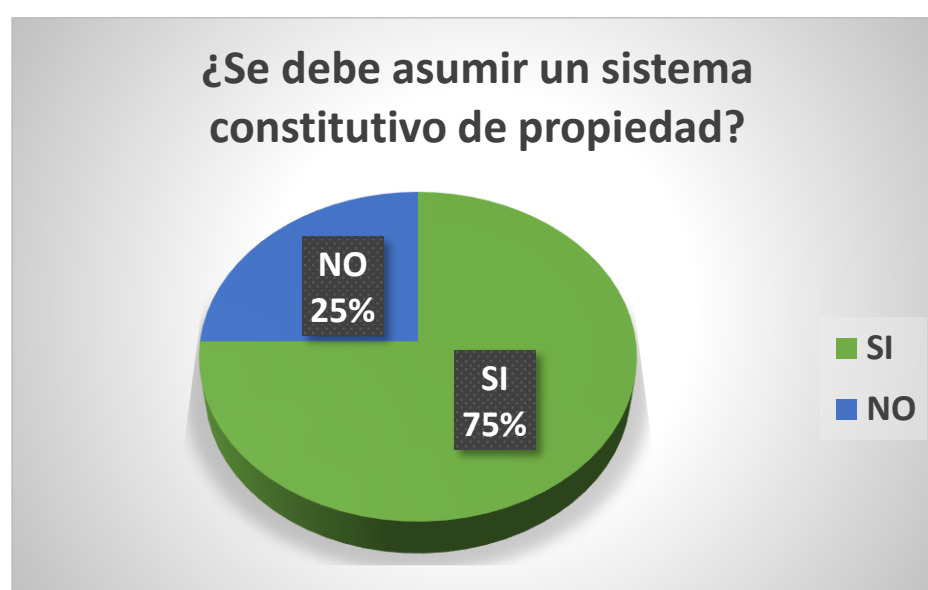
Siguiendo con nuestro análisis cualitativo se han revisado las respuestas efectuadas por los entrevistados sobre la importancia de la función notarial en el procedimiento de transferencias de inmuebles por compra venta y de su aporte para el establecimiento de un sistema constitutivo de inscripción de las transferencias de bienes inmuebles; concluyendo en este punto que la figura del notario es imprescindible tanto para brindar seguridad jurídica en las compraventa de predios como también para lograr un registro que brinde seguridad jurídica a la población. Así pues, para optimizar el sistema nacional de los registros públicos requiere necesariamente del establecimiento de medidas normativas destinadas a prevenir y enfrentar las modalidades de fraude en la expedición de instrumentos públicos notariales. Sin embargo, en cuánto a la contribución del notario para el establecimiento de un sistema de registro constitutivo de transferencias de la propiedad inmueble, la mayoría de entrevistados coincide en señalar que tanto en el Decreto Legislativo N° 1049 como en todo nuestro ordenamiento jurídico, no existe una norma precisa que otorgue a los notarios la capacidad de poder exigir que tras la realización de

una compraventa a través de escritura pública el comprador efectivice su inscripción en el registro.

5.3. Análisis de las ventajas de un sistema constitutivo de propiedad y la garantía de la seguridad jurídica en el Perú

Pregunta n° 04. ¿Cree usted que este sistema debe continuar o es más ventajoso asumir un sistema constitutivo de propiedad inmueble?

Gráfico N° 02



Entrevistados	Respondieron afirmativamente	Respondieron negativamente	Total
Abogados	6	2	8
Registradores	1	2	3
Notarios	3	1	4
Trabajadores de SUNARP	5	0	5
TOTAL	15	5	20

Al respecto 15 entrevistados, que representan el 75%, respondieron que consideran que debe asumirse un sistema constitutivo de propiedad inmueble, pues según manifestaron:

- De una manera se estaría presionando a los ciudadanos a inscribir su propiedad y que exista una correspondencia entre la titularidad que publicita el registro y lo q existe extra registralmente, se tendría un país uniformado y formalista, no obstante, considero que este sistema podría implementarse de forma progresiva.

Mientras que, 5 de los entrevistados, que representan el 25%, respondieron negativamente a la pregunta planteada, manifestando que podría realizarse mejoras o modificaciones en el actual sistema de inscripción de transferencias de compraventa de inmuebles sin migrar a un sistema constitutivo.

Del análisis cualitativo hecho de la observación indirecta, la documentación revisada, así como del recojo y compilación de la diversas opiniones aplicadas en las entrevistas, se puede tener claro que el legislador peruano recogió un sistema consensual de la propiedad adoptando la doctrina francesa; es así que la transmisión de la propiedad es declarativa, es decir, no necesita de formalismos; sin embargo; ha pasado largos años y en nuestra realidad peruana cambiante muchos problemas se han suscitado en torno al derecho de propiedad y esto debido a que la inscripción de la misma en el registro de propiedad es facultativa y no constitutiva.

Así tenemos, que debido a este débil sistema la mayoría de casos ventilados e los procesos judiciales versan sobre conflictos de propiedad de un mismo bien; y del análisis de sentencias y doctrina se puede ver que los operadores de justicia siempre resolverán dicho conflicto tomando en cuenta al tercero de buena fe que inscribió debidamente su propiedad en el Registro de Predios y muchas veces resulta que el comprador con un título de mayor antigüedad queda excluido, siendo para ellos injusto; y por ende tiene un concepto de justicia equivocado.

Con este panorama, se concluye que debe darse el cambio en el sistema de transferencia de propiedad declarativo por el constitutivo a fin de poder garantizar la seguridad jurídica patrimonial.

5.4. Análisis de las propuestas

Pregunta n° 05. ¿Está usted de acuerdo con la modificación del artículo 949° del Código Civil y la aplicación del último párrafo de la Décimo Tercera disposición del Decreto Legislativo del Notariado N° 1049, teniendo como finalidad el asegurar y garantizar el derecho de propiedad?

Finalmente, se interrogó a los entrevistados sobre las propuestas que podrían ser la conclusión del trabajo de investigación, habiéndoseles mostrado una comparación entre la norma actual y la propuesta planteada en la investigación, obteniéndose los siguientes resultados:

GRAFICO N° 03



Entrevistados	De acuerdo	Desacuerdo	Total
Abogados	6	2	8
Registradores	1	2	3
Notarios	3	1	3
Trabajadores de SUNARP	5	0	5
TOTAL	15	5	20

Al respecto 15 entrevistados, que representan el 75%, respondieron que se encuentran de acuerdo con la modificación de las normas que sean necesarias para crear un ambiente de armonía en nuestro sistema jurídico actual y poder establecer un sistema constitutivo del registro de las transferencias de la propiedad inmueble.

Mientras que, 5 de los entrevistados, que representan el 25%, se mostraron en desacuerdo, señalando que el actual sistema de inscripción de transferencias de compraventa de inmuebles debe seguir vigente y que sólo necesita ser reforzado.

Del análisis de estas respuestas se puede concluir que la mayoría de los entrevistados se muestran de acuerdo con la modificación del artículo 949° del Código Civil y la aplicación del último párrafo de la Décimo Tercera disposición del Decreto Legislativo del Notariado N° 1049, teniendo como finalidad el asegurar y garantizar el derecho de propiedad.

Capítulo VI

Contrastación de la hipótesis

De lo hasta aquí desarrollado en la presente investigación, luego de haber recolectado la información doctrinaria, así como el análisis de jurisprudencia sobre el problema abordado y haber realizado el análisis de los datos recolectados en las entrevistas y encuestas, se ha podido determinar que dichos datos no apoyan íntegramente la hipótesis planteada, por lo que se ha llegado a confirmarla de manera parcial. Ello en la medida de que si bien el notario, ejerciendo las funciones que le delega el Estado, brinda certeza en la exteriorización de la voluntad de las partes, logrando que esta se materialice en un instrumento público; desde la posición en la que se encuentra y con el alcance de sus funciones, se concluye que no es posible que éste por sí solo coadyuve el establecimiento de un sistema constitutivo de adquisición de la propiedad inmueble, siendo necesario para tal efecto la modificación del artículo 949 del Código Civil, obteniéndose de esta forma una verdadera regulación de las transferencias inmobiliarias en el Perú, cambiando el sistema consensual por la instauración de un sistema constitutivo, donde la inscripción constituya un requisito indispensable para que las transferencias queden perfeccionadas, puesto que la inscripción producirá la transmisión, constitución, modificación o extinción del derecho de propiedad.

6.1. Hipótesis principal

Si existe un rol activo del notario público en los procedimientos de transferencia de propiedad inmueble, entonces garantizará la seguridad jurídica patrimonial en el Perú, a través del establecimiento del sistema constitutivo en la inscripción sobre transferencia de los bienes inmuebles en el Registro de Predios.

6.1.1 Variable independiente.

El rol del notario público en el procedimiento de transferencia de propiedad inmueble como garantía de la seguridad jurídica patrimonial en el Perú.

En relación a la variable independiente de nuestra hipótesis, se ha podido determinar que los datos de la investigación la apoyan. Por lo que podemos decir después de haber investigado sobre las funciones y el rol que cumple el notario público en las transferencias de propiedad inmueble que, si bien es cierto, la inscripción registral brinda seguridad jurídica en la adquisición y transmisión de bienes inmuebles, para que la adquisición de un derecho de propiedad sobre un predio, goce de seguridad jurídica, no solo es necesario haber adquirido sobre la base de una inscripción registral e inscribir el derecho como mecanismo de oponibilidad, sino haber realizado acciones adicionales de mínima diligencia como verificar la posesión y verificar aquellos títulos que sustentan las inscripciones registrales. Entonces vistas las limitaciones de la calificación registral en nuestro sistema de registro declarativo de la propiedad inmueble, resulta fundamental contar con instituciones sólidas y confiables en la producción de la titulación auténtica que permita al registrador cumplir el ejercicio de calificación y eventual inscripción, con la seguridad de que aquellos aspectos del título que no están en su competencia advertirlos han sido escrupulosamente evaluados por la autoridad o funcionario competente.

Nos referimos a la institución del notariado, porque en su labor reposa la creación del instrumento público, la verificación de la identidad de los otorgantes y su intervención, así como la autorización del acto, aspectos que no son de competencia de la función calificadora del registrador pero que perfectamente se complementan para sustentar la publicidad de un negocio jurídico lícito, motivo por el cual la doctrina estudiada es unánime en señalar que tanto el notariado y el registro constituyen los pilares de la seguridad jurídica del país.

Por lo tanto, habiendo contrastado los datos obtenidos con la variable dependientes podemos verificar que estos la apoyan, concluyéndose que el rol del notario público en el procedimiento de transferencia de propiedad inmueble sí otorga garantía de la seguridad jurídica patrimonial en nuestro país.

6.1.2 Variable dependiente.

El rol del notario público en el procedimiento de transferencias de propiedad inmueble y su contribución para el establecimiento de un sistema constitutivo.

De lo investigado pudimos verificar que el rol que el notario desempeña en las transferencias de la propiedad inmueble y las facultades que nuestro ordenamiento jurídico le otorga, por sí mismas no son suficientes para lograr el establecimiento de un sistema de registro constitutivo de la propiedad inmueble, teniendo limitaciones, por lo que para que el notario realice un aporte efectivo, debe necesariamente darse la modificación del artículo 949 del Código Civil y además cambiar la clasificación legislativa de los bienes, de muebles e inmuebles por la de bienes registrables y no registrables que permita obtener la tan ansiada seguridad de las transacciones ya que sería mucho más sano y viable para un futuro establecimiento del sistema constitutivo de adquisición de la propiedad inmueble, que los bienes registrados ocupen una misma categoría, a la que se le impondría un mismo modo de transferencia. En efecto, para la rapidez y seguridad de las transacciones patrimoniales, la identificabilidad del bien es determinante, la publicidad -y no la movilidad- es el medio que hace posible la persecutoriedad del bien.

Por lo tanto, habiendo contrastado los datos obtenidos en la investigación con la variable dependiente podemos verificar que estos no la apoyan, concluyendo que por sí mismo el rol del notario en el procedimiento de las transferencias de propiedad inmueble no contribuirá al establecimiento del sistema constitutivo de registro de las mismas.

6.2. Propuestas

La contrastación de la hipótesis de ésta investigación, se traduce en las siguientes propuestas:

- **Aplicación de la Décimo Tercera Disposición del Decreto Legislativo del Notariado N° 1049, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1232.**

Disposición: Décimo Tercera. - A partir del primero de febrero de 2016, los partes notariales que contengan actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima de la Zona Registral N° IX - Sede Lima, se expedirán en formato digital utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia, y se presentarán a través de la plataforma informática administrada por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP. Para estos efectos, la oficina registral de Lima de la Zona Registral N° IX - Sede Lima no admitirá, bajo responsabilidad, la presentación del parte notarial en soporte papel a partir de la entrada en vigencia de la presente disposición. Mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos se determinará la obligación de presentar los partes notariales utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales para actos inscribibles en otros registros, así como en las Zonas Registrales correspondientes.

La propuesta sería que en aplicación del último párrafo de la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, se disponga la presentación obligatoria y exclusiva (hecha por el notario o sus dependientes) de partes notariales de escrituras públicas que contengan actos inscribibles en el Registro de Propiedad Inmueble de las diferentes oficinas registrales del país, mediante el uso la plataforma informática administrada por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP, que es el Sistema de Intermediación Digital (SID-SUNARP).

- **Asimismo, para que sea viable el aporte del notario en el establecimiento del sistema constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble es necesario la**
Modificación del artículo 949° del Código Civil.

Artículo actual: “Artículo 949°. - La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”

Propuesta: Artículo 949°: “La transferencia realizada sobre bienes inmuebles y celebrada por escritura pública, otorga al acreedor el derecho de propiedad, previa inscripción en el Registro, bajo sanción de nulidad”.

Conclusiones

- Si bien es cierto la función desempeñada por el notario para el establecimiento del sistema constitutivo del registro de transferencias de los bienes inmuebles en el Perú, no es primordial, se concluye que su trabajo como generador del instrumento público se complementa perfectamente con la inscripción registral para sustentar la publicidad de un negocio jurídico lícito y por ende ante una futura manifestación de voluntad por parte del legislativo de modificar el artículo 949 del Código Civil y en el hipotético caso en que se dicten todas las medidas legales, administrativas y tecnológicas que sean necesarias para lograr el funcionamiento “óptimo” del registro constitutivo de las transferencias de la propiedad inmueble la función notarial sería imprescindible.
- En nuestro país se ha heredado la transmisión de la propiedad inmueble por la simple transferencia constituyendo este un sistema declarativo que a lo largo de los años ha generado inestabilidad en la seguridad jurídica patrimonial cuando se suscitan conflictos entre varias personas respecto al derecho de propiedad sobre un mismo bien.

- El notario es quien puede materializar el acuerdo de voluntades de los contratantes de una compraventa, mediante un instrumento público seguro y eficaz como lo es la escritura pública, siendo su intervención la que dota de carácter público y otorga seguridad jurídica en la suscripción de las transferencias de bienes inmuebles.
- Que el establecimiento del sistema registral constitutivo en materia de transferencias sobre bienes inmuebles, si nos ayudaría a prevenir los problemas que actualmente genera nuestro sistema registral declarativo, estaríamos consolidando un sistema registral que brinde seguridad jurídica e incentive a la inversión de capital en el tráfico de bienes inmuebles, así como disminuir la carga procesal de nuestro sistema judicial.
- Los problemas que genera el actual sistema declarativo son, la concurrencia de acreedores, evasión de impuestos, tráfico ilícito inmobiliario, así como también numerosos procesos judiciales sobre tercerías y frades procesales.

Recomendaciones

- Las notarías podrían implementar un área de asesoría para los procedimientos de compra venta de inmuebles, donde se les explique a los usuarios la obligatoriedad de realizar la transferencia de inmuebles mediante escritura pública y las ventajas de registrar su compra venta en el registro de propiedad inmueble.
- Campañas de difusión conjunta entre Notarias y la Oficina de Registros Públicos a fin de informar sobre la importancia de la formalización e inscripción de la propiedad inmueble.
- Los Colegios de Notarios de todo el Perú deberían prohibir a los Notarios, la certificación de firmas de contratos y minutas de transferencia de propiedad inmueble, siempre que estas no hayan sido redactadas en el despacho notarial, ya que esto genera mayor incertidumbre jurídica, al no tener la seguridad de los documentos que dieron origen al contrato.

- Asimismo para un efectivo establecimiento del Sistema Constitutivo de Inscripción de las transferencias de la propiedad inmueble hace falta el fortalecimiento de las instituciones técnicas productoras de información geográfica del territorio, es decir del Sistema de Información Catastral Predial y de elaboración de estándares técnico-normativos para el manejo de información espacial (indicadores, escalas, etc.), y la implementación en los organismos públicos con tecnología de avanzada como los sistemas de información geográfica que faciliten el análisis, intercambio y uso eficiente de la información. El Sistema de Información Catastral Predial debe contribuir a la modernización y fortalecimiento de las políticas públicas en Ordenamiento Territorial; y de esta forma a la mejora de la prestación de los servicios públicos a sus ciudadanos.

Bibliografía

- Arias-Schreiber Pezet, M. (1998). *Exégesis del Código Civil Peruano, Tomo IV*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arruñada, B. (2004). *Sistemas de titulación de la propiedad* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.
- Avendaño Valdez, J. (2000). El derecho registral de Propiedad, el Sistema Registral peruano y la Reforma del Código Civil. *Revista Folio Real, Año 1*(2).
- Baeza, C. (2006). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abaco.
- Bernales Ballesteros, E. (1997). *La Constitución de 1993*. Lima: Grijley.
- Borda, G. (1989). *Manual de Derechos Reales* (Cuarta ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Bullar González, A. (2006). *Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa, el análisis económico de las instituciones legales* (Segunda ed.). Lima: Palestra Editores.
- Bullar González, A. (2006). *Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa, el análisis económico de las instituciones legales* (Segunda ed.). Lima: Palestra Editores.
- Cuadros Villena, C. F. (1999). *Derechos reales. Tomo I* (Primera ed.). Lima: Ediciones jurídicas del Perú.
- De La Puente y Lavalle, M. (1995). El contrato con efectos reales. *IUS ET VERITAS. Año V*(9).
- Díez Picazo, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.
- Escobar Rozas, F. (2002). El contrato y los efectos reales (análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano). *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano, 1942 – 2002*, 117.
- Forno Florez, H. (1994). El contrato con efectos reales. *IUS ET VERITAS*(7).
- González Barrón, G. (2009). *Derecho Civil Patrimonial* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- González Barrón, G. (2012). *Derecho Registral y Notarial*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- González Linares, N. (2010). *Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales*. (Segunda edición ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hakansson Nieto, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra.
- Hinostroza Minguez, A. (2008). *Procesos civiles relacionados con la propiedad y la posesión*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Lacruz Berdejo, J. L. (1995). *Derecho Inmobiliario y Registral*. Barcelona: Librería Broch.
- Leon Barandiarán, J. (1992). *Tratado de Derecho Civil* (Vol. 50). Lima: WG Editores.
- Linares Carreón, J. (2010). *Análisis de la eficiencia del sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria mediante registro en el Perú*. Arequipa: UNSA.
- Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos Reales* (7° Edición ed.). Buenos Aires: Zavalia.
- Pérez Fernández Del Castillo, B. (1995). *Derecho Notarial*. México: Porrúa.
- Planiol, M., & Ripert, J. (1998). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo III*. Madrid: Civitas.
- Ramírez Cruz, E. M. (2004). *Tratado de Derechos Reales* (Segunda ed.). Perú: Rodhas.
- Ramírez Cruz, E. M. (2004). *Tratado de Derechos Reales* (Segunda Edición ed.). Lima, Perú: Rodhas.
- Recasens Siches, L. P. (1981). *Tratado General de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Porrúa.
- Romero Romáña, E. (1947). *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Lima: Editorial PTCM.
- Rubio Garrido, T. (1993). *Contrato de Compraventa y Transmisión de Propiedad*. Zaragoza: Real Colegio de España en Bolonia.

- Serrano De Nicolás, A. (2001). El Notariado, garante de la seguridad jurídica. *Revista del Colegio Notarial de Cataluña*(3).
- Sison, A. (2000). *La narrativa Anglo-Americana de la Propiedad*. Navarra: Eunsa.
- Torres Vásquez, A. (2015). *Acto Jurídico*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Vásquez López, L. (2001). *Derecho y Práctica Registral*. San Salvador: Liz.