

GÜNTHER GONZÁLES BARRÓN

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

TOMO 1

JURISTA  EDITORES

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

Gunther Hernán Gonzales Barrón

Gunther Hernán Gonzales Barrón

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

5^a EDICIÓN

Tomo I



© **DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL**
Tomo I

© Günther Gonzáles Barrón

© Jurista Editores E.I.R.L, 2022

Editado por:

Jurista Editores E.I.R.L.

Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú

Telf.: 426 6303 / 428 1072

Cel.: 934 746 247 / 934 421 448

20459059424

Quinta Edición - Enero 2022

Tiraje: 1000 ejemplares

Diseño y diagramación: *Carlos García*

Diseño de cubierta: *Marco A. Arcos Paredes*

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú: N° 2021-13723

ISBN: 978-612-5019-23-3

Impreso por:

JURISTA EDITORES EIRL

Petit Thouars N° 1207 - Lima - Perú.

Enero 2022

ÍNDICE

Tomo I

Prefacio de la quinta edición.....	19
Prefacio de la cuarta edición.....	21
Prefacio de la primera edición.....	23
Glosario.....	25

PRIMERA PARTE:

DERECHO REGISTRAL

Capítulo I

BASES SOCIALES Y ECONÓMICAS EN EL ORIGEN DEL REGISTRO

1. Sociedad capitalista.....	29
2. Sociedad capitalista y nuevo orden.....	33
3. Sociedad capitalista y registro.....	35
3.1. Antecedentes.....	35
3.2. Protección del crédito y registro.....	36
3.3. Protección de la propiedad y registro.....	38
4. Origen del registro peruano.....	40

Capítulo II

BASES JURÍDICAS DEL REGISTRO

1. Definición y fundamento del Derecho registral.....	45
2. Elementos configuradores del registro.....	46
3. El Ser y la Razón de ser del Registro.....	47
3.1. El Ser: Publicidad registral.....	47
3.1.1. Definición y requisitos.....	47

3.1.2. Ficción de conocimiento de las inscripciones.....	53
a) Publicidad.....	53
b) Casos incluidos y excluidos de la ficción de conocimiento....	54
3.2. Razón de ser del registro: Certeza y Protección de los derechos.....	61
3.2.1. Primer nivel de eficacia registral: Certeza de los derechos.....	63
3.2.2. Segundo nivel de eficacia registral: Protección de los derechos...	64
a) Conflicto de títulos.....	64
b) Sub-nivel de protección de derechos: registro constitutivo o declarativo.....	66
c) Sub-nivel de protección de derechos: Fe pública registral....	68
3.2.3. Funciones subsidiarias.....	70
4. Tutela de la apariencia y protección de terceros.....	71
4.1. Requisitos específicos.....	71
4.2. El registro es modalidad de apariencia.....	74
4.3. Aplicación restringida.....	77
5. Principios registrales.....	80
5.1. Definición.....	80
5.2. Clases.....	80
5.3. Principios sustanciales.....	81
5.4. Principios formales.....	82

Capítulo III

REGISTRO DE PREDIOS

1. Fundamento de la publicidad.....	85
2. Objeto de la publicidad.....	85
3. Primer elemento de la publicidad: sujeto titular.....	87
3.1. Sujeto de derecho.....	87
3.2. La persona natural como titular registral.....	88
3.2.1. Identificación de la persona natural.....	89
3.2.2. Estado civil de la persona natural.....	92
3.2.3. Rectificación del estado civil.....	94
3.2.4. Cambios y rectificaciones de las circunstancias personales.....	98
3.3. La persona jurídica como titular registral.....	99
3.3.1. Definición y capacidad de la persona jurídica.....	99
3.3.2. Identificación de la persona jurídica.....	100
3.3.3. Cambios en la estructura orgánica, formal o patrimonial, de las personas jurídicas.....	102
3.4. Entes no-personificados como titular registral.....	103

4. Segundo elemento de la publicidad: Materia inscribible (actos que originan derechos).....	107
4.1. Actos sobre derechos reales.....	108
4.1.1. Derecho real.....	108
4.1.2. Estructura.....	110
a) Función de aprovechamiento material/funcional.....	111
b) Exclusión.....	112
c) Inherencia.....	113
d) Oponibilidad.....	116
e) Tutela concentrada (recae en el bien mismo).....	119
4.1.3. ¿Por qué son inscribibles los derechos reales?.....	120
4.2. Cláusulas o estipulaciones modificativas o restrictivas de los actos o derechos.....	121
4.2.1. Cláusulas prohibitivas de disponer y gravar (admitidas por ley).....	122
4.2.2. Cláusulas restrictivas de uso y/o disfrute.....	127
4.2.3. Cláusulas modales del título adquisitivo o derecho.....	128
4.2.4. Cláusulas resolutorias.....	130
4.3. Restricciones legales.....	131
4.4. Anotaciones preventivas.....	134
4.4.1. Bloqueo registral.....	138
4.4.2. Medidas judiciales de protección de una nueva situación jurídica: anotaciones de demanda.....	142
4.4.3. Medidas judiciales de conservación de la situación jurídica: prohibiciones de disponer.....	145
4.4.4. Medidas judiciales de afectación de bienes del deudor: embargo.....	146
a) Definición.....	146
b) Presupuestos.....	148
c) Naturaleza.....	150
d) Efectos.....	151
e) Embargo ejecutivo y embargo cautelar.....	153
4.4.5. Anotación preventiva e “inscripción condicionada”.....	154
4.5. Actos de derechos obligacionales, por excepción.....	155
4.5.1. Arrendamiento.....	157
4.5.2. Opción.....	160
5. Tercer elemento de la publicidad: el predio.....	162
5.1. Predio o finca civil.....	162
5.2. Predio o finca en el registro.....	165

5.2.1. Principio de especialidad.....	165
a) Contenido del principio.....	166
b) Excesos en el contenido del principio.....	169
c) Diferencias entre especialidad contractual, real y registral.....	171
5.2.2. Clasificaciones.....	177
5.2.3. Descripción física.....	183
a) Fines de la descripción física: identificación y delimitación.....	183
b) Clases: descripción subjetiva (no perimetral) y objetiva (perimetral).....	184
c) Descripción física en el registro.....	186
5.2.4. Problemas en la descripción física.....	191
5.2.5. Catastro y registro.....	193
5.3. Apertura del predio o finca en el registro: Primera inscripción o matriculación.....	197
5.3.1. Definición y presupuesto.....	197
5.3.2. Títulos de primera inscripción.....	200
5.3.3. Títulos generales de primera inscripción.....	205
5.3.4. Títulos especiales de primera inscripción.....	206
5.3.5. Patología de duplicidad de partidas registrales.....	210
5.4. Modificaciones físicas del predio o finca en el registro.....	213
5.4.1. Independización.....	213
a) Definición y causas jurídicas (títulos).....	213
b) Independización de predios urbanos.....	215
c) Independización de predios rurales en área urbana o urbanizable inmediata.....	217
d) Independización de predios rurales.....	218
e) Calificación del registrador y técnica registral.....	219
f) Efectos jurídico-sustanciales de la independización.....	220
5.4.2. Acumulación.....	222
a) Definición y causas jurídicas (títulos).....	222
b) Requisitos generales de la acumulación.....	224
c) Acumulación de predios urbanos.....	225
d) Acumulación de predios rurales.....	226
e) Técnica registral de la acumulación.....	227
f) Efectos jurídico-sustanciales de la acumulación.....	228
5.4.3. Agregación.....	231
5.4.4. Declaratoria de edificación.....	233
a) Definición y fundamento.....	233

b)	Publicidad.....	234
c)	Declaratoria de edificación de predios urbanos.....	235
d)	Declaratoria de edificación de predios rurales.....	236
e)	Declaratoria de edificación de predios urbanos en vía de regularización.....	238
5.4.5.	Rectificación de la descripción física.....	239
a)	Finalidad.....	239
b)	Procedimientos generales de rectificación.....	242
c)	Procedimientos y/o mecanismos especiales de rectificación.....	246
d)	Diferencias entre rectificación de áreas y deslinde.....	249
5.5.	Principio de tracto sucesivo.....	251
5.5.1.	Definición y fundamento.....	251
5.5.2.	Elementos.....	253
5.5.3.	Clases de tracto sucesivo: positivo y negativo.....	254
5.5.4.	Exclusiones y excepciones.....	262
5.5.5.	Tracto abreviado.....	263
5.6.	El llamado principio de impenetrabilidad.....	267
6.	Efectos sustanciales del registro.....	269
6.1.	Eficacia, en particular.....	269
6.2.	Principio de legitimación: título inscrito como certeza presunta.....	270
6.2.1.	Análisis dogmático.....	270
a)	Origen histórico.....	270
b)	Definición y características.....	273
c)	Función y Presupuestos.....	275
d)	¿Verdad oficial o Apariencia de verdad?.....	277
6.2.2.	Análisis normativo.....	280
a)	Evolución legislativa peruana.....	280
b)	Definición normativa.....	281
c)	Efectos.....	282
c.1)	Efectos específicos en el ámbito privado.....	283
c.2)	Efectos específicos en el ámbito judicial.....	283
c.3)	Efectos según el tipo de asiento registral.....	289
d)	¿Legitimación del título inscrito o Legitimación de la inscripción?.....	292
e)	Corrección del registro.....	294
6.3.	Principio de oponibilidad registral relativa: conflicto o concurrencia de títulos (de derechos reales) en una misma partida registral.....	303

6.3.1. Análisis dogmático.....	303
a) Oponibilidad civil, Oponibilidad registral y Oponibilidad registral relativa.....	303
b) Inscripción declarativa y Oponibilidad registral relativa.....	305
c) Fundamento de los aludidos principios.....	309
d) Función de los aludidos principios: prevenir y solucionar (¿vigilar y castigar?).....	313
e) La noción de “tercero”.....	315
f) ¿Es preferible la inscripción declarativa o la constitutiva?.....	320
6.3.2. Análisis normativo (i): art. 1135.....	326
a) Supuesto normativo: Conflicto de títulos voluntarios (de derechos reales) total o parcialmente incompatibles con transmitente común en una misma partida.....	327
b) Hipótesis concretas incluidas.....	330
c) Consecuencia normativa: Tercero registral protegido.....	332
6.3.3. Análisis normativo (ii): art. 2022, 1° CC.....	339
a) Supuesto normativo: Conflicto de títulos (de derechos reales) total o parcialmente incompatibles, o Concurrencia de títulos (de derechos reales), siempre en una misma partida.....	339
b) Hipótesis concretas incluidas.....	343
c) Hipótesis excluidas:.....	344
d) Consecuencia normativa: Tercero registral protegido por Oponibilidad conflictiva u Oponibilidad pura.....	345
6.3.4. Análisis normativo (iii): art. 926 CC.....	345
6.4. Principio de fe pública registral: Conflicto entre titulares sucesivos en la misma partida registral cuando media nulidad u otras patologías de los actos jurídicos.....	347
6.4.1. Análisis dogmático.....	347
a) Partes, terceros y patología contractual.....	348
b) Coherencia racional.....	350
c) Coherencia dogmática.....	352
6.4.2. Análisis normativo (i): art. 2014 CC.....	354
a) Supuesto normativo: Conflicto entre titular anterior que sufrió patología contractual y tercero de buena fe.....	354
b) Hipótesis concretas incluidas.....	355
c) Hipótesis de fraude inmobiliario.....	359
c.1) Origen del problema.....	359

c.2) Demanda de inconstitucionalidad planteada por un grupo de ciudadanos.....	360
c.3) Fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad.....	362
c.4) Sentencia del Tribunal Constitucional.....	369
c.5) Balance negativo de la sentencia.....	370
c.6) Balance positivo de la sentencia.....	373
d) Consecuencia normativa: tercero registral protegido.....	380
d.1) Presupuesto: la existencia de un tercero.....	382
d.2) Elemento esencial: título válido.....	384
d.3) Elemento de tráfico: título oneroso.....	384
d.4) Elemento de seguridad: confianza en el registro.....	386
d.5) Elemento subjetivo: buena fe del tercero.....	390
d.5.1) Buena fe-activa.....	390
d.5.2) Buena fe y posesión.....	395
d.5.3) Criterios para deducir la mala fe.....	400
d.5.4) La buena fe es concepto civil, no registral.....	402
d.5.5) La buena fe debe mantenerse hasta el momento de la inscripción del tercero.....	403
d.6) Elemento de no contradicción: las causales de nulidad, resolución, rescisión o cancelación del título antecedente no debe constar en los asientos o en los títulos archivados...	404
d.7) Elemento de cierre: inscripción del título.....	405
6.4.3. Análisis normativo (ii): art. 665 CC.....	406
6.5. Principio de prioridad: Concurrencia de títulos con derechos compatibles.....	408
6.5.1. Origen histórico.....	408
6.5.2. Análisis dogmático.....	411
a) Concepto técnico de prioridad.....	411
b) Concepto no-técnico o coloquial de prioridad.....	413
c) Principio de prioridad y privilegios crediticios.....	415
c.1) Privilegios, en general.....	415
c.2) Clases de privilegios.....	415
c.3) Privilegio laboral.....	420
c.4) Privilegios y derechos reales de garantía.....	421
6.5.3. Análisis normativo: art. 2016 CC.....	425
a) Concurrencia entre acreedores hipotecarios.....	426
b) Concurrencia entre acreedores embargantes.....	428
b) Actos jurídicos sobre el rango.....	429

6.5.4. Conflicto excluido del principio de prioridad: acreedor hipotecario y acreedor anticrético.....	432
7. Exclusiones y limitaciones de la eficacia del registro.....	434
7.1. Análisis dogmático.....	434
7.2. Exclusiones de eficacia.....	434
7.2.1. Usucapión.....	434
7.2.2. Dominio público.....	438
7.2.3. Circunstancias de hecho.....	440
a) Datos de identificación del predio.....	440
b) Construcciones.....	441
c) Servidumbres ostensibles.....	443
d) Medianería.....	443
e) Mejoras.....	445
7.2.4. Restricciones legales de uso y disfrute.....	445
7.2.5. Retracto.....	448
7.3. Limitaciones de eficacia.....	451
7.3.1. Embargo judicial.....	451
7.3.2. Remate judicial.....	455
7.3.3. Arrendamiento.....	456

Capítulo IV

REGISTRO DE CONCESIONES PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. Análisis dogmático.....	461
1.1. Bienes inmuebles y Concesiones.....	461
1.2. Concesiones y predios generan partidas registrales distintas.....	463
2. Registro de concesiones.....	465
2.1. Normativa.....	465
2.2. Concesiones inscribibles.....	466
2.3. Lugar de inscripción de la concesión.....	467
2.4. Actos secundarios inscribibles de la concesión (objeto unitario).....	468
2.5. Actos secundarios inscribibles de la concesión (bienes incorporados).....	469
2.5.1. Derechos sobre el espacio físico.....	470
2.5.2. Construcciones.....	471
2.6. Principio de coordinación.....	473
2.6.1. Carácter facultativo.....	473
2.6.2. Fundamento de la coordinación.....	475

2.6.3. Coordinación entre partida concesional y predial (dominio público).....	477
2.6.4. Coordinación entre partida concesional y predial (propiedad privada inscrita).....	478
2.6.5. Coordinación entre partida concesional y predial (propiedad privada no inscrita).....	480
2.7. Titularidad de las obras ejecutadas por el concesionario.....	482
3. Tipos especiales de concesiones.....	484
3.1. Concesiones forestales, de fauna silvestre y para forestación y reforestación.....	484
3.2. Concesiones eléctricas.....	486
4. Eficacia de la inscripción.....	493

Capítulo V

REGISTRO DE BUQUES, EMBARCACIONES PESQUERAS Y NAVES

1. Definición de buque.....	497
1.1. Definición doctrinal.....	497
1.2. Definición legal.....	500
2. Naturaleza del buque.....	502
2.1. Bien compuesto.....	502
2.2. Bien mueble (por ahora).....	503
2.3. Nacionalidad del bien.....	506
3. Adquisición del buque.....	511
3.1. Regla general.....	511
3.2. Contratos.....	511
3.3. Usucapión.....	512
4. Registro de buques.....	515
4.1. Historia.....	515
4.2. Actos inscribibles.....	516
4.2.1. Primera inscripción.....	516
a) Contrato de construcción.....	517
b) Contrato de compraventa.....	519
c) Contrato de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo con opción de compra obligatoria.....	520
d) Resumen.....	522
4.2.2. Buques en construcción.....	523
4.2.3. Actos secundarios.....	529
4.2.4. Cierre del registro.....	530

4.3. Transferencia de propiedad y registro.....	532
4.4. Otros efectos de la inscripción.....	533
4.5. Privilegios marítimos.....	534
5. Registro de Embarcaciones Pesqueras y Naves.....	539

Capítulo VI

REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR

1. Historia.....	541
2. RPV: Aspectos esenciales.....	543
2.1. Función.....	543
2.2. Obligatoriedad del registro y excepciones.....	544
2.3. Lugar de inscripción.....	548
2.4. Actos inscribibles.....	548
2.5. Título en primera inscripción.....	551
2.5.1. Vehículo importado.....	551
2.5.2. Vehículo de fabricación nacional.....	553
2.5.3. Vehículos inoperativos adquiridos por remate o dados de baja por entidades estatales.....	554
2.6. Título en inscripciones sucesivas.....	554
2.7. Traslado de vehículos menores.....	555
3. RPV: Aspectos sustanciales.....	558
3.1. Adquisición de la propiedad de vehículos.....	558
3.2. Adquisición de la propiedad de vehículos y efectos de la inscripción.....	559
3.3. Adquisición de la propiedad de vehículos y efectos de fe pública registral.....	563
3.4. Vinculación del RPV con el RMC.....	565

Capítulo VII

REGISTRO MOBILIARIO DE CONTRATOS

1. Historia.....	567
1.1. Régimen anterior: prenda civil y prendas sin desplazamiento.....	567
1.2. Ley de Garantía Mobiliaria (vigente) y Ley Modelo OEA.....	570
1.3. Ley del Régimen de Garantía Mobiliaria (vacatio legis) y Ley Modelo UNCITRAL.....	573
2. Garantía mobiliaria (ley vigente).....	574
2.1. Definición.....	574
2.2. Objeto.....	576
2.3. Obligaciones garantizadas.....	579

2.4. Título constitutivo e inscripción.....	580
2.5. Garantía universal: “todos los bienes del deudor”	583
2.5.1. Definición y fundamento.....	583
2.5.2. Libertad de contratación.....	584
2.5.3. Libre desarrollo de la personalidad.....	586
2.5.4. Ponderación de ambos derechos fundamentales.....	588
2.6. Garantía preconstituida.....	591
3. Garantía mobiliaria y aspectos registrales (ley vigente).....	595
3.1. Registro Mobiliario de Contratos (RMC).....	595
3.2. Registros Jurídicos de Bienes (RJB).....	597
3.3. Vinculación entre RMC y RJB.....	598
3.4. Límites a la eficacia registral en los bienes muebles.....	599
3.5. Calificación registral.....	602
3.6. Adquisición a non domino por efecto del registro.....	603
4. Ejecución.....	604

PREFACIO DE LA QUINTA EDICIÓN

El presente libro se publicó por primera vez en enero 2008, y, luego de catorcé años, sale a luz la quinta edición, que presenta variaciones relevantes en aspectos formales y sustanciales. En lo primero, la redacción se ha simplificado para comunicar las ideas en forma más directa, por tanto, se ha eliminado el contenido innecesario, o las citas excesivas, u opiniones extravagantes o insólitas, en las que no vale la pena extenderse, por lo que, finalmente, esperamos que se haya logrado una obra más comprensible para los lectores. En lo segundo, las ideas de fondo, en no pocas ocasiones, han sido remozadas, aclaradas o simplemente modificadas.

Los cambios, vale decirlo, no pueden dejar de mencionar a la jurisprudencia, en especial, la STC N° 00018-2015-PI/TC, mal argumentada y peor resuelta, pero con algunos méritos, con lo que se construye un sistema moderado y realista de la publicidad del registro, que, además, pone punto final a las corrientes extremistas, y, con ello, deja sin piso a sus ya, desde hace tiempo, desorientados cultores.

Pues bien, a partir de este momento, la obra queda sometida a la crítica.

Miraflores, noviembre 2021

EL AUTOR

PREFACIO DE LA CUARTA EDICIÓN

La nueva edición de este libro, sustancialmente ampliado y reformado, tiene la meta de hacer frente a la desorientación que sufre la jurisprudencia y la doctrina reciente frente a los problemas derivados del fraude inmobiliario, y que nosotros habíamos denunciado hace mucho tiempo, tanto desde el plano sociológico, como desde el jurídico, pues las mafias de falsificadores han operado desde hace varios años bajo el ropaje protector de una cándida doctrina extremista que, casualmente, pretende legalizar los delitos, lavar activos ilícitos, santificar el robo de la propiedad, despojar a los titulares mediante embargos malhabidos y, en suma, echar al olvido las falsificaciones mediante la cuestionable idea de una todopoderosa inscripción registral.

Lamentablemente, la jurisprudencia tampoco tiene las cosas claras. En el transcurso de pocas semanas pueden encontrarse sentencias contradictorias, lo que demuestra falta de norte e improvisación. Y los Plenos de la Corte Suprema son fuente de severas críticas, antes que adhesiones, como ocurre con el criterio por el cual puede lanzarse a un poseedor de larga data, o que levantó las edificaciones, sin mayor debate ni miramiento; o que convalida las falsificaciones en treinta días.

Por tanto, esta obra tiene la pretensión de convertirse en un dique frente a los abusos, injusticias e inmoralidades que surgen por efecto del extremismo registral; y que los tribunales simplemente asienten por falta de argumentos o por falta de energía en la aplicación del derecho, esto es, haciendo prevalecer la Constitución, sin entretenerse en discusiones teóricas e inútiles sobre tal o cual norma legal.

En consecuencia, nuestro propósito es recusar la idea, tan extendida, de que el registro sirve para lavar la cara de los delincuentes, o para que sus riquezas ilegítimas ingresen a la licitud por vía de los terceros. La fe pública registral, que antes era un principio jurídico respetable, sin embargo, en la actualidad ha quedado degradada a una modalidad delictiva, bien conocida por los policías y fiscales.

Por tal motivo, también, reclamamos justicia para las víctimas de las mafias de falsificadores, lo que necesariamente debe ser asumido por el Estado, pues se trata del directo responsable de los errores o tropelías cometidas a través del sistema registral y notarial, sea porque el servicio lo prestan directamente sus propios funcionarios, sea porque no fiscaliza adecuadamente y permite el “dejar hacer, dejar pasar” de algunos notarios.

No obstante, la voz en la cátedra, en un libro, o en la silla de una aislada Corte de Justicia, no es suficiente para lograr cambios radicales. Se necesita el apoyo de la política. Por tal razón, hemos promovido un proyecto de ley contra el fraude inmobiliario, que esperemos obtenga muchas adhesiones de la ciudadanía para efectos de ser presentado como iniciativa legislativa popular, o, en todo caso, que sea avalada por alguna bancada parlamentaria que defienda sus fundamentos y alcances. La Comisión Parlamentaria que investiga el fraude inmobiliario no puede limitarse a identificar delitos y autores, sino que además debe proponer los correctivos legales necesarios para que estos hechos no se repitan, lo cual exige modificar, o derogar, la fe pública registral.

En este contexto (difícil), la presente obra nuevamente ve la luz, esperando que sus propósitos se cumplan.

Miraflores, enero de 2015

EL AUTOR

PREFACIO DE LA PRIMERA EDICIÓN

El presente libro busca compendiar en un solo texto el contenido de dos disciplinas jurídicas que son fundamentales para lograr la seguridad con justicia, en el ámbito de la transmisión y adquisición de derechos. Por un lado, el Derecho Registral se construye sobre el mecanismo técnico de la publicidad a efectos de otorgar confianza a los particulares en sus diversas relaciones, para lo cual se ofrece información de los datos relevantes en el tráfico y simultáneamente establece criterios de preferencia respecto a los conflictos que se susciten en las diversas situaciones jurídicas *inter privados*. Se trata, por tanto, de una materia propia del Derecho Civil que da preponderancia al logro de la seguridad jurídica. En tal sentido, nuestra disciplina adolece de los riesgos derivados de su carácter estrictamente formal y automático, lo que obliga a estar prevenidos respecto a que un simple criterio técnico pueda desplazar, sin más, a todos los otros valores que informan el mundo del Derecho.

Por otro lado, el Derecho Notarial tiene como finalidad dar certeza de los actos o negocios, con lo cual se da solidez a las adquisiciones, se facilita la prueba, se simplifican los procesos y se desalienta la cultura del litigio. Para lograr estos beneficios se requiere, en contrapartida, que el notario cumpla en forma estricta con los deberes que la ley y la ética le imponen, ya que la única garantía de respeto a dicha función se encuentra en el respeto que inspire el mismo protagonista.

Esta obra tiene como primer objetivo desmitificar una serie de postulados que a veces se sostienen por mera repetición o por ausencia de profundidad. En tal sentido, aquí se exponen las distintas materias con la debida

seriedad científica, y por ello salta a la vista la magnitud de la bibliografía consultada, y el elevado número de citas a pie de página, que no tienen un afán de academicismo inútil, sino de proporcionar al lector una información confiable y contrastada con la más moderna doctrina. Una segunda finalidad es que la obra sea realmente útil, lo cual significa que en ella se pueda encontrar una solución a los múltiples problemas suscitados en la práctica, y para lo que resulta indispensable exhibir el criterio formado por la jurisprudencia. Por tanto, si los fines son ciertamente ambiciosos, entonces los medios para lograrlo han pretendido también serlo, y por eso espero que el texto se encuentre, por lo menos en alguna medida, a la altura de las circunstancias.

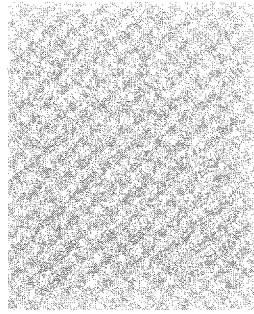
El libro actual reconoce un lejano precedente en el conjunto de ensayos jurídicos que publiqué en septiembre de 2000 bajo el título “Temas de Derecho Registral”. Si bien la natural evolución que produce el tiempo hace que hoy no pueda suscribir mucho de lo afirmado en aquel momento, sin embargo, en esa lejana obra está presente un determinado espíritu que obliga a reconocer la existencia de una línea conductora que une el pasado y el presente. Y recordando precisamente esa continuidad ideal, que hace posible el devenir, es que quiero dedicar este libro a todos los amigos que me han acompañado durante este tiempo.

Miraflores, octubre de 2007.

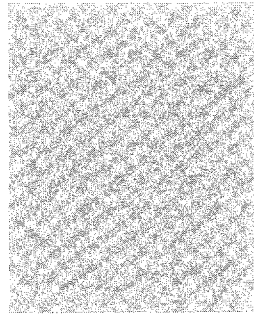
EL AUTOR.

GLOSARIO

CC:	Código Civil (1984)
CCom:	Código de Comercio (1902)
LGS:	Ley General de Sociedades (1998)
LRPMMN:	Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional (2005)
LGM:	Ley de Garantía Mobiliaria (2006)
LN:	Decreto Legislativo del Notariado (2008)
RGRP:	Reglamento General de los Registros Públicos (2001, TUO de 2012)
RIRP:	Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (2013)
RRS:	Reglamento del Registro de Sociedades (2001)
RIRPJ:	Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (2013).
RIRMC:	Reglamento de Inscripciones Registro Mobiliario de Contratos (2006).
RIRPV:	Reglamento de Inscripciones Registro de Propiedad Vehicular (2013)
RITSI:	Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas (2012)
RIRBEPN:	Reglamento de Inscripciones del Registro de Buques, Embarcaciones Pesqueras y Naves (2012)
RRM:	Reglamento del Registro Mercantil (1969), vigente parcialmente en cuanto a los comerciantes individuales.
RI (de 1936):	Reglamento de Inscripciones (1936), vigente parcialmente en cuanto a los registros de mandatos y personal.
ARI (de 1970):	Ampliación del Reglamento de Inscripciones (1970), derogado.



**PRIMERA
PARTE:
DERECHO REGISTRAL**



Capítulo I

BASES SOCIALES Y ECONÓMICAS EN EL ORIGEN DEL REGISTRO

1. SOCIEDAD CAPITALISTA¹

El espíritu capitalista, que empieza a adueñarse de los hombres a partir del siglo XV², surge en las grandes ciudades marítimas cuyo florecimiento tiene como causa el comercio. Sin embargo, la concepción medieval de la vida se resiste a desaparecer. Las sociedades evolucionan, es cierto, pero a un ritmo lento, pues la idea de la riqueza como objetivo de vida tiene que enfrentarse con la tradición subyacente que se arrastra por muchos siglos, cuya finalidad no es el mundo vital, sino el ultraterreno, pues la influencia

1 Mucho se ha escrito sobre el concepto de capitalismo, pero, en forma convencional, puede asumirse que es el sistema económico caracterizado por lo siguiente: (i) derechos de propiedad y decisiones individuales, no centralizadas, (ii) coordinación entre los diferentes actores, mediante mercados y precios, así como por la competencia y colaboración, lo que exige división del trabajo y economía monetaria, (iii) capital para inversión y reinversión en el presente con miras a obtener utilidad futura, incluyendo el aspecto crediticio, que implica riesgo e inseguridad: : Kocka, J. (2014), p. 29.

2 El capitalismo inicial surge antes, pues ya se encuentra presente en la Liga Hanséatica, desde el siglo XIII hasta el XVI, que reúne comerciantes del norte europeo, especialmente germánicos, dedicados al comercio de mercancías de lujo para las ciudades que dominaban, y, también en las ciudades italianas del norte, como Génova, Venecia y Florencia, en las que se originaron entidades bancarias, primero regionales, pero luego de carácter transnacional, con influjo en la política, sin embargo, en esos momentos aurorales era una excepción, tanto de la economía feudal, como de la vida monacal, religiosa y contemplativa: Ibid., pp. 47-57.

religiosa es todavía grande, por lo que no se pueden esperar cambios dramáticos. En todo caso, ¿qué significa ese naciente espíritu capitalista? “Pues, nada menos, que el objeto principal de la acción humana era la búsqueda de la riqueza”³.

No es que antes no existiese el espíritu mercantil, sino que la Edad Media se encuentra dominada por la religiosidad, la tradición, la aspiración suprema a la vida eterna, el honor. La sociedad estamental, sin cambios, donde los ricos y los pobres lo son de generación en generación; sin movilidad social, en donde la riqueza no se explota a su máximo potencial, pues no existe el crédito, ni la Banca, ni los préstamos a interés; en donde el máximo valor es la vida contemplativa y monacal, no la burguesa del comerciante. En ese momento aún se piensa en la primacía de la nobleza por razón de sangre, que resulta incompatible con el trabajo, el esfuerzo y la aventura. La hidalguía se emparenta con la ociosidad; y las faenas de trabajador, artesano o comerciante constituyen oficios poco menos que despreciables. En ese mundo existe ya la idea de lucro instalada en la conciencia humana, pero no ganado a través de la producción, sino por medio de la nobleza, los privilegios o los derechos de conquista que implica la cesión de extensos territorios a los latifundistas⁴.

3 Laski, H. (1992), p. 19.

4 ¿Por qué triunfa el espíritu capitalista sobre el espíritu antiguo?: “porque dentro de los límites del antiguo régimen las potencialidades de la producción no podían ser ya explotadas. Paso a paso, los hombres nuevos, con sus métodos, adelantaban camino hacia un volumen de riqueza inalcanzable para la sociedad antigua. Las atracciones de esta riqueza despertaban apetitos que aquella vetusta sociedad, dada su contextura, era incapaz de satisfacer. En consecuencia, los hombres pusieron en tela de juicio la legitimidad de aquella contextura. La actitud para con la usura, la aceptación de los gremios como un medio racional de controlar la producción, la noción de que la Iglesia era la fuente natural del criterio ético, todo comenzó a parecer inadecuado, porque todo ello se atravesaba en el camino de las potencialidades que el espíritu nuevo revelaba. La idea del capitalismo no cabía dentro de los muros de la cultura medieval. Y el capitalismo, en consecuencia, emprendió la tarea de transformar la cultura de acuerdo con sus nuevos propósitos. Para ello tuvo desde luego que proceder por etapas; y, desde luego también, no se puede decir que tenga éxito mientras no destruya una resistencia que, en resumidas cuentas, ha durado tres siglos. Su afán es establecer el derecho a la riqueza con el mínimo de interferencia de cualquier autoridad social, sea la que fuere. En este empeño, el capitalismo se ve obligado, hablando en términos generales, a pasar por dos

El Antiguo Régimen, posteriormente liquidado por la burguesía liberal, no se caracteriza por la circulación de la tierra, pues su condición queda vinculada con la nobleza, la casta y el estamento. Esas clases eran tendencialmente perpetuas, pues no había movilidad social, y, en tal sentido, no era usual que la tierra cambiase de manos. En un mundo de esas características no existía razón alguna, económica o jurídica, para dotar de especial seguridad a unas transferencias que simplemente no se realizaban⁵. Pero eso pronto habría de cambiar.

En efecto, el capitalismo europeo se extiende, no solo en el ámbito ideológico, sino también en el regulativo y político⁶, hasta el punto de que en esa época se producen las revoluciones en Inglaterra y Francia, específicamente contra la monarquía, que representaba el poder inmovilizado que se encuentra en colisión con la relevancia que ganan los comerciantes y productores. “La riqueza de las naciones” de Adam Smith es el libro de cabecera en el final de esa etapa, y describe el éxito que se obtiene por medio del libre cambio de mercancías y capitales, fomento del comercio, el crédito, la producción, a través de la liberalización de la economía, pues los empresarios deberían deducir por sí mismos, animados por el espíritu de lucro, al margen del control estatal, qué producir, qué comprar, qué vender, qué salarios pagar. El mercado, en buena cuenta, decide sobre todos y cada uno de esos ámbitos en forma espontánea, fuera de intervenciones o reglamentaciones, que solo impeden, bajo esta concepción, que las inmensas fuerzas productivas puedan desarrollarse a su máxima plenitud. La diferencia con

grandes fases: por un lado, pretende transformar la sociedad, mientras por el otro trata de apoderarse del Estado”: Ibid., pp. 21-22.

- 5 La economía de la época no pedía más. Las enajenaciones no eran frecuentes y la demanda de capitales estaba reducida a la mínima expresión: Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 39.
- 6 Es frecuente dividir el capitalismo en tres fases: (i) comercial, basado en el intercambio de mercancías, (ii) industrial, fundado en la revolución de vapor, el maquinismo, la tecnología y producción en masa que origina el comercio internacional global, (iii) financiero, pues en forma paralela a la economía real surge una basada en valores monetarios o de inversión, como bonos, papeles de deuda, acciones, así como instituciones de soporte como las bolsas: Kocka, J. (2014), pp. 73 ss.

el anterior sistema, basado en el estamento, la religión y el desprecio por la actividad mercantil, es de toda evidencia⁷.

No debe olvidarse que la corriente liberal está marcada por la liquidación y venta de una serie de bienes públicos y privados, ya sea los vinculados (cuya venta en el régimen anterior estaba prohibida), los de la Iglesia, los estatales y comunales. La idea es formar una masa de propietarios que inviertan en agricultura, industria, minería o construcción. Para ello se necesita dotar de seguridad, garantías, y, en general, protección frente a cualquier reclamo de los antiguos titulares basados en las normas del régimen jurídico que se desplomaba. La liberación de la propiedad tiene un rol fundamental para desactivar el poder terrateniente de las clases estamentales, de la Iglesia, de la nobleza; y disolverlos mediante el traspaso en masa de tierras a favor de burgueses, comerciantes y productores. Es el triunfo de una clase basada en el esfuerzo individual sobre otra clase que seguía pensando en la vida de tiempos pasados, y que la ociosidad era el mejor signo de honor y prestigio social.

7 Nuevamente recurrimos a la claridad del profesor inglés para que explique estas diferencias: "Antes del advenimiento del espíritu capitalista, los hombres vivían dentro de un sistema en que las instituciones sociales efectivas -Estado, Iglesia o gremio- juzgaban el acto económico con criterios ajenos a este mismo acto. El interés individual no se presentaba como argumento concluyente. No se aceptaba la utilidad material como justificación de la conducta económica. Aquellas instituciones sociales trataban de imponer, y en parte lo imponían, un cuerpo de reglas para gobernar la vida económica, cuyo principio animador era el respeto al bienestar social en conexión con la salud del alma en la vida futura. Ante esta consideración, se estaba dispuesto a sacrificar el interés económico del individuo, puesto que ello aseguraba su destino celestial. Con este propósito a la vista, la competencia era controlada, el número de clientes para cada comerciante era limitado, había prohibiciones al comercio por razones religiosas, se prefijaban los precios y los tipos de interés, los días festivos eran obligatorios, se regulaban los salarios y las horas de la jornada laborable, y se evitaba la especulación dentro de ciertos límites. Estos ejemplos, escogidos al azar entre muchos otros preceptos de aquel sistema, bastan para demostrar que la conducta económica se regía conforme a normas no económicas. Todo este armazón de reglas se cuarteó porque no era capaz de contener el impulso de los hombres hacia la satisfacción de ciertas expectativas que, dados los medios de producción, aparecieron como realizables en cuanto el ideal medieval fuera sustituido por el de la riqueza como bien en sí": Laski, H. (1992), pp. 23-24.

2. SOCIEDAD CAPITALISTA Y NUEVO ORDEN

El capitalismo, para su desarrollo, necesita nuevas instituciones jurídicas. La producción industrial, el comercio y la naciente tecnología, no podían desarrollarse con las figuras tradicionales del derecho romano, que, en todo caso, requerían remozarse y actualizarse con el fin de satisfacer las exigencias de la nueva economía. Sin embargo, la prohibición de la usura en la economía antigua, básicamente por motivos religiosos, era un formidable obstáculo para el desarrollo económico, por lo que hubo que crear entidades financieras que vinculasen la oferta y la demanda del crédito⁸, además, de la imperiosa necesidad de configurar un sistema de garantías sólidas para que el acreedor tuviese seguridad de recuperar la acreencia. En este punto, claramente la hipoteca debía reacomodarse, por tanto, tuvo que asentarse en la publicidad de un registro estatal, vinculada con bienes específicos y determinados, de tal suerte que el acreedor pudiese oponer su derecho frente a los sucesivos adquirentes, mientras, la ausencia de publicidad determinaba que el gravamen no afectase a terceros. Por tanto, la vieja hipoteca, romana, oculta y general, es reacondicionada a los nuevos tiempos, pues la seguridad jurídica se convierte en elemento clave, que, muchas veces, exige derogar los viejos principios lógicos y de sentido común de las instituciones jurídicas, para reemplazarlos por otros, más flexibles y menos dogmáticos.

La economía feudal se basa en los estamentos sociales, sin permitir la movilización de la riqueza territorial, pues tal activo queda reservado a la familia, a la sangre, a los estamentos privilegiados, por tanto, los dueños de la tierra lo serían siempre, y, las escasas transferencias se producirían en el mismo entorno familiar (herencias) o, limitadamente, entre los miembros de la misma clase. En este contexto, el sistema jurídico no necesitaba proteger el tráfico de inmuebles, pues, sencillamente, este prácticamente no

8 Esta concepción lleva a que durante el siglo XIX el derecho se “comercialice” y se postule la necesidad de atender con preferencia a la “seguridad del tráfico”; todo lo cual lleva a que en la práctica legislativa y judicial se originen, se fortalezcan y amplíen los privilegios a favor de las clases financieras y capitalistas (legislación sobre hipotecas, títulos valores, negocios abstractos, etc.): De Castro, F. (1997), p. 15.

existía. Sin embargo, la economía capitalista, poco a poco, fue subvirtiendo las bases del inmovilismo, en tanto la burguesía, con su creciente poder financiero y económico, reclamó un nuevo orden, tanto político como social, por lo que el derecho también sería influenciado. En tal sentido, el Derecho liberal consagra tres instrumentos fundamentales de "tutela de la apariencia": la posesión, los títulos valores y la publicidad registral⁹, que surgen con el fin de resguardar la seguridad jurídica de los sujetos que participan en el tráfico económico, sobre la base de la apariencia, cuyo origen es alemán, inspirado en la teoría posesoria, que pronto se expande a unos nuevos documentos mercantiles que facilitan el intercambio, como los títulos valores, pero que luego se expande a nuevos ámbitos, entre ellos, el registro.

La doctrina histórica señala que la legislación mercantil alemana de la primera mitad del siglo XIX debe calificarse como excelente, y en realidad no le falta razón, especialmente si tenemos en cuenta la creación de la teoría de los títulos valores. En consonancia con una actividad económica de gran envergadura, por lo que surgen leyes de gran riqueza de contenido, integradas por las costumbres prácticas de los comerciantes, pero pensadas sobre la base de cuidadosas investigaciones jurídicas. Estas nuevas corrientes de derecho mercantil (principalmente, cambiario, pero también societario, contractual), prontamente son acogidas por el derecho civil, y se confirman mediante los nuevos principios de responsabilidad aparente, protección de la confianza y de sociedad de hecho¹⁰. No es casualidad, por tanto, que los principios fundamentales del registro moderno sobre bienes inmuebles se encontrasen ya en los estados germánicos durante el siglo XVIII, y, que el instituto se haya generalizado en el XIX, por cuanto en ese momento la tesis económica imperante postula la necesidad de liberalizar el comercio¹¹,

9 De Ángel, R. (1982), pp. 31-33.

10 Molitor, E. & Schlosser, H. (1980), p. 106.

11 "la propiedad y la producción agrarias quedan liberadas de un golpe del intervencionismo, más o menos intenso, tradicional y pasaron a una economía de mercado libre. A la sociedad estamental sucedió la capitalista en la que tierras y trabajadores (empresarios o proletarios) eran simples factores de producción. Por otra parte -y esto no es menos

permitir el libre cambio con el extranjero, atraer inversiones, des-regular, abrir la producción a las fuerzas del mercado, fomentar el crédito mediante sistemas modernos de garantía real.

La necesidad de un nuevo orden jurídico salta a la vista.

3. SOCIEDAD CAPITALISTA Y REGISTRO

3.1. Antecedentes

El sistema económico se basa en los sucesivos intercambios de bienes y servicios, que se producen entre los distintos sujetos para efecto de satisfacer las crecientes necesidades e intereses de la vida. El hombre requiere de una base material que permita la subsistencia, en consecuencia, todos necesitan de riqueza, sea material o intelectual, para conservar adecuadamente el ser físico e interno de cada uno, pues obviamente no es posible el auto-sostenimiento. En la economía de especialización que impera con el capitalismo, cada quién produce algo, pero necesita de muchas otras cosas, por lo cual se hace imperativo las relaciones de cooperación e interacción entre ellos. Pues bien, en este sistema generalizado de intercambio, los particulares buscan precaverse con el fin que las promesas sean finalmente cumplidas, esto es, que las legítimas pretensiones de los contratantes no queden defraudadas. Así surge la necesidad de asegurar los intercambios, de reducir a la mínima expresión el riesgo de los productores y comerciantes, de proteger sus adquisiciones. En este contexto, se pretende como necesidad prioritaria que el capital se dirija hacia los propietarios de la tierra, pero no a los aristócratas o a los barones del antiguo régimen, que solo querían mantener el honor del *status*, sino que permita el desarrollo de los burgueses inspirados en la idea de ganar dinero. De esta forma, el capital permitiría modernizar las explotaciones agrícolas e industriales a través de la tecnología, y con la consiguiente obtención de eficiencia que posibilitaría participar con éxito en el mercado mundial, ahora convertido en necesidad

esencial- se trató de una reforma real no meramente legal, puesto que la propia sociedad se encargó de llevarla a cabo con una velocidad pasmosa”: Nieto, A. (2002), p. 285.

por la revolución industrial, que disparó a niveles no imaginados la producción de alimentos y mercancías. El capitalismo agrario¹² es el detonante para la creación del registro hipotecario o de propiedad, pues las crecientes inversiones para la explotación de la tierra requiere que el capital fluya a los propietarios, pero con suficientes garantías para los acreedores y financieras.

3.2. Protección del crédito y registro

La precaria seguridad jurídica del crédito en el Antiguo Régimen se asentaba en las cargas estamentales ocultas que perseguían el inmueble, que beneficiaba a ciertas clases, así como por coerciones personales en caso de incumplimiento de obligaciones (prisión por deudas). Sin embargo, una vez que se derogan tales normas por influjo del nuevo derecho liberal, entonces se hace necesario adoptar un sistema público pre-constituido de los privilegios a través de la titulación auténtica y el registro. Por tanto, luego de la revolución liberal, se forma un doble sistema paralelo de responsabilidad patrimonial; de un lado, el sistema que, sin apremio personal, toma al patrimonio como base de la responsabilidad; y de otro lado, el sistema de responsabilidad de los bienes fundado en la especialidad y en la preferencia crediticia, y que toma como puntos de partida a la hipoteca y a la publicidad registral como sistema preferente de realización de los bienes y de organización del sistema de crédito territorial¹³.

En efecto, en un primer momento, la obsesión estuvo centrada en crear un orden hipotecario práctico y saneado, en tanto se pretendía fundar el desarrollo industrial en el crédito territorial. Los antiguos privilegios ocultos basados en el señorío de la tierra o en la defensa de las clases adineradas y sus familias, fueron avasallados por la concepción liberal de la hipoteca, entendida como el único privilegio crediticio subsistente, cuyo

12 El capitalismo agrario implica que dicha actividad se ejerce por grandes empresas, mediante concentración de la propiedad, arrendamiento de tierras, relaciones laborales, producción destinada al mercado mundial, que, por ejemplo, en Inglaterra se desarrolla entre los siglos XVI a XVIII, seguido luego por otros países: Kocka, J. (2014), p. 92.

13 Álvarez Caperochipi, J. (1995), pp. 28-29.

fundamento teórico es democrático, pues tiene como base exclusiva los principios de publicidad (la hipoteca inscrita afecta a terceros) y de especialidad (la hipoteca afecta bienes, no patrimonios o universalidades). Es cierto que se presentaron múltiples escollos y retrocesos, en tanto las legislaciones europeas fueron ondulantes¹⁴. Por su parte, el concurso de acreedores había puesto de manifiesto la importancia de la “citación” de todos los acreedores, pero el orden de estos no resultaba conocido, sino hasta el final del engorroso juicio, pues, solo luego de los edictos y emplazamientos singulares, los acreedores no tenían noticias unos de otros. La prioridad entre los acreedores emanaba de un documento judicial *ex post facto* (sentencia), es decir, después de ocurridos los hechos, por lo que, cualquier acreedor no podía prever si finalmente cobraría su acreencia, pues no conocía previamente a los otros, ni tampoco tenía seguridad sobre las propiedades y, en general, sobre el patrimonio del deudor. ¿No se podría lograr una prioridad de los acreedores previa a un juicio? En ese punto, surgen los registros de embargos e hipotecas, en donde el principio fundamental era la prioridad objetiva, democrática: “*primero en el registro, preferido en el derecho*”, sin importar la naturaleza del crédito, o la naturaleza del acreedor. La prioridad es la característica primigenia de todo sistema registral,

14 Así, por ejemplo, Francia que había instaurado un sistema de publicidad registral a fines del siglo XVIII, volvió a la clandestinidad con el Código Civil de 1804, excepto para las hipotecas: *Ibid.*, pp. 13-16. En tal sentido, “La aproximación de los juristas liberales franceses al tema de los privilegios crediticios es extremadamente sencilla. Ya no existen privilegios crediticios, pero ha nacido la hipoteca, cuya preferencia hace efectiva la supremacía del crédito territorial y la tutela del acreedor. El sistema jurídico, cuya obsesión es fundar un sistema financiero, tutela la propiedad, pero no como un fin en sí mismo sino para poderla afectar en garantía al crédito hipotecario. La hipoteca y el Registro al servicio del crédito territorial para hacer posible el sueño de los liberales: formar crédito territorial, generar y concentrar capitales, desarrollar la industria y construir ferrocarriles. Este es el derecho construido por el Código de Napoleón; el crédito hipotecario tiene tal fuerza, que desde la inscripción se convierte en el orden privilegiado preferente y por ello como reserva de rango se convierte en garantía de efectividad del crédito y de su ejecución, así como del privilegio singular sobre inmuebles. La hipoteca recibe toda la preeminencia de los privilegios crediticios del Antiguo Régimen que se derogan por la Revolución. Podemos decir que con la hipoteca nació al derecho el primer crédito de orígenes ciertos: la simplificación absoluta del derecho patrimonial”: *Ibid.*, pp. 13-14.

por ello, los primeros registros son meramente hipotecarios o de cargas y gravámenes; mientras que los registros sobre la propiedad de la tierra se consideraba una cuestión, no solo compleja para las condiciones técnicas de la época, sino, además, inconsecuente con la ideología imperante, pues, ¿a quién se le ocurriría despojar a un propietario de su sacrosanta propiedad por un mecanismo como el registro? El pensamiento jurídico del primer capitalismo podía permitir que se declaren ineficaces las cargas ocultas, pues el acreedor beneficiado había sido negligente en resguardar su derecho, y por eso, solo él debía sufrir las consecuencias; pero, condicionar la adquisición de la propiedad a un requisito formal y extrínseco como el registro hubiera sido demasiado radical. Los registros hipotecarios, o de garantías, lo relevante es evitar la clandestinidad de gravámenes, asegurar la efectividad real de la ejecución judicial, y, por lo mismo, fijar la prelación y preferencia de créditos¹⁵.

3.3. Protección de la propiedad y registro

Sin embargo, la protección del crédito se reveló insuficiente. La doctrina de la Ilustración y el liberalismo postulan que la propiedad libre y el crédito sean la base de la iniciativa económica. La revolución burguesa necesitó nuevos instrumentos jurídicos para llevar a cabo su ideario político, por lo que se instituyó un sistema que procure certeza en la prueba de los derechos (publicidad) e identificación de gravámenes (especialidad). El origen cierto de la propiedad pretende garantizar la seguridad del adquirente

15 Nuñez Lagos, R. (1948), p. 87. Este autor menciona una gran cantidad de legislaciones del siglo XIX que adoptaron Registros hipotecarios. Es el caso de los Estados germánicos de Baden, Baviera, Hannover, Frankfurt; y entre otros países, puede citarse a Holanda, Hungría, Dinamarca, etc. El sistema español previo a la Ley Hipotecaria Española de 1861 es también un típico ejemplo de Registro de hipotecas y censos, en el cual solamente se transcribían los gravámenes de la propiedad inmobiliaria, restando eficacia a los gravámenes ocultos. Sin embargo, el sistema no aseguraba quién era el propietario del bien. Igual ocurría con nuestro Oficio de Hipotecas y Censos, implantado por la legislación colonial, y conservado por el primer Código Civil de 1852 hasta su abrogación por la Ley del Registro de Propiedad de enero de 1888.

y el crédito territorial, así como la simplicidad del procedimiento ejecutivo y del concurso de acreedores¹⁶.

El derecho germánico había configurado ya la idea del registro mediante las costumbres locales del *Auflassung*, así como en la conservación de los actos de transmisión inmobiliaria en las comunas y registros locales, con eficacia que muchas veces llegaba a ser constitutiva. Para ello, utilizaron los materiales que podían servir del Derecho romano, tal como el negocio real abstracto (en una interpretación particular de los textos), y los propios del derecho común y mercantil, como la construcción teórica de las adquisiciones a *non domino* de los bienes muebles, y la protección de la apariencia que surgió en los títulos valores. Así se construye la disciplina jurídica del Derecho registral. La analogía entre la apariencia que despliega el fenómeno posesorio (en bienes muebles) con el fin de proteger a los terceros de buena fe¹⁷, como también ocurre en los títulos valores, será utilizado con el sistema artificial-estatal del registro¹⁸, con lo que trata de excluir la apariencia posesoria, pero no siempre en forma absoluta.

De manera natural, y conforme a las costumbres locales germánicas, paralelamente nació un sistema registral de segundo tipo, evidentemente más formalista, en el cual se da ingreso a todas las titularidades sobre

16 Los principios primigenios de “publicidad” y “especialidad” buscan crear un triple sistema de certeza: la certeza de la propiedad, la certeza de las transmisiones patrimoniales y la certeza del rango del crédito: Álvarez Caperochipi, J. (1995), pp. 9-11.

17 Miquel González, J. (1979), p. 451.

18 La analogía de soluciones en ambas figuras ha sido destacada por la doctrina alemana: “Puede, en efecto, dudarse de si la confianza del adquirente en que el enajenante poseedor es también propietario merece mayor protección que confianza puesta por el verdadero propietario en la honradez de aquél a quien había confiado su cosa. Y si a pesar de todo la ley exige a este último el sacrificio de su derecho no dejándole otro recurso que pretensiones de indemnización (contractuales o delictuales) contra el enajenante y una compensación por enriquecimiento, lo que en ello se expresa –como en la fe pública del registro o en el hecho de independizar el negocio real de disposición del negocio de obligación causal-, no es tanto la consideración habida de las especiales circunstancias del adquirente, como el interés de fomentar la seguridad y simplicidad del tráfico negocial, y en especial la del tráfico de mercancías”: Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1°, p. 451.

un mismo inmueble. La finalidad es aumentar la seguridad jurídica en la circulación de los bienes. El registro se propone documentar y patentizar el estado de la propiedad inmobiliaria dentro de un país¹⁹, por tanto, se hace necesario discutir si la inscripción altera o no el sistema tradicional de transferencia de la propiedad. De esa forma nacen los sistemas de publicidad constitutiva, en donde la inscripción es un elemento del supuesto de hecho desencadenante de la transmisión de las titularidades. En cambio, en la publicidad declarativa la inscripción no produce la transmisión del derecho, que opera fuera del registro, por consentimiento o tradición, pero sí constituye un mecanismo de resguardo en favor del sujeto que inscribe, quien una vez acogido al registro no podrá ser removido de su adquisición, ni afectado por otras titularidades no-inscritas (ocultas).

4. ORIGEN DEL REGISTRO PERUANO

El Perú ingresa con retraso en la órbita capitalista, pues, recién entrado el siglo XIX establece por mandato constitucional la libertad de comercio e industria y la libre enajenación de los bienes, específicamente de la tierra²⁰.

19 Nussbaum, A. (1929), p. 8.

20 Durante la Colonia el mayorazgo era una institución por la cual se vinculaba un bien inmueble a una familia, de modo perpetuo e irreformable, generalmente a favor de la sucesión del hijo mayor. La aristocracia logró, de esta forma, mantener y acrecentar su poder económico. Además de los mayorazgos se tenían otras vinculaciones civiles y eclesiásticas de la propiedad, tales como las capellanías, las fundaciones de misas, las obras pías, así como las adquisiciones a favor de las entidades llamadas "manos muertas", como las iglesias, que no tenían capacidad de disponer de los bienes. Todas estas vinculaciones tenían el dramático efecto de paralizar la economía, que no invertía en bienes que estaban destinados a un fin específico en forma indefinida, sin posibilidad de redimirse. Desde finales del siglo XVIII, la legislación española había prohibido las vinculaciones. La Novísima Recopilación, de principios del siglo XIX, e inspirada en la ideología liberal, prohibió las manos muertas en forma más enérgica. Por su parte, una ley peruana de 20 de diciembre de 1829, promulgada el 11 de enero de 1830, dispuso que los actuales poseedores de las vinculaciones civiles pudiesen disponer de la mitad; y el saldo quedaba reservado hasta que pasase a manos de su próximo poseedor. La Constitución de 1828 estableció que no se reconocían vinculaciones laicales, y que todas las propiedades eran enajenables. Por su parte, una ley peruana de 20 de diciembre de 1829, promulgada el 11 de enero de 1830, dispuso que los actuales poseedores de las

Por su parte, la necesidad de dotar de crédito a las iniciativas empresariales ocasiona el surgimiento de las primeras entidades financieras, pero luego de la mitad de dicho siglo, mientras los Bancos Hipotecarios recién tendrán una ley específica y moderna en 1889²¹. Un año antes, y eso no es casualidad, se instaura el Registro de la Propiedad Inmueble mediante Ley de enero de 1888²², cuyo considerando escueto dice: “que es necesario dar seguridades

vinculaciones civiles pudiesen disponer de la mitad; y el saldo quedaba reservado hasta que pasase a manos de su próximo poseedor. La Constitución de 1839 estableció que no se reconocían vinculaciones laicales, y que todas las propiedades eran enajenables. Una ley de 04 de septiembre de 1849 llegó más lejos pues determinó que, sin excepción, todas las propiedades eran libremente transferibles. Esta norma se fue aplicando a mayorazgos, capellanías y demás vinculaciones laicales; con el consiguiente resultado que la riqueza territorial pasó al mercado libre de tierras. Hasta fines del siglo XIX era relativamente usual encontrar ejecutorias supremas referidas a la desamortización de la propiedad y el consiguiente reparto y venta de los inmuebles. El Código Civil de 1852 continuó con la misma tendencia, ya imparable. El Código dispuso la redención de los censos consignativo y reservativo. La ley de 15 de diciembre de 1864 continuó esa tendencia, e introdujo fórmulas para que los censatarios se liberen de los censos, si bien con grave perjuicio a los propietarios. La norma fue modificada por las leyes de 30 de marzo de 1867 y 20 de agosto de 1872. El punto final lo puso la ley de 17 de octubre de 1893, que declaró comprendidas en la ley de redención no solo los censos y capellanías, sino toda fundación de carácter perpetuo, cualquiera fuese su objetivo. Según Basadre, la primera plutocracia republicana se origina por una serie de factores: la riqueza temporal del guano, el pago de los vales de manumisión de esclavos y de la deuda interna a los colaboradores durante la independencia. Todo ello no estuvo exento de la corrupción y fraude. Este nuevo capital que no dio lugar a la industrialización del país, sino al consumo de lujo estéril, se invirtió en cierta medida en la agricultura mediante la adquisición de bienes inmuebles, lo que fue promovido por las distintas normas que eliminaron las vinculaciones de la propiedad: Basadre, J. (2005), T. III, pp. 228-232.

- 21 Los primeros Bancos Hipotecarios que operaron en nuestro país fueron el de Crédito Hipotecario y el Territorial Hipotecario, en una época en la cual todavía no se encontraba organizado un Registro Inmobiliario. La guerra con Chile marcó el final de su trayectoria, aunque desde 1875 se había iniciado la crisis de ambas entidades con motivo de la alteración de la moneda circulante por la inconvertibilidad del billete y la depreciación del papel moneda. Los Bancos y los tenedores de bonos exigían que el pago se haga en plata o su equivalente; mientras que los terratenientes deudores pretendían hacerlo con billetes a la par: *Ibid.*, T. X, p. 35.
- 22 Decimos simplemente “enero” porque no se conoce con precisión la fecha de su promulgación y publicación en el diario oficial. Así, la fecha tradicional que se atribuye es de 02 de enero, pero el Reglamento del Registro de Propiedad Inmueble (publicado en el diario oficial el 22 de septiembre de 1888) señala que la ley es de 20 de enero; mientras que

a los que contratan sobre las propiedades inmuebles”. En efecto, no basta eliminar las reglamentaciones, los privilegios, las vinculaciones a la tierra²³, los gremios, los estamentos mercantiles contrarios a la libertad de comercio, en tanto, se necesitan también medidas positivas que impliquen una acción efectiva, y una de ellas es asegurar que el inversionista pueda adquirir, o dar un préstamo, con seguridad razonable de su retorno. En ese punto entra en juego el registro, que se enlaza con la necesidad de crédito seguro otorgado por entidades financieras destinadas a prestar capitales con garantía de hipotecas. En nuestro caso, se buscó levantar y/o modernizar la infraestructura productiva, a efecto de que los empresarios se inserten en los mercados mundiales de la exportación; o en la búsqueda de inversionistas que desarrollen la industria o la minería, que en esa época se desarrollaba de forma artesanal y precaria; en fin, la política económica de la época gira en torno a la idea de promover la producción y fomentar la más rápida y segura circulación de la riqueza²⁴.

en algunas reproducciones de la norma se señala que la promulgación por el Presidente Andrés Avelino Cáceres ocurrió el 28 de enero.

- 23 ¿Qué son estas vinculaciones? “es la unión y sujeción de los bienes al perpetuo dominio en alguna familia, con prohibición de enajenarlos; y también el gravamen o carga perpetua que se impone en alguna fundación. Los principales vínculos que se han conocido son: 1º Los mayorazgos; 2º Las capellanías eclesiásticas y laicales; 3º Las fundaciones de misas, fiestas de santos, limosnas y otras, conocidas con el nombre de obras pías; 4º Las adquisiciones de bienes por manos muertas, con prohibición de enajenar. Estas diversas fundaciones concentraban la fortuna en pocas manos, y perjudicaban a la industria y a la riqueza”: García Calderón, F. (2007), T. II, p. 1836-1837.
- 24 “Cuando no existieron registro de la propiedad ni ley hipotecaria, fue reactio el capital a auxiliar a los dueños de fondos rústicos y urbanos. Temió la existencia de gravámenes ocultos y complejos, las preferencias concedidas al Estado, los derechos de menores, de mujeres casadas y de terceros. Existía el precedente de sonados pleitos que dieron resultados inconvenientes para el capital. En buena parte de la paralización o el estancamiento del trabajo en el campo se reflejó la dificultad para que se pudieran celebrar contratos de mutuo simple o de préstamo hipotecario, coincidiendo con la improductividad del dinero disponible, el menoscabo de las fortunas particulares e, indirectamente, con la inopia de las rentas públicas. Esta situación comenzó a cambiar mediante las leyes de registro de la propiedad de 1888 y de bancos hipotecarios de 1889”: Basadre, J. (2005), T. X, p. 130.

La crisis, producto de la guerra, exige medidas urgentes para salir de la postración económica, entre las que se encuentran los bancos territoriales y el registro, como ya se ha anotado, pero no solo ello. En la misma época se discute un nuevo Código Civil, que solo quedará en proyecto (1890), se aprueban normas sobre cuentas corrientes, prenda mercantil, compañías de seguros, además, con el nuevo siglo llega a modernizarse la legislación de una serie de actividades económicas, siempre bajo la idea liberal de codificaciones que rompan con el pasado, estatuyan un nuevo orden de cosas, y, representen un impulso a la inversión mediante la seguridad jurídica: Código de Minería (1900); Código de Comercio (1902), Código de Aguas (1902), Ley de Prenda Agrícola (1916), Ley de Hipoteca Naval (1916).

El registro, quiérase o no, es hijo no negado del capitalismo²⁵.

25 “En nuestros días, no se aprecian alternativas superiores *frente* al capitalismo. Pero sí que son concebibles (y, en parte, ya se observan) variantes y alternativas muy diversas *dentro* del capitalismo. Lo que está en juego es su evolución. La reforma del capitalismo es una tarea permanente. Y en ella, el papel de la crítica al sistema es fundamental”: Kocka, J. (2014), p. 178.

Capítulo II

BASES JURÍDICAS DEL REGISTRO

1. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO REGISTRAL

El registro de los inmuebles nace bajo la premisa de la “certeza” del derecho, y, para ello se hace necesario constituir un título que sirva como medio seguro de actuación y protección de los derechos subjetivos patrimoniales, por lo que, la prueba normalmente compleja en ese ámbito, ahora se pretende que el propietario pueda exhibir un título fehaciente, con alto grado de certeza para efecto de conservación, disposición y protección del derecho, en todo ámbito, por cuya razón, el titular goza de una prueba fehaciente para cualquier actuación privada o pública, pero, además, busca lograr una situación de inmunidad frente a la interferencia o ataque de terceros, que facilita la circulación de los bienes, para efecto de evitar el riesgo de transferencias o cargas ocultas que paralizarían el comercio por falta de seguridad de la propiedad y de las cargas²⁶. Esta propuesta se origina en los inmuebles, pero rápidamente se amplía a otros bienes o actividades, que también necesitan de la notoriedad para fines de seguridad.

El registro es un instrumento de publicidad, con fines de prueba y garantía, que protege a los titulares en cualquier momento del derecho, sea durante su existencia, para fines de conservación, sea en la circulación, con fines de seguridad²⁷. Por tanto, se entiende por Derecho registral el conjunto de principios y normas que regula la tutela de ciertas situaciones jurídi-

26 Messineo, F. (1979), T. III, p. 568.

27 Vallet de Goytisolo, J. (1980), p. 231.

cas subjetivas a través de un recurso de la técnica jurídica consistente en la creación de un sistema de publicidad institucional, que produce diversos y determinados efectos jurídicos sustantivos de derecho privado (tales como el nacimiento, preferencia y oponibilidad de dichas situaciones jurídicas), con finalidad de certeza y protección.

2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL REGISTRO

La ciencia avanza progresivamente mediante el estudio de problemas concretos, y, que requieren descomponerse en elementos más simples que facilitan la investigación. Por tanto, la ciencia es fundamentalmente analítica²⁸, por lo cual utilizaremos esta idea para lograr una definición adecuada, pero siempre perfectible, de la institución objeto de estudio. En tal sentido, el registro busca proteger los derechos y asegurar las adquisiciones, basándose en la publicidad de los actos²⁹, por tanto, la seguridad jurídica es una sola, por lo que comprende tanto el aspecto de la certeza en la prueba y conservación de los derechos, así como el de protección de los terceros, en caso de que fuese necesario. El registro, para ser tal, se compone de tres elementos esenciales:

- a) Unidad jurídica (hoja, partida) de actos y contratos que se refieren a un sujeto o bien específico, utilizado como criterio ordenador para agrupar las inscripciones (art. 2017-A CC).

28 "La investigación comienza descomponiendo sus objetos a fin de descubrir el 'mecanismo' interno responsable de los fenómenos observados. Pero el desmontaje del 'mecanismo' no se detiene cuando se ha investigado la naturaleza de sus partes; el próximo paso es el examen de la interdependencia de las partes, y la etapa final es la tentativa de reconstruir el todo en sus partes interconectadas. El análisis no acarrea el descuido de la totalidad; lejos de disolver la integración, el análisis es la única manera conocida de descubrir cómo emergen, subsisten y se desintegran los todos. La ciencia no ignora la síntesis; lo que sí rechaza es la pretensión irracionalista de que las síntesis pueden ser aprehendidas por una intuición especial, sin previo análisis": Bunge, M. (2013), p. 26.

29 El Registro se justifica mediante la siguiente razón de política legislativa: otorgar publicidad a las transferencias, con el fin que los derechos o cargas ocultas no perjudiquen a los terceros adquirentes, pues ello simplemente paralizaría el comercio y la circulación de la riqueza territorial a causa de la falta de certeza respecto a la situación jurídica de los bienes inmuebles (determinación de su propietario y de los gravámenes cargas que sufre): Messineo, F. (1979), T. III, p. 568.

- b) Unidad jurídica accesible a todos aquellos que tienen interés en conocer la información que contiene (art. 2012 CC).
- c) Unidad jurídica que otorga efectos jurídicos de derecho privado, por lo cual se pone en situación de ventaja al sujeto que inscribe su derecho, y, se perjudica a quien no lo hace. Este es el caso, por ejemplo, de los principios de inscripción declarativa (arts. 1135, 2022 CC), fe pública registral (art. 2014 CC) y prioridad (art. 2016 CC), referido a los predios, pero que en el ámbito de las sociedades se regula en los art. 24, 25, 26 y 29 CCom, por cuya virtud, los actos no-inscrito no perjudican a tercero, así como algunas otras normas (arts. 16, 37 LGS).

3. EL SER Y LA RAZÓN DE SER DEL REGISTRO

Los objetos de la naturaleza no tienen finalidad, pues simplemente existen o no. La ciencia objetiva ha descartado hace siglos que la materia tenga “fines”. Por el contrario, el Derecho no está presente en la naturaleza, pues su creación proviene del ser humano, por tanto, se trata de una creación cultural que obviamente solo se justifica por razones utilitarias, por sus fines o función³⁰. En tal contexto, las instituciones jurídicas, como actos del hombre, solo se justifican por su finalidad; por tanto, el análisis del registro exige distinguir dos planos:

- a) Ser del registro: La publicidad es lo que tipifica el registro, su ser o esencia³¹, pues lo individualiza.
- b) Razón de ser del registro: La publicidad cumple la finalidad específica de servir de prueba y conservación de los derechos, así como protección de terceros.

3.1. El Ser: Publicidad registral

3.1.1. Definición y requisitos

La publicidad registral se puede definir como el sistema institucional de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones

30 Carvalho, C. (2012), p. 65.

31 “Lo que es algo, cómo es, lo llamamos su esencia”: Heidegger, M. (2014), p. 35.

jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico. Esta publicidad es un servicio del Estado, pues se trata de una función pública ejercida en interés de los particulares.

Las notas características de la publicidad del registro son:

- a) Exteriorización institucional: La publicidad registral se lleva a cabo mediante un conjunto de reglas, funciones, procedimientos ordenados u organizados en forma racional bajo una dirección, y, para cumplir un fin determinado, y regulado por el derecho. En suma, la publicidad es “organizada”³², lo cual implica que se trata de hechos notorios que son puestos en conocimiento por parte de una oficina pública, lo que hace una importante diferencia con las publicaciones de diarios y revistas, o, de la publicidad episódica, propia de las comunicaciones³³.
- b) Exteriorización continuada: La publicidad registral es permanente, no incidental o episódica, por tanto, no guarda similitud con las notificaciones³⁴, edictos³⁵ o, en forma aún más genérica, la infor-

32 Sobre esta característica, es bueno recoger la definición de publicidad registral dada por Renato Corrado: “una declaración señalativa proveniente de órganos públicos (acto administrativo en sentido técnico) dirigida a hacer patente la verificación de hechos idóneos para producir modificaciones jurídicas que puedan interesar a la generalidad de los ciudadanos”: Cit. Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 13.

33 García García, J. (1988), T. I, p. 43.

34 Las notificaciones tienen carácter episódico y están dirigidas a una persona o a un grupo reducido de personas. No constituye una comunicación al público en general. Es el caso de las notificaciones judiciales, así como el de cualquier otra notificación a la que el derecho sustantivo dota de particular eficacia. Por ejemplo: el art. 1215 CC, por el cual la cesión solo produce efectos contra el deudor desde que este la acepta o le es comunicada fehacientemente. La notificación tiene como finalidad hacer de conocimiento efectivo al interesado de un determinado hecho, y por eso va dirigida en forma inmediata a él; en cambio, la finalidad de la publicidad registral no es comunicar a una persona, sino brindar la posibilidad de tomar conocimiento en cualquier momento.

35 Además de los edictos judiciales, también existen algunos casos de este tipo en el derecho sustantivo. El artículo 250 CC señala que “*el alcalde anunciará el matrimonio proyectado, por medio de un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad durante ocho días y que se publicará una vez por periódico, donde lo hubiere*”. Este tipo de edicto -a diferencia de la notificación- es una comunicación al público en general, pero solo es episódica, y difícilmente se puede decir que esté “organizada” (sujeta a administración y control oficial) por la oficina pública.

mación que producen los diarios, periódicos o revistas. Téngase en cuenta que la publicidad registral es “continuada”³⁶, esto es, que se produce de manera ininterrumpida o sistemática, a diferencia de lo que ocurre con las notificaciones o edictos, en donde la notoriedad del hecho comunicado resulta esporádica.

- c) Exteriorización de situaciones jurídicas concretas: La publicidad registral concede notoriedad a derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento en favor de personas determinadas. Por su parte, el objeto de la publicidad registral lo separa claramente de la publicación de las normas jurídicas, por cuanto el primero se refiere al derecho subjetivo, mientras el segundo al objetivo³⁷.
- d) Exteriorización conocible: La publicidad registral permite el conocimiento general de los hechos inscritos, por tanto, cualquier interesado tiene la posibilidad de informarse, no la obligación. Es una carga en su propio beneficio, no un deber. En tal sentido, no es necesario un conocimiento efectivo de los hechos, pues basta que el interesado haya tenido la posibilidad de conocerlos, en consecuencia, si efectivamente los conoció y tomó una decisión informada, en buena hora, en caso contrario (por descuido, negligencia o ignorancia), pues, igualmente le afectan los hechos (oponibilidad), sin que pueda excusar su conducta en la ignorancia. Inclusive, si el sujeto no conoció los datos, pero le favorecen, su negligencia no tiene importancia, porque el hecho relevante es la incidencia del registro frente a terceros, sin importar la conducta subjetiva del interesado. La doctrina alemana lo denomina “buena fe fortuita”.
- e) Exteriorización accesible: El art. 2012 CC habla de presunción absoluta de conocimiento, que no admite pacto en contrario, por tanto, si una norma establece una consecuencia tan exagerada

36 La exteriorización de la publicidad registral es continuada, haciendo constar las titularidades en los libros y asientos hasta que se produce su cancelación: Manzano, A. (1994), T. I, p. 29.

37 Ibid., p. 44.

(ficción³⁸), entonces las personas deben contar con todos los mecanismos viables para acceder a tal información, que se asume conocida, por tal virtud, el sistema reconoce una serie de fórmulas de acceso, mediante copias, certificadas o manifestaciones. En buena cuenta, la publicidad formal del registro debe permitir el acceso general, simple y eficaz de la información³⁹.

38 La doctrina considera que el artículo 2012 CC constituye una ficción, aunque el tenor literal habla de presunción. La presunción es una convicción fundada en el orden normal de las cosas, y funciona mientras no se pruebe lo contrario. En cambio, la ficción implica crear un efecto jurídico determinado, según la equidad natural, por tanto, proviene de un hecho inexistente, o de uno contrario a la realidad: Zavala, S. (1994), pp. 103-104. Uno de los efectos de las ficciones en el ámbito procesal es que no admiten debate probatorio sobre el efecto legal preestablecido. De esta manera, el juez deberá declarar improcedente cualquier ofrecimiento de prueba referida a desvirtuar los efectos de la ficción. Lo contrario ocurre con las presunciones en sentido estricto, en donde la parte beneficiada se encuentra obligada a probar la afirmación-base para de allí deducir la afirmación-resultado. Quien niegue esta última, tiene la carga de abrir el debate probatorio sobre este hecho, y el juez tiene la obligación de actuar la prueba que intenta desvirtuar la presunción. Por ejemplo: el artículo 912 CC establece que el poseedor (afirmación-base) se presume propietario (afirmación-resultado). El que alegue ser propietario, solamente deberá acreditar su condición de poseedor, mientras que la parte contraria deberá actuar prueba para destruir la presunción (afirmación-resultado), aun cuando también podría discutir la afirmación-base: *Ibidem*.

39 El art. 2012 CC establece que el contenido de las inscripciones es conocido por todos. Esta ficción solo puede justificarse si las personas tienen acceso general, simple y eficaz a tal información. En caso contrario, la ficción sería una simple arbitrariedad, pues se presumiría el conocimiento de unos datos que en realidad son ocultos o de muy difícil acceso. Es decir, no habría relación entre el resultado (presunción de conocimiento) y el medio (imposibilidad de conocer). Por tanto, la publicidad registral necesita como contrapartida que cualquier persona puede acceder de forma general, simple y eficaz a los datos inscritos.

El acceso general significa que todos los sujetos pueden conocer la información registral, sea libremente, sea mediante la prueba de un interés lícito para buscar la información. Nuestro país sigue el modelo libre, pues a nadie se le pregunta la motivación para obtener los datos buscados. Incluso, el acceso a la información se hace en línea, por lo cual no existe necesidad alguna de justificar la solicitud. Otros ordenamientos jurídicos, señaladamente el caso español, exigen que se acredite el interés lícito en la búsqueda de la información, si bien sumariamente y presumiéndose que algunos funcionarios requieren los datos por razón de su labor, como ocurre con los notarios, corredores inmobiliarios, etc.

El acceso simple y eficaz implica que cualquier persona puede contar con la información jurídica relevante en poco tiempo y a bajo costo.

Existen tres casos notorios, dos nacionales, y uno internacional, en los que la ausencia de acceso general, simple y eficaz da lugar a la degradación del registro, que deja de tener la cualidad de publicidad, y se limita a ser medio de prueba.

El primer caso, interno, es el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), creado por la Constitución de 1993 con el objetivo de unificar todos los datos personales en una institución centralizada, incluyendo los del estado civil. En tal sentido, su Ley Orgánica, N° 26497 derogó los arts. 2030 al 2035 CC, referidos al registro personal. Por tanto, existía un evidente propósito de subsumir el registro personal en el RENIEC. Sin embargo, como la nueva entidad no tenía capacidad para otorgar un acceso simple y eficaz de la información, entonces tuvo que dictarse apresuradamente la Ley 26589 (18.04.1996), que dispuso la puesta en vigor de los arts. 2030 a 2035, pero en forma temporal, hasta que se reorganice debidamente el sistema de inscripciones de RENIEC. Empero, hasta el momento subsiste el registro personal, luego de casi tres décadas. Por tanto, la falta de publicidad formal (acceso fácil y confiable de los datos inscritos), hace que que la información contenida en el registro civil no pueda oponerse sin más a terceros, pues se daría el paradójico caso de que la información afecta al tercero, pero este no tiene forma de acceder a ella, ni siquiera con la mayor diligencia posible. “Dicho de otro modo, el principio hipotecario de que ‘lo no inscrito no perjudica a tercero’ no juega en el ámbito del Registro Civil, más que en los casos excepcionales en los que el legislador así lo ha establecido”: Díez del Corral, J. (1993), p. 17. Es sintomático señalar que en nuestro ordenamiento no existe norma alguna que atribuya la eficacia publicitaria al Registro del Estado Civil, y es obvio que no puede predicarse la supletoriedad del Libro IX del Código Civil respecto de esta institución jurídica, pues el sistema de registros públicos no lo incluye, según la Ley 26366, ni tampoco hace lo propio la Ley N° 26497. En consecuencia, el registro civil, antes que cumplir una función de oponibilidad, tiene una evidente finalidad probatoria, pues los actos que él contiene (nacimiento, matrimonio, defunción e identidad) están amparados como título de legitimación, esto es, en condición de prueba privilegiada. La circunstancia anotada ha permitido que el Registro Personal subsista dentro del ámbito de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), por cuanto aquí sí resulta posible la concentración, ordenación, puesta en conocimiento y oponibilidad de la información contenida en los datos inscritos. Sin embargo, no puede desconocerse que la Ley 26497 exige la unificación de este registro en el RENIEC, con lo que se pretende lograr una hoja personal para cada sujeto, en la que se inscribirán todos los actos relativos a su estado y capacidad civil, con la consiguiente mejora técnica del sistema actual. En tal sentido, las modernas técnicas de tratamiento informatizado de datos permitirán conocer las inscripciones con mayor facilidad y seguridad. Por tanto, una vez logrado un adecuado sistema de publicidad formal (acceso del público a los datos inscritos en forma general, simple y eficaz), entonces será posible prescindir del registro personal. Para ello, además, la ley habrá de garantizar que los registradores accedan a dicha fuente de consulta para calificar los títulos. Este caso, real, demuestra que no basta el acceso generalizado a la información para entender que el citado registro puede generar publicidad. El RENIEC sí permite obtener los datos, pero exige una búsqueda irracional en cuanto al costo, si se trata de conocer, por ejemplo, si determinada persona ha contraído matrimonio o no. Por tanto, se necesita más que solo acceso general, sino también que la búsqueda sea simple, eficaz y con bajo costo para encontrar el dato relevante para el usuario.

El segundo caso se encuentra en la Ley 29560 (publicada el 16.07.2010), que amplió los alcances de la ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos para incluir la declaración de la unión de hecho que formulen hombre y mujer, sin impedimento matrimonial, ante notario. Este acto es inscribible, según dicha ley, en el registro personal. De primera impresión parece injustificado que el matrimonio no sea considerado acto

- f) Exteriorización con eficacia sustantiva: La publicidad registral confiere certeza y protección a las situaciones jurídicas inscritas. Por tanto, el núcleo de la publicidad es constituir una proclamación de verdad, aunque cada ordenamiento jurídico regula en forma diversa los efectos concretos de la publicidad, pero siempre bajo la premisa de que la inscripción produce efectos de garantía que no se tienen cuando aquella falta.

El Estado considera que determinados hechos deban conocerse en forma pública, y, para ello, organiza un mecanismo que facilita la acogida y

inscribible en el registro personal, sin embargo, si lo sea la unión de hecho. La respuesta tal vez se encuentra en que la unión de hecho es un estado del que no se brinda información alguna, ni siquiera por RENIEC, por lo que se ha optado por llevarlo al registro personal, en forma similar a lo que ocurre con la inscripción del divorcio, que también es un estado civil. Si RENIEC no toma en cuenta la unión de hecho, además de sus problemas de acceso a los datos por dispersión municipal, y si tampoco lo hiciese el registro personal, entonces el resultado sería que esta específica situación de la vida de los ciudadanos, con directo efecto patrimonial, se encontraría en la absoluta clandestinidad. Por tanto, la falta de publicidad del registro civil hace que el acto sea trasladado al registro personal, lo que asegura eficacia frente a terceros, pero que, en contrapartida, permite a los interesados el acceso general, simple y eficaz de los datos inscritos.

El tercer caso, internacional, proviene del Convenio de Ginebra, de 1993, sobre hipoteca naval y privilegios marítimos, que es norma vigente en nuestro país a partir de la R.L. N° 28956 de 16.01.2007, ratificado por D.S. 010-2007-RE, publicado el 06.02.2007, con vigencia desde el 23.06.2007. En dicho convenio se señalan los requisitos para que las hipotecas, *mortgages* y gravámenes inscritos puedan tener validez y oponibilidad, entre las que se encuentran algunas condiciones específicas de la institución registral (art. 1): (i) Los gravámenes tienen que haberse constituido e inscrito en el registro, de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque, (ii) El registro y los documentos presentados al registrador, según la legislación interna, podrán ser consultados por el público. Además, el registrador podrá disponer el libramiento de extractos del registro y copias de esos documentos, a quien lo solicite, (iii) El registro, o los documentos que lo sustentan, deben especificar el nombre y dirección de la persona a favor de la cual se ha constituido el gravamen; el hecho de que la garantía ha sido constituida al portador; el importe máximo garantizado, si la legislación interna impusiera ese requisito o constase en el instrumento; la fecha y otras circunstancias que, de conformidad con la legislación interna, determinen el rango de las hipotecas, *mortgages* y gravámenes.

El requisito (ii) es de fundamental importancia, y no constituye una exigencia burocrática, pues lo que se pretende es que la oponibilidad tenga como contrapeso el acceso del público a la consulta de la información, pero de forma general, sencilla y eficaz. Por eso, la necesidad imperiosa de que el registrador pueda extender "libramiento de extractos y copias de los documentos". En efecto, solo es posible emitir una publicidad formal por extractos cuando la información registral está organizada y es de fácil acceso para ubicar los datos jurídicamente relevantes. En el supuesto de no cumplirse las exigencias del Convenio de Ginebra, entonces el registro no es jurídico.

ordenación de esa información, pero que produce diversos efectos sustanciales, los que varían de uno a otro sistema⁴⁰.

3.1.2. Ficción de conocimiento de las inscripciones

a) Publicidad

El art. 2012 CC señala que el contenido de las inscripciones se reputa conocido por todos, sin admitir prueba en contrario, y la doctrina en forma rutinaria señala que ello es la consagración legislativa del principio de publicidad. Esta opinión, sin embargo, no toma en cuenta que el 2012 no tiene aplicación por sí solo, pues se trata de un precepto incompleto, que necesita de una segunda norma que llene su sentido. En efecto, un mandato por el cual los sujetos conocen el contenido de las inscripciones no es suficiente para hacer inteligible la disposición, pues falta señalar para qué sirve que un hecho sea conocido, esto es, cuáles son los efectos o consecuencias que produce la publicidad. En tal sentido, la indicada norma no establece las consecuencias jurídicas de la publicidad, por lo que se necesita una disposición complementaria que lo haga, entre los diversos sistemas registrales, por tanto, la publicidad puede servir para que el hecho se configure (registro constitutivo), o para que el hecho notorio sea preferido frente al hecho oculto (registro declarativo-preferencia), o para que el hecho notorio tenga mejor rango que otros de igual clase (registro prioridad), o solo para que el hecho sirva para desvirtuar la honestidad (registro mala fe), o para que el hecho notorio no pierda efectos pese a la nulidad del acto previo (registro fe pública). Es evidente, pues, que la publicidad puede originar efectos disímiles, incluso varios de ellos en forma concurrente, pero todo depende de la configuración realizada por el legislador.

La anterior afirmación se comprueba si tenemos en cuenta que ninguna controversia podría resolverse solo con el art. 2012 CC, pues con ello el juez se limitaría a decir que el tercero tuvo conocimiento de un hecho, pero

40 La Ley 26366 señala que una de las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos es “la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro” (art. 3º-c). Esta declaración genérica, en el mejor de los casos, sirve apenas de criterio informador del sistema registral, pues la amplitud de la hipótesis normativa impide su aplicación directa.

no podría avanzar para decir cuáles son las implicancias de ello. Por tanto, se necesita que la norma sea completada a través de los mandatos de los arts. 1135, 2022, 1°, 2016, 2014, 2034 o 2038 CC, en tanto de esta forma recién podría establecerse los efectos que produce un hecho público. Por lo demás, debe recordarse que en el Derecho comparado es difícil encontrar normas análogas a nuestro art. 2012, pues en realidad una disposición de ese tipo nada resuelve, en tanto se limita a establecer una consecuencia evidente y obvia: el registro, por ser tal, es público. La ley no podría decir lo contrario. Un ejemplo ayuda a comprender lo aquí postulado: el art. 2014 CC contiene el principio de fe pública registral, por lo que protege a los terceros de buena fe que adquieren bajo la confianza del registro, aunque el título del transmitente sea declarado nulo. Pues bien, en estos casos, el tercero obtiene tutela, aunque no haya consultado la información registral⁴¹, sin embargo, la confianza en la apariencia se encuentra “tipificada”, de acuerdo con los usos del tráfico, sin necesidad de probar que la adquisición tuvo como base esa publicidad. Sin embargo, la lógica de esta solución se halla en el hecho, estadísticamente comprobable, de que la mayoría de los terceros que inscriben su derecho tendrán como causa, precisamente, la consulta en el registro, pues, en caso contrario, no tendrían interés en haber logrado la inscripción. Por tanto, la prueba de la consulta concreta es superflua, pudo hacerse o no, pero igual basta la presunción-ficción de conocimiento general. Nótese, en consecuencia, que el 2012 por sí solo no otorga protección, por lo que requiere complementarse con los principios sustantivos, tal como el 2014 o el 1135. Por otro lado, el registro de sociedades necesita el art. 26 CCom.: *“Los documentos inscritos solo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados”*.

b) Casos incluidos y excluidos de la ficción de conocimiento

El art. 2012 CC tiene una redacción rotunda, de la que parece no escapar hipótesis alguna. Sin embargo, es bueno llamar la atención respecto de su ámbito de aplicación, pues se reduce a los derechos inscritos y las vinculaciones que surgen en relación con los terceros. Por ejemplo: el compra-

41 Jérez, C. (2005), p. 37.

dor de una finca, que no fue informado de una hipoteca que grava el bien, sin embargo, igual queda afectado por la garantía real previamente inscrita (art. 2012, en concordancia con art. 2022, 1° CC, o principio de oponibilidad registral relativa).

Fuera de ese espacio, el art. 2012 no rige, es decir, se trata de “exclusiones”, pues se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la presunción de conocimiento legal. Enseguida haremos un análisis de cada una de esas hipótesis.

- a) Hechos indirectos: El art. 2012 CC permite suponer que los hechos inscritos son conocidos, sin prueba en contra, pero ello no aplica con hechos periféricos o indirectos, pues una norma, con tal restricción, no puede expandirse a otros ámbitos no establecidos por su propio enunciado. Por ejemplo: el comprador inscrito asume que toda la comunidad conoce ese hecho, pero no uno distinto, como sería que la buena o mala fe de otros sujetos hayan celebrado un acto jurídico sobre el mismo bien inmueble, pese a la inscripción⁴². Los hechos

42 Así pues, el solo hecho de que exista un propietario inscrito no elimina automáticamente la buena fe del poseedor. Por ejemplo: podemos estar en presencia de un poseedor inmediato (no-inscrito) derivado del mismo propietario inscrito (el arrendatario derivado del título del usufructuario, y este del propietario), o ante un poseedor inmediato derivado de un propietario no-inscrito (piénsese en el titular que no inscribió su derecho y luego arrienda el bien). ¿Ello convierte automáticamente en poseedor de mala fe al mismo propietario –no inscrito- o al arrendatario? Otros casos en los cuales debe desterrarse la aplicación mecánica del art. 2012 CC ocurre en los siguientes: un poseedor inmemorial que transfiere un predio y el comprador construye sobre la base de una apariencia de legalidad casi inequívoca; o el titular con escritura pública no-inscrita respecto de un bien, cuyas características físicas no tienen relación alguna con las que aparecen en el registro, por lo que este se entiende desactualizado. En los casos citados, el poseedor tiene buena fe, y lo que diga el registro no elimina tal creencia diligente.

La Corte Suprema ha seguido este criterio, con toda corrección, en la Casación N° 1174-2007 de 05.06.2008: “se deberá acreditar fehacientemente la mala fe con que obró; por esta razón, debe dilucidarse adecuadamente en el presente proceso, si se ha acreditado la mala fe del demandado constructor, esto es, que se haya demostrado que el demandado edificó en el predio materia de la demanda a sabiendas que el terreno no le pertenecía y que era propiedad de la empresa demandante; determinación que resulta de interés capital en la presente litis, ya que tal circunstancia no puede dejarse librada a la presunción de publicidad establecida en el artículo 2012 del Código Civil” (Finalmente, se declaró nula la sentencia de instancia a efecto que se emita nueva resolución en la cual se evalúe la mala fe, o no, del demandado, sin reducir el tema a la aplicación de la citada norma).

siempre pueden probarse o contra-probarse, como ocurre, en el caso hipotético planteado con la buena o mala fe. El derecho fundamental del debido proceso se integra con la facultad de probar⁴³, por lo que siempre cabe que las partes del proceso puedan postular sus pretensiones, para lo cual se reconoce una amplia libertad probatoria, máxime si lo que se persigue es imputar de mala fe a una persona, por lo que el afectado debe contar con la posibilidad real de negar o desvirtuar una presunción de este tipo. En tal sentido, no puede aceptarse una “mala fe tasada” por el solo hecho de una inscripción, por cuanto se trataría de una imposición abusiva de la ley. En efecto, un sujeto sería de mala fe en forma automática, por solo voluntad de la ley, sin que se le permita la prueba en contra. Así como en el Derecho Penal sería inconstitucional que se presuma en forma absoluta la culpabilidad o el dolo; pues igual sucede en el Derecho Civil si se pretendiese una presunción *iure et de iure* de mala fe. Por tanto, no es posible, salvo arbitrariedad legislativa, que alguien sea acusado de acto doloso, por sola consecuencia directa de la ley, sin que pueda excusar su conducta⁴⁴.

- b) Cláusulas obligacionales: Las relaciones jurídicas contractuales se rigen por sus propias cláusulas (art. 1361 CC), no por la presunción de conocimiento del registro, (art. 2012 CC), en tanto ese ámbito se rige por lo pactado, y el contenido del registro no forma parte del reglamento contractual (art. 1354 CC). El registro se presume conocido por todos, pero ello no afecta ni tiene incidencia sobre los pactos y obligaciones que las partes contraen en virtud del poder de autonomía privada que el ordenamiento jurídico se limita a declarar⁴⁵.

43 Taruffo, M. (2008), p. 56.

44 La STC N° 5719-2005-AA/TC declaró que la inconstitucionalidad de una disposición del D.S. 012-2001-PE, en tanto consideraba que una prueba (informes satelitales de ubicación) “no admitían prueba en contrario”. La misma solución tendría que aceptarse en caso de que se pretendiese sostener que la mala fe “no admite prueba en contra”, por “aplicación” del art. 2012.

45 Un ejemplo aclara la cuestión, aunque el tema, sorprendentemente, sea objeto de debate en la doctrina: El art. 1509 CC señala que hay lugar al saneamiento de vicios ocultos

- c) Notificaciones: La publicidad del registro no puede igualarse a la notificación, pues la primera es una puesta a conocimiento general, sin un destinatario específico, para que cualquiera tenga la posibilidad de conocer un determinado hecho; en cambio, la segunda es una puesta a conocimiento particular, con destinatario individual y específico⁴⁶. La notificación tiene como finalidad que el interesado tome conocimiento real de un hecho, es decir, que acceda directamente a él. Por tanto, la publicidad registral no puede sustituir a la notificación, aunque el art. 2012 CC indica que el contenido de las inscripciones se presume conocido por todos, pues, a pesar de ello, cuando así lo imponga la ley, el interesado deberá ser notificado⁴⁷. La Corte Suprema ha confirmado las diferencias entre

cuando existan cargas, limitaciones o gravámenes ocultos de los que no se dio noticia al celebrarse el contrato. Supongamos que el vendedor declara en una cláusula que el bien no está gravado, y en ese entendido el comprador celebra el contrato; empero, resulta que el bien sufre una hipoteca inscrita en el registro. La opinión común señala que la publicidad del gravamen hace que el vicio no sea oculto, pues el comprador queda afectado por la presunción de conocimiento del contenido de las inscripciones (art. 2012 CC); en consecuencia, el vendedor quedaría liberado de toda responsabilidad, especialmente la del saneamiento. La solución parece plausible, pero es falsa. El art. 1509 señala que la clandestinidad del vicio ocurre cuando en la celebración del contrato no se noticia el hecho; lo cual implica que la falta del vendedor se presenta cuando este hace una declaración engañosa en la *lex contracta*, y no según lo que aparezca en el registro. Por tanto, si el vendedor manifiesta una situación contraria a la realidad, entonces será responsable por saneamiento y deberá indemnizar el daño que sufra el comprador. Esta salida no solo resulta conforme al texto de la ley, sino que además es racional: cuando el comprador no verifica el registro, entonces incurre en culpa, sin embargo, cuando el vendedor falsea la verdad incurre en dolo, entonces, ¿qué pesa más?, ¿la culpa o el dolo? Según la doctrina tradicional, el comprador debe ser perjudicado por su negligencia de no consultar el registro, pero esos autores no se han dado cuenta que de esa forma benefician el engaño del vendedor. Por tanto, es lógico suponer que el dolo de uno tenga más peso que la culpa del otro.

46 Por ejemplo, ¿qué pasa si se dicta una medida cautelar de anotación de la demanda, y esta se inscribe en el registro? Este hecho no es óbice para que deba realizarse necesariamente la notificación de la demanda con todas las formalidades y garantías de ley, pues la inscripción es una comunicación general, no pensada para alguien en particular, razón por la que no puede reemplazar a una notificación, en donde se busca que el interesado tome conocimiento inmediato de hecho o resolución judicial o administrativa.

47 En un caso resuelto en el Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI se trató específicamente este tema, pues se descartó que la inscripción registral sea una forma de notificación: "6. Que, la Instancia Funcional señala en la resolución recurrida que, el marco

publicidad y notificación, según la Casación N° 2252-2012-Lamba-yeque, de fecha 03.04.2014⁴⁸.

normativo de COFOPRI no contempla la notificación de las resoluciones que aprueban los planos perimétricos, las que constituyen mérito suficiente para su inscripción en el Registro de Predios, según lo dispone el artículo 22° del Reglamento de Formalización de la Propiedad, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-99-MTC concordado con el artículo 2012° del Código Civil que prevé la publicidad registral, por lo que se entiende que desde el 24 de mayo de 2000, fecha en que se realizó la inscripción registral de la Resolución de Gerencia de Titulación N° 1090-COFOPRI-GT del 20 de mayo de 2000, los representantes de la quejosa tomaron conocimiento de dicha resolución, por lo que declaró improcedente por extemporáneo el recurso de apelación presentado por la recurrente, en aplicación del artículo 207.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. 7. Que, si bien es cierto que el artículo 22° del Reglamento de Formalización de la Propiedad dispone que los planos se inscriben en forma inmediata, sin establecer la obligación de notificarlo, también lo es que son materia de impugnación una vez inscritos, pues según el artículo 14° del TUO de la Ley de Promoción de Acceso a la Propiedad Formal, los interesados pueden impugnar los actos administrativos que dicte COFOPRI, señalando en su inciso a) *“las resoluciones inscritas en el Registro Predial Urbano de aprobación y/o rectificación de planos perimétricos”*; seguidamente en su último párrafo agrega que los procedimientos de impugnación y reclamación de dichos actos administrativos se sujetarán al reglamento que apruebe el Jefe del Registro Predial Urbano, por lo que ante la ausencia de esa norma y en atención a la fecha de emisión e inscripción de la resolución aludida en el considerando que antecede, resulta imperativo la aplicación del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, por lo que la notificación debió diligenciarse en forma directa al interesado, o por edictos si no se conocía a estos. En tal sentido, al no haberse procedido de esa forma debe concluirse que el administrado tomó conocimiento de la resolución al momento de impugnarla. 8. Que, respecto a lo sostenido por la Instancia Funcional referida a que la inscripción registral sirve como mecanismo para que el administrado tome conocimiento de la resolución, debe descartarse por los siguientes fundamentos: i) La publicidad del registro constituye una puesta en conocimiento genérica, no dirigida a ninguna persona en particular; por el contrario, la notificación busca poner en conocimiento el hecho en forma directa y efectiva, para lo cual dirige la comunicación al mismo interesado; ii) el artículo 2012° del Código Civil, por el cual se presume el conocimiento de las inscripciones, constituye una ficción jurídica ya que no admite prueba en contrario; en consecuencia, resulta desproporcionado que se perjudique el interés directo de un administrado a través de una ficción de notificación; iii) por último, el citado Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, ni en la norma actual, se considera a la publicidad del registro como mecanismo de notificación” (Finalmente, se declaró fundada la queja y se concedió el recurso de apelación: Resolución N° 012-2008-COFOPRI/TAP de 21.01.2008).

- 48 “Este Supremo Tribunal concluye que mientras la inscripción a la que se refiere el artículo 2012 del Código Civil tiene por finalidad que lo inscrito sea oponible a los terceros; el artículo 1215 del Código Civil del mismo se encuentra dirigido a establecer cuándo la cesión produce sus efectos contra el deudor cedido, vale decir, la oportunidad a partir de la cual el acto jurídico celebrado se torna eficaz”.

d) Apariencia significativa: La apariencia es una situación de hecho, con carácter de notoriedad, que resulta de alguna manera imputable a un sujeto, por lo que este asume las consecuencias de la situación que se produce cuando los terceros confían o creen en ese comportamiento notorio. En doctrina se habla de tutela de la apariencia, y la ley misma regula una serie de hipótesis en este sentido, tales como las del acreedor aparente (art. 1225 CC), heredero aparente (art. 665 CC), representante de facto del empresario para actividades diarias (art. 165 CC), representante de facto del empresario para actividades ordinarias (art. 280 CCom), entre otras. Si el registro coincide con la apariencia, entonces no habrá problemas y la oponibilidad surtirá eficacia plena. Sin embargo, la patología se presenta cuando la situación aparente es contradictoria con el registro⁴⁹. En este caso, la apariencia manifiesta o significativa puede tener mayor publicidad (notoriedad) que el propio

49 Por ejemplo, la sociedad inmobiliaria X tiene inscrito como apoderado a B, mientras que C se presenta como gerente, y para ello tiene disponibilidad física de las viviendas en venta, entrega tarjetas en tal condición, recibe dinero y firma los comprobantes con sello de gerente en papel membretado de la sociedad; adicionalmente, tiene disponibilidad de entrada y salida del domicilio de la sociedad, las secretarías lo saludan como gerente, etc.; sin embargo, C no está inscrito como tal. ¿Qué vence? ¿La inscripción o la apariencia? La solución facilista es optar por la inscripción, y sostener que el apoderado inscrito es B, por lo que la actuación de C corresponde a la de un falso procurador que no obliga a la sociedad; empero, llama la atención que una situación tan notoria y que se presta a engaños a los terceros que confiaron en la apariencia, no pueda ser objeto de tutela alguna, máxime cuando la propia sociedad fue la que permitió la actuación engañosa de C, aunque ahora pretenda negarlo e ir contra sus propios actos. Tribunal Supremo mediante sentencia de 18 de marzo de 1999 dio la razón a la apariencia, por lo cual C obligó a la sociedad por su actuación notoria como apoderado, aun cuando no estuviese inscrito como tal. Así lo dijo el Tribunal: “hoy se protege la confianza en la apariencia, por lo que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente. En este caso, el consejero-delegado (que necesita firma conjunta, pero procedió solo) actuaba en el piso piloto, firmó el recibo de la entrega inicial del precio en nombre de la sociedad, y disponía de un grupo de secretarías y medios burocráticos en el mismo piso piloto”: Pau, A. (2001), p. 349. No se diga que en nuestro país se carece de tradición para proteger la apariencia, pues debe recordarse que contamos con normas expresas que avalan la actuación de los apoderados notorios, aunque no tengan nombramiento formal o registral. El art. 280 CCom de 1902 es una disposición fundamental en orden a la protección de los terceros cuando una sociedad o empresa mercantil ha permitido que una persona actúe como si fuese factor o gerente, pues, en tal caso, la sanción es que la sociedad quede vinculada u obligada con los actos concertados por tal representante por mera apariencia.

registro, por lo que el primero desvirtúa al segundo⁵⁰. La doctrina más moderna señala que las ventajas de un sistema ecléctico, sin soluciones radicales, en donde la inscripción juegue un papel muy importante para la seguridad del tráfico, pero sin cerrar los ojos a la realidad cuando esta es conocida, y, por ende, oponible⁵¹. En los ordenamientos europeos hay una creciente tendencia a la valoración positiva de la buena fe, en el sentido de compatibilizar el registro con la valoración ética de las conductas⁵². El profesor español Gómez Segade señala: “al margen de las normas de publicidad registral, cabría que el tercero demostrase que, actuando con la debida diligencia, ha confiado en circunstancias y hechos claros discordantes con los que han sido objeto de publicidad legal” (apariencia), mientras Karsten Schmidt, desde el derecho alemán, opina: “quien provoca o mantiene una apariencia jurídica que es más fuerte que la publicidad registral, queda sometido a la responsabilidad derivada de la confianza en dicha apariencia”⁵³. Lamentablemente, la Casación N° 3172-00-Lima perdió una magnífica oportunidad de aplicar este criterio, y, más bien prefirió seguir la doctrina rutinaria de conocimiento de las inscripciones, pese a la apariencia significativa que se presentó en ese caso⁵⁴.

50 La doctrina alemana se ha manifestado en términos enérgicos a favor de brindar tutela a las situaciones aparentes, en el que una persona o sociedad ha permitido que terceros se engañen, específicamente en el ámbito del registro mercantil o de las empresas: “El poder mercantil no necesita ser conferido expresamente. Para decidir la cuestión de si en un determinado supuesto existe o no apoderamiento tácito, precisa tener en cuenta las circunstancias particulares que se presenten. Cuando el propietario del negocio tolera a sabiendas que su hijo haga y deshaga libremente o que su cajero reciba pagos de cuantía desacostumbrada, debe considerarse otorgado el poder necesario para tales operaciones. En un supuesto particular, no es necesario que exista ni siquiera poder tácito. Los empleados en un almacén o tienda se consideran autorizados para la venta y admisión habituales de mercancías, aún cuando positivamente sólo se les hubiera colocado allí, no para la conclusión de ninguna clase de contratos, sino simplemente para acarrear los efectos de un lado para otro”: Heinsheimer, K. (1933), p. 75.

51 Farías, M. (1998), p. 927.

52 Manzano, A. (1994), T. I, p. 389.

53 Cit. Farías, M. (1998), p. 928.

54 La sentencia dice: “3.- Que, sin embargo, tal como lo ha establecido la Sala de revisión en la sentencia de vista de fojas trescientos cincuentidós, en la fecha en que se aperturó el contrato de cuenta corriente y durante el manejo de la misma, se encontraba inscrito en los registros públicos la Junta General de Accionistas de fecha veintiuno de agosto

3.2. Razón de ser del registro: Certeza y Protección de los derechos

Uno de los problemas fundamentales del derecho privado práctico es dilucidar la condición del propietario mediante la adecuada prueba de su derecho (título). En buena cuenta, lo que se busca es configurar un régimen

de mil novecientos noventiséis, en donde se acordó que para suscribir contratos y girar cheques se requería la participación mancomunada de por lo menos dos socios; 4.- Que, en ese sentido, el banco demandado no puede desconocer el contenido de lo establecido en el artículo dos mil doce del Código Civil, norma que recoge el principio de publicidad registral y establece una presunción jure et de jure, en virtud de la cual se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; dicha norma jurídica al no admitir prueba en contrario, tiene una naturaleza imperativa a tenor de lo dispuesto en el artículo mil trescientos cincuenticuatro del Código Civil, por lo tanto la voluntad de las partes no puede primar sobre ellas, sino que prevalece la norma de carácter imperativa, tanto más cuando el artículo mil trescientos veintiocho del Código Civil señala que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor; 5.- Que, siendo así la falta de diligencia de verificar el contenido de las inscripciones, origina que el banco haya actuado de manera culposa; debiendo responder por ello (...). Los hechos son claros: Una sociedad plantea una demanda por indemnización a un banco local, aduciendo que se celebró un contrato de cuenta corriente con un solo apoderado, cuando el dato registral indicaba que solo dos apoderados conjuntos podían manejar cuentas en nombre de la sociedad. En tal sentido, el actor alega el art. 2012 CC, en cuanto se produciría la ficción de que el banco conoce el contenido de las inscripciones, por lo que el contrato de cuenta corriente, que permitió el retiro de fondos de la sociedad, no era válido. Sin embargo, en estos casos resulta desproporcionado y absurdo exigir que el cajero del banco deba verificar la información del registro por cada cheque girado por una empresa. El Tribunal aplicó mecánicamente el art. 2012, por lo que el banco debía restituir los fondos retirados por un falso procurador. No obstante, ¿cuál es la solución más razonable para evitar que el fraude impere en la contratación bancaria? Muy simple: los bancos celebran los contratos de cuenta corriente con la cláusula añadida que el cliente deberá informar de los cambios de gerentes o administradores para hacerla oponible a la entidad financiera, y, si bien es cierto que este pacto no deroga el art. 2012 CC, que es de orden público, sin embargo, sí tiene la virtualidad de constituir una representación aparente, por virtud de pacto, por lo que la actuación de este vincula a la sociedad. En efecto, si el representante aparente obliga por la simple notoriedad de los hechos, entonces con mayor razón hace lo propio cuando la apariencia proviene de contrato. En este caso, debió aplicarse el art. 280 CCom, por el cual el banco se convertía en tercero protegido por la apariencia creada por el cliente, en tanto este mismo se comprometió a informar sobre sus propios apoderados, los que tienen la condición de notorios en la relación interpartes. El registro es una institución destinada a generar una apariencia de derecho, en el cual los terceros puedan confiar, pero ello no justifica que esta institución sea utilizada como instrumento de mala fe e inmoralidad, por tanto, si el sujeto inscrito (la sociedad) intenta oponer la inscripción, el tercero (banco) podrá utilizar la apariencia que aquel creó en su contra.

legal de certeza de la propiedad que permita responder con facilidad las siguientes preguntas:

- ¿Quién es el propietario de un bien?
- ¿Qué títulos puede exhibir el propietario como prueba eficaz?
- ¿Qué otros derechos concurren con el propietario respecto al mismo bien?

Desde muy antiguo se advirtió que el tema era complejo, pues la adquisición a título derivativo exige que el transmitente sea propietario a efecto que el adquirente se procure eficazmente del derecho, pero esta premisa teórica necesita de una prueba suficiente⁵⁵. En efecto, la dificultad que entraña probar toda la cadena de las sucesivas transmisiones que se han producido desde el titular inicial hasta llegar al propietario actual, se llamó desde el Derecho romano como *probatio diabolica*, lo que alude a una prueba muy difícil o imposible de alcanzar⁵⁶. Así pues, el principio general es que no puede transferirse más derecho del que se tiene, por tanto, para enajenar de modo eficaz es preciso ser propietario, y probar tal condición⁵⁷. En tal sentido, la propiedad no solo está inseparablemente ligada a su prueba, sino, además, que la ontología del derecho de propiedad se reduce a la titulación⁵⁸. Si todo hecho jurídico se apoya en una situación jurídica inicial, ello quiere decir que la eficacia de todo negocio jurídico de enajenación depende de que este haya sido realizado por el sujeto de la situación inicial, por lo que la consumación de cualquier negocio dispositivo dependerá de la titularidad del transferente, lo que se preestablece con el título de adquisición, en especial, tratándose de bienes inmuebles⁵⁹. Por tanto, la prueba de la propiedad se encuentra íntimamente vinculada con el título que el propietario pueda exhibir frente a los terceros⁶⁰.

55 Messineo, F. (1979), T. III, p. 330.

56 Nicolliello, N. (1999), p. 240.

57 Petit, E. (1961), pp. 355-356.

58 Álvarez Caperochipi, J. (1986a), T. I, p. 18.

59 Romero, M. et. al. (1978), p. 176.

60 De esta manera se llega al concepto de "*título perfecto*", cuya acepción corriente hace referencia a aquel documento en el cual la propiedad se halla constatada fehacientemente, y en la que no existen dudas respecto a la titularidad, las cargas o los gravámenes subsistentes, así como a la inmunidad del titular frente a la acción de los terceros, etc.: Couture, E. (1949), T. II, p. 310.

La doctrina sostiene en forma recurrente que el registro cumple la función de “protección de los terceros”, e incluso se dice que en realidad se trata de una “ley de terceros”, sin embargo, tal afirmación no es enteramente correcta, pues, de ser así, entonces el sistema jurídico patrimonial estaría construido sobre la base patológica de permitir el despojo indiscriminado de los titulares con el fin de salvaguardar el interés contrapuesto del tercer adquirente, es decir, se protegería hoy al titular, pero mañana lo perdería con gran facilidad. En tal sentido, la función primaria del registro no puede ser el despojo de los titulares a cambio de proteger a los terceros (efecto “Robin Hood”), sino la de reflejar en forma estricta la realidad jurídica (efecto “espejo”) mediante una serie de garantías institucionales para asegurar tal concordancia (instrumento público, calificación, tracto, especialidad, prioridad, etc.); por tanto, el registro persigue, en forma general, pre-constituir un título especialmente dotado de certeza del derecho subjetivo para fines de la actuación propia y del tráfico jurídico, pero, en forma complementaria, en caso falle el sistema (nulidades o demás patologías), entonces también se reconoce la protección de los terceros de buena fe que confían en la apariencia creada por el registro.

3.2.1. Primer nivel de eficacia registral: Certeza de los derechos

El registro se inspira en la idea-fuerza de tutelar la apariencia como instrumento de simplificación del tráfico patrimonial, en tanto, la certeza del derecho de propiedad, en estos casos, queda reducida a ciertas apariencias significativas, como la posesión de cosa mueble, la posesión del documento o la inscripción en un registro estatal. En efecto, la premisa de la protección registral consiste en aliviar las incertidumbres, con lo que se facilita el tráfico y se otorga mayor seguridad en las operaciones económicas. En este sentido, la apariencia, o la información estatal, reemplaza la exigencia de diversas verificaciones para apreciar la titularidad⁶¹.

La legitimación es una presunción de exactitud *prima facie*, cuya función es simplificar la prueba de las situaciones jurídicas y facilitar la actuación práctica de los derechos subjetivos; por tanto, “evita las dificultades y complicaciones que significaría la investigación de la realidad y validez de

61 Bonfanti, M. & Garrone, J. (1970), T. I, p. 35.

cada título de adquisición (...) la intervención del Estado ofrece los medios para crear un modo fácil y claro de conocer las situaciones (...), con la seguridad suficiente para la vida jurídica normal”⁶². Cabe señalar que la inscripción es una institución utilitaria, en cuanto sirve para facilitar la prueba de los derechos, pero no es un dogma de fe, como se pretende sostener en forma exagerada⁶³.

En suma, el registro se reputa fiable⁶⁴, salvo prueba en contrario.

3.2.2. Segundo nivel de eficacia registral: Protección de los derechos

a) Conflicto de títulos

El conflicto de derechos se presenta cuando varios sujetos se atribuyen la propiedad, u otro derecho real, respecto de un mismo bien, pero cada uno de ellos invoca títulos autónomos entre sí, que teóricamente les otorgaría un derecho, pero como el objeto es único, y la prerrogativa es exclusiva, entonces la conclusión es que se produce una contradicción de titularidades.

Los conflictos pueden subsumirse en los siguientes casos emblemáticos:

- a) Doble venta, que se manifiesta cuando una misma persona (originador) ha otorgado títulos opuestos a dos adquirentes (derivados), por lo que ambos son incompatibles. O uno, u otro, será el titular

62 Cit. Morales Moreno, A. (1997), p. 18.

63 Es el caso de: Ortiz Pasco, J. (2014), pp. 337-346, quien, en síntesis, considera que la inscripción debe “defenderse” frente a los “demonios”, que identifica con el embate del legislador, de los jueces y de la administración, pues, en su muy particular criterio, se trata de órganos destructores de la “sagrada” inscripción. Demás está decir que tal postura no es correcta. La inscripción no es dogma de fe, es mera presunción relativa, incluso para la doctrina alemana, poblada de extremistas. Por tanto, si se trata de apariencia de verdad, y no verdad absoluta, cuando el título es nulo, falso, simulado, vicioso, contrario a otros títulos preferentes como la usucapión, entre otras múltiples causas jurídicas, entonces dicho asiento tiene que ser corregido o anulado. Las inscripciones no se defienden con mecanismos de bloqueo forzado, para que nunca puedan modificarse, sino con la construcción de un sistema patrimonial sano, honesto, con responsabilidades de los que actúan mal, que además sea ecléctico, pues la historia demuestra que el régimen de puros “títulos de papel” (inamovibles) es ineficiente, tanto desde la perspectiva económica, como de la más conceptual, filosófica.

64 Roca Sastre, R. (1954), T. I, p. 224.

del derecho. La controversia se resuelve con los arts. 1135, 1136 y 2022-1º CC; primero, a favor del título inscrito, luego, a favor del título más antiguo, pero entre ellos se prefiere al de fecha cierta frente al que no lo es.

- b) Doble cadena de transmisiones, que se hace patente cuando existen dos líneas paralelas de transmisión, sin conexión; por tanto, la sucesión de títulos en cada cadena conduce a un propietario, pero distinto al de la otra cadena, por lo que ambos son incompatibles. La controversia se resuelve, cuando no hay usucapión de por medio, a través de los arts. 949 y 660 CC, por cuya virtud, es menester identificar al propietario original, en una de las cadenas, y de allí continuar por sucesión de derechos, sea contractual, sea por herencia, hasta el titular actual. El gran problema, cómo es obvio suponer, pasa por determinar quién fue el propietario originario. Sin embargo, también se propone utilizar el criterio de la primera inscripción, que, en este caso, tendría que reconducirse a la “primera partida” entre las que se encuentran en controversia.
- c) Título nulo en la misma cadena de transmisión, lo cual presupone que propietario original dispuso del derecho por medio de un título nulo, resuelto o rescindido, pero, luego, el supuesto adquirente transmite el derecho a un tercero de buena fe, por lo que se produce la controversia entre el titular originario afectado por la nulidad y el titular aparente, amparado por el registro o la posesión. Las normas aplicables son los arts. 948 y 2014 CC, que imponen diversos requisitos para lograr la protección del tercero.
- d) Heredero aparente dispone de un bien a favor del tercero, pero en realidad el heredero legítimo es otro, por lo que se produce un conflicto entre este heredero real, que debió adquirir el patrimonio del causante, y el tercero, que posee uno de los bienes por un título otorgado por el heredero putativo; en este caso, el conflicto se resuelve por el art. 665 CC.

El conflicto de derechos presupone la existencia de dos títulos contradictorios, opuestos entre sí, es decir, que no han surgido en forma derivada o relacionada entre ellos⁶⁵, de lo cual surge la incompatibilidad.

b) Sub-nivel de protección de derechos: registro constitutivo o declarativo

El primer problema que enfrenta un legislador, en el ámbito del sistema registral, lo constituye la función que cumple el registro en la dinámica de la transferencia de derechos. En tal contexto, puede optarse por la regla consensual, por la tradición o por la inscripción constitutiva; sin embargo, el reconocimiento de la publicidad también admite el sistema alternativo de la inscripción declarativa, o “principio de publicidad” o “inoponibilidad de lo no-inscrito”. Por tanto, en este sub-nivel de protección registral, se puede optar por establecer a la inscripción como “modo” de adquisición de los derechos”, o como “modo de preferencia”, en tanto el acto inscrito no determina el nacimiento del derecho, sino de preferencia frente a los reclamos de terceros⁶⁶.

El esquema puede sintetizarse de la siguiente forma:

A _____ B	(Primera Venta: no inscrita)
A _____ C	(Segunda Venta: inscrita)

En el caso de la inscripción constitutiva, el primer comprador que no inscribió no llega a ser propietario por falta del requisito legal, por tanto,

65 El conflicto presupone títulos paralelos, de tal suerte que todos ellos -en teoría- podrían realizar la adquisición del derecho, sin embargo, en el caso concreto se cuenta con pluralidad de títulos cuyo objeto es el mismo bien inmueble, por lo cual, solo uno de ellos será preferido conforme el principio de exclusividad de los derechos reales, que no permite las titularidades contradictorias. Por tal motivo, queda excluido de este concepto los casos de “renovación” de derechos, propio de los modos adquisitivos originarios, pues, en esta hipótesis, no existe conflicto de títulos enfrentados uno contra el otro, sino que el antiguo titular sufre la pérdida o cancelación del derecho por efecto directo e inmediato de la adquisición que consuma el nuevo titular, cuando completa los presupuestos legales del modo originario, pero no por continuidad, sino como renovación, lo que ocurre, por ejemplo con la usucapión y accesión.

66 Carretero, T. (1965), p. 90.

ese primer comprador no pasa del ámbito obligacional⁶⁷, pero no llega a la titularidad real, es decir, no es propietario. En cambio, el segundo comprador, que sí inscribe, cumple íntegramente la ley de circulación de los bienes inmuebles, en consecuencia, se convierte en propietario, sin importar que haya existido, antes que él mismo, un primer comprador. Por otro lado, en el caso de la inscripción declarativa, el primer comprador llegará a ser propietario por consentimiento o entrega, sin embargo, ese adquirente sufre el riesgo teórico de que sea vencido en caso se inscriba un derecho incompatible con el suyo. Si ello ocurre, el segundo comprador -con inscripción- será preferido, por lo que se convierte en propietario, en desmedro del primero, cuya adquisición se extingue.

La inscripción declarativa no es modo de adquisición, sino mecanismo de preferencia para asegurar derechos. No quiere decir que antes de la inscripción no se adquirió la propiedad, sino todo lo contrario, pues se cuenta con el derecho, pero en condición de atacable o extinguable, en mérito de una situación jurídica que el legislador considera preferente (tercero inscrito de buena fe)⁶⁸. En buena cuenta, la inscripción de títulos cumple los fines de completar, conservar y asegurar los efectos ya nacidos por el solo mérito del contrato traslativo⁶⁹.

La doctrina habla de la existencia de un “principio de inscripción” (constitutiva) en contraposición al “principio de publicidad” (declarativa). Por el primero se exige la inscripción para la existencia del derecho real; mientras que en el segundo la inscripción solo opera en relación con los terceros interesados con algún derecho sobre el bien, de tal suerte que entre las partes contratantes (por ejemplo: relación entre vendedor y comprador)

67 El “acreedor del dominio” se define como todos “aquellos sujetos que tienen derecho a recibir un bien en condiciones de hacerlo propio. Se trata pues de quien aún no es propietario, pero tiene un derecho de crédito de cuya satisfacción resultará la adquisición de la propiedad de un bien”: Clemente, M. (2000), p. 17.

68 En forma muy gráfica: “Los derechos reales nacen desde luego fuera del Registro, con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero, (...), si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. Frente a la persecución de la acción real, en el Registro hay un derecho de asilo; frente a la embestida de derechos extrarregistrales, la inscripción como ha dicho González Palomino, ‘es un burladero’. Tal es la posición del Registro español: el Registro no es cuna, sino castillo. En el castillo no se nace; se defiende”: Nuñez Lagos, R. (1948), p. 106.

69 Cit. Rubio Garrido, T. (1994), p. 184.

no se discute la transferencia de la propiedad. El principio de la inscripción pertenece a la esfera del “ser”, mientras el de la publicidad corresponde a la esfera del “valer”⁷⁰. Los sistemas regidos por el llamado “principio de publicidad” admiten que el derecho real nace fuera del registro (sea por el solo consentimiento o por la tradición, según cada ordenamiento jurídico), pero tiene la particularidad de que la publicidad se convierte en “necesaria”, esto es, consuma la adquisición o impide que un hecho posterior conlleve la decadencia de la adquisición⁷¹.

c) Sub-nivel de protección de derechos: Fe pública registral

El legislador, luego de enfrentar la alternativa del registro constitutivo o declarativo, tiene que resolver un segundo problema, vinculado con los efectos de la nulidad de un acto, sea para expandirlo en perjuicio de terceros, o no.

El esquema puede plantearse de la siguiente manera:

A _____ B (acto nulo)	B _____ C (acto válido, pero que trae como causa el negocio nulo previo) (¿qué pasa con el tercero C)
--------------------------	--

Los sistemas con fe pública registral, como el nuestro (art. 2014 CC), protegen la posición jurídica de “C”, por lo que la nulidad del acto previo no lo afecta. El tercero es tutelado por su confianza en el registro, en cuanto, este se presume exacto, pero dejando en claro que se trata de una protec-

70 Nuñez Lagos, R. (1948), p. 86.

71 Esta contraposición entre los principios de inscripción (registro constitutivo) y de publicidad (registro declarativo), se explica de la siguiente manera: “a) Inexistencia. No existe derecho real que no nazca por y desde la inscripción. Sin inscripción no hay más que derechos personales. El Registro es el padre del derecho real. Esta postura en la mayor parte de los países tropieza violentamente con el Derecho tradicional. En España, con la teoría del título y modo (contrato y posesión). b) Ineficacia relativa. Los derechos reales nacen desde luego fuera del Registro, con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero (...) si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. Frente a la persecución de la acción real, en el registro hay un derecho de asilo; frente a las embestidas de derechos extrarregistrales”: *Ibid.*, p. 106.

ción distinta a la del registro declarativo⁷². En cambio, en un sistema en el que no se reconociera la fe pública, el tercero vería decaer su adquisición si el acto previo (contrato entre A y B) es nulo, pues la extinción del derecho de B conllevaría también la de C. La regla típica de protección en los sistemas germánicos es el principio de fe pública, por cuya virtud, el sujeto que inscribe es protegido frente a las acciones anulatorias, resolutorias o revocatorias de la propiedad. En este caso, existe una lucha entre el *verus dominus* (A) y el tercero confiado en el Registro (C). El primero, trata de hacer valer la realidad, pues el acto de transmisión es nulo, con la consiguiente extinción de los derechos atribuidos a los sucesivos causahabientes. El segundo, trata de hacer valer la apariencia tabular o registral, con el fin de otorgar protección.

Por virtud de lo expuesto, la tutela no recae en las partes del acto nulo. Por ejemplo: A, sin capacidad plena, vende un inmueble a B. El contrato es nulo y, por ende, B no ha adquirido nada. Si a pesar de ello, B (con derecho inscrito) vende el inmueble a favor de C, este sí mantiene la adquisición en cuanto se trata de un tercero protegido en base a su confianza en el registro. Es decir, mientras la relación determinante se centra entre A y B, este último como titular registral solo goza de una presunción relativa de exactitud, por lo que su situación jurídica es susceptible de prueba en contrario (principio de legitimación = art. 2013 CC). Recuérdesse que B es parte del acto inválido, y su derecho depende de este. En cambio, cuando entra en escena un tercero que confía en lo dicho por el Registro, y que además no es parte, entonces es posible conferirle protección.

La fe pública registral decide un conflicto de intereses específico, entre el *verus dominus* -que persigue expandir los efectos de la nulidad- y el tercero -que busca restringir los efectos de la nulidad-, lo que, en cualquier caso, debe mirarse con mesura, puesto que la protección exagerada del tercero

72 Las diferencias entre el principio de inoponibilidad y la fe pública son evidentes: El primero opera solamente cuando los hechos jurídicos son válidos, y cuando los dos entran en conflicto se decide la primacía exclusivamente por la publicidad. En otras palabras: a igualdad de títulos válidos, la inscripción es el criterio determinante para la preferencia sobre el otro que no se inscribió. Por el contrario, el segundo principio opera solo cuando un hecho jurídico no es válido y, por ende, no debió inscribirse, sin embargo, está inscrito. ¿Qué hacer ante esa nulidad?, ¿confiamos o no en el registro? Esta es la pregunta que surge en el ámbito de la fe pública.

conllevaría dejar expuesta la situación jurídica del propietario real; mientras que la otra opción traería como consecuencia una elevada inseguridad. Por tanto, el conflicto subyacente se concilia con la protección al tercero mediante una serie de límites y exigencias, de tal suerte, que: “este mayor rigor con que se contempla al tercero (...) es lógico: su protección va a lesionar un derecho ajeno, que ya no podrá hacerse efectivo frente a él”⁷³.

3.2.3. Funciones subsidiarias

En algunas ocasiones el legislador utiliza la inscripción como mecanismo para iniciar el cómputo del plazo con el fin de ejercitar ciertas pretensiones jurídicas, tales como la impugnación de acuerdos de asociaciones civiles (art. 92 CC) o el retracto (art. 1597 CC). Estas normas no pueden entenderse en el sentido que la inscripción sirva para que los interesados tomen conocimiento de la existencia de los actos susceptibles de cuestionamiento judicial, pues evidentemente el registro no es medio de notificación; por tanto, debe suponerse que la voluntad de la ley persigue poner punto final a ciertas pretensiones mediante un hecho objetivo (cierto tiempo contado desde la inscripción del acto), no de orden subjetivo, que implicaría una evidente incertidumbre (cierto tiempo contado desde el conocimiento del acto).

El art. 92 CC regula la impugnación de los acuerdos colegiales adoptados por las asociaciones civiles, cuyo régimen jurídico tiene dos características principales: (i) restricción de los sujetos legitimados para impugnar (asociados no asistentes, privados ilegítimamente de ejercer el voto o asistentes que votaron en contra con reserva); (ii) brevedad del plazo de reclamación (caducidad a los 60 días desde el acuerdo, o 30 días desde la inscripción).

El art. 35 LGS establece que la pretensión de nulidad del pacto social caduca a los dos años contados desde la inscripción del acto de constitución. Esta norma se aplica a todas las sociedades, mercantiles o civiles, pues ninguno de los tipos específicos regula la nulidad del acto constitutivo, salvo esta norma general. El mismo plazo de dos años contados desde la inscripción se aplica a la nulidad de acuerdos societarios por omisión de las forma-

⁷³ Pau, A. (2001), p. 336.

lidades de publicidad, contrarios a las leyes que interesan al orden público o buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o estatuto, que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios, o que entren en conflicto con el pacto social o el estatuto (art. 38 LGS). Esta norma se aplica a todas las sociedades, mercantiles o civiles, salvo para las sociedades anónimas que tienen disposiciones especiales (arts. 139, 150 LGS). Por su parte, en el caso de las sociedades anónimas, la pretensión de impugnación de acuerdos, que procede si contraviene la ley, el pacto social o estatuto, lesione los intereses de la sociedad para beneficiar a uno o varios accionistas o en los casos de anulabilidad, caduca en el mes siguiente de la inscripción (arts. 139, 142 LGS). No obstante, la acción de nulidad, que procede contra los acuerdos que incurran en vulneración de normas imperativas o que se subsuman en las causales de invalidez previstas en la ley o en el Código Civil, caduca al año de la adopción del acuerdo (art. 150 LGS), y no desde la inscripción.

Por su parte, en el caso del retracto, el sujeto retrayente se subroga en condición de comprador en todas las estipulaciones del contrato de compraventa, según el art. 1592 CC dentro del corto periodo de 30 días desde que el titular de la prerrogativa tiene conocimiento de dicho contrato, y no más, pues la idea es que la incertidumbre en la atribución de la titularidad no se mantenga por mucho tiempo. No obstante, el hecho subjetivo del conocimiento podría expandir en forma indefinida el plazo de su ejercicio, por lo que se utiliza, además, un hecho objetivo, como la inscripción, para poner fin a la duda. En efecto, sea que no se haya notificado al potencial retrayente, o sea que no haya prueba de la notificación, se utiliza un criterio definitivo, de tal suerte que una vez transcurrido un año desde la inscripción entonces el retracto queda caduco.

4. TUTELA DE LA APARIENCIA Y PROTECCIÓN DE TERCEROS

4.1. Requisitos específicos

Los requisitos específicos para la protección del tercero que se funda en la apariencia son los siguientes:

- a) Discordancia entre realidad y apariencia: supongamos que un sujeto es propietario de un bien inmueble, pero la apariencia del re-

gistro indica que el propietario es otra persona⁷⁴. Por ejemplo, en el ámbito del registro inmobiliario, A y B celebran un contrato con vicio de la voluntad -que es declarado nulo-, por lo que el verdadero titular es A, pero la inscripción señala otra cosa pues anuncia que el derecho le corresponde, aparentemente, a B. Lo mismo ocurre si A es el propietario inscrito, pero este vende el mismo bien a favor de B, que no inscribe, y luego a C, que sí inscribe; por lo cual el propietario real B (primer comprador) se opone al propietario aparente, que es el aún inscrito A.

- b) La discordancia es imputable al sujeto investido de la realidad (propiedad primigenia): La única justificación para que este titular sea despojado por el tercero es que el primero haya ocasionado la situación de apariencia. En el caso estudiado, el contrato vicioso genera un titular aparente B, que engaña al tercero C, empero tal entuerto es causado por A, quien con su error (culpa) desencadena una apariencia significativa⁷⁵. Lo mismo ocurre si el primer comprador B no inscribe, lo que da lugar a que la apariencia registral siga publicando el derecho de B, y esto engaña al segundo comprador C. La doctrina alemana también conoce perfectamente el requisito de imputación para aplicar el principio de apariencia, pero

74 El profesor alemán C. W. Canaris señala los siguientes elementos: (i) El supuesto base de la confianza (*Vertrauenstatbestand*) que constituye un hecho notorio que sirve de base objetiva a la apariencia; (ii) el tercero debe contar con buena fe, ya sea falta de conocimiento de la verdadera situación jurídica, o exigir, además, la diligencia en la comprobación; (iii) la confianza debe dar lugar a un acto de tráfico (oneroso); (iv) imputabilidad al titular de causar el supuesto base de la confianza: Cit. De Eizaguirre, J. (1999), pp. 231-232.

75 “que no se tenga en cuenta el hecho de que al propietario no le es absoluto imputable la pérdida de la apariencia registral se basa en que este contará en todo caso con una pretensión de resarcimiento frente al Estado”: Westermann, H. & Westermann, H.P. & Gursky, K & Eickmann, D. (2007), T. II, p. 1064. La doctrina alemana conoce perfectamente el requisito de imputación para aplicar el principio de apariencia, pero lo reemplaza por la indemnización del Estado, es decir, el sistema germano reconoce que el propietario inocente (sin culpa) no puede ser despojado impunemente del derecho, para lo cual opta por una técnica de protección distinta, pues mientras en los ordenamientos latinos la propiedad se conserva en el titular primigenio cuando este no tiene culpa, en cambio, en el ordenamiento alemán se impone al Estado el deber de indemnizar la pérdida.

lo reemplaza por la indemnización del Estado⁷⁶, aunque algunos autores reconocen que la falta de imputabilidad hace que la teoría de la apariencia no sea aplicable.

- c) La apariencia es la causa que ocasiona la confianza del tercero: Con los mismos ejemplos antes citados, el titular aparente B transfiere al tercero C, quien actúa bajo la confianza que el derecho le corresponde a B, es decir, la adquisición de C toma como base la apariencia, sea el registro, la posesión u otro elemento⁷⁷. Igual ocurre en la doble venta, pues el segundo comprador C confía en la inscripción de la que aún goza el titular aparente A.
- d) El tercero necesita buena fe: El tercero C, en cualquier caso, debe actuar con buena fe, esto es, con desconocimiento del hecho jurídico contradictorio a pesar de haber sido diligente en su actuación en el tráfico.
- e) El tercero necesita título oneroso: El tercero C debe contar con título oneroso, pues solo se protege al que ha realizado un sacrificio patrimonial, y no a quien solo pretende asegurar un mero lucro a través de acto gratuito. Muchas veces las normas societarias olvidan este requisito, pero la exigencia dimana de la sistemática general del ordenamiento jurídico.

76 Es decir, el sistema germano reconoce que el propietario inocente (sin culpa) no puede ser expoliado impunemente, para lo cual opta por una técnica de protección distinta, pues mientras en los ordenamientos latinos la propiedad se conserva en el titular primigenio cuando este no tiene culpa, en cambio, en el ordenamiento alemán se impone al Estado el deber de indemnizar la pérdida. El problema de los extremistas registrales es que no se han dado cuenta del distinto fundamento del registro alemán, que asume el costo de las pérdidas cuando triunfa la apariencia en contra de un *verus dominus* despojado injustamente. Este error lo comete hasta un gran jurista: Falzea, A. (2006), p. 206: "No es necesario, en particular, que el error del tercero sea causado por dolo o culpa de otro, y, para ser más precisos, del titular del derecho subjetivo", quien descarta el fundamental requisito de la culpa del titular primigenio, con lo cual no se sabe por qué se le despoja, y además olvida que la "objetivación" de la apariencia, propio del mundo jurídico germano, se justifica porque el Estado asume el costo, como lo dice la doctrina de ese país, según la cita de la anterior nota a pie de página.

77 "La confianza tutelada por la norma es aquella que induce al confiante a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, calificado de 'acto de disposición' o 'inversión de confianza'": De Eizaguirre, J. (1999), p. 238.

En buena cuenta, nadie puede perder su derecho sin que de alguna manera le sea imputable tal consecuencia, sea porque originó, permitió o toleró la situación de apariencia que sirvió para engañar a un tercero que confió en ella. Es necesario que haya culpa del titular originario (imputabilidad), pues solo de esa forma se explica que la apariencia termine imponiéndose a la realidad. Caso contrario, no hay razón justificativa para que el Derecho renuncie a la verdad, ni para que se despoje a un titular.

4.2. El registro es modalidad de apariencia

Un sector de la doctrina señala que la publicidad registral es una hipótesis de auto-responsabilidad objetiva, por cuanto la carga de conservación, que corresponde al titular del derecho, y la carga de comprobación, que corresponde al tercero, se objetivan al máximo a través del juego de la inscripción, de tal suerte que la culpa de uno u otro serían irrelevantes; por el contrario, a extramuros de la publicidad, se encuentra las hipótesis de auto-responsabilidad subjetiva, en donde las cargas de conservación y comprobación requieren de alguna dosis, mayor o menor, de subjetividad por parte de los sujetos protagonistas. La apariencia de facto sería una figura que se ubica dentro de esta segunda hipótesis, en la cual se encuentran dos intereses contrapuestos: uno, pre-constituido y ya garantizado por la ley, y el otro interés sobrevenido y ligado a un acto o negocio jurídico; en los casos de apariencia se elige el segundo interés a condición de que el equívoco en la carga de comprobación se concrete en un error excusable, y el error tenga su causa en la situación objetiva idónea para justificar el error, aunque aquí entra en discusión si se requiere, además, de una conducta imputable del titular primigenio a efectos de que se produzca la apariencia. En efecto, el error del tercero puede ser causado por dolo o culpa del titular del derecho subjetivo (apariencia culposa) o bien ser causado solamente por la situación de hecho que se manifiesta falsamente para los terceros (apariencia pura)⁷⁸.

Sin embargo, la distinción entre “apariencia” y “publicidad registral” como si fuesen dos cosas distintas, no es aceptable, por los siguientes fundamentos:

⁷⁸ Falzea, A. (1985), pp. 128-133.

- a) La distinción entre apariencia “objetivada” (publicidad registral) distinta a la apariencia “subjetiva” (posesión), no pasa de una cuestión dogmática, que privilegia el puro conceptualismo, pero sin sustento en la realidad. En tal contexto, la publicidad registral no necesitaría de la conducta imputable del titular primigenio, pues se trata de un “grado máximo de objetivación de la tutela”; por el contrario, solo en los fenómenos de apariencia de facto se requeriría de la dosis subjetiva. Esta perspectiva olvida que los titulares, en todos los casos, mientras de trate de una prerrogativa jurídicamente reconocida, se encuentran protegidos frente a interferencias ajenas, por lo que no puede ocurrir un despojo sin una poderosa razón justificativa, lo cual solo puede presentarse cuando un titular ha contribuido al error del tercero, esto es, cuando la situación notoria es imputable al titular del interés pre-constituido, quien por su culpa genera la falsa apariencia que engaña al titular del nuevo interés. Por tanto, frente a la opción dogmática-formalista de Falzea hay que oponer una opción constitucional, de tutela de los derechos fundamentales.
- b) La distinción teórica entre los diversos supuestos de protección de los terceros solo lleva a una visión parcial del fenómeno, lo cual olvida que la protección registral ha surgido sobre la base de la protección posesoria, por tanto, no es aceptable una distinción radical entre ellas.
- c) Por lo demás, la diferencia que hace Falzea alienta la tesis, claramente errónea, de que el registro constituye una “verdad oficial”, objetiva, en la que no entra en juego las cuestiones subjetivas. De esta forma se olvida que el registro no es una verdad por sí misma, no es un fin, sino, solo un medio para reflejar la verdad. Lo contrario implica sobredimensionar la perspectiva estatista del derecho. En efecto, el registro no es “verdad oficial”⁷⁹, ni crea realidades de

79 Lamentablemente, el Tribunal Registral sigue vinculado en forma permanente con esa desacertada tesis, sin darse el trabajo de refutar las críticas. Solo como ejemplo véase la RTR N° 006-2013-SUNARP-TR-T de 04.01.2013: “1. Las personas requieren certeza sobre los presupuestos de las relaciones jurídicas. Ello obedece no solo a consideraciones de

puro papel, y por supuesto, tampoco inventa legitimaciones para quien no es propietario. En tal contexto, una adecuada concepción parte por considerar que el registro busca reflejar la realidad⁸⁰, mas no crearla, por tanto, su función es pre-constituir un título público de propiedad con alto grado de certidumbre, y que, en ciertas ocasiones, por virtud de una regla de ponderación moral, sirve para la protección de la apariencia por efecto de esa misma publicidad. De esta forma, la mecánica de inscripción y publicidad solo se justifica dentro del contexto de un sistema patrimonial sano, honesto, justo, seguro; en donde la información registral permita conocer los hechos jurídicos, sin crearlos o sin deformar la realidad⁸¹. El registro es un mecanismo publicitario que funciona como espejo de la realidad jurídica, pero no crea la realidad, no ficciona, no tiene el carácter de taumaturgia. Esta premisa es relevante para concluir que la propiedad no nace desde el acto de autoridad estatal, sino desde la sociedad misma, por efecto de las relaciones sociales entre los hombres, entre ellos la posesión, sobre cuyas bases surgen los títulos formales.

En consecuencia, la tutela que otorga el registro a favor de los terceros es un caso más de protección de la apariencia, que engloba las hipótesis de

carácter jurídico (para asegurarse de la validez o eficacia de las mismas), sino, fundamentalmente, económicas: la falta de certidumbre acarrea costos adicionales, lo cual desalienta y encarece la contratación. Para paliar la situación descrita, el Estado recurre, entre otros mecanismos, a la publicidad registral. Los interesados en contratar no requerirán efectuar mayores indagaciones, simplemente utilizarán la información que el Estado publica en el registro como dato auténtico o verdad oficial”.

80 La Corte Suprema ha acogido la buena doctrina en la Casación N° 3350-2012-Lima, de 14/10/2013, publicada el 31.3.2014: “Décimo Primero: Por otro lado, la inscripción registral del derecho de propiedad dota de una incuestionable seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho, sin embargo, la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extrarregistral”.

81 La STC N° 04777-2006-PA/TC ha señalado, en referencia a la unión de hecho, que la sentencia judicial y la inscripción registral se limitan a reconocer la situación jurídica, pero no la fundan, es decir, el registro publica la realidad jurídica con fines de seguridad, pero no hace ciencia ficción.

posesión, títulos valores, títulos hereditarios o crediticios aparentes, entre otros⁸².

4.3. Aplicación restringida

Los principios registrales sustanciales son hipótesis concretas de protección de la apariencia (tesis realista-valorativa), de aplicación estricta⁸³, cuya finalidad es salvaguardar algunos actos de adquisición, que se fundan en la confianza que produce en el tercero de buena fe una apariencia socialmente significativa que ha sido creada por culpa del titular originario del derecho. Cuando ambos intereses se ponen en la balanza, entonces la inocencia y diligencia se valora en nivel superior frente a la negligencia de quien no cumple la carga legal de conservación del derecho. No es posible generalizar la protección de la apariencia, pues en tal caso el tráfico patrimonial no se edificaría sobre la base de la honestidad, legalidad y corrección, sino por medio del fraude, engaño o pillaje⁸⁴. En buena cuenta, el sis-

82 Un ejemplo: A es el heredero aparente, quien luego vende un bien mueble no registrado de la herencia a B; si este último tiene buena fe y la posesión, entonces resultará tutelado por efecto del art. 665, 1 CC, aun cuando el heredero real sea X. Por tanto, el adquirente del bien no registrado se hace propietario, aunque el transmitente no lo sea, siempre que reciba la posesión y actúe de buena fe, lo que denota la identidad regulativa entre el 665, 1 y el 948 CC. En este caso, la apariencia significativa se encuentra en la posesión, aun cuando no sea parte del fenómeno hereditario de transmisión. La apariencia, en los casos patológicos, se sobrepone a la hipótesis de normalidad, siempre que el titular sea el culpable de haber creado la apariencia engañosa. Eso es lo que ocurre, precisamente, en el art. 1135, que requiere inscripción del tercero, a pesar de que en la hipótesis ordinaria de transmisión de inmuebles no se necesita del registro, y basta el solo consentimiento (art. 949 CC).

83 La excepcionalidad queda patentizada en la siguiente cita: “el artículo 34 LH (fe pública registral) no puede considerarse la clave del sistema de protección porque, o no entra nunca en juego, en cuyo caso es sobrero (como lo demuestra palpablemente el sistema francés), o si actúa mucho el sistema es una ‘birria’, porque significa que se está explotando constantemente al *versus dominus*, que es lo que empieza a suceder en el sistema australiano”: Brancós, E. (2013), p. 21.

84 En tal sentido, si bien el registro se vincula con el principio constitucional implícito de seguridad jurídica, empero, su importancia social como mecanismo para el desarrollo y la creación de riqueza, no impide encuadrarlo como un medio o instrumento para la ejecución de otros fines. Así lo ha manifestado la STC N° 0016-2002-AI/TC: “Para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente

tema racional exige que los principios registrales sirvan de efectiva tutela solo en casos excepcionales⁸⁵, pero jamás en porcentaje elevado, pues ello

a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo” (c. 5). El Tribunal señala claramente que el registro es un “medio” que necesita acercarse lo más posible a la realidad, si es que quiere cumplir su finalidad. No es que el registro cree la una verdad superpuesta, pues ello significaría una inaceptable reducción formalista del Derecho; por tanto, su función es configurar una prueba de la propiedad, más o menos ajustada a los hechos, para que pueda cumplir el fin de seguridad jurídica con justicia. El registro publica la realidad, pero no la inventa, no la crea, no la reduce ni la minimiza, por tanto, su función esencial es pre-constituir un título especialmente calificado para la conservación y protección de los derechos patrimoniales, esto es, busca facilitar la prueba para fines de tutela o circulación de la riqueza.

- 85 La Corte Suprema ha reconocido expresamente, a través de la Casación N° 695-99-Callao, de 22.07.2009, que los principios registrales -una manifestación más de la apariencia- se interpretan en forma restrictiva: “Primero: Que, en autos ha quedado establecido que la accionante interpuso una demanda de retracto, dirigiéndola contra Margarita Checya Alata y Carlos Vargas Miranda, los cuales habían adquirido por compraventa el inmueble materia de autos de sus anteriores propietarios los señores Ginocchio León, de los que la accionante era inquilina; dicha demanda fue amparada por ambas instancias judiciales, ordenándose la subrogación de la accionante en el lugar de los compradores, y ante la rebeldía de los emplazados, el juzgado otorgó la correspondiente escritura pública de sustitución de compradores, la misma que obra a fojas dos y siguientes, y de esta forma la accionante adquirió la propiedad del inmueble sub litis. Segundo: Que, la demandada Honorata Quispe Mamani sostiene ser propietaria del referido bien por haberlo adquirido por compraventa de sus anteriores propietarios: doña Margarita Checya Alata y don Carlos Vargas Miranda, quienes registralmente aparecían con capacidad para transferirlo lo que en buena cuenta implica amparar su posición en el principio de buena fe registral. Tercero: Que, el artículo 2014 del Código Civil consagra el principio de buena fe registral, en el que para su aplicación deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) Que el adquirente lo haga a título oneroso; b) Que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción *iuris tantum*; c) Que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) Que el adquirente inscriba su derecho; e) Que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. Cuarto: Que, el principio de buena fe registral

implicaría que el orden jurídico no funciona bien, por lo cual se necesita a cada momento el salvamento de la apariencia.

persigue proteger al tercero, que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, la búsqueda de la seguridad en tal tráfico puede implicar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente, en consecuencia, la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva. Quinto: Que, como se ha indicado, uno de los requisitos que tiene que cumplir el que alega el principio de buena fe registral y que por lo tanto su derecho resulte oponible, es que del registro no aparezcan causales de nulidad, rescisión o resolución del derecho de quien se lo otorgó. Sexto: Que, siguiendo al tratadista Manuel De La Puente y Lavalle, el derecho de retracto debe considerarse como un derecho de subrogación, en virtud del cual el comprador es sustituido por un tercero, ajeno al contrato de compraventa que le da origen, quedando subsistente dicho contrato, subrogación que tiene su origen en la ley, aun cuando opere por impulso personal (el del retrayente), y cuya naturaleza es real en cuanto incide sobre un bien y corresponde a su titular frente a cualquiera (...). En consecuencia, al quedar intacto el contrato de compraventa que dio origen al retracto, este no lo anula, ni lo rescinde ni lo resuelve, en consecuencia, el derecho adquirido en virtud de la buena fe registral no puede oponerse al derecho nacido por vía de retracto, lo que se corrobora con la exposición de motivos oficial del Código Civil, cuando afirma que: 'el propio texto del artículo 2014 no establece que la adquisición por medio del registro enerva una acción de retracto, situación que sí extiende a un contrato que padece a una causal de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución que no aparece en el registro' (exposición de motivos oficial del capítulo del derecho de retracto en el Código Civil, en el diario oficial *El Peruano* de fecha 19 de julio de 1987, página número 45); y tal posición se explica por cuanto tras el retracto existe un interés público, en la medida que este opera por un mandato de la ley y no por la voluntad privada. Séptimo: Que siendo preferente el derecho de la accionante, resulta amparable su pretensión reivindicatoria, siendo evidente que ha existido una interpretación errónea de la norma contenida en el art. 2014 del Código Civil. Octavo: Que, lo anteriormente vertido no trae como consecuencia que la pretensión de nulidad de escritura pública, que en el fondo es una pretensión de nulidad del acto jurídico que lo contiene, sea amparable, por cuanto tal nulidad se fundamenta en el argumento que Margarita Checya Alata y su cónyuge vendieron un bien que se hallaba en litigio, y que en consecuencia no se trataba de un objeto lícito; sin embargo, el inciso segundo del artículo 1409 del Código Civil señala claramente que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos o afectados en garantía o embargados sujetos a litigio por cualquier otra causal; y en lo concerniente a la pretensión indemnizatoria, determinar si en autos se ha acreditado o no la causación de daños, no es objeto del recurso de casación, porque habría que analizar el material probatorio" (Finalmente, la Corte declaró fundada la demanda de reivindicación, e infundada la de nulidad de acto jurídico e indemnización).

5. PRINCIPIOS REGISTRALES

5.1. Definición

Los principios registrales son los criterios fundamentales de solución de diversos problemas surgidos en torno a la conservación e intercambio de derechos patrimoniales, en los que se utiliza como base la inscripción en el registro.

Es muy discutida la utilidad de los principios registrales, pues si bien algunos opinan que facilita el conocimiento de la disciplina, así como la aplicación por parte de registradores o jueces, sin embargo, otro sector considera que su importancia es relativa, pues los principios no serían otra cosa que reglas técnicas que deciden cuestiones esenciales en el tráfico patrimonial, pero sin llegar a la categoría de principios generales. En nuestra opinión, la mejor solución es la segunda, pues los principios registrales son reglas técnicas para el adecuado funcionamiento de la publicidad y sus efectos, pero no pueden convertirse en dogma de fe. El pragmatismo es la mejor vía.

5.2. Clases

Los principios registrales pueden ser de dos clases: a) sustantivos, que expanden los efectos naturales de los derechos o resuelven los conflictos, sobre la base de la publicidad⁸⁶; b) formales, que constituyen, en buena cuenta, presupuestos o requisitos para el logro de la inscripción, que son propios de la actividad del registrador, por cuya virtud, constituyen requisitos para una inscripción correcta y regular. Es el caso de los principios de rogación, titulación auténtica, especialidad, calificación y tracto sucesivo.

Los tipos específicos de principios sustantivos son: legitimación, oponibilidad registral, inscripción declarativa (versión menor de la anterior), fe pública registral y prioridad, pero con la salvedad que la legitimación no atribuye derechos, sino que simplemente facilita la prueba mediante la técnica de presunción. En tal sentido, igual constituye una mejora en la situación del titular inscrito, por lo que se considera parte de este grupo.

86 A diferencia de los principios registrales formales,

5.3. Principios sustanciales

El primer principio es el de legitimación, que consiste en la presunción de exactitud de las inscripciones, por lo cual los derechos que se publica se reputan concordantes con la realidad jurídica (art. 2013). Su relevancia se concentra en el ámbito judicial, administrativo y contractual, pero, tratándose de una presunción, no constituye norma atributiva de derechos, sino regla simplificadora de la prueba en el tráfico. Precisamente, por su carácter de presunción, cabe la prueba en contrario. Es lo mismo que sucede con el art. 912 CC, que presume la propiedad, pero no la atribuye, pues no constituye modo adquisitivo de dominio.

El segundo principio es el de oponibilidad registral, pues si bien los derechos reales, salvo la hipoteca, se adquieren fuera del registro (art. 949 CC), por lo que cuentan con oponibilidad civil, sin embargo, esta queda derogada cuando se enfrenta con la oponibilidad registral (art. 2022, 1° CC), por cuya virtud, la oposición de derechos reales sobre un mismo inmueble queda dirimida, finalmente, por la inscripción. Una versión menor es la inscripción declarativa, que opera cuando el transmitente ha realizado dos actos de disposición sobre un mismo bien inmueble, lo cual determina que se prefiera al sujeto adquirente que inscribe frente a aquel que no inscribió (art. 1135 CC). En todo caso, el fundamento se encuentra en brindar seguridad jurídica a las inscripciones, pues, quien lo hace, queda a salvo de cualquier titularidad no inscrita.

El cuarto principio es el de la fe pública registral, que protege a un tercero de buena fe que inscribe su título adquisitivo oneroso, aunque después se anule, rescinda o resuelva el título previo al suyo (art. 2014 CC). El fundamento de esta regla es evitar el riesgo consistente en la nulidad o ineficacia de actos jurídicos pretéritos que podría afectar a los adquirentes sucesivos.

Nótese que estos últimos principios sirven para dirimir el conflicto de derechos, mediante reglas técnicas cuya función es resolver algunas controversias sobre la atribución de la propiedad u otros derechos sobre bienes. La inscripción declarativa resuelve el problema originado por la doble disposición de bienes, para lo cual utiliza el criterio del registro, pues el ordenamiento jurídico dispensa seguridad jurídica al sujeto con título inscrito, en

tanto no le perjudican los títulos no inscritos, aunque sean anteriores. Por el contrario, el principio de fe pública registral tiene la función de asegurar la adquisición frente a la nulidad o ineficacia de un título previo, con lo cual se otorga seguridad a las cadenas de transmisiones. No obstante, pese a las diferencias, ambos principios son expresión de la doctrina jurídica de protección de la apariencia.

El quinto principio es el de prioridad, por cuya virtud se dirimen derechos compatibles, fundamentalmente créditos que acceden al registro, por lo cual la inscripción más antigua otorga un mejor rango en orden al cobro y ejecución (art. 2016 CC).

En general, los principios sustantivos sirven para oponer o posponer derechos, y son propios de la actividad judicial, pues se trata de criterios razonables cuya función es resolver algunas controversias sobre la atribución de la propiedad u otros derechos sobre bienes. No obstante, los principios registrales tienen límites extrínsecos (ejemplo: mala fe), por la actuación particular de los sujetos en el caso concreto, o intrínsecos (ejemplo: no resuelve conflictos con poseedores), pues objetivamente quedan descartados.

5.4. Principios formales

Por otra parte, los principios formales son las garantías establecidas por la ley con el fin que la inscripción, en la medida de lo posible, sea reflejo de la realidad jurídica.

El primer principio formal es el de la titulación pública, por cuya virtud las inscripciones, salvo disposición en contrario, se extienden en mérito de instrumento público (art. 2010 CC), cuya principal característica es que da fe del acto o contrato en él contenido.

El segundo principio formal es el de especialidad (art. 2017-A CC), por cuya virtud, las inscripciones se agrupan en torno al predio.

El tercer principio formal es el tracto sucesivo, por el cual, las inscripciones de derechos sobre bienes solo pueden extenderse si es que previamente se inscribe el derecho del transmitente, con lo cual se justifica al adquirente, y así sucesivamente (art. 2015 CC).

El cuarto principio formal es el de calificación, que es una función pública atribuida a los registradores con el objetivo que comprueben la legalidad de algunos aspectos del título inscribible, en función al contenido en el instrumento y a los antecedentes del registro (art. 2011 CC).

En quinto principio formal es el de orden de las inscripciones, por el cual, el registrador extiende las inscripciones por criterio estrictamente cronológico, esto es, del más antiguo al más reciente, cuya finalidad es resguardar la preferencia de los derechos por razón temporal, lo que no solo ocurre con la prioridad registral, sino en los otros principios registrales sustantivos.

Capítulo III

REGISTRO DE PREDIOS

1. FUNDAMENTO DE LA PUBLICIDAD

El registro se construye sobre la base de una idea-fuerza muy concreta: la publicidad tutela el interés a la notoriedad de ciertos hechos jurídicos⁸⁷, pues existe la necesidad de obtener información sobre ciertos datos relevantes para la vida jurídica⁸⁸, como son aquellos que fundan la adquisición y transmisión de derechos.

Por tanto, el fundamento de la publicidad inmobiliaria se encuentra en brindar certeza respecto a la condición jurídica de estos bienes, tanto en la determinación del titular y las cargas⁸⁹. La finalidad del registro es otorgar seguridad jurídica al tráfico, y, para lograrlo se busca la máxima transparencia y certeza sobre determinadas situaciones jurídicas, pues para relacionarse en el tráfico se requiere información y confianza en dicha información como necesario presupuesto de las relaciones jurídicas⁹⁰.

2. OBJETO DE LA PUBLICIDAD

La pregunta sobre el objeto de la publicidad no es meramente teórica, pues, en ella se encierra, adicionalmente, la discusión de importantes cuestiones prácticas. En tal sentido, el problema del objeto trata de establecer si la inscripción recae en actos y/o hechos jurídicos o en derechos. El art.

87 Pugliatti, S. (1957), p. 237.

88 Pau, A. (1995), p. 17.

89 Messineo, F. (1979), T. III, p. 568.

90 Roca Sastre, R. (1954), T. I, p. 50.

2019 CC resuelve la cuestión en favor de los actos generadores de derechos, lo que constituye la solución más realista para nuestro sistema, en tanto el registro no inscribe derechos abstraídos de su causa, como el alemán, sino actos que originan derechos, o, si se quiere de títulos⁹¹. Las consecuencias prácticas de tal opción son variadas: la inscripción de actos, no de derechos, conlleva que la preponderancia se encuentra en los títulos archivados, no en los asientos, que no pasan de ser mero resumen formal; o, permite descartar la exótica tesis de que el registrador “extrae” los derechos reales del título, luego de la calificación, cuando no existe norma alguna que establezca esa función, propia de un registro abstracto, como el alemán, pero no del nuestro, con el agravante que en ese caso tal determinación corresponde al notario, y nunca al registrador⁹².

El registro confiere publicidad a los títulos creadores o modificatorios de los derechos subjetivos y/o situaciones jurídicas sobre predios, lo que se compone de tres elementos:

- a) El titular registral, o base subjetiva de la publicidad registral, por cuanto el sujeto que aparece en los libros del registro es portador de un derecho o de una expectativa jurídicamente tutelada sobre un bien inmueble.
- b) La materia inscribible se refiere a los títulos que crean, transmiten y/o extinguen derechos sobre el predio.
- c) La finca o predio, esto es, la unidad objetiva consistente en una superficie delimitada del suelo o en otro tipo de espacios delimitados, sobre los cuales recaen los distintos derechos reconocidos por la ley.

En tal sentido, “teóricamente, debemos distinguir en el folio registral, de una parte, la finca, y, de otra, los actos y contratos que crean, modifican,

91 Sin embargo, por simplificación de lenguaje podría hablarse de “inscripción de derechos”, cuando en realidad se trata de “títulos creadores de derechos”.

92 Es una tesis propia del extremismo registral, que pretende otorgar a los registradores una potestad que no tienen, tal vez con fines de populismo entre ese grupo, y así vender servicios, pero resulta que ellos tampoco la quieren, pues significaría agravar su responsabilidad.

transmiten o extinguen las titularidades sobre ella”⁹³. Esta breve frase resume claramente los tres elementos contenidos en la publicidad registral. Así, por ejemplo, podríamos decir que el registro publica el título de propiedad (materia inscribible) perteneciente al señor “A” (titular registral) con respecto a la finca “X” (predio). En buena cuenta, el registro pretende una precisa y adecuada determinación de los elementos de la publicidad, a fin de lograr que la información sea jurídicamente relevante y de fácil acceso a los terceros⁹⁴.

3. PRIMER ELEMENTO DE LA PUBLICIDAD: SUJETO TITULAR

3.1. Sujeto de derecho

El ser humano es un concepto metajurídico, que puede ser estudiado por la biología, la psicología o la filosofía. Por el contrario, la persona es concepto jurídico que define a los sujetos con aptitud de constituirse en portador de derechos y obligaciones. En el Derecho moderno, se identifica el ser humano y la persona, pero esta última también incluye a las personas colectivas, morales o jurídicas, por tanto, la persona es el protagonista de los derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues se trata de un fin por sí mismo, es decir, que no se encuentra condicionado o subordinado a otro valor⁹⁵. En tal sentido, el art. 1º de la Constitución esta-

93 Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 66.

94 ¿Qué significa que la información sea jurídicamente relevante? Significa que el elemento de la publicidad debe ser depurado o adecuado según los parámetros del ordenamiento jurídico. Por ejemplo: los derechos reales son derechos subjetivos que se concretan sobre realidades externas susceptibles de aprovechamiento independiente. En virtud de ello, solo puede existir un derecho real absoluto sobre una finca razonablemente delimitada, de tal suerte que su titular pueda conocer sobre qué objeto recae su derecho. Lo mismo ocurre con la base subjetiva de la publicidad registral, ya que se necesita determinar a ciencia cierta quién es el sujeto titular de una u otra finca. En ambos casos la determinación viene impuesta por mandato de la ley.

¿Qué significa que la información sea de fácil acceso a los terceros? Significa que la determinación de los elementos de la publicidad debe facilitar a los terceros el conocimiento del historial jurídico de una finca, evitando recargar el contenido del Registro con información innecesaria.

95 “La renovada relevancia de la categoría de persona, a partir de los años cuarenta del siglo pasado, es producto de la necesidad de oponerse, incluso en el plano cultural, al nazismo, una ideología o, mejor, una biología política centrada en la primacía absoluta del cuerpo

blece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Los derechos subjetivos en general exigen una persona titular, y lo propio ocurre con las posiciones jurídicas incorporadas al registro, pues, en tal caso, el portador del derecho se convierte, sin más, en titular registral⁹⁶. Las personas naturales, capaces o no, así como las personas jurídicas, sean de derecho público o privado, e incluso los sujetos con personalidad relativa, pueden lograr la posición de titular registral⁹⁷.

3.2. La persona natural como titular registral

La persona humana lo es desde su nacimiento (art. 1 CC), aunque ya es sujeto de derecho desde la concepción para todo lo que le favorece; por tanto, desde ese instante primigenio es susceptible de ser titular de algún derecho inscribible. En tal sentido, se admite que los titulares puedan ser personas no nacidas, pero que se hallen por nacer (*conceptus* o concebido), en cuyo caso la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo (art. 1, 2º CC)⁹⁸, lo cual significa que la atribución solo se entende-

racial y la consiguiente despersonalización. En contra de la idea, o más bien la práctica, del aplastamiento del sujeto sobre su propia sustancia biológica, la muy comprensible reacción de la cultura democrática, vencedora en el conflicto mundial, fue restablecer alguna distancia entre el componente racional o espiritual del hombre y su mero hecho corpóreo”: Eposito, R. (2009), p. 128.

96 Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 97.

97 El art. 13-d del RIRP. señala que en todo asiento registral deberá constar “(...) la designación de la persona a cuyo favor se extiende la inscripción y la de aquella de quien procede el bien o derecho, cuando corresponda (...)”.

98 En cambio, el *concepturus* constituye un *nullum* jurídico, en tanto, se trata de una mera ficción sin sustento en la realidad. No es persona, ni persona por nacer; es simplemente una idea abstracta, una entidad que no existe actualmente, aunque pudiera existir en el futuro. Por ejemplo: “X” no tiene hijos actualmente, sin embargo, otorga testamento a favor del “hijo futuro”, o realiza cualquier otra atribución patrimonial unilateral en beneficio del *concepturus*. En cualquiera de esos casos, el registro no puede inscribir la titularidad de un bien a nombre de una “no-persona”, no obstante, en algunos negocios puede admitirse la validez del acto de disposición con eficacia futura (*mortis causa*, por ejemplo) a favor del *concepturus*, pero en el entendido de que el beneficiario deberá existir, por lo menos en concepción, cuando el negocio alcance virtualidad jurídica (muerte, en caso de negocio testamentario, por ejemplo). En caso contrario la atribución habrá decaído. Nótese que una cosa es la validez del negocio, todavía ineficaz, y otra es la producción del efecto transmisivo, que solo se dará en cuanto exista el atributario. “Históricamente se

rá plenamente eficaz con el nacimiento. Por el contrario, si este no llegase a nacer vivo, se entenderá que la transmisión patrimonial decae automáticamente en forma retroactiva, por lo que la titularidad del bien revertirá a favor del enajenante como si el acto dispositivo nunca se hubiese producido.

3.2.1. Identificación de la persona natural

La forma de identificar a una persona natural es a través del nombre y, en caso de dudas, subsidiariamente, por medio de otras circunstancias personales como el domicilio, nacionalidad, estado civil, ocupación, edad, sexo, etc. El art. 19 CC señala que: *“Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye a los apellidos”*. La identificación del titular registral es un elemento propio de toda situación jurídica que acceda al registro. No hay derecho sin titular. Para este propósito, el art. 13-d, 2° RIRP establece que, cuando el titular sea una persona natural, se indicará los nombres (*rectius*: “prenombres”) y apellidos, nacionalidad si no fuese peruana, estado civil y número del documento de identidad. Estos requisitos de identificación constan en el título notarial por ser, a su vez, requisitos formales para la redacción de la escritura pública. En cambio, si la rogatoria no se funda en un título notarial, lo más probable es que falten esos datos, por lo que deberá subsanarse con una declaración escrita con firma legalizada y la copia certificada del DNI.

El notario identifica a las personas que disponen de sus intereses en el instrumento público, pues de nada valdría asegurar la autenticidad de la declaración y el consentimiento informado del otorgante, si es que no se garantiza el presupuesto de todo ello: que el sujeto disponente sea quien él dice ser. Por tanto, el notario tiene como primera obligación asegurar la identidad de los partícipes del instrumento, ya sea mediante la fe de identidad o la fe de conocimiento, esto es, o lo identifica por los documentos legales que porta el otorgante, en forma conjunta con la verificación biométrica o del reporte en línea de RENIEC, o el notario declara que lo conoce por trato o fama. El registrador reconoce el valor probatorio privilegiado

planteaban escrúpulos y dudas sobre la validez de la institución del no concebido, pero hoy esta institución se hace posible con el concepto de vocación hereditaria, la noción patrimonialista de la herencia, la tutela de la voluntad del causante y sobre todo la certeza de la delación”: Álvarez Caperochipi, J. (1990), p. 86.

del documento notarial y, en consecuencia, la calificación se limita a concordar la identidad del transmitente con relación a la identidad del titular registral. Si ambos coinciden, queda cumplido el requisito de “identidad de sujeto”. La plena identificación del titular registral es un tema que se halla íntimamente vinculado con el principio registral del tracto sucesivo, pues, como dice la doctrina, el adquirente de hoy es el transmitente de mañana; y para dar eficacia a esa transmisión es necesario comprobar si el adquirente (titular del derecho) es la misma persona que el transmitente. El registrador no podría poner en duda la identidad manifestada en el acto notarial, pero sí puede poner en duda la coincidencia de identidad entre el titular registral y el transmitente, lo cual es cosa muy distinta. Así, el registrador debe custodiar la seguridad jurídica de cualquier acto dispositivo, lo que depende de la titularidad que el transferente.

Sin embargo, en la práctica se advierten dificultades de identificación entre el nombre del titular inscrito y aquel del transmitente. Esto genera dudas relacionadas con la identidad del sujeto⁹⁹, pero, es posible sustentar las siguientes reglas prácticas:

99 Los problemas más comunes que se presentan son los siguientes:

- a) Prenombres discrepantes: “Juan Carlos Pérez Pérez” adquiere un bien bajo este nombre, pero en el acto de transmisión se identifica como “Juan Pérez Pérez”. La diferencia puede salvarse con la identidad del número de documento de identidad que porta el sujeto en ambos actos. No obstante, si la discrepancia continuase, entonces se pueden utilizar las otras circunstancias personales para salvar los problemas de identificación (estado civil y nombre del cónyuge, domicilio, ocupación, edad, etc.). También es posible constatar la identidad del disponente a través del cotejo de la copia legalizada de su documento de identidad (en donde se consigna la fecha de nacimiento) y su partida de nacimiento, pues de esa forma puede apreciarse que se trata de la misma persona, pues si en el DNI aparece un solo pre-nombre, y en la partida se consignan todos los pre-nombres, entonces el dato unificador es la igualdad en la fecha de natalicio y el lugar de ocurrencia, con lo que se despeja cualquier duda, pues la posibilidad de homonimia es una hipótesis irreal, casi absurda. Este es el caso más común en la jurisprudencia, cuyo sentido actual se inició con una antigua decisión de la fenecida Junta de Vigilancia de los Registros Públicos (Resolución N° 021-93/JUS-JUR del 16.12.1993). La misma línea doctrinal ha sido seguida por el vigente órgano encargado de la segunda instancia registral a través, por ejemplo, de la Resolución N° 083-2000-ORLC/TR del 22.03.2000, entre muchas otras sucesivas.
- b) Apellidos discrepantes: “Juan Carlos Pérez Pérez” concurre así al acto de adquisición, pero luego adopta una nacionalidad extranjera y su nombre pasa a ser “John Pérez” en el acto de transmisión; con lo cual se generan dudas graves respecto a la identificación

- a) La coincidencia en el número del documento personal entre el adquirente de ayer y el transmitente de hoy elimina cualquier duda, pues obviamente se trata de la misma persona. La jurisprudencia registral le da valor absoluto.
- b) La falta de coincidencia entre los números del documento personal puede ser suplida con los elementos de conexión entre el titular registral y el transmitente, lo que podrá apreciarse por comparación entre el DNI actual y las partidas del titular, sea de nacimiento o matrimonio. Estos datos de conexión son lugar y fecha de nacimiento, padres, cónyuge, etc.
- c) En los casos de personas que hayan adoptado otra nacionalidad, la comprobación de la conexión requiere evaluar el certificado de naturalización junto con las partidas de nacimiento y matrimonio del interesado, sin perjuicio de la escritura de renuncia a la nacionalidad.

de la persona, en cuanto hay una diferencia sustancial en el nombre, la nacionalidad y el documento de identidad. La diferencia no se puede salvar ni siquiera con el certificado expedido por el RENIEC, en cuanto la comparación de sus datos resulta inútil frente a un documento extranjero. La solución, sin embargo, es sencilla, pues deberá presentarse el certificado de naturalización del interesado (si está en idioma extranjero, con traducción oficial) en donde se precisan una serie de datos personales (nacionalidad anterior, fecha y lugar de nacimiento, estado civil y cónyuge, etc.) y, a su vez correlacionar dichos datos con los que se consignan en las partidas de nacimiento y/o matrimonio del interesado. En caso de coincidencia, la hipótesis de una suplantación es ínfima, casi irreal. Sin embargo, podría ocurrir excepcionalmente que las dudas de identificación continuasen. Evidentemente, en ese caso el registrador debe agenciarse de mayores elementos de juicio para evaluar el problema, pero, bajo circunstancia alguna puede diferir el pedido "a la autoridad judicial" u otras salidas similares. En este supuesto, compete al registrador que decida la cuestión en virtud de la potestad de calificación, por tanto, la falta de elementos que vinculen el titular registral con el sujeto disponente llevará a rechazar la inscripción por falta de identidad, esto es, por falta de tracto sucesivo. Sin embargo, antes de esta última opción, existen otros mecanismos subsidiarios, tales como el certificado de baja del RENIEC, que acredita que el titular registral ya no consta en la base de datos de dicha entidad; o la escritura pública de renuncia a la nacionalidad, si existiese, y que puede aportar algún dato importante; o por último, una escritura pública declarativa efectuada por los padres o hermanos del interesado (comprobado con sus respectivas partidas) en donde estos señalen que el titular registral y el disponente son la misma persona.

- d) Los certificados del RENIEC, en cuanto permitan conocer datos adicionales de la persona, también pueden utilizarse para despejar dudas identificatorias.
- e) En casos muy graves puede solicitarse una escritura pública declarativa entre el sujeto de identidad dudosa y los familiares directos del titular inscrito, en el que estos ratifiquen la identidad de aquel. Este documento es suficientemente acreditativo, y tiene el mismo respaldo con el que cuenta el notario en los casos de dudas de identificación, en cuanto puede requerir la intervención de testigos de identidad¹⁰⁰.

En todos los casos que el registrador realice un juicio razonable sobre la identidad del transmitente, por cuya virtud la posibilidad de homonimia quede reducida a niveles irreales, casi absurdos, entonces el funcionario habrá realizado una calificación razonable, con la diligencia del caso, sin responsabilidad alguna.

3.2.2. Estado civil de la persona natural

Por otro lado, los contratantes tienen un diferente grado de libertad en el gobierno y administración de su patrimonio, según su estado civil. El soltero tendrá la libre disposición de sus bienes, muy distinta de la que goza el casado. De allí la importancia de este tema. Sin embargo, la función del registrador se basa exclusivamente en los datos aportados por los propios interesados a través de documentos fehacientes (principio de rigidez pro-

100 Un ejemplo paradigmático de lo que no debe hacerse es la RTR N° 019-2002-ORLC/TR del 17.01.2002. En el caso se celebró una escritura de compraventa, en donde no intervino el cónyuge de la compradora, pero sí se le hizo mención con el nombre de "Mario Alania Salazar". En una posterior escritura aclaratoria, interviene el cónyuge de la compradora, compareciendo con el nombre de "Santiago Alania León", y adjuntó copia certificada de la partida de matrimonio. El Tribunal Registral denegó la inscripción bajo el argumento que los datos de identificación no se prueban mediante una escritura pública, lo que es una grave incoherencia, pues todos los datos personales provienen de los instrumentos notariales, máxime si la circunstancia viene reafirmada con la partida de matrimonio. Por tanto, si la segunda escritura no es prueba, entonces tampoco lo sería la primera, y con mayor razón en tanto en esta no compareció el cónyuge de la compradora. En conclusión, la escritura pública prueba los datos de identificación de las partes, sin embargo, tal hecho puede desvirtuarse por medio de las constancias emitidas por el registro del estado civil (art. 58 Ley 26497, de RENIEC).

batoria en el procedimiento registral), sin que el registro tenga una labor activa de investigación o verificación de tales datos. En tal sentido, el registrador deberá asumir que el estado civil del contratante es aquel que aparece en el título fehaciente, el cual a su vez ha sido tomado textualmente del documento de identidad que exhibe la persona al momento de identificarse ante el notario. El Derecho no puede operar pensando en verdades absolutas, sobre las que nadie tiene seguridad, por lo que debe conformarse con presunciones legitimadoras, como es el caso de los datos que aparecen en el documento nacional de identidad (DNI) y en las certificaciones expedidas por la RENIEC, específicamente referidas al estado civil de las personas (art. 58 Ley 26497), las cuales se reputan ciertas para efectos del tráfico jurídico. El notario se limita a transcribir el estado civil que aparece en el DNI, ratificado por el propio otorgante al momento de firmar la escritura pública¹⁰¹. Por tanto, el propio compareciente es el primer responsable por la veracidad o falsedad intrínseca de su declaración. El ordenamiento jurídico no está vacunado en contra de los actos ilícitos, por lo que los delitos siempre seguirán cometiéndose aun cuando las leyes los prohíban, sin embargo, una vez cometido el acto ilícito, el sistema reacciona a través de las acciones civiles o penales dirigidas contra el sujeto que causó dicho entuerto.

101 En virtud de lo expuesto, el registrador debe calificar los títulos según el estado civil que aparece consignado en el DNI, y que simplemente se transcribe en el acto notarial, pues el Derecho ha establecido taxativamente que la certificación del RENIEC es prueba auténtica (art. 58 Ley 26497). El Tribunal Registral ha confirmado esta interpretación mediante un precedente de observancia obligatoria contenida en la RTR N° 409-2004-SUNARP-TR-L, del 02.07.2004. Esta resolución permite inferir que el registrador solo califica los documentos presentados, los asientos del registro correspondientes a la partida correspondiente y los antecedentes registrales (tercer y cuarto considerando); por tanto, el estado civil de los otorgantes o de los titulares registrales solamente podrá obtenerse del mismo título calificado o de lo que aparezca en el registro. En consecuencia, no se calificarán otros documentos o los datos consignados en otros registros; subsidiariamente, y solo cuando la información que aparezca en la partida sea insuficiente (así lo dice expresamente el cuarto considerando, segundo párrafo, de la resolución), entonces será posible acudir a documentos complementarios o a lo que se establezca en otras partidas, siempre que estas no sean contradictorias con la partida pertinente (art. 2013 CC). Esta hipótesis de subsidiariedad es, en realidad, excepcional, pues será muy poco común que un título jurídico no contenga el estado civil de las partes (solo posible en títulos judiciales o administrativos), o que dicho dato no esté consignado en la partida registral (solo posible en inscripciones antiguas).

3.2.3. Rectificación del estado civil

El notario verifica el estado civil para consignarlo en la escritura pública, para lo cual consulta el documento de identidad del compareciente, pero este puede corregir el dato mediante su declaración de “casado”, de tal suerte que se corrija el documento que indica “soltero”. ¿El notario debe aceptar este mecanismo de modificación? La respuesta es positiva, pues el tránsito de soltero a casado implica mediatizar la libertad patrimonial, por tanto, no es de suponer que una persona declare falsamente para perjudicarse a sí misma. Por el contrario, el notario no podría hacer lo mismo de pretenderse el cambio de “casado” (en el DNI) a “soltero” (en la declaración), pues nadie puede beneficiarse con su propia manifestación, en cuanto ello implicaría, en este caso, que una persona obtenga un nivel de libertad patrimonial que no es compatible con su documento de identidad, por lo que es imperativo exigir la previa rectificación del DNI. Por otro lado, una vez inscrita una adquisición con el respectivo estado civil del titular registral, puede ocurrir, sin embargo, que se requiera la corrección del estado civil (de soltero a casado), lo cual se logra mediante el aporte del acta de matrimonio, que es prueba fehaciente del estado civil.

Por otro lado, también podría instarse el cambio de casado a soltero o divorciado, lo cual es aceptable, siempre que el supuesto cónyuge no hubiese intervenido en el acto de adquisición, por lo que bastaría la declaración del titular en una nueva escritura pública, en forma conjunta con la información consistente en tal sentido de RENIEC¹⁰². No obstante, si en el acto de adquisición ha comparecido el supuesto cónyuge, entonces se re-

102 Distinto es el caso cuando el DNI consigna que una persona tiene el estado civil de casado, pero, en realidad es soltero, pues el registro, basado en documentos fehacientes, no puede hacer una rectificación en esa sede cuando el documento de identidad dice otra cosa, pero, tampoco lo hace RENIEC, pese a que en esos casos no cuenta con la partida de matrimonio que constituye el título para acreditar la condición de casado (art. 269 CC), por tanto, el estado civil solo había sido objeto de declaración jurada, sin prueba alguna, sin embargo, pese a ello, la entidad arguye que “no cuenta” con un procedimiento específico para ello, con lo que se obliga a los ciudadanos a recurrir al proceso de hábeas data para rectificar datos erróneos. El Tribunal Constitucional ha establecido la procedencia de esta acción, pues considera acertadamente que la variación de soltero a casado con una simple declaración jurada carece de sustento. Es el caso de las SSTC N° 04729-2011-PHD/TC de 11.05.2012 y N° 05356-2016-PHD/TC de 25.05.2017.

quiere, además, la declaración de esta último, pues, en ese caso se persigue “des-atribuir un derecho”, lo que exige el consentimiento del afectado¹⁰³, pero, en la inscripción se mantendrían ambas personas, no como cónyuges, sino como copropietarios, o con sentencia judicial¹⁰⁴. Un caso extraño

103 También se puede presentar esta situación en registros personales (que no inscriben bienes), como el caso del Registro de Mandatos y Poderes. Como aquí no existen problemas de “des-atribución patrimonial”, la rectificación es procedente en forma inmediata siempre que se adjunte declaración jurada del interesado y copia legalizada de su documento de identidad, en el cual conste el estado civil. No es óbice para ello que el estado civil inexacto conste en una escritura pública, pues este instrumento no prueba el estado civil. En tal sentido, una nueva escritura pública en la que se corrija el error será suficiente para instar con éxito la rectificación, e incluso una simple declaración con firmas legalizadas. Lo que sí es inaceptable es el criterio del Tribunal Registral, el cual da valor probatorio absoluto a la primera escritura en que se consigna un estado civil, pero que le niega todo valor a una escritura posterior. Afortunadamente el Tribunal Registral ha morigerado su criterio, y, reconoce ahora -por lo menos de forma implícita- que las certificaciones de la RENIEC sirven para acreditar el estado civil, al margen de lo que diga la escritura pública. Este pronunciamiento se recoge en la RTR N° 409-2004-SUNARP-TR-L del 02.07.2004, publicada en el diario oficial el 01.10.2004 como precedente de observancia obligatoria: *“... en tal sentido, debe tomarse en consideración la finalidad de cada registro; así en el registro personal se podrá verificar la capacidad o incapacidad de una persona, su estado civil pero sólo el estado de divorciado, más no el de casado, en tanto esa publicidad le corresponde a la RENIEC...”*.

104 Hace algunos años sucedió que se pretendía rectificar el estado civil de casado a divorciado mediante una escritura pública de aclaración con inserto de una sentencia de divorcio dictada por la Corte de California, Condado de los Ángeles. El registrador denegó la inscripción aduciendo que faltaba el reconocimiento (exequátur) de la sentencia extranjera, aunque olvidó tener en cuenta que el matrimonio tampoco estaba inscrito en el Registro civil. Finalmente, el Tribunal confirmó la denegación en base a los siguientes fundamentos: “Que, para que un matrimonio celebrado por peruano o peruana en el extranjero surta efectos civiles en la República es necesario que, previamente se cumpla con la obligación de inscribirlo en el lugar en que radica en el Perú, siendo que entre tanto dicho matrimonio no puede considerarse como válido para efectos de las leyes peruanas, tomando en cuenta que el artículo 2070 del Código Civil dispone que el estado y la capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio y que el cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud a ley del domicilio anterior; (...) Que, en este sentido, debe indicarse que la Sra. Rodríguez tanto en lo referente al mencionado título archivado N° 21468, como en el que da lugar a la presente apelación, y considerando la falta de inscripción de su matrimonio ante el registro peruano competente, pudo abstenerse en declarar un estado civil sin efectos para los actos jurídicos realizados en el Perú, en la medida que el mismo, por falta de reconocimiento ante las leyes peruanas, no podía tenerse como válido, tal como lo han señalado varias ejecutorias supremas como el de fecha 03 de octubre de 1998, recaída en el expediente N° 2042-78; (...) Que, no obstante lo expuesto el art. 2013° del Código Civil establece que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se ratifique o se declare judicial-

se presentó cuando un ciudadano, titular registral, demostró fuera de toda duda de que no estaba casado con determinada persona, que aparecía como su cónyuge en el asiento registral, por lo que ordenó la rectificación, pero sin pronunciarse sobre su estado civil actual por falta de certeza¹⁰⁵. En todo

mente su invalidez, concordado con el art. VII del reglamento General de los Registros Públicos, siendo de esta manera la Sra. Rodríguez emitió mediante instrumento público una declaración sobre su estado civil, corroborado con el inserto de la escritura pública del título apelado; Que, consecuentemente, el estado civil de la Sra. Rodríguez debe tenerse como el de casada en tanto no sea objeto de una aclaración mediante instrumento público sobre el verdadero estado civil de la citada ciudadana..." (RTR N° 071-96-ORLC/TR del 21.02.1996). No puede compartirse el sentido de la resolución. En primer lugar, la adquisición la realizó solo uno de los supuestos cónyuges, lo que pone en alerta de que no necesariamente se trata de una "des-atribución" patrimonial. En segundo lugar, la adquirente acreditó el divorcio (obviamente, debía regularizarse el exequátur), lo que el registro no puede desconocer. En tercer lugar, constituye un exceso de celo pretender amparar el "estado civil" en base a la constancia de un asiento registral. En tal sentido, pareciera sostenerse que la declaración del estado civil ante notario cubre esta situación con el manto de la fe pública. Por tanto, en ese momento, el asunto debió resolverse con la admisión de lo solicitado, previo exequátur, pero, en la actualidad, como el divorcio es asunto notarial o municipal, entonces no se requiere, ya, el reconocimiento judicial, por lo que puede presentarse copia del instrumento público.

- 105 En efecto, el titular registral solicitó la rectificación de su estado civil, pues el registro lo consignaba como "casado", pero con determinada persona; sin embargo, el interesado acreditó con documentos fehacientes (partida) que el matrimonio fue posterior a la adquisición del bien. No obstante, ¿cuál era el estado civil de dicho titular al momento de producirse la adquisición del bien inmueble? Sobre tal particular, existían serias dudas porque en la citada partida de matrimonio se indicaba que el contrayente era "divorciado"; mientras que la escritura pública de compraventa se dice que era "casado", pero con otra persona. En primer lugar, el Tribunal Registral, ante la duda, rechazó toda rectificación (RTR N° 1188-2008-SUNARP-TR-L de 03.11.2008), por lo que el registro seguía dando publicidad de un estado civil claramente errado, pues el propietario no estaba casado con la persona que se indicaba en el asiento. Por el contrario, luego se modificó la doctrina anterior (RTR N° 668-2009-SUNARP-TR-L de 15.05.2009), en el sentido de ordenar la rectificación del nombre de un cónyuge errado, pero dispuso que se deje en reserva el estado civil que le correspondía realmente al titular en el momento de la adquisición (divorciado o casado con otra persona). El raciocinio es muy simple, pero irrefutable: si hay dos errores (estado civil y persona con la que se encontraba casado en determinada fecha), por lo menos debe corregirse uno de ellos, sobre lo que sí existe certeza: "3. De lo expuesto, se advierte que el asiento registral informa de un hecho ajeno a la realidad, pues Oscar Montero Hidalgo y Fidelia Guadalupe Ñanincopa Andrade no eran cónyuges al momento de la adquisición celebrada por escritura pública de 12 de enero de 1982, razón por la que el Registro bajo ninguna circunstancia puede seguir brindando una publicidad claramente errónea, que incluso es incompatible con el título archivado. En tal sentido, y de conformidad con el artículo 85 del Reglamento General de los Registros Públicos,

caso, la corrección registral del estado civil puede realizarse a través de los siguientes mecanismos: constancia del RENIEC respecto del estado civil que tuvo el titular a la fecha de la adquisición; instrumentos públicos otorgados por el propietario, en los que se consigne el estado civil y que sean coetáneos con la atribución; rectificación judicial de la partida de matrimonio cuando se indique un estado previo erróneo (RTR N° 668-2009-SUNARP-TR-L, de fecha 15.05.2009).

Por su parte, la rectificación puede llevarse a cabo, aunque el inmueble haya sido transferido a un tercero, pues el registro es reflejo de la realidad, por lo que siempre cabe rectificar una inscripción (art. 3-c Ley 26366), en tanto la partida registral deba anunciar, a partir de ese momento, un conflicto. Por supuesto que el registro no es órgano competente para dilucidar la titularidad definitiva de los derechos, luego de la rectificación, sino el Poder Judicial. Sin embargo, el art. 13 RIRP, pese a tratarse de una modesta norma reglamentaria, opta por considerarse “norma protectora de terceros”, lo que simple y sencillamente es un imposible jurídico.

procede amparar la rectificación que se refiera a un hecho que puede ser probado de un modo absoluto con documentos fehacientes. En este caso, de manera inequívoca y absoluta se acredita que ambos sujetos no estaban casados a la fecha de la adquisición. (...) 6. Ahora bien, queda la duda respecto a que estado civil se le consignará al comprador, en virtud de la presente rectificación, pues está comprobada la existencia de un error en el asiento 2-C de la Ficha N° 1664512 del Registro de Predios de Lima. Sobre este tema, sin embargo, subsiste la duda respecto a si el comprador es divorciado conforme aparece de la partida del primer matrimonio contraído con Clotilde Vizcarra, el cual fue disuelto por divorcio judicialmente declarado, tal y conforme consta en la anotación marginal de la partida de matrimonio que en copia legalizada se adjunta al presente título; o si realmente era casado, pero con otra persona, conforme se indica sumariamente en la escritura de venta. Para llegar a esta última conclusión téngase en consideración que, al momento de contraer nuevo matrimonio, el otorgante Oscar Montero Hidalgo declara ser viudo, lo que podría hacer presumir que estuvo casado luego de su divorcio. 7. Por tal razón, y mientras subsista la duda aludida, la rectificación se producirá exclusivamente en el sentido de indicar que el titular es Oscar Montero Hidalgo, sin señalar su estado civil. Es cierto que las disposiciones técnico-registrales exigen que se consigne ese dato en los asientos, empero, en el presente caso, ello no puede cumplirse por un error del registrador que consideró como cónyuge a quien no lo era; y en vista que el asiento no puede seguir publicando un hecho falso, entonces el Tribunal considera como solución preferible, antes que mantener una información incorrecta, que se ampare la rectificación en el sentido de expresar en la partida registral del predio que el titular Oscar Montero Hidalgo no estuvo casado con Fidelia Ñanincopa al momento de la adquisición (...).”

3.2.4. Cambios y rectificaciones de las circunstancias personales

Durante la vida de una persona es relativamente frecuente que se produzcan sucesivos cambios o rectificaciones en sus circunstancias personales, lo cual puede tener relevancia para el Registro siempre que el sujeto en cuestión sea un titular registral. Los cambios o rectificaciones de algunas circunstancias personales no generan mayor problema, en tanto no modifican la capacidad de gobierno del titular con respecto a sus bienes y, además, se trata de datos cuya veracidad queda confiada, casi, exclusivamente en la manifestación del propio interesado. Estos cambios no pasan de ser una mera declaración unilateral que, como la anterior, ahora se modifican, como ocurre, por ejemplo, con el domicilio o la ocupación. Por el contrario, existen otros datos de mayor importancia a efectos de la identificación precisa del titular registral, tal como ocurre con el nombre; por otro lado, los cambios del estado civil fueron referidos en el acápite anterior. En el caso del nombre contenido en la partida de nacimiento, la rectificación o cambio procede exclusivamente por decisión judicial (art. 15, 2° Ley 26662)¹⁰⁶. El motivo de esta solución legislativa se encuentra en que la relevancia de tal modificación no puede considerarse un asunto no contencioso, o ajeno a la labor jurisdiccional¹⁰⁷.

106 Una vez ordenado el cambio de nombre por sentencia judicial, la modificación se asienta al margen de la partida de nacimiento del Registro Civil. Con la copia certificada de la partida de nacimiento se procede al cambio de nombre del titular registral, en cuanto este documento tiene la calidad de traslado de un título de legitimación oficial, conforme lo señala el artículo 58 de la Ley 26497: *“Las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente la nulidad de dicho documento”*.

107 Es conocido que muchos casos de “rectificación de de nombre” en partidas de nacimiento (lo que equivale a un cambio de nombre) fueron tramitados por notarios, y, luego, rechazados con buen criterio por el Registro Civil. El art. 29 CC ha establecido que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante decisión judicial debidamente publicada e inscrita.

3.3. La persona jurídica como titular registral

3.3.1. Definición y capacidad de la persona jurídica

La libertad de empresa o de asociación, según el caso, conlleva, también, la elección del mecanismo jurídico más adecuado a los intereses del grupo de persona para contar con un vehículo que le permita la actuación en la vida económica, o social, sea para fines lucrativos o no. En tal sentido, la persona jurídica puede definirse como la entidad formal que representa normalmente un colectivo de personas que se agrupa por medio de una organización debidamente reconocida por el ordenamiento como sujeto autónomo de voluntad, decisión y capacidad¹⁰⁸, por lo que podrá asumir derechos y obligaciones como individualidad en el mundo del derecho. En tal contexto, queda simplificada la actividad jurídica (atribución, conservación y protección de derechos subjetivos) y el lenguaje normativo (el predicado se refiere a un sujeto, y no a varios).

La capacidad de las personas jurídicas se refiere normalmente a la aptitud patrimonial, mayor o menor, de adquirir bienes o derechos, y contraer obligaciones¹⁰⁹, así como algunas dimensiones personales como el nombre y el domicilio, pero obviamente no comprende las situaciones jurídicas que supongan la individualidad humana, especialmente las de condición familiar. Mayor discusión genera la indemnización por daño moral (*pretium doloris*), pero, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las personas jurídicas tienen honor, por lo que, en tal caso, la inferencia lógica es que se le reconozca los mecanismos de tutela de ese derecho, como el resarcimiento.

El sistema jurídico reconoce dos tipos de capacidad de las personas jurídicas: general y especial. Por la primera, las personas jurídicas son titulares de derechos u obligaciones, tal como si fuesen personas naturales, con excepciones legales o por la naturaleza de las cosas, como ocurre con el caso de las asociaciones civiles, que son personas colectivas de capacidad general. Por la segunda, se reconocen personas jurídicas con la capacidad limitada de celebrar contratos o adquirir bienes, como en los partidos po-

108 Es conocida la definición de la persona jurídica como "centro unitario de imputación de intereses": Cfr. Kelsen, H. (1960), pp. 127-129.

109 De Castro, F. (1991), p. 284.

líticos, cuyo financiamiento es restringido por cada adherente, y cuyos fines estrictos no pueden escapar del propio de una organización destinada a perseguir el poder político. En este último caso se encuentran también los sindicatos o las juntas de propietarios en el régimen de propiedad exclusiva y común. Por otro lado, en virtud de cuestiones sociales o históricas, algunas personas jurídicas son reconocidas como producto de hechos sociales e históricos, no por libre constitución, como es el caso de las comunidades campesinas y nativas. Sin embargo, la capacidad limitada de la persona jurídica es una cuestión ajena a la calificación registral, pues exige un análisis intrínseco sobre el propósito de los actos, evaluado en su contexto, lo que no puede ser desentrañado por la evaluación de corte documental que hace el registrador (Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN¹¹⁰). Por tanto, la celebración de actos ultra vires (en exceso de los fines de la persona jurídica) solo podrá determinarse en la vía judicial, y, en caso de ser así, con la respectiva declaración de nulidad del acto.

3.3.2. Identificación de la persona jurídica

Por su parte, el art. 13-d RIRP establece que la titularidad de las personas jurídicas se hará constar mediante su denominación o razón social (nombre), así como los datos de su propia inscripción en el registro de personas jurídicas. La idea que subyace es impedir la homonimia de corporaciones en la inscripción de titularidades mobiliarias o inmobiliarias. Desde un punto de vista estrictamente dogmático, toda persona jurídica es un centro unitario de referencia de situaciones jurídicas, de imputación de deberes y derechos. De esta manera, la identificación de la persona jurídica

110 I.6.b (parte considerativa): "Si bien es cierto que las juntas de propietarios están sujetas a una capacidad restringida y eventualmente pueden celebrar un acto en contravención o en exceso a su objeto (actos ultra vires), sin embargo, esa posibilidad debe analizarse caso por caso, en forma individual, ya que no es posible establecer de manera previa cuál será el propósito concreto que pretende realizar la junta a través de la adquisición del inmueble. Por lo demás, el análisis de existencia de un acto ultra vires o no, escapa sin dudas a la función registral, pues la cuestión de propósitos o subjetividades está excluida definitivamente de los alcances de la calificación, por lo cual la denuncia de un acto ultra vires corresponderá a los mismos propietarios".

va enlazada con su nombre, pero también con el dato de inscripción en el registro^{III}.

El nombre de la persona jurídica es aquella palabra o conjunto de palabras utilizada por los fundadores de dicha corporación para identificarla en sus relaciones internas y externas. En el ámbito de las sociedades se distingue la razón social y la denominación. La primera se vincula con las sociedades de personas como la colectiva (art. 266 LGS), en comandita (art. 279 LGS) y civil (art. 296 LGS), y tiene como principal característica la necesaria inclusión del nombre propio de todos o de algunos de los socios. La segunda, en cambio, se aplica a las sociedades capitalistas, como la anónima (art. 50 LGS) y comercial de responsabilidad limitada (art. 284 LGS), cuya característica principal consiste en que se forma con una palabra, frase o enseña de fantasía. El fundamento de estas normas se encuentra en la preponderancia del capital aportado en las sociedades anónima y limitada, mientras la cualidad personal de los socios resulta irrelevante. Por otro lado, en las sociedades personalistas, los socios responden por las deudas sociales, por lo que los terceros cuentan con un interés legítimo en conocerlos, ya que estos también son responsables de las obligaciones de la sociedad.

En el caso de las sociedades capitalistas (“denominación”), puede coexistir, facultativamente, un nombre abreviado o sigla (art. 9 LGS). Este es un signo alternativo al nombre principal que también cumple labor identificadora, pero con la ventaja de facilitar la recordación de la sociedad. En consecuencia, la sigla puede hacerse constar en el asiento como nombre del titular registral, en cuanto cumple idéntica finalidad que la denominación social. En cambio, en las sociedades personalistas no puede coexistir un nombre abreviado, ya que este -por definición- no cumple la función propia de la razón social, que busca dar a conocer a los terceros el nombre de los socios también responsables de las obligaciones sociales.

III Este dato formal se constituye por la abstracción o reducción de la pluralidad de personas a una unidad de referencia normativa. Precisamente, a partir de la inscripción registral la persona jurídica adquiere en forma perfecta esa peculiar existencia formal de centro unitario de imputación de normas, distinta de todas y cada una de las personas naturales que la integran, con voluntad y decisión propia, así como patrimonio separado, no obstante, antes de ese momento igual existe un sujeto con relativa personalidad (asociación, fundación o comité no inscrito, sociedad irregular).

En el ámbito de las personas jurídicas no lucrativas, el art. 82-1 CC hace referencia a la “denominación” de la asociación; el art. 101 del Código habla del “nombre” de la fundación; mientras que el art. 112 del mismo cuerpo legal se refiere nuevamente al “nombre” del comité. Es claro, pues, que no existe uniformidad en este ámbito, aun cuando resulta preferible utilizar el término “nombre” de la persona jurídica, a fin de evitar confusiones con el concepto restrictivo de “denominación”.

Por tanto, los cambios o rectificaciones del nombre de la persona jurídica no generan mayores inconvenientes.

3.3.3. Cambios en la estructura orgánica, formal o patrimonial, de las personas jurídicas

La personalidad jurídica de una corporación no se altera por las modificaciones de la estructura orgánica-formal, conforme lo señala expresamente el art. 333 LGS para el caso de la transformación. Pero, tampoco hay cambio de personería cuando se producen alteraciones de carácter orgánico-patrimonial, que implican trasvases patrimoniales mediante fusiones, escisiones o reorganizaciones simples de la sociedad.

En el caso de la transformación, por ejemplo, ni siquiera existe trasvase patrimonial, por lo que no será necesaria una relación de bienes. Por su parte, en el caso de las fusiones no caben dudas de que la persona jurídica subsistente concentra el patrimonio de las corporaciones primigenias, y, en consecuencia, todos los bienes de esta pasan, en acto único y a título universal, al patrimonio de aquella. En este caso, al igual que en la transformación, la titularidad registral de los derechos sobre inmuebles se modifica a tenor de la certificación registral de la inscripción del acto, o, incluso por remisión al título archivado del acto de fusión (por constitución o absorción) o la transformación. No se requiere insertar en la escritura una relación individualizada de todos los derechos transmitidos, por cuanto en tales hipótesis hay una transmisión a título universal que abarca todo el patrimonio de la corporación. En el caso de la transformación, ni siquiera existe trasvase patrimonial, por lo que menos será necesaria la relación de bienes.

En cambio, en la escisión y reorganización de sociedades sí requiere de un listado de los bienes efectivamente transmitidos, en vista que el trasvase

patrimonial no se realiza a la misma persona jurídica, sino que se reparte en por lo menos dos corporaciones, lo que exige precisión sobre el destino final de los bienes (¿a cuál de las sociedades se dirige un concreto bien perteneciente al patrimonio de la sociedad primigenia?). Por ejemplo, el art. 372-4 LGS establece que el proyecto de escisión contiene, entre otros requisitos, la relación de los elementos del activo y del pasivo que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión. La misma lógica de segregación patrimonial y distribución entre dos o más corporaciones se encuentra en la llamada “reorganización simple” prevista en el art. 391 LGS, considerándose como tal el acto por el que una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio -y conservando en el activo social- las acciones o participaciones que correspondan a dichos aportes. La doctrina se muestra conforme en señalar que la escisión obliga a que en el acto corporativo se detalle la designación y el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias. Inclusive, debería exigirse la estipulación referida al destino que haya de darse a los elementos (activos o pasivos) del patrimonio de la sociedad escindida cuyo reparto haya sido omitido en el proyecto de escisión total. En caso de no ser posible deducir el reparto de los elementos del patrimonio -ni siquiera mediante algún canon interpretativo de la declaración de voluntad-, entonces dichos elementos del activo (o su contravalor) habrán de ser distribuidos entre las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto, respondiendo todas ellas solidariamente de los elementos del pasivo no distribuido¹¹². Imaginemos la complicación que surgiría en caso de no detallarse en el acto de escisión, el destino de un activo inmobiliario, en cuyo caso, el registrador no podría realizar un “reparto proporcional” entre las sociedades beneficiarias, pues ello suplantaría la voluntad de los titulares.

3.4. Entes no-personificados como titular registral

La persona jurídica se compone de los siguientes elementos: pluralidad de personas, bienes y finalidad del colectivo. Por tanto, la esencia de

112 Uría, R. & Menéndez, A. & Iglesias, J. (1999), T. I, pp. 1270-1272.

una persona jurídica se halla en el grupo de personas unidas por un fin común (la llamada “*affectio societatis*”)¹¹³, sin embargo, la prueba de este subtrato es compleja y dificultaría en gran medida su actuación en el tráfico, pues los terceros difícilmente podrían realizar averiguaciones dificultosas en cada ocasión en que deban vincularse con dicho grupo de personas. Por tal motivo, con el fin de evitar tales inconvenientes, los sistemas jurídicos han creado mecanismos estrictamente formales, demostrativos *per se*, de la existencia de una persona jurídica: el acto constitutivo, el estatuto y la inscripción registral. Este último elemento formal tiene un significado importante, dada la falta de corporeidad física de la persona jurídica, pues, con ello, la existencia de la corporación queda acreditada fuera de dudas *prima facie*. En efecto, si la persona física prueba su existencia con su sola presencia, ello no ocurre con las personas jurídicas, que requieren otro tipo de publicidad especialmente cualificada: la inscripción. En este sentido, los datos inscritos sirven a efectos de identidad y como título de legitimación (formal) para el ejercicio de facultades y derechos, sirviendo como prueba legal de su propia existencia, especialmente útil para los terceros, pues a ellos les interesa no solo la publicidad del nacimiento, sino también su estructura, en especial, de órganos y/o representantes. En tal virtud, la inscripción es constitutiva, lo cual significa que mientras se encuentra pendiente el registro, la personalidad jurídica, en su conformación plena, no llega a nacer (art. 77 CC)¹¹⁴.

No obstante, desde hace buen tiempo la doctrina ha tomado nota de la existencia de grupos de personas que, a pesar de no contar con reconocimiento legal como personas jurídicas, sin embargo, actúan como unidad para el cumplimiento de sus fines. Estamos en presencia de un colectivo que actúa como si constituyese una unidad, y esa situación ha llamado la atención de los distintos ordenamientos jurídicos. De esta manera ha nacido un conjunto de reglas para las corporaciones “de hecho”, a las que no se les puede tener como inexistentes, en tanto actúan en el tráfico como si fuese un sujeto autónomo que celebra contratos, adquiere bienes y contrae obligaciones, aunque legalmente estén desprovistos de una subjetividad propia

113 De Castro, F. (1991), p. 277.

114 *Ibid.*, pp. 280-281.

o plena. El Derecho no prohíbe, ni impide, que la entidad “de hecho” opere regularmente, e incluso conforme un centro autónomo de intereses que le permita adquirir bienes y tener un “fondo común”, esto es, el conjunto de bienes pertenecientes al colectivo, y como tal, intangible para los asociados y para sus acreedores personales¹¹⁵.

El art. 125 CC, referido a las asociaciones no-inscritas, considera que estas pueden tener un “fondo común” constituido por los aportes o cuotas de los asociados, a los que se agregan los bienes adquiridos durante su vida social. El fondo no puede ser materia de partición, en tanto se encuentra atribuido a la asociación. Tampoco los asociados pueden pedir el reembolso de sus aportes¹¹⁶. Este fondo se imputa a la asociación en cuanto organización de personas, y a ella pertenece todo activo que se incorpora de una u otra manera, pese a no haberse constituido el centro unitario ideal que caracteriza formalmente a la persona jurídica. Esta es la consecuencia de haber sido regulada como un sujeto de derecho que no llega a contar con personificación. El citado artículo 125 admite que la asociación no-inscrita puede adquirir bienes sin establecer excepciones, de lo cual se deduce que la referencia abarca a los muebles e inmuebles¹¹⁷. En el ámbito de las fundaciones no-inscritas, el art.128 CC hace referencia a los bienes afectados a la finalidad propuesta por el fundador, admitiéndose que, aun sin inscripción, los bienes se desplazan del patrimonio del fundador al de la fundación por virtud del acto constitutivo: “Los bienes, en tanto, ingresan al patrimonio del sujeto de derecho en que consiste la fundación no inscrita”¹¹⁸. Por último, respecto de los comités no-inscritos, la normativa civil no menciona expresamente la posibilidad de adquirir bienes inmuebles, sin embargo, el art. 131 CC admite que los organizadores asuman la gestión de los aportes recibidos, lo cual incluye la posibilidad de invertirlos mediante la celebración de actos jurídicos, lo que incluye la adquisición de inmuebles.

Por su parte, las sociedades irregulares originarias (por falta de inscripción) se encuentran en la misma situación que los antes mencionados,

115 Messineo, F. (1979), T. II, pp. 183-186.

116 Fernández Sessarego, C. (2000), p. 295.

117 Ibid., pp. 295-296.

118 Ibid., p. 304.

pues, en el ámbito interno, es decir, en las relaciones entre socios, rige el pacto social, de lo cual se deduce su vigencia y eficacia, mientras en el ámbito externo, de relaciones con terceros, los contratos que celebre tal sociedad de hecho son válidos (art. 428 LGS), por lo cual, los pactos sociales o estatutos pueden ser utilizados por los terceros en cuanto les favorezca (art. 428 LGS, en concordancia art. 24 CCom). En buena cuenta, se advierte que la sociedad irregular no está impedida de actuar válidamente en el tráfico, solo que se agrava la situación de responsabilidad de los socios y administradores frente a los terceros, pues aquellos asumirán solidariamente las obligaciones (art. 430 LGS). Se trata, sin dudas, de un régimen más severo para los socios, pero en buena cuenta ello se justifica por haber incumplido el deber legal de publicidad.

En general, debe reconocerse que las asociaciones, fundaciones y comités no-inscritos, así como las sociedades irregulares, pueden adquirir bienes inmuebles, los cuales se atribuyen al sujeto no-personificado. La dificultad en la actuación del registrador no puede considerarse argumento decisivo frente a normas expresas (art. 125 o 428 LGS), por tanto, la adquisición o disposición de inmuebles que celebre cualquiera de estas entidades será inscribible, mientras los obstáculos formalistas, de pura técnica registral, no pueden prevalecer frente a la solución de la normativa sustancial¹¹⁹.

119 La primera dificultad, referida a las complicaciones probatorias sobre la existencia y representación de la entidad, por falta de inscripción, viene superada con la exigencia en todo procedimiento registral de la titulación pública (art. 2010 CC), a lo que debe sumarse la regla favorable a los terceros, por lo que estos podrán invocar en su favor los pactos y acuerdos de los que tengan conocimiento, y por ende el registrador deberá limitarse a calificar los documentos que sean presentados (art. 2011 CC), a lo cual habrá que aplicar por analogía el art. 24 CCom: *Las escrituras de sociedad no registradas, surtirán efecto entre los socios que las otorguen; pero no perjudicarán a terceras personas, quienes, sin embargo, podrán utilizarlas en lo favorable*. Ello significa que el tercero reputaría como apoderado del ente a quien le haya exhibido el título válido de apoderamiento, pues en tal caso dicho tercero invocará los pactos que le sean favorables. La segunda dificultad, referida a la tipicidad de las personas jurídicas, tampoco constituye ningún impedimento, pues la ley concede subjetividad relativa a estos entes no-personificados, que por lo demás son la versión fáctica de personas morales tipificadas (asociación, comité y fundación). La tercera dificultad, referida a las dudas sobre la vigencia de la representación, también queda salvada con la regla favorable a los terceros (art. 24 CCom, por analogía), por lo que, en los actos de disposición, el registrador se limitará a verificar los documentos que se le presenten referidos a la organización y representación del sujeto no-inscrito (acto constitutivo y

En tales casos, el registrador deberá exigir que se le exhiba el pacto social y el estatuto (necesariamente en escritura pública, pues la calificación se basa en títulos fehacientes: art. 2010 CC), sin importar si hay modificaciones o no, pues el tercero se prevale solamente de cuanto le favorece (art. 24 CCom), y también puede exhibirse las distintas modificaciones o actos de apoderamiento, siempre en el entendido que ello beneficia al tercero. Este protocolo de calificación ha sido reconocido en la muy importante RTR N° 704-2009-SUNARP-TR-L de 22.05.2019¹²⁰.

4. SEGUNDO ELEMENTO DE LA PUBLICIDAD: MATERIA INSCRIBIBLE (ACTOS QUE ORIGINAN DERECHOS)

El Registro de Predios es la institución destinada a publicar el historial jurídico de las fincas o predios, con el fin de producir efectos dirigidos a la conservación y protección de los actos de tráfico patrimonial. Para cumplir este objetivo, el registro permite el acceso de los actos o negocios que modifican una situación jurídica estable y relevante de la finca. Por tanto, el principio general que rige esta materia es que se inscriben los actos que crean, modifican, regulan y extinguen derechos reales, mientras que los derechos obligacionales quedan excluidos. Por lo demás, el registro apunta a reflejar la realidad jurídica, por lo que también se consideran actos inscribibles las situaciones jurídicas estables e inherentes sobre un bien inmueble, que, sin ser derechos reales, inciden en el ámbito de los terceros¹²¹, lo cual incluye las condiciones o circunstancias voluntarias modificativas, las restricciones legales, así como las medidas judiciales o administrativas de conservación, garantía o tutela de derechos.

estatuto) en concordancia con los antecedentes que ya existen en registro inmobiliario a través de la inscripción precedente de la adquisición del bien.

120 La resolución declaró inscribible la venta de un vehículo otorgada por una sociedad de hecho (no inscrita), bajo los parámetros indicados en el texto principal, que resultan exactamente aplicables en el registro de predios. Es probablemente la única de la materia en la jurisprudencia peruana.

121 “Las situaciones jurídicas inmobiliarias son circunstancias que afectan de manera inherente y estable a un inmueble. La inherencia y la estabilidad es lo que caracteriza las situaciones jurídicas frente a determinadas conductas que tienen por objeto un inmueble: las prestaciones. La prestación es, por naturaleza, externa al bien mismo, y transitoria, se agota con el cumplimiento”: Pau, A. (2001), p. 270.

En resumen, los actos inscribibles pueden agruparse en las siguientes categorías:

- a) Actos sobre derechos reales (principio general)
- b) Cláusulas o estipulaciones modificativas o restrictivas de derechos
- c) Restricciones legales
- d) Anotaciones preventivas (medidas judiciales o administrativas provisionales de conservación, aseguramiento y ejecución)
- e) Actos sobre derechos obligacionales (excepción)

4.1. Actos sobre derechos reales

4.1.1. Derecho real

Los seres humanos necesitan de distintos bienes para satisfacer sus necesidades, y cuando ese interés es reconocido por el sistema jurídico entonces surge un derecho subjetivo. En tal sentido, el derecho real es una posición o situación jurídica que tutela en forma directa el interés de las personas en el disfrute de las distintas utilidades sobre una cosa¹²², que genera una posición, tanto exclusiva del titular, como excluyente de los terceros, con la consiguiente oponibilidad en caso de agresión, pero tal posición coexiste en el orden social, fundado en el bien común, con limitaciones, restricciones y deberes¹²³. En forma más específica, el derecho real es toda prerrogativa ligada con el aprovechamiento material o funcional del bien¹²⁴, para obtener sus distintas utilidades (facultades no específicas), con las características de exclusividad (disfrute individual del titular o titulares), exclusión (impedimento universal) y oponibilidad (frente a agresiones de

122 Morales, R. (2012), p. 100. El autor agrega: “en el derecho subjetivo se distinguen el elemento formal, el contenido que identifica la posición del titular, y el elemento funcional, el interés, por razón del cual el derecho está constituido”: *Ibidem*. El interés del privado es el presupuesto del derecho, en cuanto el ordenamiento lo toma en cuenta como merecedor de protección y lo eleva a la categoría de situación jurídica. El interés subjetivo se convierte en interés típico abstractamente identificado por ley: *Ibid.*, p. 94.

123 La propiedad, y por extensión cualquier otro derecho real, es “un conjunto de relaciones jurídicas reales de diferente tipo, más exactamente, es un conjunto de privilegios, permisiones, potestades e inmunidades de carácter real que se conceden a una persona por medio de reglas constitutivas y regulativas”: Rengifo, M. (2011), p. 158.

124 Comporti, M. (1980), p. VI.

terceros), basándose en la circunstancia de la incorporación del derecho sobre la cosa, por lo que aquel se convierte en una *res* por sí misma¹²⁵. La regulación jurídica de las cosas se basa en principios económicos, no siempre explícitos, tales como la asignación de la riqueza en función del trabajo, incentivo de la eficiencia económica y libre iniciativa privada. No obstante, el conjunto de facultades y poderes, propias del derecho real¹²⁶, se ejercen en coexistencia social, por lo que se imponen deberes positivos y restricciones, en concordancia con el bien común.

La definición del derecho real como poder absoluto, propio de la tesis clásica, se vincula con el individualismo y el positivismo: la ley quiere que el propietario use y abuse de la cosa, conforme a su libérrima voluntad. En tal sentido, la nueva definición del derecho real supera el individualismo liberal, en tanto la prerrogativa deja de ser una torpe cosificación de las relaciones jurídicas; por lo que se opta por la interrelación humana solidaria. La noción filosófica de relación jurídica real como integradora de múltiples relaciones con personas indeterminadas, abre la puerta a un Derecho cuya primacía absoluta se encuentra en los seres humanos, integrados en la sociedad, y en el que las cosas satisfacen intereses individuales, pero, también colectivos. Por tanto, se trata de un concepto superior, no solo en el orden teórico, sino por las consecuencias sociales y económicas que de él se derivan. El Derecho se contempla como fenómeno social, relacional¹²⁷, no como acto de fuerza o abuso sobre cosas o personas¹²⁸.

125 Sin embargo, la protección universal es una característica compartida por distintos tipos de derechos (reales y personalísimos, por ejemplo), por lo que se hace necesario diferenciarlos a través de su función, y en el caso del derecho real permite la realización de acciones humanas (actividad) destinadas a obtener utilidades sobre las cosas, que no son otra cosa que realidad social.

126 Waldron, J. (1988), p. 27.

127 Santos Justo, A. (2010), p. 49.

128 "Las consecuencias de la nueva concepción de la propiedad son numerosas. Primero, es preciso admitir que la propiedad no es una institución puramente privada ni tampoco es enteramente pública. Por una parte, hay que decir que aquel que ha cercado un terreno y por su propia mano ha impedido el disfrute del suelo a sus vecinos, no puede considerarse dueño. Jamás debe confundirse el derecho con la fuerza, el deber ser con el ser. La propiedad existe, en la medida en que las autoridades estatales permiten y protegen una actividad humana por medio de un sistema de normas constitutivas y regulativas. Por otro lado, las autoridades protegen ciertas actividades, porque su realización es conveniente

Por lo demás, la actual definición presenta las siguientes ventajas concretas: (i) La propiedad no es más el poder absoluto sobre cosas, por lo que el individualismo liberal queda descartado¹²⁹; (ii) La propiedad se basa en la multiplicidad potencial de relaciones con seres humanos, por lo que se rescata el carácter fenoménico-social del Derecho; (iii) La propiedad es un conjunto de relaciones con seres humanos, y no la simple “obligación pasiva universal”. Esta posición jurídica del sujeto se origina en normas regulativas de la institución jurídica del derecho real (por ejemplo: Libro V del CC), que imponen permisiones, prohibiciones u obligaciones, pero también deberes cargo del propietario¹³⁰, inspirados en el bien común.

El resultado es que la propiedad, como situación jurídica compleja, tutela valores de orden individual y colectivo.

4.1.2. Estructura

Emilio Betti considera que los derechos reales resuelven el problema de la atribución o asignación de los bienes entre los miembros de la comunidad, en tanto que el derecho personal o de crédito contempla el fenómeno de cooperación entre las personas a través del intercambio recíproco de bienes y servicios. Por el mismo motivo, el derecho real se encuentra en dependencia del bien o la cosa, por tanto, se trata de su *prius* lógico, por cuya razón, la frase de Alexy es acertada cuando sostiene que en este tipo de derechos se requiere funcionalmente mantener la idea de relación entre suje-

tanto para los individuos como para la sociedad en general. La propiedad es un lugar de interacción entre las fuerzas privadas y las públicas que se combinan regularmente para proteger valores concretos o abstractos de singular importancia. Segundo, nada impide que la propiedad implique obligaciones para su titular. Si entendemos que la propiedad no es una relación entre una persona y una cosa, sino un conjunto de relaciones jurídicas entre personas, entonces nada impide el eventual surgimiento de relaciones obligatorias personales o reales que tengan como deudor al propietario”: Rengifo, M. (2011), pp. 160-161.

129 “El límite traza la frontera del derecho subjetivo, la línea que la facultad de obrar no puede pasar. Al titular no le es permitido ir más allá del límite. Es importante señalar que los límites no solamente son aquellos precisados en las normas legales. Será decisivo el rol del intérprete de deducir los límites del contenido y de ejercicio sobre los derechos subjetivos tomando en consideración los principios generales del derecho del ordenamiento jurídico y, en particular, los principios constitucionales”: Morales, R., (2012), p. 103.

130 Rengifo, M. (2011), p. 161.

to y cosa. Sobre la base de esas premisas, pueden identificarse las siguientes notas distintivas de la estructura del derecho real:

a) **Función de aprovechamiento material/funcional**

El derecho real es una prerrogativa atributiva destinada a la obtención de las distintas utilidades que prestan las cosas, sea de carácter material o jurídico, y que exige la protección universal contra cualquier sujeto.

La atribución implica la pertenencia de las utilidades del objeto, pero en distintas magnitudes, por lo que la atribución puede operar en forma amplia o restringida, según el contenido del derecho en cuestión. Por ejemplo, la propiedad atribuye al titular un amplio conjunto de utilidades sobre el bien; mientras que la servidumbre solo lo hace respecto de un aprovechamiento particular¹³¹. En consecuencia, el “derecho real” es la suma de libertades, poderes y privilegios, lo que puede resumirse de forma instrumental como “atribución” o “contenido del derecho”, que recae en cosa material o asimilada. Sin embargo, el derecho real no es solo atribución de utilidades¹³² sobre cosas determinadas, con protección universal¹³³, pues también se integra la función social.

131 Biondi, B. (1969), pp. 4-5.

132 La atribución es una idea que también se encuentra presente en el derecho obligacional, pues el acreedor es sujeto titular de un valor patrimonial, que asimismo califica como una atribución otorgada por el ordenamiento jurídico en virtud de una causa lícita. Por tanto, hay atribuciones reales, como crediticias. La diferencia, según la dogmática tradicional, se encuentra en el objeto (cosa material) y en el medio de protección del primero (pretensiones reales). La tutela del derecho real es especialmente fuerte, pues implica la recuperación de la cosa de quien la tenga en su poder, al margen de la culpa o cualquier vicisitud que se haya producido. La fortaleza de la pretensión real se nota en el concurso de acreedores, pues con aquella se logra separar un bien de la masa del concurso: Westermann, H. & Westermann, H.P. & Gursky, K. & Eickmann, D. (2007), T. I, p. 64. De igual forma, algunos negocios jurídicos de fin crediticio buscan asegurar al acreedor mediante el otorgamiento de una pretensión real, por lo que el acreedor no se desprende de la titularidad del bien, como ocurre en la compraventa con reserva de dominio o en el leasing: Santos Justo, A. (2010), pp. 26-27. Son las llamadas “garantías de la propiedad”, cuyo desarrollo reciente se justifica por la idea que la mejor garantía del acreedor se encuentra justamente en la conservación del dominio sobre la cosa misma.

133 En doctrina se distingue entre “principios generales reguladores” de la disciplina normativa de los derechos reales, que vienen a corresponder a sus fundamentos dogmáticos específicos; y, por otro lado, sus “características” o cualidades: Leitão, L. (2009), p. 22. El

Por lo demás, la atribución puede centrarse en la función de aprovechamiento material (ejemplo: usufructo), o en la funcional (ejemplo: hipoteca, basada en el fin de garantía de un valor), o, en una fusión de ambas, como una mixtura compleja, que se ordena desde lo tangible, pero que llega, en virtud de sofisticados mecanismos jurídicos, a lo funcional de garantía, o funcional de creación de riqueza (ejemplo: propiedad).

b) Exclusión

El derecho real es exclusivo, pues favorece solo al titular, y por lógica consecuencia, excluye a los terceros¹³⁴, es decir, salvo el protagonista del derecho, todos los otros quedan impedidos de actuar sobre la cosa¹³⁵. Sin embargo, la exclusión, por su carácter de negación, no es suficiente para delimitar el contenido del derecho¹³⁶, que solo se configura con acciones positivas.

La exclusión conlleva que el derecho real sea una especie de privilegio en favor del titular, y, “en esta función de seguridad está la razón de la perdurable relevancia del derecho real en el actual contexto económico”¹³⁷, pues la inversión, el ahorro y el trabajo necesitan, en primer lugar, de derechos permanentes y estables sin posibilidad de choques, pero, además, en segundo lugar, se requiere que la exclusividad sea ponderada entre diversos derechos que recaen en un mismo bien, pues con esta técnica de división de las utilidades se potencia el aprovechamiento de la riqueza.

profesor portugués considera entre los principios generales los de tipicidad, especialidad, elasticidad, transmisibilidad, publicidad y buena fe.

134 “Son, por tanto, derechos de exclusión (*iura excludendi*) y su eficacia es *erga omnes*”: Santos Justo, A. (2010), p. 17.

135 “si las autoridades estatales imponen una multiplicidad de deberes de no interferencia a los ciudadanos, tal cosa le concede simultáneamente al propietario un conjunto de derechos o pretensiones para excluir a los extraños –*ius excludendum*–”: Rengifo, M. (2011), p. 159.

136 “Pero la multiplicidad de deberes no le concede por sí sola las facultades o privilegios del propietario. En el usufructo, por ejemplo, el nudo propietario conserva su derecho de excluir a los terceros de su predio, pero carece de la facultad o privilegio para usar la cosa y gozar de ella por cierto tiempo. No puede haber propiedad sin que las normas jurídicas le confieran explícitamente un permiso al titular”: Ibidem.

137 Gambaro, A. (2010), p. 27.

Por su parte, la exclusividad descarta la idea de derechos “inter-partes” -para referirse a los actos no registrados-, y que teóricamente se contraponen a los derechos “absolutos” -con registro-, pues lo primero es contradictorio con el concepto de derecho real; por tanto, no hay propiedad, usufructo o hipoteca “inter-partes”, pues el adjetivo negaría el sustantivo, sin perjuicio que, en determinadas circunstancias, un tercero de buena fe puede oponerse al titular originario por efecto de la publicidad. En el Derecho, las situaciones de excepción no pueden tomarse como base para configurar una situación jurídica, sino el contenido propio en estado de normalidad¹³⁸.

c) Inherencia

Los derechos patrimoniales recaen sobre entes materiales o jurídicos, individualizados, apropiables, susceptible de valoración económica, que son las cosas o bienes, según la terminología legal que se utilice en un sistema determinado. En el caso peruano se habla recurrentemente de “bienes” que comprende los entes materiales e inmateriales.

La prerrogativa del sujeto recae en una realidad concreta, según la naturaleza, o en una realidad objetivada por una norma jurídica, por lo que los derechos reales permitirán que el titular obtenga utilidades sobre tales entes. Sin embargo, no basta que el objeto recaiga sobre un bien para caracterizar el derecho real, pues los derechos obligacionales también podrían tener ese mismo objeto.

Por tanto, la diferencia clave se encuentra en la “inherencia” o la incorporación entre el derecho y cosa¹³⁹, por cuya virtud, el derecho real se incorpora de modo inescindible a la cosa, esto es, todo lo que suceda a la cosa repercute en el derecho, y viceversa. La inherencia le da la razón a Alexy

138 “Si el derecho real, por serlo, es un derecho absoluto, no puede mantenerse para este, sin contradicción con su concepto, la posibilidad de una duplicidad transmisiva que, según se la entienda operar a través de la inscripción registral o de la entrega que sigue al contrato, dé lugar, respectivamente, a la adquisición de un derecho absoluto o valedero *erga omnes*, o a un derecho relativo, esto es, eficaz solo *inter partes*. Si efectivamente se adquiere un derecho real, se lo ha de adquirir tal como el derecho real es en sí mismo: caracterizado por la nota de su natural trascendencia u oponibilidad *erga omnes*”: Gordillo Cañas, A. (2008), p. 27.

139 Comporti, M (2011), p. 128.

cuando manifiesta que, en este tipo de derechos, para efectos estrictamente funcionales, es posible mantener la idea de un derecho sobre cosas, pues de esa manera se aprecia la dependencia de uno respecto al otro. El concepto teórico-dogmático de inherencia produce las siguientes consecuencias prácticas y tangibles:

- a) Especialidad.
- b) Adherencia.
- c) Inmediación.

Desde una perspectiva técnica, la especialidad exige que la cosa sea determinada, actual y autónoma. Esta nota distintiva tiene fundamental importancia, pues las cosas genéricas o las universalidades no pueden ser objeto de un derecho real, pues les falta concreción -aunque sí pueden serlo de relaciones jurídicas obligacionales-. La actualidad se refiere a la existencia presente, y no futura de la cosa, pues en tal circunstancia no podría haber derecho real, en tanto se carece del elemento objetivo de referencia. No obstante, sí caben derechos reales sobre posibilidades futuras de cosas presentes (Peña Bernaldo de Quirós), como ocurre con los edificios en construcción, en los cuales el suelo es un bien ya existente¹⁴⁰. Nuevamente las cosas futuras pueden ser el contenido de una obligación. Por último, la autonomía implica que el objeto de derecho no recae en las partes, sino en las cosas autónomas o individualizadas¹⁴¹, es decir, separadas del resto de la realidad externa. Si la cosa no ha llegado a existir (bien futuro), o desaparece en forma sobrevenida (bien perdido o destruido), entonces la consecuencia es que el derecho real no nace o el ya nacido se extingue. En ambos casos se advierte la inherencia o ligamen del tándem derecho/cosa, pues sin este último, el primero no se mantiene. Esta constituye una clara diferencia con las obligaciones, pues en el mundo de las promesas son válidos los negocios sobre futuros (promesas de fabricación y entrega del bien), géneros (fungibles o no fungibles) o ajenos.

Por otra parte, la adherencia se manifiesta en una serie de aspectos relacionados con las vicisitudes que sufre la cosa durante la vida del derecho

140 Cit. Goñi, M. (2005), pp. 67-68.

141 Leitão, L. (2009), pp. 26-27.

real. Por ejemplo, si una materia prima se modifica en otro bien, el derecho real subsiste bajo la nueva forma. Si la cosa se divide materialmente (partición), entonces se produce otros tantos bienes resultantes, pero el derecho queda incólume. La adherencia también se manifiesta cuando el bien se modifica, en cuyo caso el derecho subsiste sobre el objeto alterado. Así, si un terreno o solar es alterado por una construcción, entonces el derecho se expande sobre el bien transformado. Otro caso similar ocurre si la cosa se pierde parcialmente, en cuyo caso el derecho real se mantiene sobre la parte sobrante. La adherencia puede ser total, pero también en algunos derechos se aplica en forma parcial sobre la cosa, es decir, cabe la constitución de prerrogativas reales respecto de porciones de bienes, en cuyo caso es imprescindible la concreción de la parte sobre la cual recae el derecho¹⁴². En suma, la adherencia ocurre cuando el bien se modifica, transforma, sufre modificaciones o alteraciones¹⁴³. En tales casos, el derecho sigue inexorablemente a la nueva condición del objeto.

La inmediación surge a partir que el derecho real no se ejerce, en situación de normalidad, contra obligado directo o concreto, sino con una multiplicidad de relaciones potenciales con terceros, que carece de actualidad. Por tanto, es posible “que el titular extraiga utilidad del bien ejercitando sobre él actividades indispensables al efecto, sin que para ello sea necesaria, en ningún momento la intervención de otro sujeto específicamente obligado a intermediar o hacer de otro modo posible aquella actividad”¹⁴⁴, lo que produce situación de autosuficiencia, derivada de la inherencia, pues, el titular cuenta con libertad o privilegio para actuar directamente sobre la cosa. Este carácter puede apreciarse en el art. 1680-1 CC, en cuanto establece que el arrendador queda obligado a “mantener al arrendatario en el

142 Goñi, M. (2005), p. 69.

143 “La repercusión, en el derecho, de las vicisitudes de la cosa: el perecimiento total de la cosa provoca la extinción del derecho real, ya que uno de los presupuestos de un derecho real es la existencia de la cosa. Por otro lado, el derecho real puede alterarse, caso que sea modificado el régimen al que la cosa está sometida. Así, si A resuelve transformar un edificio de 6 pisos en propiedad horizontal, deja de tener un derecho de propiedad sobre el edificio de 6 pisos, para pasar a existir varios derechos de propiedad”: Andrade, M. (2009), p. 16.

144 Breccia, U. & Bigliuzzi, L. & Natoli, U. & Busnelli, F. (1992), T. I. V. 1, p. 397.

uso del bien”, por tanto, este no puede recuperar directamente la cosa, precisamente porque no cuenta con derecho real, y, en todo caso, por tratarse de relación jurídica personal, debe exigirle la entrega al arrendador. Por el contrario, en el usufructo, por ejemplo, el usufructuario, como titular de un derecho real, puede recurrir directamente contra el tercer ocupante, sin necesidad de intermediario, lo que es coherente con el hecho que la normativa del usufructo no contempla la “obligación de mantener el uso”, propia del arrendamiento.

d) Oponibilidad

El derecho real permite que el titular actúe sobre el bien, por lo que podrá oponerse a toda intransigencia, ataque o perjuicio ocasionado por un tercero, y que se manifiesta de las siguientes formas¹⁴⁵:

- a) Primacía de los derechos reales sobre los obligacionales.
- b) Oponibilidad en sentido estricto
- c) Persecución
- d) Preferencia

Por la primacía, el derecho real se encuentra en situación privilegiada frente al derecho personal, por efecto de una cuestión dogmática y otra utilitaria. Por lo primero es un derecho oponible, que, por propia definición, es más poderoso que el no-oponible. Por lo segundo, el sistema dispensa varias opciones para satisfacer intereses análogos, por ejemplo, el de uso y disfrute, que puede colmarse con una cesión obligacional (arrendamiento) o con un cese real (usufructo), pero ese beneficio tiene que evaluarse con el costo, pues, normalmente, el segundo derecho, con mayor eficacia, tendrá un costo adicional. Los interesados, con su análisis costo-beneficio, determinan la necesidad de constituir derechos reales u obligacionales

La oponibilidad en sentido estricto se manifiesta cuando la posición jurídica del titular sufre violación por acto material o rechazo por tercero, en cuyo caso se establecen diferentes remedios jurídicos que le permiten dirigirse contra los terceros, y lograr así el reconocimiento del derecho, la neutralización de la perturbación o la cesación de la resistencia. Es el caso

145 Término que utiliza: Santos Justo, A. (2010), p. 26.

de las llamadas “acciones reales” que le permite al propietario, por ejemplo, recuperar la cosa de quien la posea o detenta, sin importar la razón de esa posesión. En buena cuenta, esta protección jurídica significa que el derecho real, que impone el respeto por todos, puede ser defendido mediante pretensiones de restitución y negatorias, dirigidas contra quien lo haya lesionado; por el contrario, el derecho de crédito solo ofrece la posibilidad de accionar contra el deudor¹⁴⁶. La exclusión se convierte en oponibilidad en sentido restringido. Las acciones reales encuentran su fundamento directo en un derecho real, y se caracterizan por la defensa enérgica del carácter *erga omnes* de la prerrogativa mediante la vía judicial, por cuya virtud, se pretende recuperar la cosa y, por consiguiente, asegurar el contenido del derecho real, especialmente, las facultades materiales o de orden posesorio¹⁴⁷.

Sin embargo, ¿cuál es la diferencia entre la oponibilidad en sentido estricto y la inherencia? El primero juega su rol en las vinculaciones con terceros; por el contrario, la inherencia, en líneas generales, se vincula con las vicisitudes de la cosa, al margen de los terceros; por ejemplo, en el caso de la partición, un grupo de copropietarios deciden dividir físicamente el bien, y cada uno de ellos recibirá una porción del anterior bien matriz, ahora convertido en cosa autónoma. Entre los copropietarios, ninguno puede catalogarse de “tercero”, lo que ocurre es que la cosa se ha modificado por efecto de un negocio jurídico que cambia la situación del derecho real preexistente.

La persecución, o *droit de suite*, en francés, o, *diritto di seguito*, en italiano¹⁴⁸, consiste en la sujeción que sufre un tercer adquirente respecto de un gravamen preexistente. El caso típico es el comprador que adquiere un bien hipotecado (art. 1097 CC). En tal situación, el tercer adquirente no ingresa en la relación obligatoria, ni asume deber alguno frente al acreedor; sin embargo, se encuentra en estado de sujeción de la actuación del derecho real de garantía bajo el doble perfil de posible ejecución del bien o de satisfac-

146 Westermann, H. & Westermann, H.P. & Gursky, K. & Eickmann, D. (2007), T. I, p. 58.

147 Culaciatti, M. (2010), pp. 20-21.

148 Pena, J. (1998), p. 88.

ción preferencial del acreedor sobre el precio recabado por la venta¹⁴⁹. En buena cuenta, el derecho real limitado o de garantía persigue a los terceros adquirentes, aunque se trata de una nota distintiva de los derechos reales limitados, pues en el caso de la propiedad no puede perseguirse a sí mismo.

La preferencia opera en el ámbito de los derechos reales compatibles entre sí, específicamente las garantías reales, pues los citados derechos coexisten todos ellos, pero con prelación de uno frente al otro, por efecto de la inscripción¹⁵⁰. El principio dogmático que rige la ordenación de los créditos es la igualdad de los acreedores (*par condicio creditorum*), por eso los privilegios se configuran como excepcionales: su reconocimiento está condicionado a que se encuentren configurados y reconocidos por la ley (tipicidad). La ordenación legal y formal de los privilegios es una exigencia para la perfecta graduación y jerarquización de los créditos en el concurso y la tercería. Desde el mismo momento de la declaración de concurso, se sabe cuáles son los acreedores privilegiados y cuál es su lugar en el concurso. También es un principio de orden general en los privilegios, el hecho de que estos deban ser perfectamente cognoscibles (publicidad), aun cuando se reconozcan privilegios excepcionales sin publicidad. El paradigma del rango es el hipotecario, pero en general opera en las garantías reales de realización de valor, por cuya virtud, la antigüedad de la inscripción determina la

149 Cicero, C. (2000), p. 398.

150 Un sector de la doctrina portuguesa considera que la prioridad o “prevalencia” solo se aplica en los derechos reales de garantía, pero no en el conflicto con otros derechos, por ejemplo, entre dos compradores, pues en tal caso la preferencia de uno de ellos elimina el derecho del otro, por lo que no existe prevalencia alguna. Esta es la tesis del profesor Pinto Coelho: Cit. Santos Justo, A. (2010), pp. 22-23, que también es nuestra opinión. Sobre el particular, puede citarse este otro texto de la doctrina portuguesa: “en el caso de doble alienación de derechos de la misma naturaleza, de acuerdo con Pinto Coelho, tampoco tendría sentido hablar de prevalencia, dado que una vez con la primera alienación, el enajenante perdió la legitimidad para volver a disponer del mismo bien, no existiría un verdadero conflicto entre derechos reales, sino un conflicto entre un derecho y un no-derecho. La prevalencia, según el autor, sería así restringida a los derechos reales de garantía, único caso en el que sería necesario jerarquizar derechos reales de la misma naturaleza que inciden sobre la misma cosa”: Cit. Leitão, L. (2009), p. 54, aunque este autor no comparte dicha opinión.

preferencia de los créditos. Los derechos compatibles se jerarquizan por la prioridad, mientras los derechos incompatibles se oponen entre sí¹⁵¹.

e) Tutela concentrada (recae en el bien mismo)

El titular del derecho real cuenta con una serie de medios jurídicos destinados al reconocimiento del derecho con el fin de recuperar la cosa o evitar interferencias, incluso potenciales¹⁵². Esta protección frente a terceros, derivado de la oponibilidad, origina una tutela particularmente fuerte¹⁵³, o “concentrada”, como se aprecia en la acción reivindicatoria y la declarativa de dominio, entre otras, así como en la confesoria, negatoria, deslinde y muchas más, en tanto se permite la recuperación de la cosa misma, la misma que no puede sustituirse o reemplazarse por una indemnización, salvo que el bien se haya destruido, en cuyo caso el resarcimiento es, por fuerza de

151 “No cabe hablar de prioridad sin asociar la idea de dualidad o pluralidad. El caballo que se entrena sólo en la pista llegará a la meta antes o después, pero no se puede decir que llegó el primero. Cuando son varios los que corren, habrá un primero que conseguirá el premio de la carrera y los demás serán catalogados en segundo, tercero, etc., lugar. Lo mismo sucede en nuestro sistema; para que la prioridad tenga un valor se requiere por lo menos dos títulos contradictorios; uno de los cuales llegó el primero al recinto acogedor del Registro”: Ruiz, F. (1952), p. 866.

152 “Un ejemplo del derecho de propiedad sería una situación en la que el dueño de un pedazo de tierra tiene el derecho de demandar que otros no usen su propiedad”: Niemi, M. (2001), p. 107.

153 La doctrina habla de la tendencia de brindar soluciones “reales” a las relaciones obligacionales: “Puesto que semejante evolución está ligada, ciertamente con la protección más eficaz que el ordenamiento reserva para las situaciones “reales”, en comparación con las obligatorias, donde la protección está constituida solo por el resarcimiento del daño, se asiste cada vez más, en la práctica contractual, a la creación de situaciones que puedan gozar de una protección más incisiva. En tal sentido, se recurre, siempre a condición, suspensiva o resolutoria, del contrato; a cláusulas que atribuyan a la parte acreedora el receso del contrato con suspensión de la contraprestación, en caso de un retardo, aun si fuera mínimo, en el cumplimiento de la otra parte; a la cláusula que atribuye al acreedor una posición “real” propiamente dicha, a través de recursos para eludir a través de estrategias -hoy cada vez más latamente permitidas- la prohibición del pacto comisorio (piénsese en la venta con finalidad de garantía para el *leasing*, especialmente en la forma del *lease back*, donde el tradicional financiamiento se realiza a través del mantenimiento de la propiedad del bien que el deudor habría adquirido o construido con la suma obtenida por mutuo); a cláusulas que estipulan una previa liquidación del daño derivado del incumplimiento o del retardo, acompañada por garantías seguras, como la fianza bancaria de realización inmediata; a la expansión del aseguramiento del crédito”: Giorgianni, M. (2003), pp. 191-192.

circunstancias, el único medio posible. En efecto, el derecho real otorga una tutela primaria y esencial, frente a todos, con lo que se logra la actuación del derecho mismo. Por el contrario, el derecho de crédito no se actúa por el tercero (¡no es el deudor!), y este solo queda obligado a la conservación de la prerrogativa por imperio de la regla que impone el deber de no causar daños a otros (*neminem leadere*). En tal sentido, se dice que la existencia del derecho implica que el resto de los sujetos (sin la titularidad) asuma el deber de no-interferir el goce ajeno. Esta concepción del “deber pasivo universal” no es de recibo, pues los terceros son sujetos neutros frente al derecho, se encuentran ajenos a él, no tienen nada, ni prerrogativas ni deber. Están en situación de “no-derecho”.

4.1.3. ¿Por qué son inscribibles los derechos reales?

El art. 2019-1 CC establece que son inscribibles “los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles”, por lo que se trata de un principio general de la materia inscribible. El fundamento se encuentra en las propias características del derecho real como prerrogativa universalmente eficaz, por tanto, cuenta con la nota distintiva de exclusividad, en el sentido de que el sistema jurídico otorga determinadas facultades a una persona, mientras los terceros quedan excluidos del disfrute de la cosa. Esta premisa da lugar a diversas hipótesis en el que los derechos sobre las cosas colisionan entre ellos (“contra sí”), a veces de forma absoluta y definitiva, en tanto emanan de distintos títulos contradictorios; o que esos derechos convivan de forma más o menos pacífica (“entre sí”), pues, han sido constituidos por el mismo titular, en tanto el orden jurídico mismo permite la concurrencia de múltiples derechos reales, pero siempre que sean de diverso contenido, por tanto, la propiedad puede actuar junto con derechos reales limitados, tanto de disfrute, como de garantía¹⁵⁴, o, en todo caso, existe la potencialidad de que ello se pudiera presentar. En efecto, una persona consulta el registro, previo a

154 “No puede haber dos derechos reales, de igual contenido, sobre una misma cosa. Dos personas no ocupan el mismo espacio jurídico, diferido con exclusividad a alguien, que es el sujeto del derecho real. Así, no es posible instalar un derecho real cuando otro ya exista. En la copropiedad, cada comunero tiene derecho a las porciones ideales, distintas y exclusivas”: Gonçalves, C. (2014), p. 37.

una adquisición, para conocer el propietario y/o titulares de otros derechos sobre el bien, sin embargo, bien puede ocurrir que el supuesto concreto no haya títulos en conflicto o en coexistencia, por lo que, el registro, en ese caso, ha servido, no para dirimir las diferentes posiciones, sino para descartarlas, con lo que la adquisición será segura.

En suma, la inscripción se realiza para resolver contiendas de derechos exclusivos sobre bienes, o, para evitarlas.

4.2. Cláusulas o estipulaciones modificativas o restrictivas de los actos o derechos

Los particulares pueden establecer voluntariamente, según lo permitan las leyes, distintas cláusulas o estipulaciones que modifican, modulan o restringen los derechos, los cuales serán objeto de publicidad siempre que tengan eficacia *erga omnes* o trascendencia real¹⁵⁵. Por el contrario, se descartan las cláusulas o pactos meramente obligacionales, que no inciden en la posición jurídica de terceros.

El art. 926 CC establece que *“las restricciones a la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros deben inscribirse en el registro respectivo”*, pero surge la duda sobre su ámbito de aplicación. En nuestra opinión, la norma se refiere a las prohibiciones, limitaciones o restricciones (válidas) del derecho de propiedad o de otro derecho real, pero no aplica cuando se trata de la constitución de una prerrogativa real correlativa (ejemplo: servidumbre), pues aquí no existe mera “restricción”, sino un derecho real. En consecuencia, el art. 926 CC debe interpretarse en su verdadero contexto, esto es, se trata de una norma sin contenido sustantivo, pues se limita a indicar que las restricciones voluntarias de la propiedad son inscribibles y, por ende, se les aplica el principio de inoponibilidad registral (concordante: art. 2022, 1º CC), pero siempre que el pacto sea válido y con eficacia real. Por tanto, la norma no establece (y de allí su carácter de “disposición abierta”) cuáles son esas restricciones concretas y específicas que puedan acceder al registro, por lo que, debe entenderse en concordancia con el principio de *numerus clausus*, que las únicas restricciones admitidas por nuestro ordena-

155 Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), pp. 89-90.

miento (por tanto, inscribibles) son los pactos con eficacia real establecidos por la ley. En ese contexto, el art. 926 hace una simple remisión a otras disposiciones del propio Código o de leyes especiales, que establezcan pactos restrictivos de disfrute con eficacia real, por lo que esta norma no es “autoritativa” para inscribir cualquier estipulación restrictiva que los particulares pudiesen convenir, pues tal interpretación sería contraria a los arts. 881 y 882 CC. Ejemplo de pactos restrictivos válidos y con eficacia real, por tanto, inscribibles en el registro, son: reversión, cargo o modo, indivisión, limitación del usufructo, reserva de propiedad, retroventa, entre otros.

En todo caso, se trata de un conjunto heterogéneo que merece un análisis particular.

4.2.1. Cláusulas prohibitivas de disponer y gravar (admitidas por ley)

El art. 882 CC sanciona con nulidad los pactos que estipulen la prohibición de enajenar y gravar, por lo que se plantea la primera interrogante: ¿qué es “enajenar” o “gravar”? Sobre el particular, una tesis postula que “enajenar” se refiere exclusivamente a los actos de transmisión de la propiedad, pues las disposiciones que restringen derechos se interpretan en forma restrictiva¹⁵⁶. El argumento es razonable, pero igual son nulas las cláusulas que prohíben “gravar”, lo que comprende la constitución o transferencia de derechos menores, necesariamente de carácter real, pues el bien lo sufre en forma directa, tratándose de un “peso” o “gravamen”, que se traslada en caso de adquisición de terceros. Por tanto, no solo son nulas las prohibiciones de transferir la propiedad, sino también las prohibiciones de constituir, modificar o transferir un derecho real limitado¹⁵⁷. Por tanto, la nulidad abar-

156 Avendaño, F. (2012), p. 127.

157 El efecto de la celebración de los actos dispositivos, pese a la prohibición convencional (cuando es válida), no ha sido regulado por el ordenamiento. En tal sentido, se ha postulado que la infracción de la cláusula prohibitiva determina que la transferencia se entienda como no producida, en tanto el propietario había quedado privado en forma temporal de la competencia dispositiva. “La prohibición de disponer propiamente dicha afecta directamente al derecho subjetivo impidiendo el ejercicio del poder de disposición del mismo, en el sentido de quedar cercenado, sin implicar, por tanto, una simple vinculación obligacional de no valerse de él”: Roca Sastre, R. & Roca-Sastre, L. & Bernà, J. (2007), T. V, p. 635. La jurisprudencia francesa, luego de muchas dudas, ha concluido que en estos

ca tanto las prohibiciones absolutas, como las relativas¹⁵⁸, pues la norma no hace distinción alguna, máxime cuando ello tutela la libre circulación de los bienes (principio de economía de mercado).

La pretensión generalizadora del art. 882, sin embargo, no impide que el ordenamiento reconozca un número importante de cláusulas prohibitivas de enajenación y gravamen que han merecido reconocimiento legal. Es más, la propia norma matriz anuncia que los pactos prohibitivos pueden ser válidos, siempre que exista una ley permisiva, como ocurre en los siguientes casos en el ámbito de los bienes inmuebles:

- a) Pacto de reversión: que opera como añadido voluntario en el contrato de donación (arts. 1631, 1632 CC), por cuya virtud, el donante se reserva el poder de cesación de los efectos de la donación, mediante acto unilateral¹⁵⁹. De esta forma, el donatario queda despojado de la potestad de disposición mientras tal cláusula se encuentra en vigor, salvo si el donante autoriza la transferencia a favor de tercero, en cuyo caso se entiende producida la renuncia

casos se produce una indisponibilidad real del bien: Terre, F. & Lequette, Y. (2005), p. 323. La diferencia entre nulidad y falta de efectos dispositivos tiene importantes consecuencias prácticas, pues si se opta por la nulidad, entonces el negocio celebrado en infracción del pacto no puede salvarse a futuro; mientras tanto, si se opta por la ineficacia, entonces la posterior readquisición del poder dispositivo hará que el negocio gane en eficacia por virtud de una especie de principio de convalidación, cuyo rastro puede encontrarse en el art. 1539 CC.

158 Las primeras son aquellas que impiden los actos dispositivos en todo tiempo y lugar; pero, es fácil darse cuenta de que tales pactos carecen, en principio, de racionalidad, pues no tutelan interés relevante alguno, salvo el capricho del propietario actual que impondría su voluntad a todas las generaciones futuras, lo que es ilógico y antieconómico. En realidad, si se invalidan las prohibiciones dispositivas es porque se piensa en las relativas, esto es, las que tienen plazo o se refieren a determinados actos. Las prohibiciones absolutas se asimilan a los pactos que exigen autorización de un tercero para que el propietario pueda disponer el bien; en tanto, de esta forma se impide la enajenación, salvo la libérrima voluntad de la otra parte.

159 En el Perú se ha entendido que la reversión opera por acto unilateral del donante, sin causa objetiva alguna; en cambio, en el Derecho comparado, se entiende que es necesario pactar un hecho objetivo, que, aunado a la voluntad del donante, desencadene el efecto. Así, por ejemplo, es usual que la reversión opere por premoriencia del donatario, con lo que se busca evitar que los bienes donados terminen antes de tiempo en la familia del donatario.

de la reversión, o si el donante autoriza a gravar, en cuyo caso la renuncia se entiende producida con relación a ese exclusivo acreedor. El pacto de reversión solo puede favorecer al donante, no a terceros, por lo que su plazo máximo de vigencia será la vida del transmitente a título gratuito (art. 1632 CC). Producida su muerte, caduca la posibilidad de revertir la donación. Por la misma razón, no cabe la reversión en los legados, pues el favorecido sería el heredero del causante, y no este último, lo que se encuentra expresamente sancionado con nulidad. La reversión es admisible en todo negocio gratuito *inter vivos*, sea o no donación, como ocurre con el convenio de los cónyuges para la sustitución del régimen patrimonial del matrimonio. En suma, se trata de un pacto que le retira al donatario la competencia jurídica de transferir o gravar el derecho de propiedad, por tanto, es una clara excepción de la regla general contenida en el art. 882 CC.

- b) Cargo o modo (que conlleva cláusula prohibitiva): Es una modalidad de los actos jurídicos gratuitos en los que se impone un deber al beneficiario de la liberalidad, sea a favor del transmitente o de terceros, por tanto, puede aparecer en el legado (art. 768 CC), herencia voluntaria (art. 689 CC) o donación (art. 187 CC). La obligación puede consistir en cualquier prestación, para cuyo aseguramiento se puede añadir la prohibición de enajenación, con lo que se conformaría un conjunto de deberes coaligados¹⁶⁰. Por ejemplo: se dona un inmueble siempre que el destino sea de centro educativo por los primeros veinte años, y, para asegurar el cumplimiento, el donatario queda prohibido de enajenarlo o gravarlo durante ese lapso temporal.

160 La doctrina española se muestra conforme con esta posibilidad: "En el Derecho de sucesiones y de las donaciones, se ha definido el modo en tono descriptivo de la siguiente forma: es un elemento accidental de un negocio jurídico de liberalidad, por el cual el disponente sujeta al heredero, legatario o donatario a la obligación o a la carga de una prestación, de un destino o aplicación de una prohibición o limitación de disponer, sin que por el fin a que el mismo responde atribuya propiamente derecho subjetivo alguno al favorecido o favorecidos, por no conceder sino a determinadas personas la simple acción de exigir su ejecución": Roca Sastre, R. & Roca-Sastre, L. & Bernà, J. (2007), T. V, p. 625.

- c) Sustitución fideicomisaria: definida como “aquella disposición *mortis causa* en cuya virtud el testador (fideicomitente) designa a un heredero (fiduciario) al que le obliga a transmitir los bienes herederos a un segundo heredero (sustituto fideicomisario), normalmente al fallecimiento del primero”¹⁶¹. La doctrina nacional ha opinado en forma rutinaria que tal modalidad no es válida en nuestro ordenamiento, sin embargo, hace algún tiempo se ha sostenido su viabilidad en las herencias voluntarias y los legados, por virtud de los arts. 689 y 768 CC. En tal caso, X designa heredero a Y, pero a la muerte de este último, pasará Z a ser el heredero (de X); pues bien, para asegurar este resultado, igual que en el pacto de reversión, el testador podría estipular prohibición de enajenar y gravar.
- d) Pacto de indivisión: Los copropietarios pueden acordar de forma unánime en renunciar a la partición del bien común por el plazo máximo de cuatro años, que puede ser renovado por virtud de un nuevo acuerdo. Se trata de una excepción más del 882, aunque de carácter relativo, por el plazo fijo, y que solo aplica a un acto de disposición concreto: la partición.
- e) Prohibición de transmitir el usufructo o la superficie, que puede pactarse en el acto de constitución de cualquiera de esos derechos (arts. 1002, 1031 CC). En tales hipótesis, el usufructuario o superficiario quedan despojados del poder de transferencia, por lo que se entiende que el derecho concedido es personalísimo. En el caso de la prohibición de transmisión en el uso o habitación, esta tiene origen legal, y no voluntario (art. 1029 CC).

Por tanto, a pesar de la terminante disposición del art. 882 CC, las cláusulas prohibitivas de enajenar y gravar mantienen buena salud en los actos jurídicos gratuitos¹⁶². EN el caso de los actos onerosos, por el contrario, su

161 Gómez Díez, J (2010), p. 233.

162 La permisividad de los pactos prohibitivos se justifica por las especiales circunstancias que rodean a cierto tipo de actos jurídicos en los que se incluyen tales disposiciones. Así, el contrato de donación, por su carácter gratuito, permite pactos que hacen ingresar cierta dosis personalista en la relación patrimonial. En tal sentido, el donante se reserva la posibilidad de extinguir la donación para múltiples fines que se consideran relevantes: mantener el control de los bienes en el ámbito del donatario, asegurar la fidelidad y leal-

presencia se encuentra muy restringida¹⁶³. En cualquiera de las hipótesis

tad del beneficiario, regresar las cosas al estado anterior por estado de necesidad o por considerar que la situación previa se ha modificado, etc. En buena cuenta, la reversión es el cauce por el cual los particulares dan ingreso a fines lícitos y razonables que justifican la conservación de la donación, pero cuya ausencia le permite al donante volver las cosas al estado anterior. De la misma forma, los legados o herencias voluntarias sujetas a cargo con prohibición de disponer son el cauce para la tutela de algunos intereses legítimos, como ocurre cuando el sucesor es falto de idoneidad o criterio, o roza la incapacidad, o su cónyuge es un indeseable, o cualquier otra hipótesis en la que se requiera asegurar la permanencia del bien dentro del patrimonio del instituido: Roca Sastre, R. & Roca-Sastre, L. & Bernà, J. (2007), T. V, pp. 641-642. La sustitución fideicomisaria cumple la misma finalidad. Esta es la tesis que propone el libro de: De La Fuente, R. (2012), que sostiene la validez de esta figura, sobre la base de que el Código Civil no lo prohíbe y que, además, debe respetarse la voluntad del testador. En efecto, en el Derecho comparado es usual la admisión en forma temporal de las cláusulas prohibitivas de enajenación y gravamen cuando se trata de actos gratuitos y siempre que se proteja intereses razonables, y no por meros gustos personales o motivaciones superfluas, "no parece razonable limitar el dominio por limitarlo, afectándose sin motivo justificado la libre circulación de los bienes": Sepúlveda Larrocau, M (2008), p. 206. En Francia, por ejemplo, la cuestión era dudosa hasta que la Sentencia de la Corte de Casación de 20 de abril de 1858 estableció que: "El padre de familia que hace donación de sus bienes a sus hijos puede reservarse su usufructo y, sea en interés de su derecho como usufructuario, sea para asegurar el ejercicio del derecho de reversión que le puede pertenecer algún día, imponer a sus hijos la condición de no enajenar ni hipotecar, estando vivo, los bienes donados". El requisito de la temporalidad está fuera de discusión, pues, la solución contraria implicaría que el régimen de la propiedad quede gravemente alterado. Por su parte, la exigencia de un interés legítimo proviene del Derecho romano, y se funda en la necesidad de que la prohibición resulte racional, y no sea una simple recomendación o ruego envuelto en un negocio jurídico. La jurisprudencia francesa ha encontrado causa suficiente en asegurar el bien dentro de la familia (Casación Sala 1ª, 20 de noviembre de 1985), o preservarlo por la inexperiencia del beneficiario de la liberalidad (Casación 4 de mayo de 1943), o para resguardar la posición de un tercero cuando el bien legado no puede disponerse con el fin de garantizar el pago de la renta vitalicia que grava el bien (Casación, 18 de marzo de 1903). Terre, F. & Lequette, Y. (2005), pp. 320-321. Finalmente, la ley de 03 de julio de 1971 insertó el artículo 900-1 en el CC, por cuya virtud, las cláusulas de inalienabilidad, que afectan bien donado o legado, para tener validez, tienen que ser temporales y justificadas por interés serio y legítimo: *Ibid*, p. 322.

- 163 Una situación distinta se presenta en los negocios onerosos, en los cuales rige con amplitud la regla general del 882 CC, pues en ellos no cabe la reversión, ni el cargo o modo. Sin embargo, los pactos prohibitivos de enajenación y gravamen pueden tener ingreso excepcional como accesorio de los pactos legalmente permitidos en los que el transmitente se reserva el poder jurídico de deshacer el negocio de transferencia y, de esa forma, retrotraer las cosas al estado anterior. Aquí, el enajenante puede recuperar el bien mediante un pacto eficaz, por tanto, también puede asegurar la ejecución de su poder jurídico a través de una cláusula prohibitiva de disponer que se impondría contra los eventuales

mencionadas, las cláusulas prohibitivas deben responder a una finalidad razonable y seria (por ello, son añadidos o medidas complementarias de un fin lícito, por lo que nunca se admite la simple renuncia a la enajenación), siempre que tengan base legal suficiente (para convertirse en excepción del 882 CC) y que sean temporales.

4.2.2. Cláusulas restrictivas de uso y/o disfrute

Las prohibiciones voluntarias de enajenar y disponer, en principio, quedan excluidas del ordenamiento jurídico por ser inválidas, a tenor del art. 882 CC, aunque con distintas excepciones, conforme se ha visto en el acápite precedente, sin embargo, en todo caso, aún queda un amplio espectro de pactos o estipulaciones que pueden restringir algunas de las facultades (libertades o privilegios) inherentes al derecho real¹⁶⁴.

El art. 926 CC permite la inscripción de las cláusulas restrictivas, pero sin definir cuáles son, o si se aplica un criterio abierto o cerrado. En tal sentido, el criterio más razonable pasa por aceptar que los pactos de restricción son viables en cuanto el ordenamiento jurídico los permita, pues, si la creación de derechos con efectos reales se rige por el principio de tipicidad normativa (art. 881 CC), entonces lo mismo ocurrirá con los pactos de eficacia real, tanto de limitación del disfrute¹⁶⁵, como de prohibición de ciertos actos,

adquirentes. En buena cuenta, si una de las partes tiene el poder sustancial de retrotraer las cosas hasta el estado inicial y con efecto frente a terceros, entonces con mayor razón puede evitar que esos bienes pasen a tercero mediante una cláusula ad hoc. Si se permite lo más (deshacer las transferencias realizadas por terceros), pues, “se podrá realizar toda clase de actos de disposición, como enajenaciones o constitución de hipoteca, pero estos derechos quedarían extinguidos en el caso de ejercerse por el vendedor su facultad de rescate”: Zago, J. & Hersalis, M. (2012), p. 41, entonces se permite lo menos (impedir la transferencia hacia ese tercero). Esta posibilidad se encuentra en los pactos de retroventa (de carácter análogo a la reversión, con la diferencia que este último puede tener un plazo más amplio) o en el contrato de opción.

164 Díez Picazo, L. (1995), T. III, p. 321.

165 El art. 999 CC da cuenta de uno de esos pactos restrictivos, pues, además de definir el usufructo, agrega que el acto constitutivo puede excluir ciertos aprovechamientos que naturalmente le corresponderían al usufructuario. Por ejemplo: las partes acuerdan retirar la facultad del usufructuario de recoger la cosecha durante el primer año o durante los años impares, o simplemente de no arrendar el bien. En tal caso, la restricción del derecho implica que el disfrute del usufructuario está disminuido por convenio. Un segundo caso se presenta en la superficie, pues nuevamente por pacto se puede remover algunas de las

cuyo ejemplo típico es el cierre de la celebración de contratos de arrendamiento, en contra del propietario, pues ello desnaturaliza el derecho hasta el punto de convertirlo en atípico, lo que no es aceptable (art. 881 CC)¹⁶⁶.

4.2.3. Cláusulas modales del título adquisitivo o derecho

Las cláusulas o estipulaciones modales se añaden para delinear la eficacia de los actos jurídicos, sin desnaturalizarlos, o, para hacerlo directamente en el derecho originado por el acto. En el primer grupo se encuentran los plazos o condiciones suspensivas o resolutorias, los cargos o modos en los actos gratuitos, que delinear el título adquisitivo. En el segundo grupo se ubica el pacto de reserva de propiedad o de retroventa.

Las condiciones del acto jurídico, por ejemplo, modifican los efectos naturales del acto jurídico, sea total o parcialmente¹⁶⁷, en consecuencia, el derecho real, en forma indirecta también queda influenciado. El art. 2019-4 CC considera inscribible “*el cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados*”, pero olvida referirse a la inscripción de las condiciones, pero la razón de ello se encuentra en la íntima conexión jurídica entre acto y condición, en tal sentido, no sería necesario “inscribir la condición” en forma autónoma, es decir, en un asiento separado o distinto, pues basta inscribir el “acto o negocio condicionado” como unidad contextual, aunque se expresen en asientos formal-

facultades propias del superficiario, tales como el uso de una parte del suelo (a contrario: art. 1032 CC) o límites para la construcción, tal como establecer una determinada altura, o en unos niveles del predio, sea en el subsuelo o el sobresuelo (art. 1030 CC).

166 Un ejemplo: el art. 1097 CC señala que la hipoteca no concede la posesión al acreedor hipotecario, entonces, ¿cómo se puede justificar que ese mismo acreedor tome decisiones sobre la posesión y se reserve la última palabra sobre el uso o destino del bien? En efecto, es usual que se estipule una cláusula de prohibición de arrendamiento, pero este pacto contraviene el diseño institucional de la hipoteca, pues avanza más allá de la tipicidad legal, por lo que se pretende crear un derecho real atípico, lo que es imposible según el art. 881 CC; de esta forma, el pacto de no arrendamiento queda descartado. Por lo demás, de esta manera se pone límites a los abusos de las entidades financieras, que pretenden impedir u obstaculizar que el propietario pueda ejercer las libertades o privilegios naturales del dominio, como la de arrendar, sin que exista ningún interés relevante que merezca ser protegido, salvo la prepotencia de la parte más fuerte. En suma, la libre configuración de cláusulas restrictivas del disfrute lleva a constituir derechos atípicos, por lo que tal restricción no es admisible, salvo norma autoritativa.

167 Roca Sastre, R. (1954), T. I, pp. 263-264.

mente distintos, por consiguiente, el art. 13-b RIRP considera inscribible “la condición, plazo,..., cuando consten en el título”. Sin embargo, las condiciones suspensivas solo tendrán carácter inscribible cuando sea “relevante” para el conocimiento de los terceros, es decir, cuando la modificación jurídico-real opere con efectos retroactivos hasta la fecha del acto. Esta retroactividad tiene como finalidad impedir que las mutaciones sobrevenidas en el estado de cosas contemplado al momento de la conclusión del contrato dificulten o hagan imposible la previsión establecida para el caso en que se cumpla la condición¹⁶⁸. El Código Peruano de 1984, a diferencia de muchos otros en el Derecho comparado, acoge la tesis de no retroactividad de la condición cumplida, salvo pacto en contrario (art. 177), por lo que, la inscripción de tal modalidad sería inútil, pues el acto solo tendría eficacia al momento de cumplirse el hecho, no antes, por cuya virtud, la previa inscripción no produciría efecto alguno contra terceros, pues la situación jurídica nace con el cumplimiento de la condición, no con su estipulación, por falta de retroactividad¹⁶⁹. En razón de ello, el registrador solo podrá inscribir las condiciones estipuladas como retroactivas, esto es, con pacto en contrario, permitido por el art. 177 CC. Por su parte, mientras esté pendiente el cumplimiento de la condición, la inscripción del acto determinaría que el registro informe de dos titularidades yuxtapuestas entre sí: el *transmitente sub conditione* es titular registral actual, si bien amenazado con el posible cumplimiento de la condición suspensiva y la automática transferencia del derecho, mientras

168 Arija, C. (2000), pp. 33-34.

169 Veremos con un ejemplo la diferencia entre una y otra posibilidad: A vende bajo condición suspensiva a B un inmueble. Si la propiedad continúa perteneciendo al vendedor A, no hay problemas de ninguna clase. Pero si A vende a C por medio de un contrato puro, encontrándose en pendencia la condición de B, ¿qué efectos tiene el contrato condicionado? Si el cumplimiento de la condición tiene eficacia retroactiva, este hecho hace que B adquiera desde la conclusión del contrato, en consecuencia, C adquiere de un *non-domino*. En cambio, si el cumplimiento de la condición es irretroactivo -como en el Código Peruano-, B tiene un contrato eficaz solo desde el cumplimiento de la condición, siendo que a esa fecha C ya gozaba de la propiedad por transferencia (pura) derivada del propietario A, y, siendo así, es B quien adquiere de un *non-domino*, por lo que carece de derecho real alguno, mientras su pretensión deberá ser satisfecha a través de una indemnización. La diferencia entre una y otra solución es notable.

el *adquirente sub condicione* solo tiene una titularidad expectante, supeditada en su efectividad al cumplimiento de la condición¹⁷⁰.

En el caso de los actos sometidos a condición resolutoria, el registro también publica la existencia de dos titularidades, pues se inscribe el derecho del adquirente, o sea, un derecho pleno y actual, si bien afecto a la contingencia de la condición resolutoria; y, en forma simultánea, aparece registrado el derecho condicional que tiene el transferente¹⁷¹. Mientras se halle en pendencia la condición, el adquirente o titular actual podrá disponer libremente de la cosa, pero sujeto a la condición resolutoria, que para estos efectos actúa como si fuese un gravamen persecutorio de los terceros adquirentes. Por los fundamentos antes expuestos, será necesario que se trate de condición retroactiva en virtud de pacto en contrario. Un tema complejo surge por mérito de los arts. 731 y 736 CC, en cuanto permiten que el testador imponga condiciones (suspensivas o resolutorias) a la institución de herederos voluntarios y legatarios¹⁷², aunque no puede hacerse lo propio en el caso de los herederos forzosos o legitimarios.

4.2.4. Cláusulas resolutorias

El art. 1372 CC señala que la resolución o la rescisión del contrato no afectan al tercero de buena fe, lo cual implica que el sucesivo adquirente no se afecta por la ineficacia del título de su transmitente, salvo que conociera que se ha consumado la ineficacia del acto o que esta aparezca anotada en el registro. Por tanto, la resolución o rescisión no afectan a terceros, salvo en los casos patológicos de mala fe, esto es, cuando el tercer adquirente conoce que el título previo de su transmitente ha quedado efectivamente resuelto o rescindido. Por ejemplo: A vende a B un predio con cláusula resolutoria expresa en caso de falta de entrega del bien; luego B vende el predio a C; entonces la duda que surge es si el solo conocimiento de la cláusula resolutoria elimina la buena fe del tercero C. La respuesta que se impone es la negativa, por cuanto el contrato con cláusula resolutoria (“resolución en abstracto”),

170 Cit. Arija, C. (2000), pp. 35-41.

171 Roca Sastre, R. (1954), T. I, p. 272.

172 Por ejemplo, respecto de la condición resolutoria del heredero, un sector simplemente niega de plano esa hipótesis porque nadie podría ser heredero, y, luego dejar de serlo.

es plenamente válido y eficaz, por tanto, C adquiere del verdadero propietario, en virtud de un acto legítimo, por lo que su adquisición es inobjetable; además, téngase en cuenta que una interpretación contraria llevaría a eliminar totalmente la posibilidad de adquisiciones seguras, pues todos los contratos de prestaciones recíprocas son susceptibles de resolución, incluso sin cláusula expresa¹⁷³. En consecuencia, solo se elimina la buena fe cuando el tercero C conoce que el contrato previo (entre A y B) ya se resolvió por alguna causa legal (“resolución en concreto”), pues, solo en esa hipótesis, el tercero adquiere de un *non-domino*, y, además, conoce el hecho. Por tal motivo, es evidente que la causal resolutoria solo debería inscribirse cuando se ha concretado el supuesto de hecho, esto es, cuando se ha producido la declaración resolutoria del legitimado, o cuando se ha instado el proceso judicial (“resolución en concreto”), pero no antes, cuando solo se trata de una cláusula (“resolución en abstracto”), que, visto lo anterior, carece de efectos reales aunque el tercero conozca su existencia, pues la sola estipulación no priva de validez y eficacia al acto. Sin embargo, en forma errónea, el art. 13-b) RIRP permite la inscripción de meras cláusulas resolutorias expresas, pese a contravenir la norma sustancial (art. 1372 CC).

4.3. Restricciones legales

La propiedad, como derecho individual con proyección social, se encuentra afectada por el bien común, por tanto, en caso de que el legislador haya establecido limitaciones legales, con el fin, precisamente, de conciliar las amplias prerrogativas de la propiedad con su función social, entonces el actual titular, así como los sucesivos, quedan sometidos a dichas restricciones. No tendría sentido que la ley estableciese vinculaciones a la propiedad en aras al bien común, empero, el nuevo adquirente quedase exonerado de tal obligación, con lo que el deber social carecería de efectividad, sin perjuicio que la ley quedaría vaciada de contenido. La conclusión es que la norma legal se impone al propietario actual, y los futuros, mientras se encuentre en vigencia, por lo que, los principios registrales no tiene aplicación en este

173 “oponible a los terceros no podrá serlo nunca el incumplimiento en sí mismo, aunque acaso si la consecuencia efectual (extinción del contrato) que en ella encuentra su razón de ser”: Amadio, G. (2005), p. 207.

ámbito, pues, en palabras del gran jurista italiano Stefano Rodotà, la constitucionalización de la función social de la propiedad tiene como objetivo la efectiva consecución del bienestar económico y colectivo¹⁷⁴, por tanto, es justificado que los poderes del propietario se limiten siempre que se trate de intervenciones estatales¹⁷⁵, y, en tal caso, no hay razón para que el registro modifique la validez o eficacia de la medida interventora. En efecto, el art. 925 CC establece que: *“Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”*, por lo que, en el mismo sentido, tampoco pueden suprimirse por la publicidad de ese mismo acto jurídico. Por su parte, el art. 2019 CC no considera inscribibles las restricciones legales de la propiedad, y la Exposición de Motivos Oficial señala que: *“No se hace referencia a las restricciones establecidas legalmente, por estimarse que en estos casos la publicidad de la ley es suficiente”*¹⁷⁶. Es el caso, por ejemplo, de las restricciones por vinculación urbanística o vial, área natural protegida, situación de peligro o riesgo, etc. En todas estas hipótesis la limitación se impone por previsión normativa, y la eventual inscripción que pueda realizarse no altera su régimen, por lo que, con publicidad o sin ella, la restricción opera en contra del propietario. La tesis contraria significaría que un hecho particular, como la publicidad, que responde al interés individual del propietario, prevalezca sobre los efectos imperativos de una norma general dictada en beneficio de la colectividad, pues en todas esas hipótesis se busca el mejor uso y aprovechamiento de los bienes de acuerdo con el bien común. En tal sentido, debe recordarse que las limitaciones legales del dominio se imponen por sí mismas, ya que ellas expresan y concretan la cláusula de función social de la propiedad (art. 70 Const.)¹⁷⁷.

174 Cit. Colina, R. (1997), p. 325.

175 Castro-Pozo, H. (2007), p. 620.

176 Comisión Revisora del Código Civil (1990), p. 19.

177 Un ejemplo de inscripción no-necesaria se encuentra en el D.S. 001-2000-AG, por cuya virtud, la antigua INRENA (ahora: SERNANP) gestiona la inscripción de las áreas naturales protegidas como Patrimonio de la Nación. En realidad, la norma que declara esa condición establece ya los límites y condiciones al uso del suelo dentro de esas zonas, sin que la falta de publicidad en el registro pueda mediatizar el cumplimiento de la ley.

En todo caso, la inscripción de limitaciones legales¹⁷⁸, en cuanto ello

- 178 Un ejemplo típico de limitación legal de la propiedad es la zonificación, esto es, la división normativa del suelo por sectores con el fin de establecer los usos y aprovechamientos permitidos. La zonificación es limitación que se establece por norma jurídica (Ordenanza de Municipalidad Provincial), por lo que no debería considerarse acto inscribible por dos razones fundamentales: a) La publicidad de la ley es superior a la que produce el registro y, por tanto, nadie puede excusarse de cumplirla por simple desconocimiento. Por lo demás, la utilización del registro en estos casos mediatizaría el efecto de la ley, pues en tal caso las normas jurídicas ya no obligarían con la publicación, sino desde la inscripción, lo que es absurdo; b) La mecánica publicitaria del registro no juega en relación con los actos normativos; por ejemplo: si se inscribe la zonificación R2 (baja densidad) y luego se omite inscribir el cambio de zonificación a R5 (alta densidad), entonces el tercero podría sostener que el acto no-inscrito no le perjudica (principio de inoponibilidad), con lo cual él haría valer la zonificación derogada R2. Esa anómala situación traería como resultado que la ley no se cumpla, ya que estaría supeditada al registro; pero lo más grave es que pondría fin a toda posibilidad de propender a un desarrollo armónico de la ciudad, pues algunos predios respetarían la zonificación vigente y otros no, con el consiguiente caos urbano. Ahora bien, si se sostiene que para evitar esos problemas entonces hay que arbitrar un mecanismo para que la zonificación se inscriba en forma inmediata una vez que se han producido las modificaciones normativas, entonces en realidad lo que se impone es la ley por ser tal, y no el registro. pero el art. 14º de la Ley 29090 mantiene la incoherencia, pues permite inscribir los denominados “documentos previos”, a los que define como todo aquel que regula el diseño o las condiciones técnicas que afectarán el proceso de habilitación urbana o de edificación de un predio y que, por tanto, es necesario tramitar ante una entidad, con anterioridad al trámite de licencias de habilitación urbana y edificación. Estos documentos previos son tres: certificado de zonificación y vías emitido por las municipalidades provinciales; certificado de parámetros urbanísticos y edificatorios emitido por las municipales distritales o provinciales; certificado de factibilidad de servicios emitido por las entidades prestadoras de servicios. No existe razón técnica ni jurídica que justifique esta decisión legislativa. En efecto, la inscripción del certificado de zonificación o de parámetros no hace aplicable los principios registrales, por lo que cualquier cambio de zonificación igual afecta a todos los propietarios, aunque la modificación no se inscriba, pues se trata de restricciones legales del dominio originadas por acto normativo, es decir, por una norma jurídica, y, es bien sabido que todos están obligados a cumplir la ley, sin que pueda alegarse el desconocimiento. Por tal motivo, su inscripción es meramente referencial, como mecanismo de transparencia en las relaciones entre el constructor y los potenciales compradores, quienes de esa manera podrán informarse (“publicidad-noticia”) de la situación jurídico-urbanística del predio que pretende adquirir; empero, esa información también se puede obtener (y con mayor efecto por ser vinculante) a través de la propia municipalidad o, incluso, por medio del propio habilitador o constructor. Por último, la citada inscripción no tiene carácter obligatorio, tal y conforme se deduce de la redacción del texto legal (art. 14, segundo párrafo, Ley 29090, ahora modificado por Ley 29566: “Los Registros Públicos inscribirán, a solicitud del propietario, cualquiera de los documentos establecidos en el presente artículo para su respectiva publicidad ...”); si bien la norma agrega que ello lo hace “oponible a terceros”, que se entiende, no como falta de

fuese permitido por las leyes, generaría la llamada “publicidad noticia” (según N. Coviello) o “publicidad no-necesaria” (según R. Corrado), cuya característica principal es brindar información, pues la vinculación se produce por la norma, no por el registro,

Sin embargo, es necesario distinguir entre las limitaciones legales aplicadas a todos los propietarios (normativa ambiental) o a un grupo de ellos (zonificación respectiva), de las limitaciones específicas para un predio particular, como la condición de patrimonio cultural o histórico, la imposición de servidumbres forzosas o el planeamiento integral urbanístico que se refiere a un inmueble, pues, en tales casos, puede ocurrir que la publicidad de la norma o del acto administrativo no sea suficiente para que los terceros realmente puedan conocer estado jurídico de un predio. En nuestra opinión, las restricciones legales, basadas en la función social, igual deberían oponerse a los terceros, con o sin publicidad, pero, las situaciones de este tipo generan más polémica.

4.4. Anotaciones preventivas

El art. 2020 CC señala que “*el reglamento indica los casos en que los actos o contratos a que se refiere el artículo 2019 son materia de anotación preventiva*”. Esta norma señala la existencia de determinados actos que deben encauzarse a través de las “anotaciones preventivas”, sin tener muy en claro las razones para ello.

Un sector de la doctrina admite dos tipos de anotación preventiva. En primer lugar, se encuentran las anotaciones meramente publicitarias, con fin preventivo, que publican sin constituir, pues, en ellas existe un posible derecho real cuya deficiencia se encuentra en la falta de documentación formal o fehaciente, o cuando un tercero cuenta con una pretensión de impugnación, por lo que la entrada en el registro busca impedir los efectos de fe pública a favor de un tercero de buena fe. Los casos típicos son los títulos en formación o las anotaciones de demanda (sea de nulidad, resolución, rescisión o la documentación de un acto jurídico). En segundo lugar,

vinculatoriedad, sino como garantía de aseguramiento de la zonificación actual para el propietario que realiza construcciones sobre la base de tales certificaciones.

se encuentran las anotaciones que publican constituyendo, encontrándose entre las figuras más usuales el embargo, el secuestro y las prohibiciones judiciales de disponer¹⁷⁹, pues tales medidas tienen como finalidad afectar bienes o congelar situaciones jurídicas.

El Derecho alemán hace otra importante dicotomía: los “asientos de contradicción”, que comunican la existencia potencial de una situación jurídica inexacta (ejemplo: demanda de nulidad), y “prenotación o preinscripción”, que anuncian un cambio futuro en el registro (por ejemplo: bloqueo registral).

Sin embargo, en el Derecho peruano las clasificaciones son indicativas, pues se reconoce una gran diversidad de anotaciones preventivas, que superan a las categorías aludidas. La mayoría de ellas está prevista de manera desorganizada en el RIRP (embargo, bloqueo, anotación de demanda, anotación de inicio de procedimiento notarial o administrativo), o en leyes especiales¹⁸⁰. En tal sentido, para tratar de paliar esta maraña normativa, el artículo 64 RGRP ha formulado una definición de anotación preventiva: “*Las anotaciones preventivas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito*”, pero esta es claramente defectuosa¹⁸¹.

179 Manzano, A. (2000), p. 721.

180 Algunas de estas figuras, que encontramos dispersas en múltiples normas, son las siguientes:

- a) Bloqueo Registral (Decretos Leyes 18278 y 20198, Ley 26481).
- b) Anotación Preventiva de compraventas garantizadas e independización en terrenos sujetos a procedimientos de habilitación urbana (Ley 29090).
- c) Anotación preventiva de declaratoria de fábrica, reglamento interno e independización (Ley 27157, D.S. 035-2006-VIVIENDA).
- d) Anotación Preventiva en los procedimientos de regularización de edificaciones cuando se constate que el área del terreno es superior al área registrada, y no exista superposición de áreas (art. 33 D.S. 035-2006-VIVIENDA).
- e) Anotación Preventiva de solicitudes de prescripción adquisitiva o títulos supletorios ante notario (art. 36 D.S. 035-2006-VIVIENDA).
- f) Anotación Preventiva por aporte social de bien inmueble hasta que la sociedad sea inscrita (art. 31 RRS).
- g) Anotación Preventiva por reconstrucción de partidas destruidas o deterioradas (art. 118 RGRP).

181 Téngase en cuenta que existen anotaciones cuya finalidad no es advertir la existencia de una causal modificativa, como ocurre en el caso del embargo, típica anotación de garantía,

En nuestra opinión, gran parte de la confusión proviene de no distinguir el aspecto sustantivo del aspecto formal-registral.

El primero implica un conjunto de situaciones jurídicas de derecho privado (algunas otras son de derecho procesal, como el embargo), en las cuales se expresan derechos obligacionales en pendencia de convertirse en reales (ejemplo: bloqueo de hipoteca), derechos reales en interinidad respecto del sujeto adquirente (aporte en sociedad sin personería jurídica), derechos encauzados en negocios jurídicos desprovistos de formalidad especial, etc. El segundo concepto de anotación (asiento) implica el cauce a través del cual la situación jurídica accede al registro, en tanto la demanda o el embargo, y la minuta del acto de transmisión o la pre-independización son situaciones sustantivas, pero la anotación preventiva es cuestión formal. Por ejemplo, el art. 2020 CC regula el aspecto formal-registral, pero no el sustantivo; y muchas de las confusiones se inician cuando se hace referencia a uno u otro ámbito sin hacer la precisión correspondiente. Por otro lado, también existen otras figuras de carácter estrictamente administrativo (anotaciones de inicio de trámite, o por reconstrucción de partidas)¹⁸².

En todo caso, y solo en línea de principio, las situaciones jurídicas inestables, pendientes o transitorias deberían ingresar al registro a través de anotaciones preventivas, pero no siempre ocurre así, y eso es otra fuente de dudas interpretativas.

y que difícilmente se le puede entender –salvo desnaturalizándola– como advertencia de una “futura adjudicación”, en tanto ello eliminaría la fase de seguridad latente que existe en toda garantía de ejecución. Asimismo, existen anotaciones cuyo fin no es reservar una prioridad, como es el caso de las anotaciones preventivas puramente negativas, que: “no publican, en realidad, ningún derecho, y sí situaciones tanto subjetivas y particulares como objetivas y generales de tipo negativo: de inalienabilidad, por un titular registral o por cualquiera, de bienes inmatriculados o de su posesión”: Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 230.

182 Estos dos primeros casos se reconocen específicamente en el Derecho Alemán, aunque con la ventaja en este que tiene una regulación sustantiva sobre las situaciones jurídicas agrupadas bajo la noción amplia de “preinscripción”. En el caso del *Vormerkung*, por ejemplo, se trata de una estación intermedia en el camino que va desde la pretensión obligacional hasta la consolidación del derecho real; en el caso del *Widerspruch* se tutela la pretensión (derecho potestativo) de modificar una situación jurídica inscrita: Sánchez Jordán, M. (2002), pp. 41-42.

Por otro lado, normalmente se dice que el expediente técnico de la anotación preventiva se justifica como contrapeso a los enérgicos efectos del principio de fe registral. Ello significa que, si el registro protege al tercero de buena fe, entonces es necesario proveer un mecanismo también enérgico para eliminar o amenguar las consecuencias negativas derivadas de la inexactitud del registro. Por tanto, la contrapartida de la fe pública se encuentra en las anotaciones preventivas, cuyo presupuesto es remediar la inexactitud del registro o prevenir de un cambio, lo que se constituye en una advertencia a los terceros en general para anunciarles que una titularidad inscrita pueda ser revocada o modificada¹⁸³. Por tal razón, una difundida definición señala que las anotaciones preventivas son: “asientos registrales de vigencia temporalmente limitada, que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles”¹⁸⁴. Sin embargo, en nuestra opinión, la anotación preventiva no es el contrapeso de la fe pública registral; pues en muchos casos ese principio no es aplicable, aunque, pese a ello la anotación está presente en mundo jurídico-registral. En realidad, si partimos del antecedente que el registro es un reflejo de las diversas situaciones jurídicas sustantivas o procesal, entonces el consecuente es que la anotación preventiva también acerca la vida jurídica a los libros públicos, especialmente cuando se tienen situaciones interinas o aún tambaleantes. Por tal motivo, el registro -salvo que pretenda convertirse en forzosa “verdad oficial”- no puede negar la acogida de situaciones que presentan tales características. Por ejemplo, la demanda judicial ingresa a la publicidad por medio de la anotación, que constituye un mecanismo para que el registro refleje un litigio o controversia sobre el bien, cuyo resultado puede ser impredecible, pero hoy existe como conflicto y es menester anunciarlo.

En consecuencia, las anotaciones preventivas ayudan a la finalidad primera y esencial de todo registro: exponer la realidad jurídica, por más dura y problemática que esta fuese. Uno de los mayores errores de los “extremistas” es pretender que la publicidad deba ser limpia, clara y coherente; lo que lleva a falsear las cosas, pues la realidad puede ser oscura, ambigua y

183 De La Rica M., R. (1977), p. 397.

184 Díez Picazo, L. (1995), T. III, p. 493.

litigiosa. El registro no cambia la vida, solo la refleja como si fuese un espejo, la hace de conocimiento general. Ese es su primer, fundamental, y, más importante objetivo.

Enseguida haremos el análisis de algunos tipos de anotaciones preventivas.

4.4.1. Bloqueo registral

Una de las anotaciones preventivas más usuales es el llamado **bloqueo registral**, cuya necesidad se origina por el lapso temporal que se produce entre la celebración del acto de constitución de derecho real hasta su inscripción. Durante ese periodo pueden concluirse e inscribirse actos ajenos a la voluntad y conocimiento del adquirente, con la frustración del interés en juego¹⁸⁵. El conocimiento exacto y veraz de la situación registral del inmueble durante la celebración del acto causal, constituye un elemento fundamental para que la transmisión de la propiedad se pueda efectuar según las condiciones pactadas¹⁸⁶. Sin embargo, este conocimiento exacto de la situación registral se complica por cuanto el estado jurídico de una finca es dinámico y cambiante. Esta situación hace que los potenciales adquirentes de un inmueble, o los prestamistas de un crédito, busquen algún mecanismo para dotar de eficacia retroactiva a la inscripción, hasta el momento en que recién se ha celebrado el negocio en documento privado, y con lo cual se logra seguridad para que las partes puedan culminar la ejecución del negocio, lo que abarca el pago de los tributos, preparar el pago y, finalmente, formalizar el acto jurídico sin contratiempos.

En nuestro ordenamiento, se evita dicho riesgo a través de una eficacia retroactiva de la futura inscripción, la misma que se computa desde el ingreso en el registro de la reserva de espacio registral, para lo cual se requiere presentar copia del documento privado que sustenta la transferencia (minuta), según el art. 136 RIRP. Este bloqueo se considera una anotación preventiva de breve duración (sesenta días hábiles), siendo que en ese lapso debe formalizarse el documento público notarial de la transferencia, pues, en caso contrario, la anotación caduca automáticamente. El bloqueo regis-

185 Löber, B. & Penedo, J. (1994), p. 14.

186 *Ibid.*, p. 15.

tral anuncia un nuevo derecho real, pero que podría no consumarse por ausencia del documento público, pero, mientras tanto produce un efecto contundente, aunque temporal: la imposibilidad de inscribir actos posteriores¹⁸⁷.

En el Derecho alemán también existe una institución similar denominada específicamente *Vormerkung*¹⁸⁸, que se estudia como una institución de

187 Así, "tomamos en consideración el documento privado solamente en cuanto sirva de enlace entre el período informativo del Registro, entre la generación del contrato y el momento en que ingrese la escritura pública del mismo acto o contrato en el Registro, al objeto de que, si se quiere, siga la prioridad registral, sin solución de continuidad, a dicha fase informativa y así pueda conseguirse que la prioridad y la fe pública actúen simultánea o inmediatamente, sin que en su cometido de enlace el documento privado merme en nada la autenticidad que exige el principio de legalidad, ya que el sello de la verdad se reflejará en seguida en la escritura pública, y podrá así coincidir siempre el contenido del Registro con la realidad extrarregistral; y en este papel de enlace el documento privado, en vez de apreciarle con desconfianza, como sucede cuando se exhibe como título de dominio o de otros derechos reales, porque se teme surja de la penumbra de la clandestinidad la tercera persona a reivindicar con mejor derecho, se le valora como señal, como adelantado, como medio de garantía provisional, que provoca un plazo en el Registro para que las partes tengan tiempo a otorgar la correspondiente escritura y, naturalmente, sin temor al tercero (...). Para seguir el paralelismo entre la realidad y el Registro, entre el dominio de las cosas y su goce, entre la propiedad y sus formas aparentes, entre lo que es y debe ser, en el se observa entre la Ley Hipotecaria y el Código Civil, debemos hacer que se refleje en el Registro todo hecho o acto que produzca mutación jurídica en los derechos reales sobre inmuebles de un modo definitivo, claro y categórico por medio de la inscripción definitiva, cuando la titulación reúna los requisitos intrínsecos y extrínsecos legales, y de un modo provisional, a través del asiento de presentación y de la anotación preventiva, en situaciones no consolidadas o pendientes de requisitos o formalidades, que podrán cumplirse o realizarse luego, a fin de llegar a la inscripción, cuyos efectos podrán retrotraerse generalmente a la fecha de la presentación del documento" Cit. García García, J. (1993), T. II, pp. 666-667. el bloqueo otorga a las partes un período de "tranquilidad contractual", que permita concluir y formalizar el acto jurídico sin la preocupación derivada del posible cambio o alteración en la situación jurídica de la finca, lo cual -como es obvio- podría ser desastroso para el comprador o prestamista.

188 "Desde la celebración del negocio jurídico-obligatorio el deudor de la prestación de entrega puede llevar a cabo actos de disposición sobre el inmueble que pueden frustrar el cumplimiento del negocio jurídico-real. Ese incumplimiento, desde el punto de vista contractual, desencadenaría la necesidad de indemnizar daños y perjuicios, pero la mutación jurídico-real a favor del acreedor ya no sería posible. En consecuencia, el legislador alemán ha ideado un mecanismo de protección de los adquirentes de inmuebles con eficacia jurídico-real. Este mecanismo consiste en la inscripción de una *Vormerkung* en el Registro de la Propiedad": Martínez Velencoso, L. (2000), p. 669.

derecho sustantivo, pues en ella se contiene una situación jurídica de derecho privado que se encuentra en tránsito entre el derecho obligacional hacia el derecho real. En cambio, en nuestro caso, el tema solo tiene implicancia formal-registral, pese a su importancia, pues el derecho real nace sin necesidad de inscripción (art. 949 CC), no obstante, en el bloqueo del contrato de hipoteca, no hay derecho real, por faltar la inscripción (art. 1099-3 CC), sí se trata de un caso de derecho obligacional en tránsito hacia lo real, que resulta inscribible por concesión legal, con fundamento en la seguridad jurídica. Por lo demás, el bloqueo consta en documento privado, pues la escritura no tiene carácter solemne, sino *ad probationem* (art. 1098 CC)¹⁸⁹.

La calificación del registrador en el bloqueo, “se limita a las formalidades extrínsecas, la acreditación del tracto sucesivo y la inexistencia de obstáculos insalvables que aparezcan en la partida registral. No obstante, la calificación del acto definitivo, cautelado por el bloqueo, se realizará con los alcances del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos”

189 Así lo establece la jurisprudencia: “... Primero: Que, el artículo ciento cuarenta inciso cuarto del Código Civil establece como uno de los requisitos de validez del acto jurídico el de observancia de la forma escrita bajo sanción de nulidad, a su vez el artículo doscientos diecinueve inciso sexto del mismo Código sanciona con nulidad la inobservancia de la forma siempre y cuando ella esté prescrita bajo sanción de nulidad; Segundo: Que, la forma esencial como requisito de validez del acto jurídico es conocida como formalidad *ad solemnitatem*, en la medida en que la ausencia de la formalidad prescrita acarrea la nulidad del acto jurídico; en cambio, la formalidad *ad probationem* solamente constituye un medio probatorio para acreditar la existencia del acto jurídico, pero su ausencia no origina la nulidad del acto jurídico. Tercero: Que, el artículo ciento cuarenta y cuatro del Código Civil regula la formalidad *ad probationem*, estableciendo que cuando la ley no impone una forma y sanciona con nulidad su inobservancia, constituye un medio de prueba de la existencia del acto, pero no afecta la validez del acto jurídico, que puede ser también acreditado con otros medios probatorios; Cuarto: Que, en este sentido, resulta que si bien el artículo mil noventa y ocho del Código Civil exige como formalidad de la hipoteca el que sea otorgada mediante escritura pública, no sanciona con nulidad la inobservancia de esa forma; por lo que debe entenderse entonces que se trata de una formalidad *ad probationem*, en la cual la ausencia de la formalidad no afecta la validez del acto jurídico, ni origina la nulidad del mismo. Quinto: Que, esa misma posición ha sido asumido por esta Sala en diversas ejecutorias, tal es el caso de la casación número mil seiscientos dieciocho-noventa y nueve, emitida con fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en la cual se dejó establecido que el criterio que la escritura pública solamente constituye una formalidad *ad probationem* de la hipoteca que no afecta la concurrencia de sus requisitos de validez...” (Casación N° 1276-01 del 10.09.2001).

(art. 136, 3º RIRP). En tal sentido, si bien es cierto que el bloqueo registral conlleva una pre-calificación sobre cuestiones exclusivamente formales, empero, cuando el registrador se equivoca al inscribir el bloqueo, pues, por ejemplo, omite tomar en cuenta una medida judicial de no innovar, entonces no puede privilegiarse el formalismo registral connotado a través de un asiento claramente erróneo, por lo que, en tal caso, el registrador tiene el deber de negar la inscripción del acto definitivo. ¿La razón? La medida judicial prohíbe inscripciones, y si un primer registrador comete un error aceptando el bloqueo, ello no autoriza a que el segundo incurra en nuevo error, pues, de esa forma el mandato del órgano jurisdiccional quedaría derogado en la práctica¹⁹⁰. Por tanto, en caso de que el bloqueo se inscriba por error, entonces el acto definitivo tendrá que ser rechazado, pues “el error no genera derechos”. Por lo demás, el bloqueo solo puede otorgar protección relativa al adquirente, en tanto el registro confiere tutela a las inscripciones definitivas (art. 2014 CC: “siempre que inscriba su derecho”), no a las anotaciones preventivas. Por ello, si luego de anotado un bloqueo se presenta alguna medida judicial de anotación de demanda o de no innovar, por ejemplo, entonces el mandato se inscribe y perjudica al acto definitivo. Es más, aun cuando se inscriba este último, el mandato judicial tiene preferencia, pues los mandatos judiciales no pueden obviarse con formalismos.

Por su parte, el Derecho comparado ha optado por otros mecanismos, no siempre satisfactorios. Por ejemplo, el modelo argentino se basa en la actuación del notario que requiere el certificado del registro para insertarlo en la escritura de transmisión, con el añadido que ese certificado cierra provisionalmente el registro, pese a que en ese momento no se ha celebrado el

190 En forma increíble, la RTR N° 006-2013-SUNARP-TR-T de 04.01.2013 dice que el error del registrador del bloqueo obliga a un segundo error, plenamente consciente, al registrador del acto definitivo: “La observación del registrador Montoya no hace más que denunciar la existencia de un obstáculo insalvable en el asiento B002 de la partida del inmueble. Dicho obstáculo consiste en la orden judicial de que (sic) el registro suspenda la inscripción de cualquier acto posterior hasta que se defina el derecho de las partes involucradas en el procedimiento de rectificación por inexactitud. Este obstáculo existía antes de que se inscribiera el bloqueo registral, por lo tanto, fue materia de evaluación por el registrador de modo que no puede ser nuevamente objeto de calificación por el registrador que examina el acto definitivo. Por este motivo, se revoca la observación decretada al título venido en grado”.

acto jurídico; en cambio, el modelo español no contempla la figura del certificado, ni del bloqueo registral, pues se considera que el registro solo puede cerrarse con un título formal ya extendido, sin embargo, para prevenir los riesgos se ha establecido mecanismos de colaboración entre registradores y notarios que comunican cualquier cambio en la situación jurídica de la finca por un breve plazo (certificación continuada), entretanto se formaliza la escritura, y una vez que ello ocurra, el notario puede solicitar a través del fax que se extienda el asiento de presentación, con cargo a la presentación material del título¹⁹¹. Un análisis imparcial del tema lleva a concluir que el modelo peruano, bastante pragmático, es superior, en tanto no cierra el registro sin acto de transmisión, y tampoco se basa en las comunicaciones por fax que solo sirven para informar la situación jurídica de la finca, pero no para impedir el registro de nuevos actos.

4.4.2. Medidas judiciales de protección de una nueva situación jurídica: anotaciones de demanda

El registro pretende incorporar la realidad jurídica a efecto de lograr su coincidencia con la apariencia formal-tabular. La discrepancia se considera un mal que debe evitarse, en tanto ocasiona una pérdida de confianza en las inscripciones, y en los efectos que deban producir en su momento. Uno de los mecanismos para evitar las inexactitudes del registro consiste en las medidas judiciales de aseguramiento. Por ejemplo: B es titular registral de un inmueble determinado luego de haberlo adquirido de A, pero resulta que su título adquisitivo está afectado por una causa de nulidad, resolución o rescisión, por lo que en realidad el registro contiene una información inexacta. ¿Cómo corregir la inexactitud? El proceso judicial es el instrumento idóneo para tutelar derechos privados y declarar o anular situaciones jurídicas; pero el desarrollo del proceso es lento, y si esperamos hasta su conclusión, puede ocurrir que el titular registral A enajene el inmueble a favor de un tercero C, que desconoce la causa de nulidad o resolución, por lo que podría ampararse en la fe pública registral. Por tanto, para remediar este problema surgen las medidas judiciales de aseguramiento de una situación jurídica, cuya finalidad es publicar la “protesta” en contra de un derecho inscrito, con

191 Lóber, B. & Penedo, J. (1994), pp. 24-28.

lo cual se permite a los terceros la posibilidad de conocer una posible causa de decadencia del negocio inscrito. Es el caso de la anotación preventiva de demanda prevista el art. 673 CPC, que, de acuerdo con la clasificación de Manzano Solano, se trata de un asiento que publica sin constituir. El presupuesto fáctico de la anotación de demanda se halla en la existencia de una crisis o controversia en la relación material (civil), cuya demora en resolverse a través del proceso judicial puede convertir en ilusoria la pretensión del actor. Por ello, el Derecho procesal ha buscado mecanismos para conservar la situación inicial existente a la interposición de la demanda con el propósito de tutelar la eficacia del proceso. De esta manera, se desafía el paso del tiempo procurando que la sentencia despliegue todos sus efectos a través de esta medida cautelar conservativa¹⁹².

La anotación preventiva de la demanda tiene, por tanto, dos aspectos¹⁹³: (i) Desde el punto de vista procesal, es una medida cautelar que tiene por finalidad asegurar la sentencia, la cual, una vez dictada, podrá ejecutarse en iguales circunstancias que cuando se inició la instancia judicial; (ii) Desde el punto de vista registral, es el instrumento para informar la existencia de alguna causa que ha dado origen a la pretensión de nulidad o ineficacia del acto inscrito.

En resumen, los efectos jurídicos de la anotación de demanda son los siguientes:

- a) Los efectos de la sentencia futura se expanden a terceros en forma directa (art. 673 CPC, concordante art. 68 RGRP), con lo que se asegura la ejecución del pronunciamiento judicial. Esta es su consecuencia fundamental¹⁹⁴.

192 Monroy Palacios, J. (2002), p. 215.

193 Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 221.

194 El art. 739 CPC señala que el auto de adjudicación purga todos los gravámenes crediticios, anteriores o posteriores al embargo, así como las cargas de uso o disfrute, aunque solo las posteriores al embargo; no obstante, luego de la adjudicación se mantienen las anotaciones de demanda, cualquiera que fuese su temporalidad o materia, pues tratándose de actos judiciales dirigidos principalmente a cuestionar la validez o eficacia del título inscrito, entonces el juez de ejecución, con su limitada cognición, no tiene la capacidad para resolver la pertinencia o no del conflicto ya suscitado; por tanto, la anotación subsiste a las resultas del proceso declarativo que dilucidará sobre la certeza del derecho discutido.

- b) En la etapa de pendencia de la sentencia, y, solo en algunos casos, excluye la aplicación del principio de fe pública registral. No es un efecto general.
- c) No se clausuran las inscripciones sucesivas, ni se priva al titular registral de su poder dispositivo, salvo que el juez, además, dicte una medida de prohibición de disponer. Por tal razón, la anotación de demanda simplemente previene a los adquirentes respecto a la posible decadencia del negocio en que pretende fundarse¹⁹⁵. El efecto está reconocido en el art. 673 CPC y art. 67 RGRP.

El Tribunal Constitucional ha señalado que si bien el juez de la ejecución se encuentra vinculado con la norma procesal que le impide purgar las anotaciones de demanda que pesan sobre los bienes ejecutados, empero, ello no impide que el adjudicatario recurra al juez del proceso declarativo que dispuso la anotación con el fin de plantear la procedencia de levantarla o no, de acuerdo con las circunstancias del caso, por lo que, en tal caso, no puede rechazarse a priori la demanda, por simple aplicación mecánica del art. 739 CPC, en tanto esta norma regula la actividad del juez de la ejecución, pero no del proceso declarativo; por tanto, el rechazo automático de la demanda, por virtud de una disposición legal inaplicable, constituye violación de los derechos fundamentales al debido proceso y la propiedad. Esta doctrina se consagra en la fundamental STC N° 00491-2013-PA/TC, de 11.07.2013: "3. Que, la empresa recurrente aduce que en el contexto de la tramitación del remate público, a través del cual se le adjudicó el inmueble inscrito en la partida N° 49074167, los órganos judiciales desestimaron su pedido de levantamiento de anotación de demanda basándose en el artículo 739 del Código Procesal Civil, que posibilita el levantamiento de todo gravamen que pesa sobre el inmueble, con la excepción de la medida cautelar de anotación de demanda. Así planteado los hechos, este Colegiado considera que la demanda sí contiene un asunto de relevancia constitucional relacionado con la eventual vulneración del derecho a la propiedad, al dificultarse en los hechos la libre disposición y negociación futura del inmueble adjudicado sobre el cual recae aún la citada medida de anotación. Por tal razón se debe revocar la decisión impugnada ordenándose la admisión a trámite de la demanda de amparo con audiencia de los demandados y/o interesados, a efectos de verificar la vulneración del derecho a la propiedad de la recurrente" (Finalmente, se ordenó la admisión de la demanda de amparo contra resolución judicial).

Por ejemplo, supongamos que un acreedor ejecuta al deudor el bien inmueble de su propiedad, por lo que el juez de la ejecución procede a transferir la propiedad a favor del adjudicatario, pero con la subsistencia de la anotación de demanda dispuesta por el juez de un proceso declarativo referido al pago de indemnización. En tal caso, el adjudicatario puede recurrir ante este último juez para que evalúe su cancelación bajo el argumento que la anotación en realidad encubre una medida ejecutoria para el cobro de una obligación dineraria, por lo que tal demandante-acreedor debería participar en el remanente del monto de la subasta, pero no tendría razón alguna para mantener una anotación que carecería de objeto.

195 Nussbaum, A. (1929), p. 49.

4.4.3. Medidas judiciales de conservación de la situación jurídica: prohibiciones de disponer

El Código Procesal Civil, en vigor desde 1993, incorpora una gran cantidad de medidas cautelares, entre las que se incluyen las de “no innovar”, que ciertamente tienen la naturaleza de las prohibiciones judiciales de no disponer. El art. 629 CPC reconoce la tutela cautelar genérica¹⁹⁶. El efecto fundamental de las prohibiciones judiciales de disponer es cerrar el registro para los actos dispositivos realizados en forma posterior por el titular del derecho inscrito¹⁹⁷.

Sin embargo, la situación se complica cuando la prohibición judicial de disponer llega tarde al registro, esto es, cuando el bien ya ha sido transferido, con lo que se produce un conflicto entre el título no-inscrito y el inscrito. Por ejemplo: A es propietario de un inmueble, el cual es hipotecado a favor de B. Posteriormente C logra anotar una prohibición de disponer en el mismo inmueble, pues sigue un proceso judicial contra A. En este caso, la prohibición judicial, en principio, aunque no se haya registrado, produce como efecto que el acto posterior no pueda ser válido, por tanto, el registro deberá anotar la prohibición, aunque haya un tercero, con lo cual se cumple el fin de las anotaciones: publicar la realidad jurídica, conflictiva o no; no obstante, el tercero podría alegar la protección registral, lo que se evaluará en proceso contencioso, pero no en el procedimiento administrativo. Un caso más sencillo se produce cuando los actos dispositivos realizados por el titular registral se hubiesen materializado con anterioridad a la anotación de prohibición, aunque llegasen posteriormente al registro, pues, en tal caso, la medida judicial (posterior) no puede oponerse a la propiedad (anterior), en tanto, el propietario no-inscrito podrá levantar la medida en forma

196 “el poder cautelar genérico no es más que la posibilidad de que el juzgador otorgue medidas cautelares atípicas. La aceptación de este poder en los distintos sistemas procesales ha constituido, sin lugar a duda, un paso adelante en la lucha por la eficacia del proceso. Él es una muestra más de que la libertad de interpretación del juez no se restringe al plano normativo, sino que el peso de su función debe ubicarse en la solución del problema concreto (tópica). Sin embargo, más allá de la poca exactitud del término, lo cierto es que este instituto no debe ser apreciado como parte de una potestad especial, sino como una expresión más de las diversas posibilidades que tiene el juzgador de actuar adecuadamente en un proceso judicial”: Monroy Palacios, J. (2002), p. 356.

197 Cavallero, J. (1993), p. 196.

análoga a lo que sucede con los embargos, según la sentencia del VII Pleno (cuestionada por la motivación, hasta con plagios, no por la decisión del tema principal), cuya parte resolutive es elocuente: el propietario no-inscrito, pero con título fehaciente con data anterior, puede levantar los mandatos judiciales de embargo, e igual debiera ocurrir con los de no innovar.

4.4.4. Medidas judiciales de afectación de bienes del deudor: embargo

a) Definición

El embargo judicial es acto procesal destinado a la individualización de bienes concretos y específicos del deudor, con el fin de afectarlos, provisional o definitivamente, para la realización forzosa y subsiguiente pago de la obligación en favor del acreedor¹⁹⁸. El embargo se concreta en el acto judicial (declaración de autoridad con fuerza ejecutoria), pero se materializa hacia el exterior -para producir efectos frente a terceros-, con la “actividad de aprehensión del bien”¹⁹⁹, específicamente si se trata de muebles, o la “actividad publicitaria”, tratándose de los inmuebles.

El embargo en forma de inscripción se encuentra regulado en el art. 656 CPC: “*Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que esta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente*”²⁰⁰. La norma regula los bienes registrados, lo

198 “La traba se ha de efectuar sobre elementos patrimoniales determinados, de modo que no puede considerarse embargado, en su conjunto, todo el patrimonio del deudor. Es preciso afectar un concreto bien para embargarlo, un bien o un derecho cuya efectiva existencia conste, pues en otro caso el embargo será nulo”: Moreno Catena, V. (2009), p. 218. El viejo Reglamento del Registro de Mercantil de 1970 contenía una curiosa disposición -no por la incorrección, sino por la ubicación sistemática-, por la cual, se establecía que no era inscribible el embargo judicial sobre todo el patrimonio de la sociedad.

199 Allorio, E. (1963), T. II, p. 218.

200 El art. 2020 CC señala que los reglamentos establecerán los actos o contratos susceptibles de anotación preventiva, y en tal sentido, el Reglamento General de los Registros Públicos señala que el mandamiento de embargo es objeto de anotación, lo que se diferencia de los asientos de inscripción mediante variados (y dudosos) criterios, como los que expresa Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 304: “(se) reserva la inscripción -en principio- para las titularidades reales consolidadas, no niega toda protección a los derechos en formación o en

que comprende a los predios, vehículos, buques, embarcaciones pesqueras, aeronaves y los derechos de propiedad industrial e intelectual²⁰¹. En este contexto, la doctrina discute si los efectos del embargo nacen con la inscripción en el registro, o no, lo que constituye un asunto de relevante interés práctico. La primera tesis se sustenta en la seguridad del tráfico jurídico, por lo que la inscripción del embargo tendría carácter constitutivo, con la finalidad de evitar fraudes contra los terceros adquirentes²⁰². La tesis con-

litigio, o que afectan a la cosa sin entidad real suficiente para ser inscritos. Al contrario, para estos supuestos previene especiales asientos transitorios destinados a atenuar el rigor de las apariencias librarias, a reservar eventualmente un rango al derecho *in fieri*, y a prevenir en todo caso a quien consulta el registro -futuros adquirentes, acreedores (hipotecarios o no)- de la posible inexactitud, originaria o sobrevenida, de los asientos principales, o de la afección de la finca a determinadas responsabilidades". La categoría de la "anotación preventiva" es tan enigmática que comprende diversas hipótesis, a veces con pocas cosas en común, pero este debate propio del derecho registral, empero, no tiene importancia para el objeto de este libro, centrado en el proceso judicial; por tanto, a lo largo de la obra hablaremos de "inscripción" del embargo, no en sentido técnico-registral, sino como "publicidad" del embargo en un registro público.

- 201 Por el contrario, esta disposición no incluye al llamado "Registro Mobiliario de Contratos" (RMC), creado por la Ley 28677, pues, en tal caso, no existen "bienes registrados", sino contratos de garantía sobre bienes muebles de difícil o nula posibilidad de individualización, pese a lo cual, la citada ley permite inscribir embargos sobre este tipo de muebles, empero, su publicidad es simplemente referencial o informativa (publicidad-noticia), pues las garantías externas de la medida judicial se logran con la aprehensión física (secuestro) o jurídica (depósito) de la cosa, pero, en uno u otro caso, se requiere la sujeción posesoria.
- 202 "Está fuera de toda duda que, una vez decretado el embargo inmobiliario, y aún pendiente de diligenciamiento su anotación, la medida cautelar, en cuanto tal, existe en el campo del derecho procesal. Interesa aquí determinar el carácter declarativo o constitutivo de su anotación cuando su objeto es un inmueble, es decir saber si en forma actual, el inmueble embargado es cubierto por los efectos de la medida cautelar con prescindencia de la anotación del embargo en el registro inmobiliario de la ubicación del predio (...) En nuestra opinión, el embargo de un inmueble, para producir efectos respecto del predio alcanzado por la medida cautelar, requiere que ésta haya motivado el pertinente asiento en el registro de la propiedad respectivo. Ello significa que la anotación del embargo inmobiliario es de naturaleza constitutiva. Fundamos nuestra afirmación en las siguientes razones: 1) El embargo inmobiliario es una institución que, para asegurar la eficacia de una sentencia, interfiere en el tráfico jurídico. Eso requiere que sus efectos se subordinen a la pertinente anotación registral. 2) El embargo inmobiliario no constituye un derecho subjetivo dotado de finalidad propia y específica, sino que, siendo una situación jurídica simple de carácter dinámico o instrumental, agota su razón de ser en la interferencia misma del tráfico para sustraer al bien del comercio jurídico (relativamente, por cierto) y afectarlo a la satisfacción de un interés amparado por la jurisdicción. 3) La ley procesal subordina la existencia del embargo inmobiliario a la vigencia de un término contado

traria sostiene que las medidas judiciales de ejecución son inmediatamente eficaces y exigibles, por virtud de la potestad jurisdiccional confiada en el juez (art. 139 Const.), en tanto la actividad judicial no puede estar controlada por la administración pública, sino al revés (art. 148 Const.). La solución se encuentra en cada ordenamiento jurídico, que, en el caso peruano, contempla un régimen, por cuya virtud, la medida cautelar existe desde la resolución judicial en las relaciones entre acreedor y deudor, por ello, la ejecución mediante la inscripción es facultativa (art. 656 CPC: “puede ejecutarse inscribiéndose”), pero no es oponible frente a terceros adquirentes del bien mientras ello no sea cumplido (art. 656 in fine CPC: “el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito”), es decir, en caso de falta de inscripción, el tercero no asume el embargo, pero tampoco frente a otros acreedores embargantes del mismo deudor, pues, en tal caso, se exige la ejecución, es decir, la inscripción (art. 639 CPC, concordante art. 2016 CC)²⁰³, empero, queda la duda si el embargo no-inscrito resulta eficaz, no frente a otros embargos, sino contra acreedores quirografarios del mismo deudor.

b) Presupuestos

El primer presupuesto es que el bien sea embargable, lo que constituye la regla general tratándose de elementos patrimoniales del sujeto deudor, salvo que el bien se encuentre en el listado de inembargables (art. 648 CPC), por tanto, los bienes objeto de embargo deberán tener contenido económico y susceptibles de realización (“embargabilidad” o susceptible de embargo), dado que la ejecución cumple la función de satisfacción del acreedor, mediante la obtención del producto luego de los actos ejecutivos²⁰⁴.

El segundo presupuesto es que los bienes se individualicen o concreten a través del acto judicial, pero a veces se requiere complementariamente

desde la anotación en el registro respectivo, indicio elocuente de que su virtualidad se proyecta en tanto que se haya manifestado registralmente. 4) Los efectos persecutorios y preferenciales, propios del embargo inmobiliario, exigen su exteriorización registral para evitar que la seguridad que ofrece la medida cautelar al embargante no sea en desmedro de la atinente al tráfico inmobiliario...”: Adrogué, M. & Amuy, J. (1986), pp. 336-338.

203 Por tanto, “se trata de una anotación declarativa, ya que el embargo se produce desde la resolución judicial que lo decreta” Moreno Catena, V. (2009), p. 258.

204 Ibid., p. 219.

la actuación del funcionario público²⁰⁵, especialmente cuando la orden del juez ordena la afección genérica sobre “los bienes muebles del deudor que se ubiquen en determinado lugar”, cuya finalidad es evitar la ocultación material de cosas que se encuentran en sitios cerrados o de imposible visibilidad, por tanto, en este segundo tipo de embargos se necesita una actividad ulterior de especificación, normalmente ejecutada por el oficial respectivo, con lo cual recién viene a completarse la traba²⁰⁶, o con la inscripción registral (arts. 639 y 656 CPC). En tal sentido, quedan proscritos los embargos universales o meramente genéricos, sin precisiones²⁰⁷.

El tercer presupuesto es que los bienes, ya individualizados, pertenezcan al deudor, pues la ejecución recae sobre su patrimonio, no en el terceros (art. 642 CPC). Esta es una premisa que se encuentra fuera de discusión²⁰⁸, por lo que llama la atención que algunos extremistas registrales nacionales sostengan que la mera apariencia es suficiente para entender que el bien sea reputado como perteneciente al deudor, aunque comprobadamente no lo sea. No obstante, el juez se encuentra ante el problema práctico de establecer la propiedad de los bienes para aceptar o denegar el embargo. En primer lugar, cabe ordenar la traba, sin mayor trámite, por el solo hecho que los bienes se encuentran en posesión del deudor. La otra opción es exigir una acreditación fehaciente de la titularidad, lo que podría hacer inviable la ejecución forzosa. La solución intermedia pasa por dotar al

205 “Si el embargo se resuelve básicamente en la afección de los bienes al proceso de ejecución, el mismo existe desde que se decreta por resolución judicial, o se reseña la descripción de un bien en el acta de diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado todavía las medidas de garantía o de publicidad de la traba”: Montero Aroca, J. (2008), T. II, p. 598.

206 “Dicha traba la debe hacer el funcionario sobre ‘bienes suficientes a su juicio para cubrir la cantidad fijada en el mandamiento’ (...). Por otra parte, no hay pautas para que el oficial de justicia determine cuándo es suficiente el embargo, con lo cual se le otorga una facultad ilimitada”: Novellino, N. (2011), p. 390.

207 “La traba se ha de efectuar sobre elementos patrimoniales determinados, de modo que puede considerarse embargado en su conjunto todo el patrimonio del deudor. Es preciso afectar un concreto bien para embargarlo, un bien o un derecho cuya efectiva existencia conste, pues en otro caso el embargo será nulo (...)”: Moreno Catena, V. (2009), p. 248.

208 Aunque con otro orden sistemático, se dice claramente que: “El primero de los presupuestos de la traba es que los bienes sobre los que recaiga pertenezcan al deudor, porque son sus elementos patrimoniales, y no los de un tercero, los que deben realizarse en la ejecución para entregar al acreedor la suma de dinero por la que se despacha”: *Ibid.*, pp. 219-220.

tribunal del poder de decidir sobre la pertenencia de los bienes del ejecutado, mediante la apreciación de indicios o signos externos, conforme señala el art. 593.1 de la Ley de Enjuiciamientos Civiles española²⁰⁹. En tal sentido, si las apariencias engañan, entonces el propietario del bien afectado en forma ilegítima puede demandar el levantamiento del embargo mediante el proceso de tercería. Es evidente que una medida dictada por el juez a pedido del acreedor, sin contradictorio ni declaración de certeza, no podría tener la condición de acto irrevocable; por tanto, para compensar la decisión judicial con mínima cognición, entonces, como contrapeso, se permite enmendar el error mediante el proceso de tercería.

c) Naturaleza

El embargo no es derecho en sí mismo, menos un derecho real²¹⁰, pues, en realidad, se trata de un acto judicial destinado a la tutela de un derecho sustancial del acreedor. Por tal motivo, no existe “un derecho subjetivo de embargo”, sino un solo derecho (de crédito), protegido por el acto judicial de afección de bienes. Por tanto, el embargo ejecutivo es un mecanismo dirigido a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del deudor, pero no es un derecho por sí mismo, pues ello implicaría una contradicción insalvable, en tanto el embargo sería un derecho creado por el juez para proteger a su vez un derecho sustancial, lo que sería paradójico. Con ese criterio, entonces, la reivindicación pasaría a convertirse en un derecho autónomo para proteger otro derecho: la propiedad.

En suma, el embargo es acto procesal que cumple la función de individualizar la responsabilidad del deudor sobre los bienes sujetos dentro del proceso de ejecución, lo que exige una resolución judicial o declaración de voluntad del órgano con potestad ejecutoria o cautelar, que produce la afección de los bienes²¹¹, desde la traba, aún sin medidas de garantía o publicidad²¹², pero solo *inter partes*, es decir, en las relaciones del proceso entre deudor y acreedor. Por tanto, si bien el acto de embargo ya existe desde el

209 Ibid., pp. 219-221.

210 Ibid., p. 219.

211 Montero Aroca, J. (2008), T. II, p. 610

212 Ibidem.

momento de dictarse la resolución, empero, necesita de ciertas garantías externas (adicionales) en relación con los terceros²¹³.

d) Efectos

El embargo judicial produce los siguientes efectos:

- a) Efectos en el proceso: el bien del deudor queda vinculado para la ejecución forzosa o la actual ejecución instada por el acreedor contra el deudor (art. 642 CPC), según se trate de embargo cautelar o ejecutivo, respectivamente, para cuyo efecto, no es necesaria la inscripción registral (art. 656, 1° CPC, que habla en modo potestativo), aunque el panorama cambia en relación con terceros, conforme se analizará enseguida.
- b) Efectos relacionados con los otros acreedores del ejecutado: El embargo produce prelación crediticia (orden preferente de cobro) en función de la ejecución del mandato (art. 639 CPC), que, en el caso de los bienes registrados se produce con la inscripción (art. 656 CPC, en concordancia art. 2016 CC), por tanto, en la concurrencia de diversos embargos sobre un mismo bien inmueble, lo cual presupone que se encuentra en debate intereses de terceros, entonces la preferencia se logra por virtud de la antigüedad de la inscripción de los distintos embargos anotados en la partida registral, y, con mayor razón, el embargante inscrito tendrá pre-

213 “El embargo propiamente dicho se resuelve en la afección, en la declaración de voluntad del juez que afecta un bien a la ejecución; desde ese momento existe la traba con relación a las partes procesales. La fase siguiente no se refiere, pues, a la constitución de la traba, sino a garantizar su existencia en un doble aspecto: 1) Frente al ejecutado, para evitar que este realice cualquier acto de ocultación o disposición que haga imposible la continuación de la ejecución, bien en sentido físico (ocultación o destrucción), bien en sentido jurídico (transmisión del derecho en forma irreivindicable), y, 2) Frente a los terceros, para que estos tengan conocimiento de la existencia de la traba, tanto a efectos de mera publicidad como de preferencia en el cobro del crédito respecto del bien. Los actos de garantía no constituyen el embargo en sí, aunque determinados efectos del mismo pueden referirse a ellos. Dado que estos actos suelen tener una apariencia exterior más destacada que la mera declaración de voluntad del juez, suele decirse, con error, que el embargo existe cuando se ha realizado el acto de garantía. Jurídicamente el embargo existe desde la afección, aunque algunos efectos propios del mismo con relación a terceros comienzan desde que se produce la garantía externa”: *Ibid.*, pp. 617-618.

lación frente a embargos no-inscritos, incluso con fecha de traba anterior, pero no ejecutados, o acreedores simples o quirografarios. No obstante, por falta de norma expresa, queda la duda si el embargo no-inscrito sobre bien registrable es eficaz frente a los acreedores quirografarios del mismo deudor, pues, aunque estos son terceros en relación con un embargo sin ejecución, empero, pueden considerarse “terceros indeterminados o no interesados”, pues carecen de algún derecho sobre el bien, en tanto, el crédito quirografario, por definición, no afecta bienes concretos. Por otro lado, en el caso de embargos de bienes inmuebles no inscritos, la prelación se logra con la fecha de ejecución mediante el acta de depósito del bien (arts. 650, 1° y 639 CPC), salvo que se opte por la anotación de medida cautelar, sobre predio no inscrito (art. 650, 2° CPC), que es facultativa (“a pedido de parte”), en cuyo caso, la fecha de ejecución será la de inscripción, con todas las consecuencias ya señaladas previamente.

- c) Efectos relacionados con los sucesivos actos de disposición que celebra el ejecutado con terceros: El bien queda vinculado para resguardar los fines del proceso, que no son otros que la ejecución, por lo que los sucesivos adquirentes tendrán que “asumir la carga” hasta por el monto inscrito (art. 656 CPC), por tanto, el adquirente posterior sufre el embargo que consta en registro público, lo que ha sido ratificado tanto por la jurisprudencia constitucional²¹⁴,

214 El Tribunal Constitucional ha rechazado amparos contra sentencias de tercería que, aplicando correctamente la ley, habían desestimado la demanda del propietario que adquirió el bien con posterioridad al embargo, por lo que obviamente debía quedar afectado “3. De otro lado, del recurso de casación que corre a fojas 35 de autos, como de la escritura pública de dación en pago obrante a fojas 51, aparece que el actor adquirió la propiedad del 45% de los derechos y acciones del inmueble en litigio, y respecto del cual se interpuso la demanda de tercería de propiedad, cuando este ya se encontraba gravado por una medida cautelar de embargo en forma de inscripción, que dio inicio al remate del referido predio, y que a la fecha, ya ha sido adjudicado en pago. 4. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, al no haberse acreditado que las resoluciones cuestionadas deriven de un proceso irregular, ni que se haya vulnerado el debido proceso, resulta de aplicación al caso el inciso 2) del artículo 6 de la Ley 23506” (STC N° 2561-2002-AA/TC, de 18.12.2003, que declara improcedente la demanda).

como la ordinaria²¹⁵. El embargo surte efectos desde la resolución en el despacho judicial, pero solo en las relaciones entre acreedor y deudor, pero no con efecto frente a terceros adquirentes, pues ello exige “monto inscrito” (art. 656).

e) Embargo ejecutivo y embargo cautelar

La doctrina y legislación procesal comparada distinguen claramente las funciones del embargo ejecutivo y del embargo cautelar, aunque en nuestro país, a veces, se les confunde por la utilización del mismo nombre. En tal sentido, el embargo ejecutivo tiene la función inmediata de satisfacer al acreedor; mientras que el embargo cautelar, previo a la sentencia, tiene la función primaria de aseguramiento o conservación, pues la ejecución forzada no puede darse aún, no obstante, trata de garantizar la ejecución

En un caso más reciente, también se rechazó el amparo por el mismo motivo: “5. Que, de los actuados se aprecia que lo que pretenden los recurrentes es que se deje sin efecto la resolución de fecha 10 de junio de 2008, que confirma la sentencia que declara infundada la demanda interpuesta contra don Juan Alburquerque Suárez y otros, sobre tercería de propiedad, y, como consecuencia de ello, se disponga dilucidar la controversia sobre el mejor derecho de propiedad en el proceso de conocimiento. Alega la transgresión de sus derechos de propiedad, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto, cabe señalar que la resolución cuestionada se encuentra debidamente fundamentada, toda vez que los jueces demandados han determinado que el acto jurídico que se pretende hacer valer para anteponer el derecho de los recurrentes frente a la inscripción de la medida cautelar es un contrato de compraventa de acciones y derechos que corresponden a un departamento en proyecto, es decir sobre un bien futuro, el cual se materializó en fecha cierta con posterioridad a la inscripción de la medida cautelar dictada en el proceso sobre indemnización por daños y perjuicios seguido contra la empresa a nombre de quien figuraba como titular de dicho bien en los registros públicos, por lo que se desestima su pretensión” (STC N° 02616-2012-PA/TC, de 22.05.2013, que declaró improcedente la demanda de amparo).

- 215 Casación N° 2835-2002-Lima, de 24.06.2004 y publicada el 31.08.2004, por la cual el tercer adquirente soporta la carga por el “monto inscrito”, pero la variación del embargo con ampliación del monto no le afecta, pues el tercero queda protegido con el estado de cargas existente al momento de la adquisición, en tal sentido, el nuevo propietario “solo puede asumir la carga hasta por el monto inscrito en la fecha en que adquiere el bien, no resultando viable exigirle que asuma el monto de la ampliación de embargo ordenada con posterioridad a la transferencia de dominio, pues se afectaría los atributos del nuevo propietario previstos en el artículo 923 del Código Civil” (Finalmente, se declaró fundada la tercería respecto a la ampliación de embargo).

futura²¹⁶, por lo cual se busca que el demandado mantenga cierto nivel de solvencia mientras se transita por el proceso principal²¹⁷. Por su parte, una vez concluido el proceso principal con sentencia estimatoria, entonces el embargo cautelar se convierte casi automáticamente en ejecutivo. En tal contexto, es evidente que la estructura de ambos embargos es la misma, pero su función es diferente, pues el primero otorga una garantía, pero nada más, mientras el segundo permite la ejecución actual para satisfacción del derecho crediticio del acreedor.

4.4.5. Anotación preventiva e “inscripción condicionada”

Existen dos figuras que por tener algunas notas comunes parecen lo mismo; sin embargo, desde una perspectiva teórica y práctica es conveniente hacer una distinción nítida: una es la “anotación preventiva”, ya estudiada, y la otra es la “inscripción condicionada”. Para ello basta recordar el caso de las partidas registrales pre-independizadas que, por mandato legal, no se encuentran sujetas a plazo. Por tal motivo, estos asientos no tienen la naturaleza de simples anotaciones preventivas, sino de inscripciones definitivas (por no tener plazo), pero condicionadas a la consolidación de la situación jurídica. Este caso se presentó con la legislación los fenecidos Bancos Estatales de Fomento mediante la llamada “anotación preventiva de hipoteca de duración indeterminada”, establecida por el D. S. 027-81-JUS (con fuerza de ley a partir de la Ley 23862) que agregó un inciso al artículo 79 del Reglamento de Inscripciones de 1936. La hipoteca se inscribía en el registro, pese a que el predio no tenía partida registral, sea por no contar la declaratoria de fábrica e independización, sea por falta del tracto. En tal caso, la jurisprudencia registral entendió, con buen criterio, que la partida abierta con la anotación de hipoteca permitía inscribir actos sucesivos por cuanto sus efectos eran propios a los de una inscripción definitiva²¹⁸, en tanto, además,

216 La doctrina reconoce, hoy, que las medidas cautelares no solo tienen como finalidad la garantía de la ejecución -caso del embargo-, sino también las medidas que conservan la situación de hecho existente al inicio del proceso y las medidas que anticipan el resultado del proceso: Barona, S. (2008), T. II, p. 680.

217 Ibid., p. 684.

218 RTR N° 094-96-ORLC/TR del 08.03.1996: “ (...) Que, según el título archivado N° 106997 del 5 de noviembre de 1992, que dio mérito para extender el asiento referido en el considerando anterior, don Luis Alfonso Sosaya Andavisa adquirió el inmueble descrito en el

la partida no tenía plazo de caducidad. Es el caso también de las anotaciones preventivas de declaratoria de fábrica y reglamento interno extendidas bajo el amparo del antiguo art. 8 D.S. 019-78-VC, Reglamento D. Ley 22112, sobre propiedad horizontal, que también carece de plazo, por lo que se trata de anotaciones con plazo indeterminado, o, en realidad, de inscripciones condicionadas a completar el tracto o a la primera inscripción regular (RTR N° 144-2017-SUNARP-TR-A de 13.03.2017).

4.5. Actos de derechos obligacionales, por excepción

El registro es la institución jurídica destinada a publicar el historial jurídico de las fincas, con pretensión de exactitud, de tal manera que se permita conocer fácilmente, y con efectos legales, la información sobre su estado y situación, con miras a brindar protección al tráfico patrimonial. En este contexto, solo los derechos oponibles a los terceros tienen la virtualidad de acceder al registro, pues, en caso contrario, ¿para qué se inscribirían?, tal

exordio según contrato de compraventa con reserva de dominio y préstamo de hipoteca social – Conjunto Habitacional Limatambo II Etapa- celebrado el 18 de enero de 1985 con el Banco de la Vivienda del Perú por el cual, conforme la cláusula quinta, se pactó la reserva de dominio en favor de la transferente hasta la cancelación total del precio de bien, el mismo que íntegramente se pagó según constancia de cancelación de fecha 05 de octubre de 1988, corroborado por la cláusula adicional del 09 de octubre de 1992, que obran del título archivado; asimismo, en la quinta cláusula adicional del referido contrato aparece consignado que este se inscriba como anotación preventiva de hipoteca de duración indeterminada en aplicación a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 027-81-JUS, con rango de ley según Ley 23862, lo cual resultaba procedente, atendiendo a que en la matriz no aparece inscrito el reglamento interno ni las independizaciones en forma definitiva; Que, de acuerdo a lo expuesto, el Sr. Andavisa es a la fecha propietario del bien inmueble materia del título, por haberlo adquirido en forma automática, estando a lo estipulado por el segundo párrafo del artículo 1583 del Código Civil; Que, del propio texto del D.S. 027-81-JUS, se desprende que dicha anotación preventiva permanecerá vigente hasta que se realice la inscripción definitiva del contrato de compraventa y mutuo hipotecario anotado, agregándose que en el asiento respectivo se especificará el área, linderos y demás características del inmueble gravado que aparezcan del contrato de compraventa, por lo que en el presente caso es procedente considerar que se trata de una anotación preventiva de duración indeterminada de la compraventa, sin que ello implique impedimento alguno para realizar anotaciones posteriores; Que, en consecuencia, lo expresado permite colegir que no hay impedimento legal para inscribir la compraventa presentada, como un acto subsecuente al que consta anotado en el asiento 1-c de la ficha N° 399480, ajustándose a la naturaleza jurídica de la anotación precedente (...).

como ocurre con los derechos obligacionales o personales, no oponibles²¹⁹, por tanto, naturalmente excluidos del registro. Sin embargo, en el ordenamiento peruano, como también ocurre en el Derecho comparado, se mencionan algunas excepciones a esta regla, básicamente por razones utilitarias, como es el caso de los contratos de arrendamiento y opción.

219 El sistema jurídico establece diversas formas de utilización o aprovechamiento de las cosas, sea con efecto real o personal, con o tutela débil, con la finalidad que los propios sujetos puedan optar por la solución más conveniente a sus intereses. En suma, el efecto jurídico pretendido, uno u otro, depende de la autonomía privada, o de la libertad individual, pues los particulares deciden libremente las consecuencias del acto según sus necesidades o preferencias. Por tanto, las partes optan por constituir derechos con mayor o menor eficacia, esto es, si se trata de derecho real o personal. La diferencia es reconocida en forma generalizada, en el pasado y en el presente, en la tradición jurídica romanista y en la anglosajona. Un ejemplo: “Los derechos contractuales son creados mediante acuerdos privados celebrados entre particulares, que crean obligaciones que vinculan a estas personas entre sí y a nadie más. (...) Los derechos de propiedad, por el contrario, vinculan a todo el mundo y no solo al par de personas en particular que contratan. En el sentido más amplio de la propiedad es el conjunto de pretensiones que las personas tienen en los recursos y que generalmente se corresponde con funciones de acatamiento en los demás. Esa característica de la vinculación de todo el mundo es a la que nos referimos con frecuencia al expresar que los derechos de propiedad son *in rem*”: Merrill, T. & Smith, H. (2013), pp. 25-26.

La diferencia entre derecho real y personal no es una cuestión esencialista o metafísica, sino pragmática o utilitarista, pues, el sistema reconoce distintos mecanismos para el disfrute de las cosas o de la riqueza material, sea en extensión, que van desde lo mayor (propiedad) hasta lo menor (servidumbre); sea en intensidad, que van desde la eficacia contra todos los terceros (derecho real) hasta la eficacia meramente personal o inter-partes (derecho obligacional), en la cual la incidencia del objeto es lo determinante, pues, si la cosa es el punto central, entonces la consecuencia lógica es que haya eficacia real, pues cualquiera que se entrometa con la cosa afecta el derecho (real). “Debido a que el derecho se halla afecto al objeto, en lugar de estarlo en relación con personas concretas, este resulta universalmente vinculante frente a cualquiera que vaya a tropezarse con el objeto”: *Ibid.*, p. 26. El orden jurídico habilita distintos tipos de disfrute sobre las cosas, según la extensión o la intensidad, con lo que se permite que los particulares puedan elegir cualquiera de esos medios con el fin de tutelar los intereses que crean pertinentes. Es como una mesa servida en la que los comensales escogen a discreción. Así ocurre con los individuos que optan por uno u otro tipo de disfrute sobre las cosas. En suma, la supremacía del derecho real sobre el derecho personal se impone desde una perspectiva estrictamente dogmática (protección más intensa, configurada por la ley, dentro de diversas alternativas) y funcional (protección de la autonomía privada, como respeto a la voluntad del hombre, para optar por derechos con tutela más o menos amplia), por lo que se configura un derecho oponible, mientras el otro, no. Por tanto, lo oponible triunfa cuando entra en conflicto con lo no-oponible, en tanto, este, por propia definición, carece de la fuerza para enfrentarse con otro derecho (por ejemplo: arts. 1708-2, 2022-2 CC).

4.5.1. Arrendamiento

La Ley Hipotecaria Española, desde su versión original de 1861, admitió el carácter inscribible del contrato de arrendamiento, a pesar de que la doctrina considera que el derecho generado por este contrato es obligatorio, de eficacia *inter partes*, en consecuencia, los sucesivos adquirentes del inmueble arrendado no quedan vinculados, sin embargo, las razones de política legislativa, especialmente relacionado con el aseguramiento de las inversiones que se realizan en los arrendamientos de largo plazo, son más fuertes que la pura dogmática. El derecho italiano²²⁰, así como el francés²²¹, también consideran inscribible el arrendamiento. En el caso peruano se optó por la misma solución desde la primigenia Ley del Registro de Propiedad Inmueble de enero de 1888, luego en el Código Civil de 1936, y, también en el de 1984²²². La inscripción del arrendamiento, en buena cuenta, ha producido dudas en la doctrina sobre la naturaleza de este derecho, pues parece acercarse a las características propias del derecho real, y, siendo así, se difuminan las diferencias con el usufructo.

Sobre el particular, si bien es cierto que la distinción también se encuentra en el ámbito del disfrute, más intenso en el usufructo, sin embargo, la diferencia primaria se encuentra en la tutela real del usufructo, frente a la personal del arrendamiento. En efecto, el sistema jurídico permite a los particulares satisfacer sus necesidades mediante varias alternativas, algunas

220 Código Civil Italiano: Artículo 2643.- *“Actos sujetos a transcripción.- Se deben hacer públicos por medio de la transcripción: (...) 8) Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que tengan duración superior a nueve años...”*.

221 Sobre el Registro francés, se dice que los actos inscribibles: “se refieren a cualquier derecho real inmobiliario y a ciertos arrendamientos. Se comprende aquí cualquier derecho real inmobiliario, típico o atípico, y sea o no susceptible de hipoteca. Los arrendamientos comprendidos son sólo los de cierta duración: los de más de doce años. También pueden ser objeto del Registro los pagos o cesiones de tres o más anualidades de alquiler o renta, aún no vencidas, aunque se refiera a arrendamientos de menor duración. Pero por lo demás quedan excluidos estos arrendamientos de menor duración, aunque sean rústicos, de vivienda o de local de negocio, a pesar de sus aspectos de derecho real y del derecho de prórroga que les convierte en indefinidos, incluso frente a tercero, porque el legislador ha temido las complicaciones formalistas y costosas en actos tan frecuentes”: Peña, M. (1963), p. 738.

222 Artículo 2019.- *“Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble: (...) 6. Los contratos de arrendamiento”*.

muy similares entre sí, cuya única diferencia se halla en alguna u otra nota distintiva. Por tanto, la distinción no se encuentra en la “naturaleza de las cosas”, sino en la cuestión dogmática-utilitaria, dejando que la alternativa por una u otra figura dependa de la necesidad a satisfacer por los particulares²²³. Si las partes requieren satisfacer un interés absoluto de goce y disfrute del bien, entonces deben elegir el usufructo, mientras que, si el interés de las partes se satisface con un derecho relativo de goce sobre el inmueble, entonces la alternativa es el arrendamiento.

En tal sentido, la posición jurídica del arrendatario no se opone al nuevo propietario del bien, pues, el primero tiene un vínculo personal que no afecta a terceros, por cuya virtud, el segundo no se perjudica por un derecho que tiene un ámbito de eficacia restringido. En efecto, el nuevo propietario (tutela fuerte) puede recuperar la posesión, pues el arrendatario solo cuenta con vínculo personal que no afecta a los terceros (tutela débil), incluso aunque el adquirente conociera la existencia del arrendamiento (art. 1708-2 CC). Si bien es cierto que su inscripción hace que este se oponga a los terceros adquirentes (art. 1708-1 CC), por lo que se acerca en cierta medida a un derecho real, sin embargo, no puede identificársele, pues el arrendatario, aun inscrito, no puede recuperar la cosa de un tercer poseedor, pues ninguna norma le atribuye un mecanismo protector análogo al de la reivindicatoria, por ello, el arrendador tiene la obligación de mantener en goce al arrendatario (art. 1680-1 CC), en tanto, este no puede reclamar la posesión a un tercero en razón de la relación personal u obligacional²²⁴.

223 “A mi juicio, además de los argumentos generales, las distintas categorías de derechos reales tienen razones específicas para justificar la tipicidad. a) Para los derechos reales de goce: en el derecho de usufructo la tipicidad se fundamenta en ser un derecho especial frente al arrendamiento (la cesión del goce es normalmente personal –arrendamiento-, sólo es real –usufructo- por la tipicidad)”: Álvarez Caperochipi, J. (1986a), T. I, p. 22.

224 Por su parte, el comodato es claramente una relación exclusivamente personal, por la que nunca se opone a los terceros adquirentes, e incluso el comodatario se encuentra ciertamente en una situación debilitada, pues tiene el deber de restituir la cosa, aunque el plazo del contrato no haya vencido, si es que el comodante lo requiere por urgencia imprevista (art. 1736 CC). Cuando dos particulares celebran un contrato de arrendamiento o de comodato, ellos conocen perfectamente que están creando una relación jurídica de índole personal, de carácter más débil en cuanto no se opone a terceros. Es decir, si desde el origen del negocio, los particulares conocen perfectamente que el derecho carece de eficacia real; por tanto, ¿cuál puede ser la razón para luego reclamar ese efecto que antes no se quiso y se

Por otro lado, es natural que el plazo del arrendamiento se estipule por menor tiempo que un derecho real, y el mismo Código Civil establece un lapso máximo de diez años. En una relación de duración menor, pues su intensidad se satisface plenamente con el vínculo obligacional. En cambio, para una relación de larga duración, con inversiones importantes de una de las partes, el remedio idóneo será la constitución del derecho real. Por ello, en muchos ordenamientos, el arrendamiento es inscribible solamente cuando tiene un largo período de duración. Sin embargo, debe llamarse la atención respecto a algunas modalidades del contrato de arrendamiento en donde no se recibe ningún valor agregado por mérito de la inscripción. En este sentido, se ha hecho notar que los arrendamientos con plazo indeterminado constituyen un caso de “*registración inútil*”²²⁵, pues tal relación jurídica no puede afectar al tercer adquirente de la finca, pues al subrogarse de ple-

rechazó? Téngase en cuenta que si el mismo bien es vendido posteriormente a un nuevo propietario, entonces este tiene todo el derecho de exigir la devolución del mismo, y los poseedores con título obligacional no tienen nada que oponer, pues desde el principio conocían que su derecho era personal, salvo la hipótesis excepcional de la inscripción del arrendamiento, pero que tampoco lo iguala con el derecho real, pues tal arrendatario no puede actuar en forma directa contra un tercer poseedor con miras a la recuperación de la cosa, lo que sí puede hacer, por ejemplo, el usufructuario o el superficiario, en la condición de titulares de derecho real. En buena cuenta, el arrendatario o el comodatario sufre el riesgo de la ausencia de oponibilidad frente a terceros, y debe tolerar esa consecuencia jurídica cuando celebra cualquiera de esos contratos. En cambio, si la persona deseaba la tutela sustancial que produce el derecho real, entonces debió constituir un usufructo o superficie. El problema es que esos negocios seguramente le representarían una mayor inversión pues el propietario sufre una más intensa injerencia sobre su dominio, y de esa forma queda disminuido en sus relaciones con los terceros. En consecuencia, bien puede decirse que existe una especie de equivalencia simétrica y, por eso, razonable: si alguien pretende mayor protección (real) entonces el título seguramente le costará más; pero si se conforma con menor protección (obligacional), el título le costará menos. Por tanto, no hay razón jurídica, económica o moral para exigir el efecto real cuando las mismas partes se conformaron con un derecho personal, de menor eficacia y valor más reducido. En tal sentido, la superioridad del derecho real sobre el obligacional se impone por la propia naturaleza de las titularidades en juego, así como por la autonomía privada que funda cada uno de esos derechos, y que es uno de los pilares del orden jurídico patrimonial. La exclusión es un efecto perseguido por las mismas partes cuando constituyen derechos reales. El sistema deja a elección de los interesados el mecanismo más conveniente para ellos. En algunos casos se optará por un disfrute de la cosa (interés protegido) con solo efecto obligacional; y en otros por el disfrute con efecto real. El primero es un arrendamiento, de menor costo en un mercado libre; el segundo, un usufructo, de mayor costo.

no derecho en la relación arrendaticia, entonces podría resolver el vínculo en cualquier momento, de conformidad con el art. 1703 CC: “*Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante*”. A pesar de su evidente carácter de “*registro inútil*”, el art. 2019-6 CC permite la inscripción de cualquier contrato de arrendamiento, lo que se encuentra ratificado en la Exposición de Motivos con una afirmación categórica: “*Se inscriben tanto los contratos de arrendamiento de duración determinada, así como los de duración indeterminada*”²²⁶. En este extremo, el Código de 1936 era técnicamente superior, en cuanto solo permitía la inscripción de los contratos de arrendamiento de duración determinada, y los de plazo indeterminado cuando se hubiese pactado el pago de mejoras o de adelanto de la renta.

4.5.2. Opción

La Exposición de Motivos Oficial del Código Civil no toca el asunto de fondo referido a la naturaleza de la opción, limitándose a señalar que la eficacia *erga omnes* concedida al titular de este derecho (“optante”) se justifica porque es necesario asegurar la preferencia de quien inscribió con anterioridad a la transmisión del dominio: “*Este artículo pretende que ello no ocurra, que el beneficiario de una opción no encuentre burlado su derecho cuando decida ejercerlo, porque encuentra que el inmueble ya ha sido transferido a un tercero, que inscribe su derecho después de inscrita la opción, pero antes de ejercitada ésta*”²²⁷. La opción, como derecho de adquisición preferente, hace nacer un estado de sujeción en favor del optante, de tal manera que este goza de una atribución concreta sobre la cosa, cuyo interés será satisfecho por su sola voluntad, sin necesidad de cooperación alguna del futuro vendedor. En doctrina, estas situaciones de sujeción se denominan “derechos potestativos”²²⁸, pues el su-

226 Comisión Revisora del Código Civil (1990), p. 19.

227 Ibid, p. 22.

228 (son) “situaciones (activas y de ventaja), surgidas sobre la base de intereses patrimoniales o no, que le permiten al titular obtener, con un comportamiento propio unilateral, un resultado favorable mediante el ejercicio de una facultad peculiar (llamada de formación) apta para provocar una modificación en la esfera jurídica de un sujeto distinto, imposibilitado para oponerse válidamente a ella y que, por eso mismo, por regla general, se encuentra en una posición (de desventaja inactiva) de mero pati o soportar”: Breccia, U. & Bigliuzzi, L. & Natoli, U. & Busnelli, F. (1992), T. I-1º, p. 416.

jeto pasivo no tiene forma de obstaculizar o impedir la consecución del resultado favorable, que solo depende de la voluntad del sujeto activo, por lo que no es necesaria la cooperación del deudor para satisfacer el interés del acreedor. Es cierto que un sector de la doctrina considera que la opción de compra tiene carácter real, lo cual se sustenta en la función económico-social del contrato que lo origina, cuál es, sujetar un inmueble al poder del optante²²⁹, sin embargo, el Código Civil no le reconoce esa calidad (art. 881 CC). Por el contrario, un negocio jurídico diverso, por la causa, es el compromiso de contratar, cuyo propósito práctico no es lograr una sujeción del inmueble. En tal sentido, el interés de las partes en un compromiso de contratar se entiende satisfecho mediante la actitud de cooperación del deudor, requiriéndose, en consecuencia, un nuevo consentimiento para entender celebrado el contrato definitivo. Así lo señala el art. 1414 CC: *“Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”*. No existe derecho potestativo otorgado a una u otra de las partes para celebrar el contrato a sola voluntad (art. 1418-1 CC).

La tutela más intensa del optante frente a la debilitada del promitente hace que, entre otras diferencias, la opción sea inscribible, mientras el compromiso de contratar, no. La jurisprudencia registral ha rechazado reiteradamente la inscripción de los compromisos de contratar, por tratarse de pactos de orden meramente obligacional. Es el caso de las RTR N° 270-98-ORLC/TR del 31.07.1998 y N° 428-98-ORLC/TR del 18.11.1998, así como la más reciente, la N° 046-2016-SUNARP-TR-A de 26.01.2016.

229 “Por el contrato de opción una de las partes se reserva la facultad de adquirir, dentro de un plazo y en las condiciones establecidas, un inmueble perteneciente a la otra parte contratante. Ello significa dos cosas fundamentales: Primero que la causa del contrato o propósito práctico perseguido por las partes es la concesión al optante de la facultad de adquirir un inmueble en el futuro, dentro de un plazo, en las mismas condiciones en que lo adquiriría ahora, si la venta se celebrara en el momento en que se realiza el contrato de opción. Se persigue, por tanto, entre otras cosas, que el optante, en el momento en que ejercite su opción, si decide ejercitarla, pueda desconocer los derechos reales, cargas y gravámenes que acaso se hubieran constituido con posterioridad (...). Se persigue, por tanto, el elemento externo de todo derecho real, la eficacia real o erga omnes. En segundo lugar, significa que el optante persigue adquirir y adquiere con el contrato de opción una facultad real sobre el inmueble en cuestión: la facultad de disponer del mismo, adquiriéndolo. Concorre, por consiguiente, también, el llamado elemento sustantivo o interno de la realidad: el contenido real”: Ramón Chornet, J. (1991), p. 334.

5. TERCER ELEMENTO DE LA PUBLICIDAD: EL PREDIO

5.1. Predio o finca civil

La categoría de los “bienes inmuebles” nace como correlato jurídico de la importancia económica del suelo en el desarrollo del ser humano. Por ello, el suelo es el típico inmueble “por naturaleza”. El art. 885-1 CC habla del “suelo, subsuelo y sobresuelo”, en el entendido que las actividades económicas del hombre no se materializan exclusivamente en la corteza terrestre, esto es, en el suelo, sino que requieren el aprovechamiento de porciones del subsuelo (por ejemplo: las raíces de las plantas en la agricultura, los cimientos de las construcciones, etc.) o del sobresuelo (las plantas o árboles en la agricultura, los edificios o plantas industriales). Por tanto, el concepto que integra en unidad, tanto el suelo²³⁰, subsuelo y sobresuelo, es el de predio (art. 954 CC).

El predio es el trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común²³¹, que permite un aprovechamiento independiente. Empero, debe recordarse que el “suelo” no solo es el trozo de terreno, sino también, el subsuelo y sobresuelo o vuelo (art. 954 CC). Por tal motivo, también son predios las parcelas cúbicas edificadas (departamentos) o parcialmente futuras (aires), pero susceptibles de aprovechamiento económico²³². A veces se considera que el

230 “El suelo o nuda superficie puramente natural, perceptible inmediatamente a la vista, comprende tierra, arena, piedras, lava, agua superficial, no importa sea pública o privada; absorbe e incorpora a otras entidades como agua, abonos, detritus, lava, que devienen inmuebles por el hecho de que devienen suelo. Cuando tales entidades, de las cuales consta el suelo, se destacan o bien se consideran separadas de él, cesan de ser inmuebles, aun cuando no se haya efectuado materialmente la separación. Por tanto, la enajenación de una cantidad de tierra, arena, piedras, está sometida a la disciplina de los muebles”: Biondi, B. (2003), p. 111.

231 Pérez, E. (1995), p. 316.

232 “Es ya una opinión plenamente compartida la de que el objeto de la propiedad puede perfectamente concebirse como un espacio cúbico y de que ha quedado superado el tradicional concepto de que la propiedad alcanza sin límites a toda proyección vertical superior e inferior (...) En este sentido, tanto la doctrina como la práctica admiten la posible configuración de objetos de derecho diferenciados sobre y bajo la rasante de la superficie del suelo, de forma que la finca ya no puede considerarse, en su acepción clásica de porción de superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, sino más

sobresuelo o espacio aéreo no es una cosa en sentido jurídico, pues solo implica la utilidad económica que se obtiene del predio mediante la facultad de construir o hacer plantaciones sobre el suelo²³³. Es menester, aclarar, sin embargo, que el sobresuelo puede ganar independencia jurídica, y volverse propiamente un “bien” cuando se trata de unidad inmobiliaria constituida principalmente sobre el espacio aéreo (departamentos en edificio) o cuando se constituye un derecho autónomo que lo tiene como referencia objetiva (superficie).

Sin embargo, el Código guarda silencio respecto de las construcciones o edificios unidos permanentemente al suelo, salvo en el caso de los diques o muelles, que son un tipo de edificación, pero no comprende toda la categoría. ¿Cómo interpretar este silencio? En nuestra opinión, el Código lo resuelve con la aplicación de normas generales, como el art. 938 CC, por cuya virtud, el derecho de propiedad se extiende a todo lo que se une a él, configurando una unidad, por lo que, las construcciones adheridas al suelo pasan a conformar un solo inmueble. En el mismo sentido, puede mencionarse el art. 886-3 CC que reputa “muebles” a las construcciones temporales, en consecuencia, por interpretación en sentido contrario, las construcciones permanentes son inmuebles. Por supuesto que no es el único caso. También se produce la misma consecuencia en los supuestos de árboles mientras están plantados, así como los frutos que se encuentran en pie o en la planta, sin separación física²³⁴. Por tanto, el fenómeno de la incorporación, es decir, la adhesión material de una parte que se une a otro bien inmueble produce que tales partes se consideren “inmuebles por incorporación”²³⁵.

bien como el espacio en el cual es posible la construcción de una edificación susceptible de propiedad independizada”: Arnáiz Eguren, R. (1993), pp. 46-47.

233 Biondi, B. (2003), p. 112.

234 “Tanto los edificios como los árboles y las plantas, en general, se reputan inmuebles por su directa vinculación al inmueble. Los materiales de una edificación son muebles por naturaleza antes de incorporarse al inmueble o después de separarse de este. Las plantas que se separan definitivamente se vuelven muebles. Si la separación es temporal, como cuando se van a trasplantar, siguen siendo consideradas inmuebles. Si la planta está en una materia es un bien mueble, pues no existe adhesión al inmueble”: Ochoa, R. (2006), p. 12.

235 Esta doctrina se encuentra reconocida desde el Derecho romano: “En el Digesto (50.16.115) ya habíamos encontrado este criterio cuando Javoleno definió el fundo como todo lo que

El Código Civil no habla de “inmuebles por incorporación”, pero sí de “partes integrantes” (art. 887 CC), por lo que debe entenderse que ambos conceptos responden a la misma idea, es decir, un mueble deviene en inmueble, como parte, cuando se incorpora físicamente al suelo, de modo que forma un todo²³⁶. En el caso de las plantas y árboles, por ejemplo, se tiene una incorporación de carácter orgánica, en tanto las plantas se alimentan y nutren del suelo²³⁷. Por otro lado, en el caso de las construcciones ha operado una incorporación de tipo material o físico con la adhesión en forma permanente con el suelo. El Código no define “construcción” o “edificación”, pero sí la normativa urbanística²³⁸, aunque solo con efecto en este sector,

está unido al suelo (*fundum est omne, quidquid solo tenetur*): Rivero, O. (2007), p. 283.

236 “La inmueblización comienza con la incorporación y termina con la separación: puesto que la construcción no surge instantáneamente, hay inmueblización sucesiva, esto es, a medida que los singulares materiales son incorporados: los cimientos de un edificio o la construcción parcial son inmuebles no menos que el edificio completo, ya que no es la terminación la que determina la inmueblización, sino la incorporación. Inversamente, la calidad de inmueble cesa a medida de la demolición por cualquiera y por cualquier causa que suceda”: Biondi, B. (2003), p. 116.

237 “Los árboles son inmuebles porque se incorporan necesariamente al terreno del cual extraen vida y nutrición; como árboles no pueden tener existencia independiente del suelo: un árbol arrancado no es árbol, sino leña. La palabra “árbol” se debe interpretar extensivamente porque el pensamiento es el de referirse a todo aquello que trae necesariamente vida del suelo y pertenece al orden de los vegetales; por esto, así como no son tales todos los seres vivientes (hormigas, topos), aunque viven del suelo, son en cambio inmuebles los árboles de toda especie y destino, cualquiera que sea su desarrollo, desde la hierba y el primer brote, que apenas aflora sobre la superficie de la tierra, al árbol de alto tronco pronto para la tala”: *Ibid.*, p. 113.

238 Art. 3-2 TUO Ley 29090: “Edificación: Resultado de construir una obra sobre un predio, que cuente como mínimo con proyecto de habilitación urbana aprobado, y, cuyo destino es albergar al hombre en el desarrollo de sus actividades. Comprende las instalaciones fijas y complementarias adscritas a ella”.

El Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobado por D.S. 011-2006-VIVIENDA admite que puedan utilizarse sistemas o materiales no-convencionales de construcción, pero con la condición de que se asegure la estabilidad y seguridad de la edificación, por tanto, para estos efectos, no es relevante el uso de una determinada técnica constructiva. Nótese que la norma exige una obra permanente con instalaciones fijas, pero no indica en qué consiste esa permanencia o fijeza; por tanto, lo importante es la conjunción material de la obra con el suelo, siempre que tenga fin de permanencia, sin importar la técnica constructiva, sin embargo, en los casos de fácil remoción de la estructura pueden generarse dudas. Un ejemplo de ello se encuentra en el debate planteado respecto a si las torres eléctricas, con las que se transmite la energía a los puntos de consumo, son bienes muebles o inmuebles. La diferencia es sustancial para efectos tributarios. En efecto, si se trata de muebles,

pues la construcción como obra material humana que se adhiera a un predio es un concepto más amplio, que supera la finalidad de albergar actividades humanas. La calidad de inmueble, en todo caso, se logra con el acto de incorporación, con independencia de la técnica constructiva o el medio utilizado, siempre que la edificación se encuentre adherida sólidamente, con función de permanencia. Por el contrario, no basta con apoyar materiales de construcción en un terreno para convertirlos en inmueble, aunque se tenga el propósito evidente de construir; y eso ocurre, precisamente, con las casas pre-fabricadas, que mientras no se han fijado de modo permanente en el suelo, no son más que materiales destinados para la construcción²³⁹.

5.2. Predio o finca en el registro

5.2.1. Principio de especialidad

La especialidad registral significa que la publicidad de los actos y contratos se organiza tomando como unidad de cuenta a los bienes inmuebles específicos, por tanto, el registro agrupa las titularidades jurídicas a través de hojas que representan a cada predio. En tal sentido, este principio constituye un mecanismo de organización de la información jurídica del registro, pues las inscripciones se agrupan sobre la base de cada predio que es representado por una hoja o folio que compila los actos referentes a determinado

como sostienen las empresas concesionarias, entonces la depreciación se calcula sobre el 10% anual, por lo que aumenta el gasto, con la consiguiente reducción del impuesto a la renta; por el contrario, si se trata de inmuebles, como sostiene la administración tributaria, entonces la tasa de depreciación es 5% anual, por lo cual el gasto disminuye, mientras el impuesto aumenta. Las empresas alegan que las torres pueden moverse, es decir, desmontarse y colocarse en otro lugar; mientras la administración alega que son obras de ingeniería con características de fijeza y permanencia, con vida útil de 20 años, más o menos, y que no son bienes de activo circulante, destinados a la venta. El Tribunal Fiscal, mediante Resolución N° 09677-9-2019 de 24.10.2019, ha establecido que las torres eléctricas, si bien son construcciones u obras de ingeniería, sin embargo, salvo el soporte, las instalaciones tienen un componente de naturaleza móvil, por lo que no pueden considerarse “fijas y permanentes”.

239 Biondi, B. (2003), pp. 117-118. Sin embargo, la cuestión es discutida, como se aprecia con la siguiente opinión: “Es el caso de las plantaciones, de las construcciones que se levantan sobre el suelo, bien sea que se trate de una construcción hecha para durar, tal como un inmueble construido con piedras, o que se trate simplemente de una choza que puede desaparecer. Mientras esa choza esté fijada al suelo, debe ser considerada como un inmueble por naturaleza”: Larroumet, Ch. (2008), p. 338.

inmueble (art. 2017-A CC). Por tal motivo, se le denomina sistema de “folio real”. La especialidad registral persigue agrupar la información registral en forma clara y sencilla, tomando como elemento ordenador al predio, con lo que se facilita el conocimiento a los terceros de la situación jurídica del bien, pues bastará consultar la hoja que agrupa la información. El fundamento es formal (“clarificador”), no sustantivo, pues se trata de un mecanismo técnico de llevanza del registro, que clarifica y simplifica el acceso a la información, pero nada más, conforme se le reconoce en el sistema jurídico alemán, que incluso permite la convivencia en algunos Estados, como el de Württemberg, con el folio personal²⁴⁰.

a) Contenido del principio

En tal sentido, el Derecho comparado conoce dos sistemas antitéticos que es menester conocer:

- a) FOLIO REAL: El registro se organiza tomando como base fundamental el objeto, en este caso, el bien inmueble, por lo cual se abre una hoja que concentra todo el historial jurídico de cada finca. En esa hoja se inscriben los actos, negocios o decisiones jurídicas que modifican y afectan la situación del bien. El interesado que desea conocer la historia jurídica de un inmueble determinado solo necesita consultar los datos inscritos en la hoja respectiva.
- b) FOLIO PERSONAL: La organización del registro no toma como base el inmueble, pues en realidad se trata de un archivo de documentos complementado por índices alfabéticos. Los actos o decisiones judiciales se agrupan cronológicamente sin tener en cuenta su correspondencia con un inmueble determinado. Por ello, la única manera por la cual los terceros pueden consultar el registro es a través del nombre del titular o de los titulares del bien inmueble, y, de esa manera, reconstruir su historia jurídica. Es un sistema complicado en cuanto a su organización y también dificultoso

240 Sobre el principio de especialidad, se comenta: “La Ordenanza Inmobiliaria ha logrado generalizar a toda Alemania el sistema prusiano de folio real, con la sola excepción de Württemberg, que sigue apegado al sistema de folio personal, al amparo de la autorización contenida en el parágrafo 4 de la propia Ordenanza Inmobiliaria”: Pau, A. (2001), p. 82.

para los terceros que pretenden consultar la información. En tal sentido, existe coincidencia en que se trata de un mecanismo técnicamente imperfecto, por tanto, la doctrina de los países que lo han acogido reconoce la necesidad de reemplazarlo por el sistema del folio real²⁴¹.

La gran ventaja de los sistemas de folio real es que “*ofertan al público un solo propietario por cada finca*”²⁴², en consecuencia, cualquier tercero que pretenda ser reconocido como nuevo propietario del inmueble debe contar con un título traslativo de dominio del titular registral (o, subsidiariamente, la decisión judicial sustitutiva). Por tanto, la adquisición no otorgada por el titular inscrito es simplemente rechazada. Esta concatenación de dos rasgos característicos de un sistema registral (folio real – tracto sucesivo) permite que la hoja abierta para cada inmueble contenga el historial jurídico completo y ordenado de las sucesivas transferencias que afectan al bien²⁴³.

En cambio, los sistemas de folio personal no requieren del tracto sucesivo. Simplemente se archivan los documentos que contienen los actos de mutación de los derechos reales sobre inmuebles, pero esa información se guarda de manera cronológica, es decir, no se agrupa los datos en una hoja determinada para cada bien. En esta forma de organización es per-

241 Los registros personales “se llevan por apellidos de personas; se lee allí que Primus ha vendido el inmueble A a Secundus, que este se lo ha donado a Tertius, etc.; es cierto que, para conocer la situación exacta de un bien, es preciso tener los nombres de las personas que, desde el tiempo necesario para usucapir, han tenido sucesivamente la propiedad del mismo; pero si un solo nombre es omitido, si se descuida un solo anillo de la cadena, el requirente no tendrá ya seguridad, porque el propietario cuyo nombre fue olvidado pudo, por su parte, consentir las enajenaciones o los derechos reales que serán oponibles al nuevo adquirente. Este régimen, que es el de la publicidad personal, es pues sumamente defectuoso; convendría sustituirlo por el de la publicidad real; debería estar consagrado un folio a cada parcela, a cada propiedad, y, en este folio, se encontrarían mencionados o reproducidos todos los actos realizados con respecto al inmueble que tendría de esa manera un verdadero estado civil: bastaría referirse a la página correspondiente para formarse idea, al primer golpe de vista, de la posición jurídica exacta actual de dicho inmueble, para saber que pertenece a Primus y que está gravado con una hipoteca a favor de Secundus, con una servidumbre en provecho de otro fundo determinado, etc.”: Jossierand, L. (1950), T. I, V. III, p. 307.

242 Excelente frase de Celestino Pardo que cita: García García, J. (1995a), p. 269.

243 Ibid., pp. 269-270.

fectamente natural que el registro archive títulos de distintas cadenas de transmisiones, con la consiguiente inseguridad jurídica que se deriva de la falta de concordancia con el último titular inscrito, pues, el registrador se limita a recibir los documentos y archivarlos cronológicamente para que los actos o negocios gocen de la publicidad registral, pero no verifica si el transmitente tiene un título previo que sustente su enajenación. El Derecho francés e italiano, en sus respectivas versiones originales, son ejemplos clásicos de un sistema inspirado en el folio personal, pues se toma como referencia las personas que realizan los actos que conciernen a los inmuebles. El régimen así concebido es imperfecto, de tal suerte que el legislador francés se vio en la necesidad de instituir un mecanismo que facilitara la búsqueda de información, máxime cuando el crédito hipotecario y la inversión en construcción habían tenido un sorprendente desarrollo después del fin de la segunda guerra. Por ello, se dictó el Decreto N° 055-22 del 04.01.1955, todavía en vigor, cuya exposición de motivos ya puso de relieve el rápido ritmo de las transcripciones, en comparación con la lentitud de un sistema inmobiliario anclado en el folio personal. El legislador no se atrevió a dar el paso más radical que significaba adoptar directamente el folio real, y en su reemplazo creó un “fichero inmobiliario”, en el cual se agrupan, sobre la base de un inmueble determinado, todos los datos referidos a los documentos archivados en el registro²⁴⁴, pero sin que esto produzca efectos sustantivos. El art. 3, 1° del Decreto, de reforma de la publicidad inmobiliaria, dice: *“aucun acte ou décision judiciaire sujet á publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n’a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret”* (traducción libre: “Ningún acto o decisión judicial sujeta a publicidad en una oficina hipotecaria podrá publicarse en el fichero inmobiliario si no se ha publicado previamente el título del beneficiario o último titular, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto”), esto es, la actual transcripción del adquirente necesita la previa transcripción del enajenante en el fiche-

244 Téngase en cuenta que en Francia no existen “inscripciones”, en tanto el acceso de un documento al Registro se materializa simplemente a través del archivo del título, de allí el nombre utilizado de “transcripción” (o “formalidad registral”) con el que se alude a la autorización del conservador de hipotecas (registrador) a efectos que el documento sea archivado y produzca efectos de oponibilidad: Peña, M. (1963), p. 760.

ro inmobiliario, mientras en el derecho italiano rige el mismo principio de folio personal²⁴⁵, también atenuado con el principio de “continuidad de las inscripciones” (art. 2650 CC Italia), con importancia para determinar la eficacia retroactiva de las transcripciones, y, con ello, resolver los conflictos con terceros mediante el principio de oponibilidad/inoponibilidad, que se retrotrae hasta la primigenia transcripción (art. 2644 CC Italia), siempre que no exista interrupción en la continuidad.

b) Excesos en el contenido del principio

Un sector de la doctrina, especialmente vinculados con el registro, ha sobredimensionado el principio de especialidad registral, hasta convertirlo en un sinónimo de la determinación precisa y clara de los derechos, de los titulares y hasta de los tipos de asientos, y su redacción²⁴⁶. Esta expansión de la especialidad carece de sustento, pues mezcla cosas disímiles, de orden sustantivo y formal, con distintas funciones y consecuencias en caso de inobservancia. Nótese que esta doctrina confunde la especialidad contractual, real y registral, a pesar de que la ausencia de la primera o segunda puede determinar la nulidad del acto o la inexistencia del derecho real, respectivamente, mientras de la tercera impide la inscripción. En tal sentido, es difícil entender qué tiene en común una u otra hasta llegar a definiciones omnicomprendivas que se caracterizan por la pura construcción dogmática²⁴⁷, sin ningún beneficio práctico. La institución registral nace bajo la égida de dos principios sustantivos: publicidad y especialidad civil (contrac-

245 “La trascrizione (inscripción) en Italia, cuya regulación está contenida principalmente en el Código Civil y en la Ley 52/1985, se caracteriza por estructurarse en un sistema de tipo personal (por personas), a diferencia de otros sistemas, como el alemán o el austriaco, que se estructuran en sistemas de base real (por fincas). En efecto, los registros inmobiliarios públicos, que se llevan en las Oficinas de los Registros Inmobiliarios, actualmente agrupadas junto con las Oficinas de Catastro en las Agencias del Territorio (Agenzie del Territorio), tienen sus partidas diferenciadas por personas y no por bienes. En otras palabras, en los Registros Inmobiliarios italianos no existe una lista o mapa de los bienes inmuebles ni un histórico de los movimientos jurídicos de cada uno de ellos”: Liotta, G. (2010), <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-33/1077-el-registro-de-la-propiedad-en-italia-0-6257877486066779> (consulta: 18.08.2021).

246 Gómez Galligo, F. (1995), p. 251.

247 Un ejemplo de esas definiciones: “La especialidad registral consiste en definir o especificar todos los elementos de la relación jurídico-registral. Entendiendo por esta, todas las situaciones jurídicas inscribibles, es decir, aquellas susceptibles de ser inscritas y oponibles,

tual y, obviamente, real)²⁴⁸, pero la organización del registro es un principio formal cuya sinonimia nominativa ha dado lugar a la confusión.

Por otro lado, la correcta determinación de los sujetos titulares es un elemento propio de la situación jurídica referido al titular²⁴⁹; mientras que la delimitación del predio está referida al objeto, entonces ¿para qué mezclar elementos distintos? Evidentemente un concepto tan amplio, como indefinido, carece de utilidad²⁵⁰.

Por último, tampoco tiene justificación, y diríamos que menos aún, que se pretenda unificar cuestiones tan diversas como la configuración de los derechos y los tipos de asientos registrales o su redacción clara²⁵¹. Una cosa no tiene relación alguna con la otra, y, es perfectamente posible que lo pri-

lo cual implica tanto el sujeto (titular registral), como el objeto (finca y derecho)": Goñi, M. (2005), pp. 13-14.

- 248 "El principio de especialidad surge indudablemente unido a las hipotecas. En concreto, para tratar de paliar los nocivos efectos que las hipotecas generales podían producir al recaer sobre la totalidad del patrimonio del deudor, ya que generaban la inseguridad de sobre cuál de los diversos bienes del obligado iban a recaer. Ante esta situación, y dada la proliferación de este tipo de hipotecas, surgió la necesidad de ponerles fin, determinando o concretando, desde su inicio, sobre qué bienes particulares recaía el derecho real de hipoteca": *Ibid.*, p.23.
- 249 "La necesidad de que quede perfectamente determinada la titularidad del derecho real es obvia, pues el derecho siempre tendrá un titular al cual corresponde y que tratará de hacerlo efectivo": *Ibid.*, pp. 77-78. Nuevamente, la vinculación de materias distintas es forzada, pues, si bien es cierto que los derechos necesitan de un sujeto-titular, sin embargo, ese es un requisito sustantivo, que obviamente el registro debe respetar, pero se trata en realidad de una cuestión estrictamente civil, por tanto, el ámbito tabular se limita a reflejarlo.
- 250 Ni siquiera la doctrina partidaria de expandir la especialidad puede explicar cómo un principio específico de las hipotecas termine alcanzando a la organización del registro. Así: "A la vez, a ese aspecto sustantivo se va añadiendo un aspecto organizativo o formal que implica el modo de organizarse el registro (folio real), y el modo de practicarse los asientos": *Ibid.*, pp. 45-46.
- 251 Por ejemplo, de acuerdo con un sector de la doctrina española (*Ibid.*, p. 54), no se cumple el principio de especialidad registral en el caso de un convenio regulador para el uso de la vivienda familiar a favor de los hijos, pues se dice que existe duda de su "carácter de derecho real". Esta sola constatación descarta totalmente dicha postura, pues tal defecto no tiene relación alguna con la especialidad registral, sino con la simple circunstancia que en el registro solo se inscriben derechos reales. ¿Qué tienen en común el carácter oponible de los derechos reales con la forma técnica de organizar el registro? Nada. La conclusión obvia es que las teorizaciones inútiles son pseudo-ciencia.

mero se cumpla, y lo segundo, no, sin que se afecte la validez y eficacia del derecho, con lo que se echa por tierra la posibilidad de encontrarle algún substrato común²⁵².

La doctrina debe entender que la disquisición dogmática o conceptualista debe tener alguna utilidad, lo que aquí no ocurre, sin perjuicio, además, que la teoría expansiva de la especialidad carece de sistemática y lógica (¿por qué se une lo desigual?), lo que hace necesario rechazarla. Por tanto, los requisitos para la existencia de los derechos subjetivos pertenecen al ámbito sustantivo, por lo que el registro solo refleja esa situación, pues no la crea, ni la determina ni la regula, pero reflejarla con el efecto “espejo” no hace que las exigencias sustanciales se conviertan en registrales.

c) Diferencias entre especialidad contractual, real y registral

Por tanto, existen tres principios diferentes que comparten parcialmente el nombre, y que probablemente tienen alguna vinculación, pero que no pueden identificarse. Se trata de los principios de especialidad contractual, especialidad real y especialidad registral. Es necesario un análisis separado para individualizarlos.

En primer lugar, el registro se origina para facilitar el crédito hipotecario, que necesita de un instrumento que haga notorios los gravámenes sobre

252 La doctrina criticada dice: “Para que exista publicidad de un derecho (o situación) es necesaria su perfecta determinación; sin especialidad no hay publicidad (oponibilidad). Para que un derecho inscrito sea oponible frente a todos es necesario que esté inscrito”: *Ibid.*, p. 72. Esta opinión carece de sustento, pues la configuración del derecho real ni siquiera necesita de la inscripción, por lo tanto, menos aún tiene relevancia la organización formal del registro para condicionar la existencia del derecho.

Otro error: “cuando un derecho inmobiliario accede al registro debe estar determinado, pues hemos dicho que su propia naturaleza de derecho real le exige esa cualidad” (*Ibid.*, p. 95). La especialidad sustantiva se exige para el derecho real, y obviamente si el registro inscribe tales derechos, entonces necesita cumplir tal exigencia, pero porque es propia del Derecho civil, pero no del registral.

Un nuevo error: “Cuando hablamos de principio de especialidad hipotecario lo hacemos como requisito de la inscripción y no del documento, porque mal va a ser la especialidad propia de los derechos reales la que se exija en la inscripción, cuando estos no son el objeto único de la misma (o sea de la publicidad registral)” (*Ibid.*, pp. 101-102). La especialidad civil es propia de los derechos reales, pero también de otras prerrogativas de eficacia real. Por tanto, es una cuestión referida a la situación jurídica sustantiva, y no del registro, que solo refleja la realidad jurídica y no tiene carácter constitutivo.

la propiedad inmueble a efectos de lograr la seguridad de los adquirentes; asimismo, la hipoteca debía recaer sobre inmuebles específicamente determinados. Así nacen los llamados principios de publicidad y especialidad, los que fueron las bases esenciales de la nascente institución. El Derecho romano no conoció la publicidad registral, por lo que las hipotecas tenían el carácter de ocultas, pues no había ningún mecanismo institucional que permitiese hacerlas de conocimiento general. Tal inconveniente pretendía salvarse únicamente con la obligación que pesaba en el propietario de manifestar ante su acreedor las hipotecas que ya hubiese constituido anteriormente. El propietario incurría en delito de estelionato en caso de falsear su declaración, pero el gravamen anterior (oculto) igual afectaba al segundo o sucesivo acreedor. En tal sentido, la solución romana no tuvo en cuenta un mecanismo publicitario, sino por la sanción penal en contra del propietario por falta de observancia de una regla de conducta. Sin embargo, esta situación no afectaba gravemente el tráfico económico de la edad antigua, pues la garantía preferida en Roma no era la hipoteca -cuyo origen por lo demás es griego-, sino la fianza. En efecto, la garantía personal resultaba lo bastante sólida para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, en cuanto el impago de una deuda generaba la responsabilidad personal del deudor; por tal motivo, si la misma persona del deudor o fiador quedaba sujeto al poder del acreedor, con el riesgo de reducirlo a la servidumbre, constituía un mecanismo eficaz de coerción para asegurar la debida ejecución de las promesas jurídicas. "En conjunto, el derecho hipotecario romano es imperfecto por la falta de un sistema de publicidad registral. Esto explica que en derecho romano la garantía real tenga menos aplicación que la garantía personal de los fiadores"²⁵³.

La publicidad pretende poner fin a las cargas ocultas que habían aquejado a la propiedad inmobiliaria dentro del régimen feudal, el cual se sustituye a través de un mecanismo que dota de notoriedad a los gravámenes existentes sobre los inmuebles²⁵⁴. De esta forma los adquirentes pueden go-

253 D'ors, A. (1997), p. 484.

254 "La propiedad inmueble a principios del siglo pasado (XIX) estaba en su mayor parte amortizada, sustraída al comercio, por los mayorazgos, señoríos, vinculaciones y manos muertas existentes; y la pequeña parte que se encontraba libre raramente era objeto de

zar de un poderoso aliado para conocer la real situación jurídica de la riqueza territorial, por lo cual el tráfico deja de ser una cuestión riesgosa, y por el contrario, permite formular cálculos racionales sobre la conveniencia o no de las adquisiciones. El vendedor tiene la ventaja de ofrecer un bien sin vicios ocultos (jurídicos), con lo cual el precio obtenido será mayor pues el riesgo disminuye o simplemente desaparece. Es de recordar la grave incertidumbre producida en el sistema pre-registral, en donde se puede transmitir un bien con cargas ocultas, razón que justifica la depreciación general de la riqueza inmobiliaria en la época anterior a las codificaciones, pues el adquirente debía castigar una parte del precio por el riesgo que significaba la posible existencia de un derecho contradictorio de tercero. Por su parte, el comprador tiene la ventaja de lograr una adquisición sin sobresaltos y con la seguridad de contar con una titularidad debidamente garantizada. Los beneficios que obtienen el vendedor y el comprador en un sistema público de títulos, se dice, origina mayor circulación de la riqueza, afluencia de capitales, inversión en actividades productivas, revalorización de la propiedad inmueble, caída de las tasas de interés por menor riesgo y, en general, un beneficio neto en la economía. Este diagnóstico ya era conocido por los liberales del siglo XVIII, quienes en realidad son los grandes impulsores del registro en toda Europa, y es la justificación del principio de publicidad.

Sin embargo, no es suficiente un conocimiento público de los contratos o títulos inmobiliarios, pues, además, se hizo necesario eliminar una de las mayores rémoras del Antiguo Régimen: las hipotecas generales²⁵⁵. En efecto, no es posible lograr la certeza de un derecho sin certeza sobre su objeto (especialidad). Para implementar el principio de especialidad en las transmisiones patrimoniales, se prohíben los actos de disposición de un patrimonio (donaciones universales, ventas o enajenaciones de patrimonios) y los actos de gravamen sobre una universalidad (prendas o hipotecas generales o tácitas sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor). Estos actos

transmisión inter vivos. Nadie osaba adquirir un inmueble con la única garantía personal del transmitente, ya que las posibles cargas ocultas o tácitas y la insuficiente garantía dominical convertían la adquisición en una peligrosa aventura cuyo final muy bien podría ser el verse despojado de lo onerosamente adquirido o en el mejor de los casos envuelto en un largo y costoso pleito judicial": De La Rica M., R. (1982), p. 13.

255 Gómez Gállico, F. (1995), pp. 220-221.

fueron muy comunes desde el Derecho romano, pero ocasionaban un grave quebranto en el tráfico patrimonial²⁵⁶. La reforma liberal enfrenta este problema desde el paradigmático Código Civil Francés con el art. 2129, 2º: “*Los bienes futuros no pueden ser hipotecados*”²⁵⁷. En buena cuenta, la prohibición de hipotecar bienes futuros busca impedir la constitución de hipotecas generales, esto es, aquellas que afectan todos los bienes presentes y futuros del deudor, pues se consideran un auténtico lastre al crédito territorial. El principio de especialidad se convierte en una de las bases del sistema hipotecario moderno, y así lo indica el art. 2129, 1º *Code* cuando exige que cada uno de los inmuebles deba ser sometido nominativamente a la hipoteca. El mismo fundamento se encuentra en la primigenia Ley Hipotecaria Española de 08.02.1861²⁵⁸.

El principio de especialidad se define de modo simple, pero certero, de la siguiente forma: “En primer término, el de que cada derecho real sólo

256 Álvarez Caperochipi, J. (1995), pp. 46-48.

257 La doctrina francesa justifica la norma en los siguientes términos: “Esta prohibición procede de razones múltiples: 1º el constituyente debe ser propietario del inmueble hipotecado; esta condición no se cumple en lo que respecta a bienes que el deudor acaso no adquiera nunca, sobre los cuales ningún derecho tiene, ni aun condicional; 2º no está satisfecha la regla de la especialidad de la cosa hipotecada o, por lo menos, puede no estarlo: la designación precisa de un bien futuro ofrece dificultades. A esta consideración atribuye la ley la prohibición (...); 3º frecuentemente, la hipoteca de bienes futuros concierne a inmuebles que el constituyente tomará en la sucesión del propietario actual: un hijo de familia quiere utilizar como instrumento de crédito los bienes paternos; quiere adelantarse en el disfrute de esos bienes. En tal caso, la combinación cae bajo el golpe de la regla prohibitiva de los pactos sobre sucesión futura”: Jossierand, L. (1950), T. II, V. 2, p. 561. Sin embargo, la norma no es absoluta, por cuanto el art. 2130 indica que cuando los bienes presentes del deudor no son suficientes para el pago de una obligación, este puede consentir que los inmuebles que adquiera en el futuro queden hipotecados. El art. 2131 establece una norma complementaria de la anterior, pero referida a los casos en que ya existe un bien hipotecado que con posterioridad se deprecia o pierde valor, pues entonces el deudor puede consentir en otorgar una hipoteca sobre los inmuebles que pueda adquirir en el futuro.

258 La exposición de motivos de la ley dice: “No podía subsistir la hipoteca tácita y general que hoy reconocen nuestras leyes; su indeterminación, su eventualidad y su falta de inscripción la hacen incompatibles con las dos bases que como fundamentales del sistema hipotecario ha adoptado la Comisión, la especialidad y la publicidad (...) Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan”. En la actualidad, sin embargo, un sector de la doctrina dice que el alcance de este principio es más amplio, conforme ya se ha criticado.

pueda versar sobre una determinada finca, y nunca sobre todo el patrimonio ni sobre un número indefinido de inmuebles. Y, en segundo lugar, el de que haya de indicarse en números (...) la cuantía del gravamen que se impone”²⁵⁹. Su objetivo fundamental es eliminar las hipotecas generales, esto es, las que afecta todo el patrimonio (presente y futuro) del deudor, y reemplazarla por hipotecas especiales, que afectan bienes específicos. En conclusión, el registro nace sobre la base del principio de publicidad, que descarta las hipotecas ocultas, y del principio de especialidad, que elimina las hipotecas generales²⁶⁰.

Pues bien, el principio de especialidad contractual significa que los actos jurídicos no pueden recaer sobre todo el patrimonio, o parte sustancial, de una persona, pues ello implicaría una atadura en la capacidad de disposición o de crédito del sujeto, con el subsiguiente recorte a su libre iniciativa privada en el ámbito patrimonial. En tal sentido, no se concibe que una persona pueda afectar todos sus bienes, incluso los que adquiera en el futuro, pues ello mediatiza severamente su libertad económica. De esta forma, la especialidad contractual prohíbe los contratos que afectan el patrimonio, y, en caso de incumplimiento, la consecuencia es la nulidad de los negocios jurídicos (arts. 1100, 1406 CC), y, muchos ordenamientos posteriores a la codificación acogen esta idea. No debe olvidarse que la primera norma moderna de hipotecas en el ámbito de los países latinos fue dada en Francia a través de la ley del 9 de Messidor del año III (27 de junio de 1795) en la cual se proclamó los principios de publicidad y especialidad²⁶¹.

259 Nussbaum, A. (1929), p. 35.

260 La hipoteca romana, que se mantuvo con algunos cambios hasta la codificación, era muy distinta a la figura moderna, no sólo por la existencia actual de la publicidad que hace notoria la existencia del gravamen, sino además por la adopción del principio de especialidad que deroga las hipotecas generales consideradas un lastre del tráfico inmobiliario e impeditivas de la difusión del crédito. En tal sentido, la hipoteca en el derecho romano era claramente imperfecta y ocasionaba serios problemas a la circulación segura de la riqueza territorial, sin embargo, el problema se veía disminuido por la menor importancia que tenía la hipoteca frente a las garantías personales (fianza), por cuanto estas eran muy eficientes en un sistema que permitía la coerción física sobre la persona del obligado, y, siendo así, es fácil suponer que un deudor lo pensaría dos veces antes de incumplir una promesa.

261 “El principio de especialidad comenzó siendo en los albores de la legislación hipotecaria el exponente de una reacción contra las hipotecas generales. La cláusula de hipoteca

En segundo lugar, el derecho real es una prerrogativa para la obtención de utilidades que gira alrededor de las cosas o realidades del mundo externo, y que se ejerce contra cualquier sujeto (indeterminado). En tal contexto, la función atributiva del derecho real implica una relación de pertenencia del sujeto titular, pero en distintas magnitudes, por lo que la atribución puede operar en forma amplia o restringida, según el contenido del derecho en cuestión. Por ejemplo, la propiedad atribuye un amplio conjunto de utilidades; mientras que la servidumbre opera respecto de un ámbito circunscrito²⁶². En consecuencia, el “derecho real” es la suma de libertades, poderes e inmunidades, lo que puede resumirse de forma instrumental como “atribución” respecto de un bien concreto. Desde una perspectiva técnica, el principio de especialidad real exige que la cosa sea determinada, actual y autónoma. Esta nota distintiva tiene fundamental importancia, pues las cosas genéricas o las universalidades no pueden ser objeto de un derecho real -aunque sí pueden serlo de actos jurídicos obligatorios-, pues le falta concreción. Por su parte, la actualidad se refiere a la existencia presente, y no futura de la cosa, pues en tal circunstancia no puede haber derecho real involucrado, pues se carece del elemento objetivo sobre el cual referirse. Nuevamente las cosas futuras pueden ser el contenido de una obligación. Por último, la autonomía implica que el objeto de derecho no recae en las partes, sino en las cosas autónomas o individualizadas²⁶³, es decir, separadas del resto de los objetos de la realidad externa. En suma, nadie podría ser propietario -o titular de un derecho real- si la cosa no existe o se destruyó o no pueda individualizarse

En tercer lugar, la especialidad registral, conforme lo ya señalado, implica que los actos y contratos se agrupan sobre la base de un bien inmueble, que constituye el eje central de la publicidad o la unidad de cuenta (art. 2017-A CC).

general en los contratos significaba que todos los bienes del patrimonio de la persona quedaban sujetas a hipoteca, sin determinaciones de los bienes ni de las responsabilidades hipotecarias de cada uno”: García García, J. (2002), T. III, p. 1474.

262 Biondi, B. (1969), pp. 4-5.

263 Leitao, L. (2009), pp. 26-27.

La diferencia entre los tres principios de especialidad puede comprenderse con un ejemplo: un contrato de compraventa de todos los bienes del constituyente es nulo por infringir el principio de especialidad contractual (art. 1406 CC), por el contrario, es válido el contrato de compraventa de bien futuro (art. 1534 CC), pero solo se adquirirá la propiedad cuando el bien sea determinado (art. 949 CC), es decir, llegue a existir (principio de especialidad real). Sin embargo, ese mismo bien inmueble podría no encontrarse inscrito en una partida propia, en consecuencia, el defecto se encontraría en la especialidad registral, pues si bien el inmueble está delimitado física y jurídicamente a través de un acto jurídico válido, que logró la transferencia del derecho real, empero, esa finca no existe en el ámbito estrictamente formal-registral, cuya inobservancia determina el rechazo de la inscripción, pero no la invalidez del título adquisitivo.

5.2.2. Clasificaciones

La finca o predio civil es el espacio físico de terreno o parte deslindada de la superficie terrestre, delimitado en forma poligonal, aunque este concepto tiene que ampliarse a los distintos espacios delimitados, siempre con soporte en el suelo, como ocurre con las unidades inmobiliarias del régimen de propiedad exclusiva y común. En forma más sencilla se dice que el predio es la unidad de suelo o unidad de edificación²⁶⁴.

La finca o predio en el registro es la constatación tabular de un inmueble civil homólogo, con toda su realidad física, pero mediante una hoja abierta para esa finalidad. Por tanto, en principio, hay concordancia entre la finca civil y la registral, sin embargo, en algunos casos, esta última tiene carácter “especial”, en tanto la ley, por determinadas circunstancias, reputa como inmuebles, no solo a porciones de suelo, sino también a entidades objetivas incorporales, como las unidades inmobiliarias funcionales, que conforman en la realidad más de un predio, pero se les agrupa en el registro, o los propios derechos reales inmobiliarios. En cualquier caso, la característica común de todos ellos es que sirven de base para los efectos de la apertura de una hoja registral²⁶⁵. La “finca registral” es el inmueble civil, pero cons-

264 García García, J. (2016), p. 62.

265 Roca Sastre, R. (1954), T. II, p. 63.

tatado en el registro, que exige requisitos específicos en orden a la descripción física, legalidad y, a veces, autorización administrativa²⁶⁶, mientras la hoja o partida registral es su representación.

Por su parte, la doctrina distingue las siguientes categorías de fincas registrales²⁶⁷:

- a) Predios o fincas en el registro continuas o discontinuas: Las fincas continuas son las que representan un espacio geográfico sin solución de continuidad que conforman una unidad, encerrada dentro de linderos determinados²⁶⁸. En cambio, las fincas discontinuas son las formadas por varios trozos separados entre sí²⁶⁹. El sistema de folio real solo permite abrir una hoja por cada predio físico, por lo que no cabe agrupar, en la misma hoja, predios separados, aunque pertenezcan a una sola persona²⁷⁰. Por tanto, la existencia de fincas registrales discontinuas constituye una notoria excepción del carácter natural de los predios civiles, pero también del principio de “folio real”, lo que requiere norma expresa, pero no acto de voluntad, pues si se admitiera la libre unificación de predios en una sola hoja del registro, entonces se modificaría el sistema por uno de “folio personal”, en tanto un propietario libremente podría decidir si todos sus inmuebles se comprenden en la misma partida. El sistema peruano, por el contrario, acoge el sistema de folio real, salvo en un caso muy particular en el ámbito de las unidades inmobiliarias pertenecientes al régimen de propiedad exclusiva y común, que permite unificar dos predios distintos, en una sola finca registral, cuando se trata del departamento, u oficina, y el estacionamiento, llamándosele “unidad funcional” (art. 63, 2º RIRP), pero, fuera de ella, no hay otra excepción²⁷¹.

266 García García, J. (2016), p. 63.

267 García García, J. (1995a), p. 279.

268 Ibid., p. 282.

269 Ibidem.

270 Guevara Manrique, R. (1998), T. III, p. 53.

271 Un caso problemático es el del art. 1103 CC, que considera, como una sola unidad para los efectos de la hipoteca, toda explotación económica que forme un conjunto de bienes unidos

- b) Predios o fincas en el registro matrices o derivadas: Una vez que el trozo de terreno debidamente deslindado (finca material) ingresa al registro (finca registral), todos los actos jurídicos que versan sobre dicho inmueble se inscribirán en la hoja que se le abre para este efecto. Sin embargo, la finca registral no solo sufre cambio en las titularidades jurídicas, también puede sufrir variaciones físicas derivadas de la desmembración, división o acumulación de inmuebles. La finca original se llamará “matriz” (art. 59, 3° RIRP), mientras las fincas derivadas de las variaciones físicas se denominarán “nuevas” o “derivadas”. La doctrina reconoce dos clases de conexión entre las fincas matrices y las derivadas²⁷²: (i) Se habla de “conexión histórica” cuando las fincas nuevas derivan de la matriz, pero se han independizado completamente de esta. Se dice que la conexión es histórica porque las nuevas fincas tienen vida plenamente independiente sin más conexión que su pasado. Es bueno anotar que las fincas nuevas arrastran las cargas o gravámenes que pesan sobre la finca matriz; asimismo el acto adquisitivo del titular de la finca matriz es también el que encabeza el nacimiento de las fincas nuevas, (ii) En cambio, se habla de “conexión permanente” cuando la finca matriz mantiene relación con las nuevas.

o dependientes entre sí. Nuestra mejor doctrina rechaza que esta norma sea una excepción al sistema del folio real, y explica la figura como una ficción legal que reputa como parte integrante de un inmueble lo que en realidad son distintos bienes independientes: *Ibid.*, p. 54. En efecto, la norma en cuestión no está pensada para que dos inmuebles, físicamente separados, se consideren como uno solo por virtud de tener el mismo propietario y ser dedicados a la misma explotación económica. Lo que en realidad trata de decir que, en ese caso, la hipoteca abarca todos los bienes muebles que se encuentren económicamente destinados a lo que en doctrina se llama el fondo empresarial, la hacienda o la empresa asentada sobre un inmueble. La Exposición de Motivos Oficial del Código Civil despeja cualquier duda: “Durante los debates para la aprobación de este precepto, el doctor Jorge Avendaño Valdez expresó que la norma responde a una necesidad práctica y citó como ejemplo el caso del deudor que constituye hipoteca sobre el local industrial en que funciona la fábrica, así como respecto de otros bienes, como son las máquinas, la materia prima, o sobre bienes en proceso de fabricación. En esta hipótesis, es obvio que el conjunto de bienes que por convenio se tiene como una unidad, deberá estar integrado por un bien inmueble, pues de no ser así, no se podrá cumplir con el requisito de inscripción del gravamen”: Comisión Revisora Código Civil (1990), p. 14.

272 García García, J. (1995a), pp. 285 y ss.

El supuesto típico es el régimen de propiedad exclusiva y común, pues, en este caso, la finca matriz mantiene los elementos comunes del edificio, así como el reglamento interno que regula las relaciones jurídicas entre los distintos propietarios de la edificación (art. 145, 2° D.S. 035-2006-VIVIENDA). Las modificaciones en las zonas de propiedad común o en el reglamento interno se hacen constar en la finca matriz. En cambio, las titularidades jurídicas de las zonas de propiedad exclusiva se contienen en cada una de las fincas erivadas²⁷³. Este tipo de conexión permanente es aplicable también en el régimen de “independización y copropiedad” y en los bloques de edificaciones²⁷⁴, aunque, en este último caso, la técnica registral utilizada es más compleja, y se le conoce como “triple folio”²⁷⁵.

- c) Predios o fincas en el registro ordinarias y especiales: La clasificación entre un tipo como “ordinarias” o “especial” constituye una cuestión meramente convencional o estimativa. En tal sentido, la **finca ordinaria** ha sido tradicionalmente entendida como el trozo

273 No todos los ordenamientos nacionales son coincidentes. En el derecho alemán, la constitución de la propiedad horizontal conlleva el cierre de la finca matriz, la cual sólo conserva finalidad histórica: “La inscripción se hace de la siguiente manera: a cada participación de la copropiedad se le destina una hoja del registro, en calidad de registro de la vivienda (léase: unidad inmobiliaria de propiedad exclusiva), y se cierra la hoja única que hasta entonces estaba dedicada a la finca entera, de modo que ésta ya no es mencionada como tal en el Registro”: Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1°, p. 622.

274 “régimen establecido sobre un conjunto de edificios, de forma que la comunidad en propiedad horizontal resultante tenga el carácter de única, si bien con diferenciación de elementos comunes generales a todos los pisos y locales y elementos comunes específicos, cuya atribución *propter rem* se lleve a efecto solamente respecto de alguno de ellos. El caso más frecuente en la práctica es el de construcciones con varios portales o constituidos por diferentes cuerpos de edificación”: Arnáiz Eguren, R. (1993), p. 48.

275 “1) Apertura de un folio general para toda la urbanización o conjunto inmobiliario, en donde se detallan los estatutos y elementos comunes del conjunto. Es la finca matriz general. 2) Apertura sucesiva de otro folio separado para cada uno de los edificios o bloques construidos dentro del conjunto, con la consignación de su específico régimen de elementos comunes, normas comunes y cuotas. Es otra finca matriz de grado inferior. El folio de esta finca ha de estar conectado con la finca matriz general y con las entidades que la forman. 3) Apertura de folios separados para cada una de las entidades que forman parte de cada bloque, conectados con la finca matriz de segundo grado, de la que forma parte, y con la finca matriz general”: García García, J. (1995a), p. 290.

de terreno o parte deslindada de la superficie terrestre. Este concepto responde a la idea física de predio civil. En nuestra opinión, aquí también deben incluirse las fincas que, sin ser trozos de terreno, son espacios físicos delimitados de aprovechamiento independiente (unidades inmobiliarias en propiedad exclusiva y común horizontal, “aires”: art. 129 D.S. 035-2006-VIVIENDA). En cambio, son **fincas especiales** aquellas en donde predomina el concepto jurídico, antes que el físico; o cuando se trata de bienes incorporales que la ley reputa como inmuebles para facilitación de su tráfico unitario (concesiones mineras, concesiones para la explotación de servicios públicos, superficie, etc.). La característica común de todas ellas es que sirven de base para los efectos de la apertura de una hoja registral²⁷⁶. En el caso peruano pueden citarse los siguientes ejemplos de fincas especiales en el registro de predios, que no incluye a las concesiones: (i) El derecho real de superficie se “objetiva” como propiedad separada, constituyéndose en una finca registral que abre folio aparte (art. 138 RIRP), pero con carácter temporal, pues la extinción de la superficie conllevará el cierre de la partida derivada (art. 137 RIRP), (ii) Las unidades de propiedad exclusiva que se conforman por la acumulación de fincas discontinuas también tienen carácter “especial”, pues derogan la exigencia de unidad física (art. 63, 2° RIRP). Sin embargo, algunas figuras jurídicas podrían merecer la apertura de una finca especial, como es el caso del derecho real de tiempo compartido. En tal sentido, el D.L. 706 (05.11.1991), establece que: “sus titulares gozan de un derecho de copropiedad afectado al disfrute periódico y exclusivo hasta por el periodo de 30 años, renovables” (art. 1), por tanto, claramente se trata de una modalidad de copropiedad, de carácter especial²⁷⁷, nacido del “contrato de uso y disfrute” que celebra el

276 Roca Sastre, R. (1954), T. II, p. 63.

277 La diferencia con el régimen ordinario se basa en dos aspectos: (i) la copropiedad es perpetua, mientras el tiempo compartido es temporal, aunque el plazo puede renovarse, (ii) la copropiedad es susceptible de partición, pero el tiempo compartido, no; (iii) la copropiedad permite el disfrute permanente, aunque compartido con los otros condóminos, mientras el tiempo compartido solo habilita el disfrute periódico, es decir, el titular solo

operador con el titular, en el que se podrá establecer con gran amplitud los derechos y obligaciones de las partes, así como los efectos, pero serán aplicables las normas de copropiedad, excepto las de partición e indivisión (art. 2). Por su parte, la ley señala que el derecho es transferible por cualquier modo permitido por el sistema jurídico, siempre que ocurra durante el plazo establecido, sea por contrato oneroso o gratuito, herencia o legado (art. 1 in fine). En este caso, la técnica registral de la copropiedad será aplicable en el tiempo compartido, por lo que tiene el inconveniente de que el establecimiento turístico conforma un solo bien inmueble, pues cada cotitular solo recibe una cuota, por tanto, todos los actos de transferencia, gravamen y adquisición tendrán que inscribirse en una sola partida, con el consiguiente recargo de información. Por tanto, sería conveniente que en próxima una reforma del reglamento registral se considere que cada cuota es suficiente para abrir una partida independiente²⁷⁸.

puede aprovechar la estancia por un cierto espacio de tiempo por cada año, seis meses o periodo establecido. Por tanto, la característica típica de esta modalidad de copropiedad es el "tiempo", pues el disfrute se obtiene por turno, luego de lo cual sigue otro cotitular, y, así hasta que nuevamente se repite el ciclo. Por lo demás, el establecimiento turístico permite alojar a un gran número de "tiempo compartistas", pero no en forma permanente, sino por un periodo de tiempo, que luego de renueva por otras personas que reciben el mismo alojamiento, pero con la nota distintiva de que todos cuentan con un derecho real que se ejerce en el establecimiento turístico.

- 278 "en cumplimiento del principio de especialidad, porque es objeto de tráfico independiente y hay que evitar, de modo similar a la propiedad horizontal y a los conjuntos inmobiliarios, el amontonamiento de titularidades en un mismo folio sobre distintos objetos de derecho. Además, la cuota de multipropiedad como se ha dicho acertadamente, tiene especialidades respecto a la comunidad ordinaria, ya que lleva consigo como vinculación esencial e institucional, el uso por turnos, y al mismo tiempo, la cuota determina los gastos a pagar por cada cotitular (...). Y por esa vinculación esencial e institucional de la cuota al uso por turnos es posible la apertura de folio separado a la cuota con especificación del uso y el turno, como finca especial conexcionada además, con el conjunto o finca matriz": García García, J. (1995a), pp. 298-299.

5.2.3. Descripción física

a) Fines de la descripción física: identificación y delimitación

La importancia de la descripción física de los predios es una cuestión que se encuentra fuera de toda duda, pues, con ello, se evita el conflicto de límites, la superposición de predios, los litigios de propiedad, entre otros. Sin embargo, es necesario relevar que la descripción cumple dos finalidades, aunque complementarias entre sí, por lo cual resulta necesario hacer de ellas un breve resumen.

La primera finalidad de la descripción es identificar el predio. Para entender este concepto debe recordarse que: “la descripción de una finca es la expresión de los datos o circunstancias que permiten la identificación de la misma”²⁷⁹. La identificación consiste en localizar o situar el predio en el terreno, esto es, ubicarlo en el espacio físico, para lo cual se utilizan los elementos descriptivos del título de propiedad (punto de referencia, linderos, medidas perimétricas y área).

La segunda finalidad de la descripción es delimitar el predio, esto es, concretar el espacio físico encerrado en el polígono con certeza. La delimitación es acto de concreción del objeto, por tanto, qué comprende y qué se excluye, con lo que el derecho de propiedad puede, ahora sí, referirse a un objeto específico.

En tal sentido, puede decirse que la identificación es un paso previo para la delimitación del predio, pues ambos son conceptos diferentes. La identificación es el reconocimiento y comprobación de que un título se corresponde con una finca (existencia y localización del predio), mientras la delimitación es la fijación de su extensión de la manera más precisa posible, así como de sus linderos en relación con los colindantes. En tal sentido, un predio puede estar identificado, aunque sus lindes y extensión puedan mantenerse en controversia²⁸⁰. Por ejemplo, el predio X se encuentra localizado a través de la manzana y lote (identificación), pero puede sufrir de una medición errónea que lo haga de menor superficie, o sus linderos pueden

279 Muñoz, F. & García García, J. (1974), p. 1330.

280 Álvarez Caperochipi, J. (1986a), T. I, p. 35.

encontrarse en debate con sus colindantes (delimitación). Este es un caso de predio identificado, pero con problemas de determinación. Por otro lado, si la identificación es un *prius* lógico, entonces no es posible que una finca esté delimitada, sin que pueda ubicársele en el terreno, pues, en tal caso, las dimensiones físicas quedarían localizadas en el vacío.

b) Clases: descripción subjetiva (no perimetral) y objetiva (perimetral)

Los sistemas de delimitación de predios pueden catalogarse de la siguiente manera:

- a) La descripción subjetiva o no perimetral: Es la más imperfecta, pues utiliza descripciones literarias de las fincas, por tanto, pretende individualizar el inmueble a través de ciertos datos meramente convencionales o subjetivos (denominación del predio, descripción de lugares cercanos, nombre de los colindantes, etc.), e indica sus linderos *per relationem* (por ejemplo: linda con la finca perteneciente a "X")²⁸¹. Los linderos, con este sistema, no quedan definidos de modo preciso en el registro, por lo que debe acudir-se a elementos extraños al propio título²⁸², lo que se aprecia, aún hoy, en muchas partidas registrales antiguas, que mantienen las descripciones meramente literarias o no-perimetrales, agravado porque carecen de planos. Sin embargo, aunque parezca increíble, hasta el momento no se aprueba un procedimiento transitorio individual respecto de las fincas así descritas, con lo cual se lograría

281 Es importante transcribir dos ejemplos para entender la problemática. El primero: "terreno al sur del pueblo de Paramonga en el camino a Francisco Vidal, circundado por terrenos de cultivo del Fundo San Francisco y la Granja Club Agrícola Juvenil en línea quebrada de dos tramos, en la siguiente forma: partiendo del vértice D con rumbo sur...", mientras el segundo: "por el nor este colinda con terrenos eriazos y el fundo Carapongo con una línea sinuosa que describe la acequia Nievería...": Endo, V. (2001), p. 224. La evidente imperfección de estos sistemas descriptivos hace que el autor termine preguntándose con toda razón: "¿qué sucede cuando la acequia cambia de cauce o simplemente se seca; el pueblo se convierte en ciudad y termina absorbiendo a los pueblos vecinos; la granja es sustituida por un campo de cultivo; los terrenos eriazos son urbanizados y/o dedicados a otros usos, etc? Pues, simplemente, las posibilidades de ubicar en el espacio y reconstruir las dimensiones exactas de los inmuebles cuyos derechos se publicitan desaparecen".

282 Morales Moreno, A. (2000), pp. 35-36.

perfeccionar la mencionada descripción sin necesidad de procesos judiciales²⁸³, por lo menos mientras no exista controversia.

- b) La descripción perimetral delimita el contorno de la finca, también con linderos fijos, pero a través de elementos topográficos existentes en la realidad física (un camino, una calle, una acequia, una montaña, etc.). La simple indicación de esos elementos no expresa en términos absolutos su posición geográfica; por lo que se hace necesario contar con más elementos descriptivos, sin perjuicio de la posible mutación de esos datos, especialmente agravado con el transcurso del tiempo²⁸⁴. Existen dos modalidades, según el perfeccionamiento de la técnica:

b.1) Descripción perimetral no georreferenciada: delimita el contorno de la finca, también con linderos fijos, si bien con expresión numérica, pero a través de elementos topográficos existentes en la realidad física (un camino, una acequia, una montaña, etc.).

b.2) Descripción perimetral georreferenciada: La georreferenciación se caracteriza porque define los linderos con la posición geo-

283 La Ley 6648, de 14.12.1929, ha sido tal vez la única norma que se ha dictado en nuestro país para enfrentar el álgido problema de las defectuosas o inexistentes descripciones físicas de los inmuebles inscritos. Según esta ley, el propietario acudía al juez solicitando la rectificación de área, junto con un plano de la finca preparado por un ingeniero en la materia, bajo su responsabilidad. Luego de un sumario procedimiento, en el que no se aceptaba la oposición de los colindantes, el juez ordenaba la correspondiente rectificación. La persona que se consideraba afectada podía iniciar, posteriormente, un proceso contencioso para impugnar el derecho ajeno. Una interesante resolución de la Dirección del Registro (Nº 141, de 21.11.1953) declaró infundada la tacha del registrador, en cuanto exigía títulos del área mayor, objeto de rectificación, pues ello desnaturalizaba la finalidad de la ley, que pretendía salvar las deficiencias de los títulos referente a la determinación del espacio físico. Por su parte, cuando los predios colindaban con terrenos públicos estatales, municipales, comunidades o con el mar o corrientes de agua, entonces el interesado debe recabar la autorización del Ministerio de Fomento, y si este no respondía en el plazo de treinta días, entonces se reputaba que el plano quedaba aprobado. En virtud de esta norma, se consideró, sin duda exageradamente, que las hipotecas a favor del Banco Hipotecario y Agropecuario eran "inobjetables": Romero, E. (1966), T. II, p. 527. Es erróneo pensar que un hecho, como el área o cabida, sea inobjetable, pues la norma jurídica abstracta, por sí misma, no puede asegurar la existencia de los hechos en la realidad. La ley estuvo vigente hasta que el D.S. 017-68-JC la derogó.

284 Morales Moreno, A. (2000), p. 35.

gráfica (latitud y longitud) de los puntos por los que pasa la línea del perímetro de la finca. La definición puede utilizar un lenguaje gráfico (mapa o plano, integrado con un mapa global terrestre) o un lenguaje alfanumérico, que exprese las coordenadas geográficas de los puntos que en cada caso sean necesarios para construir el contorno de la finca mediante líneas rectas que los unan entre sí. Esta técnica es la más precisa, por cuanto permite definir las fincas con bastante certeza, pero siempre es posible el error de los instrumentos técnicos, que tienen margen para la equivocación. El sistema se basa en el uso de las coordenadas UTM.

c) Descripción física en el registro

El registro se lleva a través de un catálogo de fincas, por tanto, en línea teórica, es necesario que cada una de las hojas registrales contenga una determinación más o menos precisa que permita individualizar las fincas, con lo cual se busca evitar la confusión de lindes y superficies. Póngase como ejemplo de salón, el caso en que el registro informe efectivamente quién es el propietario de una determinada finca, pero que no permita ubicar su emplazamiento físico. ¿Qué función cumple el registro cuando el objeto no puede localizarse? La verdad es que ninguna, y, por ello, se ha puesto de relieve la necesidad de una descripción del inmueble con el fin de identificarlo con relativa aproximación. Por tal razón, la finca registral es algo más que una entidad puramente conceptual, pues, en principio, debe corresponderse con una finca homóloga en la realidad, pero controlada en su legalidad. Cada sistema registral establece el modo de identificación de las fincas, pero un buen sistema debe permitir la ubicación esencial de la finca civil por medio de la registral. Téngase en cuenta que, tradicionalmente, se ha entendido por finca, el inmueble, predio o fundo, esto es, el trozo de terreno delimitado en polígonos por razón de su pertenencia a un propietario o a varios en comunidad. De esta idea genérica se establece que la finca nace, se transforma y se extingue por iniciativa privada, pero ello no es óbice de conflictos²⁸⁵.

285 Arnáiz Eguren, R. (1998), pp. 369-370.

En tal sentido, un buen sistema registral actúa para prevenir y evitar las incertidumbres, en tanto pretende lograr que las descripciones de las fincas registrales sean lo suficientemente precisas para ubicarlas en el espacio físico, por ello, la primera inscripción en el registro exige que el cumplimiento de una serie de elementos descriptivos del predio, así como los documentos técnicos de respaldo, tales como:

- a) La naturaleza rústica o urbana de la finca (art. 19-a). Este dato no ayuda a homologar la finca registral en el espacio físico, por tanto, en el mejor de los casos sirve, levemente, para localizar la finca en una zona determinada, pero no para dotar al suelo de la categoría jurídica que le corresponde, pues el registro no tiene la competencia para determinar si un inmueble es urbano o no, sino el Gobierno Local, Gobierno Regional o MIDAGRI (véase: art. 195 Constitución, art. 79 Ley Orgánica de Municipalidades, Leyes 31313, 31145). Sin embargo, desde hace un tiempo, el registro exige acreditar tal categoría²⁸⁶.

286 Los distintos reglamentos registrales, desde el primigenio del año 1888, han establecido que la primera inscripción ya debía consignar la naturaleza del predio: rural o urbano, pero, durante mucho tiempo ello se entendió referido al uso o forma de aprovechamiento de la finca, por tanto, no había necesidad de una acreditación con documento público, pues la indicada situación de hecho se trasladaba de la declaración de las partes en el título de propiedad, pues su función era localizadora del predio en el terreno, no determinativa del estatuto jurídico del inmueble. No obstante, la jurisprudencia registral, hasta con el nivel de precedentes, ha señalado en forma reiterada que la naturaleza de los predios se comprueba con certificados o constancias de las autoridades administrativas, sea Municipalidades, Gobiernos Regionales o el mismo MIDAGRI, a cargo del catastro rural nacional (art. 10 Ley 31145). En este punto, es posible citar la RTR N° 360-2005-SUNARP-TR-L de 24.06.2005, por cuya virtud; (i) Corresponde a la autoridad municipal competente determinar la naturaleza urbana de un predio, que puede acreditarse en el registro mediante certificado de zonificación y vías o certificado de parámetros urbanísticos, (ii) Cuando la autoridad municipal, en uso de sus facultades, autoriza una licencia de edificación, ello supone que cumple los requisitos legales y reglamentarios de un predio urbano. Es decir, en forma inadvertida, y contraria a la propia ubicación sistemática de la norma reglamentaria (art. 19 RIRP), se ha pasado de requerir la naturaleza del predio como acreditativo de la condición o estatuto jurídico. El citado art. 19-a dispone que la primera inscripción señalará la naturaleza del predio: urbano o rústico, y, en este último caso, si es rural o eriaz. En tal sentido, ¿cómo se determina esa condición por las autoridades competentes? En primer lugar, el art. 2 Ley 26505 establece que el predio rural o “tierras” es susceptible de tener uso agrario, por tanto, lo relevante es el destino o la potencialidad

- b) El nombre de la finca, aunque se trata de un dato meramente facultativo, que se presenta especialmente en los predios rurales (art. 19-c), pero que también incluye los predios urbanos, en cuanto comprende cualquier dato “que sirva para distinguirlo de otro” (art. 19-c). Con ello se presta ayuda a la identificación de la finca, pero siempre se requiere la ayuda de datos extraños al registro, que permitan averiguar qué finca es la designada por aquel nombre y sus dimensiones aproximadas.
- c) La localización en una determinada zona geográfica (art. 19-b). En las fincas urbanas, la existencia de calles con una numeración municipal permite situarlos con relativa exactitud (art. 19-c). El problema es mayor en las fincas rústicas, pues la localización por zona geográfica no basta para identificarlas en forma directa. Por ello, en este último caso pueden utilizarse como elementos identificadores el sector, valle, pago o cualquier otra que cumpla esa función (art. 19-d).
- d) La determinación de la superficie (área), linderos, medidas perimétricas y punto de referencia, así como las colindancias²⁸⁷. En el

del destino. En segundo lugar, la Ley 31313 divide el suelo en las categorías de urbano, de protección y rural (art. 33), que se basa en la planificación espacial que hacen las municipalidades provinciales en el plan de desarrollo urbano o plan de desarrollo metropolitano. En tercer lugar, el predio urbano será el que cuenta con procedimiento culminado de habilitación (Norma G.040 RNE), y, por descarte, el que no cumple esa exigencia será rural. En vista de lo ya expuesto, pueden presentarse problemas sistemáticos, pues un predio con “categoría urbana” (por planificación) podría tener uso rural (por no haber iniciado procedimiento), por tanto, la certificación de MIDAGRI sería rural, pero la municipal, urbana. En el caso de los eriazos solo queda la constancia de la entidad encargada de la planificación urbanística, lo cual tiene relevancia registral porque existe jurisprudencia que rechaza todo mecanismo de primera inscripción en ese ámbito, pues, los eriazos pertenecen al Estado (art. 23 D.L. 653), que solo puede privatizarse por adjudicación o venta (art. 26 D.L. 653), no por títulos de origen privado.

287 Los bienes, salvo los incorporales, constituyen elementos de la realidad externa, es decir, son los términos de referencia sobre los cuales se ejercen las facultades y poderes del derecho real. En caso contrario, este caería en el vacío, pues no habría realidad material sobre la cual se efectivice el derecho. Por ello, los bienes deben estar determinados, es decir, conocerse cuál es la entidad física (o ideal, de ser incorporeal) sobre la que su titular cuenta con el poder de obrar lícito. En tal sentido, los bienes deben encontrarse individualizados, aislados o separados de cualquier otro bien; en resumen, deben contar con

autonomía, fundada sobre la función económica y social que el bien cumple de acuerdo con su naturaleza y la voluntad de los sujetos: Messineo, F. (1979), T. III, p. 259. En el caso de los predios, sus confines se determinan por medio de límites verticales y horizontales. En cuanto a los límites verticales, el derecho de propiedad se extiende al sobresuelo y subsuelo “hasta donde sea útil al propietario” (art. 954 CC), es decir, hasta donde sea necesario para la explotación del predio de acuerdo con su naturaleza y destino, esto es, se trata de un criterio objetivo que descarta una noción como la del “interés del propietario”, que se basa en la opinión subjetiva del titular. En cambio, los límites horizontales son los confines del predio con respecto de los cuatro puntos cardinales, representándose como una línea imaginaria que encierra una superficie del suelo o un espacio cúbico. La delimitación horizontal no es natural, sino convencional, pues, el ser humano determina los límites de los terrenos con el fin de demarcar hasta donde se ejerce el derecho de propiedad, y de esa forma separar los distintos objetos susceptibles de apropiación. Por tanto, si los límites horizontales de los predios no son naturales, sino convencionales, entonces dichos límites emanan de los títulos de adquisición de la propiedad: Morales Moreno, A. (2000), p. 29. En tal sentido, la delimitación física de los predios no es una cuestión meramente fáctica, sino fundamentalmente jurídica, pues el título busca concretar -con mayor o menor precisión- una línea ideal con fines inclusivos para el propietario (dentro del perímetro es objeto de su derecho), y con fines excluyentes para los terceros. Pues bien, los elementos descriptivos fundamentales de un predio para individualizar la línea divisoria, con otros, son los siguientes:

- a) Linderos: son los confines o límites de una finca, cuya descripción en el título hace, precisamente, que se delimite la línea poligonal que encierra la extensión del terreno.
- b) Medidas perimétricas: consiste en la expresión numérica de los linderos, cuya finalidad es precisar la línea ideal o polígono que abarca una determinada porción de la superficie terrestre.
- c) Punto de referencia: permite ubicar el terreno en la realidad física y desarrollar la labor de medición y fijación de linderos. En efecto, si contamos solo con los linderos y las medidas perimétricas, pero no con un punto de referencia, entonces resulta imposible localizar el predio dentro de la superficie terrestre, pues, simplemente tendríamos unos datos de medición que no se podrían homologar por falta de datos. En la práctica, el punto de referencia que se utiliza es muy variado, y depende del carácter urbano o rural de la finca. Por ejemplo, en los predios urbanos es común utilizar la calle, numeración, manzana o lote, lo que permite contar con un punto de referencia con elevado grado de precisión. La cuestión se complica, sin embargo, en el ámbito rural, pues allí no existen calles ni numeración. En tal caso, el punto de referencia pueden ser accidentes geográficos notables, como una montaña, un río, un barranco, etc.; también puede utilizarse obras humanas o construcciones, tales como estaciones eléctricas, postes de alta tensión, ductos de hidrocarburos, puentes, carreteras u otros. Sin embargo, en la actualidad los métodos para determinar los puntos de referencia son más precisos, como ocurre con las coordenadas UTM.
- d) Cabida o área: Es la extensión del predio, esto es, la porción comprendida o encerrada en los linderos, que necesariamente se expresa en el sistema métrico decimal, con carácter oficial en nuestro país desde una Ley dictada el 16 de diciembre de 1862:

caso de los predios urbanos (art. 19-c) se exige la ubicación georreferenciada a la Red Geodésica Nacional referida al datum y proyección de coordenadas oficiales, siempre que cuente con dicho dato; o su ubicación a través de calle y numeración, manzana, lote o cualquier circunstancia que permita distinguirlo. En el caso de los predios rurales se requiere, además, el código de referencia catastral; y el centroide y ubicación georreferenciada a la Red Geodésica Nacional referida al datum y proyección de coordenadas oficiales (art. 19-d).

- e) Planos de ubicación y perimétricos, que deben elaborarse en una escala gráfica que permita la visualización y verificación de los datos técnicos. El plano perimétrico debe contener el cuadro de datos técnicos donde obren los vértices georeferenciados, en coordenadas UTM, datum oficial, y autorizados por el profesional competente, que es el responsable de la elaboración del documento cartográfico. En el caso de los predios urbanos ubicados en zonas catastradas por el municipio, se requiere, además, el plano y código catastral municipal a que se refiere el D.S 002-89-JUS, en caso contrario, bastará el plano suscrito por el verificador competente, visado por la Municipalidad, o, en ausencia de catastro, plano de ubicación elaborado por verificador catastral visado por municipalidad (art. 20-c RIRP), sin que sea exigible la constancia negativa (Precedente aprobado en el CCXLVII Pleno, publicado: 16.09.2021), aunque esto último es incoherente con los arts. 60 y 66 RIRP, que sí se refieren a la constancia negativa de catastro. En

Guevara Manrique, R. (1988), T. III, p. 56. Se debe precisar que el término técnico es “cabida”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Sin embargo, en nuestro medio se ha generalizado como sinónimo el vocablo “área”, lo que en puridad es un error gramatical. En efecto, el término “área” constituye una unidad de medida superficial (como el metro cuadrado), pero no es la extensión en sí misma encerrada dentro de un polígono. El área equivale a la centésima parte de una hectárea, por lo que, si esta representa 10,000 m², entonces aquella abarca 100 m². Por tanto, el “área” es una unidad de medida que se traduce en 100 m², y no es sinónimo de “cabida”. Es más, el Diccionario no reconoce esta última acepción que se ha generalizado en nuestro medio. Este es un típico ejemplo de deformación del lenguaje, en el que la unidad de medida termina identificándose con el objeto medido.

caso de predios rurales, el D.S. 032-2008-VIVIENDA, Reglamento D.L. 1089, requería el certificado de información catastral emitido por la entidad de formalización, de encontrarse en zona catastrada, y, en caso contrario, basta el plano y memoria descriptiva autorizado por verificador, junto con la constancia de que el predio no es catastrado (art. 20 del RIRP). Sin embargo, el D.L. 1089 ha sido derogado por la Ley 31145, aún pendiente de reglamentación.

5.2.4. Problemas en la descripción física

La descripción física de los predios es un asunto técnico complejo, en el que no se puede eludir errores de distinto tipo, conforme a la siguiente tipología:

- a) Títulos de propiedad con descripción inexacta, imprecisa o simplemente inubicable, lo que impide la plena identificación del predio en el espacio. El problema puede surgir por diversas causas: ausencia de elementos descriptivos de las fincas (falta de lindes o cabida), utilización de medidas no oficiales superpuestas con las oficiales, descripciones literarias de linderos, utilización de puntos de referencia no estables o caducos o no ubicables en la actualidad, error en el enunciado lingüístico que expresa la descripción, error humano en la utilización del instrumental técnico, etc.
- b) Títulos de propiedad desfasados, pues la adquisición de los bienes normalmente se hace en forma de cadena, por actos sucesivos en el tiempo, por lo que, puede ocurrir que no haya concatenación entre los títulos antiguos y los actuales, produciéndose desfase o discordancia entre el área o linderos entre unos y otros.
- c) Títulos de propiedad contradictorios, pues la vida jurídica es relacional, de tal suerte que el título de uno resulta perfecto, en forma individual, pero contrastado con el de otro, entonces presenta situaciones de superposición total o parcial, o linderos que se enfrentan entre sí, en caso de colindantes.
- d) Títulos de propiedad con datos identificatorios ambiguos, es decir, susceptibles de interpretación, como en el caso específico de las cláusulas dudosas de los elementos descriptivos del predio. Esta

situación puede presentarse con la expresión de linderos que permitan diversos significados o sufran oscuridad²⁸⁸, o cuando exista discrepancia entre diversos elementos del título o entre el título y su representación gráfica (plano).

- e) Títulos de propiedad de predios con terrenos irregulares, desnivelados, escarpados, pues, en este caso, el propio terreno es susceptible de “interpretación”, en el sentido que durante las labores de campo pueden presentarse dificultades o ambigüedades para realizar la medición de una determinada porción del suelo. El problema se origina por múltiples circunstancias, entre ellas, el hecho de que el suelo no es una superficie plana, sino sujeta a desniveles²⁸⁹; o por la existencia de linderos medianeros; o por extensiones de terreno que existen entre finca y finca, en las cuales no resulta evidente asignar la titularidad a uno u otro colindante²⁹⁰, etc. Sobre este punto, vale acotar que los profesionales de la materia (ingenieros, arquitectos, geógrafos) normalmente carecen de reglas técnicas uniformes para salvar las dudas que se generan al momento de “interpretar el terreno”; por tal razón, existe un margen de

288 Por ejemplo, un título de propiedad señala que el lindero del fondo colinda con: “la línea que colinda con el acantilado”, por lo que cabe preguntarse: ¿dónde comienza el acantilado?, pero igual ocurre en caso de señalarse: “colinda con el cerro”, o “la línea divisoria sigue el cerro”, pues, el cerro puede entenderse en la falda, en la parte media, en la parte susceptible de aprovechamiento (no empinada), o en la cumbre, por tanto, en todos esos casos, el dato identificatorio, visto desde una perspectiva extrínseca, es objetivo, hasta certero, pero en forma intrínseca, en el significado, resulta muy complicado establecer el sentido de ese término, por lo que requiere de interpretación.

289 “Si el terreno presenta desniveles, se puede preguntar si la cabida se refiere a la superficie que tenga realmente la finca, que sería la del lienzo que se adaptara a todas sus irregularidades topográficas; o bien si tal cabida ha de circunscribirse a la del plano horizontal formado por proyecciones de los contornos del inmueble”: Badenes, R. (1995), T. I, p. 499.

290 “Cuando el signo externo de delimitación no es propiamente una línea, sino una superficie o porción de terreno (sendas, arroyos, zanjas, etc.). En tal supuesto, puede plantearse un problema de titularidad o pertenencia de dicha zona o elemento medianero, que habrá de resolverse, en primer lugar, conforme a los títulos y, en su defecto, por las normas legales de la medianería. La línea jurídica que marquen los títulos puede comprender o excluir dichos signos externos, e incluso puede quedar trazada comprendiendo la mitad o parte de los mismos”: Muñoz, F. & García García, J. (1974), p. 1323.

discrecionalidad que puede ocasionar discordancias respecto a la superficie y lindes de un predio²⁹¹.

Es cierto que los títulos antiguos presentan mayores, y hasta insolubles, problemas de identificación y delimitación, sin embargo, incluso los títulos actuales, con descripción georreferenciada, no se salvan del error del instrumental (inevitable), error humano, desfase con títulos previos, o choque de títulos con terceros.

5.2.5. Catastro y registro

La inexactitud de los datos físicos de los predios genera casos de doble matriculación, superposición de áreas, imposibilidad de localizar terrenos, conflictos de linderos, entre otros. Por ello, desde antiguo se propone coordinar el registro (titularidades jurídicas) y el catastro (datos físicos), de tal manera que se cuente con información segura y confiable respecto a la identificación, situación y naturaleza de cada finca.

El catastro, como censo de la riqueza inmobiliaria, tiene como finalidad la representación gráfica del suelo, individualizando las características de cada inmueble, por tanto, posee interés fiscal o tributario, estadístico y,

291 En efecto, es poco frecuente que la normativa técnica resuelva estas dudas. Un caso de excepción, en tanto sí se establecieron algunas reglas técnicas para salvar las dificultades de la medición de predios, lo constituye la derogada R.S. N° 685 del 12.06.1943, norma reglamentaria de aspectos técnicos de la Ley 6648, de 14.12.1929, cuyos tres primeros artículos se transcriben por su importancia para nuestro tema:

“Art. 1.- Los ingenieros que levanten planos de fundos rústicos ubicados en el territorio de la República, están obligados a establecer con toda precisión la línea perimétrica que constituye los linderos con los vecinos colindantes, valiéndose de los instrumentos de precisión que prescribe la técnica; practicando sobre una operación topográfica controlada, la medición del área comprendida dentro de la línea perimétrica hallada”.

“Art. 2.- En la descripción de los linderos, el autor de la operación topográfica deberá procurar la mayor claridad, debiendo referirse a accidentes geográficos permanentes como ríos, mares, esteros, salientes de carácter permanente, bordes, etc. con sus denominaciones, o hitos superficiales sólidos, construcciones o accidentes naturales fijos debidamente ubicados, evitando toda referencia que envuelva vaguedad”.

“Art. 3.- Cuando en los títulos de dominio de fundos rústicos los linderos están constituidos o relacionados genéricamente a ‘cerros’, es preciso definir específicamente los puntos en referencia, ubicando con los planos las cumbres principales y relacionándolas entre sí o con puntos fijos en la base de los cerros o en las planicies por medio de triangulaciones o circuitos perimétricos; de manera que en los linderos quede perfectamente establecido cuál es la parte de los cerros que quedan dentro de las propiedades”.

también, privado, en cuanto robustece la seguridad en la contratación sobre bienes inmuebles. En buena cuenta, su objetivo teórico es lograr correspondencia entre la unidad catastral técnicamente determinada y la descripción física de los títulos de propiedad y del registro. Sin embargo, la cuestión no es sencilla, y, el problema no se centra solo en las dificultades propias de organizar un mapa de todos los predios, y mantenerlo actualizado, pues ello no salva los problemas que surgen de los títulos de propiedad, por lo que en este caso la delimitación espacial no sirve de mucho, en tanto la confección de un plano no altera las titularidades dominicales²⁹². En buena cuenta, es frecuente que la descripción de un predio en el título sea imperfecta, pero ello no puede ser corregido fácilmente por la descripción georeferenciada, pues la asignación de un espacio concreto al predio solo puede hacerse como resultado de una titularidad, no de un plano²⁹³.

La actividad de catastro, que implica medición en el terreno y levantamiento de planos, ha correspondido, en el transcurso del tiempo, a distintas entidades, como Ministerio de Agricultura, Cofopri y/o Municipalidades, incluso en forma simultánea. Por su parte, SUNARP nunca ha realizado esta actividad, pues si bien cuenta con una "oficina de catastro", sin embargo, nunca lo ha realizado, en tanto su función se reduce a contar con bases gráficas conformadas por los planos que sustentan las inscripciones, y, sobre ello, se hace una labor de gabinete para determinar la concordancia con los antecedentes registrales, pero no de campo. En tal sentido, la Ley 28294, publicada el 21.07.2004, establece una vinculación forzosa entre el registro y el catastro georeferenciado, lo que ha sido objeto de reglamento mediante el D.S. N° 005-2006-JUS, publicado el 12.02.2006, ambas con varias modificatorias. El contenido más relevante de este conjunto normativo es el siguiente:

- a) Separación de actividades entre rectoría o secretaría técnica, que ha pasado por diversas entidades: SUNARP, luego Cofopri, que es distinta a la labor propiamente catastral, que corresponde a las

292 Muñoz, F. & García García, J. (1974), pp. 1372-1373.

293 Morales Moreno, A. (2000), p. 160.

“entidades generadoras”, como las Municipalidades o MIDAGRI (art. 10 Ley 31145).

- b) Se crea el “código único catastral” (CUC) que es un pre-requisito “para inscribir definitivamente cualquier derecho” (arts. 14, 15, 16 y 21 Ley), acompañado de “planos debidamente georeferenciados, con las coordenadas en el Sistema de Referencia Geodésica Oficial vigente”, pero, tal deber se ha impuesto a la Secretaría Técnica de Catastro que se encargará de oficio de asignar el CUC y gestionar su inscripción (2° DT Regl.), con lo que se elimina su obligatoriedad para los propietarios.
- c) En los casos de discrepancia entre el catastro y los datos del registro, entonces no se permitirá inscripciones sobre estos predios, aunque al usuario se le expida el certificado (art. 16-a Ley), que origina una anotación preventiva sustentada en el plano oficial, aunque ello perdió sentido con la 2° DT Regl, antes citada, pues la inscripción del CUC dejó de ser obligatoria.
- d) La citada discrepancia permite instar un procedimiento de saneamiento catastral y registral, que se basa en la expedición del CUC (arts. 60 a 63 Regl), que requiere acciones de oficio de SUNARP (art. 61 Regl), pero que se ha convertido en una acción meramente facultativa, en virtud de lo antes expuesto.
- e) Obligación de los notarios de constatar el propietario registral del predio, lo que debe informarse a los interesados (art. 20 Ley), aunque se permite dejar constancia que “no se verificó la titularidad del transferente” (art. 52 Regl).
- f) Obligación de presentar CUC en el caso de las primeras inscripciones, pero ello, en la práctica, queda sin efecto porque el mencionado certificado se asignará en forma progresiva (3° DT Regl), esto es, por ahora simplemente no es exigible.
- g) Obligación de interconexión entre el notariado y el registro, a través de la firma digital (art. 19 Ley), pero finalmente se ha reducido a un mecanismo facultativo, pues requiere del acuerdo entre los Colegios de Notarios del Perú (y, entre estos, la vinculación solo comprende a los notarios individuales que se adhieran) y la

SUNARP (art. 51 Regl), que tampoco ha establecido zonas, plazos y formas de interconexión, tal como lo exige el art. 19 Ley.

- h) Obligación de las entidades públicas que ejecuten labores catastrales para comunicar esa circunstancia en forma inmediata al registro (art. 22).

En suma, la ley de catastro es poco menos que simbólica para notarios y ciudadanos, pues sus disposiciones son facultativas o “progresivas”, y, hasta el art. 20 *in fine* RIRP reconoce esa realidad cuando “deja a salvo” las normas contenidas en la Ley 28294 y su reglamento, referidas al código único catastral²⁹⁴. Sin embargo, la “unidad” del sistema se ha resquebrajado en virtud de dos normas recientes: primero, la Ley 31145 establece el “catastro rural nacional”, a cargo de MIDAGRI (art. 10), sin mención alguna a la ley matriz, y, segundo, la Ley 31313 hace referencia a un “catastro urbano”, que sí se mantiene en la órbita de la ley matriz (art. 12), pero sin precisiones,

294 No obstante, debe reconocerse que el trabajo de coordinación entre el registro y el catastro no es nada fácil, pues, la experiencia histórica ha demostrado que la labor catastral es compleja y sumamente onerosa, por lo cual ni siquiera países desarrollados la han implementado en su totalidad. En tal sentido, conforme el Banco Mundial, la prioridad se encuentra en implementar un sistema de registro de tierras, aunque la delimitación física de los inmuebles pueda tener algunos problemas, pues tal cuestión es onerosa, y, además, un buen catastro puede demorar entre 50 a 60 años en culminarse. El adalid de los sistemas registrales tiene el mismo parecer: “En Occidente, por ejemplo, los inmuebles formales en su mayoría son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión bajo la figura de intercambio de activos por inversión; como domicilio para la cobranza de deudas, cuotas e impuestos; como sede para identificar individuos con fines comerciales, judiciales o cívicos (...) Mientras en los países avanzados las casas actúan como refugios o lugares de trabajo, sus representaciones llevan una vida paralela, cumpliendo varias funciones adicionales para afianzar los intereses de quienes intentan crear nueva riqueza”: De Soto, H. (2009), pp. 65-66. Luego insiste en la misma cuestión: “Otro importante error de concepto es que los activos inmobiliarios no pueden ser legalmente inscritos si no han sido medidos, mapeados y registrados con tecnología informativa geomática de punta. También esto es, en el mejor de los casos, una verdad a medias. Europeos y estadounidenses lograban registrar todos sus activos inmobiliarios decenios antes de la invención de la computadora y de los sistemas de información geográfica (...) Nada de esto cuestiona la vital importancia de los sistemas de punta en computación e información geográfica con que los gobiernos intentan abrir a los pobres las puertas del sistema de propiedad formal. Pero sí implican que la subcapitalización, la posesión informal y la vivienda ilegal del mundo no occidental no se deben a una falta de tecnología avanzada en información y mapeo”: *Ibid.*, p. 139.

por tanto, habrá que esperar el sucesivo desarrollo de tales disposiciones mediante los reglamentos, aún pendientes de aprobarse.

5.3. Apertura del predio o finca en el registro: Primera inscripción o matriculación

5.3.1. Definición y presupuesto

La primera inscripción, en el derecho registral, significa el ingreso de una finca en el registro, es decir, se trata del inicio de la vida o historia registral de las titularidades jurídicas referidas a un predio. Es frecuente que la doctrina utilice como sinónimas las expresiones “inmatriculación”²⁹⁵ y

295 En nuestra opinión debe rechazarse en forma terminante el neologismo “inmatriculación”, no reconocido en nuestro idioma, y, en todo caso, reemplazarse por el de “matriculación”, que tiene el mismo significado. La legislación peruana utilizaba preferentemente el término “primera inscripción de dominio”; y así puede verse en el Código Civil, D.L. 667 (Registro de Predios Rurales), D.S. 001-90-VC (Reglamento de Inscripciones Registro Predial), entre muchas otras normas. Sin embargo, recientes disposiciones empiezan a utilizar la palabra “inmatriculación”, como es el caso del primer Reglamento de Inscripciones Registro de Propiedad Vehicular (Resolución N° 295-99-SUNARP/SN), luego sustituido por el Reglamento de 2004 y el de 2013; y la Directiva para “inmatricular” vehículos reconstruidos (Resolución N° 186-2000-SUNARP/SN). En el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, de 2008, se impone decididamente el uso del vocablo “inmatriculación”, lo que es reiterado en la norma sustitutiva de 2013. Por tanto, la palabra “inmatriculación” es de reciente data en el ordenamiento peruano, y ello se origina por el afán de copia de todo lo que provenga de la doctrina española. En efecto, la Ley Hipotecaria Española de 1944-46 le da carta de ciudadanía a este término, y su doctrina también lo usa en forma reiterada. El citado vocablo se origina en la lengua alemana (*immatrikulatio*), y posteriormente ha pasado a la española (*inmatriculación*), pero con el significado castellano de “matricular”: Herrero, M. (2006), p. 45. No obstante, carece de sentido gramatical que, a pesar de existir una palabra en la lengua de recepción que significa lo mismo que en la lengua de exportación (verbo “matricular” y su forma de sustantivo “matriculación”), sin embargo, debamos crear un segundo término, de igual significado, y que se escribe casi igual (“inmatricular” o “inmatriculación”). Pero no solo eso, pues el vocablo “inmatricular” desafía las reglas gramaticales de la lengua castellana, pues, en esta, el prefijo “in” niega al sustantivo o verbo al que se adiciona (“in-hábil”, “in-capaz”, “in-tocable”, “in-tangible”, etc.), por tanto, desde una perspectiva estricta y rigurosa, “in-matricular” tendría un significado inverso al que se pretende lograr, esto es, se entendería como “des-inscribir” cuando en realidad se busca dar la idea de “inscribir”. Lo que pasa es que en la lengua alemana es frecuente el uso continuo de consonantes repetidas “mm”, “ss”, etc., lo que no ocurre en el castellano, por tanto, la traducción, para no infringir esta regla, en lugar de decir “immatriricular”, que francamente sería una herejía, se encuentra en la necesidad de aceptar “inmatricular”, pero con ello vulnera otra regla, en relación con el prefijo “in”. Por lo demás, la fonética del citado neologismo es terrible. Por tanto, el desastroso

“primera inscripción”, aunque teóricamente es posible diferenciarlas, pues, la primera alude a la operación de apertura de una hoja registral por el ingreso de un predio; y, luego de ello, se extendería la primera inscripción de dominio, es decir, de la titularidad sobre el predio. Por tanto, se trata de dos operaciones teóricamente distintas y separadas, en donde una es el necesario antecedente de la otra: la primera, referida al objeto, la segunda, al derecho y su titular. Sin embargo, la diferencia carece de eficacia práctica, en tanto ambas operaciones se producen en forma simultánea, pues, no cabe inscribir el objeto sin el derecho, o viceversa²⁹⁶. Esta simultaneidad se aprecia en el art. 16 del RIRP: “La inmatriculación es el acto por el cual se incorpora un predio al Registro. Se realiza con la primera inscripción de dominio, salvo disposición distinta”.

El presupuesto de la primera inscripción es que el predio no esté inscrito, pues, “la primera de dominio es exclusiva y excluyente. Quiere ello decir que un inmueble solamente puede tener una inscripción y que la misma inscripción impide extender cualquier otra referente al mismo inmueble en partida distinta”²⁹⁷. Por tanto, es necesario comprobar la existencia o no de antecedentes registrales del predio, pues solo en caso de que tal evaluación resulte negativa entonces la primera inscripción sería posible²⁹⁸. El tema, sin embargo, es fuente de múltiples dificultades, pues durante mucho tiempo las inscripciones se hicieron sin bases gráficas, por lo que resulta casi imposible comprobar la existencia de muchos predios anteriormente inscritos; y, luego, cuando ya se exigía la presentación de planos, a veces rudimentarios, sin embargo, no existía un sistema técnico que permitiese ubicar tales linderos dentro de un gran mosaico geográfico. En tal momento, solo

término “inmatricular” debe desaparecer de las normas y libros de derecho registral, y reemplazarse por el castizo de “matricular”, como hacen los argentinos, que en este punto son más puristas en el uso del lenguaje, y se niegan a adoptar la mala traducción de los doctrinarios españoles.

296 “Y al matricular el inmueble la ley establece que, simultáneamente, deben consignarse el titular o los titulares del dominio o condominio. ¿Qué quiere decir esto? Que sin título no hay matriculación, lo que equivale a decir que el concepto de inmueble como unidad autónoma -coincidiendo con nuestra definición- solo se da cuando hay título de propiedad”: Villaró, F. (2010), p. 366.

297 Guevara Manrique, R. (1998), T. III, p. 30.

298 Roca Sastre, R. (1954), T. II, p. 437.

quedaba la intuición y experiencia del registrador, quien debía recordar o sospechar que ciertas zonas constaban en el registro, por lo que se trataba de un examen meramente artesanal de superposición o no. El principio de especialidad, en tales condiciones, difícilmente podía actuarse a cabalidad. La situación ha ido mejorando con la creación de las llamadas “oficinas de catastro” en el registro (en realidad: “oficina de bases gráficas”), cuya función es almacenar los planos de los predios inscritos con el fin de contrastarlos con los nuevos actos que pretendan acceder al registro, o que tengan relación con alguna modificación o incorporación de la base física de los predios, como ocurre en las matriculaciones, desmembraciones y acumulaciones, entre otros actos.

El registro se organiza sobre la base del principio de folio real (artículo 4 RIRP, de 2013, ahora con sentido general elevado a rango legal: art. 2017-A CC), es decir, cada predio se representa con una partida u hoja de inscripción en forma exclusiva, y, en la cual se inscriben todos los actos que a él corresponda. Este hecho excluye la posibilidad, por lo menos desde una perspectiva teórica, que puedan abrirse dos o más partidas para una finca o para una porción de ella²⁹⁹, por cuanto en ese caso el registro arrojaría una información falsa y engañosa, en tanto los interesados tendrían inscripciones diversas y contradictorias sobre un mismo inmueble, lo cual socava el fundamento mismo de la institución registral, cuál es, otorgar publicidad y seguridad jurídica con justicia a la contratación y al tráfico. Por esta razón, una vez matriculado un inmueble, todos los actos o contratos relativos a la totalidad o fracción de dicho predio se inscriben en la misma partida registral. En ningún caso procederá abrir una nueva partida registral, aun cuan-

299 Sobre el particular, creemos necesario aclarar un aspecto que muchas veces no se entiende qué es un predio no-inscrito. En efecto, es común que muchas fincas inscritas hayan sido objeto de desmembraciones, subdivisiones o transferencias dominicales que no llegaron al registro, por tanto, si bien la actual situación física del inmueble no tiene correlato tabular, sin embargo, esta porción proviene del área mayor correspondiente a una partida registral ya abierta. En suma, una cosa es que el predio no esté inscrito, si carece totalmente de antecedentes en el registro, y otra muy distinta es que el predio actual -incluso, sin autonomía o individualización-, empero, pertenezca a un inmueble inscrito de mayor extensión. Solo la primera hipótesis se reputa “predio no inscrito”, pero no la segunda, pues el inmueble sí está inscrito, pero como parte de una extensión más grande.

do se tratase de la porción menor de un inmueble inscrito con mayor área o cabida. Sin embargo, la realidad demuestra que existe un gran número de inscripciones duplicadas.

5.3.2. Títulos de primera inscripción

Los títulos de primera inscripción son aquellos que permiten el ingreso, por primera vez, de una finca en el registro, junto con el titular del dominio, lo que origina la apertura de una hoja registral destinada a representar dicho predio. El art. 16 RIRP señala que la matriculación se realiza con “*la primera inscripción de dominio, salvo disposición distinta*”, por tanto, el derecho de propiedad es el único que sirve de base para la matriculación, lo que incluye la propiedad superficiaria (art. 1030 CC) -que, por propia definición, es una modalidad del dominio-. La razón que justifica esta solución se encuentra en que sería ilógico que las titularidades menores sean publicadas, pero no la titularidad mayor, con lo cual la historia registral del inmueble se encontraría incompleta³⁰⁰. Esta misma idea de integridad hace que deba rechazarse la matriculación de cuotas indivisas de copropiedad sin que se

300 Por otro lado, el derogado art. 13 del RI de 1936 permitía que la primera inscripción se encabece con la sola posesión. Esta situación no es posible ahora, aunque podría pensarse que una excepción lo constituía la “inscripción de posesión” prevista en su momento en el Registro de Predios Rurales (arts. 20 y 22 D.L. 667, actualmente derogado), en el cual se distinguían dos supuestos: la posesión sobre predios rurales de propiedad del Estado y la posesión de predios rurales de propiedad de particulares, lo que fue reproducido por los arts. 146 y 149 del RIRP del antiguo reglamento de 2003. En el primer caso, la posesión constituye un pre-requisito para que el Estado, mediante acto constitutivo, otorgue el título de propiedad a favor del poseedor. En el segundo caso, de no haber oposición (lo cual es muy frecuente), se consolidaba el derecho de propiedad del poseedor por virtud de una especie de prescripción adquisitiva declarada de forma sumaria por la vía administrativa. En ambos casos, la inscripción es, verdaderamente, una adquisición de la propiedad por usucapción, si bien no declarada por juez o notario, sino por el registrador luego de la evaluación de pruebas tasadas de la posesión, adicionado a ello la falta de oposición de cualquier contradictor. Ambas inscripciones estaban íntimamente vinculadas. La primera como anotación preventiva, y la segunda se convierte en inscripción propiamente dicha (o definitiva) del derecho de propiedad sobre el predio rural. Es tan cierto lo expuesto que la anotación posesoria carece de sustantividad propia pues su finalidad específica es consolidar el derecho de propiedad. En conclusión, la anotación posesoria del D.L. 667 no constituía propiamente una inscripción de posesión, pues en realidad se trataba de una anotación previa a la de propiedad. Sin embargo, el tema carece de importancia con su derogatoria producida por el D.L. 1089, que a su vez ha sido sustituido por la vigente Ley 31145.

inscriba la totalidad (100%) de las cuotas. Por lo demás, no parece que esta posibilidad se encuentre admitida por el mismo art. 16 del RIRP que habla en forma terminante que la finca registral se encabeza con la “primera inscripción de dominio”, no de porciones (abstractas) del dominio³⁰¹.

La matriculación corresponde a una inscripción definitiva, por lo que el predio ingresa al registro mediante un acto firme, y no temporal. Por tal razón, la anotación de embargo de predio no inscrito, dispuesto por el juez al amparo del art. 650 CPC no constituye propiamente una primera inscripción, hasta el punto de que la anotación preventiva de embargo de predio no inscrito puede desmoronarse sin dejar rastros por diversas circunstancias (pago de obligación, sentencia desestimatoria, conclusión del proceso sin resolución de fondo), por tanto, no es una matriculación en forma. Para esta anotación se requiere el parte judicial y el plano visado por municipalidad, si es urbano, o visado por la entidad de formalización, si es rural (art. 20 RIRP), pero con la salvedad que el plano de predio urbano no requiere georreferenciación (art. 31 RIRP).

La matriculación de fincas, a través del derecho de propiedad, no impide que simultáneamente se inscriban las cargas o gravámenes. En este caso simplemente se registra la propiedad como primer asiento, seguido de la inscripción del gravamen, que puede ser un usufructo, superficie o hipoteca, etc. El primer párrafo del artículo 18 del viejo RI de 1936 preveía expresamente la hipótesis: *“Todas las inscripciones, anotaciones preventivas y extinciones posteriores, se extenderán a continuación del primer asiento por orden sucesivo sin dejar claros entre uno y otro asiento”*. Los posteriores reglamentos (años 2003, 2008 y 2013) no reprodujeron norma similar, pero la solución sigue siendo la misma por virtud del principio que guía las adquisiciones derivativas, por cuya virtud, el actual titular recibe el derecho en las mismas condiciones que tenía su enajenante, por tanto, la transferencia se produce en conjunción de las cargas y gravámenes.

301 En una antigua resolución de la Junta de Vigilancia del 25.07.1967 se negó la primera inscripción de derechos indivisos, argumentándose que aquella sólo se refiere al inmueble en sí mismo, o, mejor dicho, a la unidad inmobiliaria: Cit. Guevara Manrique, R. (1998), T. III, p. 52, lo que constituye un criterio que debiera mantenerse en esos términos.

El título deberá acompañarse con documentos técnicos, que dependen de la naturaleza del predio: (i) Urbano: plano y código catastral de la municipalidad distrital, o provincial en caso de cercado (D.S. 002-89-JUS), o, en ausencia de catastro, plano de ubicación elaborado por verificador catastral visado por municipalidad (art. 20-c RIRP), sin que sea exigible la constancia negativa (Precedente aprobado en el CCXLVII Pleno, publicado: 16.09.2021), aunque esto último es incoherente en relación con los arts. 60 y 66 RIRP, que sí se refieren a la “constancia negativa de catastro”, (ii) Rural: certificado de información catastral emitido por el Gobierno Regional, o certificado negativo con plano perimétrico y memoria descriptiva de verificador catastral, en caso de zona no catastrada (D.L. 1089 y D.S. 032-2008-VIVIENDA, pero sustituido por Ley 31145, aún pendiente de reglamento, concordante con art. 20 RIRP), (iii) Bienes estatales: documentos o actos establecidos por normas especiales, pero en caso de predios ubicados en zonas rurales, títulos o resolución que lo califique como eriazó, más certificado de información registral o certificado negativo en zona no catastrada, en conjunto con plano y memoria descriptiva (arts. 21 y 22 RIRP). Por lo demás, el informe previo de la oficina de catastro registral sobre estos actos inscribibles y los requerimientos de los documentos técnicos se regulan en la Directiva N° DI-004-2020-SCT-DTR (vigente: 11.12.2020), complementada con los lineamientos de uniformización para evaluación y emisión de informes, aprobado por Res. N° 023-2021-SUNARP-DTR (vigente: 25.07.2021)³⁰².

La primera inscripción constituye, teóricamente, la que exige mayores garantías, puesto que no se basa en asientos o declaraciones anteriores del registro, por el contrario, en él se fundarán las ulteriores inscripciones³⁰³. Por tal razón, el título de matriculación debería ser objeto de rigurosa evaluación en sede previa (notarial, por ejemplo) y, escrupulosamente exa-

302 La tolerancia registral-catastral opera en todos los actos de modificación física de la finca, incluso en primera inscripción, pero cuando se trate de esta última, y los valores del plano no coincidan con los del título, mientras el predio colinda con no inscritos, entonces procede la solicitud de inscripción primera conforme el área del plano, siempre que la oficina de catastro determine que se trata del mismo predio, en cuyo caso, se aplica la tolerancia, incluso con prescindencia de los rangos establecidos en la Directiva N° 01-2008-SNCP/CNC (Precedente aprobado en CXV Pleno, publicado 07.01.2014).

303 Peña, M. (1999), T. II, p. 488.

minado después, en el ámbito registral. No obstante, también existe la corriente opuesta que pugna por facilitar o simplificar el acceso de las fincas al registro, con el fin de propender el tráfico inmobiliario y la movilización de la riqueza. En suma, tenemos dos posturas antagónicas: la primera tiende a dar la máxima seguridad, pero recargando los requisitos necesarios para la matriculación (ejemplo: Sistema Australiano o Torrens); en cambio, la segunda busca que el mayor número de fincas puedan inscribirse, aun soportando el riesgo de un procedimiento simplificado e inseguro que ponga en duda la titularidad real del primero que inscribe (Sistema Español³⁰⁴). El ordenamiento peruano acoge la postura simplificadora, lo cual significa permitir el ingreso de títulos poco rigurosos para la primera inscripción, como puede apreciarse en el art. 2018 CC, especialmente con el simple -pero, inseguro- mecanismo de aportar títulos con antigüedad de cinco años, así como en la Ley 27157, sobre regularización de edificaciones³⁰⁵. La propia jurisprudencia registral se inspiró en esta misma idea³⁰⁶, aunque en

304 En este sentido: “parece que es un bien para la economía del Estado un adecuado funcionamiento y una cierta agilidad en el tráfico inmobiliario y en el crédito territorial. Constituye un mal de nuestra sociedad la vejez de las titularidades sobre los bienes raíces, la desidia de las propiedades y el desinterés por las inscripciones debido en gran parte a la carestía y a las dificultades de los trámites burocráticos (...) Por todo ello, el legislador ha tenido que arbitrar medios para conseguir que ingrese en el registro la mayor cantidad posible de titularidades o de bienes raíces, de suerte que se fomente, dentro de los límites exigidos por un mínimo de garantía, el acceso de la propiedad inmueble al registro”: Díez Picazo, L. (1995), T. III, p. 356.

305 La Exposición de Motivos de la Ley 27157 dice textualmente: “la falta de titulación saneada no permite vender a valores óptimos, no permite tampoco la herencia regular entre padres e hijos y menos permite acceder a préstamos con garantía de los inmuebles. Todo esto lleva consigo una paralización de la economía y a mantener una cantidad de inversión inmobiliaria congelada, sin poder introducirla al mercado de bienes y servicios, limitándola únicamente a bienes de puro uso, o, en todo caso son objeto de transacciones informales, con los altísimos costos y riesgos que ello implica”.

306 Una primera resolución señala que la falta de obstáculos reales permite la matriculación: “tratándose de la solicitud de inmatriculación de un predio, el registrador se limitará a la calificación del título presentado y a la verificación de la inexistencia de inscripciones relativas a dicho predio. En tal sentido, no procederá denegar la inscripción sobre la base de presuntos obstáculos que emanen de partidas registrales referidos a otros predios”: RTR N° 228-2004-SUNARP-TR-L.

Igualmente se ha señalado que “no impide la inmatriculación de un predio el informe del Área de Catastro señalando la imposibilidad de determinar si el mismo se encuentra inscrito o no” (Precedente de observancia obligatoria por el 12° Pleno realizado los días

los últimos tiempos se ha convertido en más rigurosa, específicamente en la primera inscripción de predios eriazos, aunque sin norma de sustento para las observaciones.

Lamentablemente, una inscripción simplificada y sin las mínimas garantías de seriedad representa un peligro contra los derechos largamente consolidados, y una amenaza para los terceros que erróneamente puedan confiar en un registro inexacto. Parece que nada de eso ha sido tomado en cuenta por el legislador, quien se ha engañado en la “falsa seguridad” de una inscripción a toda costa, sin que se realicen las comprobaciones y cautelas tan necesarias para reconocer la propiedad de un sujeto a través el acto de matriculación. La falta de seguridad en la matriculación es fuente de conflictos que, en lugar de asegurar al propietario inscrito, lo engañan respecto de un derecho presuntamente legal, pero que en la realidad no existe. En efecto, la admisión de la primera inscripción trae dos riesgos notorios: uno, que se inscriba una titularidad que no corresponda con la realidad jurídica, esto es, se publique un propietario de puro papel; dos, que se inscriba una titularidad nueva en el registro, pero respecto de un predio que ya se encuentra total o parcialmente inscrito, por lo que se origina, de esa manera, una información registral contradictoria. En conclusión, la primera inscripción debe inspirarse en la tesis del aseguramiento de los derechos, y no en la fácil simplificación.

4 y 5 de agosto de 2005, publicado en el diario oficial el 13 de septiembre del mismo año. Criterio sustentado por las RTR N° 067-2005-SUNARP-TR-T de 25.04.2005 y N° 252-2005-SUNARP-TR-L de 29.04.2005).

De esta manera se evita que obstáculos supuestos o figurados impidan la matriculación, sin embargo, en nuestra opinión, el mismo criterio no puede mantenerse cuando el catastro establece la alta probabilidad que el predio ya se encuentra inscrito en determinada partida registral, pero que no puede concluirse en forma rotunda por la ausencia de bases gráficas en el registro. Si tenemos en cuenta que la prueba es relativa, y, por tanto, en el mejor de los casos solo genera verosimilitud, entonces se concluye que un informe en tal sentido inclina la balanza en contra de la matriculación. En contra, por ejemplo, la RTR N° 764-2009-SUNARP-TR-L: “La solución aquí propuesta se reafirma con el informe ampliatorio de Catastro, realizado por solicitud de esta instancia, en la cual se señala que cabe la posibilidad de que el predio en cuestión se encuentre dentro del ámbito registrado en la Ficha N° 2405”.

5.3.3. Títulos generales de primera inscripción

El art. 2018 CC contempla dos títulos de primera inscripción de carácter general, pues se trata de los mecanismos originariamente previstos por el legislador para cualquier tipo de predio:

- a) Títulos derivativos de propiedad (contratos o testamentos o sucesiones intestadas -siempre que este último no sea el primigenio, sino uno de los posteriores en la cadena-), con antigüedad de cinco años: Por ejemplo, si el título del interesado es de fecha 01.01.2016, recién podrá efectuar la solicitud de matriculación o primera inscripción el 01.01.2021, aunque, también se permite que el propietario actual cumpla el requisito de antigüedad mediante la suma de los títulos antecedentes, siempre que estos guarden la concatenación causal debida (transferencias y adquisiciones en cadena respecto de un mismo bien). Si el título más antiguo de todos ellos llega a los cinco años, el propietario actual puede solicitar ya la primera inscripción, sin necesidad de procedimiento judicial, administrativo o notarial³⁰⁷

307 Sin embargo, el D.L. 1209 ha establecido un procedimiento adicional, que en la práctica lo acerca al del título supletorio, en el que interviene un verificador catastral, y se requiere acreditar la posesión. El procedimiento se inicia con la anotación preventiva de la matriculación (art. 4), para lo cual se presenta el título o títulos contractuales ininterrumpidos con cinco años de antigüedad, plano elaborado y suscrito por verificador catastral, constancia de posesión y documentación especial, como el código y plano catastral municipal del D.S. 002-89-JUS en el caso de predios urbanos, o certificados catastrales emitidos por la entidad de formalización en caso de predios rurales (art. 5). La vigencia de la anotación es de 90 días hábiles (art. 6). En caso de problemas con inexactitudes registrales o de superposiciones gráficas, entonces la solución puede encontrarse en los procedimientos de saneamiento de la Ley 27333 o con la intervención de verificador catastral según el trámite que prevea el reglamento (art. 7). Por su parte, luego de la anotación, el verificador debe notificar a los poseedores de los predios colindantes, y a la SBN cuando el colindante no esté inscrito; además, se colocará un cartel en el predio (art. 9). Pueden oponerse el titular con derecho inscrito que se superponga con el inmueble de la solicitud, el titular sin inscripción que se superponga con el mismo inmueble, la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI) y la entidad pública cuyo derecho también se superponga (art. 10). El procedimiento culmina cuando se declara fundada la oposición, y el registrador cancela la anotación preventiva, o cuando se declara infundada la oposición, en cuyo caso la decisión administrativa es irrecurrible (art. 11). Cabe la variación de rogatoria para adecuarla al área no inscrita, cuando haya superposición parcial (art. 12). Por último, la falta de oposición o cuando la deducida ha sido rechazada, hace que la inscripción se convierta en definitiva

- b) Títulos supletorios: Cuando no existan títulos contractuales o instrumentos formales que comprueban el dominio, entonces el propietario podrá acudir al juez para que lo declare como tal, en cuyo caso se constata la posesión que habría permitido consumir la prescripción adquisitiva de dominio. Sin embargo, luego, las leyes 27157 y 27333 otorgaron competencia a los notarios, siempre que se trate de predios no inscritos situados en zonas urbanas.

5.3.4. Títulos especiales de primera inscripción

La ley o la jurisprudencia, con el transcurso del tiempo, ha ido decantando distintos títulos para lograr la matriculación o primera inscripción, que llamamos “especiales”, en contraposición de los originariamente previstos en el art. 2018 CC. Entre los más importantes se tienen los siguientes:

- a) Sentencias de prescripción adquisitiva, reivindicación o mejor derecho de propiedad: La jurisprudencia ha establecido que estos actos permiten la primera inscripción, pese a que ellos no están contemplados en los reglamentos registrales³⁰⁸. La solución se justifica porque la usucapión tiene sinonimia con los títulos supletorios, por cuya razón, si uno permite la matriculación, entonces el otro también debe hacerlo. Por su parte, el art. 36 D.S. 035-2006-VI-VIENDA, Regl. Ley 27157, ya lo había previsto para el caso del procedimiento notarial de prescripción adquisitiva, que otorga carác-

previa la solicitud que establezca el reglamento (art. 13). Cabe resaltar que este mecanismo se aplica exclusivamente a los títulos contractuales entre particulares (personas naturales o jurídicas), que tiene como causa la adquisición derivada de la propiedad, pero no a los títulos de origen judicial, administrativo o notarial (art. 3.3). La conclusión es que el procedimiento con títulos de cinco años se acerca al del título supletorio, pues también se necesita la posesión y la verificación especializada. Esta solución no es precisamente errada, aunque llama la atención que el legislador tenga más confianza en un verificador catastral, de casi nula fiscalización y sin responsabilidad penal, que en los notarios. Sin embargo, la norma nunca ha entrado en vigor, pese a haber transcurrido varios años, pues ello se condicionó a la aprobación de un reglamento (2º DCF), que nunca ocurrió, aunque se llegó a publicar un proyecto mediante R.S. 0479-2019-JUS de 01.01.2020.

308 Ya desde antiguo la doctrina registral peruana abogaba por admitir la matriculación mediante prescripción adquisitiva, lo cual se considera análogo al título supletorio porque en ambas situaciones hay que acreditar la posesión, por lo que el rechazo de la usucapión en fundar una primera inscripción resulta “ilógico y contradictorio, y desconoce el valor de la sentencia judicial declaratoria de dominio”: Acevedo, I. (1959), p. 164.

ter matriculador; pero es obvio que igual salida se produce en el caso de la prescripción declarada por juez. Por lo demás, la salida debe ser la misma en el caso de las sentencias recaídas en los procesos de reivindicación o declarativa de dominio (“mejor derecho de propiedad”), pues se trata de pronunciamientos judiciales en procesos plenarios, en los que, luego de evaluada las alegaciones y prueba de las partes, bajo el principio del contradictorio, se emite una decisión en la que se declara la propiedad sobre el bien inmueble.

- b) Adjudicación por remate judicial: Esta figura ha sufrido diversas vicisitudes, pues la figura ya había sido prevista por el viejo RI de 1936, pero fue eliminada por el RIRP de 2003, empero, el D.L. 1069, del año 2008, introdujo una serie de modificaciones al CPC, entre ellas, la posibilidad de anotar el embargo judicial contra predios no-inscritos, pero la ley no dijo más, es decir, existía un embargo inscrito, aunque no lo estaba el derecho del propietario del predio; por lo que se tenía la siguiente duda: ¿cuál era el futuro de ese embargo?, ¿cómo termina esta anotación preventiva? La laguna legal fue salvada rápidamente mediante el RIRP de 2008, luego reiterado en 2013 (art. 18-e RIRP), pues, se pensó que, si el embargo ingresaba al registro, mediante una anotación preventiva, entonces la adjudicación por remate debía ser el sustento de la matriculación. Un tema distinto es justificar o no la re-introducción de esta figura. En este punto debe recordarse que la adjudicación por remate judicial, nacida por virtud de un embargo, tiene una diferencia radical con los procesos de reivindicación o declarativos, pues, en el proceso ejecutivo no se discute la propiedad del bien, pues en él simplemente se afecta un bien a pedido de parte y luego se transfiere forzosamente. Ello determina que no exista cosa juzgada respecto al tema de la propiedad del bien embargado, posteriormente adjudicado a un tercero.
- c) Tierras de reforma agraria: La profunda transformación que sufrió la propiedad rural en nuestro país luego del D. Ley 17716, del año 1969, sobre reforma agraria, dio lugar a complejos problemas

de titulación y demarcación de la tierra, por lo cual, se dictó el D.L. 667, del año 1991, para afrontar el problema de la descuidada inscripción registral de los predios que habían pasado por el proceso de reforma. Entre otras novedades, dicha norma estableció la usucapión ante el registrador, pero también se establecieron nuevos mecanismos de matriculación de la tierra. En la actualidad, el D.L. 667 se encuentra derogado por el D.L. 1089, que, a su vez, ha sido sustituido por la actual Ley 31145, sin embargo, las normas del D.L. 667 se repitieron en el RIRP de 2003, lo que tenía sentido porque la ley estaba en vigor, pero lo curioso es que dichas normas han sido reiteradas en el RIRP de 2008 y 2013, a pesar de que ahora carecen de cobertura legal, pues la ley está derogada. Es un curioso caso de técnica normativa en que la ley no vive ya, pero el reglamento, sí (arts. 22 a 27 RIRP), aunque, en la actualidad, estas disposiciones carecen de utilidad.

- d) Tierras comunales: Las comunidades campesinas son organizaciones tradicionales que se caracterizan por su forma de vida en contacto con el entorno y el aprovechamiento colectivo e individual de la tierra. En consecuencia, el Estado protege a las comunidades, en atención al mandato constitucional de respeto a la identidad cultural, por lo que, en el ámbito materia del presente estudio, se han dictado medidas destinadas a lograr la titulación y demarcación de sus tierras. En principio, el órgano competente para tal fin eran las direcciones regionales agrarias del Ministerio de Agricultura, que, luego de un procedimiento especial culminaba con la aprobación de las actas de colindancia de los predios comunales, que servía como título de propiedad. Por tanto, el art. 18-d) RIRP, en concordancia con el art. 29, señala que las citadas actas suscritas por la comunidad a titularse y sus colindantes con derecho inscrito o debidamente acreditado, y, por el funcionario respectivo, permiten la primera inscripción de dominio, en conjunción del plano y memoria descriptiva visada por el funcionario competente. Las actas de colindancia se suscriben por el representante comunal con facultades inscritas, o, en su defecto, serán ratificadas por asamblea general de la comunidad a titularse o de

las vecinas, acreditándose la validez de los acuerdos mediante declaraciones juradas sobre convocatoria y quórum, otorgadas por el presidente de las comunidades; no obstante, si las actas de colindancia han sido suscritas con anterioridad a la Ley de Deslinde y Titulación, entonces basta la constancia emitida por el presidente comunal (art. 29 RIRP). En caso que la colindancia se realice con predios inscritos, entonces la línea de demarcación será la que figure en la partida registral, sin que sea exigible la presentación de actas de colindancia con dichos propietarios; por su parte, si la colindancia es con terrenos del Estado entonces el acta la suscribe el representante de la SBN; y en caso que la titularidad corresponda a gobierno regional, local u otra entidad estatal, entonces el acta la suscribe el representante de dichos organismos (art. 29 RIRP). Con el fenómeno de regionalización, la competencia de la Ley de deslinde y titulación de tierras comunales ha sido trasladada a los Gobiernos Regionales.

- e) Tierras del Estado: Las resoluciones de la SBN también permiten la primera inscripción, conforme el reglamento de bienes estatales, sea que se trate de dominio privado o dominio público. En este último caso, la condición de perteneciente al demanio consta como carga en la partida registral. Por ejemplo, la Resolución N° 081-2008-SUNARP-TR-L de 22.01.2008 admite la inscripción de una zona de playa con la citada carga. El título estatal no requiere prueba de posesión ni de acreditación del dominio; en tanto este privilegio se funda en el dominio de la Nación sobre las tierras que se encuentran dentro de su territorio, y no pertenezcan a un titular privado (art. 66 Const).
- f) Tierras municipales: Un título matriculador, también administrativo, lo constituye el acuerdo de Concejo de los Gobiernos Locales cuando se trata de bienes municipales (Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, art. 58°). Es una manifestación más del privilegio de gestión y administración de los bienes de las organizaciones territoriales asentadas dentro del Estado Peruano. Aquí la primera

inscripción se sustenta en la presunción de validez de la actuación administrativa (art. 9 TUO Ley 27444).

- g) Tierras en proceso de formalización: Las resoluciones que expiden las entidades de formalización de la propiedad, sea Gobiernos Locales, Gobiernos Regionales o Municipalidades Provinciales constituyen también títulos de primera inscripción, conforme con sus normas reguladoras, en concordancia en el art. 21 RIRP: “La inscripción solicitada por entidades administrativas con facultades de saneamiento y formalización se realizará en mérito a los documentos que establezcan las normas especiales pertinentes”. En estos casos, la justificación de la primera inscripción se hace por respeto a la presunción de validez de la actuación administrativa.

El presente es un listado enunciativo, pues el sistema jurídico contempla otras disposiciones de primera inscripción, tales como las de expropiación (D.L. 1192).

5.3.5. Patología de duplicidad de partidas registrales

La regla técnica fundamental del principio de especialidad registral consiste en que un predio (finca civil) se constata en el registro por una hoja o partida (finca registral), la cual agrupa todos los actos o contratos referidos a dicho inmueble. De este modo, se logra que el registro publique información coherente sobre las titularidades jurídicas. Por el contrario, es una patología que un mismo predio tenga dos o más partidas registrales, pues, en tal caso, no se sabría cuál de las hojas es confiable, por lo que el registro perdería certeza. La doble inscripción, entonces, puede definirse como aquella situación, originada por error del sistema, en la cual una finca material o civil se encuentra inscrita en varias fincas registrales, ya sea total o parcialmente, es decir, las partidas comprenden la totalidad del predio o parte de él.

Es tema conocido que la primera inscripción genera el riesgo de lesión de otras titularidades jurídicas. El primer riesgo es que un *non-domino* acceda a convertirse en titular registral, en desmedro y perjuicio del propietario. El segundo riesgo consiste en afectar titularidades registrales previas, con

lo que se provoca la duplicidad de partidas, sea total o parcial³⁰⁹. El RGRP (2001, pero con TUO aprobado en 2012) define la doble matriculación o duplicidad de partidas: “cuando se ha abierto más de una partida registral para el mismo bien mueble o inmueble, la misma persona jurídica o natural, o para el mismo elemento que determine la apertura de una partida registral” (art. 56). Esta duplicidad es total si el predio está íntegramente comprendido en las partidas; mientras que la duplicidad es parcial si solo una parte del predio es abarcado en ambas partidas (art. 56 RGRP, *in fine*: “se considera también como duplicidad de partidas la existencia de superposición total o parcial de áreas inscritas en partidas registrales correspondientes a distintos predios”). La norma también hace una clasificación entre duplicidad de partidas idénticas (art. 58), duplicidad de partidas con inscripciones compatibles (art. 59) y duplicidad de partidas con inscripciones incompatibles (art. 60), pero, salta a la vista, que las dos primeras hipótesis no producen inconveniente alguno, pues la existencia de partidas con actos idénticos determina que una de ellas sea sobreabundante, por lo que simplemente se cierra la partida más reciente, sin perjuicio; mientras las inscripciones compatibles se solucionan con la concatenación o traslado de asientos. Por tanto, la duplicidad problemática es la que se presenta con inscripciones incompatibles. Por ejemplo: en la primera partida el propietario es A, mientras que en la segunda partida 2 lo es B, quienes entre sí no tienen relación alguna, por tanto, un mismo predio cuenta con dos propietarios contradictorios, según el propio registro, en virtud de la dualidad de partidas. Esta patología genera dos tipos de problemas: uno, formal, y otro sustancial.

El problema formal es que la duplicidad de partidas constituye una infracción a la regla técnica esencial del principio de especialidad: “un predio, una partida”, por tanto, se hace necesario que el registro, en la medida de lo posible, corrija el error mediante el cierre de la partida registral que nunca debió abrirse, que es la más reciente (art. 60 RIRP), quedando subsistente la más antigua. El trámite para lograr este objetivo es el siguiente: Una vez descubierta la duplicidad, se emitirá una resolución que ordena la anotación de este hecho en las partidas involucradas, la que debe notificarse a todos los

309 Morales Moreno, A. (2000), p. 194.

titulares registrales³¹⁰, y publicarse en el diario oficial y en otro de mayor circulación. Transcurrido seis meses desde la última publicación, se dispondrá el cierre de la partida registral más reciente, siempre que no haya oposición de parte interesada. Por el contrario, si hay oposición, el procedimiento administrativo concluye sin ninguna decisión, excepto con la anotación de la dualidad en ambas partidas.

El Reglamento General del año 2001 (TUO de 2012) mantuvo la solución formal de otorgar preferencia a la hoja más antigua, pero con importantes diferencias: (i) es necesario notificar el inicio del procedimiento de cierre de partida a todos los titulares registrales, lo que se encuentra a tono con la STC N° 649-2002-AA/TC; (ii) la oposición de alguno de los titulares notificados en el procedimiento hace que este concluya sin decisión alguna, por tanto, las partidas registrales involucradas se mantienen abiertas; (iii) en cualquier caso, las partidas referidas contienen anotaciones de correlación para dar a conocer la existencia de la duplicidad. Por tanto, la solución formal se circunscribe a cerrar una de las partidas -la más reciente- para que no continúen extendiéndose inscripciones en ella, con la consiguiente agravación del problema; empero, tal cierre no prejuzga la titularidad del

310 El viejo Reglamento General de los Registros Públicos de 1968, acogió también la solución que prefiere la partida más antigua, mientras la más reciente era cerrada (art. 171), sin perjuicio que la discusión sobre el mejor derecho de propiedad se ventile en el ámbito judicial. En esta misma línea de ideas, se encuentra una antigua STC N° 155-2001-AA/TC de 11.05.2001. Sin embargo, poco después, el mismo Tribunal cambió de criterio, y en un caso concreto declaró no aplicable el art. 171 del Reglamento General de 1968 por considerarlo inconstitucional, según el nuevo criterio expresado en la STC 649-2002-AA/TC de 20.08.2002, que se sustenta básicamente en dos fundamentos: a) Existe violación del derecho de defensa en sede administrativa, pues el afectado con el cierre de la partida no fue notificado del procedimiento administrativo, b) Se produce una infracción del principio de igualdad ante la ley, pues no existe razón objetiva que justifique el cierre de la partida menos antigua. En efecto, un titular inscrito no puede ser despojado en forma violenta, abrupta y subrepticia, por la propia entidad registral, sin que el interesado haya sido notificado del procedimiento administrativo. Por lo demás, sea que se cierre la partida registral menos antigua, u otra, ello ocurre por cuestiones estrictas de técnica operativa, y no prejuzga el derecho de propiedad de las partes en conflicto, pues, en efecto, no existe razón objetiva para preferir la partida registral más antigua, conforme expresa el Tribunal Constitucional. En consecuencia, es evidente que la propiedad tendrá que dilucidarse conforme a las reglas del derecho civil, y no por la sola antigüedad de las inscripciones.

derecho de propiedad, que es una cuestión de derecho civil, no registral, en cuanto rechaza que la antigüedad de las inscripciones sea un criterio suficiente para dilucidar los derechos.

En buena cuenta, una cosa es que las partidas registrales se cierren o no, que es un tema exclusivamente formal; pero otro es un problema sustancial, propio del derecho civil, consiste en determinar cuál de los dos (o más) titulares registrales que aparecen en las diversas partidas es realmente el verdadero propietario, pero esto último no es materia del presente libro.

5.4. Modificaciones físicas del predio o finca en el registro

El predio es una porción delimitada del suelo sobre el cual se constituyen y transmiten las diversas titularidades destinadas a obtener las utilidades que proporcionan las cosas al ser humano. Normalmente se piensa que las relaciones jurídicas de circulación de la riqueza representan el aspecto dinámico del fenómeno jurídico patrimonial; mientras las cosas, que se encuentran en el mundo de la realidad material y que supuestamente no cambian, son el aspecto estático. Sin embargo, esta base objetiva también es un elemento dinámico susceptible de modificaciones, en tanto el predio puede agruparse con otros, ser desmembrado, recibir nuevas construcciones o demoler las existentes y reedificar, entre otros actos. Por tanto, las distintas modificaciones físicas que sufre el predio se concretan en el registro mediante los siguientes actos: independización, acumulación, agregación y declaración de edificación, así como la rectificación de área, el deslinde, etc., sin que se trate de una lista taxativa.

5.4.1. Independización

a) Definición y causas jurídicas (títulos)

La independización es una operación propiamente registral, pues su incidencia opera en la partida registral del predio, que consiste en la separación de una parte de la finca inscrita con el objetivo de formar una finca independiente, aunque debe reconocerse que la desmembración del predio se origina en la realidad física o en virtud de un acto o título jurídico. La desmembración de los predios es una realidad frecuente que responde a la idea de atomización de la propiedad, pues la paulatina fragmentación del suelo se produce diversas razones, tales como necesidades naturales (escasez del

suelo disponible), económicas (búsqueda del menor costo de la vivienda) y sociales (división de la riqueza por efecto de las sucesiones hereditarias). Por tanto, la desmembración o segregación es un fenómeno de la realidad social, que tiene su reflejo en el registro a través de la llamada “independización”. Así, por ejemplo, un propietario divide una finca entre sus dos hijos, por vía del testamento, lo cual obliga a que se produzca la segregación física del inmueble, y su posterior formalización en el registro. Igual situación se produce cuando un propietario desmembra su finca en varias partes a fin de que cada una de ellas sea vendida a distintos compradores.

La independización es la consecuencia registral que deriva de una causa sustantiva de división del predio (título jurídico), que puede ser de muy diversa índole, tales como las siguientes:

- a) Acto de disposición del propietario que divide la finca (art. 923 CC)
- b) Acto de disposición del propietario que divide la finca, y, transmite las porciones a terceros (art. 923 CC).
- c) Acto de disposición del propietario que urbaniza y lotiza una finca (Ley 29090)
- d) Acto de voluntad del propietario para la constitución del régimen de propiedad exclusiva y común (Ley 27157)
- e) Partición entre copropietarios (art. 969 CC)
- f) Partición testamentaria (art. 852 CC)
- g) Usucapión de parte del predio (art. 950 CC)

Sin embargo, la causa jurídica sustancial no es suficiente para llegar al registro³¹¹, pues muchas veces se necesitan aprobaciones administrativas.

311 La causa jurídica que justifica la apertura de una nueva partida, aunque no de primera inscripción, es un título de propiedad o superficie (art. 115 RIRP), aunque también se asume lo propio en caso de la constitución de garantía real, pues su naturaleza permite el remate y adjudicación a tercero. Por el contrario, los derechos reales menores, que no afectan la propiedad, pueden inscribirse en el registro, sin necesidad de independización, aunque sí deberá presentarse los planos que identifiquen el área sobre el cual recae el derecho (art. 133 RIRP). Sin embargo, el Tribunal Registral ha permitido que los actos de transferencia parcial de superficie, por parte, no cuota, puedan inscribirse sin independización, pero ello es un error, pues tal derecho tiene la condición de propiedad sobre la edificación (art. 1030 CC).

Por tanto, la independización se consuma a través de la suma de los siguientes factores:

Causa jurídica de desmembración (título) +
Acto administrativo de autorización (si fuese el caso) +
Documentos técnicos

El art. 58 RIRP regula la independización, pero en forma tan desordenada que mezcla una de las causas sustanciales de desmembración (acto de voluntad en documento privado), los actos administrativos (habilitación urbana y sub-división) y los requisitos técnicos (planos). Esta norma es un ejemplo de pésima técnica.

b) Independización de predios urbanos

El principio general es que la independización de predios urbanos requiere la resolución municipal (distrital, o provincial en cercado) autoritativa de la sub-división³¹², cuya función es evaluar un elemento urbanístico que resultaría afectado con la segregación del espacio urbano: la densidad habitacional³¹³. Por su parte, la doctrina duda sobre las consecuencias de la

312 La independización es el acto registral por el cual se comprueba la división de la tierra, previo cumplimiento de los requisitos legales de ordenación del suelo, o que se encuentran vinculadas con la función social de la propiedad. Por el contrario, la resolución de sub-división es uno de los requisitos legales para lograr la independización, pues, en el caso de los predios urbanos, la autoridad administrativa debe aprobar la partición de terrenos, sea con o sin cambio del uso asignado al suelo (RNE). La subdivisión solo es posible si se encuentra en concordancia con el Plan de Ordenación de la Ciudad, así como la viabilidad técnica de los servicios públicos domiciliarios. Siendo así, la independización de un terreno urbano en dos o más porciones requiere la previa autorización administrativa de la Municipalidad Distrital del sector donde se ubique el inmueble. En consecuencia, la segregación de terrenos urbanos (suelo no edificado) requiere de acto municipal autoritativo.

313 Es obvio que la desmembración de un inmueble en dos o más porciones conlleva el aumento de potenciales habitantes sobre la misma área de terreno, pues cada finca podrá recibir una familia de no menos de cuatro habitantes. Por tal motivo, es concebible que una segregación indiscriminada de fincas conlleve un elevado deterioro de la vida urbana con sus naturales consecuencias de falta de áreas verdes, de vías de acceso, de espacios de estacionamientos para los residentes o sus visitantes, tugurización de los espacios públicos, deficiencia de servicios públicos, falta de equipamiento urbano, etc. Esta es la razón por la cual el sistema jurídico exige que la desmembración no pueda formalizarse

falta de resolución de sub-división, cuando esta resulta imperativa: sea la nulidad civil del acto, la anulabilidad, o la ilegalidad urbanística sin efectos civiles. La solución aceptable en el derecho peruano es la última, pues la nulidad del contrato civil (de compraventa, partición u otro) solo puede declararse por ley expresa, lo que no ocurre en este caso, en tanto la consecuencia jurídica de la ausencia de licencia se ubica en el derecho urbanístico, pero no en el civil.

La resolución de sub-división se acredita con el formulario, anexo, en el que se contiene el número de resolución autoritativa y firma, así como los documentos técnicos, que incluyen planos, todo lo cual conforma el título inscribible (art. 32.4 D.S. 029-2019-VIVIENDA, Regl. D.L. 29090). Este requisito es de carácter imperativo, pues en caso contrario se procede a la tacha del título (art. 42-d RGRP).

Sin embargo, existen cinco supuestos de independización que están excluidos de la autorización municipal: (i) Las producidas en regularización de propiedad o de edificaciones realizadas hasta el 31.12.2016, bajo el amparo de las leyes 27157 y 27333 (art. 61 RIRP)³¹⁴; (ii) Las producidas en la constitución de propiedad exclusiva y común o regímenes análogos (pero, se necesita declaratoria de fábrica) (art. 63 RIRP)³¹⁵; (iii) Cuando la inde-

por simple voluntad de los propietarios, sino mediante acto administrativo acorde con la planificación urbana.

314 En el primer caso, solo se necesita el formulario registral autorizado por el verificador, acompañado de plano de independización y certificado de parámetros urbanísticos y edificatorios (art. 61 RIRP). Esta disposición reglamentaria ya no contempla la necesidad de que el área y el frente de los predios resultantes no sean inferiores al del lote normativo, como no lo hizo tampoco el anterior RIRP de 2008.

315 El segundo caso se produce con la constitución del régimen de propiedad exclusiva y común, que genera la coexistencia de dos derechos entrelazados: la propiedad exclusiva sobre secciones independientes del edificio, y la propiedad común sobre determinados elementos del edificio que facilitan el aprovechamiento y disfrute de las secciones exclusivas. En este sentido, el edificio sufre una automática segregación o desmembración entre las distintas porciones (unidades inmobiliarias resultantes) sobre las cuales se ejercerá propiedad exclusiva, con la consiguiente apertura de tantas hojas registrales como sea necesario. El art. 63 RIRP precisa que la independización de unidades inmobiliarias sujetas al régimen de propiedad horizontal u otros análogos requiere, además del reglamento interno, el plano referido a las unidades de propiedad exclusiva que tendrán vida registral independiente, así como las zonas comunes, más la memoria descriptiva. En cambio, no se requiere la resolución municipal de sub-división, pues la edificación (sustento físico

pendización se origina en la des-acumulación de partidas, siempre que los predios retornen a su descripción originaria (art. 60, 3 RIRP)³¹⁶; (iv) Si la independización la autoriza la entidad administrativa con potestad de formalización (art. 60, 4 RIRP), (v) independización de zonas edificadas³¹⁷.

c) Independización de predios rurales en área urbana o urbanizable inmediata

Una hipótesis especial es la independización de predios rurales ubicados en áreas urbanas o urbanizable inmediata (antes: expansión urbana), del cual surgirán lotes o parcelas superiores a una hectárea (art. 3.7 TUO Ley 29090), en cuyo caso se requiere resolución municipal autoritativa³¹⁸ (distrital, o provincial en el cercado) (arts. 29 y 30 D.S. 019-2019-VIVIENDA). Este tipo de segregación se rige, además, por el art. 62 RIRP, por cuya virtud se exige la resolución municipal y los planos aprobados, pero se agrega que

del nuevo régimen inmobiliario) ya pasó por control municipal a través de la licencia, conformidad y declaración de edificación.

316 El tercer caso se refiere a los predios que en su momento fueron acumulados y sobre los cuales se solicita posteriormente el retorno a la situación física previa mediante una "des-acumulación". Esta excepción pareciera una correcta medida anti-burocrática, pero en realidad esconde un clamoroso error, pues en el caso concreto la zonificación bien pudo haberse modificado, inclusive por efecto de la propia acumulación, en consecuencia, la división del suelo -antes admitida- podría ser inviable en la actualidad.

317 Es usual que se persiga la división de fincas de un inmueble urbano ya construido, sin necesidad de resolución de subdivisión, lo que fue aceptado desde antiguo por la fenecida Junta de Vigilancia de los Registros Públicos en la Resolución N° 013/91-ONARP-JV del 22.02.1991, y la jurisprudencia registral posterior ha mantenido esa posición en varias ocasiones, como la RTR N° 331-96-ORLC/TR de 23.09.1996. Esta solución es correcta, pues si bien el art. 60 RIRP establece que: "*la independización de un predio urbano, con edificación o sin ella...*" necesita resolución de sub-división, sin embargo, el art. 3.8 TUO Ley 29090, aprobado por D.S. 006-2017-VIVIENDA, norma de mayor jerarquía y posterior, considera que ese procedimiento permite el fraccionamiento de lote urbano en uno o varios lotes, por tanto, no procede en el caso de desmembración de zonas edificadas.

318 ¿Cuál es la función que cumple el control municipal respecto de las fincas rurales ubicadas en zonas de expansión urbana? La idea es simple: los propietarios de inmuebles que se encuentran en dicha zona, por su cercanía a la malla urbana, podrían ser objeto de manzaneo y lotización en forma similar a una habilitación, pero sin afrontar la ejecución de las obras de urbanización. En tal contexto, la posibilidad de fraudes o estafas a los compradores es muy alta, por tanto, la independización requiere una aprobación administrativa.

en la partida independizada se dejará constancia de la falta de inscripción del proyecto de planeamiento integral.

La resolución se acredita con el formulario, anexo, que contiene número de resolución autoritativa y firma, así como los documentos técnicos, que incluye planos, todo lo cual conforma el título inscribible (art. 30.5 D.S. 029-2019-VIVIENDA). Este requisito es imperativo, pues en caso contrario se procede a la tacha del título (art. 42-d RGRP).

d) Independización de predios rurales

Por su parte, el art. 64 RIRP regula la independización de fincas rurales, estableciéndose los siguientes requisitos: (i) Documento privado con firmas legalizadas del propietario en la que conste la solicitud de independización, así como el área, linderos y medidas perimétricas del predio dividido y el remanente; (ii) Si el predio se encuentra en zona catastrada se requiere el certificado de información catastral emitido por la autoridad competente; y si se encuentra en zona no catastrada, entonces basta el plano y memoria descriptiva preparada por verificador privado, conjuntamente con el certificado negativo de zona catastrada (D.L. 1089 y reglamento aprobado por D.S. 032-2008-VIVIENDA, aunque la norma legal ha sido sustituida por la Ley 31145, pero aún falta de reglamento). Este requisito es de carácter imperativo, pues en caso contrario se procede a la tacha del título (art. 42-d RGRP).

La independización de predios rurales no requiere autorización administrativa, basado en el principio de legalidad, sino el visado de planos mediante un certificado que otorgan los Gobiernos Regionales, sin límites mínimos pues la restricción de la unidad agraria mínima ha quedado sin efecto³¹⁹, sin embargo, queda pendiente el hecho que la Ley 31145 que sustituyó el D.L. 1089, carece aún de reglamento.

319 La diferencia entre “autorización” y “visado” se justifica porque la desmembración produce graves efectos en la densidad habitacional de predios urbanos, así como en la seguridad jurídica de los propietarios de cada barrio; mientras que en el caso de los predios rurales no existe ese mismo problema, sino otro, pues la libre división de la tierra conlleva que que esta pueda ser reducida a niveles antieconómicos mediante parcelas que no son rentables. Sin embargo, la unidad agraria mínima (en su momento, de 3 hectáreas), que rigió desde el D. Ley 17716 hasta el D.L. 653, quedó eliminado por virtud de la Ley 26505 (art. 3).

e) Calificación del registrador y técnica registral

El registrador debe evaluar la legalidad del acto de independización, para lo cual tendrá que comprobar: (i) Causa jurídica de independización (título) (art. 59 RIRP), (ii) En caso de predios urbanos: formulario, anexo y planos que acredita la resolución municipal de sub-división, plano y código catastral municipal de los predios resultantes o constancia de falta de catastro municipal (art. 60 RIRP). En caso de predio rural: certificado de información catastral y código de referencia catastral emitido por Gobierno Regional, o certificado negativo y plano perimétrico en conjunto con memoria descriptiva (D.L. 1089 y D.S. 032-2008-VIVIENDA, pero sustituido por Ley 31145, aún pendiente de reglamento, concordante art. 64 RIRP). En caso de bienes estatales: acto administrativo de funcionario autorizado (art. 65 RIRP), (iii) plano de independización y localización del área que se desmembra. La falta de este requisito determina la tacha del título (art. 59 in fine RIRP). Por lo demás, el informe previo de la oficina de catastro registral sobre estos actos inscribibles y los requerimientos de los documentos técnicos se regulan en la Directiva N° DI-004-2020-SCT-DTR (vigente: 11.12.2020), complementada con los lineamientos de uniformización para evaluación y emisión de informes, aprobado por Res. N° 023-2021-SUNARP-DTR (vigente: 25.07.2021). No obstante, la comprobación de los requisitos suele ser exageradamente formalista, hasta el punto de que cualquier mínimo error conlleva la denegatoria de la inscripción³²⁰, aunque ahora la calificación tendrá

320 Un buen ejemplo de flexibilidad, poco frecuente, se encuentra en un caso en el que el Tribunal Registral revocó la observación, pues la omisión de un lindero en la resolución quedaba subsanada con la mención en el plano: "Que, en cuanto a la omisión que presenta la resolución de subdivisión, con respecto al lindero del fondo de los sub-lotes al no haberse consignado sus tramos, ésta no es sustancial puesto que, estos datos aparecen en el plano adjunto y en la escritura de independización y venta" (RTR N° 284-96-ORLC/TR del 12.08.1996), lo que luego fue tomado en cuenta, pero al revés, pues la memoria se impone en caso de discrepancia con el plano. Por otro lado, la RTR N° 1362-2009-SUNARP-TR-L de 03.09.2009 lanza una crítica a la calificación irracional: "la función registral implica la verificación del cumplimiento de los requisitos sustanciales de validez del acto o negocio jurídico, así como la adecuación de los antecedentes del registro, de conformidad con el art. 2011 CC, pero en ningún caso dicho funcionario debe entretenerse en el control de cuestiones simplemente formales, o de redacción u ortografía, lo cual no presta ninguna utilidad en orden a la seguridad jurídica, pero sí ocasiona un alto costo de desprestigio del sistema registral. El control de legalidad del registro no es un filtro de minucias o de

que repensarse pues el art. 2011 CC, modificado por Ley 31309, contempla con jerarquía legal el principio pro-inscripción.

La regla general de técnica registral consiste en que la desmembración de porciones del suelo determina que el remanente subsista en la partida matriz, mientras se abren nuevas partidas para los nuevos lotes (art. 58 RIRP: “*el registrador, al independizar, señalará que el terreno independizado formará parte de otro inscrito anteriormente. Asimismo, dejará constancia en la partida matriz de la independización realizada*”), lo cual también ocurre en el régimen de propiedad exclusiva y común, que mantiene la partida matriz para reflejar las zonas comunes de la edificación (art. 46.2 Ley 27157).

f) Efectos jurídico-sustanciales de la independización

Los efectos jurídico-sustanciales de la independización pueden agruparse en las siguientes hipótesis:

- a) La independización de fincas exige que las cargas o gravámenes que afectan el predio originario se trasladan íntegramente al predio resultante, salvo que no afecten a la partida derivada, sin que el estado jurídico del originario sufra variación. Por ejemplo: El inmueble 1 sufre la desmembración de una porción que pasa a constituir el inmueble 1-A. Las cargas o gravámenes que pesan sobre el inmueble 1 (hipoteca, embargo, usufructo) quedan subsistentes en aquella finca matriz, pero a su vez se traslada a la porción desmembrada o derivada 1-A. La razón es obvia: si el gravamen afecta al inmueble originario entonces también deberá afectar a las porciones resultantes, según el principio de inherencia de los derechos reales. El art. 58 in fine RIRP exige que el registrador traslade las cargas y gravámenes a las partidas independizadas. La consecuencia del traslado, en caso de hipoteca, es que podrían ejecutarse una o todas las fincas resultantes de la desmembración (art. 1109 CC.). En cambio, se mantienen dudas respecto a la posibilidad de que el acreedor pueda reputar unitaria la finca -ya desmembrada-, con el fin de potenciar el valor del bien ejecutado. La doctrina se inclina

detección de erratas”, aunque no ha sido seguida en todos sus alcances por las decisiones posteriores, más condescendientes con el statu quo.

por la respuesta afirmativa, pues, lo contrario supondría imponer una modificación objetiva de la hipoteca sin el consentimiento ni la intervención del acreedor, lo que no parece admisible³²¹. Sin embargo, esta situación puede legalizar abusos del acreedor si es que alguna de las fincas desmembradas haya pasado a terceros, siempre que una de ellas sea suficiente para cubrir el crédito. El art. 1109 permite reprimir conductas inicuas del acreedor a través de la fijación judicial de un orden para llevar adelante el remate en el caso de que existan varios bienes hipotecados³²².

- b) Por su parte, si uno de los adquirentes de las fincas resultantes de la desmembración pagase voluntariamente el crédito garantizado con la hipoteca, el tercero no solo tiene derecho a pedir el reembolso de lo pagado frente al deudor, sino que podría subrogarse en la porción de la finca que no le pertenece a él. Esta compleja cuestión todavía admite dos problemas adicionales³²³: (i) Si el comprador o tercer adquirente que paga puede ejercitar la acción hipotecaria contra el deudor y los propietarios de las otras zonas, sin necesidad de una previa excusión e insolvencia del obligado personal. Un sector importante de la doctrina se inclina por la respuesta afirmativa, lo que es correcto, pues tales defensas previas se permiten al fiador, pero el comprador es subrogante, y, no se encuentra subsumido en una relación de garantía personal; (ii) Si el comprador o tercer adquirente que paga puede dirigirse contra todos los otros terceros adquirentes por el todo, o, ya entonces la solidaridad se transforma en mancomunidad en proporción al valor de cada finca, o debe atenderse al grado derivado de la fecha de inscripción del título adquisitivo de cada tercero. La solución del derecho

321 González Laguna, M. & Manzano, A. (1985), p. 189.

322 La aplicación será analógica porque la hipoteca no se constituyó sobre varios bienes. En el caso estudiado, fue el deudor quien decidió segregar la finca en forma unilateral, por lo cual no se está precisamente en el supuesto de hecho de la norma invocada. Por tal razón, su aplicación en este caso debe ser realmente excepcional, por cuanto este instrumento podría convertirse en una fuente de alegaciones y recursos dilatorios por parte del deudor.

323 González Laguna, M. & Manzano, A. (1985), pp. 191-192.

peruano, en virtud de la indivisibilidad de las hipotecas, pasa por cobrar toda la deuda a cualquiera de los deudores, e incluso a sus herederos (art. 1177 CC). En efecto, la desmembración o división de la finca no conlleva dividir el crédito hipotecario, pues seguirá considerándose unitario para efectos del monto de garantía. Esta solución se deduce del principio de indivisibilidad de las hipotecas contenido en el art. 1102 CC. Por ejemplo: La finca 1 está afectada por una hipoteca que garantiza un crédito por 100. Luego de la desmembración nace una segunda finca (derivada) 1-A. Esta situación no significa que se divida el crédito, es decir, que 1 y 1-A respondan hasta por el valor de 50 cada uno. El principio de indivisibilidad obliga a que 1 e 1-A respondan cada por 100, con la restricción de que no es admisible el doble pago.

- c) En la etapa procesal pueden producirse otros problemas respecto a la ejecución y adjudicación de las fincas resultantes, por cuanto estas formalmente no coinciden con la finca primigenia objeto de la hipoteca. En tal caso, el juez se encuentra obligado a aplicar el principio de inherencia, por el cual deberá adecuar el mandato a la nueva realidad física de las fincas ejecutadas. Por ejemplo: en la adjudicación hará presente que esta versa sobre todas o algunas de las fincas derivadas de la desmembración.

5.4.2. Acumulación

a) Definición y causas jurídicas (títulos)

La acumulación es la consecuencia registral del acto sustancial de reunión de diversas fincas colindantes en una sola, originada normalmente por la voluntad unilateral del propietario (art. 923 CC), aunque no siempre³²⁴.

324 Las modificaciones jurídicas son más profundas cuando se trata de una acumulación cuyo objeto son fincas pertenecientes a distintos propietarios. Entonces, no es solo que el derecho queda modificado en cuanto a su base objetiva, sino que cambia la naturaleza y contenido del derecho mismo: Peña, M. (1999), T. II, pp. 503-504. Este contrato puede tipificarse como una permuta, pues se intercambia la propiedad de un bien por la copropiedad de un nuevo bien. Es una operación exactamente inversa a la partición; en esta de un estado de copropiedad se pasa a una propiedad individual; en aquélla de un estado de propiedad individual se pasa a una copropiedad. El dominio sobre la finca 1 por parte de A y el dominio de la finca 2 por parte de B, se convierte luego de la acumulación (finca

En tal sentido, la agrupación material de dos predios, que determina posteriormente la acumulación registral, es una operación menos frecuente que la desmembración, y responde a la idea de concentración de la propiedad, cuyo origen se halla en necesidades económicas, como puede ser la mayor rentabilidad de una finca rústica para aplicar economías de escala en la explotación agrícola, o en un uso más intensivo del suelo para la construcción de un complejo inmobiliario con muchas viviendas.

La acumulación es acto modificativo de la realidad física-jurídica de la finca, por tanto, es evidente que el único legitimado para consentirlo es el propietario. La doctrina no considera que estas operaciones registrales sean "simples modificaciones formales", pues, en ellas se aprecia fundamentalmente un acto dispositivo del dueño, pero no en el sentido que cambie el titular del dominio, sino en el sentido que el dominio queda -de algún modo- profundamente modificado en su aspecto físico³²⁵. En el Derecho alemán, por ejemplo, las acumulaciones son actos de disposición³²⁶.

La acumulación registral se produce con la reunión de dos o más predios inscritos para formar un solo predio inscrito, lo cual implica modificar

nueva proveniente de la suma de 1 y 2), en un condominio entre A y B. Es decir, ambos pasan de ser propietarios individuales a copropietarios por cuotas indivisas del predio acumulado. Por tanto, se trata de una segunda causa sustancial de la acumulación, aunque de escasísima aplicación, por cuya virtud, los titulares primigenios aportan su predio individual y reciben una cuota en copropiedad del predio acumulado. Nótese que se trata de una figura exactamente opuesta a la partición, en donde la copropiedad se reduce a la propiedad individual de distintas fracciones, pues aquí la propiedad individual se convierte en copropiedad. ¿Cuál es la diferencia entre la venta de cuotas y la partición? La causa o finalidad: en la partición se quiere necesariamente extinguir la copropiedad, lo que resulta incidental o irrelevante en la venta de cuotas. Por ejemplo: si un predio tiene tres copropietarios, y dos de ellos convienen en venderle sus cuotas a un tercero, entonces el resultado será que la copropiedad, por efecto incidental, se extingue. En cambio, en la partición el resultado será el mismo, pero con la diferencia que la finalidad esencial del acto es la extinción del condominio. La diferencia se notará claramente cuando uno de los copropietarios que venda no tenga plena capacidad, pues, en tal situación, anulará el vínculo entre este y el comprador, pero quedará subsistente el vínculo con el otro vendedor. En cambio, tratándose de una partición, la falta de capacidad plena de un copropietario conlleva la nulidad absoluta del acto, pues ya no puede producirse el efecto esencial querido por todos: la extinción de la copropiedad.

325 Peña, M. (1999), T. II, pp. 503-504.

326 Roca Sastre, R. (1954), T. II, p. 114.

la estructura objetiva de las partidas registrales de los predios involucrados, por lo que se necesita cumplir requisitos técnicos de orden administrativo o catastral. Por tanto, el esquema de la acumulación se consuma con los siguientes factores:

Causa jurídica de acumulación (título) +
Documentos técnicos

Es bueno dejar constancia que la acumulación de fincas registrales no requiere autorización administrativa. La razón es simple, pues, a diferencia de la segregación en el que se produce un fenómeno de aumento en la densidad habitacional, en la acumulación se genera un fenómeno inverso (menor densidad al agruparse inmuebles) que no ocasiona problemas en la ordenación del suelo y calidad de vida de los usuarios de la ciudad. Por tanto, los requisitos técnicos se centran en el visado de planos, sea Gobierno Local o Regional.

b) Requisitos generales de la acumulación

Los requisitos generales para la procedencia de la acumulación son los siguientes (art. 66 RIRP): (i) solicitud del propietario de los inmuebles que se pretendan acumular, con firma certificada por notario. Esta solicitud contendrá el área y linderos de cada uno de los inmuebles originarios, con la indicación de donde corren inscritos; así como el área y linderos generales de la nueva unidad inmobiliaria resultante luego de la acumulación; (ii) Los inmuebles deben ser colindantes, pues se necesita constituir un todo sin solución de continuidad, lo cual significa que las fincas reunidas cuenten, por lo menos, con un lindero común. Por tanto, no es suficiente una simple colindancia en un punto geográfico, en posición diagonal, ya que en ese caso no habría forma de acceso de un predio hacia el otro, por lo que se trataría de predios incomunicados³²⁷. La única excepción a esta regla es la llamada

³²⁷ La justificación de este requisito se halla en el sistema del folio real, por el cual cada finca material da lugar a la apertura de una hoja en el registro. Las acumulaciones artificiales entre inmuebles no colindantes resultan atentatorias contra el sistema del folio real, en tanto introducen la deficiente organización registral en base de personas (basta la voluntad de propietario para unificar fincas distantes entre sí) y no sobre fincas; con lo

“unidad funcional”, por la cual se permite la acumulación de dos predios no contiguos, siempre que se encuentren bajo la misma edificación objeto del régimen de propiedad exclusiva y común (art. 66-a RIRP). Es el caso típico del departamento con los estacionamientos o almacenes; (iii) Los inmuebles deben pertenecer al mismo propietario³²⁸.

c) Acumulación de predios urbanos

Los requisitos técnicos en la acumulación de predios urbanos, además de los generales expuestos en el acápite anterior, son los siguientes (art. 66

cual se adopta, implícitamente, el retrógrado sistema del folio personal. En tal sentido, no solamente deben rechazarse las pretendidas acumulaciones entre fincas con solución de continuidad (distantes), sino, además, las acumulaciones “híbridas” entre una finca y la cuota indivisa de otra finca, aunque ambas sean colindantes. El Centro Directivo Español resolvió un interesante caso a través de un antiguo pronunciamiento del 28.07.1930: “en cuanto a la posibilidad de formar una finca mediante la agrupación de parcelas con una cuota o porción indivisa, que, en atención a las exigencias del principio de especialidad, que obliga a describir en forma reglamentaria las superficies deslindadas, y el principio de publicidad que impone la inscripción de cada finca o entidad hipotecaria bajo folio y número especial con objeto de que las terceras personas a quienes la inscripción interesa sepan dónde han de encontrar cuanto al inmueble haga relación y cuanto defina su situación jurídica, este Centro Directivo ha sido llevado a la conclusión de que cada parcela debe figurar inscrita, bien aisladamente o con determinación de su nombre, situación y linderos, bien en concepto de parte integrante de una superior entidad...”: García Gil, M. & García Gil, F. (1989), p. 490.

328 Un caso realmente curioso, y vinculado a este tema, se presentó con la solicitud de acumulación formulada por el propietario de una de las fincas, y posteriormente el propietario de la otra finca se “adhirió” a dicha solicitud (los propietarios eran personas jurídicas con vinculación económica). Con excelente criterio, se rechazó la inscripción porque no se constituyó una copropiedad sobre la finca resultante, aunque el pedido lo hayan realizado todos los propietarios, ya que en ese caso se daba el paradójico resultado del nacimiento de una sola finca -por la acumulación- con dos propietarios sobre una porción determinada (sin copropiedad por cuotas). No obstante, la propiedad o copropiedad “atípica” se encuentra prohibida por el art. 881 CC. La resolución de Junta de Vigilancia N° 022/86-ONARP-JV de 05.07.1986, dice lo siguiente: “que, la adhesión del nuevo propietario al pedido de acumulación no lo convalida, por cuanto no pueden figurar en un mismo asiento como propietarios de un inmueble dos personas que no son condóminos. A tenor del art. 73° del Reglamento citado (RI de 1936), la variación de dueño de parte de un inmueble inscrito da lugar en forma automática a su inscripción en partida independiente, lo que significa que no puede extenderse un asiento como el que supondría la adhesión a la acumulación pedida por Petróleos del Perú; que, el argumento de que la Asociación de Vivienda es en la práctica una dependencia de Petroperú no puede ser considerada para los efectos de la acumulación por cuanto tiene personería propia...”

inc. d - e RIRP): (i) Plano de acumulación autorizado por profesional competente, salvo que los predios involucrados hayan constituido una sola unidad inmobiliaria en el pasado, y esta retorne a su condición primitiva. Si la fábrica inscrita en alguna de las partidas primigenias no contase con respaldo gráfico en el archivo registral, entonces el plano deberá graficar el área ocupada por la fábrica; (ii) Plano y código catastral de la municipalidad distrital o provincial, en caso de cercado, o constancia de falta de catastro (D.S. 002-89-JUS). Esta última exigencia no se aplica en tres casos: a) Acumulación de predios regularizados bajo el amparo de la Ley N° 27157; b) Acumulación de unidades sujetas al régimen de propiedad exclusiva y común (art. 66-e RIRP); c) Acumulación solicitada por la entidad administrativa con potestad de formalización de la propiedad.

Por lo demás, el informe previo de la oficina de catastro registral sobre estos actos inscribibles y los requerimientos de los documentos técnicos se regulan en la Directiva N° DI-004-2020-SCT-DTR (vigente: 11.12.2020), complementada con los lineamientos de uniformización para evaluación y emisión de informes, aprobado por Res. N° 023-2021-SUNARP-DTR (vigente: 25.07.2021).

d) Acumulación de predios rurales

La acumulación de predios rurales exige los siguientes requisitos técnicos: (i) si el predio se encuentra en zona catastrada, el certificado de información catastral y código de referencia catastral, tanto del predio resultante como de los primigenios, emitido por el Gobierno Regional; y, ii) si se encuentra en zona no catastrada, entonces basta el certificado negativo, así como el plano y memoria descriptiva preparada por verificador catastral (D.L. 1089 y D.S. 032-2008-VIVIENDA, ahora sustituida por la Ley 31145, pendiente de reglamento, concordante con art. 67 RIRP).

Por lo demás, el informe previo de la oficina de catastro registral sobre estos actos inscribibles y los requerimientos de los documentos técnicos se regulan en la Directiva N° DI-004-2020-SCT-DTR (vigente: 11.12.2020), complementada con los lineamientos de uniformización para evaluación y emisión de informes, aprobado por Res. N° 023-2021-SUNARP-DTR (vigente: 25.07.2021).

e) Técnica registral de la acumulación

El art. 74-3 RI (1936) estableció que la acumulación se extienda en la hoja registral correspondiente al inmueble principal, que será el de mayor valor, y, en caso de igualdad, el de mayor área, o, de seguir la igualdad, el de la inscripción más antigua. No se señalaba ningún criterio adicional en caso de que la matriculación de ambas fincas fuera de la misma fecha, lo que es bastante frecuente entre inmuebles colindantes, cuyo origen, normalmente, se halla en el mismo proceso de urbanización. En todo caso, y al margen de los problemas derivados de establecer la prioridad entre estos criterios, subsistía el inconveniente referido a la poca claridad que arrojaba la subsistencia de una hoja registral (agrupada con las fincas acumuladas) frente a otras hojas cerradas. Por tal motivo, el art. 7, 2º ARI (1970) estableció que *“en los casos de acumulación, se abrirá una nueva partida cancelándose las fichas referentes a los predios reunidos”*. Es decir, la acumulación de fincas conllevaba el nacimiento de una hoja registral (*“se abrirá una nueva partida”*), mientras las hojas correspondientes a las fincas originarias se cancelan. De esta manera, quedó derogado el art. 74-3 RI de 1936. Entre tanto, la normativa del Registro Predial contenía una solución técnica distinta con relación a los efectos de la acumulación, en el sentido que el registrador acumularía las fincas en una de las hojas primigenias, cualquiera de ellas, sin ningún criterio de preferencia, debiéndose cerrar las hojas correspondientes a los otros predios acumulados (art. 34 D.S. 001-90-VC). Es decir, y a diferencia de lo dispuesto para el RPI, en el RPU no se abría una nueva hoja registral correspondiente a la finca resultante luego de la acumulación, sino que una de las hojas originarias, a libre arbitrio del registrador, sería la que reciba la agrupación de las otras fincas. Sin embargo, todas las normas anteriores han sido derogadas sucesivamente. En la actualidad, la técnica registral adopta la solución, ya conocida, del cierre de las partidas registrales involucradas, por lo que se abre una nueva partida que agrupa la única finca resultante luego de la suma de las anteriores (art. 66, 1º RIRP). La apertura de una nueva hoja registral conlleva que las hojas antecedentes se cierren a fin de no extender más inscripciones en ellas, pero siempre conservan su valor de antecedente en la historia jurídica del bien³²⁹, en el sentido que siempre

329 Soria, M. (2001), p. 264.

es posible recurrir a ellas con el objeto de aclarar o interpretar la nueva partida. Es conocido, por ejemplo, que el cierre de las hojas no extinguen los gravámenes que consten en ellas. Tan es así, que la jurisprudencia registral³³⁰ ha considerado que, no transcribiéndose en la nueva hoja las cargas anteriores, estas resultarán oponibles al tercer adquirente³³¹.

f) Efectos jurídico-sustanciales de la acumulación

La existencia de gravámenes en una, varias o todas las fincas acumuladas determina los siguientes efectos jurídicos:

- a) Si una sola de las fincas originarias antes de la acumulación sufre gravámenes, entonces no hay inconveniente alguno para la reunión de los predios, pues el gravamen se traslada íntegramente a la nueva finca resultante. Por ejemplo: los inmuebles 1 y 2 se acumulan. El inmueble 1 está gravado por una hipoteca, mientras el 2 no tiene gravámenes. Luego de la acumulación, el total del inmueble resultante 3 (proveniente de la suma de los inmuebles 1 y 2) se encontrará afectado por la hipoteca. Esta es la solución impuesta por el principio de inherencia de los derechos reales, que puede extenderse a todos los gravámenes sobre la propiedad (usufructo, embargos, etc.). En la acumulación de fincas se procederá a trasladar el gravamen al nuevo predio resultante.
- b) En cambio, un mayor problema surge cuando todos los inmuebles originarios se encuentran gravados, pues, en caso de seguirse la misma solución, entonces los gravámenes se trasladarían a la nueva finca resultante después de la acumulación, con toda la incertidumbre que ello genera en cuanto al rango o jerarquía de cada uno

330 Es cierto que ocurrió en un caso de segregación de partida, sin embargo, para efectos prácticos, es exactamente lo mismo: "... advirtiéndose que el Registrador omitió trasladar la anotación de demanda, referida en el considerando que antecede, a la partida independizada, siendo rectificadas con posterioridad dicha omisión con el traslado de la medida cautelar al rubro D de la partida independizada (...) Que, no obstante la omisión inicial incurrida, es de verse que la sociedad conyugal adquirente del sub-lote B tuvo conocimiento de la existencia de la medida cautelar de demanda anotada con anterioridad, siéndoles oponibles las consecuencias jurídicas que derivasen, como en efecto ha ocurrido, de la citada demanda...": Resolución N° 135-99-ORLC/TR del 02.06.1999.

331 Por ejemplo: Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 83, se muestran a favor de la oponibilidad.

de los gravámenes frente a los otros. Por ejemplo: Los inmuebles 1 y 2 se desean acumular, pero ambos están gravados con una primera y preferencial hipoteca. De seguirse el criterio mecánico de traslado de los gravámenes, entonces una de las dos hipotecas tendría que dejar de ser primera en beneficio de la otra. El acreedor de la hipoteca perjudicada habría perdido toda su garantía, en cuanto este aceptó otorgar el crédito con el primer rango; empero, por virtud de un acto en el que no tuvo ninguna intervención, resultaría despojado arbitrariamente de esa condición. Demás está decir que esta situación podría prestarse al fraude de los acreedores. Hasta hace algún tiempo, sin embargo, el ordenamiento jurídico peruano no contenía norma alguna que solucionase esta cuestión, por tanto, era necesario acudir a los principios generales. En tal sentido, un sector importante de la doctrina considera que, en estos casos, las fincas agrupadas (cuyas hojas registrales se cierran en virtud de la acumulación) mantienen su individualidad para efectos de los gravámenes que las afectasen. Si, por ejemplo, una de las fincas agrupadas se halla gravada con una hipoteca, y esta va a la ejecución, la enajenación forzada provocará la segregación de aquella finca. En buena cuenta, los titulares de los derechos reales que gravan la finca objeto de la acumulación no pueden ser perjudicados³³². De esta manera, la acumulación no desaparece totalmente la individualidad de las fincas originarias, la cual se conserva exclusivamente para efectos de mantener sin variaciones el derecho real limitado o gravamen que la afectase. Por tal razón, de ocurrir una enajenación forzada en el caso de hipotecas o embargos, la finca resultante sufre una “des-acumulación” y, en consecuencia, el nuevo adquirente se hace dueño de la porción originariamente materia del gravamen, con lo cual se produce un automático “salto hacia atrás”, en tanto “reviven” las fincas originarias como si no se hubiese producido la acumulación. Esta solución, empero, no deja de tener graves inconvenientes. Por ejemplo: ¿qué ocurre si sobre la nueva finca acumulada se construyó un edificio que hace impracticable la “des-acumulación”? Esta situación determina que sea imposible físicamente llevar a cabo la des-acumulación. En tal

332 Roca Sastre, R. (1954), T. II, pp. 118-119.

hipótesis, podría pensarse que la enajenación forzosa solo debería recaer sobre una cuota indivisa del nuevo inmueble, calculada en función de la participación de cada finca originaria en la finca resultante³³³. En nuestra opinión, el tema se resuelve bajo la premisa que un acto unilateral del deudor no puede afectar la garantía, rebajándolo en el grado de preferencia. Si la acumulación conlleva el traslado de los gravámenes sobre todo el inmueble (y no sobre la porción originaria), y esa circunstancia perjudica a los titulares de derechos anteriores, entonces resulta evidente que debe requerirse el consentimiento de los titulares de estos gravámenes, respecto al rango en el que finalmente quedarán ubicados en la nueva finca resultante. Por tanto, en la hipótesis de existir gravámenes en cada uno de los inmuebles de acumulación, se necesita el asentimiento de los titulares de esos derechos, pues, en caso contrario, se denegará la inscripción de dicha acumulación. Esta es la solución, por ejemplo, del derecho suizo³³⁴, que fue regulada por primera vez con una directiva registral del año 2003³³⁵, la misma que se repro-

333 Respecto de este tema, puede citarse la muy interesante Resolución del 11.05.1978 expedida por la Dirección General de los Registros y del Notariado Español: "que la decisión de realizar o no una agrupación corresponde según el art. 44 del Reglamento al propietario de los inmuebles que se tratan de agrupar, sin que de ningún precepto legal o reglamentario resulte limitada esta facultad en el supuesto de que existieran titulares de derechos reales sobre las susodichas fincas, pues lo único que sucede es que estos titulares no se verán afectados por la agrupación realizada, y en este sentido el art. 110-1º de la Ley Hipotecaria presupone que cuando una finca hipotecada se agrupa con otra que no lo está, la hipoteca que grava a la primera no se extiende a la primera porción agrupada, y norma similar se encuentra en el art. 17 de la Ley de censos catalanes de 31 de diciembre de 1945. Considerando por tanto que la agrupación realizada es posible al no existir ningún obstáculo legal que se oponga, si bien subsistirá sobre una de las parcelas el derecho de reversión establecido a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, en los supuestos pactados, y que podría dar lugar en tanto subsista, a una posible y futura división de la nueva finca, caso de que se ejercitase con éxito dicho derecho..." (el subrayado es nuestro).

Aquí se aprecia claramente que la acumulación es posible, pero el gravamen recae sobre la porción originaria antes de la acumulación, de lo cual se deduce que existe una posibilidad latente de "des-acumular". Empero, queda sin solucionar el problema antes señalado, referido a la imposibilidad de volver a abrir el folio registral mediante la des-unificación, cuando sobre el terreno ya se hubiese producido una construcción unitaria: González Laguna, M. & Manzano, A. (1985), pp. 173-174.

334 *Ibid.*, p. 173.

335 Resolución N° 119-2003-SUNARP/SN, publicada el 12.03.2003, que aprueba la Directiva N° 005-2003-SUNARP/SN sobre "Normas adicionales que regulan la acumulación de predios a que se refiere el art. 74º del Reglamento de Inscripciones de los Registros Públicos":

dujo en el art. 66 del RIRP de 2003, por lo que aquella se entiende derogada. La disposición ha sido reiterada en los reglamentos de 2008 (art. 50) y en el vigente de 2013 (art. 68). El precepto, empero, regula erróneamente la hipótesis de predios afectados por medidas cautelares (ejemplo: embargos), en cuanto ha establecido que el registrador procederá a inscribir la acumulación cuando conste la autorización de los órganos jurisdiccionales o administrativos. El problema es que el juez no puede decidir *manu militari* la alteración del rango de los gravámenes.

5.4.3. Agregación

La agregación es una operación poco frecuente, pues se trata de una figura mixta de segregación y posterior acumulación. Por ejemplo: el propietario de los inmuebles 1 (200 m²) y 2 (200 m²) desea llevar a cabo una agregación, es decir, se pretende trasladar una porción del inmueble 1 (50 m²) en favor del inmueble 2, con lo cual se reorganizarían las áreas de cada uno de ellos, quedando conformados -luego de la agregación- de la siguiente manera: el inmueble 1 pasaría a tener 150 m² y el inmueble 2, 250 m². Se puede decir que la agregación responde a las necesidades de reagrupar el área de las fincas por cualquier interés que tuviese el propietario, sea económico³³⁶, familiar³³⁷ o estrictamente técnico³³⁸.

“El Registrador sólo inscribirá la solicitud de acumulación de predios, en los casos en los que dos o más de ellos estén gravados con alguna hipoteca u otro derecho real de garantía, si en la solicitud de acumulación presentada por el propietario o en documento adjunto al mismo, consta además la intervención de todos los titulares de los derechos reales de garantía constituidos, expresando precisa y claramente su conformidad con la acumulación, incluyendo sus firmas legalizadas notarialmente” (art. 5.2).

- 336 Por ejemplo: el propietario reagrupa sus fincas, de tal suerte que una de ellas -ubicada en esquina y con mayor proyección para un negocio inmobiliario- aumenta en área, sin eliminar totalmente a la otra finca.
- 337 Por ejemplo: El padre dividió un terreno mayor en partes iguales para todos sus hijos. Sin embargo, uno de ellos tiene una familia más numerosa que los demás, por lo que se decide una reagrupación de las fincas, de tal suerte que una aumente en área, y la otra disminuya.
- 338 Por ejemplo: se construyó un edificio que invade parcialmente el lote vecino, ambos de propiedad de la misma persona. Ante esta situación el dueño decide aumentar el área del lote que contiene la construcción, eliminando de raíz el problema de la invasión de linderos. El lote reducido vuelve a estar conforme a la realidad, y se facilita su tráfico a terceros.

El art. 74-5 del viejo RI (1936) describía brevemente esta figura: “*Cuando se trate de acumular a un inmueble porciones de otro u otros, se seguirá el procedimiento prescrito en los anteriores incisos, en cuanto sean aplicables*”, sin embargo, no ha sido reproducida en el vigente reglamento, aunque una hipótesis específica de agregación es la llamada compensación de áreas prevista en los procedimientos de habilitación urbana, y regulada fragmentariamente por el art. 40 RIRP. La laguna exige aplicar ambas normativas: la de independización para el predio que se reduce, y, la de acumulación para el que se amplía.

En tal sentido, no existen problemas cuando la porción segregada de la finca sufre un gravamen, mientras la principal (porque albergará dicha porción) no los tiene, pues en tal caso el gravamen de la porción se traslada íntegramente a la finca principal. Por ejemplo: Los inmuebles 1 y 2 son objeto de agregación; el primero está gravado por hipoteca, mientras el segundo no tiene gravámenes. La porción segregada corresponde al inmueble 1, la cual se acumula con el inmueble 2, por lo que este quedará gravado con la hipoteca que persigue a la porción segregada. Es la solución impuesta por efecto de la persecución de hipotecas (art. 1097 CC), el cual bien puede extenderse a otros gravámenes sobre la propiedad. Tampoco plantea problemas la hipótesis contraria, esto es, que la porción segregada de la finca no sufra gravámenes, mientras la finca principal (porque albergará dicha porción) sí los tenga. En esta hipótesis, el gravamen de la finca principal acrece a la porción segregada de la otra finca y que, finalmente, será objeto de acumulación en la finca principal. Por ejemplo: Los inmuebles 1 y 2 son objeto de agregación. El inmueble 1 está gravado por hipoteca, mientras el 2 no tiene gravámenes. La porción segregada corresponde al inmueble 2 (sin gravámenes), la cual se acumula con el inmueble 1 (con gravámenes), por lo que luego de la acumulación entonces la hipoteca del inmueble 1 acrece a la porción segregada del inmueble 2. Esta es la solución derivada del efecto de persecución de las hipotecas (art. 1097 CC), que puede extenderse a todos los gravámenes sobre la propiedad. En cambio, el problema surge cuando todos los inmuebles originarios se encuentran gravados, pues los gravámenes se trasladarían a la finca principal después de la acumulación, con toda la incertidumbre que ello genera en cuanto al rango o jerarquía de cada uno

de los gravámenes frente a los otros. Por ejemplo: Los inmuebles 1 y 2 son objeto de agregación, y ambos están gravados con una primera y preferencial hipoteca distinta entre sí. De seguirse el criterio mecánico de traslado de los gravámenes, entonces, una de las dos hipotecas tendría que dejar de ser primera en beneficio de la otra. El acreedor de la hipoteca perjudicada habría perdido toda su garantía en virtud de un acto en el que no tuvo ninguna intervención, resultando despojado arbitrariamente de esa condición. Demás está decir que esta situación podría prestarse al fraude de los acreedores. La solución actual es la misma que la prevista en acumulaciones (art. 68 RIRP).

5.4.4. Declaratoria de edificación

a) Definición y fundamento

De manera sencilla puede decirse que la construcción sólidamente asentada sobre el suelo, con carácter permanente, que tiene la finalidad de albergar las actividades humanas se denomina “fábrica o edificación”³³⁹, mientras el acto administrativo que comprueba la legalidad y seguridad de dicha construcción se denomina “declaratoria de edificación”, que constituye el punto culminante de un procedimiento administrativo complejo, que se inicia con la licencia de edificación, sigue con la conformidad de obra (concordancia con el proyecto) y termina con la formalización del documento idóneo para la inscripción: declaratoria de edificación. En este sentido, el nombre de la figura es equívoco, pues no se trata de un simple acto voluntario del titular (“declaratoria”), sino más bien de un acto autorizado y controlado por una entidad administrativa, pero, obviamente, iniciado por decisión del propietario del inmueble³⁴⁰, o superficiario, pero también de

339 TUO Ley 29090, Art. 3-2, define “edificación” como: “resultado de construir una obra sobre un predio, que cuente como mínimo con proyecto de habilitación urbana aprobado, y cuyo destino es albergar al hombre en el desarrollo de sus actividades. Comprende las instalaciones fijas y complementarias, adscritas a ella”.

340 El acto de declaratoria de edificación deberá ser otorgado por el propietario de la finca, con la necesaria autorización del profesional ingeniero civil o arquitecto colegiado, salvo excepciones en casos de autoconstrucción. Existen dudas sobre la legitimación necesaria en el caso de copropietarios o de una sociedad conyugal. En España, por ejemplo, se considera que la declaración de obra nueva (como así se le llama) es un acto de administración, por lo que sería procedente el acuerdo de la mayoría en el caso de la copro-

los titulares de otros derechos reales, como usufructuarios, superficiarios, concesionarios, titulares de servidumbres y afectación en uso, siempre que se otorguen facultades de construcción (art. 3.3 D.S. 029-2019-VIVIENDA, Regl. TUO Ley 29090).

El fundamento del control estatal en los actos de construcción se encuentra en la necesidad de ordenar el uso del suelo, conforme el plan urbano (art. 6 TUO Ley 29090), que se constituye en el medio más idóneo para conjugar los intereses individualistas de los particulares con la función social de los bienes inmuebles, aunado a la necesidad de controlar la rigurosidad edificatoria para evitar daños a la vida e integridad de las personas. En tal sentido, uno de los más importantes elementos de la planificación urbanística lo constituye, precisamente, el control de las edificaciones, como un medio para defender el uso racional del suelo, evitando perjuicios a la colectividad. Para ello se establecen reglas de zonificación, retiro municipal, área libre, altura de edificación, técnica constructiva, estacionamientos vehiculares, ventilación, luz, factibilidad de servicios básicos, entre muchos otros aspectos. Este control de la legalidad urbanística está actualmente atribuido a la autoridad municipal.

b) Publicidad

La necesidad de controlar las edificaciones está fuera de debate, pero un problema distinto consiste en la justificación de su publicidad registral, en tanto parece contradictorio que el ordenamiento civil consagre el principio *superficies solo cedit*, el cual, conlleva que todo lo que se asienta sobre el suelo pertenece a su propietario, por virtud de la regla de accesión (art. 938 CC), por lo que, resultaría casi fútil incorporar las construcciones en el

pedad, y, con similar fundamento, el edificio construido sobre una finca a nombre de ambos esposos con carácter ganancial puede formularse la declaración con uno solo de los cónyuges, puesto que la obra es una circunstancia de hecho que no implica alteración en el régimen del inmueble ganancial: Peña, M. (1999), T. II, p. 500. En nuestro caso, la RTR N° 3280-2019-SUNARP-TR-L de 18.12.2019 hace una curiosa distinción dogmática, pero finalmente relevante desde una perspectiva pragmática para la simplificación: la edificación es acto de disposición, pero la declaratoria de edificación es acto de administración, por lo que procede la inscripción con el aval de un solo cónyuge. Este mismo criterio determina que pueda inscribirse la fábrica con la mayoría absoluta de las cuotas de los copropietarios, en tanto sería acto de administración (art. 971-2 CC).

registro, pues cualquier obra queda integrada en el predio, y, por ello, en el derecho de su titular. Esta premisa exige buscar un fundamento distinto para explicar la publicidad de las construcciones, el cual se encuentra en el principio del registro como “espejo”, es decir, la pretensión del máximo acercamiento entre la realidad material de la finca con respecto a su descripción registral, aunque se trate de circunstancias cuya legalidad, no depende del registro, sino de la autoridad competente: municipal, por tanto, su finalidad es de carácter formal, pues se facilita el acceso a la información de las licencias urbanísticas, y, subsidiariamente, se asegura que el propietario del terreno sea el constructor, con lo que razonablemente se descarta la posibilidad de construcción en suelo ajeno, que conlleva problemas de titularidad (arts. 941 a 943 CC). En puridad, es un tipo de publicidad-noticia.

c) Declaratoria de edificación de predios urbanos

La declaratoria de fábrica como acto final del proceso de autorización constructiva se incorpora dentro del ámbito de control de la legalidad urbanística, o de ejecución del planeamiento. El artículo 90 Ley 27972 establece que los gobiernos locales tienen la potestad de aprobar las obras sobre inmuebles con sujeción a las leyes, reglamento de construcciones y disposiciones de defensa civil. Dentro de este contexto, el artículo 92 de la misma Ley Orgánica establece que las municipalidades otorgan las licencias y controlan las construcciones, remodelaciones y demoliciones de los inmuebles de las áreas urbanas. El régimen legal de la declaratoria de fábrica en los predios urbanos se halla contenido en la TUO Ley 29090, aprobado por D.S. 006-2017-VIVIENDA, y, reglamento contenido en D.S. 029-2019-VIVIENDA, cuyo procedimiento se compone de tres etapas: (a) Licencia de edificación, (b) Conformidad de Obra, (c) Declaración de edificación, sin embargo, existe una fase previa a todas ellas, pero facultativa, consistente en la aprobación de anteproyecto.

El título inscribible de la declaratoria de edificación está compuesto por: FUE (formulario único de edificación, en el que conste firma de propietario y profesional, así como firma y sello de funcionario competente, junto con número de resolución), planos de distribución, ubicación y localización (art. 78 RIRP). Por lo demás, el informe previo de la oficina de catastro registral sobre estos actos inscribibles y los requerimientos de los documen-

tos técnicos se regulan en la Directiva N° DI-004-2020-SCT-DTR (vigente: 11.12.2020), complementada con los lineamientos de uniformización para evaluación y emisión de informes, aprobado por Res. N° 023-2021-SUNARP-DTR (vigente: 25.07.2021), haciéndose la salvedad de que normalmente la inscripción de fábrica no requiere informe de catastro, y, aunque ello fuese necesario, solo recae sobre el perímetro del predio.

También son actos inscribibles los documentos previos: certificado de parámetros, certificado de factibilidad de servicios (arts. 69 y 70 RIRP), la anotación preventiva de la predeclaratoria de edificación (art. 71 RIRP), que en su caso puede conllevar la anotación de prereglamento interno y preindependizaciones (arts. 74 y 75 RIRP). El plazo de vigencia de estas anotaciones es de un año, prorrogable antes de su vencimiento, por el mismo plazo, cuantas veces sea necesario, pero no excederá el plazo de vigencia de la licencia de edificación (art. 75 RIRP). La compraventa u otros actos se anotarán en las partidas preindependizadas (art. 76 RIRP), lo que incluye la hipoteca, que no es bien futuro (art. 1106 CC), por lo menos no totalmente, sino bien en transformación o en germen (Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, Art. 5.19). Una vez inscrita la fábrica definitiva, entonces en forma automática se procede a la conversión, también en definitiva de las anotaciones de prereglamento interno y preindependizaciones (art. 77 RIRP), así como de las compraventas u otros actos que consten en las partidas preindependizadas (art. 76, 1° RIRP). En caso de que no se produzca la inscripción definitiva de fábrica, entonces caduca las anotaciones preventivas subsiguientes (art. 75 in fine RIRP), así como de los actos de compraventa u otros que consten en las partidas preindependizadas (art. 76 in fine RIRP), sin embargo, con mejor técnica, en caso que no se culmine la edificación y se cancelen dichas partidas, los actos de disposición e hipotecas “se trasladan a la partida matriz, en el porcentaje que corresponda según la participación en las zonas comunes que se le había asignado. Este traslado se realiza en forma automática y simultáneamente con la asignación del porcentaje” (Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, Art. 5.19 in fine).

d) Declaratoria de edificación de predios rurales

Distinto es el caso del suelo rural, pues este no tiene como finalidad la edificación de viviendas o locales y, por ello, el control de legalidad ur-

banística es de menor importancia, en tanto el suelo no está destinado a concentrar grupos poblacionales, sino a realizar las faenas de cultivo, ganadería o de carácter forestal. En tal sentido, las construcciones en el suelo rural pueden servir para vivienda, o como establecimientos que albergan fábricas de agroindustria, depósitos o galpones; pero en cualquiera de estos casos, el destino natural no es la vivienda. Por ello, no se generan problemas de uso intensivo del suelo, ni existen los inconvenientes propios de la ciudad, tales como lotes muy próximos entre sí, la necesidad del acceso rodado, vías públicas, servicios comunes y complementarios, etc. Por tal motivo, la regulación jurídica de la declaratoria de fábrica de predios rurales ha sido muy escasa y fragmentaria, como lo demuestra, precisamente, la 5° DF D.L. 667, que en principio solo se aplicaba a la sección especial de predios rurales, y, estableció un procedimiento muy simplificado, basado en el el verificador (ingeniero civil o agrícola) que autoriza los formularios registrales mediante la constatación de fábrica, sin necesidad de ningún trámite adicional, salvo la preparación de los planos de ubicación y distribución, lo que es concordante con el art. 78-d) RIRP, que es meramente remisiva. La modificatoria de la citada 5° DF por virtud de la Ley 28795 (publicada: 21.07.2006), generó, en su momento, dos consecuencias importantes: (i) se estableció que la declaratoria de fábrica de predios rurales solo necesitase el informe del verificador catastral en un formulario, y como resultado del proceso de unificación de los registros, hace que esta norma termine aplicándose a todos los predios rurales; (ii) se ratificó en forma implícita la vigencia de la citada norma, pues existía la idea de que se encontraba derogada por virtud de la Ley 27755, que unificó todos los registros jurídicos sobre predios, pues, desde que se le modifica entonces se mantuvo vigente, en una especie de interpretación auténtica³⁴¹. Sin embargo, la Ley 31145 ha derogado todo el contenido del D.L. 1189 y 667, que incluye su 5° DF, por tanto, en la actualidad no está regulado el procedimiento ni el título inscribible para la declaratoria de fábrica de predio rural, por lo que se espera que el reglamento de la Ley 31145 establezca disposiciones sobre el particular.

341 No obstante, cabe señalar que las edificaciones rurales, como la construcción de galpones, establos, almacenes, fábricas, estancias, viviendas, comedores, entre otras, si bien solo requieren el informe del verificador para su registro, sin embargo, ello no exonera del cumplimiento de otras obligaciones, como las de carácter ambiental.

e) Declaratoria de edificación de predios urbanos en vía de regularización

El Título I de la Ley 27157 establece un procedimiento para regularizar edificaciones levantadas hasta el 31 de diciembre de 2016 (modificada por Ley 30830), sin licencia de edificación, conformidad de obra o declaratoria de fábrica, para lo cual basta el informe técnico elaborado por un verificador público o privado, ingeniero civil o arquitecto colegiado, que constate las características de la edificación y, de ser el caso, de cada una de las secciones de propiedad exclusiva y propiedad común; debiendo además acompañarse los planos de ubicación y de distribución de cada una de las secciones de propiedad exclusiva y propiedad común (art. 25). No obstante, el TUO Reglamento, aprobado por D.S. N° 035-2006-VIVIENDA, ha establecido en forma correcta, que las construcciones deben reunir condiciones mínimas de edificabilidad, y encontrarse conformes, además, con la normatividad urbanística, bajo responsabilidad del verificador en caso de fraude o falsedad. El formulario que se extienda deberá contener, adicionalmente, la certificación notarial de firmas de los interesados (léase, propietarios), y del verificador (art. 4.2). El objetivo es regularizar edificaciones clandestinas, o no autorizadas, siempre que cumplan en forma mínima con la normativa municipal o urbanística correspondiente, con la característica de que esta amnistía es de libre acogimiento temporal, por lo cual bien podría realizarse hoy, pero con el límite de que la edificación debió estar concluida hasta el 31.12.2016.

El verificador responsable es el profesional técnico, ingeniero civil o arquitecto colegiado, inscrito en el índice de verificadores a cargo de SUNARP, que organiza y tramita el formulario registral (FOR), que sustenta el expediente de regularización de edificaciones, para lo cual deberá constatar la existencia y características de la edificación, el cumplimiento de normas y parámetros urbanísticos-edificatorios, así como elabora planos que deberán corresponderse con la realidad física del terreno y de la edificación. Para este efecto, emite el informe técnico de verificación, cuyo formato ha sido aprobado por el Reglamento. El informe contiene la constatación de la ubicación, área, linderos y medidas perimétricas del terreno; el cumplimiento de los parámetros urbanísticos y edificatorios aplicables al predio;

las características arquitectónicas, estructurales y de las instalaciones; y de ser el caso, la identificación de las secciones de propiedad exclusiva y sus áreas (art. 12 Regl), más los documentos técnicos respectivos. Sin embargo, no asume responsabilidad por el proceso constructivo o la estabilidad estructural de la edificación.

El título inscribible está conformado por el formulario registral (FOR) firmado por el propietario y verificador responsable, así como por el informe técnico, declaraciones juradas, planos de distribución, ubicación y localización (art. 78-c RIRP). En caso de que el informe señale incumplimientos relevantes de la normativa urbanística o edificatoria, el registrador inscribirá las cargas técnicas, no susceptibles de calificación (art. 80 RIRP). El levantamiento de las cargas se hace en mérito de un nuevo informe en el que se tengan por superadas las deficiencias (art. 82 RIRP).

5.4.5. Rectificación de la descripción física

a) Finalidad

El ser humano pone límites al terreno, con la finalidad de demarcar el objeto sobre el que ejerce derecho de propiedad y, de esa forma, separa los distintos predios. La delimitación horizontal de los predios se aprecia gráficamente, por ejemplo, a través de los llamados planos de ubicación. Dentro de los elementos delimitadores de la finca se encuentra el área (o cabida), los linderos, medidas perimétricas y punto de referencia.

Sin embargo, los datos de la finca contenidos en los títulos suelen presentar errores originados por distintas causas: mediciones antiguas, mecanismos artesanales o imperfectos para la mensura, imperfección o ambigüedad de los títulos cuando describen los linderos, irregularidad del terreno o de los suelos, omisiones en la cuenta de una parte que corresponde a la finca, interpretación libre del agrimensor sobre las características del suelo, simple error de bulto, etc³⁴².

342 “Es de entenderse que a partir de sus orígenes las mediciones iniciales de estas tierras, por falta seguramente de instrumentos más precisos, no siempre llegaron a establecer sus mencionados límites con la debida certeza, seguridad e identidad. (...) La aludida medición imperfecta que se vino realizando a partir de la agrimensura inicial podría propiciar en un momento dado rectificaciones actuales”: Díaz de León, M. (2000), p. 187.

El presupuesto teórico de la rectificación de las dimensiones físicas de la finca es el **error de medición**³⁴³ por tanto, su finalidad inmediata es la corrección por medio de los distintos procedimientos de rectificación, por tanto, la rectificación de área no sirve para invadir la finca vecina, o matricular una porción de terreno no inscrita, o para regularizar transferencias de franjas colindantes, o reconocer el aumento de área por virtud de accesiones, o para hacer deslinde. Por su parte, la finalidad mediata consiste en lograr la **concordancia entre la realidad y el registro**, esto es, que los datos de la partida registral reflejen exactamente la realidad física-material de los predios. En efecto, un registro con datos falsos o inexactos sirve de poco, y si bien el ámbito físico del predio no se encuentra protegido por la fe pública

343 El error de medición no es compatible con la simplista idea de "compensación de áreas", esto es, la corrección del sobrante de una finca no se equilibra con el faltante del colindante, pues tal circunstancia, implicaría, más bien, que se pretende legalizar una invasión. Por ejemplo: si el predio "X" crece en 100 m², mientras que el colindante "Y" decrece en lo mismo, entonces puede inferirse que se trata, entre otras hipótesis, de compensación de terreno, de venta encubierta, de agregación de terreno sin autorización municipal o de invasión. En cualquiera de los casos, el fin pretendido no calza con el instrumento de la rectificación de área. Por el contrario, si la finca "X" crece en 100 m², pero no se altera la colindante, entonces, en teoría, se cumple el presupuesto de la rectificación: corrección de errores de medición. Sin embargo, esta situación también conlleva el riesgo que el propietario haya avanzado en forma subrepticia sobre la finca vecina, produciéndose una invasión. Tal riesgo trata de impedirse con la necesaria notificación que debe practicarse a los colindantes. El Tribunal Registral estableció una doctrina cuestionable al identificar la rectificación con la compensación de área, por lo cual se concluyó ingenuamente que la ampliación del área de un predio, luego de un procedimiento de rectificación, conllevaría que la finca vecina deba reducirse. Esta afirmación presupone que la información catastral del registro es tan exacta que no puede haber errores en el terreno, por lo que una mayor área se compensa con una de menor área. Es el caso de la cuestionable RTR N° 052-2000-ORLC/TR de 23.02.2000, que denegó la inscripción de la sentencia de rectificación de área alegando que debía reducirse la cabida del predio colindante, lo que es absurdo desde el derecho sustancial, pues el registro no tiene un catastro perfecto que exija que el sobrante de uno se compense con el faltante del otro; y también desde el derecho procesal, pues el juez no puede modificar la cosa juzgada, y nunca se demandó la reducción del área de la finca vecina. Este criterio fue dejado de lado por la RTR N° 389-2012-SUNARP-TR-T: "el mal uso de este mecanismo de rectificación de área no puede ser controlado por el registro. En efecto, corresponde exclusivamente al notario o al órgano jurisdiccional, según sea el caso, utilizarlo adecuadamente. En este sentido, cuando el Tribunal Registral indicó que nunca debía admitirse que por este medio se incorpore área vecina se refería a la responsabilidad que tienen las entidades o personas que instruyen estos procedimientos en cuidar que esto no ocurra".

registral, sin embargo, tal pretensión de concordancia tiene la virtualidad de generar confianza en el sistema institucional de seguridad del tráfico inmobiliario, con lo que se evitan fraudes y estafas, especialmente en relación con los terceros. La importancia de este principio de concordancia permite deducir que una rectificación de área podría no agotar el tema, por lo que sería posible que pueda plantearse una nueva solicitud o demanda de rectificación³⁴⁴, empero, en tal caso, deberá tenerse en cuenta dichos antecedentes para evitar invasiones encubiertas.

El art. 13 Ley 27333 señala que el procedimiento de rectificación (notarial) procede para corregir errores en la inscripción. Esta afirmación es equívoca. Los errores constan en el “título”, y la inscripción se limita a dar publicidad. Por tanto, la rectificación se produce realmente en los títulos, es decir, en el hecho jurídico, mientras el registro otorga publicidad por conexión³⁴⁵.

344 El Tribunal Registral ha reconocido esta posibilidad en la RTR N° 389-2012-SUNARP-TR-T: “por múltiples motivos la realidad no siempre puede ser capturada fielmente. Por ello, cabe la posibilidad de que, realizada la rectificación del registro, este continúe siendo inexacto debido a algún error. El desacierto en el área o en los linderos de los predios puede deberse a inimaginables causas, sean humanas o de los medios empleados”, en consecuencia: “la existencia de la rectificación de área anterior no impide la inscripción de la actual, pues con esto se está superando la inexactitud del registro”.

345 El error de medición no es compatible con la llamada “compensación de áreas”, esto es, la corrección del sobrante de una finca no se equilibra con el faltante del colindante, pues tal circunstancia, implicaría, más bien, que se pretende legalizar una invasión. Por ejemplo: si el predio “X” crece en 100 m², mientras que el colindante “Y” decrece en lo mismo, entonces puede inferirse que se trata, entre otras hipótesis, de compensación de terreno, de venta encubierta, de agregación de terreno sin autorización municipal o de invasión. En cualquiera de los casos, el fin pretendido no calza con el instrumento de la rectificación de área. Por el contrario, si la finca “X” crece en 100 m², pero no se altera la colindante, entonces, en teoría, se cumple el presupuesto de la rectificación: corrección de errores de medición. Sin embargo, esta situación también conlleva el riesgo que el propietario haya avanzado en forma subrepticia sobre la finca vecina, produciéndose una invasión. Tal riesgo trata de impedirse con la necesaria notificación que debe practicarse a los colindantes. El Tribunal Registral estableció una doctrina cuestionable al identificar la rectificación con la compensación de área, por lo cual se concluyó ingenuamente que la ampliación del área de un predio, luego de un procedimiento de rectificación, conllevaría que la finca vecina deba reducirse. Esta afirmación presupone que la información catastral del registro es tan exacta que no puede haber errores en el terreno, por lo que una mayor área se compensa con una de menor área. Es el caso de la cuestionable RTR N° 052-2000-ORLC/TR de 23.02.2000, que denegó la inscripción de la sentencia de rectificación de área

b) Procedimientos generales de rectificación

La Ley 27333 (Complementaria de la Ley de Regularización de Edificaciones) permite el saneamiento legal de las discrepancias de áreas, linderos y medidas perimétricas (art. 13³⁴⁶) mediante tres mecanismos: judicial, notarial o por convenio unánime, que se examinan a continuación:

- a) Rectificación judicial: Es la hipótesis recurrente a lo largo de la historia de nuestro sistema jurídico, y, actualmente se encuentra regulada en los arts. 504 y siguientes del Código Procesal Civil, como proceso abreviado, encontrándose legitimado para demandar el propietario o “poseedor” (art. 504-3 CPC), lo cual, en nuestra opinión, se encuentra justificado, pues este último puede encontrarse próximo a la consumación de la usucapión, o tratarse de una ya ganada, pero con pendencia del título formal. La demanda deberá indicar el tiempo de posesión del demandante; la fecha y forma de adquisición del inmueble (requisitos que, sin embargo, son irrelevantes en la rectificación de áreas, pero no en los casos de prescripción adquisitiva o título supletorio); la persona que en su caso tenga derecho inscrito sobre el bien; y los nombres y lugar de notificación de los propietarios de los colindantes (art. 505-1 CPC);

alegando que debía reducirse la cabida del predio colindante, lo que es absurdo desde el derecho sustancial, pues el registro no tiene un catastro perfecto que exija que el sobrante de uno se compense con el faltante del otro; y también desde el derecho procesal, pues el juez no puede modificar la cosa juzgada, y nunca se demandó la reducción del área de la finca vecina. Este criterio fue dejado de lado por la RTR N° 389-2012-SUNARP-TR-T: “el mal uso de este mecanismo de rectificación de área no puede ser controlado por el registro. En efecto, corresponde exclusivamente al notario o al órgano jurisdiccional, según sea el caso, utilizarlo adecuadamente. En este sentido, cuando el Tribunal Registral indicó que nunca debía admitirse que por este medio se incorpore área vecina se refería a la responsabilidad que tienen las entidades o personas que instruyen estos procedimientos en cuidar que esto no ocurra”.

- 346 Es bueno señalar que esta norma (art. 13) señala que el saneamiento físico de los predios comprende no solo los casos de error de medición, sino también la indeterminación del espacio material del predio, lo que no puede comprender el caso de confusión de límites, que sería una hipótesis de deslinde, sino los casos de títulos con ausencia de extensión, o con unidades en medidas antiguas, o sin descripciones perimetrales (propriamente, según el caso, determinación o conversión del área). En suma, la citada norma regula dos situaciones: la rectificación de áreas, propiamente dicha, y la determinación del espacio físico, sin conflicto, por lo que la competencia notarial, por ejemplo, queda ampliada.

descripción del bien y de las edificaciones, con planos de ubicación y perimétricos, visados por autoridad municipal o administrativa (art. 505-2 CPC); copia literal de dominio o certificación negativa de inmatriculación (art. 505-3 CPC); declaración testimonial de por lo menos tres personas, mayores de veinticinco años (art. 505-4 CPC) y actuación de una inspección judicial (art. 505-5 CPC). La norma procesal solo exige la inspección en el caso del deslinde, pero habría de entender que ocurre lo propio en la rectificación de área, por analogía, en vista de los elementos comunes que relacionan ambas figuras. El emplazamiento deberá recaer necesariamente en los colindantes (art. 506 CPC), pues se trata de los hipotéticos afectados en caso de que el demandante pretenda realmente legalizar una invasión encubierta. No obstante, también se requiere publicar un extracto del auto de admisión de la demanda, por tres veces, con un intervalo de tres días. La sentencia que se expida es título suficiente para tener por rectificadas las áreas y proceder a la inscripción, si fuese el caso (art. 2019-8 CC). Si bien es cierto que durante mucho tiempo los registradores se arrogaron indebidamente la potestad de enjuiciar los fundamentos de la sentencia estimatoria de la rectificación de área, como si la base gráfica registral fuese perfecta, en específico mediante la RTR N° 052-2000-ORLC/TR de 23.02.2000, sin embargo, actualmente, este criterio se encuentra superado por la RTR N° 389-2012-SUNARP-TR-T. El art. 13 Ley 27333 señala que la rectificación judicial procede, entre otros casos, cuando exista “superposición de áreas o linderos”, lo que puede ocurrir por errónea medición de los predios, o por el conflicto de derechos que se origina en títulos diversos, pero solo el primer caso es motivo específico del proceso de rectificación de área.

- b) Rectificación notarial: Consiste en la posibilidad de rectificar errores de medición en un procedimiento no contencioso seguido ante notario, llamado saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas, el cual resulta pertinente en dos casos (art. 13 Ley 27333): (i) cuando existen discrepancias entre las dimensiones físicas del terreno y las dimensiones registradas del mismo (hipótesis de rec-

tificación de área, propiamente dicha); (ii) cuando sea necesario determinar el área, linderos y medidas perimétricas del terreno (hipótesis ampliada de determinación de área), siempre que no se trate de conflicto de límites, lo que implica fijar la cabida del predio cuando el título es defectuosos o simplemente lo ha omitido. El procedimiento notarial se tramita como un asunto no contencioso, bajo dos modalidades: La primera, cuando el área real del predio sea igual o inferior a la registrada en la partida, en cuyo caso no existe la posibilidad teórica de afectación a terceros, lo que debió merecer una regularización en virtud de documentos fehacientes, sin necesidad de procedimiento. La segunda se refiere a los casos en que la cabida o área real sea superior a la cabida inscrita, por lo que es necesario obtener, previamente, una certificación registral referida a que la mayor área no se superpone con otra registrada, que se constituye en la base del procedimiento notarial, pues dicha constancia permite que el usuario tenga la confianza que la decisión notarial será aceptada por el registro, aunque en la práctica es frecuente que la calificación del registrador traiga la sorpresa de que la mayor área sí se encontraba inscrita. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Registral ha exceptuado este requerimiento para la rectificación de área y linderos en sede notarial “cuando el predio, antes de su rectificación, ya se superpone con otro inscrito” (RTR N° 045-2011-SUNARP-TR-T), lo que es razonable pues la restricción se justifica solo si el procedimiento crea la superposición, pero no cuando esta ya existe, o cuando, precisamente, se trata de superar ese problema.

- c) Rectificación por convenio: Consiste en el convenio del titular registral con todos los propietarios colindantes, cuya finalidad es la corrección del área, linderos o medidas perimétricas de un predio, o su determinación. El caso no presenta mayores inconvenientes teóricos, sin embargo, en la práctica, sí pueden presentarse serios problemas, tal como la probable invasión de áreas públicas, ante lo cual podría ocurrir que nadie se “oponga” a fin de perfeccionar un acuerdo malicioso. Igualmente es factible que se “invente” una superficie que no existe, pues, tratándose de un acuerdo privado,

no existe control sobre la realidad física que se dice sanear, y el catastro registral (*rectius*: archivo de bases gráficas) solo opera sobre documentos, y no hace trabajo de campo, por lo que es complicado detectar el fraude. El art. 13 de la Ley 27333 establece que todos los colindantes deben intervenir en el convenio, pero la jurisprudencia registral ha flexibilizado este requisito en la RTR N° 142-2005-SUNARP-TR-T³⁴⁷, así como un sector de la doctrina³⁴⁸, en el sentido que solo se requiere el consentimiento del colindante afectado. El argumento parece razonable, pero constituye una típica falacia, pues, ¿cómo puede el registrador determinar el lindero en el cual se encuentra la inexactitud? Ese es un trabajo de campo que no corresponde a la calificación registral³⁴⁹, que, por tal motivo, no podría impedir los fraudes. Por ejemplo, los dos únicos contratantes alegarían que el error se encuentra en su lindero, sin que nadie pueda comprobar tal hecho, empero, bien podría ocurrir que con esta fórmula se intentase legalizar la invasión del lindero contrario, sin que este colindante pudiese tomar conocimiento, por lo que, el consentimiento de todos los propietarios colindantes es imprescindible³⁵⁰. Por su parte, la rectificación de área no puede

347 “Los terceros que pueden ser afectados son únicamente aquellos propietarios del o los predios colindantes con los linderos rectificadas. Carecería de todo sentido exigir la intervención de aquellos que (...) no verían afectado su derecho por la rectificación. De otro lado, reclamar la participación de todos los colindantes, aunque sea imposible que algunos de estos sufran perjuicio, podría truncar el saneamiento por la negativa o imposibilidad de participación de tales colindantes”.

348 “puede ocurrir que únicamente uno o algunos de los linderos del predio estén errados en el registro. En esta hipótesis, la participación solo será de aquellos colindantes que potencialmente podrían resultar perjudicados. Así, por ejemplo, en un lote rectangular si el lindero inexacto es el izquierdo, carece de objeto involucrar al colindante de la derecha”: Morgan, W. (2014), p. 890.

349 La solución del Tribunal Registral es incoherente con su propio criterio respecto a la calificación, pues en otro caso señala que: “el mal uso de este mecanismo de rectificación de área no puede ser controlado por el registro” (RTR N° 389-2012-SUNARP-TR-T), y, si ello es así, entonces, ¿cómo se puede saber que los dos únicos propietarios que suscriben el convenio están haciendo buen uso del mecanismo?

350 Un caso interesante ocurrió cuando el convenio de rectificación suscrito por todos los colindantes se presentó al registro, sin embargo, en ese momento uno de los propietarios ya había transferido el bien. Por tanto, las partes del acto no coincidían con los actuales

confundirse con la compraventa de una franja de terreno o con la transacción que pone fin a la controversia mediante concesiones recíprocas³⁵¹.

Por lo demás, el informe previo de la oficina de catastro registral sobre estos actos inscribibles y los requerimientos de los documentos técnicos se regulan en la Directiva N° DI-004-2020-SCT-DTR (vigente: 11.12.2020), complementada con los lineamientos de uniformización para evaluación y emisión de informes, aprobado por Res. N° 023-2021-SUNARP-DTR (vigente: 25.07.2021).

c) Procedimientos y/o mecanismos especiales de rectificación

Las normas especiales y la jurisprudencia han establecido otros procedimientos o mecanismos de rectificación, como los siguientes:

- a) Saneamiento catastral y registral: La Ley 28294 y su reglamento aprobado por D.S. 005-2006-JUS establecen un nuevo mecanismo de rectificación de área, cuya operatividad se presenta cuando: “al

titulares inscritos, por lo que se denegó la inscripción (RTR N° 1324-2009-SUNARP-TR-L de 27.08.2009). Sin embargo, distinto es el caso si el actual propietario del predio rectificado no estuviese inscrito, pero deriva del titular registral por medio de instrumento público, pues, en tal caso, ¿por qué no podría inscribirse la rectificación si han participado todos los colindantes? Nadie saldría perjudicado, pues el propietario inscrito ya vendió, y el actual propietario está conforme, pues solicita la inscripción, entonces resulta viable. En ese error incurre la RTR N° 186-2004-SUNARP-TR-L: “cuando la inscripción de la rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas de inmuebles registrados es solicitada en mérito de escritura pública, esta debe ser otorgada por el propietario del inmueble y por titulares registrales de los predios colindantes”.

- 351 La jurisprudencia registral conoció el interesante caso de dos propietarios con partidas registrales parcialmente superpuestas que acordaron solucionar la controversia mediante el “convenio de rectificación de área”. La RTR N° 248-2010-SUNARP-TR-T permite esta alternativa, pues el acuerdo se funda en el poder de disposición de los propietarios. No obstante, este caso no tiene relación alguna con la rectificación de área, pues cada uno de los colindantes cuenta con título de propiedad, distinto entre sí, con sus propias dimensiones físicas de la finca, por lo que no se trata de una simple “error de medición”, sino de la concurrencia de diversos títulos sobre un mismo bien, lo que implica un problema sustancial del derecho de propiedad, y no una cuestión referente al objeto. Por tanto, si bien es cierto que la solución convencional es perfectamente admisible, sin embargo, ello no se tipifica como “rectificación de área”, sino como transacción que pone fin a un conflicto iniciado o por iniciarse, en el cual se dilucida la titularidad del espacio físico que se encuentra en duda por la concurrencia de títulos. El registro debió observar el título.

solicitarse la inscripción del CUC (código único catastral) se advierte una discrepancia entre la información catastral y registral, debe iniciarse el procedimiento de saneamiento catastral y registral". Este procedimiento, está a cargo de la SUNARP, que iniciará el procedimiento anotando preventivamente el área, linderos y medidas perimétricas que se consignan en el plano presentado (art. 60 Regl), y deberá notificar a los titulares de los predios colindantes (art. 62 Regl.).

- b) Rectificación para formalización: Las entidades de formalización de la propiedad, urbana o rural, han contado siempre con facultades de rectificar las dimensiones físicas de los predios mediante acto administrativo (art. 39 D.L. 803 en el ámbito urbano, y, D.L. 1089, D.S. 032-2008-VIVIENDA y R.M. 111-2016-MINAGRI, en el ámbito rural, aunque esta norma legal ha sido sustituida por la Ley 31145, pendiente de reglamento).
- c) Rectificación por error de cálculo: Mecanismo nacido en sede jurisprudencial, esbozado tímidamente en la RTR N° 331A-2004-SUNARP-TR-L de 27.05.2004, pero, luego, ya admitido expresamente en el XIX Pleno del Tribunal Registral realizado los días 03 y 04.08.2006, que lo aprobó como precedente de observancia obligatoria, por cuya virtud, la rectificación de área por error de cálculo pueda hacerse con plano visado por la autoridad municipal, siempre que el catastro determine que los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio no hayan sufrido variación alguna³⁵². La RTR N° 260-2009-SUNARP-TR-T reitera el mismo criterio: "La idea central que subyace en el precedente

352 Este criterio es exageradamente formalista, pues en caso de presentarse un error de cálculo, esto es, alguna equivocación en realizar una simple operación aritmética, no se justifica la exigencia de un certificado de catastro municipal. En realidad, para llevar a cabo esa corrección debería ser suficiente una solicitud simple, pues la operación correcta de multiplicación no requiere de ninguna prueba adicional. En efecto, si los títulos y planos expresan que la finca tiene medidas perimétricas de 20 metros lineales por sus cuatro costados, entonces es evidente que la superficie o cabida es de 400 metros cuadrados; sin embargo, podría ocurrir, y de hecho ocurre, que las inscripciones contengan "errores de bulo", pues en tal caso indican que el área es, por ejemplo, de 300 m².

es la rectificación de los datos físicos o aritméticos del predio que fueron generados por la inexacta o deficiente forma de calcularlos. Desde esta perspectiva, resulta inadmisibles la rectificación del área o de las medidas perimétricas de un predio si dicha variación obedece a una modificación o alteración de los linderos del predio inscrito”.

El precedente ha sido objeto de distintas precisiones (CXV y CXVIII Pleno): (i) Procede en el caso de predios rurales, pero deberá presentarse los documentos señalados en el art. 20 RIRP, (ii) No procede en supuestos distintos al del error de cálculo, (iii) Procede cuando la oficina de catastro no puede determinar si se ha producido variación o no del polígono por inexistencia o deficiencia de la información gráfica. Por el contrario, si existen dudas sobre los linderos del predio, entonces no se acepta el plano municipal como mecanismo suficiente para la rectificación, según la RTR N° 087-2010-SUNARP-TR-T.

- d) Rectificación con fines de reducción de área: Mecanismo nacido en la jurisprudencia, y, resulta procedente siempre que no se modifique el polígono: “es inscribible la rectificación de área para hacer constar en el registro un área inferior a la inscrita en mérito al consentimiento del titular registral contenido en instrumento público aunado al plano visado por la autoridad competente, siempre que el área de catastro determine que la poligonal ya rectificadas se emplaza íntegramente dentro de la poligonal del predio inscrito” (RTR N° 505-2012-SUNARP-TR-T), o, incluso como “renuncia de área” (RTR N° 329-2013-SUNARP-TR-A de 18.07.2013), que incluso sirve para “des-inscribir” dicha área, lo cual nuevamente constituye una extralimitación de las figuras jurídicas, lo cual, pese a todo, necesita planos de ubicación y perimétricos visados conforme el art. 505-2 CPC, siempre que el informe de catastro descarte la superposición en tanto el polígono modificado se encuentre dentro de los lindes.
- e) Rectificación unilateral: Mecanismo también originado en la jurisprudencia, por cuya virtud, la escritura pública unilateral otorga-

da por propietario, acompañada de los documentos establecidos en el art. 20 RIPR, permite rectificar tanto a mayor, como menor área, siempre que la oficina de catastro determine en forma indubitable que el polígono resultante se ubica dentro del área gráfica del predio inscrito (RTR N° 1622-2016-SUNARP-TR-L, aprobado como precedente en el CL Pleno). Esta modalidad asume que se ha producido un error de concepto, siempre que la línea poligonal se mantenga inalterable en virtud de colindancias fijas, por tanto, hay concordancia sustancial entre los linderos del registro y los comprobados por la autoridad, en concordancia con el informe favorable de la oficina de catastro registral sobre la ausencia de superposición con terceros, en cuyo caso, basta la presentación de documentos fehacientes que permitan superar el error, por tanto, este caso tiene como antecedente la pionera RTR N° 867-2009-SUNARP-TR-L de 19.06.2009.

- f) **Rectificación por replanteo:** Otro caso interesante se produjo cuando las distintas áreas de algunos lotes se modificaron luego de la conclusión del proceso de habilitación urbana; es decir, se produjo la conocida figura del “replanteo”, pero cuando ya se encontraba inscrito el derecho de terceros adquirentes. Aquí se estableció la doctrina por la cual la inscripción de la recepción de obras, con variación del área, linderos y medidas perimétricas de los lotes pre-independizados, no requiere autorización de los terceros titulares de los lotes que hubieran sufrido variación, incluso si la aprobación de la habilitación urbana solo se hubiera inscrito en la partida matriz, pues el hecho que no se haya dejado constancia en la partida independizada el estado de la habilitación urbana no desvirtúa la anotación obrante en la partida matriz (RTR N° 853-2009-SUNARP-TR-L de 18.06.2009). No es precedente.

d) Diferencias entre rectificación de áreas y deslinde

El deslinde es una operación por la cual se traza en el propio terreno o en una superficie imaginaria (plano) los linderos que dividen dos o más fincas, por tanto, el presupuesto que lo justifica es la **confusión de sus límites**

horizontales³⁵³. En otras palabras, cuando dos predios colindantes sufran del problema de indeterminación sobre la línea que los separa, entonces el medio pertinente para resolver el conflicto es el deslinde. En efecto, cuando existe indeterminación de linderos, sea porque los títulos son defectuosos, o simplemente porque los títulos no existen, entonces el juez deberá, prácticamente, crear los linderos que separan a las fincas, para lo cual se servirá de todo medio de prueba, sea el plano catastral municipal o rural, sea cualquier signo de posesión sobre las franjas de terreno en conflicto³⁵⁴.

El CC (art. 966) y el CPC (art. 504-3) no establecen reglas que diriman los límites de las propiedades vecinas cuyos títulos no son suficientemente explícitos. En tal caso, normalmente, se acude a la posesión como instrumento de deslinde, y a falta de aquella, la fijación de linderos se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales, pues se trata de criterios razonables, que pueden sustentarse en principios generales, pero no en norma alguna, pues nuestro sistema adolece de esa laguna³⁵⁵:

353 Los límites horizontales son los confines del predio con respecto a los cuatro puntos cardinales, representándose como una línea imaginaria que encierra una superficie del suelo o un espacio cúbico. La delimitación horizontal nunca es natural, siempre es convencional, ya que la superficie territorial se extiende en forma continua sin tener confines intrínsecos; únicamente el hombre pone límites al terreno con el fin de demarcar hasta donde se ejerce el derecho de propiedad, y separa así los distintos objetos susceptibles de apropiación. La delimitación horizontal de los predios se aprecia gráficamente, por ejemplo, a través de los llamados planos de ubicación. Por el contrario, los límites verticales se refieren al espacio de sobresuelo y subsuelo en el que se extiende el predio, que se define "hasta donde sea útil al propietario" (art. 954 CC), es decir, hasta donde sea necesario para la explotación del predio de acuerdo con su naturaleza y destino, esto es, se trata de un criterio objetivo que descarta una noción de "interés del propietario" que se basa en la opinión subjetiva del titular.

354 Distinto es el caso en que los linderos se encuentran perfectamente establecidos en los títulos, pero resulta necesario practicar la demarcación sobre el terreno, entonces se busca eliminar en la realidad física toda duda sobre los confines de las fincas en litigio. En tal caso, se trata de una operación material de fijación de linderos, que solo en forma muy extensiva podría catalogarse como deslinde. Sobre el tema: De Los Mozos, J. (1993), p. 296.

355 "El deslinde es una transformación de la propiedad posible en propiedad efectiva que se basa en la probabilidad o en la equidad. Por ello, se acudirá, en primer lugar, para el deslinde al estado de posesión exento de vicios. Si no es posible comprobarlo y si tampoco resulta justificada presunción alguna a favor de uno de los vecinos, se divide la porción discutida; pero si semejante deslinde estuviere en contradicción con las circunstancias comprobadas, especialmente con la extensión conocida de la finca, los límites se han de

En tal sentido, es frecuente la confusión entre la rectificación de área y el deslinde, fundamentalmente porque ambas persiguen precisar el ámbito físico de los predios, sin embargo, su ámbito de aplicación es distinto. El deslinde es el mecanismo jurídico por el cual dos propietarios colindantes determinan la línea precisa de sus límites, lo que supone una confusión de linderos por ambigüedad, oscuridad, error en los títulos de propiedad o por desavenencia entre el terreno y el título. “Presupuesto de la pretensión es que no pueda ya averiguarse por dónde va la linde”³⁵⁶, es decir, la acción opera cuando el límite jurídico es impreciso o no existe, sin embargo, es posible que entre los dos colindantes ya exista un lindero de facto, por lo que el deslinde pretende darle firmeza³⁵⁷, pero, en cualquier caso, el juez deberá prácticamente crear los linderos que separan a las fincas. Por el contrario, la rectificación de área significa la corrección de algún dato de identificación de la finca (área o cabida, linderos, medidas perimétricas), pero supone que la delimitación es incontrovertida o, por lo menos, razonablemente certera. Por este medio, se precisa la descripción física de la finca, eliminando una inexactitud en el título, inscrito o no. En suma, el deslinde se produce por indeterminación de linderos, mientras la rectificación presupone que los lindes se encuentran más o menos determinados, pero la medición ha sufrido un error, o, incluso cuando los linderos no están fijados en el título.

5.5. Principio de tracto sucesivo

5.5.1. Definición y fundamento

El tracto sucesivo es la cadena ordenada y regular de transmisiones, cuya premisa consiste en que el derecho del adquirente no puede inscribirse si previamente no ha ocurrido lo propio con el del transmitente (art. 2015 CC). En buena cuenta, si la compraventa entre B-C pretende inscribirse, entonces debe encontrarse inscrito el título que legitima a B como vendedor, pues, en caso contrario, ¿por qué tendríamos que tomar a B como propietario y, de esa forma, inscribir a C. En tal sentido, “para iniciar, pues, el proceso

trazar como fuere más conforme a la equidad, habida cuenta de estas circunstancias”: Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1º, p. 379.

356 Westermann, H. & Westermann, H.P. & Gursky, K. & Eickmann, D. (2007), T. II, p. 882.

357 Ibidem.

de inscripción, no solo se requiere la presentación de un título formal, sino también que el otorgante sea el titular del mismo derecho en el asiento anterior, de tal forma que los sucesivos titulares del derecho registrado se sigan los unos a los otros completamente escalonados, en concatenación perfecta e ininterrumpida de modo que el transferente de hoy sea el adquirente de ayer, y el titular inscrito de hoy sea el transferente de mañana”³⁵⁸.

La función inmediata del tracto sucesivo es el orden de las inscripciones, como sostiene la doctrina alemana, pues su finalidad se centra en clarificar la historia de los asientos registrales, lo que en buena cuenta significa resguardar la regularidad y legalidad de las transmisiones, por tanto, su naturaleza es formal. De esta manera, el tracto no se constituye en requisito sustantivo para el ejercicio de la potestad dispositiva, sino únicamente en un requisito formal para que el acto dispositivo pueda inscribirse. En buena cuenta, el ejercicio del poder de disposición es independiente de que el sujeto disponente tenga o no inscrito su título adquisitivo, aislándose la vida registral del orden civil puro; por tanto, el tracto es exigencia para la inscripción del acto, no para su validez. Esta concepción formal del tracto sucesivo busca una colocación ordenada y regular de los actos en la respectiva hoja registral, logrando la necesaria conexión o enlace de transferente y adquirente, de causante y sucesor, de tal suerte que todos los actos referidos a una finca determinada se inscriban por orden sucesivo, en el que uno deriva del otro, sin solución de continuidad³⁵⁹.

No obstante, la función mediata del tracto sucesivo se construye en mérito del principio que rige las adquisiciones derivativas, en tanto, la posición jurídica del transmitente hace surgir o derivar la del adquirente, por tanto, si el primero tiene el derecho entonces lo transfiere, pero si no tiene el derecho nada transfiere; y si lo tiene gravado entonces lo cede en esas mismas condiciones. Por ello, el tracto sucesivo es un reflejo formal en el registro de la mecánica operativa de los modos derivados, pues efectivamente la inscripción del adquirente está supeditada a la inscripción del transmitente (art. 2015 CC), en el entendido que si el antecedente no tiene

358 Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 382.

359 Roca Sastre, R. (1954), T. I, pp. 797-800.

un derecho inscrito entonces el consecuente, que es un derivado, tampoco puede tenerlo, pero no llega a nivel sustantivo, en el sentido de que el acto sin tracto no queda descalificado como si fuese otorgado por no-titular. Por tal motivo, el tracto sucesivo no opera en los modos originarios, pues, en ellos simplemente no existe fenómeno de transmisión, sino el de atribución de la propiedad en forma novedosa, sin relación alguna con el titular anterior. Por ello, se equivoca rotundamente el Tribunal Registral cuando sostiene que no es inscribible la sentencia de prescripción adquisitiva si el propietario inscrito no es emplazado, pues “no se cumpliría el tracto” (RTR N° 347-2017-SUNARP-TR-T de 08.08.2017, convertido en precedente). La pregunta es: ¿cuál tracto?, si el usucapiente no deriva su derecho del propietario previo, ni existe vinculación entre ambos, entonces, la falta de relación entre titular previo y actual hace que el tracto sea inaplicable³⁶⁰.

En suma, el tracto sucesivo es un principio técnico que solo aplica a los registros de bienes en los cuales hay transferencia de derechos, pero no en los personales.

5.5.2. Elementos

El tracto sucesivo es un principio formal que permite la inscripción de un título cuando el transmitente consta inscrito en forma previa, por lo que tiene sustento la legitimidad formal que invoca. Pues bien, la existencia de tracto sucesivo en el caso concreto requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) El sujeto titular debe ser el mismo que celebra el acto de transmisión, por lo que se exige concordancia de sujetos. Por ejemplo: si una persona tiene la calidad de titular registral, entonces él mismo

360 La doctrina conoce este tema desde hace mucho tiempo. Por ejemplo: “Por lo general, la transmisión o constitución de derechos relativos a la propiedad se hace en forma convencional. Solo se rompe esta posibilidad frente a la expropiación o a la ejecución, que son situaciones diferentes, porque la expropiación es una voluntad extraña y en cambio en la ejecución se suple la voluntad del titular. La otra forma, la más parecida a la expropiación, es la usucapión, en la cual un sujeto extraño, en razón de la posesión que detenta ingresa en línea, sustituyendo en cierta medida algunos elementos que son esenciales para que continúe la titularidad del anterior”: Scotti, E. (2002), p. 112.

es la persona que debe intervenir en el acto de transferencia, o sus herederos (concordancia de sujeto)³⁶¹.

- b) El derecho inscrito debe ser concordante con el derecho transmitido. Por ejemplo: si una persona es titular inscrito del derecho de propiedad, entonces él podrá transferir ese mismo derecho, o constituir un usufructo o una hipoteca (concordancia del derecho). En cambio, si esa misma persona es titular superficiario de una construcción, no podrá disponer de la propiedad del suelo, por lo que el acto carecerá de tracto³⁶².
- c) El sujeto titular y el derecho transmitido deberán encontrarse inscritos, lo que es un presupuesto para la operatividad del tracto sucesivo (inscripción previa)³⁶³.

La concurrencia de los tres elementos permitirá que sea inscrito el nuevo título.

5.5.3. Clases de tracto sucesivo: positivo y negativo

El tracto registral tiene dos vertientes: positivo, por virtud del cual, a partir de un determinado titular registral se van concatenando las inscripciones sucesivas; y, negativo, por el cual, desde una inscripción nula, se cancelan las posteriores inscripciones que ya no tiene base sobre la cual asentarse. En el primer caso, por ejemplo, A vende a B, que causa la herencia a favor de C, que a su vez dona a D. En buena cuenta, a partir de una determinada titularidad registral se concatenan las inscripciones sucesivas. En el segundo caso, por el contrario, la nulidad de A-B trae como resultado que se cancelen las inscripciones posteriores, en tanto, cada uno de los transmitentes carecía del poder de disposición que justificaba la transferencia.

361 La doctrina argentina lo llama "principio de identidad", por cuanto "se exige la coincidencia, entre el documento que ingresa y los datos que figuran ya registrados, de todos los elementos que individualizan a ese sujeto, quien, por otra parte, es, en principio, el único legitimado para peticionar la mutación": Ventura, G. (2009), p. 248.

362 "La continuidad implica la ilación y correspondencia entre el sujeto, al cual ya hemos identificado por el principio de identidad, y el derecho del que dispone o sobre el que recaerá la medida solicitada": Ibid., p. 263.

363 "Se ha erigido en principio solemne la previa inscripción, sometiendo el tráfico negocial con sus importantes y beneficiosos efectos económicos y sociales, al arbitrario recaudo de contar previamente con la inscripción registral": Ibid., p. 266.

Un ejemplo de tracto sucesivo negativo es el siguiente: A demanda a B (titular inscrito) por reivindicación, y luego del proceso, la sentencia firme declara fundada la demanda y ordena la inscripción; sin embargo, luego de culminado el proceso, B vende el inmueble a C, lo que se inscribe. Por tanto, cuando la sentencia de reivindicación llega al registro, es probable que se deniegue la inscripción aduciendo que “no hay tracto sucesivo en tanto el demandado fue B y el actual titular registral es C”. ¿Es correcta esta observación? El art. 123 CPC señala que la cosa juzgada afecta a las partes del proceso (A – B), y a quienes de ellas derivan sus derechos (C); siendo así, la sentencia también se expande en contra de C, por lo que, en aplicación estricta del ordenamiento procesal, la inscripción solicitada es procedente, pues el derecho del tercer adquirente (C) deriva de aquel que tenía el transmitente (B), por tanto, si este se extingue, entonces ocurre lo propio con el de aquel. Los antecedentes del registro, en contra de la opinión recurrente, no constituyen obstáculo alguno para la inscripción de dicha sentencia, pues el tracto sucesivo (negativo) es cumplido, lo que se encuentra avalado por una importante sentencia de la Corte Suprema que avala este criterio (Casación N° 4023-2009-Lima, de 20/5/2009³⁶⁴). Sin embargo, esa inscripción solo deja

364 “Noveno.- (...) Consecuentemente, en tanto la sentencia subsista y no haya sido declarada nula, el valor de cosa juzgada de la que está premunida no puede ser desconocido, bajo el argumento de la prevalencia de los principios registrales antes expuestos; pues una sentencia que detenta el valor de cosa juzgada, debe cumplirse en sus propios términos, argüir su inejecutabilidad como consecuencia de la inscripción es simple y llanamente una infracción del principio de cosa juzgada, reconocido por el artículo 139, inciso 2 de la Constitución Política del Estado. Décimo.- Que, en el presente caso, como se puede constatar en autos, el demandado Jorge Ramón Vargas Machuca López Lavalle y la denunciada civil Adriana Antonia Larrea Ibarra acreditan tener el mejor derecho de propiedad respecto del inmueble materia de litis sustentando en una sentencia favorable su fecha veintidós de enero de dos mil cuatro obrante a fojas treinta y cinco, expedida en un proceso de mejor derecho de propiedad seguido contra la Asociación Pro Vivienda Tradiciones Ricardo Palma, Julio Alejo Orihuela Mandujano y otros, -la que obviamente tiene la autoridad de cosa juzgada; y, además dicho proceso judicial se inició antes de la celebración del contrato de compraventa por parte del demandante Sergio Castañeda SAC obrante a fojas tres (que lo adquirió de la parte que resultó vencida en el antes citado proceso de mejor derecho), que si bien fue inscrito registralmente, se debe tener presente que de acuerdo a su naturaleza jurídica las inscripciones registrales pueden ser declarativas o constitutivas, siendo las primeras aquellas que sirven para reconocer un estado jurídico constituido previamente, y las segundas son aquellas con las que se constituye o nace el derecho; por tanto, resulta evidente que en el caso de la compraventa la inscripción registral es

el derecho de propiedad en la indeterminación, lo que deberá solucionarse, no en el ámbito registral, sino en el judicial. Por otro lado, si el proceso sobre el bien discutido estuviese en trámite y se presentase la misma situación, esto es, que una de las partes litigantes transfiera el inmueble, entonces se produce la figura de sucesión procesal a favor del adquirente (art. 108 CPC), por lo que, la actividad procesal es nula, mientras no se le haya emplazado.

Una situación dramática se presentó en algún caso real: el juez emite una sentencia que declara fundada la demanda de prescripción adquisitiva, la que posteriormente reconoce como consentida, razón por la que se inscribe en el registro. Luego, el usucapiente celebra una compraventa y bloquea la partida registral. Por su parte, el juez declara nula la firmeza de la sentencia, y ordena que el registro no inscriba acto de transferencia alguno. Esta orden judicial se presenta durante la vigencia del bloqueo, pero igual se inscribe, luego de la clásica “reiteración del mandato”. Enseguida el comprador intenta la inscripción de su adquisición, pues tiene el bloqueo a su favor, sin embargo, finalmente el Tribunal Registral lo rechaza, aduciendo que se trata de un caso similar al de una medida cautelar de no innovar, lo que impide las inscripciones sucesivas (RTR N° 363-2012-SUNARP-TR-L, de 08.03.2012). La perforación del bloqueo mediante la inscripción del mandato judicial es correcta, pues la hipotética protección de la fe pública registral opera a favor de los titulares inscritos. En este caso real se aplica la figura del tracto sucesivo en su versión negativa, es decir, la extinción del título primigenio logra la eliminación de los derechos sucesivos, a pesar de la falta de emplazamiento del actual titular, sea registrado o no. Es cierto que los efectos del tracto sucesivo negativo (“extinción en cascada”) pueden morigerarse en la hipótesis excepcional de normas de protección de la apariencia, verbigracia, en el caso de los actos jurídicos anulados, rescindidos o resueltos que no afectan al tercero de buena fe (art. 2014 CC), sin embargo, esta hipótesis no actúa cuando un acto judicial resulta anulado por efecto

de carácter declarativo, es decir que el derecho real de propiedad no nace como tal con su inscripción en registros públicos. Lo que tampoco es razón para que se pueda atentar contra la aludida cosa juzgada, pues en este caso la sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil cuatro, también se encuentra inscrita en el rubro cargas y gravámenes de los registros públicos de Lima, obrante a fojas cincuenta y uno”.

de un vicio. Por tanto, si el proceso se invalida, entonces los adquirentes sucesivos, aunque no hayan sido demandados, también lo sufren. El Tribunal Registral acierta en el sentido de la decisión, respecto a este caso, pues la existencia del bloqueo, o incluso de la inscripción, no impide que la medida judicial se imponga, pues los adquirentes tienen la fortaleza, o la debilidad, de su transmitente. Sin embargo, el mismo Tribunal supone que si el comprador hubiese inscrito en forma definitiva su derecho, y no solo a través de un bloqueo, entonces la solución habría sido distinta, por cuanto “los jueces deben respetar la prioridad” (en puridad, y ese es otro error, el principio eventualmente aplicable sería el de la fe pública). Lamentablemente, el Tribunal Registral sigue con la idea equivocada de que el registro es un mecanismo que “crea” titularidades de la nada, casi por arte de magia. Bajo esta concepción, el registro permite maquillar y falsear la realidad, pues pretende imponerse en forma indebida sobre la sentencia judicial, de tal suerte que la “tutela del adquirente” se convierte en un mecanismo para ocultar el litigio. La fe pública se aplica solo en situaciones límite, y no puede expandirse en casos no previstos por la ley, como es el de las nulidades procesales.

En cualquier caso, el registrador debe inscribir la resolución judicial que desmorona el tracto sucesivo, aun contra tercero, con lo cual la partida registral publica una incertidumbre, pues no se sabe si el titular es uno u otro, sea el de la última inscripción contando el tracto, sea el de la primera inscripción sin contar el tracto. Nuestra posición se sustenta en la siguiente idea-fuerza: el registro sirve a los fines de la verdad, no para contraponerse a ella; por tanto, si una partida registral tiene que dar publicidad del conflicto, lo que en su momento deberá resolverse con un proceso contencioso, pues que así sea. La institución registral no existe para colocar parches cosméticos que oculten los litigios. Si bien esta circunstancia dará lugar a que la partida brinde información dudosa, y hasta contradictoria, sin embargo, esa es la función de la institución: ser espejo o reflejo de la realidad. Si existe un conflicto, entonces el registro debe informarlo sin maquillajes. En todo caso, las partes del conflicto real, tarde o temprano, tendrán que dilucidarlo en un proceso judicial contencioso. Ocultar el litigio no lo mata, sino que lo exacerba y, además, incentiva que los supuestos “titulares registrales impecables” usen el fraude para engañar a nuevos adquirentes que ignoran el

conflicto. Por tanto, lo único que se logra es dar una falsa idea de seguridad, que, más tarde o más temprano, será desvelada cuando el “tercero” sea objeto de demandas.

La conclusión es que el registro constituye un instrumento, no un fin por sí mismo, por lo tanto, tiene que ayudar y colaborar con el proceso judicial, no enfrentarse a él. Por tanto, como segunda conclusión, derivada de la anterior, el tracto sucesivo no es dogma de fe, ni tiene carácter inalterable, por lo que se le puede exceptuar por decisión justificada, o incluso excluirlo cuando no sea aplicable por la naturaleza de los derechos discutidos en el proceso (ejemplo: usucapión, adquirentes derivados luego del proceso, etc.). En todo caso, sin embargo, el registrador no es la instancia para dilucidar si la sentencia es “justificada” o “razonable”. La mejor doctrina critica la aplicación rígida y dogmática del tracto sucesivo, pues la publicidad debe estar al servicio del proceso, no al revés³⁶⁵. En buena cuenta, los jueces tienen a su disposición la partida registral dentro de un proceso contradictorio, y pueden ordenar inscripciones que no respeten el formalismo del tracto mediante la declaración de propiedad en proceso plenario, pues tal decisión es directamente inscribible, aunque sea contradictoria con el tracto. Por el contrario, en el proceso de ejecución, en el cual no se declara el dominio, el juez no puede romper el tracto, pero sí tiene la potestad de reconstruirlo fuera del registro (por ejemplo: admite el embargo aun cuando

365 Un ejemplo de esta aplicación tosca e inflexible del tracto sucesivo, lo constituye la Directiva N° 02-2012-SUNARP/SA, de 30.01.2012 (aprobada por Resolución N° 029-2009-SUNARP/SA), por la cual se pretende “reglamentar” el art. 2011 CC, en cuanto a las aclaraciones que el registrador puede solicitar al juez en ejercicio de la calificación. La citada directiva incurre en mayúsculos errores cuando desnaturaliza la legislación sustantiva, en tanto busca “convalidar” la reiterada superposición de la función registral en relación con la potestad jurisdiccional, pues por la vía de la “aclaración” se pretende exigir explicaciones a las sentencias de los jueces. Así, se dice que el registrador está “facultado” para impedir la inscripción cuando él considere que “existan obstáculos que surjan del registro”, lo que alude al tracto sucesivo. Sin embargo, esta disposición normativa olvida que el tracto no es requisito de todas las inscripciones (usucapión), ni opera para todas las sentencias (fuerza expansiva de la cosa juzgada), y olvida que el juez declara derechos, y no protege meras apariencias formales, como el registro. Por lo demás, resulta inaudito que el registro se reserve una potestad que nadie le ha dado, consistente en “solicitar” a la Corte Suprema que convoque un Pleno Civil, a fin de unificar la jurisprudencia. Un claro ejemplo de absoluta desubicación en el esquema del Estado Constitucional de Derecho.

el deudor no sea el titular inscrito, pues en el proceso se comprueba que sí es el propietario real), o incluso en el proceso penal puede afectar bienes de sociedades que están vinculadas con los imputados o son empresas de fecha, meramente ficticias³⁶⁶. Esta verificación, obviamente, le corresponde al juez, y el registrador nada puede oponer.

Otro caso frecuente de exagerado respeto por el tracto sucesivo se produce cuando los registradores deniegan la inscripción de los embargos, especialmente si el deudor del proceso ejecutivo no es el propietario registral del bien, para lo cual se aduce principalmente la violación del tracto sucesivo (art. 2015 CC), concordante con el art. 656 CPC que exige que la medida “resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito”³⁶⁷. En realidad, ambas normas están dirigidas exclusivamente para el juez, quien debe controlar la titularidad del deudor para evitar los abusos del acreedor o el perjuicio a terceros; no obstante, los registradores se han atribuido la competencia de evaluar la “compatibilidad con el título inscrito”, lo que en realidad no les corresponde por falta de potestad para evaluar la legalidad de los actos judiciales³⁶⁸. Empero, el actual art. 650 CPC, modificado por el D.L.

366 Álvarez Caperochipi, J. (2006). 158-161.

367 Las posiciones extremas se pronuncian de la siguiente forma: “En esta situación, el titular registral de la finca inscribió su derecho sin que del contenido del registro resultara, al tiempo de su inscripción, la existencia de carga alguna que afectara al derecho adquirido, y por tanto, depositando su confianza en una apariencia registral de libertad de cargas, confianza que es necesario proteger. Tal protección se concreta, en primer lugar, en la presunción resultante del principio de legitimación, de que el derecho inscrito existe, y pertenece al titular registral, con la extensión y contenido que resultaba del registro al tiempo de la presentación del título, esto es, libre de cargas y, en segundo lugar y a partir de tal presunción, en la imposibilidad, impuesta por el principio de tracto sucesivo, de que se altere el contenido de la titularidad inscrita sin consentimiento del titular registral, o, tratándose de alteraciones que vengan impuestas por la autoridad, sin justificar que el procedimiento en que se acordaran se entendió con él”: Arnáiz Ramos, R. (2002), p. 75. Nótese que esta opinión es excesivamente dogmática y formalista, pues se centra en la idea de que las posiciones registrales son invulnerables y el juez es un mero guardián o servidor del registro, no de la justicia, por lo que el tracto sucesivo “imposibilita” afectar al propietario inscrito. En realidad, tal postura es incorrecta pues el juez de la ejecución, así como puede embargar con mínima cognición, también puede recomponer o desconocer el tracto, pero igual queda sometido a lo que se resuelva en definitiva dentro de un proceso declarativo de certeza.

368 La Corte Suprema ya estableció que los registradores no pueden calificar el contenido de las resoluciones judiciales cuando derogó una norma reglamentaria registral por medio

1069, ha dejado sin base las observaciones registrales, pues en forma expre-

de la sentencia recaída en el expediente A.P. Exp. N° 2145-2003, de 11/6/2004 y publicada el 12/2/2005:

“Lima, once de junio de dos mil cuatro.

VISTOS; de conformidad con el dictamen fiscal; por los fundamentos de la apelada; y CONSIDERANDO Además: Primero: Que, don Andrés Ángel Montoya Mendoza ha interpuesto acción popular solicitando se declare la inconstitucionalidad e ilegalidad y la consecuente inaplicabilidad del último párrafo del artículo treinta y dos del Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número ciento noventa y cinco-dos mil uno-SUNARP/SN, sustentado en que dicha disposición infringe el numeral dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo dos mil once del Código Civil al otorgarse al registrador público facultades de calificación de un mandato judicial en cuanto a su contenido con el consiguiente retardo de la ejecución de las resoluciones judiciales; Segundo: Que el último párrafo del artículo treinta y dos del Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución número ciento noventa y cinco-dos mil uno-SUNARP/SN del diecinueve de julio de dos mil uno establece que “En los casos de resoluciones judiciales que ordenen una inscripción, la calificación se efectuará con respecto a su adecuación con los antecedentes del Registro, la formalidad que debe revestir, la competencia de la autoridad judicial correspondiente, salvo los casos de competencia prorrogable, y la naturaleza inscribible del respectivo acto o derecho. Asimismo, el registrador podrá exigir el cumplimiento de la inscripción de actos previos que resulten indispensables para que se registre la resolución judicial”; Tercero: Que dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional contenidos en el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, los incisos segundo y tercero hacen referencia tanto a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional como a la tutela jurisdiccional efectiva respectivamente; Cuarto: Que el último párrafo del referido artículo treinta y dos constituye una flagrante afectación a ambos principios, en tanto se concede a un funcionario administrativo la posibilidad de exigir a la autoridad jurisdiccional el cumplimiento de determinados “actos previos” para la inscripción de una resolución judicial, condicionando el cumplimiento de una resolución judicial a la posibilidad de que el registrador exija determinados requisitos o actos previos, transgrediendo la garantía del referido artículo ciento treinta y nueve inciso segundo de la Constitución y retardando la ejecución de una resolución judicial cuando dicha resolución cuya inscripción se pretende es el resultado de un proceso jurisdiccional sujeto al control del juzgador respecto de las partes procesales, de la constitucionalidad y legalidad del procedimiento en sí mismo, como del resultado de aquel; por otro lado, y como correlato de lo expuesto, también implica la afectación de la garantía contenida en el artículo ciento treinta y nueve inciso tercero en tanto que el derecho a la tutela jurisdiccional no se agota con el otorgamiento de los derechos de acción y contradicción sino que además forma parte del mismo el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho, esto es, motivada, así como el derecho a que la resolución recaída en el proceso correspondiente sea ejecutada en sus propios términos sin que sea objeto de modificación o interpretación de ningún tipo; Quinto: Que en ese sentido dentro de la estructura del Estado, el Poder Judicial constituye uno de los pilares del estado de derecho que la Constitución diseña, por lo que en modo alguno puede estar supeditado a las “exigencias” de una autoridad

sa autoriza que el juez pueda ordenar el embargo, aunque el deudor no sea el titular inscrito, lo que obviamente implica que el registrador ya no puede asumir que tal discrepancia sea un “defecto”, máxime cuando el juez de la ejecución tiene amplias potestades para ordenar y reordenar la titularidad formal del predio, pues la norma indica que “la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral”, lo cual puede realizarlo el propio órgano judicial luego de una incidencia dentro del proceso³⁶⁹. Por tanto, los registradores deben entender que ellos viven en un mundo exclusivamente formal (“registro”), y que este puede ser contradicho por el mundo real -y, de hecho, lo es con mucha frecuencia-; por el contrario, el juez tiene acceso a la realidad de los derechos comprobados a través de la dialéctica procesal, por lo que la incompatibilidad con el requisito dogmático del tracto sucesivo no puede dogmatizarse hasta convertirlo en sacrosanto.

administrativa, pues lo contrario significaría distorsionar las garantías previstas en la Constitución y en vía reglamentaria imponer un criterio a la autoridad jurisdiccional afectando el ordenamiento legal vigente; razones por las cuales CONFIRMARON la resolución apelada de fojas setenta y uno, su fecha veintiocho de marzo del dos mil tres que declara FUNDADA la demanda de fojas seis sobre acción popular y en consecuencia inaplicable por infracción a la Constitución Política del Estado el último párrafo del artículo treinta y dos del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos número ciento noventa y cinco-dos mil uno-SUNARP-SN; con lo demás que contiene; en los seguidos por don Andrés Ángel Montoya Mendoza contra la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos sobre Acción Popular; MANDARON que la presente resolución se publique en el Diario Oficial El Peruano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veinte de la Ley veinticuatro mil novecientos sesenta y ocho; y los devolvieron. SS. VÁSQUEZ CORTEZ; WALDE JÁUREGUI; LOZA ZEA; MIRAVAL FLORES; ROCA VARGAS”.

369 “En primer lugar, el juez puede ordenar una inscripción o anotación reconstruyendo el tracto. La disponibilidad de los títulos intermedios necesarios para conservar o reanudar el tracto no siempre es inmediata, fácil o posible, por ello el juez, aun en el propio proceso de ejecución, puede exigir la presentación de los títulos de quien los detente o solicitar la certificación de los registros públicos o de los protocolos notariales, en orden a la inscripción o reanudación del tracto perdido, o para hacer efectiva la anotación preventiva de demanda o el embargo. Si los títulos necesarios no pueden ser hallados, pero le constan al juez, puede también, aun dentro del propio proceso ejecutivo, ordenar la suplicencia de los títulos y, en consecuencia, ordenar la inscripción o anotación efectiva del derecho a nombre del demandante o demandado que no es titular registral, siempre que ofrezca una justificación coherente de la reanudación del tracto, de la suplicencia judicial de los títulos o de la relación subyacente”: Álvarez Caperochipi, J. (2012), pp. 403-404.

En suma, el tracto sucesivo no es un principio general del derecho, sino una regla técnica de ordenación, que justificadamente puede quedar derogada para el caso concreto por obra del juez (por ejemplo: levantamiento del velo, simulación, fraude, delitos económicos, lavado de activos, estas, desbaratamiento de la apariencia registral, títulos no inscritos, etc.), en virtud de los derechos sustanciales contrapuestos (propiedad, nulidad de actos, abuso del derecho, etc.), o por recomposición civil de la cadena de titularidades (art. 3 Ley 26366).

5.5.4. Exclusiones y excepciones

Es necesario distinguir entre la “exclusión” y “excepción”. La primera ocurre cuando un hecho no se encuentra subsumido en la hipótesis de una regla general, mientras la segunda se presenta cuando el hecho se encuentra previsto en la hipótesis general, pero una regla especial produce alguna excepción. Por ejemplo, la norma general señala que la transferencia de bienes inmuebles está gravada con el impuesto de alcabala, por lo que la adquisición por prescripción adquisitiva, que no es transferencia, está excluida de la norma general; en cambio, la partición de copropietarios originarios, que sí es una transferencia, solo puede quedar fuera de la imposición fiscal por virtud de una norma de excepción que deroga la regla general para ese caso específico.

Pues bien, existen casos en los que el tracto está simplemente excluido, en tanto esta figura presupone la necesidad de transmisiones derivativas, lo que no ocurre en los modos originarios de adquisición, como la usucapión. Por tanto, aquí, como en otros casos, el juez puede prescindir del tracto registral, pues en el proceso contencioso se discute ampliamente el conflicto de forma dialéctica, bajo los principios de igualdad, bilateralidad, contradicción y pluralidad de instancia. Otro caso de exclusión es la primera inscripción o matriculación, cuya falta de antecedente registral hace que no pueda aplicarse el principio formal de tracto sucesivo³⁷⁰.

Por el contrario, una excepción legal al tracto sucesivo -es decir, un hecho, en principio, subsumido en la regla general, pero apartado por la regla

370 Conforme: De Reina, G. (2009), p. 161.

especial- ocurre en el ámbito de la regularización o saneamiento de bienes estatales, en los que la entidad pública puede inscribir bienes a su favor mediante un breve procedimiento, con casi nulas garantías, que prácticamente se basa en la voluntad estatal de considerarse propietario, con lo que se derogan incluso los derechos previamente inscritos, por lo cual hay ausencia de enlace causal. No obstante, la titularidad registral adquirida de esta forma por el Estado no puede oponerse a cualquier título jurídico formal, que tendría prevalencia, pues en realidad la entidad pública carece de título, y simplemente ha impuesto su voluntad privilegiada.

5.5.5. Tracto abreviado

El tracto abreviado constituye una flexibilización del tracto sucesivo, pero no una excepción, bajo la premisa que el orden de las inscripciones es rota por virtud de un acto que lo presupone, aunque no se materializa en una inscripción. Es el caso, por ejemplo, del viejo art. 18, 2 RI. De 1936: *“No será necesario la previa inscripción de la traslación de dominio a favor de los herederos del deudor que ha fallecido, para inscribir la venta judicial del inmueble subastado en la ejecución seguida para el pago de un crédito garantizado con hipoteca inscrita en el Registro sobre dicho inmueble, siempre que en el juicio hayan sido citados los herederos testamentarios o los declarados judicialmente o en su defecto un defensor de la herencia”*. Esta norma no pasó al RIRP, pero de presentarse casos similares la solución debería ser la misma, pues el emplazamiento judicial a la sucesión o el apersonamiento del ahora llamado “curador procesal” constituyen actos con mérito para entender cumplido el tracto (abreviado). Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido acertadamente algunos casos de tracto abreviado, como ocurrió en la RTR N° 042-2000-ORLC/TR de 18.02.2000³⁷¹,

371 “... Que, el título venido en grado contiene la Escritura Pública de adjudicación en remate de 06 de febrero de 1986 otorgada ante Notario de Lima Dr. Enrique Costa Sáenz, por el Juez del Décimo Juzgado en lo Civil de Lima Dr. Ángel Henry Romero Díaz, a favor de Compañía Comercial Los Castaños S.A., en rebeldía de don Víctor Salinas Ortega, respecto al inmueble constituido por el lote 7 de la Parcela C del lote 43 inscrita en la ficha matriz 103007, inmueble que ha sido independizado en la ficha 368337 del Registro de Propiedad Inmueble, como resultado del proceso seguido por doña Teresa Sakay Honma contra don Víctor Salinas Ortega sobre rescisión de contrato e indemnización; (...) Que, en este orden de ideas, se advierte que como consecuencia de la nulidad del dominio de don Carlos Enrique Salinas Ortega registrado en la ficha N° 368337, la propiedad del lote 7 del lote 43 de la Parcela C habría revertido a favor de don Henry Coquis Ginocchio y doña Beatriz

Oneto Villalobos; (...) Que, en relación a lo concluido en el acápite precedente, que a su vez constituye el extremo de la observación formulada por el Registrador a cargo de la calificación en primera instancia del título alzado, procede analizar si en los instrumentos contenidos en este título, así como de los que conforman los antecedentes y precedentes registrales, se encuentren elementos que enerven la presunción de exactitud de la que está investido el derecho inscrito a favor de Henry Coquis Ginocchio y esposa; Que, sobre la materia indicada, esta instancia ha emitido reiterada y uniforme jurisprudencia, como la Resolución N° V008-99-ORLC/TR del 29 de octubre de 1999, Resolución N° 259-98-ORLC/TR del 30 de julio de 1998, Resolución N° 048-99-ORLC/TR del 22 de febrero de 1999 y Resolución N° 031-2000-ORLC/TR del 09 de febrero del 2000 en las que se expresa que cuando el órgano jurisdiccional ha emitido pronunciamiento respecto a determinada materia controvertida, como en el presente caso, la titularidad del dominio del predio sub-examine, desestimado a su vez, los derechos que pudieron haber sido alegados por los titulares durante la secuela del proceso, este pronunciamiento, así como la interpretación judicial que la sustenta, no pueden ser cuestionadas, directa o indirectamente en sede registral, correspondiendo en todo caso a la parte que se considere perjudicada, hacer valer su derecho ante el órgano jurisdiccional competente; Que, en este sentido, de la parte considerativa de la sentencia del 10 de agosto de 1989 citada en el octavo considerando que antecede se desprende que el inmueble sub-materia "fue transferido por don Henry Coquis Ginocchio a favor de don Víctor Salinas Ortega con fecha 30 de setiembre de 1975 según consta del contrato privado obrante a fojas 4 del acompañado sobre Tercería Excluyente de Dominio que se tiene a la vista"; asimismo, en relación a la transferencia de derechos y acciones celebrada por don Henry Coquis Ginocchio y esposa a favor de Carlos Enrique Salinas Ortega por escritura pública del 17 de setiembre de 1983, expresa el juzgador que "resulta obvio que don Henry Coquis Ginocchio y esposa no tenían la propiedad del referido lote de terreno y, por tanto, al carecer de título, no se encontraban facultados para realizar la citada compra venta"; y que "a mayor abundamiento con fecha 30 de setiembre de 1975 los mismos habían enajenado el mencionado predio a favor de Víctor Salinas Ortega", de todo lo cual se desprende que en sede judicial ha quedado acreditada la transferencia de dominio efectuada por Henry Coquis Ginocchio y esposa a favor de Víctor Salinas Ortega, y en consecuencia, enervado el derecho de propiedad de los citados titulares registrales; Que, en este orden de ideas, con fecha 18 de abril de 1978, en cumplimiento de lo ordenado por el señor Juez del Décimo Juzgado Civil de Lima, mediante resolución del 10 de marzo del mismo año, se trabó embargo preventivo en forma de inscripción sobre el inmueble sub-materia, medida que sin embargo no tuvo acceso al Registro por cuanto la aludida transferencia de propiedad a favor de Víctor Salinas Ortega no había sido formalizada ni inscrita en el Registro de Propiedad Inmueble; Que, no obstante ello, conforme consta del Acta de Remate del 16 de agosto de 1979 inserta en el título alzado, se procedió –de conformidad con lo ordenado en la resolución del 25 de julio de 1979- a rematar el inmueble embargado, otorgándose la buena pro a Felipe Rivero Rodríguez, en representación de Los Castaños S.A.; Que, consta asimismo como inserto del título materia de apelación, la Ejecutoria Suprema del 20 de enero de 1981, en el cual se resolvió la oposición formulada por Víctor Salinas Ortega por la cual invocaba que el bien rematado era propiedad de su hermano don Carlos Enrique Salinas Ortega, declarándose nulo el auto que amparó la oposición precitada, y dictándose posteriormente

y, N° 031-2000-ORLC/TR de 09.02.2000³⁷².

la Resolución del 09 de marzo de 1981 en lo que se dispuso se otorgue de oficio la escritura pública en rebeldía de los demandados; Que, en consecuencia, habiendo quedado acreditado en sede judicial que el dominio sobre el predio sub-materia fue transferido por Henry Coquis Ginocchio y esposa a favor de Víctor Salinas Ortega, siendo adquirido vía remate por la recurrente conforme consta de las instrumentales que obran en el título alzado, queda subsanado el tracto sucesivo requerido por el artículo 2015 del Código Civil, criterio que ha quedado plasmado en la Resolución N° 031-2000-ORLC/TR del 09 de febrero del 2000 en la que señala la existencia de una distinción sustantiva respecto a la calificación registral de este requisito atendiendo a la naturaleza del instrumento otorgado, toda vez que si bien tratándose de instrumentos notariales celebrados entre particulares se requiere que entre los asientos que se extiendan en cada partida exista un perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, tratándose de títulos emanados de sede judicial, resulta relevante verificar si el derecho inscrito del titular registral, es decir, la presunción de exactitud con que está investido su derecho, ha sido enervado en la secuela del proceso, a fin de surtir efectos inscriptorios". Los hechos podemos resumirlos de la siguiente manera:

Dentro de un proceso de obligación de dar suma de dinero, se ordena el embargo en forma de inscripción sobre un inmueble de un titular no-inscrito ("B").

El titular registral ("A") insta una tercería de propiedad, la misma que es declarada infundada por haberse acreditado que este vendió el inmueble a favor de "B" a través de un documento privado.

El embargo da lugar a la ejecución forzada del inmueble y el nuevo propietario ("C") solicita la inscripción.

El nuevo dueño "C" se encuentra con el obstáculo consistente en que "B" no inscribió. Por eso, en primera instancia registral se deniega la inscripción arguyendo la *"falta de inscripción previa del derecho de "B"*.

El Tribunal Registral revoca la denegatoria, pues en el proceso que adjudicó el inmueble a "C" ya se había acreditado el tracto correspondiente a la venta de "B", a quien se le rechazó una tercería de propiedad.

372 "... Que, mediante el presente recurso se solicita la inscripción de la compra venta que otorga la Dra. Elcira Brígida Clemente Cáceres, en calidad de Juez del Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima en rebeldía de Nicolás Demetrio Yacolino y su cónyuge Flora Alicia Demetrio Francovich a favor de doña Elsa Yvanor Nicolich según consta de la escritura pública de fecha 13 de agosto de 1999 extendida ante Notario de Lima Mario César Romero Valdiviezo sobre el inmueble denominado lote 4 de la manzana D de la Urbanización Fortis del Distrito de La Victoria inscrito en la ficha N° 120657 (continuación en la partida electrónica N° 43243802 del registro de Propiedad de Lima); Que, al revisar la partida registral se constata que en el asiento 1-c) de la ficha N° 120657 se encuentra inscrito el dominio a favor de la sociedad conyugal formada por Emeterio Huamanyauri Palomino y Hortencia Vásquez Julián, quienes adquieren el derecho de propiedad en mérito a la venta celebrada con la Inmobiliaria Fortis S.A. según consta de la escritura pública de fecha 8 de julio de 1974; (...) Que, en este sentido, la compradora demandó no solo a sus inmediatos transferentes Nicolás Demetrio Yacolino y su cónyuge Flora Alicia Demetrio Francovich, sino también a los anteriores propietarios y sucesivos transferentes,

En conclusión, el tracto abreviado, como mecanismo de flexibilización para el logro de inscripciones sin menoscabo de la seguridad, es admitido, no por los reglamentos registrales, pero eventualmente sí por la jurisprudencia.

Víctor Ogosí Mallco y su esposa Luisa Mejía Ramos, Alonso Miguel Ivanoff así como a Emeterio Huamanyauri Palomino y su cónyuge Hortencia Vásquez Julián (siendo éstos últimos los titulares registrales conforme consta el asiento 1-c de la ficha 120657), sustentándose entre otros dispositivos, en los arts. 504 y 505 del Código Procesal Civil referidos a los procesos de prescripción adquisitiva de dominio y títulos supletorios, de lo cual se colige que no obstante la pretensión principal fue la del otorgamiento de escritura pública de los vendedores, la inclusión de los demás transferentes (entre los que se encuentran los titulares registrales), denotaba la intención –como en efecto ocurrió– de acreditar la cadena ininterrumpida de transferencias hasta la venta a favor de la apelante, advirtiéndose sin embargo de que en la resolución de fecha 12 de mayo de 1995, en aplicación de la regla *iura novit curia*, el Juzgado consideró que el proceso debía entenderse como uno de otorgamiento de escritura pública, resolviéndose no obstante ello, correr traslado de la demandada no sólo de los demandados sino también de los co-demandados; Que, en este sentido, durante la secuela del proceso, como aparece del octavo considerando de la sentencia de 25 de noviembre de 1996, se merituaron los instrumentos conteniendo las sucesivas transferencias de dominio del inmueble sub-materia, señalándose “que de los considerandos precedentes y documentos acompañados como anexos de la demanda queda establecido las transferencias que han sucedido respecto del inmueble materia del otorgamiento de escritura pública hasta llegar a ser propiedad de la accionante doña Elsa Ivanor Nicolich tanto más si dichos documentos no han sido tachados ni impugnados de modo alguno por parte de los demandados”; (...) Que, es de advertir que tal como se indica en la sentencia, ha quedado comprobada la transferencia que efectuó Emeterio Huamanyauri Palomino y su cónyuge Hortencia Vásquez Julián a favor de Alonso Miguel Ivanoff; de éste a favor de Víctor Ogosí Mallco y su esposa Luisa Mejía Ramos y de éstos últimos a favor de la sociedad conyugal formada por Nicolás Demetrio Yacolino y Flora Alicia Demetrio Francovich, quienes finalmente celebraron contrato de compra venta a favor de la demandante, Elsa Yvanor Nicolich; (...) Que, el registrador público observó el título por cuanto, previamente debería inscribirse el dominio a favor de los vendedores, en mérito al principio de tracto sucesivo, por cuanto, la sentencia recaída sobre el proceso de otorgamiento de escritura pública desestimó la demanda con respecto a los mencionados titulares registrales; Que, sin embargo, no se requiere en el presente caso, solicitar que previamente se registre el dominio a favor de los vendedores, por cuanto, ha quedado establecido en sede judicial que efectivamente existe una continuidad en la cadena de transferencias celebradas, quedando así subsanado el tracto sucesivo en mérito del tenor de los actuados judiciales insertos en la escritura pública presentada...”.

El esquema del presente caso es similar del anterior: A es propietario registral, quien vende a B, y este a C. Finalmente, C inicia un proceso de otorgamiento de escritura pública en donde se cita a B y A, señalándose en sede judicial que se encuentra acreditada la cadena de transmisiones, por lo cual se inscribe el derecho de C. Ya no es necesario un título específico de B.

5.6. El llamado principio de impenetrabilidad

El art. 2017 CC contiene el llamado principio de prioridad excluyente o impenetrabilidad: “No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior”. La Exposición de Motivos dice escuetamente: “Este artículo acoge el principio de prioridad excluyente, el cual tiene efectos respecto de títulos que son incompatibles con otros ya inscritos y que no permiten su inscripción sin importar las fechas en que estos títulos fueron producidos. De este modo se produce el cierre registral. Un título que pretende inscribirse, si es incompatible con otro ya inscrito simplemente no podrá inscribirse”³⁷³.

El supuesto típico del llamado “principio de impenetrabilidad” se produce en la figura de la doble venta, esto es, cuando un vendedor realiza dos actos dispositivo sobre el mismo inmueble en favor de dos personas distintas. En ese caso, la incompatibilidad de derechos hace que el ordenamiento jurídico prefiera a solo uno de ellos, mientras que el comprador rezagado verá que su ulterior petición de inscripción es rechazada por falta de compatibilidad con el último eslabón en la cadena de transmisiones, pues el vendedor ya no es propietario del inmueble. ¿No estamos, acaso, en un tema propio del tracto sucesivo? Recordemos que este principio produce un doble efecto: el primero, de índole positivo, permite que el titular registral pueda disponer voluntariamente del derecho atribuido o, en todo caso, ser forzado por la autoridad judicial siempre que haya sido parte en el proceso. Por tanto, cumplido los requisitos de identidad del sujeto y del derecho transmitido, procede extender la nueva inscripción que se encadena lógicamente y coherentemente con el asiento previo. El segundo efecto, de índole negativo, permite rechazar la inscripción de todo acto dispositivo que no emane o derive del titular inscrito³⁷⁴. Así se dice que: “Cuando se presenta un título al registro otorgado por persona distinta a la que tiene inscrita el derecho (distinta de quien figura registralmente con poder de disposición) se produce el cierre registral y la imposibilidad de inscribir”³⁷⁵. Se aprecia claramente que el llamado principio de impenetrabilidad carece de sustantividad propia,

373 Comisión Revisora Código Civil (1990), p. 17.

374 Roca Sastre, R. (1954), T. I, p. 799.

375 Álvarez Caperochipi, J. (2012), pp. 104-105.

pues resulta el efecto negativo del tracto sucesivo. No debe olvidarse, entonces, que la impenetrabilidad del artículo 2017 del Código Civil es un nombre distinto al del “cierre registral”, que se produce por falta de tracto sucesivo cuando no existe identidad de sujeto y/o de derecho con respecto al asiento previo. Por tanto, este tema se ubica dentro del ámbito del tracto sucesivo: “Basta que no se incorpore al registro una transmisión de la propiedad para que pierda el tracto y se produzca el cierre registral”³⁷⁶.

Un sector doctrinal ha ideado el término “principios apócrifos” para referirse a las reglas técnicas impuestas por el uso, la tradición o por una inexacta traducción o recepción del derecho extranjero, lo que trae como consecuencia simples vaguedades sin concreción, o “ideas comunes” sin sustento en el derecho positivo, que se pretenden hacer pasar como principios, como ocurre con el de impenetrabilidad³⁷⁷, pues simplemente revela un aspecto o enfoque parcial del tracto sucesivo, por lo que carece de individualidad propia³⁷⁸. Sin embargo, el asunto no está exento de debate³⁷⁹,

376 Ibid., p. 105.

377 Pau, A. (1997), p. 203.

378 Ibid., p. 222.

379 No toda la doctrina es coincidente con este criterio: “Así, hay autores que entienden que, aunque el artículo 17 LH se suprimiera el resultado sería el mismo con solo aplicar el artículo 20 de la Ley, pues en el supuesto de aquel precepto, sucede siempre que transfiere o grava persona distinta de la que figura en el Registro como titular, y entonces se deniega la inscripción, tanto si el título es de fecha anterior como posterior, citándose en tal caso el artículo 20, el cual no distingue respecto de fechas. Esto supone un desconocimiento de lo que significa el artículo 17 LH. El artículo 20 es un precepto en el que se manifiesta el principio de tracto sucesivo, que es uno de los requisitos de la inscripción. Y el artículo 17 LH, por el contrario, es uno de los preceptos derivados del principio de prioridad, que es uno de los efectos fundamentales de la inscripción (...) Aunque exista el artículo 20 LH, el artículo 17 LH es imprescindible, sencillamente porque el artículo 17 se refiere a los títulos de igual o anterior fecha al que está inscrito, anotado o presentado en el Registro, y en cambio, el artículo 20 LH se refiere a los títulos otorgados por persona distinta del titular registral, es decir, por persona que no tiene ya facultad legitimadora dispositiva, desde el punto de vista registral (...) Si sólo existiera el artículo 20 cabría dudar del alcance de este precepto respecto a esos títulos de fecha anterior, pues no faltaría quien interpretase que el precepto se refiere sólo a los títulos de fecha posterior...”: García García, J. (1993), T II, p. 578. Sin embargo, esta postura no puede compartirse por lo siguiente:

El principio de tracto sucesivo no sufre limitaciones porque los títulos hayan sido otorgados antes o después del título inscrito no compatible; simplemente se aplica en forma negativa -esto es, rechazando la inscripción- cuando falta coincidencia entre el titular

aunque, en nuestra opinión, la impenetrabilidad o cierre registral es un principio apócrifo, en tanto no es más que el efecto negativo producido por la aplicación del tracto sucesivo.

6. EFECTOS SUSTANCIALES DEL REGISTRO

6.1. Eficacia, en particular

La publicidad registral es un concepto unitario, pero que responde a diversas funciones, incluso superadora de los derechos reales³⁸⁰. Por tanto, cada ordenamiento jurídico delinea su propio sistema en relación con los efectos que produce la publicidad en bienes, personas o actos. En nuestro caso, el análisis se basa en el ordenamiento peruano, y trata de responder a la pregunta: ¿para qué sirve el registro?, el cual, normalmente se responde en forma genérica con alusión a “la seguridad jurídica”, pero ello no es suficiente para comprender la función del registro en orden a la certeza y protección de los derechos subjetivos. En efecto, la seguridad jurídica es un principio general, que, por tal motivo, puede significar muchas cosas diferentes, por lo que se requieren precisiones y especificaciones.

registral y el transmitente que aparece en el título rogado, siendo una cuestión irrelevante si dicho título fue otorgado antes o después. La falta oportuna de presentación de este título determina que otro titular se pueda adelantar, y, en ese caso, el título rezagado deja de cumplir el tracto. Las fechas del documento salen sobrando porque, precisamente, el derecho registral propugna la preferencia en virtud de la fecha de publicidad, no por la de los documentos.

Si el principio de impenetrabilidad permitiese solamente “evitar dudas” en cuanto a la aplicación del tracto sucesivo respecto de los títulos de fecha anterior, entonces, ello sería la mejor prueba de que se trata de un principio apócrifo, pues una función aclaratoria no puede otorgar sustantividad propia.

Se afirma que la más importante distinción se encuentra en que el tracto sucesivo es un requisito de la inscripción, mientras la impenetrabilidad es un efecto. Sobre ello, debe manifestarse que se trata de un argumento circular, pues es necesario demostrar primero que la impenetrabilidad es un efecto propio de la inscripción, y no derivado del tracto sucesivo o de otro principio registral (como el de legitimación). Aquí se afirma que “*la impenetrabilidad es un efecto*”, por ello “*es distinto al tracto*”, en realidad, la impenetrabilidad es un efecto, pero derivado de la aplicación del tracto.

380 Liotta, G. (2010), <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-33/1077-el-registro-de-la-propiedad-en-italia-0-6257877486066779> (consulta: 18.08.2021).

En tal sentido, la importancia del registro reside en su eficacia sustancial, es decir, en los efectos que produce en las relaciones o situaciones jurídico-privadas, fundamentalmente en orden a convertirse en título de legitimación, título de oponibilidad, título protector y título ordenador, por lo que, el acto de inscripción participa de manera decisiva en la dinámica de transmisión y adquisición de derechos patrimoniales. Por tanto, la función del registro no se circunscribe a generalidades o fórmulas comunes, sino a fines particulares y útiles, que pueden sintetizarse en tres frases: “el registro es certeza”, “el registro es dirimencia”, “el registro es garantía”, “el registro es protector” y “el registro es jerarquía”. Enseguida hablaremos de ello.

6.2. Principio de legitimación: título inscrito como certeza presentada

El estudio de cada principio registral sustantivo, también el de legitimación, se divide en una parte dogmática, y, otra, normativa. La razón de ello es pedagógica, pues el lector podrá identificar de primera mano la sección que sea de su directo interés, sea el fundamento teórico o, por el contrario, el examen más concreto de las normas reguladoras y jurisprudencia que gira alrededor del instituto. Es cierto que la solución más recomendable pasa por revisar ambas perspectivas, pero, en todo caso, la cancha queda así perfectamente demarcada, de tal suerte que el usuario de la obra puede diferenciar los aspectos puramente normativos de los dogmáticos y hasta filosóficos.

6.2.1. Análisis dogmático

a) Origen histórico

La propiedad se adquiere normalmente por actos de transferencia, pero ello exige que el transmitente sea titular del derecho, pues, en caso contrario, nada puede transmitir. El principio romano *nemo plus iuris* es de una lógica implacable³⁸¹, en tanto la propiedad es un derecho individual cuyo titular es el único que puede decidir su transferencia. Lo contrario signifi-

381 “Para que la tradición permita adquirir el dominio civil es necesario que el *tradens* sea dueño de la cosa entregada, de modo que rige la regla de que ‘nadie puede transferir a otro más derecho que el tenido por él’ (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*)”: Guzmán Brito, A. (2013), T. I, p. 633.

caría convalidar la interferencia abusiva de los terceros sobre un derecho ajeno, pues el no-propietario no puede ceder aquello de lo que carece. Una regla de este tipo es tan obvia que los sistemas jurídicos actuales ni siquiera la contemplan de modo explícito, pues le otorgan carácter de valor sobreentendido.

No obstante, el Derecho germánico antiguo veía las cosas desde una perspectiva distinta, por la cual, el poder de facto adquirido de modo no-vicioso se constituía en la única forma de pertenencia. Lo importante no era contar con un título o causa válida de adquisición, sino con la posesión no-viciosa. El que recibía la cosa se reputaba titular de ella, aunque tuviese la obligación contractual de restituirla³⁸². La persona que se desposeía voluntariamente de la cosa (por ejemplo: arrendamiento, comodato) era defendido por acciones personales, pero no por la reivindicatoria. En buena cuenta, no se reconocía la disociación entre “propiedad” y “posesión”, salvo que el titular hubiese perdido la posesión contra su voluntad, como en el caso de las cosas robadas o perdidas, en cuyo caso se mantenía la acción reivindicatoria. En tal sentido, la *Gewere* germánica es el modelo histórico que sirve de base para edificar el concepto de propiedad formal o aparente, basado en la sola posesión, al margen de la titularidad precedente, pues se identifica el derecho con la apariencia del derecho. Esa apariencia genera legitimidad, que por lo menos significa presunción de titularidad. En cambio, la posesión romana era simplemente un hecho, por lo que era imposible concebirla como el aspecto exterior de las situaciones jurídicas³⁸³. La relevancia de lo externo hace posible ingresar a una cuestión que había pasado desapercibida a los juristas romanos, pues, de producirse la separación entre la propiedad y la posesión, entonces existe el riesgo de que ese

382 Sacco, R. & Caterina, R. (2000), p. 478.

383 “Así la *Gewere*, y más tarde la posesión que, en cuanto concebida como aparición exterior de una situación jurídica, constituyó un desarrollo natural de la primera, inviste al sujeto, a favor del cual se verifica la situación posesoria, de determinados poderes y acciones, los cuales, en ciertas circunstancias, pueden conducir, por exigencias de tutela de la buena fe, a la extinción del derecho en conflicto del cual la situación posesoria misma se ha formado. Se afirma, de tal modo, la posibilidad de una adquisición a non domino de las cosas muebles y de los derechos a ellos equiparados; y la comprobación de esa posibilidad induce a la doctrina a reconocer al poseedor *non dominus* la legitimación para disponer de las correlativas situaciones subjetivas”: Pavone, A. (1988), pp. 27-28.

poseedor enajene la cosa haciéndose pasar como un titular, con lo cual, el tercer adquirente puede ser engañado por la apariencia. Fácil es advertir el conflicto entre el "verdadero propietario" y el "tercero de buena fe". El Derecho romano tutela al primero, mientras el Derecho germánico lo hace con el segundo³⁸⁴.

La doctrina posesoria³⁸⁵, los títulos valores y el registro son instituciones destinadas a tutelar la apariencia jurídica, con lo que se facilita la prueba del dominio, a efecto de lograr una más fluida circulación de la riqueza³⁸⁶. Por ello, el poseedor se presume propietario, y lo mismo ocurre con el poseedor del título valor que se entenderá como verdadero acreedor; todo lo cual deriva al ámbito registral, en tanto el titular inscrito goza de una presunción de exactitud (legitimación). Igual sucede con el principio cambiario

384 Por la primera, se mantiene fidelidad a la reivindicación romanística, a la realidad perfecta de la acción, al reforzamiento del principio por el cual la propiedad pasa en virtud del consenso apoyado sobre la causa. La segunda comporta que la circulación de la posesión se vincula con la paralela circulación de la propiedad: Sacco, R. & Caterina, R. (2000), pp. 478-479.

385 La regla de origen germánico tuvo acogida en la Francia septentrional, y luego fue incorporada por el Código Civil francés a través de la siguiente máxima: "en materia de muebles, la posesión vale título" (art. 2279); Galgano, F. (2000), p. 99. Cabe acotar que la regla francesa lleva al mismo fin, proteger a los poseedores de buena fe de las cosas muebles, pero ese objetivo se logra con otro medio, pues considera que la posesión es título. El sistema francés inserta esta regla en un sistema aparentemente romano, haciendo lugar a una adquisición a non domino. Los Códigos Civiles italianos de 1865 y de 1942, así como el español de 1889, acogen la figura o variantes de la misma, como el sistema jurídico peruano que optó por una solución menos rígida: la posesión es presunción de propiedad. Por su parte, en el ámbito inmobiliario germano, opera el mismo fenómeno, esto es, "la sustitución de la fuerza legitimadora de la gewere por la fuerza legitimadora de la inscripción en el registro de la propiedad": Hedemann, J. (1931), p. 52. Esta es la base teórica en la que se asienta el propio registro y el principio de legitimación.

386 "La sucesión histórica de los principios en discurso -principio de la abstracción cartular y principio la posesión vale título- se reproduce en los mismos términos diacrónicos en su extensión a los títulos cambiarios. En efecto, el segundo de esos principios es recibido en materia cambiaria cuando el primero ya estaba generalmente reconocido y afirmado. La regla sobre la adquisición a non domino elaborada primero con relación a los bienes muebles y a los títulos al portador, solo más tarde es extendida con muchas incertidumbres y hesitaciones a los títulos cambiarios. El principio aparece por primera vez en algunas ordenanzas cambiarias alemanas de la primera mitad del siglo XIX, y es acogido en la Ordenanza cambiaria uniforme, aprobada en la conferencia de Lipsia de 1847, de la cual pasó luego a las leyes cambiarias más recientes: Pavone, A. (1982), p. 28.

de literalidad, por cuya virtud, el contenido del derecho se expresa en el título, mientras que el registro (también, finalmente, un título) da a conocer el contenido del derecho³⁸⁷. En efecto, la doctrina de los títulos valores define el principio de literalidad como: "el contenido y las modalidades de la obligación cambiaria exclusivamente determinados por el tenor del documento"³⁸⁸, lo que prácticamente coincide con la definición de la legitimación³⁸⁹. La analogía es evidente con el registro alemán constitutivo, en el que no hay otra verdad que las inscripciones. Finalmente, el principio de legitimación registral recibe su primera consagración legislativa en el Código Civil Alemán de 1896 (vigente desde 1900), a través del art. 891³⁹⁰, lo que ha sido replicado en algunos ordenamientos.

b) Definición y características

La primera función del registro es configurar un título que produzca certeza en el tráfico jurídico. Esta cuestión se vincula claramente con la legitimación, o de presunción de exactitud de las inscripciones, que implica la concordancia entre la realidad jurídica y el contenido de las inscripciones. El resultado es que, *prima facie*, el titular del derecho se corresponde con el titular de la inscripción, por lo que se constituye como una presunción, con incidencia normal en la carga de la prueba, por lo cual, el sujeto con derecho inscrito solo necesita fundarse en el registro, pero con el límite propio del efecto (mayor o menor) que producen las inscripciones según el esquema legal. La inscripción se convierte, así, en una especie de declaración sumaria

387 Méndez, F. (2008), p. 156.

388 Favone, A. (1988), p. 71.

389 Así, la doctrina alemana del siglo XIX dio lugar a la famosa Ordenanza Cambiaria de 1848 inspirada por Karl Emert. Dentro de esta corriente, el profesor Heinrich Brünner formulará su célebre definición del título valor, como "el documento de derecho privado, cuya realización está subordinada a la posesión del documento", que aún hoy es la dominante en Alemania: Hueck, A. & Canaris, C. (1988), p. 1.

La posesión del documento es requisito previo para hacer valer el derecho, y además su transmisión depende también de la transmisión en la posesión del título. Por consiguiente, los títulos valores están sometidos en gran parte a las reglas del Derecho de cosas y, en buena cuenta, se trata de documentos investidos de fe pública: Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. II-2º, V. 2, p. 901.

390 "Si se inscribe en el registro un derecho en favor de alguien, se presume que el derecho le pertenece... si un derecho inscrito se cancela en el registro, se presume que tal derecho no existe".

de propiedad o de cualquier otro derecho³⁹¹, pero presunta, pues la finalidad primaria del registro es la constitución de una prueba especialmente calificada o “título de legitimación”, o de certeza, que no es otra cosa que “un signo suficiente que habilita al sujeto, respecto de todos, como titular de los derechos reales en la forma que manifiesta el registro (aunque pueda no ser tal titular, o no tener los derechos el alcance que el registro manifiesta)”³⁹².

Esta presunción tiene, sin duda, importancia en el orden procesal (civil, penal o administrativo), pero, fundamentalmente en el extrajudicial. Los principales caracteres del principio de legitimación son los siguientes:

- a) Es una presunción *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario. La presunción de exactitud se refiere a la coincidencia entre el registro y la realidad jurídica, pero no a la validez de los actos jurídicos³⁹³; y quien niegue tal identidad, entonces deberá probarlo³⁹⁴.
- b) Es una presunción de derecho, en tanto la circunstancia de la inscripción hace reputar al titular como propietario o titular de un derecho, o de la cancelación del mismo, lo cual implica anudarle una consecuencia jurídica³⁹⁵.
- c) Es una presunción de derecho que funda una apariencia significativa, con el fin de tutelar la confianza de los terceros de buena fe, de ser el caso, según el ordenamiento interno de cada país.

El principio de legitimación facilita la actuación del titular registral en el tráfico jurídico, pero no es norma atributiva o protectora de derechos,

391 Álvarez Caperochipi, J. (1986), p. 53.

392 Peña, M. (1999), T. II, p. 527.

393 Es irrazonable que solo los actos inscritos se presuman válidos, que es un juicio favorable de legalidad respecto a la conformación del acto, y que la inscripción no potencia, ni a favor, ni en contra.

394 Así, lo ha entendido expresamente una sentencia de la Corte Suprema: “... No se incurre en interpretación errónea del principio de legitimación registral, cuando mediante el criterio de la publicidad del propio asiento, se le reconoce efectos jurídicos de oponibilidad y veracidad mientras no se modifique o invalide judicialmente, por tanto, éste y no otro, es el sentido correcto del principio. Es decir, se trata de proteger la apariencia generada por los actos de publicidad, aun cuando haya discrepancia entre las auténticas relaciones y las que hayan sido objeto de publicidad” (Casación N° 1783-96).

395 García García, J. (1988), T. I, p. 682.

pues la inscripción puede desmoronarse, entre otras causas, por nulidad, rectificación o modificación, lo que es concordante con su carácter de norma presuntiva³⁹⁶.

c) Función y Presupuestos

La legitimación es una presunción de exactitud *prima facie*, cuya función es simplificar la prueba de las situaciones jurídicas y facilitar la actuación práctica de los derechos subjetivos; por tanto, “evita(r) las dificultades y complicaciones que significaría la investigación de la realidad y validez de cada título de adquisición (...) la intervención del Estado ofrece los medios para crear un modo fácil y claro de conocer las situaciones (...), con la seguridad suficiente para la vida jurídica normal”³⁹⁷. Es decir, el registro se

396 “ofrece al titular inscrito un apoyo en todo género de litigios, ya sea en aquellos en que la propiedad juega algún papel, como en la reivindicación, en la indemnización de daños causados por actos ilícitos o de supresión de instalaciones molestas, en las acciones derivadas de las relaciones de vecindad, del derecho de caza, del derecho relativo a las aguas, fundadas en el enriquecimiento injusto, etc., ya sea tratándose de otro derecho real sobre inmuebles, como la superficie, una servidumbre, una hipoteca o un derecho de pastos inscrito, etc., sino porque la fuerza de legitimación opera más por el lado pasivo. La presunción fundada en la posesión opera solamente “a favor” del poseedor, mientras que la fundada en la inscripción opera también en contra suya. La importancia de esta diferencia es evidente: si el poseedor de una cosa mueble es demandado como supuesto propietario, por ejemplo, para que indemnice al propietario de otra cosa unida como accesoria a la suya el importe del enriquecimiento injusto (§ 951 en relación con § 947, 2º), no necesita aportar prueba alguna en el caso de que afirmase no ser propietario de la cosa principal de que se trata. En cambio, si el que aparece como propietario en la inscripción (y, por consiguiente, obligado) es demandado, por ejemplo, para que indemnice los daños causados por la caza o para que repare, si estuviesen en ruina, las obras e instalaciones que hagan posible el ejercicio de una servidumbre constituida sobre la finca del supuesto propietario (§ 835, 3º, § 1020), de nada le servirá la mera negación de su calidad de propietario, y será imprescindible su prueba. En relación con el § 891, deben ser mencionados también con los §§ 1138, 1155. De su referencia a la presunción del registro se deduce que el que aparezca como acreedor hipotecario en la inscripción de una hipoteca ordinaria, lo mismo que el poseedor de una cédula hipotecaria, cuyo derecho de crédito resulte de una serie no interrumpida de cesiones consignadas en instrumento público hasta llegar al acreedor inscrito, se hallan amparadas por la presunción, cuando se ejercite la acción hipotecaria, también respecto a la existencia de su derecho personal de crédito, o sea que pueden limitarse a aguardar la prueba de la no existencia del mismo”: Hedemann, J. (1931), pp. 283-284.

397 Cit. Morales Moreno, A. (1997), p. 18.

reputa fiable³⁹⁸, salvo prueba en contrario. Cabe señalar que la inscripción es una institución utilitaria, en cuanto sirve para facilitar la prueba de los derechos, pero no es un dogma de fe, como a veces se pretende sostener en forma exagerada³⁹⁹.

La inscripción registral constituye una prueba especialmente privilegiada (“título de propiedad”), por cuanto se basa en cuatro elementos muy importantes que la sustentan:

- a) Titulación pública (negocio jurídico acreditado de modo fehaciente)
- b) Calificación del registrador (examen técnico-formal sobre el cumplimiento de algunos requisitos impuestos por la ley)
- c) Tracto sucesivo (cadena regular y ordenada de transmisiones)
- d) Orden temporal de las inscripciones (el registro opera bajo el principio de que las inscripciones se hagan según orden cronológico de su presentación y la consiguiente compatibilidad).

En buena cuenta, la legitimación es la “consecuencia” que se fundamenta en diversas premisas, como el título público, la calificación del registrador, el tracto sucesivo y el orden de las inscripciones⁴⁰⁰. De esta forma,

398 Roca Sastre, R. (1954), T. I, p. 224.

399 Es el caso de: Ortiz, J. (2014), pp. 337-346, quien, en síntesis, considera que la inscripción debe “defenderse” frente al embate del legislador, de los jueces y de la administración, pues, en su particular criterio, serían una especie de “demonios” destructores de la “sagrada” inscripción. Demás está decir que tal postura no es correcta. La inscripción no es dogma de fe, es mera presunción relativa, incluso para la doctrina alemana, poblada de extremistas. Por tanto, si se trata de apariencia de verdad, y no verdad absoluta, cuando el título es nulo, falso, simulado, vicioso, contrario a otros títulos preferentes como la usucapión, entre otras múltiples causas jurídicas, entonces dicho asiento tiene que ser corregido o anulado. Las inscripciones no se defienden con mecanismos de bloqueo forzado, para que nunca puedan modificarse, sino con la construcción de un sistema patrimonial sano, honesto, con responsabilidades de los que actúan mal, que además sea ecléctico, pues la historia demuestra que el régimen de puros “títulos de papel” (inamovibles) es ineficiente, tanto desde la perspectiva económica, como de la más conceptual, filosófica.

400 “Se parte de la idea de que para el normal establecimiento de relaciones jurídicas se requiere el máximo de certeza sobre sus presupuestos (titularidad, objeto, etc.). Para ello el Estado organiza un Registro Público y le dota de mecanismos de control adecuados para que, no sólo pueda llegarse al conocimiento de aquellos presupuestos, sino que, además, pueda tenerse confianza en su certeza. Esto se consigue con la titulación auténtica

la legitimación no se basa en la arbitrariedad estatal, lo que sería inadmisibles pues implicaría un retorno al Estado despótico, sino, por el contrario, se funda en un conjunto de garantías especialmente tasadas, legales-formales, que justifican la credibilidad impuesta por el sistema legal en los órganos de autenticación y registración.

d) ¿Verdad oficial o Apariencia de verdad?

El principio de legitimación, o presunción de exactitud, puede entenderse desde una perspectiva extremista (verdad oficial), o desde otra realista (apariencia de verdad).

La primera de ellas considera que: “el registro es prueba de la propiedad, no se trata solo de publicar sino también de garantizar lo publicado. Lo inscrito goza de presunción de exactitud y prevalece el asiento respecto del título”⁴⁰¹. La razón de esta idea extremista es que el registro -léase, el Estado- crea la propiedad, aun de la nada, como una simple voluntad autoritaria que despoja a los titulares anteriores en aras de la seguridad jurídica formalista. Por tanto, la primera inscripción o matriculación funda el dominio a partir del cuño estatal, lo que es propio de los sistemas registrales del tipo australiano o *Torrens*⁴⁰². El registro brinda conocimiento público de ciertos hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica, con la finalidad de constituir prueba fehaciente de los derechos y lograr la protección de los terceros, pero ese objetivo requiere sobreponer una imagen formal o tabular, en la que se trata de compilar la realidad jurídica. Nótese que se trata de la misma idea que subyace en la *Gewere* germánica, en cuanto la exteriorización se reputa como el derecho mismo.

Por el contrario, la tesis de “apariencia de verdad” es más realista, menos pretenciosa o fantasiosa, concordante con el hecho evidente de que la vida social y económica no necesariamente queda encerrada en un libro

y, particularmente, con la calificación registral que, al hacerse extensiva a la validez de los actos (principio de legalidad) y a su acomodación a la situación registral precedente (principio de tracto sucesivo) genera una alta probabilidad de exactitud del contenido del Registro”: Curiel, F. (1997), pp. 204-205.

401 Nogueroles, N. (2006), p. 223.

402 “Torrens quiso fundar la defensa del derecho inscrito en una manifestación del Estado que se lograría a través de la inscripción del título”: Arrieta, L. (2010), p. 54.

público. El registro persigue reflejar la realidad, sin distorsionarla ni inventar hechos⁴⁰³. El art. 2013 CC, concordante con el art. 3º-b Ley 26366, establece que las inscripciones son apariencias de verdad, pues solo generan presunciones relativas, que pueden rectificarse, anularse o modificarse. Es más, el rechazo del registro constitutivo o “autosuficiente” (arts. 949, 1135 CC) lo reafirma.

En tal sentido, es difícil, sino imposible, que algún sistema jurídico pretenda o haya pretendido que el registro no contenga errores, inexactitudes o vicios. Enumeremos algunos: posesión contradictoria, usucapión, errores de medición, datos físicos irreales, dominio público natural o artificial, derechos reales patentes o notorios, adquisiciones originarias, restricciones legales de la propiedad, dobles matriculaciones, títulos nulos o viciados, fraudes, falsificaciones, mala fe, entre otros⁴⁰⁴. El registro es, quierase o no,

403 “Hablar, por tanto, de verdad oficial es una manifestación de arrogancia similar a la del que pretendiese poner límites al campo. No hay tal verdad oficial, ni puede haberla, por mucho que sea el cuidado que se ponga en lograrla: la realidad de los hechos siempre la excederá. En esta vida no hay nada que sea gratuito, y convertir lo que tradicionalmente se ha considerado como apariencia especialmente protegida en verdad oficial, no es otra cosa que pretender, so pretexto de que toda la realidad está en el registro, que el registro sea la realidad. Y esto es, de entrada, una ficción; y si la puerta del registro la guarda alguien que no sea juez, es, además, una arbitrariedad”: López Burniol, J. (1993), p. 203.

404 El siguiente texto de Álvarez Caperochipi, J. (2010), pp. 179-180, resulta esclarecedor: “El registro no crea la propiedad, ni siquiera la define, sino que el registro es un mero instrumento para identificar, proteger y servir a la propiedad, a la que presta certeza; pero certeza limitada ontológicamente por el problema de los orígenes: el registro resuelve en cierta medida el problema de la incerteza del título, pero no el de la incerteza de la causa y el objeto de la propiedad, y no resuelve tampoco el problema del carácter corrosivo del transcurso del tiempo. El Registro de la propiedad presenta también sus lados sombríos. Un Estado absoluto predica un registro de eficacia absoluta, y entonces un ángel caído se levanta amenazante y nos mira a los ojos. La fascinación por la eficacia del registro no nos debe olvidar los riesgos que su utilización abusiva comporta: a mi parecer algunos sistemas registrales han legitimado arbitrariedades notorias, están montados sobre la supremacía absoluta del libro (la voluntad política) sobre la realidad, y se basan efectivamente en la injusticia de expropiar (por la mera inscripción del nombre de un propietario en unos libros) al propietario real sin indemnización. El registro sirve entonces para legitimar lo que no es sino un expolio de personas o colectividades, para condenar a todos aquellos que no estén inscritos en el libro. El progreso material y el deseado desarrollo económico se pretende entonces negando la propiedad, derecho natural, y sin querer volver la vista atrás, a la significación del hombre y su dignidad como fin y presupuesto a todo sistema jurídico. Entiendo desde esta perspectiva que el Registro está definido por dos límites

un formalismo, por lo que tiene todas sus ventajas (certeza, seguridad), pero también adolece de sus inconvenientes (engaños, fraudes, injusticias, deformaciones de la realidad). Por tanto, el registro trata de convertirse en “espejo” de la realidad, pero simultáneamente debe reconocer que nunca podrá serlo. Por tanto, es apariencia de una verdad, que siempre la excede y se le escapa de las manos, por más esfuerzos que se haga. Lo otro es idealismo, palabrería hueca, o utopía.

Por lo demás, la concordancia perfecta entre la forma y la realidad no solo es imposible, sino que tampoco es deseable⁴⁰⁵ en forma generalizada, pues el reconocimiento exclusivo de títulos de “puro papel” petrifica la vida social hasta el punto que los titulares podrían ser meros fantasmas que no existen, no aparecen, ni usan o disfrutan, pero el sistema legal, pese a todo, los tendría que respetar, con lo cual se desperdicia la riqueza y se evita que esta circule a los usos más beneficiosos; en cambio, el reconocimiento del “puro hecho” podría disolver la propiedad como punto de partida estable para las inversiones y el desarrollo. Incluso, los propios cultores de la eficiencia económica se muestran partidarios de un sistema de propiedad “mixto”, que combine el registro y la posesión⁴⁰⁶. Los títulos de papel (re-

estructurales ontológicos: de una parte, el hombre es anterior a la organización que le sirve (y la propiedad como realidad del hombre es anterior a su publicidad registral); de otra parte, la eficacia de la publicidad está determinada por sus presupuestos y medios técnicos”.

405 Por ejemplo, muchas veces se dice que el registro protege al diligente que inscribe y no al negligente que se mantiene en la clandestinidad. Pues bien, esa es una forma de ver las cosas, a veces interesada con el fin de proteger a los inversionistas, a los poderosos, a las transnacionales. Pero existe otra perspectiva: ¿qué importa el diligente que inscribe, por ejemplo, si hace más de diez años no posee! Ante ello, cabe preguntarse, ¿qué es más relevante? Inscribir y guardar un título formal en el escritorio; o disfrutar de los bienes, producir, generar riqueza, mover la economía. Cómo dice Vallet de Goytisoló, se puede ser diligente en lo formal (registro) pero negligente en lo sustancial (usar y disfrutar de los bienes). Por tanto, hay que descartar este argumento facilista.

406 “Podemos imaginar dos sistemas de derechos de propiedad exactamente opuestos: la propiedad de acuerdo con solo un sistema de títulos de papel, y la propiedad solo por la posesión física. Ambos sistemas implicarían graves ineficiencias. Un sistema universal de títulos de papel supone que todo es ya propiedad de alguien y solo permite las transferencias por la transmisión formal (por ejemplo, la entrega de una escritura), de modo que es inútil buscar la adquisición de propiedades que no tengan dueño, ya sea porque nunca lo tuvieron o porque han sido abandonadas. Tal sistema dejaría también sin definición el estatus de los no propietarios que, sin embargo, tienen el uso exclusivo de la propiedad,

gistrados) pueden representar una pura ficción, por tanto, el sistema legal terminaría protegiendo a propietarios que no existen o que abandonaron el bien, con lo que se vaciaría de contenido el derecho de propiedad, que no serviría para el disfrute, la inversión o generación de riqueza, sino para la tutela de fantasmas. Por el contrario, la propiedad convertida en pura posesión representaría un incentivo a los actos de despojo, por lo que reinaría la inseguridad. La conclusión pasa por reconocer que el mejor sistema es uno mixto.

6.2.2. Análisis normativo

a) Evolución legislativa peruana

El Código Civil de 1936 no contempló el principio de legitimación, a pesar de los antecedentes legislativos y doctrinarios bastante cercanos que debió tener a la vista, como es la Ley Hipotecaria Española de 1909 y la doctrina representada en ese momento. Solo en 1968, el Reglamento General de los Registros Públicos lo incorporó, *praeter legem*, a través del art. VII del título preliminar⁴⁰⁷.

El Código Civil de 1984 elevó el principio al rango legal (art. 2013⁴⁰⁸), cuya redacción es casi idéntica a la de aquel precepto reglamentario, pues consagra la presunción de exactitud con fines de simplificación de la prueba⁴⁰⁹. Posteriormente, la Ley N° 26366, estableció que una de las garantías

como ocurre con los inquilinos. Y sería inútil examinar los errores inevitables que causa un sistema de derechos de papel. El otro régimen extremo, en el que los derechos al uso exclusivo de la propiedad se hacen depender del control físico, implica fuertes inversiones en el mantenimiento de tal control. Como sabemos, tampoco hace ninguna provisión para los derechos del uso futuro por oposición al uso presente. Por lo tanto, es probable que un régimen legal de la propiedad eficiente sea un sistema mixto, que combine los derechos de papel con los derechos posesorios": Posner, R. (2013), p. 144.

407 "El contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique en la forma que establecen las leyes y reglamentos o no se declare judicialmente su invalidez".

408 Versión original del Código: "El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez".

409 "Se presume, por medio de esta disposición, que el derecho o la titularidad del registro existe y que pertenece a dicho titular, por lo cual éste podrá ejercerla sin ninguna clase de impedimento legal. Existen pues una consecuencia registral, en el sentido que se presume que lo inscrito es cierto, pero también una extrarregistral en el sentido que se produce

del sistema de registros públicos es la “intangibilidad del contenido de los asientos, salvo título modificatorio posterior o sentencia firme” (art. 3º-b), lo que se refiere a uno de los aspectos del principio de legitimación, en cuanto las inscripciones no pueden modificarse o alterarse unilateralmente, o por obra del registrador, sin causa justificativa⁴¹⁰, pero con la particularidad de que el asiento puede obviamente contener inexactitudes, por lo que cabe rectificarlo, modificarlo o anularlo. Esta norma debe complementarse, pues, con el art. 2013 CC.

Por su parte, el posterior Reglamento General de 2001 (TUO de 2012) habla de una inconsistente presunción de validez (“los asientos se presumen exactos y válidos”), lo que significa un salto al vacío porque nadie podría pensar que la ausencia de inscripción haga que se “presuma la invalidez” de los actos jurídicos.

Por último, el art. 2013 CC ha sido modificado por la Ley N° 30313 (vigente desde el 27.03.2015), que será comentada a lo largo de este acápite.

b) Definición normativa

La legitimación es una presunción de exactitud, o de concordancia entre realidad y registro, que se aplica en todas las inscripciones, sin vicios (art. 2013 CC), por tanto, en el aspecto sustantivo, se presume que el titular registral es el verdadero titular en el tráfico jurídico, y ha de ser tenido como tal, mientras no se pruebe lo contrario, tanto en el ámbito extrajudicial, como en el judicial. El que se apoya en los datos del registro tiene la confianza y la certeza producida en virtud de la presunción favorable del asiento registral: existencia del derecho, legalidad del título de adquisición,

todos sus efectos”: Comisión Revisora Código Civil (1990), p. 11. Realmente no sabemos qué pretendió decirse con la “consecuencia registral” y la “consecuencia extrarregistral”.

410 “La intangibilidad se refiere a que las inscripciones contenidas en los asientos no pueden modificarse. Únicamente procede por rectificación del asiento en el modo y forma establecido por ley o por declaración de voluntad del titular inscrito mediante otro título o también por sentencia firme. Esta protección judicial resulta una especial tutela a que se sujetan las inscripciones, de modo que no es posible alteración de su contenido, sino es por declaración firme del ente jurisdiccional. Ni el registrador, que es el autor de la inscripción, ni sus superiores jerárquicos, podrán alterar el contenido de las inscripciones”: Soria, M. (2001), p. 381.

certeza del titular y de las cargas inscritas y no de las otras⁴¹¹. La presunción facilita el tráfico y simplifica la actuación de las relaciones jurídicas, incluso en caso de conflicto, proporcionando una prueba fácil de la propiedad, y de los demás derechos inscritos.

c) Efectos

La eficacia legitimadora de la inscripción comprende el derecho civil, procesal, constitucional, administrativo, y, en general, todos los ámbitos jurídicos, sea el tráfico ordinario, como el judicial, y opera en forma activa (a favor del demandante) o en forma pasiva (en perjuicio del demandado). Por ejemplo: la legitimación activa se presenta cuando el propietario solo aporta el certificado del registro como prueba de sustento de la reivindicatoria, bajo el entendido que el demandado tendrá la carga de desvirtuar su mérito. En cambio, la legitimación pasiva se observa cuando el Estado, para ejecutar la expropiación, o la imposición de servidumbres forzosas, tiene que emplazar al titular registral, salvo que haya prueba que lo descarte como propietario. Lo mismo ocurre si una persona sufre daños por la caída del edificio vecino, en cuyo caso podrá demandar al propietario registrado del inmueble, bajo los alcances de la legitimación, en el entendido que es responsable del daño (art. 1980 CC); no obstante, el demandado podrá acreditar la transferencia a un tercero, con lo que estaría liberado de la obligación.

En cualquier caso, la legitimación registral se comprueba con las manifestaciones, copias o certificados⁴¹², cuya finalidad es trasladar la publicidad sustancial (dentro del registro) a la publicidad formal (fuera del registro), que es la única fórmula para que el ciudadano acceda a la información.

411 García García, J. (1995), p. 108.

412 El certificado del registro hace efectivo el principio de legitimación: "La eficacia de la certificación registral como documento público se extenderá al contenido de la inscripción. Pero en rigor no se limita a eso. El efecto de la certificación será superior, en cuanto que la inscripción producirá, a su vez, unos efectos propios legitimadores: presunción de existencia del derecho inscrito, de titularidad a favor del titular registral, (...) invirtiendo la carga de la prueba en contra de quien la contradiga, etc.; es decir, los efectos propios de la legitimación registral y demás principios registrales sustantivos": Manzano, A. (2004), p. 1261.

c.1) Efectos específicos en el ámbito privado

La legitimación de los títulos inscritos opera en todo ese amplio espectro que ocurre fuera de los estrados judiciales, tanto para acreditar la titularidad de un derecho real con el fin de celebrar un acto de disposición, o para hacerlo frente a una autoridad administrativa para obtener un permiso o licencia, lo cual no podrá ser cuestionado por el notario o funcionario que recibe la certificación, salvo que se produzca la oposición de un tercero que descarte la veracidad de las inscripciones, pues se trata de “apariencia”, no de “verdad oficial”.

El principio de legitimación tiene un claro tinte utilitario, simplificador de la prueba para efecto de obviar debates, circunscribir hechos y dotar de mayor rapidez los actos patrimoniales de transmisión y adquisición de derechos.

No obstante, siempre debe recordarse que se trata de la legitimación crea una presunción relativa, pues la apariencia de derecho puede descartarse en cualquier momento, con la oportuna prueba actuada incluso en el ámbito no-conflictivo cuando se aporta la prueba fehaciente que corresponda. Por ejemplo, una persona acude al notario para vender un inmueble, pero declara ser “casado”, no obstante que en el registro personal consta como “divorciado”. Pues bien, en tal caso, bastará que el compareciente exhiba su partida de matrimonio de fecha posterior al acto de divorcio para acreditar su nuevo estado civil, y, con ello, dicho sea de paso, descartar la legitimación del registro. No se necesita “rectificar” o “anular” la inscripción, pues bastará la presentación del título modificatorio posterior, conforme lo señala el art. 3º-b de la Ley 26366.

c.2) Efectos específicos en el ámbito judicial

El principio opera “a todos los efectos legales”, esto es, en cualquier posición procesal ocupada por el titular registral, en tanto siempre se le reputará como titular del derecho, por cuya virtud, produce consecuencias procesales de tres ámbitos⁴¹³:

413 García García, J. (1988), T. I, p. 741.

- a) El titular registral como demandante: se reputa como sujeto titular del derecho inscrito, por tanto, en principio, este queda dispensado de la carga de la prueba, y, basta aportar el certificado correspondiente⁴¹⁴. Sin embargo, tal afirmación no es absoluta, en tanto los procesos plenarios permiten la discusión amplia del derecho controvertido, por lo que la sola inscripción podría ser desvirtuada fácilmente, por tanto, es preferible la concurrencia de otros medios probatorios, especialmente el acto o contrato que le dio origen⁴¹⁵. Por ejemplo: el demandante plantea la reivindicación con la copia literal de inscripción, pero el demandado aporta el contrato de compra que celebró con el actor, por lo que la legitimación registral queda desvirtuada, pues el titular ya había transferido el bien; con tal acervo probatorio, la demanda es infundada; sin embargo, podría haber ocurrido que el demandante haya resuelto el contrato de compra por falta de pago, por lo cual la legitimación recobra vigencia, pero ello hubiera exigido que la parte interesado hubiese aportado un caudal probatorio completo, sin reducirse a la sola inscripción. La misma situación se presenta en algunos procesos

414 “El titular registral está, en principio, legitimado, sin necesidad de más pruebas, para poner en acción cualquiera de los medios de defensa de los derechos reales. Por ejemplo, el que aparece en el Registro como propietario está legitimado para ejercitar la acción declarativa del dominio (S. 28 marzo 1980); o cualquiera de las acciones que tienden a reprimir una perturbación (por ejemplo, la acción negatoria); o las que tienden a la actuación judicial de determinadas facultades (por ejemplo, la acción de deslinde: SS. 14 febrero 1953, 30 junio 1973); o el desahucio por precario...”: Peña, M. (1999), T. II, p. 539.

415 En tal sentido: “no vemos inconveniente en que el titular aduzca la inscripción como única prueba positiva de su dominio: tal es el sentido de la LH de 1944, que ha querido privilegiar a la inscripción otorgándole valor presuntivo superior al de la posesión, y modalizando en este punto al CC. En cualquier caso, es muy aconsejable que el titular registral reivindicante alegue en juicio todos los títulos que puedan fundar su derecho y todos los documentos que lo demuestren, en previsión de que la parte contraria desvirtúe la presunción registral de titularidad, y para evitar que, habiendo precluido entonces la oportunidad de presentar otros medios de prueba quede el titular indefenso”: Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 143. En la misma línea de ideas se encuentra la siguiente opinión: “por lo que se refiere a los bienes inmuebles, a efectos de la acción reivindicatoria y, concretamente, de la legitimación activa del demandante, la inscripción implica la presunción de la existencia y de la pertenencia del derecho a favor de su titular, según el artículo 38, 1 LH. Pero como se trata de una presunción ‘iuris tantum’, se puede fácilmente destruir demostrando la inexactitud registral”: De Los Mozos, J. (1988), p. 305.

sumarios o de ejecución, cuando el certificado registral no permita la prueba de todos y cada uno de los extremos del derecho, como ocurre, por ejemplo, con la ejecución de hipoteca, en donde la inscripción acredita el título de la hipoteca, pero no necesariamente el título de la obligación que es materia de cobro⁴¹⁶. La jurisprudencia reconoce constantemente el valor presuntivo del principio de legitimación, por lo que la demanda de reivindicación, por ejemplo, es amparada con el solo mérito de la inscripción⁴¹⁷, si es que

416 Sobre el particular, la Corte Suprema ha establecido, por ejemplo, que la copia certificada del acto constitutivo de la hipoteca, junto con la certificación registral, tienen mérito suficiente para instar la demanda de ejecución de garantía (Casación N° 38-2002-Huánuco, de 10.06.2002).

417 Casación N° 1102-01, de 29.08.2001: "... Primero.- Que, de mérito se ha desestimado la demanda de mejor derecho de propiedad interpuesta por el actor Desiderio Fuster Gonzales, considerándose que el demandado Banco Hipotecario en Liquidación acredita un mejor derecho de propiedad sobre el inmueble; sin embargo, no se ha amparado su reconvencción sobre reivindicación por cuanto se ha considerado que ella procede contra el poseedor no propietario, situación jurídica que no tiene el demandante por cuanto posee en virtud de un título; Segundo.- Que, al respecto, debe tenerse presente que la acción reivindicatoria tiene como sustento el derecho de propiedad, siendo su finalidad obtener el derecho de la posesión que tiene otra persona, la misma que posee el bien ilegítimamente, es decir, sin tener derecho a poseer; Tercero.- Que, conforme lo establece la doctrina en materia de derechos reales tal es el caso del doctor Jorge Avendaño en su libro de "Derechos Reales" editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, páginas ciento treinta y seis y ciento treinta y siete, la posesión ilegítima es aquella en la cual no se tiene derecho a poseer la cosa, pudiendo esa posesión ilegítima tener múltiples causas, como por ejemplo que el título del poseedor sea anulado, que el título de posesión haya sido otorgada por una persona que no estaba legitimada, o simplemente que el poseedor no tenga ningún título para poseer; Cuarto.- Que, en ese mismo sentido, puede existir situaciones en las cuales el poseedor tiene un título de posesión, entendido éste como acto jurídico o documento, pero no tiene derecho a la posesión, ya sea porque el título a sido anulado o porque ha sido otorgado por una persona que no estaba legitimada. Quinto.- Que, en consecuencia, si la finalidad de la reivindicación es recuperar la posesión contra aquél que posee el bien ilegítimamente o no tiene derecho a poseerlo, resulta evidente que esa acción también procede contra aquél que no obstante tener un título, no tiene derecho a ocupar el inmueble por cuanto su título ha sido otorgado por persona que no estaba legitimada. Sexto.- Que, en el caso sub materia, la Sala de mérito ha desestimado la reconvencción sobre reivindicación al considerar que ella no procede porque el demandante tiene un título, sin tener en cuenta que la acción reivindicatoria procede también contra aquél que teniendo un título no tiene derecho a poseer el bien porque sus transferentes no estaban legitimados para otorgarlo, como es el caso de la transferencia primigenia otorgada por don Manuel Ramírez Escobedo; Sétimo.- Que, por consiguiente, no obstante que se ha establecido que el Banco demandado tiene mejor derecho de propiedad sobre

el inmueble sub litis, la Sala de mérito al desestimar la reconvencción sobre reivindicación ha incurrido en causal de inaplicación del artículo novecientos veintitrés del Código Civil, que establece como uno de los atributos de la propiedad del propietario reivindique la cosa contra aquél que lo posee ilegítimamente, Octavo.- Que, siendo así, y habiéndose incurrido en la causal de inaplicación de una norma de derecho material, corresponde actuar como sede de instancia, resolviendo el fondo del asunto; por lo que debe ampararse la reconvencción sobre reivindicación del inmueble ubicado en la calle Mariano Cornejo número (...), tal como se encuentra descrito en la ficha registral de fojas ciento treinta; por las razones expuestas y en virtud de lo preceptuado en el inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil: declararon FUNDADO el recurso de casación...”.

Igualmente, la Casación N° 3487-2000-Callao, de fecha 05.09.2001: “... Tercero: Que la parte demandante ha acreditado la propiedad del terreno sub litis, que es uno de los presupuestos indispensables para pronunciarse sobre una pretensión reivindicatoria, apreciándose que ha sido adquirido mediante tracto sucesivo, según obra de las copias legalizadas de los testimonios corrientes de fojas cinco a cincuenta y dos. Cuarto: Que, el dictamen pericial de fojas quinientos ochenta y nueve a quinientos noventa y ocho, concluye que el inmueble sub materia se encuentra ubicado a partir del cerco de la Empresa Nacional de Puertos Sociedad Anónima hacia el terminal portuario, lo cual significa que está ocupado por dicha demandada; que, con ello se determina que la parte accionante además que ha probado ser propietaria, ha demostrado ser no poseedora del mencionado terreno. Quinto: Que, a mayor abundancia, las instancias de mérito han concluido que la demandada no ha acreditado el pago del justiprecio de la expropiación que alega; y, que, por otro lado, no existe superposición de los terrenos. Sexto: que, en pureza, se observa que realmente no se ha quebrantado el principio de legitimación registral, consagrado en el artículo 2013 del Código Civil, en cuanto se alega su inaplicación, pues la parte actora ha acreditado ser propietaria no poseedora del terreno sub iudice, requisito sine qua non para amparar una demanda reivindicatoria. 4.- DECISIÓN: a) Que, estando a las conclusiones a las que se arriba, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon INFUNDADO el recurso de casación...”.

En el mismo sentido, la Casación N° 1093-99 del 05.07.2001: “... Primero.- Que el recurrente señala que en el presente proceso se ha inaplicado lo dispuesto en el artículo décimo del Texto Único del Decreto Legislativo diecisiete mil setecientos dieciséis, el mismo que señala que la afectación para fines de Reforma Agraria en una limitación de derecho de propiedad por el cual el propietario pierde el derecho nominal al afectársele un bien, supuesto que ha sucedido en el caso de autos al haberse declarado la afectación del predio materia de litis, siendo derechos que persisten y se encuentran debidamente reconocidos, según el artículo quince del Decreto Supremo cero cuarentiocho-noventiuno-AG-OGA-OAD-TU, concordante con el artículo dos mil ciento veinte del Código Civil. Segundo.- Que el demandado sostiene que no tiene la condición de precario, sino es un poseedor legítimo cuyo derecho de propiedad se encuentra reconocido en sendas resoluciones judiciales, emanadas de cuatro procesos ofrecidos como prueba, las que constituirían una limitación al derecho de propiedad del actor, sin embargo se advierte que ninguno de los indicados procesos puede considerarse título de propiedad que se oponga al presentado por el demandante, consistente en el testimonio de la escritura pública de fecha tres de

la parte demandada no tiene prueba alguna que oponer. Por otro lado, la falta de inscripción del actor ha motivado que el órgano jurisdiccional desestime la reivindicatoria, muchas veces en forma errónea, como ocurre con el Estado-demandante, que en realidad no necesita del registro, pues lo avala su condición de titular originario de las tierras, según el art. 66º de la Constitución⁴¹⁸.

octubre de mil novecientos noventicinco, otorgado por don Mamerto De Olave Ibarra y doña María Emperatriz Gárate de Olave a favor del demandante, mediante el cual le transfieren la propiedad de los predios Ccolqueocca y Sihuyaro. Tercero.- Que en relación a la limitación del derecho de propiedad que el demandado refiere, se advierte que conforme aparece del expediente administrativo acompañado, que si bien es cierto mediante la Resolución Directoral cero cero veintisiete-ochenticuatro-DRA-XX, se ha calificado al demandado como beneficiario de la Reforma Agraria respecto al predio controvertido, dicha calificación no le otorga justo título como propietario, por el contrario sólo corrobora su posesión, a lo que se suma que el trámite del expediente administrativo acompañado no ha concluido por haber quedado sólo en proyecto el Decreto Supremo de afectación, por lo que don Mamerto de Olave Ibarra, con el derecho y calidad de propietario que le asiste ha transferido legalmente la propiedad del predio al actor, gozando actualmente éste de los derechos que le irrogan tal condición. Cuarto.- Que conforme lo expuesto y estando a la certificación de fojas ciento ocho, el área en litigio cuya posesión detenta el demandado no ha sido afectada ni expropiada con fines de Reforma Agraria, por lo que su caso no es el contemplado en la norma que invoca, y existiendo un derecho de propiedad vigente e inscrito en los Registros Públicos, como es el caso del actor, éste es preferente ante la simple posesión que el demandado ostenta, lo cual ha sido corroborada con la Resolución Directoral número doscientos noventidós-noventiocho-DRA-CTAR-C, de fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventiocho obrante a fojas doscientos trece, en consecuencia el derecho de propiedad que le asiste al accionante no tiene limitación alguna, por el contrario debe ser ejercida conforme lo previsto por el artículo novecientos veintitrés del Código Civil, no siendo de aplicación en el presente caso el artículo décimo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo diecisiete mil setecientos dieciséis...".

- 418 Es el caso de la ejecutoria emitida por la Corte Suprema con fecha 18.05.1992, que declaró infundada la demanda de reivindicación interpuesta por el Estado, con los fundamentos del Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo: "mediante Of. N°276-91-C, se eleva en consulta la resolución de vista de fs. 85, que confirma la sentencia apelada de fs. 69 y declara infundada la demanda interpuesta por José Zubieta Béjar, Procurador Público adjunto, encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación, contra Milagros del Pilar Yeva Castillo, sobre reivindicación. El representante del Estado, a fs. 19, interpone demanda de reivindicación contra la demandada, a efecto de recuperar el inmueble de 902 metros cuadrados que viene ocupando, en mérito a la venta que le hiciera el Concejo Provincial de Contralmirante Villar, quien procedió a celebrar dicho acto jurídico en la suposición de que era propietario, procediendo posteriormente al tomar conocimiento de que la empresa Petrolera Fiscal, lo había cedido en julio de 1958 a título gratuito al Ministerio de Educación, a anular dicha venta, sin embargo la emplezada se ha negado

- b) El titular registral como demandado: en principio, el sujeto inscrito está legitimado, sin necesidad de más pruebas, para ser emplazado en cuanto titular de un derecho real sobre el bien, lo que ocurre, por ejemplo, en las relaciones de vecindad, accesión, daños causados por las cosas, prescripción adquisitiva, entre otras, sea para exigirle una indemnización o para discutir el derecho real. La presunción de exactitud legitima al titular registral en el aspecto pasivo, por tanto, si el demandante omite el emplazamiento del propietario inscrito, entonces se afecta el debido proceso⁴¹⁹, salvo que el actor compruebe que el titular formal no es el real, por lo que no procedía incluirlo en el proceso.

a recoger el dinero, y continúa en posesión de dicho bien, en el cual venía funcionando el Centro Educativo N° 059 de Zorritos, y que por motivo de las fuertes lluvias del año 1972, que lo destruyó, tuvo que reubicarse en otro lugar. El reivindicante, para acreditar su derecho de propiedad, ha presentado el Oficio N° 428 de fecha 15 de setiembre de 1958 de fs. 28, que contiene la transcripción de la Resolución Ministerial N° 9630, mediante la cual se acepta la cesión a título gratuito del local que servía de Escuela Particular de la Empresa Petrolera Fiscal en la ciudad de Zorritos, cuya área, y linderos no se especifican, y mucho menos el derecho de propiedad y dominio del cedente, el cual no es suficiente, pues tratándose de un inmueble que se dice ser de propiedad del Estado, tal derecho debe demostrarse con la certificación del Registro de Bienes Nacionales de la Dirección General de Bienes Nacionales, e inscripción correspondiente en los Registros Públicos. Al no haberse demostrado el derecho que se invoca, y mucho menos el dominio de quien aparece como cedente en el documento privado de fs. 28, no es procedente amparar la pretensión del actor. Por las consideraciones anotadas esta Fiscalía es de Opinión, que NO HAY NULIDAD en la consultada” (Dictamen N° 437-91-MP-FSC del 31.05.1991).

- 419 STC N° 611-97-AA/TC: “... Que, asimismo, y en forma consustancial, es de advertirse en el caso de autos, la violación (y ya no tan solo de una amenaza de violación) del derecho constitucional al debido proceso, y particularmente del ejercicio del derecho de defensa de los actores, pues se impidió a éstos que, una vez acreditada su legitimidad para obrar, puedan exponer en forma libre los hechos y el derecho que, a su juicio, puedan coadyuvar a la resolución del conflicto de intereses planteado, que como ya se ha anotado, en forma inexorable habría de repercutir sobre la esfera jurídica de los actores (...) Que, estando a los fundamentos jurídicos inmediatamente precedentes, y pudiendo haber apreciado el juzgador ordinario que de seguir el proceso ordinario se iba a decidir un conflicto de intereses sobre un objeto, prima facie, ajeno, donde los actores del proceso de amparo, habían acreditado su legítimo interés tras contar con los títulos inscritos en el registro correspondiente, a juicio de este Colegiado torna dicho proceso judicial ordinario en irregular, supuesto frente al cual es procedente articularse la presente pretensión en la vía judicial constitucional...”

- c) El titular registral como tercero: El caso típico de legitimación ocurre cuando el titular registral no es deudor, pese a lo cual se le embarga un bien, en cuyo caso, es necesario acudir al incidente de desafectación del art. 539 CPC⁴²⁰, que es un instrumento más expeditivo que la tercería de propiedad.

La presunción legal no impide que los jueces puedan resolver en contra del principio de legitimación, esto es, en perjuicio del titular registral, lo que obviamente puede ocurrir por tratarse de una presunción relativa, pero en todo caso se exige que la decisión formule una motivación acorde con la derogación del criterio presuntivo.

c.3) Efectos según el tipo de asiento registral

La legitimación se aplica de modo diverso según el tipo de asiento registral, sea la inscripción, cancelación y/o anotación preventiva, lo que se constituye en el ámbito formal del principio.

El art. 2013 CC alude en forma restrictiva a “la inscripción” como asiento beneficiado con la legitimación, pero el art. VII RGRP se refiere en forma general a los “asientos”. ¿Cómo entender esta discordancia? En primer lugar, la inscripción se define como el asiento que publica un derecho consumado o la modificación de uno anterior, por el cual se proclama una situación jurídica definitiva, por tanto, se trata de un asiento principal, definitivo y de carácter positivo, que constata el título constituyente o modificativo del derecho⁴²¹. Evidentemente, si el título inscrito proclama una situación jurídica definitiva, ello hace suponer que la inscripción se encuentra naturalmente protegida por la presunción de exactitud. Por su parte, los asientos de cancelación tienen carácter negativo, en tanto extinguen derechos o, dicho más gráficamente, “des-inscriben” derechos anteriores, encontrándose en condición de accesorio del asiento previo de inscripción o anotación preventiva,

420 “...es de interés público y no sólo del titular registral, no continuar con los trámites de un procedimiento, con todos los gastos y molestias para las partes, para al final de todo no tener ninguna eficacia dicho procedimiento ni la subasta ni la adjudicación, dado que ésta no podrá prosperar en definitiva, ni será susceptible de inscripción. No sobreseer el procedimiento en esas condiciones es continuar ficticiamente un procedimiento sin futuro alguno y con muchas molestias y perjuicios...”: García García, J. (1988), T. I, p. 810.

421 Cit. Monserrat, A. (2000), p. 157.

a los cuales extingue. La cancelación es asiento definitivo -a la manera del asiento de inscripción-, lo que abona a considerarlo amparado por el principio de legitimación, pues, si bien el art. 2013 CC habla de la “inscripción”, pero, también comprende la “des-inscripción” como reflejo negativo⁴²². La jurisprudencia avala tal interpretación⁴²³.

422 La doctrina no es concordante con esta posición, en tanto un sector importante señala que la cancelación no produce legitimación, sino que potencia la inscripción del titular del derecho, que ya no sufre un gravamen. Así: “la presunción de exactitud que juega es, en realidad, la del titular registral cuyo derecho se ve desgravado con la cancelación”: Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 340.

423 La sentencia dice: “...CONSIDERANDO: Primero.- Que, cabe indicar que la Sala Superior se pronunció sobre el auto definitivo apelado, declarando sin objeto resolver su apelación toda vez que el demandante levantó las hipotecas constituidas sobre los inmuebles sub litis, conforme se aprecia del Testimonio de Escritura Pública de fojas doscientos treinta y dos; Segundo.- Que, al respecto debe advertirse que a fojas doscientos treinta y dos obra la Escritura Pública de Cancelación y Levantamiento de las hipotecas cuestionadas, de fecha veintiséis de octubre del mil novecientos noventa y nueve otorgada por el demandante Claudio Aldo Fanton a favor de la ejecutada, declarando en ella dicho señor que el préstamo otorgado por su parte fue cancelado por la compañía ejecutada, procediéndose a inscribir tal cancelación en los Registros Públicos el veinticuatro de noviembre de ese mismo año; Tercero.- Que cabe precisar que el ejecutante procedió a otorgar la Escritura Pública de Cancelación anotada con posterioridad a la cesión de derechos que efectuara a favor del recurrente, constando la cesión en el acta de legalización de firma del ejecutante de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve; Cuarto.- Que, tal irregularidad debe ser cuestionada, no en este proceso sino en vía de acción tal como lo viene efectuando el recurrente en el proceso sobre Nulidad de Escritura Pública de Cancelación de Asientos Registrales e Indemnización que se encuentra en trámite, siendo adecuado recalcar que en el proceso actual ya no cabe la ejecución de los inmuebles en cuestión, toda vez que al haberse cancelado y levantado las hipotecas discutidas, no existe título que ejecutar; Quinto.- Que, siendo esto así ya no cabe emitir pronunciamiento respecto a las denuncias sustantivas sobre inaplicación y aplicación indebida de normas sustantivas, no sobre la contravención del artículo trescientos sesenta y nueve del Código Adjetivo; máxime si lo alegado respecto al auto número ocho de fojas ochenta y nueve – que tuvo por cedidos los derechos sustantivos y la sucesión procesal del demandante Claudio Aldo Fanton Strabbe a favor del recurrente y al cual están dirigidas las denuncias mencionadas – no procede por ser cuestión anteriormente resuelta como dispone el artículo ciento setenta y cinco inciso tercero del Código Adjetivo; toda vez que contra dicha resolución se interpuso apelación, la cual fue resuelta por el Colegiado Superior tal como se aprecia de la recurrida; Sexto.- Por tales consideraciones; y en aplicación del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; declararon INFUNDADO el recurso de casación...” (Casación N° 818-2001 de 16.07.2001). La decisión aplica el principio de legitimación a la cancelación de hipoteca, lo que hace presumir la extinción del derecho, por tanto, la demanda fue desestimada, empero, la cuestión no debió resolverse de modo tan formalista si la cancelación se sustentó en título falso.

En el caso de las anotaciones preventivas, se ha señalado acertadamente que la presunción de existencia y pertenencia de titularidad no opera en ese ámbito⁴²⁴, pues un derecho imperfecto o no-consumado mal podría generar una presunción de exactitud, máxime cuando la propia anotación reconoce la transitoriedad de la situación y su falta de consolidación. En efecto, si la anotación generase legitimación, a pesar de que no deroga la inscripción previa, entonces se daría el paradójico resultado de que la anotación se reputaría exacta, mientras la inscripción definitiva, no⁴²⁵. Por tanto, el efecto típico de las anotaciones preventivas es de expandir los efectos de la sentencia frente a terceros, pero también negativo, en cuanto obstaculiza la constitución del tercero registral o elimina la buena fe, es decir, no otorga derechos, pero impide las adquisiciones, y, en otros casos, otorga antelación de efectos para el caso de una futura inscripción. En este punto, la jurisprudencia de los órganos judiciales se muestra vacilante⁴²⁶.

424 Díez Picazo, L. (1995), T. III, p. 496.

425 El Tribunal Registral incurre en este error en la RTR N° 006-2013-SUNARP-TR-T de 04.01.2013: "4. Autores como Díez Picazo afirman que la finalidad primordial de las anotaciones es la de enervar la buena fe registral, advirtiendo a terceros sobre la existencia de circunstancias que pueden originar una modificación del registro, o de la existencia de un derecho que no resulta inscribible por razón del carácter defectuoso del documento o porque, sencillamente, no existe derecho alguno. Se trata de un efecto meramente negativo; lo anotado perjudica al tercero y lo no anotado no le perjudica; pero *la anotación no protege de modo rotundo al titular registral y el derecho anotado no se convierte en uno más fuerte ni altera su naturaleza debido a la anotación*. Por ello, concluye el citado autor, no resultan aplicables a las anotaciones preventivas los principios de legitimación y fe pública registral. En doctrina nacional, Gonzales Loli (sic) coincide con esta posición. Por el contrario, hipotecaristas españoles como García García se manifiestan a favor de la aplicación del principio de legitimación a las anotaciones preventivas, por considerar que cuando la legislación hispana hace referencia a la presunción de exactitud de la que gozan los derechos inscritos, lo hace en el sentido amplio del término *inscripción*, comprendiendo también a las anotaciones preventivas. Una posición similar podría desprenderse de la legislación peruana, pues el artículo I del título preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante, el reglamento) establece que *el concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas*, salvo que el reglamento *expresamente* las diferencie. Entonces, si el artículo VII del mismo título preliminar establece que el contenido de los asientos registrales se presume exacto y válido, sin distinguir si tales asientos son de inscripción o anotación, ambos tipos de asientos participan de dicha presunción de exactitud".

426 Por ejemplo, la Corte Suprema dijo textualmente: "El principio de legitimación solo puede aplicarse a actos que cuenten con inscripción registral, puesto que se presume en estos

d) ¿Legitimación del título inscrito o Legitimación de la inscripción?

La adquisición de los derechos se realiza por medio de títulos jurídicos reconocidos por la ley, tales como el contrato, la usucapión o la herencia, entre otros. El registro publica los títulos mediante inscripciones, pero no los crea; por tanto, la inscripción no es otra cosa que la constatación formal y pública de un título, por lo que se encuentra en clara relación de dependencia. Es más, el propio art. 2013 CC, modificado por la Ley 30313, establece que la inscripción no convalida los actos nulos, en consecuencia, aquella solo es reflejo de estos. “Es más, teniendo en cuenta la forma en que nuestro sistema se desenvuelve, la adquisición del dominio y de los derechos reales, el medio lógico de acreditar en juicio los derechos será el título inscrito”⁴²⁷. Por tanto, la legitimación corresponde al título inscrito, que es la causa eficiente de la adquisición de los derechos en el sistema patrimonial peruano, por tanto, lo realmente protegido es el título, y no la mera inscripción, que no es otra cosa que un apretado resumen del título cuya autoría no corresponde a las partes, sino a un funcionario público, que obviamente no puede originar los derechos.

Por lo demás, la legitimación del título inscrito se demuestra, con toda evidencia, si recordamos que la nulidad del acto jurídico trae como consecuencia la nulidad de la inscripción, lo que se produce por el carácter derivado y accesorio de los asientos registrales. Por el contrario, si la inscripción tuviese “vida propia” (una vida más propia de los fantasmas, que de los seres reales) entonces la nulidad del acto no debería afectarlo. Pero, qué yo sepa, nadie sostiene esto último, lo que expresa la falta de congruencia típica del extremismo registral: formula premisas teóricas, que no tienen asidero en las consecuencias prácticas. En efecto, es fácil decir que el asiento es “autónomo”, porque se trata de una mera afirmación teórica, y el papel aguan-

actos la existencia de una adecuación entre la realidad jurídica del título con el contenido del asiento registral, no siendo de aplicación a actos que sólo cuenten con una anotación preventiva, por ser esta de naturaleza temporal” (Casación N° 830-96), pero también ha sostenido lo contrario: “Basta la sola existencia de una inscripción registral, aunque se trate de una anotación preventiva o cautelar, para que ésta surta todos sus efectos jurídicos, en virtud de los principios de publicidad y legitimidad registral” (Casación N° 291-99).

427 Sanz, A. (1947), p. 326.

ta todo; pero es difícil suscribir sus consecuencias: “la nulidad del acto no conllevaría la nulidad del asiento”. Pero esto último no tiene valedores. La conclusión es que la inscripción no es autónoma, no tiene vida propia, no es un fantasma, sino un ser real: el acto jurídico o título que asciende a la publicidad.

No obstante, el nuevo art. 2013 CC, luego de la modificación de la Ley 30313, establece que: “El contenido del asiento registral se presume cierto”, lo que implicaría que la legitimación solo comprende a la inscripción, pero, en realidad, ello no produce cambio alguno en la comprensión del principio, pues tratándose de una presunción, y no de norma atributiva de derechos, entonces el contenido de la inscripción se presume concordante con la realidad jurídica, tanto en forma general, entre inscripción y realidad, como en forma particular, entre propio acto jurídico o título archivado y el asiento. Por tanto, la presunción de exactitud no solo se refiere a la realidad, sino también al título. Por ejemplo: si la inscripción de una sucesión intestada consigna que los herederos son A, B y C, entonces se presume, como no podía ser de otra forma, que ellos mismos son los declarados en el acta notarial o en la resolución judicial, y no otros, así como que ellos son los verdaderos sucesores del causante. Es decir, la legitimación presunta (“se presume cierto”) opera en dos ámbitos: (a) supone que existe concordancia entre el asiento y el título (coincidencia particular); (b) supone que existe concordancia entre el título y la completa realidad jurídica (coincidencia general). Es fácil sustentar la existencia de la doble presunción, pues si el registro es apariencia de verdad, entonces comprende lo extrínseco (se presume que no hay realidad extraña fuera del registro), como lo intrínseco (se presume que no hay realidad extraña dentro del propio registro). La legitimación implica, y nadie lo duda, la plena coincidencia entre la forma y la verdad -que, por definición, está fuera de ella-; por tanto, con mayor razón (*a fortiori*) comprende la coincidencia en el ámbito interno de la forma. ¿O alguien podría suponer que la inscripción no es concordante con el título que le dio origen? La presunción es obviamente positiva, sin perjuicio que el afectado, en caso necesario, pueda recurrir a la rectificación, nulidad o modificación.

Por tanto, la novedad de la Ley 30313 no es de sustancia, pues la legitimación no es norma atributiva de derechos, sino de mera forma, en cuan-

to establece una doble presunción con fines simplificadores (“de prueba”), pero no sustantivos. Por tanto, la carga de la prueba de que la inscripción no se corresponde con el título, recae en el sujeto perjudicado con ese engañoso asiento.

e) Corrección del registro

Es frecuente que el registro no coincida con la realidad, por contener información desfasada o directamente equivocada. En tal caso, y por medio de la oportuna prueba en contrario, la legitimación del registro se derrumba. Pues bien, ¿cómo se recompone la concordancia entre la forma y la realidad?

El art. 2013 CC establece que el contenido de las inscripciones se presume “cierto”, salvo nulidad o rectificación; mientras el art. 3º-b Ley 26366 agrega que la inscripción puede modificarse por título posterior o por sentencia firme. Por tanto, el registro se corrige por medio de la nulidad, rectificación, modificación o contradicción de la información registral, sea con una nueva inscripción (actualizadora o renovadora), o con la prueba de un título contradictorio, aunque no se inscriba. Por su parte, la corrección puede llevarse a cabo por resolución judicial, administrativa, acto contractual o por mérito del propio título archivado cuando sea discordante con la inscripción.

En síntesis, el registro no es perfecto, y el sistema legal permite que la realidad jurídica se imponga a la forma. Enseguida veremos esta materia con más detalles:

- a) Corrección por nulidad del título causal de la inscripción: El art. 2013 CC, *in fine*, incorporado por la Ley N° 30313, establece un enunciado normativo fundamental: “La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”, es decir, las inscripciones pueden desmoronarse cuando el acto que lo sustenta es nulo o anulable⁴²⁸. La inscripción

428 La inscripción susceptible de nulidad, que solo es “apariencia”, es incompatible con el registro de “verdad oficial”, pues, el primero no convalida los vicios, mientras el segundo, sí; por tanto, el registro peruano es, claramente, uno de apariencia de verdad, pues cabe la prueba en contrario. Esta tesis es coherente con el hecho de que el registro-apariencia,

se basa en títulos causales, por tanto, la primera no tiene sustantividad propia frente a los segundos, y, bajo esta premisa, una vez declarada su nulidad⁴²⁹, la inscripción carece de objeto, por lo que corresponde la cancelación. Es más, el proceso judicial de nulidad de acto jurídico es suficiente para poner fin a la inscripción, sin necesidad de una pretensión específica sobre el asiento, pues se asume que la falta de título conlleva que la inscripción quede vaciada de contenido, por ello, opera su cancelación automática (RTR N° 351-98-ORLC/TR de 07.10.1998, y, a partir de allí se mantiene esa doctrina). Es necesario recordar, por lo demás, que la legitimación no se rompe solo con la declaración judicial de nulidad, sino también por medio de resolución administrativa, conforme lo permite el TUO Ley 27444, en tanto dichas entidades pueden declarar la nulidad de oficio de sus propias resoluciones (art. 213), o revocar las mismas (art. 214). En tal sentido, la inscripción no dota de particular estatuto al acto administrativo, el cual puede anularse por otro acto de contra imperio, sin necesidad de pasar el tamiz judicial.

además, sirve para proteger a los terceros que confían en esa apariencia (principio jurídico de tutela de la apariencia). Por tanto, hay simetría entre el antecedente y el consecuente. En cambio, la tesis contraria sostiene que “*el registro es verdad oficial, pero protege a los terceros por su confianza en la apariencia”*. La premisa dice una cosa (verdad absoluta) y la consecuencia, mágicamente, dice algo distinto (apariencia de esa verdad). Nótese la inconsecuencia de los extremistas registrales: “el principio de legitimación registral se funda en la protección de la apariencia jurídica, como idea central del principio. Pero no se puede extrapolar esta idea de apariencia a todo el derecho hipotecario, como si el problema de dicha rama jurídica fuera la apariencia”: García García, J. (1988), T. I, p. 676. En buena cuenta, es apariencia, pero no.

- 429 En tal caso, los únicos legitimados en el proceso judicial son las partes del acto jurídico, no la entidad registral, pues no entra en juego su actuación administrativa ni sus intereses (en ese sentido: Casación N° 1332-2001-La Libertad de 02.01.2002 y N° 584-2002-Cusco de 16.07.2002. Sin embargo, hay dos excepciones para que la demanda sea dirigida contra la entidad: (a) Nulidad de la inscripción como acto formal mediante el proceso civil, (ii) Nulidad de la inscripción mediante el proceso contencioso administrativo. Sin embargo, en el caso (a), ¿existe plazo para formular la demanda de nulidad? La Corte Suprema ha establecido que resulta aplicable el plazo de diez años, propio de los actos jurídicos, en la Casación N° 100-99-Ica de 03.07.2001, aunque, en ese caso específico, la inscripción se basó en un título falsificado, por tanto, “lo falso se convirtió en auténtico”, luego de diez años, pues no había forma de anular la inscripción.

- b) Corrección por nulidad de inscripción: Pueden individualizarse las siguientes hipótesis de nulidades con incidencia registral: (i) Las nulidades producidas por los vicios establecidos en el Código Civil, esto es, por vicios recayentes sobre la estructura del negocio jurídico, determinantes de su invalidez. Se dice que esta nulidad “afecta al contenido estrictamente jurídico del asiento, o nulidad material o de fondo”⁴³⁰, (ii) Las nulidades producidas por no reunir los requisitos esenciales establecidos en la normativa registral (problemas de forma), o cuando exista “vicio manifiesto” (arts. 95 y 96 RGRP). El caso típico de nulidad formal o “estrictamente registral” ocurre cuando la inscripción no ha respetado el bloqueo registral de un acto previo. “A diferencia de la nulidad material del título, esta es una nulidad que deriva directamente del asiento como unidad registral, siendo de naturaleza formal. Todos los asientos que se extienden en el registro se sujetarán al cumplimiento de los requisitos formales señalados en cada uno de sus reglamentos; es más, se observarán los requisitos específicos de cada caso”⁴³¹, (iii) Las nulidades producidas por inscripciones redactadas con tal inexactitud que un tercero pueda ser inducido a error, o que simplemente resulten incomprensibles. Por ejemplo: cuando la descripción del inmueble en una matriculación sea tan defectuosa que aquel no pueda ser localizado en la realidad física. Este caso tiene carácter de vicio formal, salvo que la indeterminación del objeto sea de tal magnitud que comprometa la validez del acto jurídico. El art. 94 RGRP agrupa las dos primeras causales de nulidad como supuestos de cancelación de las inscripciones, pero solo la segunda es una hipótesis de nulidad de la inscripción o formal. La tercera de ellas no es mencionada en el actual reglamento, pero, igual debe entenderse incluida dentro de las nulidades formales.
- c) Corrección del registro por sentencia firme: El registro puede contener información equivocada o inexacta por múltiples causas:

430 Soria, M. (2001), p. 225.

431 Ibidem.

verdadero propietario con título no inscrito que se opone a uno inscrito de mala fe, duplicidad de partidas en el que se declara el mejor derecho de uno de los titulares, propietario por usucapión o accesión, propietario con mejor derecho por fortaleza de su título como podría ocurrir con cadena iniciada con titularidad estatal o de comunidad campesina, entre otros. Pues bien, en esos casos, la corrección del registro se logra con una sentencia firme que descarta la apariencia creada por las inscripciones, pero la sentencia no declara la “nulidad” de la inscripción” (art. 2013 CC), pues, en realidad, basta cualquier decisión judicial en proceso ordinario, cuyo mandato expreso o implícito sea controvertir o destruir la apariencia registral. En tal condición se encuentra la acción reivindicatoria, la declarativa del dominio, la tercería de propiedad o la usucapión, que no conllevan la nulidad de la inscripción anterior, pero que da entrada a una nueva situación jurídica que pone fin, elimina, descarta o corrige la anterior. Por el contrario, la vía sumaria del amparo constitucional no constituye la vía idónea para discutir la validez de la inscripción registral o la existencia de un mejor derecho de propiedad, pues, en tales casos, se requiere un proceso ordinario en el que se pueda actuar y discutir prueba a efectos de refutar el valor de la inscripción, salvo que se trate de vicio o irregularidad manifiesta, como ocurre en las confiscaciones o expropiaciones de hecho realizadas por el Estado, en contravención del procedimiento constitucional y legal. Por tanto, la legitimación queda descartada con cualquier sentencia plenaria que enerva el contenido de la inscripción anterior, sin que esta se anule, siempre que la última sea incompatible con la anterior, lo que se funda en la propia naturaleza de la tutela judicial efectiva (art. 139 Const.), que protege derechos mediante la actuación del órgano jurisdiccional; por tanto, en el Estado Constitucional de Derecho, la fuerza de la sentencia corrige la inscripción; lo que también se reconoce expresamente el ya citado art. 3º-b de la Ley 26366, por cuya virtud, basta sentencia firme para derrotar la inscripción, sin necesidad de “anularla”.

- d) Corrección del registro por cancelación en caso de falsedad o suplantación: El art. 2013 CC establece que la nulidad de las inscripciones se declara por resolución judicial⁴³², razón por la cual, existe un dogma fuertemente arraigado en el sentido de que todas las nulidades de inscripción requieren declaración del órgano jurisdiccional; pero como todos los dogmas, este también carece de explicación racional⁴³³. Por lo demás, esta “verdad indiscutible” se puso en entredicho, ya, en la versión original del reglamento gene-

432 Esta norma ha sido “reglamentada” por los desafortunados arts. 90 y 107 RGRP:
 Art. 90: “Conforme al artículo 2013 del Código Civil, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional la declaración de invalidez de los asientos registrales. Consecuentemente, no resulta procedente que mediante rectificación, de oficio o a solicitud de parte, se produzca declaración en tal sentido”.
 Art. 107: “Quien tenga legítimo interés y cuyo derecho haya sido lesionado por una inscripción nula o anulable, podrá solicitar judicialmente la declaración de invalidez de dicha inscripción y, en su caso, pedir la cancelación del asiento en mérito a la resolución judicial que declare la invalidez. La declaración de invalidez de las inscripciones sólo puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional”
 Estas disposiciones merecen la siguiente crítica:

(i) El art. 107 establece que la nulidad se declara a pedido de persona con legítimo interés y cuyo derecho haya sido lesionado por la inscripción. Esta restricción es, simple y sencillamente, inaceptable. El art. 220 CC acuerda una legitimación mucho más amplia, acorde con la magnitud del vicio presente en la nulidad, permitiendo que ésta sea instada por cualquier persona con “interés” en sentido amplio y no restrictivo; menos si se exige “lesión de un derecho”, pues, en este caso, solo se legitima para accionar a quien sufre el daño en un derecho subjetivo propio, con lo cual se alude, probablemente, al titular afectado con la inscripción del acto viciado. Con este criterio tan restrictivo, ni siquiera la institución administrativo-registral (ni el notario autorizante del documento, por ejemplo) podrían solicitar la nulidad. Tampoco se menciona al Ministerio Público, ni al mismo Juez para declarar la nulidad de oficio. Es decir, un reglamento de dudosa legalidad ha pretendido modificar la legislación sustantiva del acto jurídico.

(ii) El art. 90 insiste en la visión dogmática de que “solo el Poder Judicial puede declarar la nulidad”, lo que no es correcto en la práctica ni en la teoría. Es más, el mismo reglamento renuncia a esa opción con las llamadas “cancelaciones” de los arts. 95 y 96, que en realidad son “nulidades por vicio manifiesto”.

433 Ejemplo de dogmatismo: “Por lo tanto, no resulta suficiente la argumentación de que en los casos de falsificación de documentos y suplantación de identidad es fácil la comprobación de la invalidez del acto registrado, con el solo dicho de los profesionales y funcionarios afectados (notarios, cónsules, jueces, funcionarios públicos y árbitros), ya que, conforme a nuestra legislación, dichos documentos se presumen válidos mientras no sean declarados nulos por el Poder Judicial”: Tarazona, F. (2015), p. 37. ¿Y por qué no habría sustento? En realidad, la solución más razonable es la nulidad administrativa de la inscripción, pues la falsedad es “nada”, y la nada no puede protegerse por motivo alguno. En todo caso, habría que recomendar la lectura del art. 3º-b Ley 26366, art. 213 TUO Ley 27444 y STC N° 5719-2005-AA/TC (ninguna presunción es absoluta).

ral de 2001, mediante los supuestos especiales de cancelación de inscripciones (arts. 95 y 96 RGRP), lo que procede cuando se trata de vicios de suma gravedad que se presentan en la sustanciación del procedimiento o al extenderse el asiento registral⁴³⁴. Si estos casos se resuelven en vía registral -como parece lo más correcto- o se derivan al órgano jurisdiccional, ello es una simple cuestión de política jurídica, es decir, de libre opción para el legislador cuya decisión se sustenta, básicamente, en cuestiones de oportunidad o conveniencia. Es más, hasta el Derecho alemán permite que el registrador cancele las inscripciones “viciosas”, las que se entienden como aquellas que no debieron ser practicadas. Las inscripciones viciosas son ineficaces, o eficaces si bien prohibidas, entre las que se encuentra los actos no inscribibles, la inscripción falsa de persona no-autorizada, o la inscripción inacabada⁴³⁵. El registro protege las presunciones de verdad, cuando efectivamente existe un acto, aunque sea en apariencia, pero ello no ocurre con el título falso, que no tutela interés alguno, máxime cuando la corrección puede lograrse por medio de una indagación sumaria que sirva para descartar la autenticidad. Lo contrario sería premiar al falsificador, permitiéndole que pueda engañar a terceros. El título falso implica la “nada”, por lo que no puede sustentar inscripción o derecho alguno; por tanto, es un caso típico de inscripción viciosa

434 Las hipótesis que regula son: (i) Cuando el asiento contenga actos que no consten en el título archivado o cuando el acto no haya estado comprendido en la instancia de inscripción (art. 95 RGRP), (ii) Cuando se compruebe la inexistencia del asiento de presentación o cuando se compruebe que la solicitud de inscripción del título fue denegada (art. 96 RGRP). La cancelación se produce por acto administrativo del Jefe de la Zona Registral respectiva.

435 “Semejantes inscripciones carecen de todo efecto jurídico: ni producen el derecho inscrito, ni siquiera una apariencia de derecho protegida por la fe pública del registro. Por ello han de cancelarse de oficio (...) El que en todos estos casos se deniegue también la fe pública, no puede calificarse de injusto: igual que en el derecho sobre cosas muebles sólo se protege al que confía en la posesión, y no al que confíe en una relación que él considera falsamente como posesión, tampoco en el derecho inmobiliario se protege a los que erróneamente confunden una inscripción de la oficina del registro, por disculpable que sea el error...”: Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1º, pp. 210-211.

que no puede mantenerse en el registro⁴³⁶. En tal sentido, la llamada “cancelación administrativa” de las inscripciones por falsedad o suplantación, no infringe el principio de legitimación, pues el no-acto (la “nada”) carece de toda protección, por lo que la administración pública tiene el deber de corregirlo.

- e) Corrección del registro por rectificación: El registro es el reflejo de la (única) realidad; por lo que no cabe una verdad formal o ficticia; además, la inscripción depende del título o de los antecedentes registrales; por tanto, y en virtud de ambos criterios, se concluye que siempre es posible rectificar una inscripción a efecto de que sea concordante con la realidad jurídica, aun cuando el error recaiga sobre un titular anterior, pues la primacía de la realidad opera en todos los casos, sea en asientos vigentes, sea en asientos históricos. Las inscripciones pueden contener errores derivados de las discrepancias con el título archivado o con asientos de otro registro (errores textuales) o porque el asiento no refleja el contenido del derecho inscrito (errores ideológicos). Por tanto, la rectificación procede cuando la inscripción misma adolece de error. El art. 76 RGRP establece que los registradores rectificarán las inexactitudes a solicitud de parte, o de oficio, según sea el caso. Se distinguen los errores materiales (textuales) y los errores de concepto (ideológicos)⁴³⁷. La diferencia se sustenta en la filosofía hermenéutica, que distingue “pre-comprensión” (texto) y “comprensión” (contexto). El error material, según el artículo 81 del mismo reglamento, se produce cuando en la inscripción se ha cambiado u omitido un dato que consta en el título, pero sin variar el sentido y naturaleza del derecho; o cuando se ha extendido el asiento en rubro o parti-

436 Una posición correcta, dominada por el pragmatismo, es la siguiente: “La Ley N° 30313 sin duda afecta la intangibilidad de los asientos registrales, pero parece acertado que así sea teniendo en cuenta que se trata de inscripciones que tienen base en títulos fraudulentos”: Avendaño, F. (2015), p. 23.

437 La llamada “rectificación de asiento” en el derecho argentino, aplicable a nuestro sistema jurídico, “se produce acompañando el documento inscripto y solicitándola expresamente. Puede hacerse de manera autónoma, o simultáneamente con la transcripción o constitución de un derecho real con respecto al inmueble objeto del folio”: Villaró, F. (2010), p. 358.

da diferente a la que le corresponde; o cuando se han numerado erróneamente los asientos o partidas. También puede presentarse, por ejemplo, cuando no exista discordancia entre la inscripción y el título que le dio origen, pero sí con los datos que constan en otro registro; en consecuencia, el artículo 81-a) interpretado en consonancia con el art. 2011 CC, por el cual la calificación del registrador toma en cuenta los antecedentes registrales; por tanto, el error material se presenta, no solo cuando existe discrepancia entre título/asiento, sino, también, cuando el error se comprueba con la sola verificación de los antecedentes registrales o asientos sucesivos. El error de concepto, por el contrario, según el artículo 84 del reglamento, se produce cuando existe discrepancia ideológica entre el título y la inscripción, por lo que es necesaria la corrección en el sentido del derecho (por ejemplo: se rectifica la condición de legatario por la de heredero), o en el caso que el nuevo título aclare uno anterior que adolecía de imprecisión, ambigüedad o inexactitud (por ejemplo: aclaración del sentido interpretativo de una cláusula).

- f) Corrección del registro por título modificatorio: La legitimación no solo se destruye con resolución judicial o administrativa, pues también cabe que el negocio jurídico documentado de modo fehaciente pueda enervar la presunción, sin necesidad de modificar la inscripción. Un caso sencillo es el siguiente: si el titular registral es A, entonces se le presume propietario, sin embargo, si B exhibe el contrato por el cual A le vendió el inmueble a B, entonces la presunción de exactitud queda desvirtuada, aunque el registro se mantenga inalterable⁴³⁸. En este caso, no se requiere anular o rectificar la inscripción, pues basta exhibir la prueba fehaciente que sirva para desvirtuar la presunción. Así: “...yo puedo vender

438 Tal hipótesis es reconocida, nada menos, por la doctrina alemana: “esta presunción solo puede destruirse mediante prueba en contrario. Muchas veces, para ahorrar gastos, dejan de inscribirse actos de transmisión y extinción de derechos inmobiliarios, limitándose las partes a acreditar su existencia por medio de escritura. Cuando así acontezca, para contrarrestar la presunción de veracidad del registro bastará aducir la escritura que patentice aquellos actos”: Nussbaum, A. (1929), pp. 40-41.

porque soy el dueño; y soy el dueño porque he adquirido por legítimo título, no porque haya inscrito en el registro. Luego, lo que tengo que hacer es probar que he comprado; y lo pruebo presentando la escritura, que puede no estar inscrita. Por todo lo cual, el título que me legitima para vender es, en principio, el contrato de compra...⁴³⁹. El fundamento de tal solución es de pura evidencia, incluso, con principios constitucionales de sustento. En efecto, cualquier presunción queda descartada cuando se exhibe prueba en contrario, pues, según el criterio de libre apreciación (razonada) de la prueba que rige nuestro ordenamiento, la prueba -entre las que se encuentra la inscripción- se refuta con otra prueba, sin que se reconozcan medios probatorios sacramentales, tasados o invulnerables⁴⁴⁰. Las sentencias del Tribunal Constitucional han señalado que las presunciones nunca son absolutas (STC N° 5719-2005-AA/TC, entre varias otras), en tanto el afectado siempre tiene el derecho de probar en contra, lo que forma parte del debido proceso (art. 139 Const.); en consecuencia, el mérito de la inscripción puede desvirtuarse con prueba fehaciente. Por otro lado, también existe base en normas de legalidad ordinaria que permiten arribar a dicha conclusión: el art. 3°-b de la Ley 26366, complementario del art. 2013 CC, añade que cualquier título modificatorio descarta la legitimación.

439 Cit. García García, J. (1995), p. 125.

440 "Las reglas de valoración desaparecieron primero en el proceso penal, principalmente por obra de la Revolución Francesa, que estableció la valoración libre ya en 1791 para consagrarla definitivamente en el art. 342 del Code d'instruction criminelle de 1808. En este sistema de 'prueba libre', correspondiente al principio de libre valoración corresponde íntegramente al juzgador, al cual deja la ley en libertad para formar su convencimiento y sólo con base en él se determinarán los hechos probados. Este sistema tiende hoy a hacerse general en las legislaciones del mundo, haciéndose hincapié en su mayor racionalidad. Importa destacar que prueba libre, o libre valoración, no significa apreciación arbitraria o discrecional, sino en todo caso razonada. De ahí el acierto del derecho español que no emplea estas expresiones sino la de 'sana crítica' o 'criterio racional' y la del peruano que se refiere a 'apreciación razonada'. Con estas expresiones no se refleja un tercer sistema de valoración de la prueba, sino que se destaca que la racionalidad debe estar en la base de la valoración del juez": Montero Aroca, J. (1991), pp. 248-249.

6.3. Principio de oponibilidad registral relativa: conflicto o concurrencia de títulos (de derechos reales) en una misma partida registral

6.3.1. Análisis dogmático

Los derechos reales son prerrogativas universalmente eficaces, es decir, entre otras características el titular goza de facultades exclusivas que, en forma concomitante, excluyen a los terceros, por lo que, se descarta la idea de derechos reales “inter-partes”, que contradicen su propio significado, pues, por definición, estos tienen carácter exclusivo, por tanto, rigen erga omnes o contra todos.

Los derechos reales producen una “oponibilidad en sentido amplio”, pues, incluso en situaciones de normalidad, la prerrogativa se expande contra terceros, en forma casi invisible, pero efectiva, como ocurre con un propietario a quien nadie amenaza, por lo que el ejercicio de su derecho es pacífico, sin embargo, su facultad de reacción contra cualquier hipotético tercero se encuentra en estado latente, aunque puede activarse en cualquier momento; en tal sentido, también existe la “oponibilidad en estricto”, cuando un tercero vulnera, elimina o quiebra el ejercicio o el derecho mismo, por cuya razón, el ordenamiento jurídico otorga mecanismos de tutela para lograr el reconocimiento, restablecimiento o goce efectivo de la prerrogativa, pero que ya no se ejerce erga omnes, sino contra un tercero específico.

a) Oponibilidad civil, Oponibilidad registral y Oponibilidad registral relativa

Los derechos reales pueden transmitirse por diversos mecanismos técnicos, como el solo contrato, la tradición o la inscripción en un registro público. El primero privilegia la celeridad en el tránsito de los derechos, sin necesidad de mecanismo publicitario; el segundo, la apropiación posesoria como medio de efectividad y reconocibilidad social de una titularidad nueva; el tercero, la reconocibilidad estatal mediante un registro público, cuya organización institucionalizada hace suponer que facilita la consulta, por lo que prepondera su función de seguridad jurídica.

En tal sentido, la oponibilidad civil opera cuando el derecho real es transmitido por el solo consenso o la tradición, sin necesidad de un signo

publicitario formal-estatal, mientras la oponibilidad registral (absoluta) supone que la constitución o transferencia necesita de la inscripción en el registro público. Los dos mecanismos se contraponen entre sí, es decir, se trata de extremos. Sin embargo, también es posible encontrar soluciones eclécticas, probablemente menos dogmáticas, pero más razonables para resolver el problema de establecer el momento de tránsito de los derechos reales. Es el caso de la oponibilidad registral relativa, por cuya virtud, el ordenamiento jurídico reconoce que las transmisiones se realizan mediante los sistemas civiles de oponibilidad (consenso o tradición), pero, en determinadas circunstancias, la oponibilidad civil es quebrada o reemplazada por la primacía del registro, pero solo en casos específicos, por ello, es “relativa”⁴⁴¹.

En buena cuenta, la oponibilidad civil estricta determina que la constitución o transferencia de los derechos se realice por medio de consenso y/o tradición, sin excepciones. Por su parte, la oponibilidad registral absoluta significa que la constitución o transferencia queda diferida, en todos los casos, hasta la inscripción en registro público. Estas dos posiciones son absolutistas, pero ello no quita que puedan ser razonables según el tipo de bien del que se trata. En cambio, la oponibilidad registral relativa constituye un sistema intermedio, que no elimina como regla general la oponibilidad civil, pero que en determinados supuestos conflictivos trae en auxilio la inscripción en registro público, especialmente fundado en razones de seguridad jurídica. En todo caso, es evidente que los sistemas son antitéticos: civil puro, registral puro o registral atenuado, por lo menos, mientras se refiera a los mismos actos dentro de un particular ordenamiento jurídico. Por tanto, un sistema acoge la inscripción constitutiva o la declarativa, pero no ambas en forma simultánea respecto del mismo tipo de actos, y, por ello, la doctrina se muestra conforme en señalar que los excesos dogmáticos y formalistas de la oponibilidad registral ha determinado que muchos sistemas opten por la variante mucho más atenuada. En efecto, el sistema registral absoluto determina que no haya derecho real sin inscripción, por tanto, queda

441 “Antes de la inscripción es ya absoluta, oponible erga omnes, la limitación de su oponibilidad se da solo frente a ciertos terceros, lo que no le quita el carácter de derecho real”: Cornejo, A. (2001), p. 36.

eliminado el problema de la pluralidad de contratos dispositivos otorgados por una persona en favor de distintos supuestos adquirentes (ejemplo: doble venta), pues solo el primero obtendrá el derecho real. Los sistemas que rechazan tal solución tampoco aceptan la salida exclusivamente civil, pues queda en la incertidumbre toda adquisición que se realiza hoy, pues no se conoce si hubo una celebrada el día de ayer, por tanto, esa duda se supera mediante el sistema registral relativo, por cuya virtud, el inscrito, aunque sea de fecha posterior, prevalece sobre el no inscrito, pues, de esa manera, todo el que logra la inscripción en registro público queda inmune frente a los actos anteriores, que resultan inoponibles. En buena cuenta, un registro atenuado es una alternativa frente al absoluto⁴⁴².

Sin embargo, ello no quita que, dentro de cada uno de los tres moldes reseñados existan particularidades notables, especialmente en torno a la mayor protección civil y menor protección registral, o viceversa, que pretende otorgar cada legislador en concreto. En el acápite siguiente se desarrollará este punto con amplitud.

Por lo demás, la denominación es cambiante. La oponibilidad registral absoluta también recibe el nombre de “principio de inscripción” o, más directamente, de “inscripción constitutiva”. La oponibilidad registral relativa también se llama “principio de publicidad” o “inscripción declarativa” o “inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito”. Sin embargo, luego se verá que no existe comunidad de significado entre estas diversas denominaciones.

b) Inscripción declarativa y Oponibilidad registral relativa

El modelo alemán se encuentra en el polo opuesto al francés original, pues, mientras el primero es el paradigma del registro constitutivo, el segundo lo es del solo consenso, aunque luego se adoptó el registro declarativo. Las diferencias no son episódicas, sino provienen de las profundas raíces históricas que inspiran a ambos pueblos. En efecto, Francia es la nación de las libertades, de la revolución, del respeto por el individuo y sus derechos naturales, en consecuencia, el derecho de propiedad nace por la

442 Gordillo Cañas, A. (2014), pp. 418-419.

actividad del hombre, de su libertad, no por efecto de la intervención estatal, como la inscripción en el registro, por ello, la mayor concesión posible es aceptar un registro más moderado, como el declarativo. En cambio, la Alemania del siglo XVIII y XIX se encuentra sumergido en un régimen económico liberal, pero políticamente autoritario, sin democracia. Por tal motivo, no extraña que, en una nación de tales características, en ese momento, se optase por una cerrada defensa por la seguridad jurídica del propietario, pero en la que el reparto de la tierra se origina desde el Estado, por medio de un registro constitutivo, que hace nacer los derechos, lo que se encuentra a tono con un modelo político autoritario.

El sistema francés, para el tema que interesa en este acápite, establece que la transferencia de propiedad opera por el solo consentimiento, sin embargo, antes, desde la ley revolucionaria de 1798, luego reimplantada con la ley de 1855, luego continuado con el decreto de 1955⁴⁴³, el modelo adopta la inscripción declarativa, es decir, el título inscrito, aunque sea de fecha posterior, cuenta con preferencia frente a un título no inscrito, siempre que estos deriven o hayan sido otorgados por un transmitente común, que se reconoce como válido por la doctrina contemporánea⁴⁴⁴.

443 El modelo francés ha pasado por diversas etapas. En primer lugar, una ley revolucionaria de 1798, propia de la defensa de la burguesía, instaura el registro declarativo de bienes inmuebles, bajo la premisa de pulverizar los privilegios de la nobleza y el clero, pues el registro es igualitario y público, en el que cualquiera puede obtener protección o no, sin importar su rango social o de sangre. Sin embargo, en segundo lugar, el Código Napoleón de 1804 eliminó las disposiciones sobre el registro, en cuanto consideró excesivo que la propiedad de la tierra pudiese extinguirse por obra de un requisito administrativo, salvo para las hipotecas. En tercer lugar, luego de medio siglo, y por medio de una Ley de 23.03.1855, hubo la necesidad de volver al registro declarativo de inmuebles con el fin de potenciar el crédito hipotecario, para lo cual era imprescindible contar con la publicidad de todos los actos vinculados con la creación y transmisión de derechos reales. En cuarto lugar, luego de varias modificaciones, se encuentra en vigor el Decreto Ley de 04.01.1955 y Decreto de 14.10.1955: Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 70.

444 Los terceros protegidos "son los que adquieren un derecho real concurrente sobre el inmueble de la misma persona que aquel de quien obtuvo su derecho real la persona que invoca ese derecho contra estos. Es el caso, por ejemplo, cuando un acreedor hipotecario invoca su derecho de hipoteca contra el adquirente del inmueble hipotecado": Larroumet, Ch. (2008), p. 349.

La influencia del sistema francés de inscripción declarativa es enorme, hasta el punto de que es sustancialmente acogido por los ordenamientos italiano, portugués y español, entre otros. El primero, en el actual CC de 1942 (art. 2644), pero ya antes con el de 1865, acoge la inscripción declarativa, por el cual se resuelve “el conflicto entre dos sucesivos adquirentes del mismo bien inmueble por parte de un mismo autor”⁴⁴⁵, por cuya virtud, el tercero protegido es el sujeto adquirente de un derecho real que ha inscrito, y, precisamente, adquirido del enajenante que dio lugar al título adquisitivo anterior no inscrito⁴⁴⁶. El segundo, en el actual Código del Registro Predial, de 1984⁴⁴⁷, que establece: “los hechos sujetos a registro solo producen efectos contra terceros después de la fecha del respectivo registro” (art. 5-1), luego definiéndose como “tercero registral”, en Ley de 11.12.1999, que modificó el art. 5-4 del mismo código: “aquellos que han adquirido de un autor común derechos incompatibles entre sí”⁴⁴⁸. El tercero, con el Código Civil de 1888 (art. 606) y las diversas Leyes Hipotecarias, hasta la última de 1944, con texto refundido en 1946 (art. 32), pero que se remonta a la Ley de 1861 (art. 23), también acoge el “tercero latino”⁴⁴⁹.

En buena cuenta, el principio de inscripción declarativa tiene como finalidad la protección del “tercero latino”, pues se reconoce en las legislaciones europeas francesa, italiana, portuguesa y española, que se origina cuando una persona realiza dos o más actos dispositivos, incompatibles sobre el mismo bien, resultando preferido, frente a los otros, aquel adquirente inscrito, cuya hipótesis típica es la doble venta inmobiliaria. La mecánica operativa de este principio determina dos momentos⁴⁵⁰:

445 Ferri, L. (1981), p. 163.

446 Ibid., p. 166.

447 Texto vigente en: <https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-do-registo-predial/> (consulta: 16.08.2021).

448 El excursus legislativo sobre esta cuestión, en Portugal, puede verse en: Lopes, J. de Seabra (2009), pp. 416-421.

449 Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 235.

450 Es usual la crítica contra estos dos momentos, pues se asume como una incongruencia que, primero opere el consenso, pero, luego, el registro, sin embargo, no debe olvidarse que los problemas centrales del ordenamiento patrimonial, como el presente, a veces requieren soluciones menos lógicas o dogmáticas, pero sí más razonables o ajustadas con el sentir social. La siguiente cita es importante: “si el segundo comprador merece ser

Primero: A _____ B (Venta no inscrita)

Los sistemas consensuales aceptan que el comprador B, sin inscripción, es propietario, pues, basta el contrato traslativo eficaz, como una compraventa, bajo la premisa que en ese momento no existe un tercero que discuta la propiedad.

Segundo: A _____ C (Venta inscrita)

Los sistemas consensuales responden de distinta forma cuando el tercero C adquiere el mismo derecho, con la ventaja de su inscripción, por tanto, el conflicto surgido se resuelve, no en favor de B en mérito del título más antiguo, sino en beneficio de C por efecto de la inscripción declarativa que sirve de preferencia.

Sin embargo, los sistemas registrales declarativos no son estáticos, y, bajo este molde primigenio, se han realizado variaciones, muchas veces sustanciales, sin llegar al registro constitutivo absolutista, por tanto, para diferenciarlo de aquel y de este, se propone el nombre de “sistemas de oponibilidad registral relativa”, cuya principal característica es la expansión de la protección registral, que no solo comprende el “tercero latino”, esto es, el sujeto inscrito que opone su adquisición en contra del sujeto no inscrito, cuando ambos derivan de un transmitente común, pues, en muchos ordenamientos, las hipótesis de protección registral se multiplican, por lo que comprenden situaciones de adquisiciones forzosas (remates judiciales), adquisiciones legales (servidumbres o usufructos) o incluso originarias (usucapión). Es el caso, por ejemplo, del sistema español⁴⁵¹.

Es interesante ejemplificar las nuevas hipótesis de protección registral, sustentada en la idea ya ampliada de enfrentamiento entre título inscrito/título no inscrito, que no solo surge de transmitente común, sino, a veces, incluso de cadenas paralelas, pero, todo ello, finalmente, depende del concreto sistema jurídico:

considerado dueño no es porque en realidad haya adquirido regularmente del vendedor sucesivo, sino porque otras consideraciones de equitativa y ponderada justicia así lo justifican. Concretamente: la ponderación de su buena fe frente al descuido del primer comprador que le permitió poder desconocer la realidad de su adquisición y la pérdida de su condición de dueño por parte del vendedor”: Gordillo Cañas, A. (2004), p. 468.

451 Véase la amplitud de la definición de tercero como: “el que inscribe en el registro, al que no le perjudica lo que no está inscrito”: García García, J. (1993), T. II, p. 53.

- Caso 1 (ampliado): _____ B (Usucapión no inscrita)
A _____ C (Venta inscrita)
- Caso 2 (ampliado): _____ B (Servidumbre legal no inscrita)
A _____ C (Venta inscrita)
- Caso 3 (ampliado): _____ B (Remate judicial no inscrito, con deudor A)
_____ C (Remate judicial inscrito, con deudor A)
- Caso 4 (ampliado): A _____ B (Hipoteca inscrita)
A _____ C (Venta inscrita)
- Caso 5 (ampliado): A _____ B (Hipoteca inscrita)
A _____ C (Usufructo inscrito)
- Caso 6 (ampliado): A _____ B (Inscripciones en partida 1)
C _____ D (Inscripciones en partida 2)

Los casos señalados no podrían resolverse en mérito del principio de inscripción declarativa en sentido estricto, por lo que, tendría que recurrirse a la normativa civil, sin embargo, muchos ordenamientos prefieren expandir los efectos del sistema registral a hipótesis distintas de las reguladas por la inscripción declarativa, aunque con el uso del mismo esquema: preferencia de título inscrito sobre el no inscrito.

c) Fundamento de los aludidos principios

El principio de inscripción declarativa se aprecia en dos tiempos: El primer comprador es propietario frente a todos los terceros, una vez celebrado el contrato adquisitivo, siempre que no exista un opositor que le discuta el derecho con otro título, sin embargo, su prerrogativa no está asegurada, y, puede decaer en caso de presentarse el segundo momento, esto es, la hipótesis de un segundo adquirente inscrito, en cuyo caso, este se convierte en dueño, por lo que la inscripción funciona como “causa legal de extinción” del derecho que ostentaba hasta ese momento el primer comprador⁴⁵², lo que se justifica en virtud del principio de seguridad jurídica. Hay pues, dos fases clara y perfectamente delimitadas, pero en ambas la propiedad siempre es absoluta: la del primer comprador no-inscrito, que vive sin conflicto de titularidades; y la del segundo comprador inscrito, en la que entra en jue-

452 Luzzatto, R. (1953), pp. 120-121.

go la inscripción. Las discusiones dogmáticas, muchas veces estériles, pasan por el modo de adquisición⁴⁵³, “ubicación” del poder de disposición (dentro o fuera del derecho subjetivo)⁴⁵⁴, o la conveniencia del término “legitimidad para contratar” o no⁴⁵⁵. En realidad, lo concreto es que se trata de una solu-

453 En efecto, se discute si la adquisición del tercero inscrito se hace a título derivativo u originario (*a non domino*). En el primer grupo (derivativo) se encuentran importantes autores que hacen pesar más la idea de legitimación del registro, en tanto, el disponente se mantiene como titular formal, por lo que se entiende que la primera enajenación no ha sido completada: Ferri, L. (1981), p. 163. En el segundo grupo se asume que la propiedad no se atribuye como consecuencia directa del consenso, pues el vendedor carece del poder de disposición, en tanto el conflicto de titularidades exige el apoyo de norma legal inspirada en el interés general de certeza del derecho, representado por el sujeto con título inscrito: Muccioli, N. (2004), p. 129, que prefiere hablar de “modo de adquisición diverso”. En este contexto, algunos niegan y otros aceptan la estructura consensual. Por esta última, por ejemplo, se inclina: Pellicanó, A. (1981), p. 76. En nuestra opinión, la solución dogmática no es importante, aunque sí debe rechazarse la “legitimación dispositiva” en el doble enajenante, pues ello implicaría salvar o legalizar su acto irregular, sin necesidad, pues, como se ha sostenido agudamente: “desplaza lo que solo es una protección del adquirente a la posición jurídica del transmitente”: Pau, A. (2001), p. 329. En efecto, “si lo que este precepto establece son criterios de preferencia entre adquisiciones incompatibles, ¿cómo va a considerarse todavía dueño al que habiendo vendido ya, y entregado en alguna de las formas posibles, perdió la propiedad de lo que posteriormente y contra todo derecho vuelve después a vender?”: Gordillo Cañas, A. (2004), p. 453.

454 Resulta una pérdida de tiempo discutir si el “poder de disposición” se encuentra fuera o dentro del derecho, pues no tiene implicancia práctica alguna. Por ejemplo, un gran autor italiano sostiene que el sujeto titular de las situaciones jurídicas es normalmente competente para disponer de ellas, lo que implica que el poder de disposición entra en el contenido del derecho del cual se dispone: Bianca, M. (2006), p. 9, pero también existen los que opinan en sentido contrario.

455 El término “poder de disposición” alude a la potestad del sujeto titular de un derecho para producir determinados efectos jurídicos (Ibid., p. 5), con lo que se evitan las ambigüedades de los vocablos “facultad de disposición” o “legitimidad para contratar”. Sobre este último puede verse: Morales, R. (2007), pp. 33 ss., sin embargo, su esfuerzo por imponer dicha terminología no es convincente. En efecto, la “facultad” se refiere a una determinada actividad de hecho o de comportamiento que puede realizar el titular, pero no a la producción de efectos jurídicos, que es propio del poder jurídico, en este caso, de disposición. La famosa palabra “legitimidad para contratar”, tiene dos graves inconvenientes: i) La legitimidad no recae propiamente en el “contratar”, ya que cualquier persona capaz, y en estado de libertad, puede hacerlo; por el contrario, la legitimidad recae directamente en el “disponer”, esto es, en realizar con eficacia la transmisión o constitución de un derecho, para lo cual no basta la habilitación para contratar, sino contar con la titularidad del derecho; ii) el término legitimación” presenta el inconveniente de su uso paralelo en el derecho procesal, y no se obtiene beneficio alguno con su proyección, por lo menos formalmente, hacia el ámbito sustantivo. Por tal motivo, es preferible hablar siempre del “poder de disposición”,

ción razonable frente a problemas concretos, que a veces exigen soluciones no teóricas.

La protección del segundo adquirente inscrito se justifica, a veces, en el castigo a un propietario negligente⁴⁵⁶, o, en la tutela de la apariencia jurídica, en cuyo caso no solo basta la culpa del sujeto no inscrito, sino que también se necesita la buena fe del tercero. La legislación francesa e italiana, así como gran parte de su doctrina, no exige la buena fe, por lo que prefieren la primera explicación, esto es, la sola negligencia del sujeto no inscrito, sin que sea relevante el conocimiento que hubiese tenido el segundo adquirente, pues, en todo caso se aprovechó de una facultad legal: adelantarse en la inscripción. Sin embargo, en otros sistemas se necesita la buena fe, por tanto, si bien cuando el vendedor transfiere un bien al comprador, este se convierte en propietario por la regla del consenso, empero, si omite inscribirse, entonces habrá creado una falsa apariencia, consistente en que A sigue exhibiéndose como propietario en el registro, por lo que, si A transfiere el mismo bien a un segundo comprador C, y este inscribe, entonces resulta que C confía de buena fe en la falsa apariencia creada en parte por la actuación negligente de B, quien decidió no inscribirse. Por tanto, el Derecho pone en la balanza las dos acciones: la culposa del primer comprador B (cuya falta de inscripción determina que él sea creador de una falsa apariencia), que se contrapone con la buena fe del segundo comprador C (actúa bajo la confianza de la falsa apariencia creada por la omisión del primer comprador). En tal caso se prefiere la posición jurídica de buena fe, y no la negligente. Por ello mismo, en caso de que el segundo comprador C tuviese mala fe (que puede deberse a falta absoluta de diligencia, o culpa grave), entonces se equilibran ambas posiciones: B actuó con culpa, lo mismo que C, por lo que

como la prerrogativa otorgada al titular de una determinada situación jurídica a efecto de modificarla eficazmente. En este punto, cabe aclarar que el acto jurídico que no llega a producir la transmisión del derecho no es ineficaz, pues, en todo caso originará efectos en el ámbito obligacional, lo que se manifiesta en la circunstancia que el perjudicado podrá invocar los distintos mecanismos de tutela del crédito, por ejemplo, el resarcimiento, que presuponen justamente la validez y eficacia del negocio. Por tanto, un acto que no logra producir la transmisión del derecho igual es eficaz, en tanto genera consecuencias en el mundo del derecho obligacional, sin embargo, es inidóneo para producir la transmisión del derecho real. Son dos cosas distintas que aún siguen sin distinguirse.

456 Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 234.

se prefiere la posición del comprador con título más antiguo, al margen del registro o al margen de cuestiones subjetivas. En conclusión, la publicidad es un medio, no un fin, que permite ponderar las diversas conductas dentro del tráfico, y de esa forma preferir la plausible. En nuestra opinión, la buena doctrina resulta esta última.

Sin embargo, el principio de oponibilidad registral relativo expande los alcances de la inscripción declarativa, pues, conforme la evolución que se produce en muchas legislaciones nacionales, la primacía del registro también sirve para resolver conflictos de adquisiciones originarias, legales, forzosas, y, hasta duplicidad de cadenas de transmisión, según la mayor o menor incidencia que los ordenamientos nacionales confieran a la inscripción⁴⁵⁷. Por tanto, esta amplitud obliga también a reconsiderar su fundamento, pues, ya no se trata de la imputación de culpa del primer sujeto que no inscribe, por lo que ocasiona una falsa apariencia que engaña a un segundo sujeto que sí inscribe de buena fe, asumiendo que el registro publica la realidad jurídica con el antiguo transmitente aún como titular registral, por tanto, la inscripción declarativa se basa en la culpa de uno enfrentado con la buena fe del otro. En cambio, la multiplicidad de hipótesis que se incluyen en oponibilidad registral relativa determina que el sustento ya no se encuentre necesariamente en la tutela de la apariencia en favor de la víctima⁴⁵⁸, sino, en el puro adelantamiento de la inscripción, es decir, en correr hacia el registro como si de una carrera se tratase, por lo que el fundamento

457 Es reveladora la expansión producida en el sistema español: "Pero es necesario añadir que, además, que la inoponibilidad actúa en nuestro derecho con consistencia muy superior a la que se le atribuye en Francia. No es que pensemos ahora en la inoponibilidad embebida en la fe pública registral, ni que pongamos en comparación nuestra oponibilidad con la publicidad-noticia admitida en Francia. Lo que venimos a afirmar es que nuestra inoponibilidad autónoma, o mera inoponibilidad sin fe pública registral, es querida por nuestro legislador como inoponibilidad definitiva y completa: el tercero que inscribe nada tiene que temer respecto a aquello que el legislador no quiere que le perjudique. No ocurre lo mismo en la inoponibilidad francesa, que ciertamente inmuniza al comprador que inscriba respecto de la venta previamente otorgada por su mismo vendedor y no inscrita, pero que no le deja a salvo respecto a derechos de otra procedencia incompatibles con el que inscribió como suyo, ni contra los efectos de resoluciones judiciales inscribibles y no inscritas": Gordillo Cañas, A. (2004), p. 492.

458 Ibid., p. 453.

consistiría en “luchar contra la clandestinidad inmobiliaria”⁴⁵⁹, en tanto esta se reputa un mal social, o en términos más modernos, se trataría de reforzar el triunfo de la formalidad contra la sospechosa informalidad, que posiblemente esconda propósitos aviesos, defraudación tributaria o riquezas ocultas. Obviamente, todo esto es teoría.

d) Función de los aludidos principios: prevenir y solucionar (¿vigilar y castigar?)

La inscripción declarativa opera en dos tiempos: en situación de normalidad de los derechos (sin conflicto), rige plenamente la regla civil, por lo que el adquirente, sin inscripción, se convierte ya en propietario por virtud del contrato traslativo⁴⁶⁰; mientras, en situación de conflicto, la inscripción surge como criterio dirimente cuando el propietario original ha dispuesto el mismo bien en favor de dos compradores o supuestos adquirentes. El caso típico de este conflicto que resuelve el registro declarativo es la doble venta,

459 García García, J. (1993), T. II, p. 65.

460 El sistema del consenso en la transferencia de propiedad significa que el contrato traslativo resulta suficiente para producir la atribución, pues se basa en la idea que el propietario es el único interesado en lo suyo, por lo que su sola voluntad es suficiente para lograr la transmisión, por tanto, lo que subyace es una ideología liberal: el individuo es dueño de su destino y futuro, no el Estado. Más o menos esta es la misma filosofía que subyace con el criterio del título y modo, pues la tradición es un acto de particulares, pero en el que se reviste de un elemento de realidad material, para evitar perspectivas abstractas y especulativas. Por el contrario, los sistemas de registro constitutivo parten de la premisa que el Estado reparte la propiedad, no el individuo. El sistema del consenso es fruto de varias vertientes que se unen para producirlo: el racionalismo filosófico, la ideología liberal y la economía capitalista. Las ventajas que se le atribuyen son la facilitación de los intercambios, la más rápida circulación de la riqueza y la protección al comprador; sin embargo, también es necesario reconocer sus graves problemas, específicamente referidos a la seguridad jurídica de los adquirentes. En efecto, la regla consensual descarta, en principio, la utilización de un instrumento publicitario para dar a conocer las transferencias y, en general, para noticiar el estado jurídico de los inmuebles. En esta situación, el potencial adquirente se encuentra en graves dificultades para determinar quién es el propietario de un bien, y cuáles son las cargas que le afectan. En tal sentido, el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre cabe que este haya procedido a una doble venta, contra lo que el consenso queda inerte. En efecto, si la preferencia es al título más antiguo, entonces un comprador no tiene mecanismos fiables para descartar el riesgo consistente en que el vendedor ya hubiese dispuesto con anterioridad del bien. El mismo problema se presenta en los dobles actos de disposición (dos usufructos, dos superficies, etc., otorgados por el mismo transmitente).

por la que un mismo causante (vendedor) ha otorgado dos derechos incompatibles a dos o más sucesivos adquirentes (compradores). Por tanto, la propiedad, por naturaleza, es absoluta, por lo que el adquirente se convierte en titular dominical para todos los efectos cuando se consuma el hecho determinante de la transferencia, esto es, el contrato de enajenación, sin que sea decisiva la inscripción, pues se convierte, ya, en propietario por virtud del contrato traslativo. En cambio, cuando se produce una situación patológica de conflicto de títulos contrapuestos, cuyo origen es el mismo causante, entonces la inscripción (declarativa) es el criterio de preferencia que otorga la preferencia al título inscrito sobre el no inscrito. En tal caso, el primer comprador, propietario absoluto, sufre la decadencia de su derecho, por obra de la ley, a favor del segundo inscrito⁴⁶¹.

461 El sistema del consenso tiene el defecto intrínseco de la clandestinidad, por lo cual las transferencias quedan ocultas en daño de terceros. En tal sentido, pueden presentarse dos compradores sin que uno sepa del otro; o un comprador que dolosamente no es informado de la presencia de cargas en el inmueble; o del comprador que no llega a enterarse de los embargos o medidas judiciales previas que se han dictado sobre el bien que ha adquirido, prácticamente a ciegas. Por tal motivo, la fórmula para lograr que los títulos de adquisición y transmisión de inmuebles sean de público conocimiento es mediante el sistema de registro. De esta forma, la publicidad de los títulos ayuda a conocer si el enajenante ya dispuso del derecho, con lo que se evita la doble venta. En teoría, los fraudes, estafas y engaños se reducen sensiblemente con la consulta del registro. Es cierto que otros problemas quedan latentes (posesión contradictoria de un tercero, por ejemplo), pero ellos pueden indagarse y verificarse por otros medios, alejados del registro, con lo cual el riesgo en general queda sensiblemente reducido.

Los franceses que instituyeron por primera vez el principio consensual en el Código Civil de 1804 también advirtieron en forma rápidamente esos problemas. La Ley de 1855 reestableció el sistema llamado de "transcripción" (publicidad registral de los títulos), que había vivido brevemente durante la época revolucionaria. Es evidente que esta Ley se encuentra en la ruta de superar los defectos del principio consensual puro, mediante la importante regla que establece la preferencia del título inscrito en relación con el no-inscrito, por cuya virtud, disminuye el riesgo de la doble venta.

Las otras legislaciones, europeas y latinoamericanas, rápidamente introdujeron el sistema del registro, el mismo que se generaliza en el siglo XIX. El Perú, por ejemplo, lo instaura en virtud de una ley de enero de 1888, luego del fracaso de la guerra del Pacífico, como un mecanismo para constituir un sistema financiero moderno; atraer capitales a la agricultura, industria, minería y concesiones; y, en buena cuenta, salir del marasmo económico que había significado el conflicto armado.

Pues bien, en el sistema generalizado de intercambio, propio del capitalismo, los particulares buscan precaverse con el fin que las promesas sean finalmente cumplidas, esto es, que las legítimas pretensiones de los contratantes no queden defraudadas. De esta forma

¿Cuál es la función de la inscripción? En el primer momento, de normalidad, la inscripción sirve de mecanismo de prevención, pues, si bien no existe controversia sobre los derechos, sin embargo, el adquirente previene que tal circunstancia no llegue a producirse, por cuya razón, desde ya cuenta con su título inscrito, por lo que impide que lo haga cualquier otro sujeto. Acertadamente se ha sostenido que, si el único comprador inscribe, como debiera ocurrir en teoría, entonces el conflicto no surge, pero sí se le previene⁴⁶². En el segundo momento, de conflicto, los dos títulos incompatibles ya han sido otorgados en favor de distintas personas, por lo que la inscripción se convierte en el mecanismo de solución o dirimencia.

La inscripción cumple la función de prevención y solución, o tal vez, en otros términos, sirven para “vigilar y castigar”⁴⁶³.

e) La noción de “tercero”

El “tercero” es una noción recurrente en el derecho civil, y, también en el registral, que merece esclarecimientos previos.

surge la necesidad de asegurar los intercambios, de reducir a la mínima expresión el riesgo de los productores y comerciantes, de proteger sus adquisiciones. Este es el fundamento que se encuentra detrás de la creación del registro. Por tal motivo, los teóricos italianos modernos señalan que el registro constituye un mecanismo que fundamentalmente “corrige” o “redimensiona” el principio consensual, en cuanto disminuye los riesgos que le afectan. Se trata, pues, de una corrección del sistema dentro del mismo, sin salirse de él. El principio consensual se encuentra en vigencia, pero redimensionado por el registro.

462 Bizarro, A. (2012), p. 25.

463 Es inevitable comparar la función del registro, en general, y, del declarativo, en particular, con las ideas de Michel Foucault “Vigilar y Castigar”, cuya tesis señala que la sociedad disciplinaria moderna se caracteriza por establecer diversos mecanismos de vigilancia, pero todos de carácter general, que se irradian a toda la sociedad, y, de la forma más económica posible, hasta el punto que se pueda “ver sin ser visto”, lo cual tiene la finalidad de uniformizar las conductas, evitar la disidencias, mantener el statu quo, aumentar la producción. La vigilancia no es suficiente, pues se necesita castigar, pero no con los métodos de barbarie, como en el pasado, sino “humanizada”, pero con la pretensión de aplicarse a todos los infractores, en forma general, con una estructura en que el daño inflingido al autor supere el perjuicio del delito, no con excesos, pues la finalidad es mantener el orden social, no subvertirlo o fomentar la delincuencia. Pues bien, el registro sería una forma de “vigilar”, de “ver sin ser visto”, en la que el Estado y los poderes fácticos conocen la situación patrimonial de las personas, y, en caso de inobservancia de las reglas disciplinarias (deber o carga de inscribir), entonces ocurre el castigo de perder el derecho, esto es, el sujeto que no inscribe queda privado de su prerrogativa.

En primer lugar, el “tercero civil” se vincula con la noción de “relación jurídica”⁴⁶⁴, en el sentido que esta vinculación entre dos polos situados en el mundo del derecho: uno, el titular de la prerrogativa, mientras el otro, obligado, asume el deber en beneficio de aquel, por tanto, los sujetos de cada polo se denominan “partes”, por lo que, toda persona que se encuentre fuera de esa relación será considerado “tercero”.

El contrato es un acto bilateral patrimonial que genera una relación jurídica entre titular y obligado, que son los portadores de las facultades y deberes que surgen de ese vínculo legal, por lo que “tercero” será toda persona ajena o extrañal, como ocurre, por ejemplo, cuando el acto es celebrado por A y B, entonces cualquier C será tercero. El art. 1363 CC establece que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan, lo cual alude a su eficacia relativa o inter partes. El art. 1457 CC permite una modalidad de contratación “en favor de tercero”, en cuyo caso, el acto es celebrado por dos partes: promitente y estipulante, aunque una de las prestaciones se ejecuta “en beneficio de tercera persona”, en tanto esta no es celebrante del contrato, sino beneficiario, aunque igual se necesita su aceptación para lograr que la atribución patrimonial sea irrevocable (art. 1458 CC). Cualquiera que fuese la construcción dogmática de esta figura, el tercero no queda obligado, pues solo obtiene una ventaja, que, además, requiere su asentimiento. Luego, el art. 1470 CC regula la “promesa de la obligación o del hecho de un tercero”, en el que nuevamente se hace referencia a un sujeto extraño al acto, que, si bien constituye el punto de referencia de la prestación del promitente, sin embargo, el tercero mantiene plenamente su libertad jurídica, por lo que la aludida promesa no lo vincula ni genera obligaciones a su cargo.

No obstante, es común que un sector doctrinal incurra en el equívoco de sostener que el contrato, específicamente los traslativos de derechos reales, constituyen un “ejemplo” de “eficacia frente a terceros” de los contratos, por lo que, el art. 1363 CC quedaría descartado. La objeción es inválida. Una cosa es el acto, cuyos derechos y obligaciones solo competen a las partes, por tanto, los terceros son ajenos a ese acto, y, no quedan vinculados. Otra es el derecho que puede nacer del contrato, por cuya razón, si se trata de

464 García García, J. (1993), T. II, p. 33.

derecho real, entonces este se opone en abstracto a los terceros en general, pero ello no genera deberes u obligaciones particulares o concretas a estos últimos⁴⁶⁵.

La conclusión es que el “tercero civil” comprende a todos los sujetos que no son las partes, y, en virtud de ello, son extraños de aquella relación jurídica. Este concepto, entonces, puede resumirse como “no parte” para aludir a quienes no están obligados.

En segundo lugar, el “tercero en general” resulta aplicable en el ámbito de los derechos reales, que, precisamente, constituyen prerrogativas universalmente eficaces, por lo que, se trata de un ámbito unitario de facultades exclusivas para su titular, pero excluyentes erga omnes, es decir, en forma abstracta se oponen a todos los terceros -a quienes en forma artificiosa se considera “obligados” o “sometidos a deber general de respeto”, a diferencia del caso anterior-, a los que también se denomina “terceros no interesados”, “terceros indeterminados”, “*poenitus extranei*” (= completamente extraños), por tanto, comprende a todos quienes el derecho real les resulta indiferente, pues no obtienen beneficio o perjuicio alguno.

En tercer lugar, la doctrina y algunas legislaciones hablan de “terceros interesados”, que comprende a quienes resultan titulares de un derecho sobre el bien, inscrito o no inscrito, que, por tal motivo, entran en conflicto, sin embargo, por cuestión sistemática, los “terceros interesados” son desplazados por el “titular registral protegido”, a quien el sistema publicitario atribuye la prerrogativa discutida, conforme se explica en el siguiente párrafo, por tanto, para evitar superposiciones, el “protegido” dejará la categoría de “tercero interesado”. Es necesario precisar que el conflicto podría realizarse entre título inscrito-título no inscrito (incompatibilidad total), pero también entre título inscrito anterior-título inscrito posterior (incompatibilidad parcial)⁴⁶⁶.

465 “El contrato tiene siempre (salvo casos excepcionales) efectos solo entre las partes, mientras que la relación jurídica que surge de aquella, si tiene naturaleza real, extiende su eficacia erga omnes”: Ferri, L. (1981), p. 153.

466 “Una ‘oposición’ implica una incompatibilidad de posiciones jurídicas que no pueden ser simultáneamente satisfechas en el todo. Solo un tercero que ostente un derecho incompatibilidad

Los primeros serían los que, junto con el tercero registral, también han adquirido un derecho en conflicto con aquel, solo que no se inscribió o se hizo en forma posterior, por tanto, se trata de un tercero que entra en disputa con el sujeto inscrito. Los segundos, por el contrario, serían los terceros en general, indeterminados, que no sufren perjuicio alguno con la inscripción.

En cuarto lugar, el “tercero registral” es el sujeto que adquiere algún derecho y resulta protegido por el sistema de publicidad, por ello, necesita la inscripción, pero, conforme a las particularidades de las normas reguladoras, también puede requerir la buena fe, el título oneroso u otros. En tal sentido, es necesario precisar la denominación por “tercero registral protegido”, que cuenta con la inscripción del derecho adquirido, pero también cumple todos los requisitos adicionales que exige la ley para gozar de la tutela publicitaria, mientras el exclusivo “tercero registral” sería el inscrito, pero no necesariamente protegido, por ejemplo, por falta de buena fe.

El “tercero registral protegido” en el caso del principio de inscripción declarativa, será aquel titular que logra la inscripción (art. 1135 CC), aunque la norma no utilice esta denominación, por tanto, en virtud de las normas reguladoras del sistema publicitario, resulta preferido en el conflicto con los títulos no inscritos. Por ejemplo:

A _____ B (Venta no inscrita)

A _____ C (Venta inscrita)

El tercero registral es C, también llamado “latino”, y, definitivamente, para ser tal, se necesita la inscripción de su título, en concordancia con el uso del adjetivo “registral”⁴⁶⁷, pues, fundamentalmente, el beneficiado del sistema publicitario tiene que haberse acogido a la publicidad. Luego, el legislador, conforme a los distintos intereses en juego, puede establecer distintos requisitos adicionales

tible se encontrará en la situación de que se le ‘oponga’ algo”: López de Zavalía, F. (1983), p. 267.

467 “El protegido por el registro es, por definición, un adquirente; el registro sirve esencialmente para eso: para proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados”: Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 238.

Finalmente, con fines de precisión, puede analizarse la siguiente frase, basada en el anterior esquema: “*C triunfa frente a B, y, en vista de ello, tiene eficacia erga omnes*”. Pues bien, esa frase, desde la perspectiva de los terceros se lee así: “*El tercero registral protegido C triunfa frente al tercero interesado B (cierto sujeto que entró en conflicto), y, en vista de ello, su derecho es plenamente oponible contra los terceros en general, no interesados o indeterminados*”. Los problemas comprensivos o interpretativos se originan muchas veces por el uso promiscuo y descuidado del término. Por tanto, hay que estar prevenidos frente a los equívocos por la sinonimia del vocablo, pese a la diferencia de significado o contenido⁴⁶⁸.

468 Es necesario recordar que la presente distinción tiene alcance dogmático-general, pero, ello no obsta que pueda modificarse los significados en virtud de las normas concretas. Por ejemplo, el art. 2505 CC Argentino, modificado por Ley 17.711, ya derogado, estableció: “*La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas*”, con lo que se acoge la regla: “los actos no inscritos no son oponibles a terceros”, o, en viceversa, “los actos inscritos son oponibles a terceros”. La pregunta que se hizo la doctrina argentina es: ¿qué significa “tercero”? pues, la pluralidad de acepciones permitía sostener la adopción de un registro constitutivo o uno declarativo, según se defina “tercero” como no interesado o interesado, respectivamente. En el primer caso, si el acto no es oponible frente a terceros en general o no interesados, entonces el registro es prácticamente constitutivo, o cuasiconstitutivo (solo hay transmisión del derecho real entre los contratantes). En el segundo caso, si solo se trata de terceros interesados, entonces hay un problema de oponibilidad entre los titulares en conflicto, inscritos o no inscritos, pero no frente a los terceros en general, lo que lleva a un registro declarativo. La tesis prevaleciente en ese país fue esta última: Cornejo, A. (2001), pp. 36-39. Sin embargo, la redacción de la norma es harto defectuosa, pues, en puridad, si los actos no inscritos son inoponibles entre los terceros interesados, entonces uno no sería oponible frente al otro, pero el otro tampoco frente al uno. En forma aguda: “si Pedro vendió a Diego, y luego el mismo Pedro vendió a Juan, este Juan es un tercero respecto a la venta de Pedro a Diego, y podrá prevalerse de la falta de inscripción, sin necesidad de haber él inscrito su adquisición, pues el art. 2505 no lo exige. Pero como, a su vez, Diego es un tercero respecto a la venta que Pedro hiciera a Juan, Diego podrá también prevalerse de la falta de inscripción de la adquisición de Juan. Cada uno invocará la inoponibilidad de la adquisición del otro, produciéndose una suerte de neutralización de inoponibilidades y que hará que todo se resuelva por las reglas extrarregistrales”: López de Zavalía, F. (1983), p. 269, por tanto, la solución tiene que encontrarse en las reglas civiles. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha reproducido, en la práctica, el mismo error con el art. 1893: “*La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente*”. Una mejor redacción para llegar a la misma conclusión, sin tanta

f) ¿Es preferible la inscripción declarativa o la constitutiva?

Un problema fundamental en el derecho privado se centra en determinar el momento de transmisión de los derechos, en tanto, puede optarse por el consenso, tradición o inscripción constitutiva, sin embargo, el reconocimiento de la publicidad también admite el sistema alternativo de “inscripción declarativa”, o “principio de publicidad” o “inoponibilidad de lo no-inscrito”. Por tanto, el acto inscrito no determina el nacimiento del derecho, sino un mecanismo de aseguramiento frente a los reclamos de terceros⁴⁶⁹.

En el caso de la inscripción constitutiva, el primer comprador que no inscribió no llega a ser propietario por falta del requisito legal, por tanto, ese primer comprador no pasa del ámbito obligacional, en tanto, es acreedor del dominio⁴⁷⁰, pero no logra la titularidad real, es decir, no es propietario. En cambio, el segundo comprador que sí inscribe cumple íntegramente la ley de circulación de los bienes inmuebles, en consecuencia, se convierte en propietario, sin importar que haya existido, antes que él mismo, un primer comprador. Por otro lado, en el caso de la inscripción declarativa, el primer comprador llegará a ser propietario si es que cumple la ley de circulación de los bienes inmuebles (consentimiento o entrega); sin embargo, ese adquirente sufre el riesgo teórico de que sea vencido en caso se inscriba un derecho incompatible con el suyo. Si ello ocurre, el segundo comprador -con inscripción- será preferido, por lo que se convierte en propietario, en desmedro del primero, cuya adquisición se extingue. La inscripción declarativa no es un modo de adquisición, sino un mecanismo de preferencia o aseguramiento de derechos. No quiere decir que antes de la inscripción no se adquirió la propiedad; todo lo contrario, pues ya se cuenta con el derecho, pero en condición de atacable o extingible, en mérito de una situación jurídica que el legislador considera preferente (tercero inscrito, a veces, con

polémica, sería: “El conflicto entre título no inscrito y título inscrito, ambos oponibles, se resuelve en favor de este último, siempre que cuente con buena fe y título oneroso”.

469 Carretero, T. (1965), p. 90.

470 Puede definirse como “acreedor del dominio” a “aquellos sujetos que tienen derecho a recibir un bien en condiciones de hacerlo propio. Se trata pues de quien aún no es propietario, pero tiene un derecho de crédito de cuya satisfacción resultará la adquisición de la propiedad de un bien”: Clemente, M. (2000), p. 17.

otros requisitos)⁴⁷¹. Por su parte, un destacado civilista italiano señala que la transcripción de títulos cumple los fines de completar, conservar y asegurar los efectos ya nacidos por el solo mérito del contrato traslativo⁴⁷².

En el Perú, desde hace un siglo se discute la conveniencia, o no, de modificar el sistema de transferencia de propiedad, proponiéndose el registro constitutivo por algunos de los miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, que se constituyó en la década de los 20's del siglo pasado. El mismo debate se presentó en los trabajos preparatorios del que sería el actual Código de 1984, y, luego de ello, también se formularon propuestas en tal sentido. Por tanto, la pregunta planteada en este acápite se responde, conforme a nuestra realidad social, económica y jurídica, por lo que la respuesta se divide en tres partes.

En primer lugar, las reformas no pueden fundarse en el mero voluntarismo del legislador, sino en la realidad social y en la institucionalidad que le sirve de soporte. Algunos datos al respecto:

- a) El registro constitutivo supone el triunfo de la rigidez, el intervencionismo y el estatalismo, pues la adquisición de derechos reales queda supeditado a la actuación de un funcionario, con todos los problemas que de ello puede derivarse; mientras el registro declarativo implica una mayor libertad personal, flexibilidad y simplicidad, acorde con la idea de que la propiedad nace de la acción humana individual⁴⁷³.

471 En forma muy gráfica se dice: "Los derechos reales nacen desde luego fuera del Registro, con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero, (...), si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. Frente a la persecución de la acción real, en el Registro hay un derecho de asilo; frente a la embestida de derechos extrarregistrales, la inscripción como ha dicho González Palomino, 'es un burladero'. Tal es la posición del Registro español: el Registro no es cuna, sino castillo. En el castillo no se nace; se defiende" Núñez Lagos, R. (1948), p. 106.

472 Cit. Rubio, T. (1994), p. 184.

473 En crítica del sistema alemán se ha dicho: "Todo esto es el fruto de una mentalidad conservadora, paternalista, que no nos parece pueda constituir un progreso respecto de los sistemas de tipo franco-italiano, por lo menos si se entiende por progreso aquello que se actúa en la adopción de formas siempre más libres": Ferri, L. (1981), pp. 7-8.

b) El registro constitutivo de inmuebles supone que la ley solo considera propietarios a quien se encuentra formalmente inscrito en el registro, por lo que todos los otros, sin inscripción, solo tienen la condición de poseedores no-propietarios. El Perú adolece de un 70% de informalidad en el registro de predios, es decir, la información que brinda el registro no es real, y se encuentra desfasada en 7 de cada 10 inmuebles. El porcentaje, por supuesto, es mucho mayor en el ámbito rural. En tal contexto, instaurar el registro constitutivo implicaría que un alto porcentaje de ciudadanos peruanos, que son propietarios de sus viviendas o parcelas, sin embargo, a partir de ahora, no podrán defender su derecho en el ámbito judicial o extrajudicial, pues no serán considerados propietarios por ausencia de inscripción. El problema anterior no se salva con una disposición transitoria, por la cual, la nueva norma se aplicaría solo a los propietarios que adquieran su derecho con fecha posterior a la vigencia de la ley, pues con tal nivel de informalidad, es evidente que los nuevos propietarios tampoco podrán inscribirse por falta de inscripción de su transferente. La consecuencia será que en pocos años habrá un alto número de propietarios que no lo serán para la ley, por ausencia de registro, por lo que ya no serán propietarios informales, sino poseedores no-propietarios. El problema de la informalidad de la propiedad no se supera mágicamente con la instauración del registro constitutivo, pues este tema no es la causa, sino la consecuencia. En realidad, las causas son los altos costos de la formalidad, tanto notarial, registral, municipal, administrativo y judicial.

En segundo lugar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la cuestión deberá centrarse en los siguientes aspectos:

c) El actual registro declarativo es el mejor sistema de protección del tráfico jurídico, pues, cuando no existe conflicto de títulos, entonces el comprador es propietario por efecto que el vendedor ya manifestó su voluntad en tal sentido, sin necesidad del registro, y eso tiene que respetarse (art. 949 CC). Por el contrario, cuando existe conflicto de títulos, el sistema otorga seguridad al comprador di-

ligente que inscribió (art. 1135 CC), por lo que se otorga preferencia al título inscrito, en forma análoga a un registro constitutivo, pero de forma más flexible, pues no se aplica en todos los casos y circunstancias, incluso sin conflicto, sino que la regla del registro otorga seguridad en caso de contienda de títulos, pero no fuera de ese ámbito, porque es superfluo. En efecto, el registro constitutivo no es necesario, pues la seguridad jurídica se logra, con mayores ventajas, a través del registro declarativo. El conflicto de la doble venta implica, en el caso del registro constitutivo, que triunfe el título inscrito frente al no inscrito, pues la transferencia de propiedad recién se consumó con la publicidad registral, y no antes. El registro declarativo, y seguramente para sorpresa de muchos, represente una solución análoga, es decir, vence el primer inscrito de buena fe, que tiene la preferencia en el caso de conflicto de titularidades, pues, uno y otro sistema protegen la inscripción, por lo que no existen diferencias en el ámbito conflictual, pero en forma moderada.

- d) La falta de conflicto se produce cuando el vendedor celebra un contrato de enajenación con el comprador, sin que exista un tercero en disputa, por tanto, el único comprador es el propietario, aun sin inscripción. Según el sistema constitutivo, el vendedor se mantiene como propietario, a pesar de que probablemente este ya recibió el pago del precio, ya traspasó la posesión, ya se desentendió del bien y no tiene interés alguno en él. En cambio, en el registro declarativo el comprador se convierte en propietario por virtud del contrato traslativo eficaz, lo que resulta más lógico con la intención de las partes, con la realidad social y la propia celeridad del tráfico. En suma, puede realizarse el siguiente análisis: (a) en el conflicto de titularidades, la solución de ambos sistemas (constitutivo y declarativo) es la misma, pero más ponderada en este último, en tanto la preferencia se otorga en ambos casos al titular inscrito; (b) en la falta de conflicto, cuando solo existe un vendedor y un comprador, aunque este último no inscriba, entonces no existe razón para considerar propietario al vendedor, en tanto este ya manifestó su voluntad de enajenación. Por tanto, la diferencia

entre los dos sistemas registrales, con algunas particularidades, se manifiesta en la hipótesis (a). El registro declarativo otorga análoga protección para los casos patológicos en los cuales exista controversia de títulos, pero resulta más flexible y acorde a la realidad social en las situaciones comunes y ordinarias en las que no exista controversia, pues, en tal caso, el comprador será considerado propietario por virtud del respectivo título jurídico de adquisición. En resumen, igual protección y mayor flexibilidad abonan decisivamente a favor del sistema declarativo.

En tercer lugar, en el caso peruano, los presupuestos de un registro constitutivo no se cumplen, por lo que ni siquiera es posible pensar en esa solución utópica:

- e) El registro constitutivo presupone que la propiedad en el Perú se encuentra saneada, pero esa no es la realidad de nuestro país, pues, no es casualidad que los actuales candidatos presidenciales prometan la entrega de miles y miles de títulos de propiedad, lo que significa que la propiedad no está saneada, ni física ni legalmente.
- f) El registro constitutivo presupone que exista un catastro actualizado, lo que aún no se ha logrado en un país con geografía difícil, escasos recursos públicos, débil institucionalidad, y, que en todo este tiempo no ha podido contar con un levantamiento único, seguro y correcto del territorio. Sin catastro, el registro constitutivo es un saludo a la bandera.
- g) El registro constitutivo presupone que la calificación de legalidad de los títulos la realizan jueces, o se encuentra sometida a la revisión inmediata de jueces, pues, en ese caso, la adquisición de la propiedad está condicionada al registro, por tanto, la decisión tiene que ser realizada por un funcionario independiente, imparcial, con estatuto propio y específico, que resuelva basado en la ley⁴⁷⁴.

474 Es el caso del registro suizo, las decisiones registrales son obra de funcionarios de la administración pública (primera y segunda instancia), sin embargo, en caso de que el ciudadano no se encuentre conforme, el recurso final se dirige en forma directa al Tribunal Federal. El registro se regula por la Ordenanza de 23.09.2011, vigente desde el

h) Por otro lado, las inconveniencias prácticas (jurídicas) del registro constitutivo saltan a la vista. Así, actualmente el crédito hipotecario se basa en que el comprador (no-inscrito), pero ya propietario del bien por el registro declarativo, hipoteca el predio a la entidad financiera, pese a que todavía no ha cancelado el precio. En cambio, con el registro constitutivo, el comprador no-inscrito no podría hipotecar, por lo que tendría que esperar la inscripción de su propio título, pero el vendedor, a quien no se le ha pagado el precio, normalmente no aceptará firmar la escritura pública cuando todavía se le adeuda el pago de parte sustancial del precio.

La conclusión, desde la perspectiva sociológica, y desde la conceptual, es que no existe razón alguna para modificar el sistema actual de registro declarativo, complementado con el principio de oponibilidad registral relativo⁴⁷⁵.

01.01.2012, que reemplazó a la norma de 1910: Mateo y Villa, I. (2013), p. 49. Por su parte, en el registro austriaco, “los jueces tienen a su cargo el Registro como una sección aneja al Juzgado, pero con absoluta independencia respecto al público. Solamente en Viena, y por la única razón del volumen de asuntos hay jueces especiales con la misión exclusiva de ser registradores”: López, J. (1995), p. 318. Finalmente, en el norte de Italia rige por el sistema tabular austriaco, inspirado en el modelo germánico, en tanto las provincias del norte de Italia, tales como Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia, y algunas comunas de las provincias de Udine, Brescia, Belluno e Vincenzo, formaron parte territorial del Imperio Austro-Húngaro. Por tal motivo, el Real Decreto de 28.03.1929, n. 499, incorporó el texto de la antigua Ley del Imperio de fecha 25.07.1871, n. 95. La historia se narra en: http://www.librofondario.provincia.tn.it/cosa_sistema_tavolare/pagina2.html, con variantes. El texto en: http://www.librofondario.provincia.tn.it/binary/pat_libro_fondario/leggi_circolari/LEGGE_TAVOLARE_it2016.1465397040.pdf, en especial, el art. 75, por cuya virtud, un juez unipersonal, nombrado por el presidente del tribunal, resuelve o rechaza las inscripciones, y el reclamo lo decide el tribunal (art. 126). El resto de Italia se rige por el registro declarativo, de inspiración francesa, como puede verse en el instructivo artículo de: Liotta, G. (2010), <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-33/1077-el-registro-de-la-propiedad-en-italia-0-6257877486066779> (consulta: 18.08.2021).

475 Un ejemplo paradigmático de registro constitutivo fracasado en América Latina es el caso de República Dominicana, en el que un alto porcentaje de personas no han podido inscribir sus títulos, por lo que no son propietarios, pese a que pueden tener una posesión de cincuenta años o más. Pese a todo, los jueces no se atreven a desalojar a esos compradores sin inscripción, por el drama social que ello produciría. La consecuencia es que en dicho país hay “propietarios reales” (sin inscripción), pero que no pueden invertir por la inseguridad jurídica, y “propietarios formales” (con inscripción), que lo son de puro papel, pues, jamás podrán recuperar la posesión del bien. Este es el peor de los mundos

6.3.2. Análisis normativo (i): art. 1135

Es necesario recordar que la oponibilidad registral relativa comprende todos los casos de la inscripción declarativa, pero también otros. El primero es género (“protección del título inscrito incompatible con el título no inscrito, sin necesidad de que el transmitente sea la misma persona en los títulos enfrentados”). El segundo, la especie (“protección del título inscrito incompatible frente al título no inscrito, cuando ambos provienen del mismo transmitente”). Luego de ello recién es posible el análisis de un ordenamiento concreto.

El sistema registral peruano no es fruto de una construcción teórica propia, ni de la adopción de un modelo puro, sino de la importación de uno cercano por razones idiomáticas, como el español, que ha influenciado la normativa del registro desde la primigenia Ley de enero de 1888, luego en el Código de 1936, para llegar hasta el actual Código Civil de 1984. Es una vinculación fuerte en cuanto comparte muchas de las reglas de eficacia del sistema, además, continuada a lo largo del tiempo, pero ello no ha impedido que el nuestro contenga disposiciones propias, fruto de la experiencia y reflexiones locales, por tanto, no es posible un análisis acrítico de su fuente inspiradora, o meramente repetitivo de la doctrina de ese país. La sumisión es uno de los mayores defectos de los autores nacionales frente a las ideas de sus homólogos españoles, lo cual hace perder de vista nuestras particularidades -no advertidas-, o, trata de forzar la interpretación -ocultando las diferencias- para calzarla con las opiniones peninsulares.

Las normas fundamentales que regulan el conflicto entre títulos incompatibles, uno, inscrito y, el otro, no-inscrito, son los arts. 1135, 2022, 1° y 926 CC.

posibles, pues no hay inversión ni acceso al crédito. Por tanto, el registro constitutivo, por sí solo, no es solución frente a los problemas del tráfico inmobiliario, como lo demuestra la experiencia de otros países.

a) **Supuesto normativo: Conflicto de títulos voluntarios (de derechos reales) total o parcialmente incompatibles con transmitente común en una misma partida**

El art. 1135 CC resuelve un conflicto de títulos voluntarios generadores de derechos reales que resultan incompatibles total o parcialmente, cuyo origen se encuentra en un mismo sujeto que ha celebrado dos o más actos de disposición o gravamen en favor de personas distintas, pero respecto de un mismo bien inmueble⁴⁷⁶.

El supuesto de hecho de la norma opera en el siguiente ámbito:

- a) Títulos generadores de derechos reales en conflicto⁴⁷⁷, lo cual se deduce de la consecuencia legal, pues, la preferencia que otorga la inscripción del título, determina que su objeto sea cualquier derecho real, en cuanto se trata de los actos naturalmente inscribibles (art. 2019-1 CC), no los derechos obligacionales, que normalmente se encuentran excluidos de la publicidad, pues aunque algunos de estos tiene acceso en el registro, como el arrendamiento y la opción, sin embargo, ambos actos cuentan con normas registrales propias para solucionar su particular controversia con otros derechos (1670, 1708, 2023 CC), por tanto, en virtud del principio de especialidad normativa, el art. 1135 solo se refiere al choque que se produce entre derechos reales sobre un mismo inmueble, máxime cuando el indicado precepto habla de “preferencia” en la entrega, lo cual significa que el conflicto resuelve la adquisición de la cosa en sí, pues el conflicto solo se presenta en el ámbito real, en tanto los acreedores en los derechos obligacionales mantienen, sin excepción, todos los mecanismos de tutela del crédito, como la reso-

476 “Pero debe observarse que, a este respecto, la transcripción no sirve para conferir eficacia *erga omnes* al derecho; sirve para establecer la preferencia entre dos derechos del mismo contenido, los cuáles si son derechos reales, son ambos eficaces *erga omnes*; pero cuál de los dos derechos reales prevalezca sobre el otro, depende, no de la prioridad de la adquisición, sino de la transcripción”: Messineo, F. (1979), T. III, p. 569.

477 Es presupuesto la validez de todos los títulos, pues ello resulta necesario para que exista un conflicto de este tipo, en tanto la nulidad o invalidez de uno de ellos, deja en solitario al otro, con lo que se elimina la disputa, por lo que el caso tendría que resolverse según las normas civiles generales.

lutoria y/o indemnizatoria (art. 1219 CC)⁴⁷⁸, en consecuencia, todos ellos pueden ser satisfechos en ese ámbito, por lo que no es posible hablar de “conurrencia de acreedores”, mientras que en el campo de los derechos reales, caracterizados por su exclusividad, sí es posible la contienda, que requiere el triunfo de uno, pero la derrota de los otros. Por tanto, la norma ofrece una solución real, pese a su ubicación sistemática en el libro de derecho de obligaciones, que constituye, visto lo antes señalado, un simple error de técnica legislativa, no decisivo ni determinante.

- b) Títulos en conflicto que tengan contenido posesorio, por cuya razón, la norma habla de “preferencia en la entrega”, con la importante atinencia de que casi todos los derechos reales inmobiliarios son posesorios, salvo la servidumbre negativa o la hipoteca.
- c) Títulos en conflicto que se basan en la unidad del sujeto transmitente, pluralidad de los potenciales adquirentes y pluralidad de actos jurídicos⁴⁷⁹: El principio de inscripción declarativa opera bajo la certeza de la propiedad originaria, que no se discute, pues ambos potenciales adquirentes derivan del mismo transmitente. Esta situación se contrapone con los casos de cadenas paralelas de titularidad, pues en cada una de ellas existe un propietario original, distinto del otro, por lo que adolece incertidumbre sobre el origen del dominio, ya que no se identifica un propietario único e indiscutido. El caso típico es la doble venta, por cuya virtud, un mismo vendedor, respecto un inmueble, ha celebrado dos títulos contractuales con distintos compradores.
- d) Títulos en conflicto que ocasionan incompatibilidad total o parcial, pues la norma determina que uno solo de ellos obtenga la “entrega”, mientras el otro, no. El primer caso (total) puede desdoblarse

478 En efecto, los acreedores preteridos o defraudados mantienen intacto su vínculo obligatorio con el deudor común, por lo que podrán instar acciones contractuales de incumplimiento o saneamiento, por tal razón, el precepto legal en cuestión no ofrece una solución “obligatoria” al problema, pues, todas las obligaciones son válidas y, en todo caso, siempre entrará a discutirse la responsabilidad del deudor por incumplimiento, sino, más bien una solución “real”, por cuanto se establece la pertenencia del bien con un titular.

479 Pau, A. (2001), p. 572.

en dos supuestos: (i) Conflicto entre derechos iguales, que determinan la imposibilidad de disfrute conjunto, por tanto, solo uno es preferido, como sucede en la doble venta, por lo cual, un comprador recibe todo el derecho, mientras el otro, no; (ii) Conflicto entre derecho mayor y menor, pero en el que resulta beneficiado el mayor, mientras el menor queda excluido totalmente, como ocurre, por ejemplo, cuando el propietario celebra dos actos: uno de venta, otro de usufructo, pero el primero resulta inscrito, por cuya virtud, tratándose de una prerrogativa mayor, entonces absorbe todas las facultades sobre el bien, por lo que el derecho menor queda fuera de juego. En el segundo caso (parcial), los dos sujetos en conflicto reciben el derecho adquirido, sin embargo, uno de ellos lo hará mediante un ejercicio reducido, como ocurre en el conflicto entre derecho mayor y menor, pero, este último resulta preferido, por tanto, el derecho mayor queda reducido en su ejercicio por el segundo, mientras este se desenvuelve con normalidad, como ocurre, por ejemplo, en el choque entre propiedad y usufructo, con dirimencia en favor del segundo, por lo que la propiedad queda reducida en sus facultades naturales durante la vigencia del usufructo.

- e) Títulos en conflicto de origen contractual, o, por lo menos, voluntario (actos unilaterales inter vivos o legados), pues, la norma exige que “el deudor se ha obligado a entregarlo”, es decir, él mismo, por acto de voluntad, con lo cual se descarta su aplicación en el caso de títulos hereditarios o modos adquisitivos legales (usufructo, accesión, etc.).

Es decir, la inscripción declarativa es criterio de preferencia que opera exclusivamente cuando se presenta un conflicto de títulos (inscrito y no inscrito), en relación con el mismo bien, siempre que los dos sucesivos deriven de un transmitente común⁴⁸⁰. El derecho preferido siempre será absoluto (art. 1135 CC). En cualquier caso, la publicidad del registro (declarativa) “es un mecanismo de solución de los conflictos entre sujetos que hacen valer

480 Zatti, P. & Colussi, V. (2005), p. 984.

sobre el mismo bien, derechos en contradicción”, o, “una de las funciones principales de la publicidad de estos registros (inmobiliarios) es aquella de resolver el conflicto entre varios adquirentes del mismo titular”⁴⁸¹.

b) Hipótesis concretas incluidas

El art. 1135 CC opera en el enfrentamiento de dos títulos voluntarios generadores de derechos reales, uno inscrito y el otro no-inscrito, que derivan del mismo transmitente, por tanto, se trata del típico “tercero latino” o principio de inscripción declarativa, es decir, el caso del titular inscrito que no se perjudica por el titular no inscrito, incluso cuando este sea de fecha anterior, siempre que ambos deriven del mismo titular precedente. Los casos incluidos, entre otros, son las siguientes⁴⁸²:

- Primero⁴⁸³: A _____ B (Propiedad no inscrita)
A _____ C (Propiedad inscrita)
- Segundo⁴⁸⁴: A _____ B (Modalidad de propiedad no inscrita)
B _____ C (Propiedad inscrita)
- Tercero⁴⁸⁵: A _____ B (Propiedad no inscrita)
A _____ C (Derecho real menor inscrito)
- Cuarto⁴⁸⁶: A _____ B (Derecho real menor no inscrito)
A _____ C (Propiedad inscrita)
- Quinto⁴⁸⁷: A _____ B (Derecho real menor no inscrito)
A _____ C (Derecho real menor inscrito)
B y C de la misma magnitud

481 Ferri, L. (2004), pp. 272-273.

482 Puede verse el esquema planteado por: Ferri, L. (1981), pp. 163-165.

483 Ejemplo: doble venta, una no inscrita y otra inscrita.

484 Ejemplo: acto voluntario de superficie no inscrita vs. venta inscrita.

485 Ejemplo: venta no inscrita vs. acto voluntario inscrito de usufructo, servidumbre, uso, habitación, servidumbre posesoria o anticresis.

486 Ejemplo: acto voluntario inscrito de usufructo, servidumbre, uso, habitación, servidumbre posesoria o anticresis vs. venta inscrita.

487 Ejemplo: doble acto voluntario de usufructo, o uso, o habitación, o servidumbre posesoria o anticresis, uno inscrito y el otro, no. Es bueno señalar que estos derechos menores podrían no entrar en conflicto, si es que ambos no coinciden sobre la porción de la finca gravada, como podrían ser dos servidumbres de paso pero que transcurren por franjas distintas: Ferri, L. (1981), p. 164.

Sexto⁴⁸⁸: A _____ B (Derecho real menor no inscrito)
 A _____ C (Derecho real menor inscrito)
 B y C no son de la misma magnitud

Es necesario reiterar que los derechos reales en conflicto se originan por títulos voluntarios, contratos o actos unilaterales (art. 1135 CC), y, en ningún caso se aplica a los derechos obligacionales, no solo porque normalmente no son actos inscribibles, sino, además, porque en los pocos casos que sí tengan acceso al registro, se ha previsto sus propias normas reguladoras de conflicto (arts. 1705, 1708, 2022, 2°, 2023 CC), y, además, porque en el caso del contrato de opción y el embargo judicial, no son situaciones jurídicas posesorias, por lo que no surge la “obligación de entrega”. No obstante, en el contrato de arrendamiento, a diferencia de los antes señalados, el arrendador queda obligado a la entrega del bien en favor del arrendatario (art. 1681-1 CC), pero incluso, en tal supuesto, no aplica el principio de inscripción declarativa, sino la regla especial contenida en el art. 1705 CC, por cuya virtud, el contrato de arrendamiento concluye, sin atenuantes, cuando el arrendador no es el propietario, al margen de la inscripción de uno u otro. Nótese que el art. 1708 CC se refiere a una hipótesis diferente: el arrendamiento, normalmente de eficacia obligacional, empero, cuando se inscribe, puede oponerse a terceros sucesivos, pero nada dice del problema previo, consistente en que el arrendador no sea propietario, lo cual se resuelve en virtud del antes citado art. 1705.

En cualquiera de los casos el resultado es una incompatibilidad total o parcial de los títulos, pues la preferencia en la entrega del inmueble solo favorece a uno, no al otro, en cuyo caso, el derecho preterido queda descartado por incompatibilidad total, o el derecho queda disminuido en su ejercicio, por incompatibilidad parcial. En el primer caso (total), por ejemplo, se encuentra la doble venta, o el doble usufructo, pues uno de ellos elimina al otro, pero también cuando el título preferido se corresponde con el derecho mayor, mientras el perjudicado es el derecho menor, de tal suerte que este último queda completamente absorbido con el anterior, por lo que la

488 Ejemplo: acto voluntario de usufructo vs. servidumbre, uno inscrito y el otro, no.

incompatibilidad es total. En el segundo caso (parcial), la controversia se produce entre derecho mayor y menor, pero con la preferencia en favor de este último, por tanto, la venta no inscrita no perjudica el usufructo inscrito, pero, en tal supuesto, este último no deroga la propiedad, sin embargo, queda reducido en su ejercicio.

c) Consecuencia normativa: Tercero registral protegido

El esquema-base del conflicto puede sintetizarse de la siguiente forma:

A _____ B (Primera Venta: no inscrita)

A _____ C (Segunda Venta: inscrita)

En tal sentido, si solo hubiera la primera relación A-B opera la regla consensual (art. 949 CC), pero ya con la existencia de las dos relaciones, entonces la situación patológica se resuelve en favor del inscrito C, que pasará a tener la condición de “tercero protegido” frente a la relación que no le afecta A-B, pues la inscripción, en su caso, tiene la función constituirse en mecanismo de garantía de los derechos de quienes acuden al registro, no de adquisición, pues, el registro funciona de cerrojo frente a las pretensiones o reclamos de cualquiera que no cuente con inscripción.

Los requisitos específicos de protección del tercero registral son los siguientes:

- a) **Inscripción del título:** El art. 1135 CC señala en forma explícita que el sujeto preferido en el conflicto de títulos es el inscrito, pues, el que no registra está impedido de salvarse por medio del registro. En tal sentido, la inscripción expresa la confianza en el sistema, que no puede reemplazarse con una anotación preventiva que no genera presunción de exactitud o legitimación (S. Primera Sala Civil Exp. N° 3178-2011, 18.09.2013). Por otro lado, es de recordar que el supuesto de hecho de la norma exige que una misma persona haya sido transmitente en dos actos de disposición, por tanto, la inscripción normalmente consta en una sola partida registral, mientras el otro acto no se inscribe, sin embargo, en forma excep-

cional, es posible que los dos actos se hayan inscrito en dos partidas distintas, pero con origen común, por lo que sustancialmente se contaría con unidad registral⁴⁸⁹.

- b) Buena fe del tercero: Es tan importante la buena fe, que, el art. 1135, de forma bastante expresiva, lo menciona en primer lugar, incluso antes que la inscripción: *“el acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito”*, por tanto, no es una exigencia menor⁴⁹⁰, sino de carácter fundamental para efectos que juegue la mecánica de la apariencia, pues la culpa del propietario originario crea una situación aparente que engaña al tercero, quien actúa de buena fe, por lo que su posición jurídica resulta prevaleciente en la ponderación

489 Este caso se presentó en la Casación N° 157-2001-Cusco, de 17.06.2002, que enfrentó el problema de un título más antiguo, pero que se inscribió con posterioridad a uno más reciente. Las circunstancias fueron las siguientes: un padre compra un inmueble en 1949, pero lo adquiere a favor de una hija (contrato a favor de tercero), sin embargo, el mismo padre le vende la misma casa a otra hija, en 1971, quien a su vez lo transfiere a un tercero en 1979. La primera hija, con el título más pretérito, empero, lo inscribe luego que la segunda hija. En el presente caso, el titular originario, para efectos prácticos, es el padre, quien transfirió a una primera hija en el año 1949, aunque en puridad se aplicó la cláusula a favor de tercero, y luego él transmite lo mismo a una segunda hija; por tanto, el caso tipifica como “doble venta”, pero con duplicidad de partidas, por lo que debe aplicarse la norma pertinente: art. 1135 CC, y en tal contexto, el título preferente es el del tercero que adquirió de la segunda hija, pero inscrita con anticipación, pues recuérdese que si el deudor se obliga a entregar un mismo bien a varios acreedores, entonces se prefiere al primer inscrito de buena fe. El problema se soluciona con la inscripción declarativa, sumado a la legitimación de la segunda hija que vende al tercero. La doble cadena no pasa de ser una anécdota, pues, lo relevante es el origen común.

490 La buena fe no es requisito formal, de puro “relleno”, pues se trata de un elemento fundamental para gozar de la protección registral, en tanto resulta el contrapeso de moralidad frente a la pura seguridad jurídica que inspira el registro en su visión más tosca; lo que, además, resulta coherente con el sistema de protección de la apariencia, pues si el segundo comprador desconoce la primera compra entonces resulta protegido por su confianza en la significativa apariencia creada por el registro; en cambio, si conoce la compra anterior, entonces no hay razón alguna para hacerlo merecedor de tutela, pues si le constaba de alguna manera que otra persona era el propietario, aun no inscrito, entonces la apariencia no juega, sino la realidad, que ya conoce, por tanto, el segundo comprador no debió adquirir del propietario aparente, que él sabe que no tenía esa condición. En suma, el conocimiento de la verdad hace que no se aplique la apariencia, por lo que se descarta el registro.

de intereses⁴⁹¹. La buena fe exigible es muy rigurosa, pues necesita el componente de diligencia en la adquisición, que debe ser honesta u honrada⁴⁹². En el caso peruano, la discusión ha cesado

491 La buena fe constituye el justificativo de la expoliación que sufre el primer comprador que no inscribió, pero termina desplazado por efecto de su propia negligencia al omitir la inscripción, lo que constituye una conducta valorativamente inferior frente al segundo comprador que actúa de buena fe. En suma, si el primero no inscribe, por culpa, origina la apariencia que el antiguo titular lo sigue siendo -pues, el registro no ha variado-, por tanto, si un segundo comprador de buena fe se engaña por la apariencia creada por el primero, entonces se castiga a este último con la pérdida del derecho pues su propia negligencia ha motivado un fenómeno de circulación que no puede dañar al tercero inocente.

492 La importancia de la buena fe exige delimitar y precisar sus contornos para contar con una definición operativa en la práctica. La doctrina está dividida respecto a dos concepciones de la buena fe. La primera señala que la buena fe es el estado mental pasivo del sujeto, que simplemente ignora la realidad pues el registro no se lo informa. La segunda, en cambio, señala que la buena fe es actitud diligente del sujeto según las circunstancias del caso, pues la información del registro debe contrastarse con los hechos notorios que aparezcan a los ojos del adquirente.

La primera es una buena fe pasiva, propia del extremismo registral, pues con tal definición entonces la prueba de la mala fe es imposible, en tanto se necesitaría acreditar que el segundo comprador conocía directamente el contrato adquisitivo del primer comprador, por lo cual la ausencia de buena fe se emparenta con el fraude. En tal caso, las únicas pruebas idóneas serían el reconocimiento del propio adquirente o la carta en la que se le informa la compra previa, lo que llevaría a que el requisito de la buena fe se entienda cumplido en todos los casos, por lo cual se trataría en realidad de una exigencia retórica, de pura ficción. Por el contrario, la segunda es una buena fe activa, propia del realismo, pues se alivia la prueba con el fin de exigir la culpa o negligencia del segundo comprador, por lo cual basta acreditar que este debía conocer o sospechar en alto grado, según las circunstancias de caso, que había un comprador anterior, para efecto de imputar eficazmente la mala fe.

Un caso servirá para diferenciar ambas soluciones. Imaginemos que se celebra el contrato de compraventa de un inmueble, cuya información registral señala que se trata de un terreno que le pertenece al vendedor; sin embargo, con solo asomarse por el lugar se puede advertir que sobre el terreno existe un edificio de cinco pisos con diversos departamentos en el que residen distintas familias. Según el extremismo, en este caso hay "buena fe", pues nadie le comunicó al adquirente que el vendedor había construido un edificio, independizado las unidades y vendido cada una de estas, por tanto, su estado de ignorancia se mantiene; en cambio, para el realismo hay mala fe, pues resulta evidente que según el contexto, existe una notoria discordancia fáctica entre la realidad material y el registro, por lo cual el comprador diligente debió realizar una mínima actividad de indagación sobre una situación que se presentaba altamente sospechosa.

Es fácil advertir, luego de este ejemplo, que la única solución razonable es la "buena fe-diligencia", y por varios motivos: (i) la buena fe es un concepto de raíz ética para tutelar conductas honestas y leales, por lo cual un descuidado y negligente jamás puede

con la exigencia de buena fe-diligencia establecida por el Tribunal Constitucional para que se configure un tercero registral protegido (STC N° 00018-2015-PI/TC). Por el contrario, sin buena fe, la apariencia queda desvelada a favor de la realidad, que pasa a tener relevancia exclusiva, por tanto, el comprador con título más antiguo, que es el propietario “real”, según el art. 949 CC, tiene la preferencia en el conflicto de títulos. En efecto, si la apariencia registral pierde relevancia, entonces nuevamente la realidad jurídica retoma su nivel, y esa realidad implica que el primer comprador -por antigüedad del título- es propietario del bien (art. 949 CC), por tanto, el segundo comprador -aun inscrito, pero con decadencia de la protección registral por mala fe- nada adquiere, pues su contrato tipifica como venta de bien ajeno (art. 1409 CC), por lo que el comprador pierde el bien, y solo le quedan los remedios contractuales de rescisión de contrato (art. 1539 CC) o saneamiento por evicción (art. 1491 CC), para lograr la restitución del precio y, si fuese el caso, una indemnización⁴⁹³.

encontrarse en situación valiosa; incluso hoy se habla que el sujeto de buena fe es el que realiza una “honesta adquisición” (Gordillo Cañas), lo que exige diligencia; (ii) el dolo y la culpa grave están emparentadas en el Derecho civil, para efecto de aliviar la carga probatoria del afectado, por tanto, no es posible aceptar que la buena fe en el ámbito registral solo comprenda el dolo, pues de esa forma el requisito legal sería diluido en la imposibilidad probatoria; y, (iii) la doctrina de la apariencia deroga la realidad jurídica, despojando a legítimos propietarios, lo que solo puede justificarse si en el otro lado de la relación se tiene un tercer adquirente con exquisita buena fe, actuando con diligencia. Lo contrario implicaría que la expoliación de un propietario se conseguiría a través de un tercero de comportamiento extraño, sospechoso, dudoso o anómalo, que se limita a decir que “desconocía” o “ignoraba”, aun cuando la realidad evidente haya pasado con toda nitidez por sus ojos, lo cual no puede admitirse en un sistema patrimonial sano, cuya pretensión sea la corrección.

493 En Italia y Francia, la doctrina mayoritaria considera que la inscripción es el único requisito para la plena oponibilidad de los derechos inmobiliarios. Para ello, se sustentan en las disposiciones textuales de sus ordenamientos internos; en Francia, el artículo 30 del Decreto del 04.01.1955; en Italia, el artículo 2644 del Código Civil. Por ejemplo, el profesor italiano Ugo Natoli considera que la mala fe del segundo adquirente (conocimiento de la primera enajenación) no lo perjudica, es decir, no interesa “el estado psicológico del preferido”: Cit. Carretero, T. (1965), p. 130. Esta es claramente la opinión mayoritaria -puede citarse a Mariconda, Mengoni, entre otros- en el sentido de que la protección se da con independencia del conocimiento que el segundo adquirente tenga respecto

de una enajenación anterior: Cit. Clemente, M. (2000), p. 160. En España, la doctrina que solo exige la inscripción también tiene algunos valedores: Núñez Lagos -lo que es curioso, tratándose de un jurista que normalmente pretende desmontar los efectos exagerados del registro- y Carretero García, aunque es claramente minoritaria. Veremos cómo justifica este último su postura: "Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe. La protección de éste es un efecto reflejo (no directamente querido) de la protección a ultranza del tercero de buena fe. Igual que los interdictos y la prescripción no se inventaron para defender a los usurpadores, sino a los propietarios (...) Ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la inoponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extra-registral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero": Carretero, T. (1974), p. 39.

Sin embargo, Amorós Guardiola, M. (1967), p. 1576, ha sostenido la necesaria revalorización de la buena fe con argumentos históricos y jurisprudenciales, a los que agrega uno muy interesante de carácter teleológico: "La colisión de intereses se plantea aquí entre el primer comprador que no inscribe y el segundo comprador que inscribe, pero conoce la primera venta. Porque si concurre buena fe en éste, ya no hay problema para su protección. ¿Cuál de esos dos intereses en pugna resulta prevalente para el legislador? Inicialmente, tan respetable resulta el interés de un adquirente como el del otro. Claro que el segundo cumplió otros requisitos formales de publicidad y garantía, y debe por eso ser más tutelado. Pero, ¿cuáles serán los límites de su protección? ¿Habrà que protegerle en todo caso frente al primero, y despojar a éste de su derecho previamente adquirido, solo porque el otro cumpla con una formalidad, y aunque sepa que no podía ya adquirir válidamente por haber otro adquirente anterior? No parece. En el tráfico jurídico está vigente con carácter general la idea de proteger la confianza en la apariencia, de garantizar al ignorante inexcusable. Pero no más. Por otro camino, las formalidades legales se convertirían en causa de despojo y las normas legales producirán consecuencias sociales contradictorias con su finalidad".

En tiempo más reciente Gordillo Cañas, A. (2004), p. 466, hace una contundente defensa de la buena fe, aun cuando los otros sistemas registrales latinos no la contemplan: "Preferimos, como más atinada, la actitud de quien elogia como 'moralizador' al sistema registral que concede valor decisivo a la buena fe, a la de quienes prescinden de ella tildándola de desvarío sentimentalista o cuestión de moralidad ajena al derecho. ¿Qué, al exigirla, únicamente nuestro sistema obtiene una justa fórmula de protección registral? Mejor que mejor. ¿Por qué vamos a rechazar la posibilidad de que nuestro particular sistema hipotecario conduzca a soluciones mejores que las de sus modelos?", y, luego agrega: "Producida extrarregistralmente la transmisión de la propiedad, el tercero que la conoce, aun sin estar publicada, debe respetarla. En consecuencia, el segundo comprador que se adelanta a inscribir solo merece ser considerado dueño en perjuicio del anterior, cuando al adquirir ignoraba la anterior transmisión a favor de este, lo que es lo mismo: cuando

- c) Contexto registral: La norma no exige que el tercero protegido adquiriera en contexto registral, es decir, en base de la confianza que despierta un transmitente ya inscrito, y, más bien, el silencio del legislador permitiría aceptar que un primer inscrito gozaría de tutela, pese a que su adquisición se realizó sin confianza en el registro, pues el inmueble no estaba inscrito en ese momento⁴⁹⁴, con el resultado de que el triunfo del inscrito se sustenta en una simple diligencia documental, con el efecto consiguiente de derogar las titularidades jurídicas anteriores, especialmente grave en sistemas poco exigentes para el ingreso de una finca en el registro. Por tal motivo, parece más razonable que las normas de protección de la apariencia, como esta, solo operen cuando el adquirente confía en el registro, lo que no podría ocurrir en el asiento inicial o “inmatriculador”, como se le llama. En tal sentido, el art. 2013 CC, modificado por Ley 30313, establece textualmente que las inscripciones no convalidan los actos nulos, según las leyes, por tanto, sobre esa sólida base, ya reconocida por una doctrina muy atenta⁴⁹⁵, en caso de un título otorgado por non-domino que constituye el soporte de una primera inscripción, el acto tendrá que reputarse nulo en mérito de la abundante jurisprudencia que declara así la venta de bien ajeno (Casación N° 4136-2014-Del Santa, que declara la invalidez en forma objetiva, por la sola ajenidad), y, ello precisamente

adquirió de buena fe. Otra cosa es permitir que la inscripción sirva de parapeto y defensa del despojo ajeno”: *Ibid.*, p. 468.

- 494 En contra: “Que el requisito de la previa inscripción no es necesario para el juego autónomo del principio de inoponibilidad en el artículo 32, es consecuencia inmediata de la naturaleza latina de esta norma y de su particular razón de ser. No se premia en ella al que adquiere de titular inscrito y confiando en lo que el registro publica, sino, lisa y llanamente, al que se adelanta llevando al registro su propia adquisición”: *Ibid.*, p. 484, aunque en ese mismo texto, en forma incongruente señala que esta es una hipótesis de protección de la apariencia.
- 495 En buena cuenta, el principio no garantiza la titularidad del transmitente, especialmente cuando se encuentra en contradicción con la realidad posesoria, pues, “en caso contrario, es injusto proteger la sola inscripción registral que puede resultar fraudulenta, ficticia o pergeñada, y, en este caso, la segunda venta ha de ser considerada radicalmente nula”: Álvarez Caperochipi, J. (2006), p. 247.

ocurre si el título sirve para el asiento inicial, pues la celebración se realizó completamente al margen del registro; sin embargo, cuando el comprador o adquirente actúa en contexto registral, a diferencia del caso anterior, la misma jurisprudencia se encuentra tentada a desvanecer la nulidad por la mayor preponderancia de la situación tabular (Casación N° 337-2014-Lima Norte, que solo permite la invalidez cuando el comprador tiene conocimiento efectivo de la ajenidad, por tanto, necesita el tinte subjetivo).

- d) Título oneroso: La norma no establece el requisito de título oneroso del tercero protegido, aunque, en realidad, sea poco justificable que el registro sirva para la tutela de adquirentes gratuitos, en contra de adquirentes que sí realizaron una inversión, pero no inscribieron, con lo cual, el fundamento de la protección quedaría reducido a la diligencia en lograr la publicidad, aunque ello represente la ruina de uno, mientras el otro mantenga un lucro sin contrapartida. Pongamos un ejemplo: A vende a B, que no inscribe; luego, A dona a C, que inscribe. La aplicación literal del art. 1135 CC trae como consecuencia la protección de C; pero, es bien conocido que la confianza solo se tutela respecto de los sujetos que han invertido una contraprestación; por el contrario, los titulares gratuitos no merecen tutela porque en caso de pérdida del derecho, su patrimonio anterior no disminuye. El viejo adagio romano señala que es preferible la posición de quien actúa “*damno vitando*” (para evitar un daño), a la del que actúa “*lucro captando*” (para asegurar un lucro). En todo caso, el art. 2014 CC, inspirado en la misma naturaleza de protección de la apariencia, exige el título oneroso, y, tal exigencia puede trasladarse por analogía *iuris*, o, en todo caso puede traerse a colación la regla que subyace en la revocatoria de los actos gratuitos por fraude del acreedor, que opera en forma automática. En efecto, la protección registral del donatario inscrito llevaría a que sea revocado, pues el acto de disposición afecta el crédito del primer comprador no inscrito, y como el sistema jurídico se supone coherente, entonces entonces si la pauliana elimina la posición del donatario inscrito, sería anómalo que la regla de la

inscripción declarativa lo proteja. En España se produce la misma omisión, que nosotros mismos hemos arrastrado como herencia de la fuente inspiradora, pero, en todo caso, se ha propuesto solucionar el impasse mediante la norma de la fe pública registral, que, en forma simétrica con nuestro sistema (art. 2014 CC), sí contempla la onerosidad, por lo que se convierte en regla general de protegibilidad registral, que alumbra las disposiciones similares, o, simplemente se aplica la analogía⁴⁹⁶.

6.3.3. Análisis normativo (ii): art. 2022, 1° CC

a) **Supuesto normativo: Conflicto de títulos (de derechos reales) total o parcialmente incompatibles, o Concurrencia de títulos (de derechos reales), siempre en una misma partida**

El art. 2022,1° CC constituye una evidente ampliación de los supuestos previstos en el art. 1135 hasta el punto de que resuelve no solo el conflicto entre títulos derivativos de derechos reales total o parcialmente incompatibles en una misma partida, sino también los derechos que se encuentran en concurrencia o convivencia pacífica.

El supuesto de hecho de la norma opera en el siguiente ámbito:

- a) (i) Conflicto de derechos reales: Sucede cuando varios sujetos se atribuyen la propiedad, u otro derecho real, respecto de un mismo bien, pero cada uno de ellos invoca títulos autónomos entre sí, que teóricamente les otorgaría un derecho, pero como el objeto es único, y la prerrogativa es exclusiva, entonces se produce una contradicción total o parcial de titularidades. La norma tiene un campo de acción más amplio, que supera el alcance del principio de inscripción declarativa, hasta el punto de que no tiene restricciones por la naturaleza del título (voluntarios o no), a las obligaciones que genera (con entrega o no), o por su origen (derivan del mismo transmitente o no). Sin embargo, la norma no aplica en

496 Gordillo Cañas, A. (2004), p. 481.

prescripción adquisitiva (art. 952 CC)⁴⁹⁷, expropiación (arts. 27, 2º y 28.1.d D.L. 1192, pues el pago extingue todo derecho anterior y genera levantamiento de gravámenes), o cuando se trata de derechos reales creados automáticamente por ley cuando se produce un determinado supuesto de hecho (ejemplo: usufructo legal), que no requieren acto judicial o administrativo, en cuyo caso, la publicidad normativa tiene mayor fortaleza que la registral, pero esto último puede resultar polémico.

- a) (ii) Concurrencia de derechos reales: El sistema jurídico mira favorablemente que la propiedad conviva con otros derechos reales, pues las distintas prerrogativas sobre el mismo bien se traduce en una división de utilidades que tiene la finalidad de maximizar el disfrute de la riqueza⁴⁹⁸. La concurrencia de derechos reales surge cuando el derecho mayor crea uno menor, y así sucesivamente, en orden decreciente, pues, siempre debe quedar un margen de “pertenencia” del mismo bien para el titular del “mayor derecho”⁴⁹⁹, como ocurre, por ejemplo, cuando la propiedad genera usufructo.

497 En nuestra opinión, los modos originarios, en general, quedan excluidos de la norma, pues, la disputa entre títulos surge por “oposición” o “renovación”, pero la norma en cuestión solo se refiere a la oposición: *“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos”* (art. 2022, 1º CC). La oposición ocurre cuando un acto, normalmente transmisivo, sin embargo, queda enfrentado con otro acto, por lo cual, en virtud del principio de exclusividad, propio de los derechos reales, uno o varios de ellos quedarán desplazados. Por el contrario, la renovación se presenta en los modos adquisitivos originarios, pues el antiguo titular no se encuentra en oposición (frente a frente con títulos paralelos), sino que su derecho se extingue o cancela directamente por efecto del nuevo derecho que se renueva en cabeza de un nuevo titular. En tal sentido, salvo exceso del lenguaje, no podría decirse que el título del antiguo propietario se encuentra “en oposición” con la usucapión consumada, pues, en realidad, este último lo sustituye, lo renueva, lo supera, en términos hegelianos. Por lo demás, es llamativo que las exclusiones con disposición expresa o inferida, como la usucapión y expropiación, constituyen precisamente modos originarios.

498 La sola idea de “gravamen” supone la coexistencia de dos derechos reales, por lo menos: el que sirve para gravar y el gravado, cuyo elemento común es el mismo objeto. La concurrencia de estos derechos necesita criterios de ordenación, fundado en la preferencia temporal, sea por la fecha de la constitución, sea por la oponibilidad a terceros: Badosa Coll, F. (2009), p. 81.

499 Barbero, D. (1967), T. II, p. 213.

En cambio, el “conflicto” no nace por derivación de títulos concurrentes en forma pacífica, sino por contradicción. En tal sentido, no es lo mismo que el propietario constituya hipoteca (coexistencia), a que dos personas con título de usufructo se disputen el derecho luego que el mismo transmitente otorgó dos títulos contrarios (conflicto). En efecto, el art. 2022, 1° CC establece: *“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos”*, por lo que se comprende, tanto los conflictos de derechos reales (“oposición”), como la concurrencia de los mismos.

- b) Conflicto o Concurrencia de derechos reales en la misma partida registral: La norma resuelve el conflicto de títulos por la “antigüedad de la inscripción” (art. 2022, 1° CC: *“esté inscrito con anterioridad”*), pero este criterio solo puede evaluarse dentro de una misma partida registral, pues las diversas inscripciones en distintas partidas no tendrían forma de compararse, sin perjuicio que la unidad de cuenta del sistema registral es la hoja, folio o partida registral (art. 2017-A CC). Por tanto, la presente norma es inaplicable en la duplicidad de partidas, pues, en tal caso, ambas unidades registrales se neutralizan en forma recíproca, por tanto, ninguna de ellas produce certeza, por lo que se acude a las reglas civiles de solución de conflictos de propiedad (arts. 660, 949, 950 CC).

El art. 2022, 1° CC, que tiene como antecedente el art. 1050 CC de 1936, y, este a su vez en la Ley de 1888⁵⁰⁰, no ha sido suficientemente comprendido,

500 Art. 7 Ley 02.01.1888: “No podrán 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 dentro del término que señale el reglamento que debe dictarse para el cumplimiento de esta ley”. Sin embargo, hubo la necesidad de expedir una norma interpretativa o aclaratoria mediante la Ley de 10.01.1899, con el siguiente contenido:

Art. 1: “Los que el 2 de enero de 1888 tenían bienes o derechos que, según la ley de esa fecha, deben ser registrados, podrán inscribirlos con solo presentar el último título de su adquisición, cuya inscripción practicarán los registradores, sin averiguar el título en virtud del cual poseyeron el mismo derecho los antiguos dueños.

Art. 2: “Después de ciento ochenta días contados desde la fecha en que el respectivo registrador avisa al público que se ha abierto la oficina, no podrán hacerse las primeras inscripciones a que se refiere el artículo anterior, sin que el registrador fije edictos

lo que ha dado lugar a interpretaciones exóticas, hasta el punto de que se ha pretendido incluir en él los inexistentes conflictos entre herederos del vendedor y comprador, pese a aquellos no son terceros (art. 1363 CC), sino que se incorporan como sucesores en la misma relación jurídica; o se ha buscado expandirlo para tutelar el sujeto inscrito frente al usucapiente, pese a que existe norma especial que dice lo contrario (art. 952 CC); o, incluso, se le ha confundido con el principio de fe pública registral (art. 2014 CC), a pesar de su distinto origen, función y requisitos. La conclusión es que se trata de un precepto que no se ha estudiado a profundidad⁵⁰¹, pues, muchas veces quedó a su sombra, considerándosele una norma-satélite, reiterativa o complementaria, cuando, en realidad, se trata de una disposición con sustantividad propia, nacida de los sistemas registrales latinos, derivada del principio de inscripción declarativa, pero no idéntica, pues sus alcances se han expandido, aunque no tanto como pretende la doctrina registral extremista.

El art. 2022, 1° CC, en concordancia con la definición de “terceros”, puede leerse de la siguiente forma: *“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes tienen derechos reales sobre los mismos [terceros interesados], es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad [tercero registral protegido] al de aquel a quien se opone [terceros interesados]”*. La norma, con su deficiente redacción, es muy importante en cuanto permite llegar a la conclusión inequívoca de que la adquisición y transmisión de los derechos

y publique avisos por quince días alternadas en el lugar del registro, en la capital del departamento y en el pueblo donde estuviere ubicado el inmueble, si fueren diferentes, convocando por medio de ellos a los que se crean con algún derecho”.

Art. 3: “No puede hacerse valer ningún derecho contra tercero que haya adquirido el inmueble o derecho real inscrito conforme al art. 1°, si ese derecho que se reclama no hubiese sido inscrito también dentro del mismo término de los ciento ochenta días”.

Art. 4: “Tampoco puede hacerse valer ningún derecho contra tercero que hubiese adquirido la finca inscrita conforme al artículo 2°, o algún derecho sobre ella inscrito conforme al mismo artículo, si los derechos que se quieren hacer valer no hubiesen conestado en el registro al tiempo de la adquisición por el tercero”.

501 La misma situación se presentó durante la vigencia del CC de 1936, como se aprecia de la siguiente opinión: “La calidad de tercero del registro protegido por la fe pública emerge de los requisitos que contienen los artículos 1050 a 1052 del Código Civil”: Pardo, B. (1966), p. 316, con lo que se asume en forma indebida que los actuales arts. 2022, 1° y 2014 CC constituyen un solo precepto.

reales opera en virtud de las reglas civiles (consenso), pues la oponibilidad registral (relativa) sirve para oponer los derechos reales inscritos frente a los otros que también cuentan con derechos reales sobre el inmueble, pero la inscripción no es necesaria para los terceros en general [indeterminados], por tanto, el derecho real había quedado transferido con el solo consenso entre transmitente y adquirente.

b) Hipótesis concretas incluidas

El art. 2022, 1° CC opera en el enfrentamiento de dos derechos reales, pero no en todos los supuestos, que pueden agruparse en tres grupos:

- a) Las hipótesis conflictivas previstas, ya, por el propio art. 1135 CC, esto es, el choque de títulos voluntarios generadores de derechos reales con obligaciones de entrega, uno inscrito y el otro no-inscrito, que derivan del mismo transmitente. Los ejemplos pueden revisarse en el acápite respectivo, por lo que se pone en evidencia que existe superposición parcial de hipótesis.
- b) Las hipótesis conflictivas que exceden el ámbito del art. 1135 CC, sea porque los títulos enfrentados no son voluntarios, o carecen de contenido posesorio, o no provienen del mismo transmitente, salvo las exclusiones. Los ejemplos de este grupo son:

Primero:	_____ B (Derecho real forzoso no inscrito)
	A _____ C (Propiedad inscrita)
Segunda:	A _____ B (Propiedad no inscrita)
	_____ C (Derecho real forzoso no inscrito)
Tercera:	A _____ B (Derecho real no posesorio no inscrito)
	A _____ C (Propiedad inscrita)
Cuarta:	A _____ B (Propiedad no inscrita)
	A _____ C (Derecho real no posesorio inscrito)
Quinto:	A _____ B (Adjudicación por remate no inscrito)
	A _____ C (Adjudicación por remate inscrito)

- c) Las hipótesis de concurrencia, o normalidad en la vida de los derechos, que, obviamente, no están contempladas en el art. 1135 CC,

que comprenden los casos en que el titular mayor permite derivar uno menor, y, así sucesivamente, que consiste en la situación pacífica de creación de derechos reales coexistentes sin situaciones traumáticas o defraudatorias, sino queridas. Los casos concretos incluidos, entre otros, son los siguientes⁵⁰²:

- Primero: A _____ B (Propiedad inscrita)
A _____ C (Hipoteca inscrita)
- Segundo: A _____ B (Usufructo inscrito)
B _____ C (Hipoteca inscrita)
B _____ D (Servidumbre inscrita)
- Tercero: A _____ B (Propiedad inscrito)
A _____ C (Uso inscrito)

c) Hipótesis excluidas:

En virtud de lo expuesto en el acápite anterior, los supuestos excluidos del art. 2022, 1° CC, son los siguientes:

- Primero: A _____ B (Propiedad por venta inscrita)
_____ C (Propiedad por Usucapión)
(art. 952 CC)
- Segundo: _____ B (Propiedad por Usucapión)
A _____ C (Propiedad por venta inscrita)
(art. 952 CC)
- Tercero: _____ B (Propiedad por Expropiación)
A _____ C (Propiedad por venta inscrita)
(arts. 27, 2° y 28.1.d D.L. 1192)
- Cuarto: A _____ B (Propiedad inscrita)
X _____ Y (Propiedad inscrita)
(Los derechos de propiedad constan en diferentes partidas)
- Quinto: A _____ B (Propiedad no inscrita)
A _____ C (Crédito con embargo)
(art. 2022, 2° CC)

502 Puede verse el esquema planteado por: Ferri, L. (1981), pp. 163-165.

d) **Consecuencia normativa: Tercero registral protegido por Oponibilidad conflictiva u Oponibilidad pura**

El art. 2022, 1° CC (norma general) solo menciona que la oposición de títulos se resuelve exclusivamente en favor de la inscripción, sin ningún otro requisito para el tercero registral protegido, no obstante, el art. 1135 CC (norma especial) con el que comparte un grupo de hipótesis necesita la buena fe del tercero, por tanto, desde una perspectiva sistemática parece atendible que este requisito también se incluye en la norma general, no solo por la similitud de hipótesis, sino fundamentalmente porque la buena fe es un principio general, en tanto, la sola inscripción, con mala fe, constituiría el ejercicio de una facultad establecida por un precepto legal, pero en forma abusiva, y, ello está proscrito por el ordenamiento (art. 139 Const, art. II TP CC). Es más comprometido aceptar los otros dos requisitos usuales en la doctrina de la apariencia para proteger a los terceros, como el título oneroso⁵⁰³ y el contexto registral, pero, en nuestra opinión, con los mismos fundamentos expresados en el comentario del art. 1135 CC también debiera exigirse en este caso, aunque esta postura es más polémica.

La concurrencia de títulos, en vista de que no se trata de una situación patológica, determina que la sola inscripción, sin ningún otro requisito, produzca la eficacia de publicidad pura. Por ejemplo: Un predio gravado con hipoteca es objeto de un contrato de compraventa, por lo cual, el nuevo propietario sufrirá el gravamen por su sola inscripción, con lo que se ha producido el efecto de oponibilidad pura.

6.3.4. **Análisis normativo (iii): art. 926 CC**

El art. 926 mantiene la redacción anacrónica por la cual los actos o pactos “se oponen a tercero cuando están inscritos”, pero ello no permite asumir que la referencia sea a cualquier tercero, incluso genérico o indeterminado, pues ello implicaría adoptar la inconveniente solución del registro constitutivo. En efecto, una interpretación literal podría concluir que el pacto solo surte efecto frente a tercero (cualquiera que sea) cuando esté

503 No obstante, en los supuestos de conflicto con adquisiciones forzosas o legales, no monetarizadas, entonces el requisito de onerosidad no aplicaría, pues simplemente no podría ser exigido.

inscritos; por lo que la falta de registro haría que su eficacia sea limitada a la relación inter-partes, con efecto meramente obligacional. En nuestra opinión, en cambio, la interpretación coherente, en tanto se habla de “oponer derechos”, en la misma medida que el art. 2022, 1° CC, por tanto, ambas disposiciones tendrían que entenderse de la siguiente forma: *“Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a tercero [interesado], deben inscribirse [tercero registral protegido] en el registro respectivo”*. La norma, de esta forma, gana en racionalidad y se vuelve coherente con el resto del sistema.

Los pactos de restricción con eficacia real pueden ser prohibiciones de disponer, prohibiciones o restricciones de disfrute, modalidades de los actos y cláusulas resolutorias, siempre que la normativa sustancial les reconozca esa consecuencia jurídica, por tanto, en esos casos, la estipulación afecta a terceros indeterminados o no interesados, a terceros interesados (de fecha posterior) o terceros inscritos de mala fe, pues, en la misma medida que en el acápite precedente se considera exigible la inscripción y buena fe, pues resulta más polémico la necesidad de los otros requisitos propuestos: onerosidad y contexto registral. Sin embargo, como en la norma anterior, las situaciones no patológicas determinan que la sola inscripción produzca el efecto de oponibilidad pura, como ocurre con la donación modal inscrita que deberá ser soportada por el nuevo adquirente.

El estudio de las figuras incluidas en el art. 926 permite llegar a estas conclusiones.

- a) Las cláusulas prohibitivas de disponer (reversión, indivisión), una vez inscritas, no permitirán el ingreso de un tercer adquirente, pero su falta de publicidad hace que “no surtan efecto respecto a tercero” (art. 926 CC sentido contrario).
- b) Las restricciones de disfrute (en el usufructo, por ejemplo), una vez inscritas, producen oponibilidad reforzada para cualquier situación, real o eventual, pero en el caso de ausencia de inscripción, nuevamente implica que no surta efecto en relación con tercer adquirente.

- c) Las modalidades de actos jurídicos produce las mismas consecuencias señaladas en el ítem b), según el caso.
- d) Las cláusulas resolutorias inscritas producen en forma impropia una eficacia de oponibilidad reforzada, pues solo una disposición reglamentaria permite su acceso en el registro (art. 13-b RIRP), pese a que la disposición civil lo deniega (art. 1372 CC), por tanto, la falta de inscripción, con mayor razón, es inoponible a terceros, sin embargo, la anotación de la demanda expandirá los efectos de la futura sentencia (art. 673 CPC) hasta el punto de que la resolución del contrato determinará la inaplicación del principio de fe pública registral (art. 2014 CC).

6.4. Principio de fe pública registral: Conflicto entre titulares sucesivos en la misma partida registral cuando media nulidad u otras patologías de los actos jurídicos

6.4.1. Análisis dogmático

El legislador, luego de dilucidar un primer problema consistente en optar entre el registro constitutivo o declarativo, o con una oponibilidad mayor, inmediatamente después tiene que resolver un segundo problema, vinculado con los efectos de la nulidad de los actos de transmisión, sea para expandirlo en perjuicio de terceros, o no.

El esquema puede plantearse de la siguiente manera:



La cuestión es clara: el primer acto es nulo, mientras el segundo es válido, y, cada uno, como tal, es independiente del otro, sin embargo, cuando se trata de cadena de transmisiones, entonces la caída del primer título determina que el adquirente pierda el derecho, por lo que el acto de disposición que este haya otorgado también sufre el mismo defecto, pues nadie puede transmitir más derecho del que tiene, sin embargo, la protección de la apariencia, en este caso del registro, puede conllevar que el tercero de buena fe (C) sea protegido en virtud del principio de fe pública registral.

a) Partes, terceros y patología contractual

El caso planteado permite diferenciar la noción de “parte” y la de “tercero”⁵⁰⁴, pues, entre las partes del contrato nulo, no hay protección alguna.

504 La Casación N° 2852-01-La Libertad, de 28.01.2002 hace una correcta distinción entre “partes” y “tercero”: “... Fundamentos del recurso: Por resolución de esta Sala del doce de octubre del dos mil uno, se declaró procedente dicho recurso, por las causales previstas en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, expresándose con relación a la primera causal, que la Sala de mérito ha inaplicado el artículo dos mil catorce del Código Civil, que establece que el tercero de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, para lo cual argumenta que dicha norma protege a los adquirentes de derechos de buena fe y a título oneroso, pues siendo el Banco un tercero registral no puede verse afectado por los alcances de la nulidad del título del transferente; Que, respecto de la segunda causal que acusa la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que se ha declarado fundada la contradicción en base a un supuesto de nulidad de fondo de la escritura pública y no en base a una nulidad formal, como lo prescribe el artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil, ya que los efectos de la nulidad de compraventa se han hecho extensivos a los actos subsiguientes, como es la hipoteca otorgada a su favor; Considerando: (...) Sexto.- Que, en lo referente a la afectación del bien inmueble por parte del propietario, es de tenerse en cuenta que en la constitución de la hipoteca se otorga un derecho real de garantía a favor de persona determinada, siendo que nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger tal derecho ha creado la figura jurídica de la buena fe registral, que se encuentra regulada por el artículo dos mil catorce del Código Civil, la que para su validez requiere que el derecho sea otorgado a título oneroso y por persona que en el registro aparezca con facultades para hacerlo; es decir, que el Banco únicamente debía verificar si en el Registro de la Propiedad de La Libertad aparecía como propietario del bien materia de hipoteca el co-ejecutado, requerimiento que fue cumplido, puesto que a la fecha de constituirse el derecho, esto es el diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete, aparecía este como propietario, por tanto el Banco obtuvo un derecho de quien tenía y aparecía con facultades para hacerlo; Séptimo.- Que, a ello se agrega, que la garantía hipotecaria fue inscrita en el registro y otorgada con la finalidad de garantizar las obligaciones del otorgante y por un monto determinado, por un monto determinado, por lo que cumplió con todas las exigencias formales para su validez, en consecuencia la contradicción, interpuesta por la co-ejecutada, mal fue declarada fundada por adolecer el título de un requisito formal; Octavo.- Que, cabe mencionar, que la Sala al hacer extensivos los efectos de la sentencia que declaró la nulidad del contrato de compraventa del bien dado en garantía a la escritura pública de constitución hipotecaria está afectando el derecho de un tercero que adquirió el bien en base al principio de la buena fe registral, siendo que en todo caso debe determinarse la vía jurisdiccional correspondiente si los efectos de tal nulidad son extensivos a la escritura de constitución de hipoteca, más no este proceso por implicar un pronunciamiento sobre nulidad de fondo, lo que es ajeno a las exigencias del artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil y al proceso de ejecución de garantías; (...).”

Distinta es la situación cuando surge un tercero, o adquirente sucesivo al del acto inválido. La fe registral pretende la tutela del tercero frente a las nulidades, resoluciones o revocaciones del título precedente⁵⁰⁵, por lo que se ubica en una posición de relativa inmunidad frente a las patologías contractuales del acto de transmisión antecedente⁵⁰⁶. En cambio, los sistemas que no reconocen la fe pública establecen la siguiente lógica: si el acto A-B es nulo, entonces B nada adquiere, por lo que el acto B-C tampoco puede producir transferencia alguna.

Los sistemas con fe pública registral protegen la posición jurídica de “C”, por lo que la nulidad del acto previo no lo afecta. El tercero es tutelado por su confianza en el registro, en cuanto, este se presume exacto, pero dejando en claro que se trata de una protección distinta a la del registro declarativo o de oponibilidad⁵⁰⁷. En cambio, en un sistema en el que no se reconociera la fe pública, el tercero vería decaer su adquisición si el acto previo (contrato entre A y B) es nulo, pues la extinción del derecho de B conllevaría también el de C. La regla típica de protección en los sistemas germánicos es el principio de fe pública, por cuya virtud, el sujeto que inscribe es protegido frente a

505 Carretero, T. (1965), p. 92, señala que el conflicto se enuncia en los siguientes términos: “El tercero sub-adquirente germánico que alega la protección registral ha de obtenerla contra un verdadero dueño, acaso con abolengo secular, antiguo, que probablemente tenía sus viejos títulos inscritos, que perdió su titularidad registral por un título falsificado, falso, nulo, arrancado por el dolo, el error o la violencia. Este tercero lucha contra un *verus dominus* de años o siglos. Es lógico que los sistemas hipotecarios se asusten y los más decididos exijan cuatro requisitos o más”.

506 La doctrina alemana considera, incluso, que uno de los requisitos de la protección es que el registro sea inexacto: “El registro inmobiliario tiene que ser inexacto, ya porque un derecho existente e inscribible no haya sido inscrito, ya por haberse inscrito un derecho inexistente. La inexactitud o lo incompleto de la inscripción puede referirse a la propiedad o a un derecho real limitado (inscribible) sobre la finca...”: Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1º, p. 269. No obstante, la inexactitud del registro es un presupuesto o pre-requisito del principio de fe pública.

507 Las diferencias entre el principio de inoponibilidad y la fe pública son evidentes: El primero opera solamente cuando los hechos jurídicos son válidos, y cuando los dos entran en conflicto se decide la primacía exclusivamente por la publicidad. En otras palabras: a igualdad de títulos válidos, la inscripción es el criterio determinante para la preferencia sobre el otro que no se inscribió. Por el contrario, el segundo principio opera solo cuando un hecho jurídico no es válido, y, por ende, no debió inscribirse, sin embargo, está inscrito. ¿Qué hacer ante esa nulidad? ¿Confiamos o no en el registro? Esa es la pregunta que surge en el ámbito de la fe pública.

las acciones anulatorias, resolutorias o revocatorias de la propiedad. En este caso, existe una lucha entre el *verus dominus* (“A”) y el tercero confiado en el Registro (“C”). El primero, trata de hacer valer la realidad, pues el acto de transmisión es nulo, con la consiguiente extinción de los derechos atribuidos a los titulares sucesivos. El segundo, trata de hacer valer la apariencia tabular o registral, con el fin de otorgar protección.

Por virtud de lo antes expuesto, la tutela no recae en las partes del acto nulo. Por ejemplo: A, sin capacidad plena, vende un inmueble a B. El contrato es nulo y, por ende, B no ha adquirido nada. Si a pesar de ello, B (con derecho inscrito) vende el inmueble a favor de C, este sí mantiene la adquisición en cuanto se trata de un tercero protegido en base a su confianza en el registro. Es decir, la relación A-B, entre partes, se desmorona por la nulidad, y, el registro no lo salva (art. 2013 in fine CC), mientras que la relación B-C determina que este último sea tercero frente al acto nulo anterior A-B, por lo que podría merecer protección en cuanto cumpla las exigencias del principio de fe pública registral (art. 2014 CC), también llamado “tercero germánico”, en cuanto surge en los países de ese origen, pero, además, con el fin de distinguirlo del tercero de la oponibilidad o “tercero latino”.

El art. 2014 CC protege frente a patologías sufridas por actos voluntarios, específicamente contractuales, como la rescisión y resolución, y, si bien, la nulidad puede referirse a un ámbito más extenso de actos jurídicos, como el testamento, sin embargo, la protección de los terceros por vicisitudes de actos sucesorios tiene norma especial: art. 666 CC.

b) Coherencia racional

La fe pública registral determina el siguiente efecto: A vende a B, luego B vende a C, y, aunque el contrato A-B sea nulo, empero, el tercero C mantiene su adquisición. El sistema ha sido declarado constitucional por la STC N° 00018-2015-PI/TC, aunque con varias atingencias que se verán luego. Sin embargo, no puede olvidarse que las normas de protección de la apariencia terminan despojando al verdadero titular del derecho (arts. 194, 665, 948, 1135, 1136, 1372, 2014, 2022 CC), lo que, en un contexto racional, solo puede justificarse cuando la culpa del propietario produce la falsa apariencia que

engaña al tercero de buena fe⁵⁰⁸, por lo que, en ciertos casos, y, por efecto de la ponderación de intereses en juego, se protege la apariencia⁵⁰⁹, lo cual significa que la circunstancia natural o normal es que se imponga la realidad jurídica, esto es, que se proteja al verdadero propietario, sin importar que exista un tercero de buena fe, cuya cadena de dominio se basa en título nulo, sin embargo, en determinados casos excepcionales se valora de forma preferente la posición del tercero, incluso sobreponiéndola a la del propietario, pues se produce el fenómeno denominado “protección de la apariencia”⁵¹⁰, lo que solo puede ocurrir racionalmente cuando el titular del derecho originó, permitió o toleró el hecho aparente, que sirvió para que un tercero confíe en ello. Por tanto, desde una perspectiva valorativa, es necesario que haya culpa del titular originario (imputabilidad) en crear la apariencia que engaña al tercero, pero este requiere inexorablemente de buena fe⁵¹¹, y, en tal contraposición de intereses (culpa/buena fe) se explica que la apariencia se imponga a la realidad⁵¹².

-
- 508 La buena fe conecta con la ratio o lógica interna de los derechos, y de esta forma se convierte en criterio delimitador de su contenido, así como en criterio limitador del ejercicio en ejercicio de otros derechos o bienes constitucionales. Por su parte, el abuso de derecho se refiere a límites inmanentes del propio derecho que se deriva de la propia lógica. Véase con detalles: Naranjo, R. (2002).
- 509 Por tal razón, “el principio de la adquisición a *non domino* puede tener como toda norma jurídica un sentido social, si se mantiene allí donde realmente se puede justificar la pérdida del derecho del propietario”: Miquel González, J. (1979), p. 493.
- 510 La premisa inicial es que las adquisiciones a *non domino* (o sea, cuando el enajenante no es el verdadero propietario) son excepcionales mecanismos de tránsito de la propiedad de una mano a otra, pues evidentemente el sistema jurídico se basa en transferencias regulares, de propietario a nuevo propietario; y si ello no fuera así, entonces el sistema de la propiedad sería absurdo, pues si el no-titular transmite eficazmente de forma generalizada, entonces, ¿para qué serviría ser propietario?, ¿qué clase de Derecho implicaría validar los despojos y las injusticias? Por tanto, la excepcionalidad es clara.
- 511 Uno de los fundamentos de la protección registral es la buena fe, que busca, así, mantener la rectitud en las relaciones sociales y económicas, pues, de otro modo, el registro, nacido para frenar la malicia y favorecer la confianza, se convertiría en un mecanismo amigable con el fraude: Amorós Guardiola, M. (1967), pp. 1579-1580.
- 512 Aquí se encuentra en juego la racionalidad misma del sistema patrimonial basado en intercambios voluntarios y en el reconocimiento de la posesión. En este ámbito no es posible oponer el interés de la colectividad que favorezca al tercer adquirente, enfrentado al del propietario individual, pues también existe un interés colectivo en la conservación de la propiedad en manos de su titular. Y no se diga en forma demagógica que la defensa

En conclusión, la publicidad es un medio, no un fin, que permite ponderar las diversas conductas dentro del tráfico jurídico, y de esa forma preferir la que sea plausible.

c) Coherencia dogmática

La fe pública registral, desde la perspectiva dogmática o conceptualista de un sector, se explica con la idea de “legitimación aparente”, por tanto, el transferente inscrito, aunque se trate de acto nulo, está “legitimado” para disponer a favor de tercero por el solo efecto de la inscripción, con lo cual el centro de protección, que debe concentrarse en el adquirente, se desplaza al transmitente. Esta construcción teórica lleva sostener que un falsario (que vende lo ajeno) “cuenta con poder de disposición”, por tanto, no cometería acto ilícito, pues, contaría con la autorización del sistema para la disposición.

La doctrina conceptualista, bajo tales premisas, se muestra confundida y discute con argumentos de filigrana si la fe registral constituye adquisición derivativa u originaria⁵¹³. Esto demuestra los graves límites de la visión dogmática del derecho.

del propietario rentista es un simple rezago del individualismo; pues resulta evidente que este tipo de adquisiciones jamás buscan socializar la propiedad, sino simplemente atribuirselos a otro sujeto: Miquel González, J. (1979), pp. 491-492. Por el contrario, la protección absoluta del adquirente, sobre el titular real, constituye uno de los postulados naturales del liberalismo salvaje del siglo XIX, por el cual se afirmaba la necesidad que los bienes circulen a cualquier costo, fomentando la especulación con el valor de cambio de las cosas, antes que el disfrute: *Ibid.*, p. 492. La doctrina de tutela de la apariencia constituye un mecanismo razonable de solución del conflicto de títulos nacido por la nulidad, rescisión o resolución de los títulos contractuales, que prefiere la posición jurídica de C, de buena fe, frente a la de A, negligente o culposa, por lo menos.

513 El debate puede verse en: García García, J. (1993), pp. 355-382. El autor propugna su propia tesis: “el tercero adquiere derivativamente del transmitente, respecto al contenido registral a través del negocio jurídico, pero adquiere originariamente respecto al *versus dominus*, que no tiene ningún ligamen ni relación con él”: *Ibid.*, p. 377. La dogmática no debería pasar ciertos límites, pues, en caso contrario se producen opiniones fantasiosas, como la del autor citado, aunque él parece no darse cuenta, mientras señala que tal modo adquisitivo es “derivativo y originario en forma simultánea”, que es, algo así, como sostener que un ser puede existir y no existir en el mismo momento. En tal contexto, las tesis jurídicas devienen en artificiosas, por tanto, es preferible admitir que el sistema tiene que confor-

Sin embargo, bien vistas las cosas, el sujeto con título nulo, pero inscrito, carece de legitimación, en cuanto obviamente no tiene el derecho, pero en forma excepcional, y de darse los presupuestos legales, el ordenamiento jurídico protege al tercero de buena fe, que es el único necesitado de auxilio por cuestiones de certeza y seguridad jurídica. Recuérdesse que el poder de disposición se relaciona con la titularidad del derecho -salvo los casos excepcionales previstos en la ley, como ocurre con los administradores legales-, por tanto, un estafador que vende un bien ajeno, no puede considerarse que tenga “legitimación”, pues en realidad la protección se dispensa exclusivamente al adquirente, pero no al transmitente, ni le dan “legitimación aparente”. La hipótesis contraria, “desplaza lo que solo es una protección del adquirente a la posición jurídica del transmitente”⁵¹⁴. Es más, por esa razón se le exige buena fe al tercero, como criterio básico para sustentar su primacía frente al titular originario; por el contrario, si el transmitente fuese *verus dominus*, entonces, ¿qué importaría la condición subjetiva del adquirente? Por tanto, habría que preguntar a los defensores de la primera tesis: ¿por qué dicha “teoría” pretende legalizar a un estafador?; ¿por qué el adquirente necesita de buena fe si el transmitente cuenta con “legitimación aparente”?

En todo caso, si fuese necesario adoptar una tesis dogmática, habría que sostener que la fe pública registral es una modalidad de adquisición legal, prevista por el sistema para efecto de proteger la legítima confianza en la apariencia. El propio art. 2014 CC establece como efecto que el tercero “mantiene su adquisición”, por tanto, se trata del mismo derecho del que gozaba el propietario original, no de un “nuevo derecho”. Nótese la gran diferencia entre una y otra tesis: la primera sostiene que el enajenante está “legitimado”, pues tiene “legitimación aparente”, en cambio, su negación considera que la doctrina de tutela de apariencia no crea una falsa legitimación, en tanto la protección se concentra única y exclusivamente en el “tercero de buena fe”.

marse con soluciones pragmáticas con el fin de resolver las situaciones dramáticas, o los llamados “casos trágicos”, es decir, aquellos en los que no hay forma de evitar la pérdida injusta de uno.

514 Pau, A. (2001), p. 329.

6.4.2. Análisis normativo (i): art. 2014 CC

a) Supuesto normativo: Conflicto entre titular anterior que sufrió patología contractual y tercero de buena fe

La adquisición de derechos por contrato presupone que el vendedor (o enajenante) es propietario del bien, pues solo de esta manera podrá transferir eficazmente el derecho a favor del comprador (o adquirente). Es el problema de la existencia del derecho. Sin embargo, también se necesita que los contratos de transmisión sean válidos, pues, en caso contrario, un acto nulo o viciado nada transmite. Es el problema de la validez de los títulos. En el segundo ámbito, el riesgo de inseguridad se presenta cuando el negocio jurídico inscrito es nulo, pero el supuesto adquirente ya celebró un acto de transferencia a favor de un tercero, que por supuesto desconoce la nulidad. El conflicto de intereses queda de manifiesto en dos supuestos:

Primero:
A _____ B
(acto nulo)

En este caso, el acto ha sido declarado nulo, por lo cual sus efectos se desmoronan para ambas partes. La nulidad ataca al acto en su integridad, pues resulta inconcebible que la invalidez afecte a uno de ellos (por ejemplo, al vendedor), pero no al otro (por ejemplo, al comprador), pues tratándose de un solo fenómeno jurídico no cabe disociarlo en forma arbitraria. Por tanto, si el acto es nulo, entonces los efectos quedan sin lugar, por lo que ninguna transferencia se produce, y el derecho se mantiene en el titular originario, como si nada hubiese pasado. En efecto, si cualquier propietario requiere de un título para la adquisición del derecho, entonces la nulidad lo impide. Por tanto, un comprador no podría sostener la propiedad por medio de un título nulo, máxime cuando es valor entendido que el registro no convalida la nulidad (art. 2013 CC *in fine*, incorporado por Ley 30313).

Segundo:		
A _____ B		B _____ C
(acto nulo)		(acto válido, pero que trae como causa el título previo)

La fe pública del registro decide el conflicto de intereses planteado en la segunda hipótesis, por cuya virtud, se enfrenta el *versus dominus* -que persigue expandir los efectos de la nulidad- y el tercero -que busca restringir los efectos de la nulidad-, lo que, en cualquier caso, debe mirarse con medida, puesto que la protección exagerada del tercero conllevaría dejar expuesta la situación jurídica del propietario real; mientras que la otra opción traería como consecuencia una elevada inseguridad. Por tanto, el conflicto se concilia con la protección del tercero mediante una serie de exigencias, pues, “este mayor rigor con que se contempla al tercero (...) es lógico: su protección va a lesionar un derecho ajeno, que ya no podrá hacerse efectivo frente a él”⁵¹⁵.

b) Hipótesis concretas incluidas

Las normas de protección de la apariencia son mecanismos excepcionales de tránsito de los derechos de una mano a otra, pues, evidentemente el sistema jurídico se basa en transferencias regulares, de propietario a nuevo propietario. En tal sentido, la fe pública registral opera como mecanismo de protección al tercero de buena fe que adquiere un derecho basado en el registro, pese a la nulidad o extinción del contrato previo. Por tanto, su ámbito de protección se centra en los actos de transmisión voluntaria, uno de los cuales es inválido o ineficaz, lo que no afecta al tercero de buena fe. Vale recordar el esquema siguiente:

A venta B	=====	B venta C
(nulo)		(válido)

⁵¹⁵ Ibid., p. 336.

En la cadena de transmisiones voluntarias, la nulidad del contrato A-B, no perjudica al tercero de buena fe C, siempre que se cumplan íntegramente los requisitos de protección según el principio de fe registral (art. 2014 CC): (i) tercero, (ii) título válido, (iii) título oneroso, (iv) confianza en el registro: adquirir un derecho otorgado por quien aparece con facultades para otorgarlo según el registro, (v) buena fe, (vi) causales de nulidad o ineficacia no aparecen en el registro, (vii) inscribir la adquisición.

El tercero de buena fe, protegido por la fe registral, puede definirse como el sucesivo adquirente de un derecho, bajo la confianza del registro, cuando el contrato de transmisión, anterior al suyo, sufre de nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución o cancelación de la inscripción (art. 2014 CC)⁵¹⁶. Las hipótesis teóricas de protección son las siguientes:

- a) **Primer caso:** “A” vende a “B”, e inscribe, pero el acto sufre de nulidad por fin ilícito; luego “B” vende a “C”, que también inscribe. ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? “A” declaró libremente su voluntad en un acto fraudulento, por tanto, él mismo creó la falsa apariencia de convertir a “B” en propietario, lo que a su vez propició el engaño al tercero “C”. La posición jurídica preferente es la de “C”, pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa, o hasta dolo, de “A”, quién por actuación suya, dio origen a la apariencia que engaña a “C”. La fe registral es una solución razonable en la ponderación de intereses en juego.
- b) **Segundo caso:** “A” vende a “B”, e inscribe, pero el acto sufre de vicio de la voluntad; luego “B” vende a “C”, que también inscribe. ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? Si bien es cierto que A declaró su voluntad por causa de error o dolo de la parte contraria, sin embargo, debe reconocerse que la declaración fue suya, por lo que incurrió en culpa, mayor o menor, cuando comunicó algo que en realidad no representaba plenamente su voluntad, por tan-

516 La protección de la apariencia implica despojar al verdadero propietario que, por ejemplo, sufre la nulidad del acto por el cual supuestamente había transmitido el derecho, en consecuencia, se trata de una solución normativa grave, que, valorativamente, exige una razón justificativa, pues con ello se descarta un derecho fundamental, pues se extingue la propiedad de una persona sin que esta haya celebrado un acto dispositivo.

to, "A" es responsable de la falsa apariencia que convirtió a "B" en propietario, lo que a su vez propició el engaño al tercero "C". Obviamente, la posición jurídica preferente es la de "C", pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de "A". Es más, bien podría decirse que sin la conducta descuidada de "A", jamás se habría producido la adquisición de "C", por lo que "A" es causante de "C", en consecuencia, se le debe imputar las consecuencias negativas de su propia acción. La protección de "C" es razonable, pues lo contrario significaría premiar al descuidado "A" que produce un engaño a la buena fe de "C", y que a pesar de ello sería tutelado por encima de la víctima que él mismo creó a través de su error. La fe registral, que protege al tercero, está plenamente justificada en este caso.

- c) **Tercer caso:** "A" vende a "B", e inscribe, pero el acto sufre de lesión contractual; luego "B" vende a "C", que también inscribe. ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? Si bien "A" declaró su voluntad causada por el estado de necesidad del que se aprovechó "B", sin embargo, debe reconocerse que la declaración de voluntad fue suya, por lo que incurrió en culpa cuando comunicó algo que no representaba plenamente su voluntad, por tanto, "A" debe responder por la falsa apariencia de convertir a "B" en propietario, lo que a su vez propició el engaño al tercero "C". La posición jurídica preferente es la de "C", pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de "A", quién por negligencia suya, dio origen a la apariencia que engañó a "C".
- d) **Cuarto caso:** "A" vende a "B", e inscribe, pero el contrato queda resuelto por incumplimiento; luego "B" vende a "C", que también inscribe. ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? Si bien es cierto que el contrato A-B ha quedado resuelto, empero, el acto es existente y válido, por lo que propicia el engaño al tercero "C". La posición jurídica preferente es la de "C", pues su buena fe se valora positivamente en relación con la actuación de "A", que, por acto imputable a él mismo, consistente en la celebración del contrato válido con "B", dio origen a la apariencia que engañó a "C".

e) **Quinto caso:** “A” vende a “B”, e inscribe, pero el acto sufre de simulación absoluta; luego “B” vende a “C”, pero este no inscribe. ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? “A” y “B” han celebrado un negocio simulado, por lo que ambos incurren en dolo cuando comunican algo que no representa su voluntad, por tanto, “A” debe responder por la falsa apariencia de convertir a “B” en propietario, lo que a su vez propició el engaño al tercero “C”. Obviamente, la posición jurídica preferente es la de “C”, pues su buena fe se valora positivamente frente al dolo de “A”, sin embargo, la fe pública registral solo protege al tercero que inscribe, pero en este caso “C” no inscribió. Parece una situación injusta que la víctima sea perjudicada frente a la connivencia maliciosa de los que crearon el negocio simulado, solo por el hecho de que “C” no haya inscrito, empero, el art. 194 CC establece una norma especial de protección a los terceros para esta específica causal de nulidad⁵¹⁷, por lo cual basta que el tercero sea de buena fe y a título oneroso para merecer tutela, sin necesidad de inscripción alguna. Esta norma también es una hipótesis de protección de la apariencia, pero ajena al registro, por lo que, bajo sus alcances, “C” también queda protegido. ¿Por qué los terceros derivados de la simulación tienen protección con menos requisitos? La razón es simple: el verdadero propietario ha actuado con dolo, con malicia, con propósito de engañar, por tanto, su alta carga negativa hace que la posición del tercero sea especialmente valorada, pues en realidad es la víctima directa del engaño perpetrado por otros, lo que da lugar a que la ley elimine los requisitos de protección que, en el caso concreto, devienen en superfluos, como la inscripción. Por tal motivo, se ha construido un mecanismo de

517 Esta norma ha sido injustamente cuestionada, pues se sostiene que no reproduce fielmente su par italiano, en el cual se establecen los efectos de “oponibilidad” de la demanda de simulación frente a los terceros adquirentes o los acreedores: Morales, R. (2004), p. 107. La crítica no se sostiene porque el efecto de las anotaciones de demanda se regula en el art. 673 CPC, lo que además es sistemáticamente correcto, pues los efectos de un acto procesal, como la medida cautelar, tiene que regularse en los códigos de la materia. El error es del Código italiano que mezcla hechos jurídicos sustanciales con procesales.

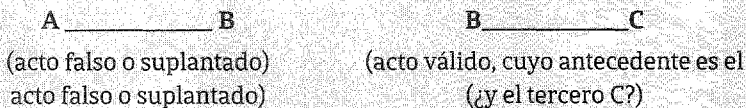
protección de terceros ajeno al registro, por la simple apariencia nacida de una persona que exhibe un título de propiedad.

En suma, el principio de fe pública registral (art. 2014 CC) comprende a los terceros de buena fe que resulta protegidos frente a la nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución⁵¹⁸ del contrato antecedente. No aplica en otros casos, que pueden considerarse hipótesis excluidas, como las que surgen de conflicto con el usucapiente, el titular de derechos personales inscribibles, la titularidad manifestada en el dominio público, el titular en una partida registral paralela o duplicada, entre otras.

c) Hipótesis de fraude inmobiliario

c.1) Origen del problema

El fraude inmobiliario tiene diversas modalidades, pero, desde una perspectiva más estricta, se entiende como tal a la situación en la que un propietario inscrito sufre la falsificación de un acto dispositivo suyo o es suplantado en su identidad, de tal suerte que, luego de sucesivas transferencias, queda constituido un tercero de buena fe. El esquema es el siguiente:



518 Sin embargo, el art. 1372 CC establece que la rescisión o resolución de contrato no perjudica al tercero de buena fe, lo que constituye también una disposición protectora de la apariencia, pero que incurre en contradicción con el art. 2014, pues mientras la primera norma solo exige buena fe, en cambio, para la misma hipótesis de rescisión o resolución, la segunda norma requiere buena fe, onerosidad, adquisición del titular registral, inscripción del propio título. ¿Cómo entender esta incoherencia del propio Código Civil? Una primera fórmula, no del todo satisfactoria, es restringir el art. 1372 a los bienes no registrados, pese a que el enunciado legal no hace distinciones, mientras el 2014 aplicaría a los bienes registrados. Una segunda fórmula pasa por admitir la incongruencia, por tanto, el tercer adquirente de un inmueble podrá invocar alternativamente el art. 1372, por lo que logrará protección con mayor facilidad.

En buena cuenta, los falsarios han patentado un sistema por el cual se crea un título de propiedad a partir de la “nada”, sea por falsificación, suplantación o laudo amañado, por tanto, el acto A-B es “puro papel”, sin contenido, no obstante, en forma inmediata se celebran sucesivas transferencias para crear terceros, cuartos o quintos de buena fe, mediante el contrato B-C u otros actos sucesivos, con lo cual, se busca obtener la protección de la fe pública registral. La situación se convirtió en problema social cuando se advirtió que existían mafias dedicadas específicamente a la falsificación de títulos de propiedad con la finalidad de constituir supuestos “terceros de buena fe”, que aprovechaban los vacíos de la legislación notarial, registral, civil, procesal y arbitral, aunque, valgan verdades, todo ello quedaba facilitado por actos de corrupción. El problema llegó a ser tan grave que una Comisión del Congreso de la República se instaló para investigar estos hechos.

c.2) Demanda de inconstitucionalidad planteada por un grupo de ciudadanos

El art. 5 Ley 30313 regula los efectos de la “cancelación” de las inscripciones afectadas por títulos falsos o en los que hubo suplantación, estableciéndose que, a pesar de ello, no se afectará la posición jurídica del tercero de buena fe. En el mismo sentido, la 1° DCM Ley 30313 modifica el art. 2014 CC, por cuya virtud, reafirma que, pese a la “cancelación” de la inscripción basada en título falso o con suplantación, ello no perjudica la posición jurídica del tercero de buena fe.

En tal sentido, un grupo de ciudadanos, con fecha 10.07.2015, presentó una demanda de inconstitucionalidad que pretendía lo siguiente:

- Se declare que el art. 5° de la Ley 30313 es totalmente inconstitucional, en cuanto establece que el propietario legítimo queda despojado por el tercero de buena fe que nace a partir de un título falsificado o con suplantación, por tanto, que esta norma sea expulsada totalmente del ordenamiento jurídico.
- Se declare que el art. 2014 del Código Civil, modificado por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley 30313, es parcialmente inconstitucional respecto de uno de sus sentidos interpretativos, específicamente, en cuanto permite entender que

el propietario legítimo, aunque logre “cancelar” la inscripción del título falsificado o con suplantación, igual queda despojado por el tercero de buena fe; por lo que deberá declararse que el vocablo “anulación” no comprende las causas de nulidad por falsedad o suplantación del título, que propiamente se refieren a la inexistencia del acto, y, en tal sentido, el término “cancelación” quedaría excluido de sus alcances, por tanto, que el art. 2014 CC, modificado por 1° DCM Ley 30313, en vía interpretativa, debería reconstruirse de tal suerte que se tenga por derogado el término “cancele”, y, se descarte uno de los sentidos interpretativos del término “anule”, con lo que la norma tendría el siguiente tenor:

“Art. 2014. Principio de buena fe pública registral

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición, una vez inscrito su derecho, aunque después se anule [pero, no en los casos de falsificación o suplantación⁵¹⁹], rescinda, [cancele⁵²⁰] o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

Nótese que no se pretendía derogar totalmente el principio de fe pública registral, sino su manifestación más extrema, y grotesca, por la cual, el tercero de buena fe quedaba protegido frente a la falsificación de actos dispositivos del propietario inscrito o de suplantación de su identidad con ese mismo objetivo⁵²¹.

519 La demanda pretende que el Tribunal establezca que el término “anule” no protege a los terceros de buena fe en los casos de nulidad del título por falsificación o suplantación.

520 La demanda pretende que el Tribunal establezca que el término “cancele” sea eliminado del precepto cuestionado, por cuanto, de mantenerse tal vocablo, se protege a los terceros de buena fe en los casos de nulidad del título por falsificación o suplantación.

521 “Los alemanes pretendieron hacer del registro la única realidad del derecho y de la finca, y ello es porque antepusieron el Estado al hombre y pretendieron sustituir la realidad por la técnica, el registro fue así en el ámbito patrimonial partícipe de los mismos desvaríos que los perdieron en el ámbito político. En realidad, el Estado era un sistema absoluto de expropiación de toda la propiedad en Alemania, que hacía de los propietarios los siervos

c.3) Fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad

La demanda impugna ambas normas por los siguientes fundamentos:

- a) El artículo 70 de la Constitución establece que “la propiedad es inviolable”, sin embargo, las normas legales cuestionadas permiten que el legítimo propietario, incluso con inscripción registral, pueda ser despojado por efecto de una falsificación que sirva para transferir el bien a un tercero, con lo cual, en la práctica, el derecho de propiedad carece de protección, pues fácilmente resulta violado, como ha ocurrido con el fenómeno social del fraude inmobiliario. En tal sentido, para solucionar este conflicto deberá considerarse que la cláusula de inviolabilidad de la propiedad no es un cuadro pintado en la pared, sino todo lo contrario, pues significa que el derecho se mantiene incólume en el patrimonio del titular, por lo que se rechazan las interferencias o intromisiones de carácter ilegítimo, entre las que se encuentran fundamentalmente las falsificaciones y las suplantaciones, que son los actos más abyectos que podrían realizarse en contra del titular, por lo que no cabe derivar efecto alguno a partir de ellos. En suma, es inadmisibles que la Constitución consagre la inviolabilidad de la propiedad, sin embargo, una simple falsificación -el extremo del acto vil, abusivo y arbitrario- haga que el derecho sea “violable”. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha establecido que la propiedad es un derecho que se determina por su titular, no por intromisión de terceros (STC N° 0008-2003-AI/TC), que, además, el Estado lo garantiza mediante un manto de inmunidad frente a los ataques ajenos (STC N° 0043-2007-AA/TC), y, finalmente, que la propiedad se encuentra a salvo del “solo querer de terceros” o por “causas extrañas o anómalas” (STC N° 022-2007-AA/TC, STC N° 5614-2007-AA/TC).
- b) La falsificación constituye un “no-hecho” (la nada), con el simple añadido de que se ha documentado con el fin de engañar; sin em-

del Estado: única realidad de la propiedad. El respeto al hombre se antepone en el sistema registral a los sueños dogmáticos de los idearios filosóficos y de los ideólogos políticos”: Álvarez Caperochipi, J. (2012), p. 174.

bargo, la apariencia de la nada no cambia su naturaleza ontológica: no existe. Por tanto, si el propietario tiene un derecho fundamental, especialmente protegido por el ordenamiento jurídico a través de la garantía de indemnidad o inviolabilidad, entonces, ¿cómo puede “la nada”, por el solo hecho del surgimiento de un tercero, ser título suficiente para despojar al propietario que merece tutela constitucional? La respuesta obvia es que la falsificación (papel en blanco: “no-ser”) no puede imponerse a la propiedad (derecho legítimo: “ser”), máxime cuando ello implicaría vulnerar los principios fundamentales de dignidad del hombre, libertad individual y libertad contractual, que impiden reconocer efectos a la falsificación, en cuanto se sobreponen ilegítimamente a la voluntad de la persona.

- c) Es más, la circulación de la riqueza en la economía de mercado se basa en la iniciativa privada, libre y autónoma, por lo que se necesita la voluntad de los agentes económicos para vender y transferir la propiedad, pero no por decisiones heterónomas estatales. Pues bien, si la economía social de mercado exige que el Estado no se subrogue en la iniciativa de los particulares, entonces, ¿cómo podría hacerlo un falsificador que roba la propiedad ajena y, con ello, hace “circular” un bien?, por tanto, la tutela del tercero, en este caso, constituye un ataque a los principios de iniciativa privada y economía de mercado.
- d) El derecho humano a la vivienda adecuada, en su modalidad de seguridad jurídica, establece que nadie puede ser privado de la tranquilidad, estabilidad y paz que representa el hogar físico legítimamente adquirido, y menos, todavía, por la infame circunstancia de un título falsificado, pues, ¿desde cuándo un derecho humano puede perderse alegremente por un fraude? El Estado se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos humanos, por tanto, la falsificación no puede expoliar de su vivienda al titular.

- e) En el presente caso, además, se enfrenta la “propiedad legítimamente adquirida” contra la “propiedad aparente”, por lo que el conflicto entre principios fundamentales se resuelve a través de la técnica de la ponderación, que deberá considerar el peso abstracto de cada uno de los principios involucrados, por tanto, mientras el art. 70 de la Constitución establece que la propiedad es inviolable, lo que otorga un manto reforzado de seguridad al propietario legítimo para no ser despojado, en cambio, la seguridad jurídica defiende a un propietario aparente, por lo cual, el peso abstracto superior lo tiene la propiedad, y no la seguridad jurídica formal, que no puede sobreponerse a ella. En efecto, la propiedad es el derecho sustancial, mientras la seguridad es una garantía institucional de la propiedad, por lo que no cabe que esta última expropie a aquella, pues, en tal caso, la seguridad del tercero conllevaría a la inseguridad del propietario, con el consiguiente vaciado de contenido del derecho constitucional de propiedad y su inviolabilidad⁵²². El tema no queda allí, pues también debe utilizarse la “segunda ley de ponderación”, por el cual, la certeza empírica de los fundamentos de la intervención (a favor del tercero) debe ser muy alta, pero eso precisamente no ocurre en este caso, pues, si bien la tutela del propietario sacrifica al tercero, en cambio, la tutela del tercero sacrifica al propietario, pero también afecta al mismo tercero, entonces, pues, a partir de ese momento nadie le garantiza a él mismo que su propio título no sea falsificado posteriormente. Por último, cabe que la medida de intervención enfrente, no a uno, sino a varios derechos fundamentales; en consecuencia, la “fórmula del peso extendida” conlleva un efecto acumulativo en la ponderación. En el presente caso, la seguridad jurídica, favorable al tercero, no puede oponerse a una serie de derechos fundamentales que tutelan la posición del propietario legítimo dentro de su esfera individual,

522 El Derecho no es una ruleta que proteja a la persona según su determinada ubicación (tercer adquirente), pero lo desprotege cuando la rueda se mueve (propietario, luego de la adquisición).

pero también social, que están vinculados con las libertades económicas, e incluso con el principio de libre mercado, que se funda en los intercambios voluntarios, no en robo de derechos.

- f) El art. 73 de la Constitución establece que el dominio público es inalienable, por tanto, su venta está prohibida; en tal contexto, los parques, las playas o las plazas no pierden su condición por efecto del registro, cuya hipotética protección, a favor del tercero, nace apenas de una ley, que no puede oponerse a la tutela dispensada al dominio público, cuya fuente es la propia Constitución. En tal sentido, lo público no puede quedar privatizado por la simple “buena fe”, en contravención de una norma fundamental, máxime cuando en este punto, sin ninguna duda, se privilegia el interés público sobre el particular⁵²³. Por tal motivo, los particulares no pueden apropiarse de los bienes de dominio público, sea por venta, prescripción adquisitiva o por inscripción registral de un título. Por lo demás, cualesquiera de las ventas que se celebren sobre bienes de dominio público, son nulas, en tanto la condición de inalienabilidad prohíbe la celebración de transferencias, sin excepciones, por lo que es irrelevante que la venta sea en favor del tercero, cuarto, quinto o sexto adquirente, pues todos esos actos tienen idéntico objeto (imposible), con la consecuencia de su invalidez. Por tanto, no es posible que la transferencia de un bien de dominio pú-

523 Vale la pena leer este párrafo de la mejor doctrina para evitar las exageraciones registrales a las que son tan afectos nuestros tribunales de la justicia ordinaria: “El registro de la propiedad presenta también sus lados sombríos. Un Estado absoluto predica un registro de eficacia absoluta, y entonces un ángel caído se levanta amenazante y nos mira a los ojos. La fascinación por la eficacia del registro no nos debe olvidar los riesgos que su utilización abusiva comporta, a mi parecer, algunos sistemas registrales han legitimado arbitrariedades notorias, están montadas sobre la supremacía absoluta del libro (la voluntad política) sobre la realidad, y se basan efectivamente en la injusticia de expropiar (por la mera inscripción del nombre de un propietario en unos libros) al propietario real sin indemnización. El registro sirve entonces para legitimar lo que no es sino un expolio de personas o colectividades, para condenar a todos aquellos que no estén inscritos en el libro. El progreso material y el deseado desarrollo económico se pretende entonces negando la propiedad, derecho natural -y sin querer volver la vista atrás-, a la significación del hombre y su dignidad como fin y presupuesto a todo sistema jurídico”: Álvarez Caperochipi, J. (2012), pp. 110-111.

blico se “convalide” en terceros de buena fe, bajo el argumento de que, en la primera venta, el bien es público; pero en las sucesivas ventas, por arte de magia, el bien se convierte en “privado”, por lo que ahora el inmueble, así “transformado”, podría ser “transferido válidamente”. El problema, insoluble, es que el objeto en todas las compraventas es el mismo, por lo cual el vicio de objeto imposible se repite en todos los contratos. El art. 73 de la Constitución establece la protección reforzada de los bienes del dominio público, que no pueden ser afectados por actos de particulares, en cuanto su enajenación está prohibida; por tanto, el art. 2014 CC, que si bien protege al tercero de buena fe, sin embargo, ello no puede hacerse en contra de los principios constitucionales, pues, de lo contrario, sería fácil privatizar parques, playas, plazas y, seguramente, hasta el Palacio de Gobierno, pues bastaría inscribir una burda falsificación, luego vender el bien, y listo. Eso no es aceptable.

Por su parte, los argumentos en favor del tercero de buena fe, en el caso del fraude inmobiliario, se desvirtúan de la siguiente forma:

- a) El propietario que sufre el fraude obviamente no es responsable de la falsa apariencia surgida por el hecho ilícito, y que engañó a un tercero de buena fe; por tanto, ¿cuál sería la razón para despojar a este propietario falsificado si él es tan víctima como el tercero que confía en la apariencia registral creada por la falsificación? ¿La buena fe? Pero, si ambos tienen “buena fe”, en consecuencia, uno no está mejor que el otro, por tanto, ese criterio no es suficiente, y, por ello, debe regir la preferencia a favor del propietario que se encuentra protegido por la cláusula constitucional de inviolabilidad.
- b) No obstante, la tutela del tercero siempre puede catalogarse como un triunfo de la “seguridad jurídica”, pues de esa forma se asegura la dinámica, la circulación de la riqueza, del tráfico patrimonial, del interés de los empresarios e inversionistas; mientras que el propietario representa teóricamente la estática del derecho, la inactividad, la simple obtención de rentas sin producción. Sin embargo, este argumento dogmático es una falacia, pues no puede cons-

truirse un sistema jurídico sano y honesto sobre la base exclusiva de la seguridad del adquirente, pues ello significaría desprotegerlo al día siguiente, luego que ya dejó de ser adquirente, convirtiéndose en propietario, pues, en tal condición, el dinámico inversionista (tercero de buena fe), que en principio se protegió con la fe pública registral por una falsificación anterior, empero, luego podría perder toda su inversión si este sufre una sucesiva falsificación, por lo que ahora surgiría un nuevo dinámico inversionista que se quedaría con todo (posterior tercero de buena fe). El resultado es muy simple: nadie está seguro en ese sistema jurídico, la propiedad es “violable” y la norma constitucional queda reducida a un papel. En este punto, debe recordarse que la protección del tercero tiene que matizarse, pues, en algunos casos resulta preferible la posición del tercero, pero en otros, no. Por ejemplo, en los casos de vicios de la voluntad o simulación, el propietario ha creado la apariencia, al haber vendido un inmueble, con su propia voluntad, sea por error o dolo, en consecuencia, debe asumir las consecuencias de su acción. Esta es la razón por la cual la teoría jurídica de protección de la apariencia exige que el titular del derecho haya sido el causante de la apariencia que engaña a un tercero. Sin embargo, en las hipótesis de falsificaciones o suplantaciones sucede todo lo contrario, en tanto, no hay culpa alguna del propietario, por tanto, la pérdida del derecho implicaría un despojo ilegítimo, simplemente arbitrario y abusivo⁵²⁴, pues, aun si en tal caso existiese un tercero de buena fe, ¿por qué el legítimo propietario tendría que irse a la calle?, ¿por qué perdería su derecho?, ¿por qué un tercero estaría en mejor situación que el propietario?, ¿qué clase de sistema “le-

524 La tutela de la apariencia es una figura de carácter excepcional, pues su generalización implicaría desproteger la seguridad del propietario, por tanto, solo puede protegerse al tercero de buena fe cuando se agrega la culpa del titular primigenio que ha originado la situación de apariencia que engaña al tercero; en caso contrario, si no hay culpa del propietario, entonces nada justifica el despojo del *versus dominus*, por lo que en tal ámbito debe imponerse la realidad jurídica, esto es, la seguridad del propietario. Así: Von Thur, A. (2006), p. 61.

gal” podría tolerar que un acto totalmente ruin produzca el efecto de expoliar derechos fundamentales? La conclusión es que un propietario no puede ser despojado, sin culpa suya, por la citada cláusula constitucional de inviolabilidad⁵²⁵. En tal sentido, y en contra a la tesis del extremismo, un sector importante de la doctrina alemana considera que la fe registral no protege los casos de falsificaciones, precisamente porque el propietario no tiene culpa, por lo que no puede ser expoliado en forma sorpresiva⁵²⁶. Por tanto, no es tan cierto que los tratadistas alemanes nieguen importancia a la culpa, pues la doctrina de ese país conoce perfectamente el requisito de imputación para aplicar el principio de apariencia⁵²⁷, pero algunos autores de ese país lo reemplazan por el resarcimiento del Estado, es decir, el sistema germano reconoce que el propietario inocente (sin culpa) no puede ser expoliado impunemente, para lo cual opta por una técnica de protección distinta, de carácter indemnizatoria⁵²⁸. El problema de los extremistas registrales es que no se han dado cuenta del distinto fundamento del registro alemán, que asume el costo de las pérdidas cuando triunfa la apariencia en contra del *verus dominus* expoliado injustamente, sin perjuicio que hay

-
- 525 “El reconocimiento general y absoluto de tutela de la confianza llevaría a que en buena parte de las soluciones conminadas fuese desviada en favor de aquel en el que, por una razón u otra, las personas acreditadasen”: Cordeiro, A. (2012), T. I, p. 969.
- 526 “La doctrina alemana interpreta el parágrafo 892 del BGB (sobre la fe registral), según el cual el contenido del registro vale como exacto para el adquirente de buena fe, en el sentido de que solo es contenido del registro aquel cuya toma de razón no contradice la voluntad de la ley y ha tenido lugar regularmente (Sawitz). Por lo demás, el art. 34 habla siempre de una anulación o resolución ocurrida después de la adquisición, y en el caso de falsedad del título o de la inscripción, el derecho del otorgante no ha existido nunca”: Lacruz Berdejo, J. (2011), p. 253.
- 527 Por ejemplo, es el caso de Hueck, A. & Canaris, C. (1988), p. 47: “el principio de la apariencia solo puede utilizarse en conexión con el de imputabilidad. No existe imputabilidad y, en principio, tampoco responsabilidad por apariencia en los casos de *vis absoluto*, representación sin poder, falsedad, así como en los casos de ausencia o limitación de capacidad de obrar”. En el mismo sentido: De Eizaguirre, J. (1999), p. 230.
- 528 “El hecho de que no se tenga en cuenta el hecho (sic) de que al propietario no le es imputable la pérdida de la apariencia registral se basa en que este contará en todo caso con una pretensión de resarcimiento frente al Estado”: Westermann, H. & Westermann, H.P. & Gursky, K. & Eickmann, D. (2007), T. II, p. 1064.

otros autores, también alemanes, que se muestran conformes en la necesidad de imputarle al propietario la creación de la apariencia, lo que, precisamente, no ocurre en la falsificación. Por tanto, se trata, en el peor de los casos de un asunto debatible que no está cerrado, como pretenden apresuradamente los dogmáticos domésticos.

- c) Por lo demás, la protección del propietario es un imperativo del sistema, como se advierte por el hecho que una persona no puede ser obligada al pago de obligaciones inventadas por falsificación de firma, aunque haya tercero de buena fe (art. 19.1 Ley 27287); y lo mismo pasa con los bienes muebles, en caso de robo o hurto (art. 948 CC); por tanto, un mínimo de coherencia valorativa exige negar que el mismo fraude permita la tutela del tercero en caso de la propiedad inmobiliaria. En tal sentido, no es posible aceptar que el ciudadano esté protegido frente a las invasiones ilegítimas de su personalidad por deudas de cinco soles que constan en letras de cambio, o cuando le falsifican el título documental de un celular o computadora, pero no lo esté cuando se trata de bienes inmuebles de inmenso valor, que representan, tal vez, el esfuerzo de toda su vida. Una incongruencia que no puede mantenerse.
- d) Por último, la propia Ley 30313 debe aspirar a la coherencia consigo misma. En efecto, por mérito de la indicada norma, el tercero debe indagar la autenticidad de los títulos archivados para obtener tutela, por tanto, si no hiciese la verificación, entonces no habrá buena fe ni protección del sistema; no obstante, el mismo art. 2014 CC modificado por Ley 30313, establece en forma contradictoria que ese mismo tercero tiene protección, aunque hubiese un título falsificado. Es necesario salvar esa incongruencia, en concordancia con la defensa de la propiedad y de otros derechos fundamentales.

c.4) Sentencia del Tribunal Constitucional

La STC N° 0008-2015-PI/TC de 05.03.2020, complementada con la resolución de 07.01.2021, ha declarado infundada la demanda de inconstitucionalidad, lo que haría suponer que nada ha cambiado respecto de la situa-

ción jurídica precedente, sin embargo, ello no es cierto, pues el pronunciamiento del Tribunal Constitucional produce una serie de innovaciones en el ordenamiento jurídico, incluso desde su parte resolutive en cuanto se trata de una sentencia interpretativa, es decir, que el art. 2014 CC es constitucional, siempre que se asuma un determinado criterio jurídico en su comprensión (sentido) y aplicación, conforme se comentará enseguida, lo cual hace que este acápite se denomine “hipótesis intermedia del fraude inmobiliario”, pues, si bien la demanda es infundada, empero, no totalmente una vez que se realice una lectura integral de su texto.

c.5) Balance negativo de la sentencia

La decisión del Tribunal Constitucional declara infundada la demanda, lo que entra dentro de lo posible, aunque, lamentablemente, invoca argumentos deleznable.

En primer lugar, la sentencia reconoce que un propietario inscrito -que ha cumplido todas las exigencias para gozar de la seguridad jurídica que el Estado ha prometido para todo aquel por mérito de la inscripción registral- puede ser despojado en forma impune por la falsificación de un acto dispositivo presuntamente suyo, o una suplantación de su identidad, que culmina en el despojo de su derecho en favor de un tercero de “buena fe”. En efecto, resulta difícil justificar que una titularidad asegurada por norma constitucional, sin embargo, se pierda por efecto de un delito, pues, con ello, la tutela ofrecida resultaría tan feble que se desmorona con un acto tan ruin como la falsificación. En este contexto, la inviolabilidad de la propiedad consagrada en el art. 70 de la Constitución no pasaría de una broma de mal gusto, pues, resulta que sí es “violable”, pero, además, por el hecho delictivo de un falsario. Todo esto es altamente criticable. Sin embargo, el Tribunal es consciente de que no basta imponer *manu militari* la solución del art. 2014, por lo que trata de justificarlo de manera insólita, pues, como una persona no puede perder su derecho, tratándose de una víctima, entonces se le convierte en “victimario”, o mejor, en responsable de su propia desgracia. En efecto, la sentencia señala que “la inscripción no es suficiente”, es decir, el titular registral queda sometido a “deberes de diligencia” con la finalidad de “mantener actualizado el registro”, y, aunque parezca increíble, lo obliga

a verificar la información registral en forma permanente, por tanto, si no lo hace, entonces, es su “culpa”, por lo que, “está bien despojado”. Así literalmente: *“Por lo expuesto, si se considera que el ejercicio de derechos, como la propiedad, implica también el cumplimiento de deberes, entonces, le corresponde al propietario el cumplimiento de un deber de diligencia con relación al registro, haciendo uso de los mecanismos gratuitos que el Estado, a través de SUNARP, ha puesto a disposición para el resguardo de su propiedad”* (c. 36), es decir, una persona ya inscrita que no revisó el registro, y no utilizó esos supuestos “mecanismos gratuitos”, entonces solo a él puede culparse, mientras el delito del falsario queda difuminado. El profesor Álvarez Caperochipi ha señalado con verdad y crudeza: *“La sentencia, que critico, afirma incluso el deber del propietario de defenderse diligentemente (por no utilizar las armas que le otorga el registro para defenderse). Culpar a la víctima del delito del daño sufrido, me parece un argumento totalmente inaceptable”*. Es cierto. El citado argumento es tan inmoral, como sería decir que una mujer violentada sexualmente es “culpable” por la vestimenta que usó. En tal sentido, para tranquilizar la conciencia de los señores magistrados, la víctima pasa a ser culpable de su desgracia. Ese es el “fundamento principal” del Tribunal Constitucional Peruano, obviamente, para vergüenza de los que suscribieron ese pronunciamiento⁵²⁹.

En segundo lugar, el “deber de diligencia” de actualizar la información del registro, que se hace derivar de la “función social” de la propiedad, en realidad, no pasa de ser una fantasía, carente de sustento, no solo por falta de norma que imponga esa “obligación” en cabeza del titular registral, sino porque una cuestión tan accesoria, como un trámite administrativo meramente facultativo de “alerta registral” pretenda utilizarse como causa justificativa, realmente insólita, para que el titular de un derecho constitucional (propiedad) lo pierda sin más. Todo ello sin perjuicio de que la función social ordena deberes con la finalidad de resguardar el bien común, pero el art. 2014 CC solo beneficia al tercero protegido en desmedro del propietario inscrito anterior, por tanto, se trata de una función individualista, que no puede expandirse a toda la comunidad, pues, si bien se habla de “tutelar la

529 Es necesario hacer presente que los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada salvaron su voto con uno singular en el que se opina por la estimación de la demanda.

seguridad jurídica en general”, sin embargo, la indicada seguridad del tercero conlleva la inseguridad del propietario inscrito, por lo que, no puede tratarse de un asunto que interese al bien común, sino, que, en todo caso, es una solución de circunstancia, pues alguien debe perder, frente a una situación lamentable de conflicto⁵³⁰. Realizar un trámite administrativo de “consulta de partidas registrales” como explicación de la pérdida de la propiedad es solo engañarse y engañar, pues el sistema registral es el obligado a proteger una vez que se ha logrado la posición de titular registral, que, además, no es nada sencilla y tiene un costo elevado, por lo que no puede eludirse tal deber tratando de imponérselo al propietario, que ya transitó el camino para lograr esa protección, y, además, pagó por ello.

En tercer lugar, vinculado con el anterior, el “deber de diligencia” del propietario inscrito se justifica fácticamente porque la entidad registral proporcionaría “acceso gratuito” al estado de las partidas registral, es decir, supuestamente existe el servicio que permite a los titulares revisar la situación jurídico-registral de sus predios, pero resulta que tal afirmación es falsa, desmentida por la propia SUNARP⁵³¹. Cada uno saque sus propias conclusiones respecto de una sentencia basada en hechos falsos.

En cuarto lugar, la sentencia omite pronunciarse en forma deliberada de una serie de fundamentos planteados en la demanda, que sustentaban la inconstitucionalidad, por lo que se incurre en déficit de motivación y vulneración de la congruencia. Los temas no abordados son la interpretación

530 En este ámbito no es posible oponer un supuesto interés de la colectividad que favorece al tercer adquirente, y que se enfrenta al del propietario individual, pues también existe un interés colectivo en la conservación de la propiedad en manos de su titular. Y no se diga en forma demagógica que la defensa del propietario rentista es un simple rezago del individualismo, pues resulta evidente que las adquisiciones a non domino jamás buscan socializar la propiedad, sino simplemente atribuírsela a otra persona: Miquel González, J. (1979), pp. 491-492.

531 Memorándum N° 848-2021-SUNARP-SNR/DTR de 22.07.2021: “no se ha emitido norma reglamentaria, directiva ni lineamiento interno que permita el acceso gratuito a las partidas registral del Registro de Predios”. El desmentido deja muy mal parada a una sentencia motivada con un hecho a todas luces falso. ¿Ese acto cumple los estándares de adecuada motivación establecidos por el propio TC cuando juzga las sentencias ajenas?, pues, parece que no es aplicable cuando a ellos se refiere.

de la cláusula de inviolabilidad del art. 70 de la Constitución, pues no se establece cuál es el sentido o comprensión que merece esa disposición, pues, mientras el propietario se convierte en “violable”, sin embargo, el tercero también lo es, en tanto una vez que ocupe la posición de titular registral, entonces podría ser falsificado, y, si hubiese un tercero de buena fe, pues aquel terminaría también despojado. En este contexto, ¿cuándo la propiedad es inviolable? Es lamentable haberse callado en siete idiomas sobre la interpretación de dicha norma. En el mismo sentido, tampoco hay pronunciamiento sobre el juicio de ponderación entre ambas posiciones contrapuestas, pues la decisión favorece al tercero sin un análisis serio, pues en forma dogmática la sentencia abona su tesis, pues ello, supuestamente, beneficia “seguridad jurídica” (c. 45), y, nada más. Esa es una conclusión, metafísica, pero que ni siquiera es justificada con argumentos especulativos. En tal sentido, la omisión prosigue respecto de los argumentos vinculados con la coherencia del sistema, que inequívocamente rechazan la protección a los ladrones de muebles, a los aprovechados de letras de cambio con firma falsa del obligado, pero, curiosamente, una firma falsa si puede despojar del derecho constitucional de propiedad sobre inmuebles. Una incongruencia valorativa que surge del art. 2014 CC, y, que la sentencia ha pasado por un costado, dándole vuelta al problema, sin enfrentarlo, probablemente bajo la premisa de que cuando no hay nada que alegar para sí, mejor es guardar silencio.

Por tanto, es ciertamente criticable el sentido general de la sentencia, pues, en nuestra opinión, los fundamentos expresados en la demanda debieron estimarse, sin embargo, es mucho más cuestionable la pobrísima motivación que la sustenta.

c.6) Balance positivo de la sentencia

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional, si bien en términos generales desestima la demanda, sin embargo, lo hace mediante la técnica de una sentencia interpretativa, por cuya virtud, el art. 2014 CC será constitucional siempre que su comprensión (sentido) y aplicación respeten dos reglas.

La primera regla interpretativa establece que el principio de fe pública registral exige que el tercero haya desplegado una conducta diligente y prudente, desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción, sin perjuicio de haber dado cumplimiento de todos los requisitos señalados en el art. 2014. En tal sentido, se trata de una buena fe-activa, la cual puede definirse, según los términos de la sentencia, como la creencia del tercero en la titularidad legítima del transmitente, siempre que haya observado los cánones de diligencia (actuación positiva que implica hacer esfuerzos por desentrañar la titularidad que se pretende transmitir, mediante el análisis y evaluación de elementos extrínsecos al propio registro), prudencia (actuación razonable y proporcional en cuanto a los medios utilizados para descubrir la verdad) y excusabilidad general (apariencia de legitimidad tan sólida que hubiese engañado a cualquiera, entre ellos, al tercero). La diligencia es lo que debe hacer el tercero, la prudencia es la magnitud de lo que debe hacer, y, la excusabilidad general implica que objetivamente la apariencia de legitimidad es muy elevada. La sentencia lo expresa así: *“Este Tribunal considera que una interpretación armónica del derecho de propiedad y del principio de seguridad jurídica conlleva a sostener que en los casos en los que fehacientemente el propietario haya sido víctima de falsificación de documentos y/o suplantación de identidad, para la configuración de la buena fe del tercero será indispensable haber desplegado una conducta diligente y prudente desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, hasta la observancia, claro está, de los propios requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código Civil, en los términos en los que ha sido modificado por la Ley 30313, como, por ejemplo, la escrupulosa revisión de los asientos registrales y títulos archivados”* (c. 52), y, luego agrega: *“de esta forma, únicamente podrá considerarse configurada la buena fe del tercero, en estos supuestos, cuando la apariencia de titularidad sea tal que, razonablemente, no sea común para el común de las personas identificar la inexactitud del registro”* (c. 54).

La segunda regla interpretativa establece que, en el caso de que el propietario afectado por falsificación o suplantación de identidad, además, se encuentre en situación de especial vulnerabilidad que hubiese dificultado el cumplimiento de su deber de “diligencia” (verificación de la historia registral), como ocurre en los casos de precariedad económica, educativa, cul-

tural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, entonces la conducta “negligente” del propietario quedaría dispensada, por tanto, la buena fe del tercero, por sí sola, no sería suficiente para lograr protección, por lo que, pues la posición jurídica del propietario original sería preferente a la del tercero, salvo el órgano judicial pudiese justificar lo contrario mediante una motivación especialmente calificada. La sentencia expresa: *“Por otro lado, en escenarios en los que la víctima de los actos delictivos deja de ser propietario en aplicación del del aludido artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313, y se encuentre en situaciones de especial vulnerabilidad que hayan dificultado el cumplimiento de su deber de diligencia, como puede ser la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, corresponderá al juez, en caso de controversia, sustentar su decisión a través del desarrollo de una motivación calificada”* (c. 64). La resolución complementaria de 07.01.2021 precisa y ratifica: *“De esta manera, a partir de la sentencia, no solamente se desprende que los jueces pueden y deben amparar el derecho del propietario original, según lo expresado supra [vulnerabilidad], cuando ello corresponda, sino que, si no lo hicieran, tienen un deber especial de motivación calificada que exprese de manera clara y precisa las razones que justifican por qué en dicho caso se debe resolver en favor del derecho del tercero de buena fe”* (c.9). En buena cuenta, en este punto, la sentencia es realmente fundada, pues los propietarios vulnerables tienen primacía, aunque, claro está, no absoluta. No obstante, esta circunstancia introduce una variable compleja en el mismo concepto de propiedad, pues habrá una protegida por la fe registral, mientras otra, no, por lo menos en línea de principio; por cuya razón, mediante la vía jurisprudencial se han creado dos tipos de propiedad, pero no por motivo del objeto, lo cual ha sido frecuentemente aceptado por la doctrina (propiedad rural, propiedad urbana, propiedad sobre recursos naturales, propiedad intelectual, etc.), sino por circunstancias del sujeto-titular. En tal sentido, es fácil advertir que el régimen jurídico de la propiedad ingresa a una nueva etapa, de mayor complejidad, no suficientemente sustentada en la sentencia.

La demanda de inconstitucionalidad también hace referencia del derecho humano a la vivienda adecuada, lo que constituye una decisión pionera

del Tribunal Constitucional en esa materia, para cuyo efecto, se asume que el titular de la vivienda es un caso más de vulnerabilidad, por cuya razón, en principio, la preferencia se decanta en su favor, mientras que el pronunciamiento en contrario necesitaría una especial motivación. La sentencia, cuando se trata de propietarios de viviendas, señala: *“en el caso de que el bien que adquiere el tercero, en aplicación del artículo 2014 del Código Civil, haya sido la vivienda del propietario original, víctima de falsificación de documentos o de suplantación de identidad, este Tribunal, a través de la interpretación aludida supra de las disposiciones legales, ha procurado alcanzar la concordancia práctica entre el derecho a la propiedad y la seguridad jurídica, precisando el alcance de los requisitos necesarios para la aplicación del principio de fe pública registral y exigiendo una motivación cualificada al órgano jurisdiccional competente para dirimir la controversia, en aquellos casos que realmente lo ameriten, lo cual, en principio, descarta la vulneración del derecho de propiedad y también de la seguridad jurídica de la tenencia de vivienda, integrante del derecho a la vivienda adecuada invocado previamente”* (c. 136). Luego, en vía de precisión, mediante la resolución complementaria de 07.01.2021, señala: *“De los fundamentos glosados de la sentencia, se deriva claramente el deber del juez de desarrollar una motivación cualificada cuando su decisión favorezca el derecho del tercero de buena fe en detrimento del derecho del propietario original en situación de especial vulnerabilidad, lo cual incluye al propietario de la vivienda víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad”* (c. 13).

En efecto, el art. 2014 CC, modificado por la 1° DCM Ley 30313, concordante con su art. 5, establece el peligroso criterio consistente en que la vivienda de una persona, que cuenta con título de propiedad indiscutido, de fecha cierta, con inscripción y tenencia consolidada por muchos años (uso y posesión), empero, puede ser despojado por la falsificación de su título, bajo el pretexto de que existe un tercero de buena fe. Sobre el tema, el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966, dice: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de*

este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

El derecho a la vivienda se define, según los informes de la ONU, como: *“el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad”*⁵³². El Relator Temático de la ONU explica que se trata de una definición muy amplia, pues la vivienda tiene una importancia decisiva para los seres humanos, lo que es compatible con el carácter indivisible de los derechos humanos⁵³³. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos aprobó la Observación general N° 4, en diciembre de 1991, por la cual se aconseja a los Estados Parte que no se interprete el derecho a la vivienda en sentido restrictivo, como el *“mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o (...) como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”* (párr.7)⁵³⁴. En virtud de esta interpretación amplia, el Comité enuncia siete aspectos del derecho a la vivienda adecuada que determina su conformidad con el Pacto (párr. 8)⁵³⁵:

- a) Seguridad jurídica de la tenencia, con inclusión de la protección legal contra el desalojo forzado⁵³⁶.

532 ONU. Comisión de Derechos Humanos (2001), p. 5. El propio Relator admite que la definición se inspira en la Campaña Nacional India de promoción de los derechos en materia de vivienda, la Coalición Internacional Hábitat y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

533 La Asamblea General de las Naciones ya había aprobado mediante Resolución N° 43/181 de 1988, la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el año 2000, en la cual se afirma que: *“Una vivienda adecuada significa (...) disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos. Todo ello a un costo razonable”*: Ibid., p. 14.

534 Ibid., p. 8.

535 Ibid., p. 9.

536 Nótese la importancia que se otorga a la prohibición de los desalojos forzosos, lo que motivó que el Comité de la ONU aprobase mediante la Observación general N° 7, del año 1997, la definición de tal figura como: *“el hecho de sacar a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”* (párr. 4): Ibid., p. 9.

- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura,
- c) Gastos soportables,
- d) Habitabilidad,
- e) Asequibilidad para los grupos en situación de desventaja,
- f) Lugar,
- g) Adecuación cultural.

La idea subyacente es que el hombre necesita como elemento vital la vivienda y la tierra para solventar sus necesidades más elementales de descanso, intimidad y hasta felicidad como individuo con mundo interno, inseparable a él, y también dentro de un contexto social, pues sirve de albergue a la familia. La tierra es, muchas veces, la adquisición de toda una vida de trabajo y esfuerzo, que otorga paz, tranquilidad, estabilidad, y, permite que se cumplan en la práctica, otros derechos humanos que le corresponden a la persona y su dignidad intrínseca, por lo que necesita una especial protección bajo el concepto de “seguridad de la tenencia”. En consecuencia, el derecho a una vivienda adecuada incluye, entre otros elementos, la seguridad de la tenencia⁵³⁷, lo que se define como: “un conjunto de relaciones con respecto a la vivienda y a la tierra, establecido en el derecho codificado o consuetudinario, o mediante acuerdos no oficiales o híbridos, que permite vivir en el propio hogar en condiciones de seguridad, paz y dignidad. La seguridad de la tenencia es parte integrante del derecho a una vivienda adecuada y un componente necesario para el ejercicio de muchos otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Todas las personas deberían gozar de un grado de seguridad de la tenencia que garantice una protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas”⁵³⁸, el mismo que debería ser garantizado y protegido por el Estado: “Los Estados deberían adoptar todas las medidas necesarias para proteger la seguridad de la tenencia de los propietarios que ocupan su propia vivienda”⁵³⁹. Precisamente, entre las amenazas adicionales, que conspiran contra la seguridad de la vivienda, se encuentra el grave problema de las **mafias inmobiliarias**: “*El Relator es-*

537 ONU. Consejo de Derechos Humanos (2007), p. 18.

538 ONU. Consejo de Derechos Humanos (2013), p. 4.

539 Ibid., p. 10.

pecial insta a los Estados a que tomen medidas concretas, incluso en forma de leyes y otros mecanismos normativos, para combatir (...) el apoderamiento de las tierras, el crecimiento de las mafias inmobiliarias y los cárteles inmobiliarios⁵⁴⁰. Por tanto, “los Estados deberían tomar medidas inmediatas dirigidas a otorgar seguridad jurídica de la tenencia a las personas, los hogares y las comunidades que ahora carecen de esa protección, en particular aquellos que no tienen títulos oficiales de propiedad sobre la vivienda y la tierra”⁵⁴¹. En tal sentido, el derecho a la vivienda se basa en la tenencia efectiva de la unidad inmobiliaria que sirve de ámbito material para la vida del hombre, como sustento de paz y tranquilidad individual y familiar. Por el contrario, la falta de vivienda adecuada, o su inadecuada protección, no solo vulnera la dignidad del hombre, sino que impide a los perjudicados el goce de muchos de otros derechos humanos, tanto civiles como políticos, o los económicos y sociales⁵⁴². En resumen, el derecho humano a la vivienda adecuada protege a los propietarios que ocupan el inmueble contra las interferencias indebidas o amenazas (ilegales) provenientes del Estado o sus órganos; por tanto, si la ley peruana permite el despojo de los propietarios legítimos a través de la falsificación de sus títulos, entonces se concluye que el derecho a la vivienda queda claramente afectado, en tanto no puede admitirse que un derecho humano, con toda la importancia que este tiene, pueda perderse por un acto tan groseramente ilegal como el título falso. El Tribunal Constitucional, en este extremo, como línea de principio, ha preferido la situación jurídica del propietario frente a la del tercero, salvo una motivación especialmente cualificada.

Finalmente, la sentencia también declara que el art. 2014 CC no es aplicable absolutamente en el ámbito del dominio público, ni siquiera con la inscripción registral, por tanto, en tal caso, no habrá tercero protegido, y, el Estado, u otro organismo público, siempre podrá recuperar el bien inmueble, pues la citada norma legal no puede contraponerse a la tutela absoluta de la que goza el dominio público, según el art. 73 de la Constitución. En tal sentido, la sentencia expresa: “las disposiciones cuestionadas no son de aplica-

540 ONU. Consejo de Derechos Humanos (2008), pp. 27-28.

541 Ibid., p. 27.

542 ONU. Consejo de Derechos Humanos (2008a), p. 6.

ción, en ningún caso, respecto de los bienes estatales de dominio público” (c. 147), reafirmado por la resolución complementaria de 07.01.2021: “en la sentencia antes mencionada, el Tribunal Constitucional ha expresado de forma manifiesta que el principio de fe pública registral no es aplicable en ningún supuesto cuando se trata de bienes estatales de dominio público, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 73 de la Constitución” (c. 17).

d) Consecuencia normativa: tercero registral protegido

El art. 2014 CC establece que el tercero protegido necesita los siguientes requisitos:

- a) Tercero
- b) Elemento de esencia: título válido
- c) Elemento de tráfico: título oneroso
- d) Elemento de seguridad: confianza en el registro
- e) Elemento subjetivo: buena fe
- f) Elemento de no contradicción: no consta en el registro las causales de nulidad o ineficacia
- g) Elemento de cierre: inscripción del propio título

El conflicto de intereses que se produce entre un propietario que es despojado por efecto de la nulidad (*versus dominus*) y el adquirente sucesivo que actúa de buena fe (tercero), trata de resolverse mediante una decisión razonable que pueda ser aceptada por el cuerpo social. No se trata de aplicar medidas traumáticas desafiantes del sentimiento natural de justicia de la comunidad, por lo que se buscan soluciones ponderadas, en la cual el tercero debe reunir una serie de requisitos a fin de colocarse en el sitio defensivo que le permita mantener inalterable su adquisición: “Este mayor rigor con que se contempla al tercero (...) es lógico: su protección va a lesionar un derecho ajeno, que ya no podrá hacerse efectivo frente a él”⁵⁴³. Por tal motivo, en nuestra tradición son inviables las propuestas que pretenden eliminar la buena fe del tercero o la onerosidad de la adquisición como requisitos

⁵⁴³ Pau, A. (2001), p. 336.

idóneos de protección. La Corte Suprema ha exigido reiteradamente el cumplimiento de todos los requisitos para otorgar tutela⁵⁴⁴.

544 En una sentencia expedida con motivo de la Casación N° 695-99 se dijo lo siguiente: “... Para la aplicación del principio de buena fe registral deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) que el adquirente lo haga a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo; buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción *iuris tantum*; c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase ; d) que el adquirente inscriba su derecho; e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. El principio de buena fe registral (sic) persigue proteger al tercero que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, ello puede implicar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de buena fe registral (sic)...”.

Con más detalles, puede citarse la Casación N° 4615-2008-Moquegua, de 26.03.2009: “Cuarto: Esta Suprema Corte en innumerables ejecutorias supremas (Casación N° 695-99, Casación N° 2250-2001, Casación N° 1692-2003, etc.) ha establecido como requisitos de configuración del mencionado principio registral los siguientes: a) Que, el adquirente lo haga a título oneroso; b) Que, el adquirente actúe de buena fe, tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo; buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción *iuris tantum*; c) Que, el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) Que, el adquirente inscriba su derecho; e) Que, ni de los asientos registrales, ni de los títulos inscritos, resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante; este principio busca proteger al tercero que ha adquirido de buena fe un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para otorgarlo, lo que implica la búsqueda de seguridad en el tráfico inmobiliario. Quinto.- En cuanto al primer requisito, el de la onerosidad, debe entenderse que la adquisición es consecuencia de un acto jurídico donde existan prestaciones para ambas partes, es decir, prestaciones recíprocas que supone una ventaja patrimonial a cambio de una contrapartida o, como señala Vincenzo Roppo, *‘la prestación es el sacrificio que la parte soporta por la ventaja representada de recibir la prestación de la contraparte’*. Con este principio al tutelarse una adquisición de carácter oneroso como es el contrato de compraventa, se evita un sacrificio o perjuicio económico del tercero adquirente, es por ello que a decir de Fernando Vidal Ramírez, *‘la distinción entre actos onerosos y gratuitos radica en los efectos frente a terceros, pues el acto gratuito está más expuesto a la impugnación que un acto oneroso, mientras que los actos onerosos confieren un derecho más firme’*. Sexto.- En cuanto al segundo requisito, la buena fe, conforme aparece en la exposición de motivos oficial del Código Civil, *‘la buena fe que se exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, es la de ignorar la existencia de inexactitud en lo*

d.1) Presupuesto: la existencia de un tercero

La protección de la fe pública registral no alcanza a las partes del acto jurídico nulo, pues, resulta ilógico que un acto sea parcialmente inválido (para el vendedor) y parcialmente válido (para el comprador), máxime si este último se queda sin título adquisitivo. Es conocido el principio por el cual la inscripción no convalida los actos nulos (art. 2013 CC). En cambio, distinta es la situación del tercero que deriva del acto nulo previo, en cuyo caso debe analizarse su protección, siempre que él cumpla los elementos configuradores,

publicado por el registro. En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no aparecen en el registro, ellas además deben ser desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado'; bajo ese contexto se puede inferir que la creencia del tercero respecto de que su transmitente ostente título libre de mácula, se enerve cuando conoce la existencia de una situación que vicia ese título. La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud del registro e implica una conducta correcta, leal, honesta, que, de acuerdo al artículo 2014º, se mantiene (presume) mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del registro o la verdad material extrarregistral; es por ello, que es necesario exigir que la mala fe se demuestre, esto es, debe ponerse en evidencia que el tercero tenía conocimiento de una situación jurídica viciante (sic) del título de su transferente, ya sea por encontrarse sujeto a hechos que determinen su invalidez (nulidad o anulabilidad) o ineficacia (rescisión o resolución). Este tipo de conocimiento, conforme lo señala la exposición de motivos del Código Civil debe ser uno perfecto, directo, probado de manera concluyente, por mérito de actos realizados por el mismo adquirente o de hechos que forzosamente deben ser conocidos por él, o dicho de otro modo, cuya ignorancia no es posible sustentar. Esta última parte está referida a hechos que por su condición, status, por el entorno o relaciones de convivencia dentro del cual se encuentra el adquirente, resulta inobjetablemente admisible que deba conocer hechos o circunstancias relevantes de los miembros del grupo o entorno al que pertenece, tal es el caso, de las relaciones familiares o parentales donde resultaría imposible sostener que los miembros de una familia no pueden llegar a conocer el status o situación civil de los que la integran, salvo en situaciones excepcionales. Séptimo.- En cuanto al tercer y cuarto requisito, que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar del derecho del que se trate y el adquirente inscriba su derecho, esto implica la existencia de un acto o derecho inscrito, del cual aparezcan las facultades de disposición del transferente, seguidamente debe inscribirse el derecho del adquirente, solo así este podrá acogerse a la protección registral en comento y con ello mantener su adquisición. Octavo.- En cuanto al quinto requisito, relativo a que ni de los asientos, ni de los títulos inscritos en los registros, resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante, se trata de un problema de publicidad registral, respecto a los asientos registrales, de donde no debe emanar inexactitud registral por nulidad, rescisión o resolución".

El esquema es el siguiente:

A-B (contrato nulo). No hay protección por falta de tercero

B-C (contrato válido). C es tercero y podría tener protección si cumple los requisitos de la fe pública registral

El tercero es sustancial, no formal, es decir, debe tratarse de una persona distinta de cualquiera de las que celebró el acto nulo, no cuando es la misma persona, pero con otra posición jurídica, o, en caso de sucesores (herederos) que reemplazan al causante, sin ocupar una situación contrapuesta. Es el caso, por ejemplo, de las adquisiciones de una persona a sí misma, como ocurre el falsamente inscrito como propietario de una finca que se otorga a sí mismo un derecho real limitado, o que simplemente produce la desmembración de la finca manteniendo el derecho sobre las porciones resultantes. En análoga situación se encuentra el conjunto de titulares que se transmiten a sí mismos, pero con ropaje jurídico distinto. Por ejemplo: un conjunto de copropietarios indebidamente inscritos como titulares aportan el bien común a una sociedad compuesta por ellos mismos. En tal caso, el *verus dominus* podrá accionar exitosamente contra los copropietarios o contra la sociedad. Tampoco tendría protección el acto de partición por el cual uno de los primigenios copropietarios deviene en titular exclusivo. En el caso de que exista una persona interpuesta, distinta, como ocurre cuando un bien inmueble es adquirido por tres personas, cuyo acto es nulo, pero lo aportan a una sociedad en donde ellos mismos son los accionistas de la persona jurídica, entonces se trata de un tercero meramente formal, que no merece protección, pues el sistema jurídico no protege el abuso del derecho (art. 103 Const., art. II título preliminar CC).

Si no hay tercero sustancial, entonces el registro no dispensa protección, por lo que el análisis de los siguientes requisitos deviene en innecesario. Así pues, si X vende a Y, pero no inscribe; pero X muere y su heredero Z, inscribe; y luego se anula el contrato de X-Y; entonces, el heredero Z, por más inscripción que tenga, no puede ampararse en la fe pública registral en cuanto no es tercero, sino sucesor, por lo que las vicisitudes del acto nulo le perjudican directamente (art. 1363 CC).

d.2) Elemento esencial: título válido

El acto o negocio celebrado por el tercero debe ser válido, por cuanto el registro purifica la ausencia de poder de disposición del contrato antecedente (en cuyo acto jurídico no participó el tercero), pero no sana las causas de nulidad o invalidez del acto propio (art. 2013 in fine CC); por tanto, si el acto sucesivo también es nulo, así como el precedente, entonces la fe pública registral no puede actuarse pues el tercero está afectado por un título nulo, y, en tal sentido, no es posible otorgar protección alguna a las partes del contrato inválido.

d.3) Elemento de tráfico: título oneroso

El principio de fe pública actúa como mecanismo de protección de los llamados “negocios de tráfico”, esto es, los que celebran dos partes con carácter oneroso, es decir, cuando ambas hacen un sacrificio patrimonial para obtener una ventaja.

Los actos onerosos, como la compraventa o la permuta, no presentan discusión, sin embargo, existen hipótesis dudosas, como las donaciones modales o con cargo, así como las remuneratorias⁵⁴⁵, que implican una cierta contraprestación, pero que no excluye el ánimo de liberalidad del donante.⁵⁴⁶ Una opinión difundida pasa por considerarlos negocios mixtos, por lo que la protección del tercero inscrito solo podría llegar hasta el valor de la contraprestación pagada por el donatario, sin embargo, esta no es la mejor opción, pues la “división” de tales actos jurídicos deviene en arbitrario, por tanto, es preferible aplicar la normativa onerosa o gratuita conforme el propósito predominante. Por tanto, la donación con cargo y la remuneratoria son actos gratuitos, por lo que no se aplicaría el principio de fe pública registral.

545 El CC regula estas figuras en forma negativa, señalando los efectos de la invalidación o revocación de la donación remuneratoria o sujeta a cargo, en cuyo caso el donante queda obligado a devolver al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho (art. 1642 CC).

546 Álvarez Caperochipi, J. (2002), T. II, p. 191.

En el caso de las garantías reales o personales otorgadas por un tercero no-deudor, no es posible asumir en forma simplista que el acto es gratuito, pues el garante no percibe precio. La doctrina propone un examen de la estructura obligacional, y no solo de la estricta relación del fiador con el deudor o, en su caso, con el acreedor, por tanto, la onerosidad debería medirse desde el punto de vista de las concesiones y sacrificios realizados por el acreedor a cambio de la fianza (por ejemplo: concesión del crédito, prórroga del mismo, reducción de intereses, etc.), pues el contrato de fianza no deja de ser oneroso si la contraprestación dada por el acreedor en virtud de la fianza no ingresa en el patrimonio del fiador, sino del deudor u obligado directo⁵⁴⁷. Esta es la tesis más razonable. La Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema, declarando que la hipoteca otorgada por tercero es acto oneroso, aunque los fundamentos del fallo no son convincentes⁵⁴⁸. En tal sentido, el argumento más sencillo pasa por sostener que las garantías reales son accesorias del crédito, y el crédito siempre es un derecho de dar y devolver, por lo que, aun si la garantía sea constituida por un tercero, la accesoriedad hace que se trate, en líneas generales, de título oneroso, por lo que la inscripción queda protegida.

En suma, la tutela del registro se concentra en los actos jurídicos onerosos, o de “tráfico” como le llama la doctrina alemana, o *transactions* en el derecho norteamericano, lo que comprende los actos sobre los que se asienta la economía de mercado, que no son otros que los actos de intercambio. En contrapartida, las siguientes hipótesis quedan excluidas del ámbito de aplicación de la fe pública registral⁵⁴⁹: (i) Las adquisiciones propiamente gratuitas, es decir, las que representan simple sacrificio patrimonial de una

547 Cit. Díez Picazo, L. (1995), T. I, pp. 82-83.

548 Casación N° 2942-98: “... La hipoteca concede un derecho real sobre el bien gravado, y es sin duda un contrato oneroso, pues es oneroso todo aquello que genera una obligación. Así, en el mismo sentido, el contrato de fianza, que es una garantía personal, es oneroso pues el fiador se obliga frente a terceros. Por ende, la regla del artículo 2014 del Código Civil debe interpretarse en el sentido que es aplicable a la adquisición de cualquier derecho real comprendido en la propiedad, como el usufructo, el uso y la habitación, a condición de que se haga de buena fe y a título oneroso y que lo otorgue quien en el registro aparezca con facultades para hacerlo...”.

549 Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1°, pp. 272-273.

parte, sin ventaja para él; (ii) Las sucesiones particulares, como el caso de los legados⁵⁵⁰. Por su parte, la condición de heredero ya queda fuera del ámbito de aplicación por no tratarse de tercero.

d.4) Elemento de seguridad: confianza en el registro

El adquirente que pretende lograr protección jurídica necesita confiar en un elemento objetivo que le brinde certeza, o por lo menos, que otorga la fundada verosimilitud que el transmitente es propietario del bien. Por ello, se exige que el adquirente celebre el negocio dispositivo con el titular registral, quien goza para sí de la presunción de exactitud (de ser dueño), sobre cuya base descansa dicho acto sucesivo⁵⁵¹. Según el art. 2014 CC, la protección se dispensa al que adquiere un derecho de persona que aparece en el registro con facultades para otorgarlo⁵⁵².

550 Por ejemplo, los legados remuneratorios se reputan como pago (*causa solvendi*) efectuado por el testador respecto de un servicio prestado por el legatario, pero como acto de liberalidad en cuanto al exceso (artículo 767 CC). De esta forma, el testador indebidamente reputado como propietario no transmite nada al legatario, quien no puede ampararse en la fe pública, pues el legatario simplemente recibió una atribución patrimonial sin sacrificio patrimonial en la estructura del acto mismo.

551 "... Doble inscripción: que el enajenante esté registrado -asiento transmitente- y que el adquirente llegue a estarlo. No basta para proteger al tercero como los arts. 13 y 32 una sola inscripción que sirva de parapeto frente a las embestidas de relaciones jurídicas no inscritas (teoría del "burladero" de González Palomino), sino que son ineludibles dos inscripciones: la del enajenante, que contiene la relación jurídica determinante y claudicante, y la del adquirente que cobija al tercero. Es, pues, este tercero un tercero no de inscripción, sino de sobre-inscripción": Núñez Lagos, R. (1948), p. 118.

552 "El fundamento de esta exigencia se encuentra en que solamente se puede o se debe proteger a quien ha confiado en las declaraciones registrales, en la presunción de exactitud del registro y en la fuerza legitimadora de una inscripción previa de la que parece deducirse lícitamente que el que tiene un derecho inscrito a su favor puede disponer válidamente del mismo, cualquiera que sea la realidad jurídica, concordante o no con el registro. Para despertar esta confianza es necesario que el adquirente adquiera de un titular inscrito. Ello significa que el registro ha de publicar la titularidad del disponente, y que en virtud del registro debe considerar al disponente como titular del derecho del que dispone, pero significa también que el Registro debe publicar una plena facultad o poder de disposición del disponente. Inversamente, significa que en el registro no debe aparecer la existencia de otra titularidad, ni tampoco las circunstancias o factores que pueden anular, resolver o limitar el derecho del otorgante": Díez Picazo, L. (1995), T. III, p. 462.

La protección que reclama el tercero exige que este actúe bajo la confianza de una determinada situación que verosímelmente sea conforme con la realidad. Esta circunstancia, sumada a su buena fe, hace que en el plano valorativo se encuentre en situación superior al propietario primigenio que permitió o dio origen a la falsa apariencia. En otras palabras, si “A” crea la apariencia de “B” como propietario, entonces la solución lógica es preferir la posición jurídica de “C”, que adquiere de “B”, pues termina premiando la honestidad de uno, que confía en la apariencia, frente a la culpa (o dolo) del otro.

La confianza del tercer adquirente en el registro no necesita que efectivamente se haya producido la consulta registral⁵⁵³, pero no porque este requisito sea innecesario, sino porque la confianza en la apariencia se encuentra “tipificada”, por el solo hecho de adquirir un derecho del sujeto inscrito, sin que haya necesidad de acreditar la verificación. En efecto, la lógica de esta solución se encuentra en el hecho, estadísticamente comprobable, que la mayoría de los terceros, efectivamente, ha consultado el registro, pues, en caso contrario, no tendrían interés en lograr la inscripción. Por tanto, la prueba de la consulta deviene en superflua, pero no porque la confianza en la apariencia sea irrelevante, sino porque aquella ya viene presupuesta desde que el tercero logró la inscripción. En efecto, ¿por qué se acudiría al registro si es que previamente no se le consultó?; por tanto, no es menester complicar la tutela del tercero mediante difíciles operaciones probatorias, máxime cuando el art. 2012 CC permite deducir que la verificación no requiere ser probada, pues justamente la presunción-ficción de conocimiento general, implica darla por realizada.

En consecuencia, es imperativo que el titular registral esté inscrito en el momento que el tercero adquiera su derecho; por lo que se descarta la protección cuando la inscripción del título del transmitente se produce luego de la adquisición del titular actual, “en vía de regularización”. La primera hipótesis se presenta cuando “A” vende a “B” en su condición de titular registral. La segunda hipótesis se presenta cuando “A” es propietario, pero

553 Jerez, C. (2005), p. 37.

todavía no está inscrito, sin embargo, vende a “B”; posteriormente, se inscriben los sucesivos títulos de “A” y “B”, pero con la salvedad de que la compra de “B” se hace cuando “A” no contaba todavía con la posición registral.

Según un sector, solo en la primera hipótesis el tercero “B” está amparado por la fe pública, pues al momento de adquirir lo hizo de quien era titular registral⁵⁵⁴. Pero, según otro, con una posición más liberal, el tercero que adquiere conforme al posible enlace registral, meramente hipotético, debería ser protegido cuando se inscriban las sucesivas transmisiones⁵⁵⁵, en una especie de convalidación retroactiva que opera en el momento de la inscripción⁵⁵⁶, o, también se dice que el conocimiento de la inexactitud versa sobre un asunto no impeditivo de la adquisición, sino más bien facilitadora⁵⁵⁷, o, finalmente, porque la protección no puede quedar supeditada a una cuestión meramente adjetiva, como la inscripción del título intermedio⁵⁵⁸.

No obstante, la primera tesis resulta más acorde con la función del principio de fe pública registral, en cuanto este deroga la realidad jurídica, por lo que es de interpretación estricta. Además, solo de esa manera se puede justificar la protección de la apariencia registral, pues se necesita que el tercero adquiera confiado en la información que en ese momento consta en el registro. Por su parte, la jurisprudencia se inclina decididamente por esta tesis, según diversas sentencias de la Corte Suprema⁵⁵⁹.

554 “Este requisito responde al fundamento que ya hemos desarrollado anteriormente: a la legitimación de disponer por parte de quien figura como titular registral, que provoca la adquisición a non domino a favor del tercero que adquiere apoyado en esa legitimación de disponer que publica el registro (...) puede añadirse ahora el propio texto del artículo 34 LH que bien claramente alude a la ‘persona que en el registro aparezca con facultad de transmitirlo’, lo que sin duda hace referencia a la legitimación dispositiva del titular registral reconocida por la ley”: García García, J. (1993), T. II, pp. 259-260.

555 Cit. Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 183.

556 Cit. Carretero, T. (1974), p. 42.

557 Cit. *Ibidem*.

558 *Ibid.*, p. 43.

559 Pueden citarse varias. La primera de ellas, aunque la referencia es implícita (*obiter dicta*): “...Sexto.- Que, en lo referente a la afectación del bien inmueble por parte del propietario, es de tenerse en cuenta que en la constitución de la hipoteca se otorga un derecho real de garantía a favor de persona determinada, siendo que nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger tal derecho ha creado la figura de la buena fe registral, que se

encuentra regulada por el artículo 2014 del Código Civil, la que para su validez requiere que el derecho sea otorgado a título oneroso y por persona que en el registro aparezca con facultades para hacerlo; es decir, que el Banco únicamente debía verificar si en el Registro de la Propiedad Inmueble de La Libertad aparecía como propietario del bien materia de hipoteca el co-ejecutado, requerimiento que fue cumplido, puesto que a la fecha de constituirse el derecho, esto es el diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete, aparecía este como propietario, por tanto, el Banco obtuvo un derecho de quien tenía y aparecía con facultades para hacerlo...” (Casación N° 2852-01-La Libertad, de fecha 28.01.2002).

La segunda adopta de manera enfática la posición restringida:

“Primer: Que por aplicación indebida de una norma de derecho material debe entenderse la elección de la norma equivocada o impertinente para resolver el caso concreto; vale decir, que la norma aplicada no sea la indicada. Segundo: El artículo 2014 del Código Civil, al establecer que el tercero que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, supedita esa adquisición al principio de la buena fe, entendida ésta como la indispensable lealtad y equidad de la regulación y ejecución de los contratos; esto es, a la indispensable conciencia de obrar con rectitud al adquirir la propiedad por medios legítimos. Tercero: Que, en el caso de autos, según la escritura pública de fecha ocho de octubre de mil novecientos noventitrés, doña Zitna Brustein aparece comprando la totalidad del bien adquirido catorce años antes en copropiedad con don Miguel Valentín Chirichigno Gonzáles, procediendo a venderlo simultáneamente a don Jackie Didi Moldauer Brustein con maliciosa exclusión del copropietario, dándose la circunstancia que un solo asiento se registraron ambos contratos, de tal manera que al tercer adquirente no puede sostener haberse confiado en la exactitud del registro; por consiguiente, queda destruida por inexistencia de buena fe de la presunción “iuris tantum” a que se contrae la última parte del citado artículo 2014 del Código Civil, norma que resulta de aplicación indebida al caso.(...)” (Casación N° 3017-2000-Lima, de 30.05.2001). La tercera sentencia señala lo siguiente:

“... Sexto: Los artículos 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 del Código Civil, recogen los principios de calificación, publicidad, legitimación, fe pública registral, tracto sucesivo y prioridad de rango respectivamente, tales principios resulta aplicables en beneficio de la recurrente, en caso la inscripción mantuviera su eficacia, lo que no acontece en autos, dado que se está declarando judicialmente su invalidez; no transgrediéndose con ello la seguridad jurídica puesto que a la fecha en la que la recurrente contrató, el título de propiedad de sus transferentes no se encontraba inscrito, por lo que aquélla no podía tener certeza respecto a la titularidad y legitimidad de los que le estaban transfiriendo, por lo que esta segunda denuncia también debe ser desestimada. 4.- DECISION: Estando a las conclusiones precedentes y de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil: declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Lucía Priscila Villanueva Romero viuda de Barrios, mediante escrito de fojas ochocientos veintiséis; en consecuencia NO CASAR la resolución de vista de fojas ochocientos siete, su fecha veintiséis de junio de dos mil uno; en los seguidos por don Benjamín Valencia Ramírez, sobre nulidad de acto jurídico y otros conceptos...” (Casación N° 2435-2001-Huaura, de 24.07.2002).

d.5) Elemento subjetivo: buena fe del tercero

El registro es un instrumento técnico de publicidad, que nace para divulgar los derechos oponibles, por tanto, crea una apariencia destinada a asegurar el tráfico sobre inmuebles, y, de esa forma tutelar a los adquirentes de buena fe, dentro de un contexto de justicia material. En tal sentido, el sacrificio del propietario, en beneficio de un tercero, hace necesario exigir, entre otros requisitos, que este sea persona honesta, no fraudulenta ni aprovechada. Uno de los fundamentos de la protección del tercero, tal vez el más importante, es el de buena fe, cuya finalidad es mantener la moralidad de las relaciones sociales y económicas. De otro modo, el registro, nacido para frenar la malicia y favorecer la confianza del tráfico, se convertiría en un mecanismo amparador del fraude y de la injusticia⁵⁶⁰. El legislador resuelve la controversia mediante una decisión de política jurídica que sea lo suficientemente razonable para ser interiorizada y aceptada por la comunidad. No se trata de aplicar medidas traumáticas desafiantes del sentimiento natural de justicia, por tanto, se exige que el tercero haya procedido con honestidad y basado en una apariencia que cualquiera reputaría verosímil.

d.5.1) Buena fe-activa

La buena fe es una noción discutida, pues la primera interrogante que surge es si se trata de un estado de conocimiento o voluntad, es decir, la situación surge por mero desconocimiento de la realidad, o, adicionalmente, requiere la voluntad dirigida a indagar diligentemente esa realidad.

La buena fe más débil es de carácter cognoscitivo, pues se configura con la simple ignorancia, incluso por error o culpa, de la inexactitud del registro; por tanto, la buena fe, simplemente, es un estado psicológico o hecho intelectual⁵⁶¹, que se conserva mientras no se pruebe que el tercero “conocía

560 Amorós Guardiola, M. (1967), pp. 1579-1580.

561 “En rigor no habría de hablarse de buena fe en sentido estricto, sino solamente en el sentido amplio de conducta correcta, leal u honrada o sin mala fe. Cuando se afirma que una persona ha obrado de buena fe, por ejemplo, que ha adquirido de buena fe del titular registral, esta persona ha querido simplemente adquirir, ha tenido la voluntad de adquirir (...) lo procedente en todos los supuestos de buena fe en sentido estricto, sería decir que aquella persona había procedido o había adquirido sin mala fe (...) La buena fe hipotecaria

la *inexactitud del registro*” (buena fe- desconocimiento o cognoscitiva). En este sentido, los adquirentes no tiene obligación alguna de informarse, y ni siquiera graves dudas sobre la exactitud del registro equivalen a “tener conocimiento”⁵⁶² de la realidad jurídica. En la doctrina alemana, Hencke afirma que “no equivale a conocimiento las dudas sobre la exactitud del registro, y no existe ninguna obligación de informarse”; incluso Schab-Prütting llega a decir que la protección de la fe pública actúa “incluso en el caso de que el adquirente, a pesar de tener dudas fundadas, no haga nada para clarificar el estado de cosas, e incluso si no lo hace para perder la ventajosa situación de adquirente de buena fe”⁵⁶³. En esta postura, no bastan los indicios o las circunstancias fragmentarias para destruir la buena fe, pues el registro publica situaciones jurídicas con presunción de legitimidad; por tanto, si se trata de una publicidad con control de legalidad, entonces otorga certeza, lo que no puede ser enervado con indicios externos que no alteran la verdad que subyace en la información del registro⁵⁶⁴.

No obstante, existe otro criterio de buena fe, por el cual se exige al tercero una conducta activa, por lo que se imponen deberes elementales de verificación e información, de tal suerte que no basta alegar el simple desconocimiento, sino que, además, el sujeto con pretensión de tutela se obliga a realizar una actuación conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición (buena fe-activa).

La tesis de buena fe-activa es claramente preferible, por las siguientes razones⁵⁶⁵:

no es, pues, modalidad de la voluntad en el sentido de constituir un modo especial de su actuación. Como dice Mengoni la buena fe no es un hecho constitutivo, sino la mala fe es un hecho impeditivo de la adquisición”: Roca Sastre, R. (1954), T. I, p. 526.

562 El art. 2014, 2 CC considera enervada la buena fe del adquirente cuando se prueba su conocimiento respecto a la inexactitud del registro. Es decir, la prueba debe ser concluyente respecto al conocimiento efectivo de la inexactitud, no basta que el tercero pudiese tener “dudas”, o que el tercero “debiese conocer” de acuerdo con un comportamiento diligente.

563 Cit. Pau, A. (2001), p. 344.

564 Ibid., pp. 344-345.

565 Es forzoso mencionar los contundentes argumentos que ya expuso Gordillo Cañas, A. (2006), pp. 587 y ss., para defender su postura clara a favor de la buena fe-diligencia. En efecto, el profesor de la Universidad de Sevilla considera que la sola denominación de

- a) La fe pública registral es mecanismo *in extremis*, por cuya virtud, el ordenamiento jurídico se encuentra entre dos polos: el conflicto ético de preferir el interés de un sujeto frente al otro, y que uno de ellos subsista. Por tanto, la controversia oscila entre las razones del propietario originario -que resulta afectado por la nulidad- y las razones del tercero -que adquiere confiado en el registro-. Este conflicto exige que el sujeto preferido se presente con las “manos limpias” (*clean hands* en inglés, o *mani puliti* en italiano) para merecer esta especial y extraordinaria tutela. Por tal motivo, no sería admisible que un tercero que haya tenido serias dudas en la adquisición resulte premiado por el sistema, en contra de un propietario afectado por la nulidad⁵⁶⁶.
- b) Nótese que muchas veces los dos intereses (propietario y tercero) son atendibles, pues ambos actúan con desconocimiento del hecho motivador de la inexactitud, pero si el tercero es negligente extremo, ¿cómo puede recibir protección?, ¿en virtud de qué principio del derecho se confiere primacía a la culpa grave frente a la no-culpa? En muchos ejemplos puede presentarse esta situación. Aquí algunos: las adquisiciones de un tercero a “río revuelto”, esto es, a un precio notoriamente inferior al de mercado sin ninguna explicación, o las que se realizan en base de un título inscrito hace

buena fe ya lo diferencia valorativamente de la simple ignorancia, y lo envuelve en un ámbito moral que lo configura decisivamente; por lo demás, una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el registro es una apariencia que no agota la realidad jurídica, y si esta se muestra accesible, por lo menos generando el estado de duda suficiente para reaccionar, entonces no existe razón alguna para que el hombre recto y prudente no deba avanzar hasta saldar la duda y obtener el conocimiento efectivo de la realidad, sin pretender cobijarse en el manto de la buena fe cuando estuvo a su alcance la realidad.

566 Incluso, en algunos sistemas con registro constitutivo, como el suizo, pese a su extremismo, aceptan que la buena fe exige diligencia. Así: “si el tercero tuviera o, atendidas las circunstancias, hubiera debido tener, dudas acerca de la exactitud de la inscripción previa (v. gr. Por haber tenido acceso extrarregistral a ciertos acontecimientos que variarían el contenido del registro), deberá solicitar información complementaria, con especial atención a los elementos de hecho de la finca. Por su parte la jurisprudencia entiende que esta “publicidad natural” es un medio de imposibilitar a los terceros el alegato de la buena fe”: Mateo y Villa, Í. (2013), p. 15.

muchos años con notorios cambios en la realidad física del predio, o las que se consuman en contra de una posesión notoria, o las que se realizan pese a existir un debate o controversia evidente por usurpaciones o invasiones antiguas, o las que se celebran sin que coincida el registro con la realidad jurídica del predio, o las que se hacen con información contraria a la vista de otros documentos o registros estatales o administrativos que por las circunstancias del caso debían tomarse en cuenta, etc. La fe pública registral debe considerarse un mecanismo excepcional por cuanto deroga la realidad jurídica e impone una ficción; siendo así, solo puede llegarse a ese extremo cuando el beneficiado con la protección ha actuado en forma diligente.

- c) La buena fe significa el desconocimiento de una situación lesiva del interés de otro, pero no basta simplemente el estado subjetivo de ignorancia, pese a haber actuado en forma culpable, negligente y descuidada. Por el contrario, la buena fe implica, por su propio nombre y connotación, un determinado estado subjetivo que tiene un contenido ético valioso. Se trata de una creencia honesta y racional, no a ciegas. En otras palabras, la ignorancia abusiva y sin justificación queda al margen de la buena fe, pues la protección del ordenamiento solo se consigue cuando la ignorancia es atendible y, por tal motivo, digna de excusa.
- d) La perspectiva teórica de buena fe-activa se combina con una de carácter práctica indudable, pues, la exigencia de probar que el tercero conoce efectivamente la realidad haría superflua la cláusula de buena fe, en tanto la convierte en prueba diabólica. Por ello, bastará acreditar que el tercero realizó una adquisición injustificada, indefendible, absurda e irracional según los cánones de diligencia, sin necesidad de la prueba imposible del dolo. En este punto, téngase en cuenta que los sistemas jurídicos normalmente igualan las consecuencias del dolo y la culpa grave, como un mecanismo de encontrar la justicia a través de un rigor probatorio racional, y no imposible. Si la protección del tercero significa validar una mera apariencia, una ficción, entonces ello debe ser excepcio-

nal, por lo que se impone la exigencia de una especial diligencia del que pretende acogerse a su seno. En consecuencia, sí se pierde la buena fe por sospechas más o menos serias, duda razonable o discordancia entre la realidad material y la registral. Todo ello implica un desapego de los deberes mínimos e imprescindibles de diligencia, antes de tomar una decisión jurídica trascendental en orden al cuidado de sus propios intereses. En cambio, distinto sería el caso si se tratase de meras sospechas o fabulaciones que no destruyen la buena fe, en cuyo caso se mantiene la presunción.

Los sostenedores de la “buena fe-desconocimiento” se basan en cuestiones dogmáticas, pues, aducen que la legitimidad del registro hace que deba presumirse la buena fe, casi de forma imperativa, hasta el punto de exigir la prueba del dolo para desvirtuarla. Sin embargo, esta concepción incurre en una contradicción, pues la buena fe es concepto ético, que no puede resolverse en la simple ignorancia, muchas veces culpable o basada en un error inexcusable. ¿Cómo puede un sujeto encontrarse en buena fe cuando su actitud es culpable, rebuscada o torcida? Eso implicaría matar de plano la noción de buena fe; y mantener un simple disfraz para sentirse aliviado. La buena fe que no puede desvirtuarse en la práctica es un concepto vacío y engañoso. En consecuencia, es menester que la buena fe sea honesta y diligente.

En la actualidad, el tema ha quedado zanjado por el Tribunal Constitucional mediante la STC N° 00018-2015-PI/TC que adopta el criterio de buena fe-activa⁵⁶⁷.

567 La primera regla interpretativa de la sentencia establece que el requisito de buena fe en el principio de fe pública registral exige que el tercero haya desplegado una conducta diligente y prudente, desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción, sin perjuicio de haber dado cumplimiento de todos los requisitos señalados en el art. 2014. En tal sentido, la buena fe-activa puede definirse, en los términos de la sentencia, como la creencia del tercero en la titularidad legítima del transmitente, pero luego de cumplir los cánones de diligencia (actuación positiva que implica hacer esfuerzos por desentrañar la verdad de la titularidad que se pretende transmitir, mediante el análisis y evaluación de elementos extrínsecos del propio registro), prudencia (actuación razonable y proporcional para descubrir la verdad) y excusabilidad general (apariencia de legitimidad que hubiese engañado a cualquiera). La diligencia es lo que debe hacer el tercero, la prudencia es la magnitud de lo que debe hacer, y, la excusabilidad general implica que la conducta es

d.5.2) Buena fe y posesión

La jurisprudencia más reciente se muestra favorable con el criterio de que la verificación posesoria es imprescindible para construir la buena fe.

En primer lugar, la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de establecer un concepto de buena fe: “*consiste en estar convencido de haber obrado de manera diligente, prudente y honesta, esto es, estar convencido de la certeza, licitud y legitimidad de su conducta*” (Casación N° 3088-06-Lima, de 13.06.2007, c. 13), muy valioso para la línea jurisprudencial, allí iniciada, y, que en la actualidad puede considerarse consolidada en mérito a las siguientes ejecutorias, que solo representan una pequeña lista del total:

- a) Casación N° 3667-2010-La Libertad, de 21.06.2011: admitió el triunfo de la posesión frente al registro, bajo el entendido que no basta la inscripción de puro papel cuando el comprador tiene pleno conocimiento de la existencia de poseedores contradictorios, con lo que se desmorona la buena fe.
- b) Casación N° 3098-2011-Lima, de 30.07.2012: resuelve una demanda de nulidad de acto jurídico, en la cual se valora especialmente la posesión. Los hechos son los siguientes: A vende un bien a B, en 1973, pero no inscribe; no obstante, luego A le vende el mismo bien a C, en 2000, que sí inscribe. El heredero de B (primer comprador) presenta la demanda de nulidad por causal de fin ilícito, contra A-C. El sistema legal protege los acuerdos privados, pero, dentro

dispensable (susceptible de disculpa) pues la apariencia de legitimidad es muy elevada. La sentencia lo expresa así: “Este Tribunal considera que una interpretación armónica del derecho de propiedad y del principio de seguridad jurídica conlleva a sostener que en los casos en los que fehacientemente el propietario haya sido víctima de falsificación de documentos y/o suplantación de identidad, para la configuración de la buena fe del tercero será indispensable haber desplegado una conducta diligente y prudente desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, hasta la observancia, claro está, de los propios requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código Civil, en los términos en los que ha sido modificado por la Ley 30313, como, por ejemplo, la escrupulosa revisión de los asientos registrales y títulos archivados” (c. 52), y, luego agrega: “de esta forma, únicamente podrá considerarse configurada la buena fe del tercero, en estos supuestos, cuando la apariencia de titularidad sea tal que, razonablemente, no sea común para el común de las personas identificar la inexactitud del registro” (c. 54).

de las reglas de validez, se exige que los actos tengan un propósito honesto, pues el Derecho incurriría en incoherencia valorativa si pretendiese la corrección de las leyes (Alexy), pero no hiciese lo propio con los negocios jurídicos de los particulares⁵⁶⁸. La Corte, en el caso, valora dos elementos importantes para dar por comprobada la causa inmoral: primero, el precio pactado fue ínfimo; segundo, los compradores primigenios tenían la posesión desde hace treinta años, por lo que el segundo comprador no podía ignorar un hecho tan consolidado, notorio, público, inequívoco y que se encontraba sancionado por el paso del tiempo. La propiedad sin posesión no tiene justificación, por tanto, la falta de verificación posesoria (que, dicho sea de paso, es un deber del comprador en el *Common Law*) hace nacer una sospecha de fraude. En este punto, la sentencia impone una regla jurisprudencial de la máxima relevancia: *“debido a la importancia económica de los bienes inmuebles y los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios, la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere”* (c. 14). La conclusión es que el segundo comprador ha actuado en forma sospechosa, y, ello no solo por la indiferencia que demuestra frente a la posesión ajena, sino, también, por la existencia de un precio reducido, lo que hace suponer su conocimiento de que el bien le correspondía a otra persona, pero, a pesar de ello, tuvo la intención de aprovecharse del formalismo registral para obtener un lucro indebido, a costa del primer comprador,

568 El negocio jurídico implica el mayor potencial jurídico de la voluntad, en cuanto la decisión del hombre, previa coordinación con el sistema jurídico objetivo se convierte en regla de conducta, obligatoria, vinculante. Sin embargo, es evidente que esta decisión solo puede protegerse cuando los propósitos son razonables y honestos; aunque previo a ello, deba tratarse de una voluntad real, es decir, que se haya producido en el mundo fenoménico. En el presente caso, el fin ilícito del acto jurídico queda evidenciado por la voluntad común de las partes del segundo contrato, cuyo objetivo es despojar al primer comprador del bien. El *animus nocendi* (intención de perjudicar) es una hipótesis típica de causa inmoral, reprobada por el ordenamiento jurídico, por lo que no merece tutela alguna. En efecto, si dos partes se ponen de acuerdo para extraer bienes del patrimonio ajeno, aprovechándose de los resquicios del sistema jurídico, desviándose de sus funciones, entonces tal contrato contiene un fin *contra ius*.

pese a que la falta de derecho era patente por efecto de la posesión. Por tanto, la intención fraudulenta de ambas partes hace que el contrato sea nulo por fin ilícito. Es cierto que el art. 1409 CC declara la validez de los contratos sobre bienes ajenos, pero ello no ocurre si el propósito de ambas partes se encamina hacia el fraude o daño injustificado, por lo que, en tal caso, la nulidad del acto jurídico determina que el registro no tenga relevancia⁵⁶⁹.

- c) Casación N° 4170-2011-Lima Norte de 16.01.2013: anula la sentencia de vista por insuficiente motivación, en cuanto el tribunal inferior no ha tomado en cuenta la posesión de terceros para evaluar la buena fe del comprador, quien omitió indagar la realidad material del predio, pues solo actuó en virtud del formalismo de una inscripción registral. En tal sentido, se considera un vicio que los jueces funden sus decisiones exclusivamente en el “aspecto re-

569 El contrato de A (vendedor) y C (segundo comprador) es declarado nulo, en consecuencia, el hecho jurídico es degradado a un simple hecho, sin efectos jurídicos, por lo que resulta irrelevante la buena fe, o no, de C, pues, en la relación *inter partes* la invalidez se impone absolutamente, en cuanto el ordenamiento jurídico no puede tutelar actos que contravienen principios ético-jurídicos. Por tal motivo, si el contrato entre A y C es nulo, entonces nada puede salvarlo, ni siquiera la hipotética buena fe de una de ellas (lo que en este caso es imposible, pues, sino ¿cómo se explica el fin ilícito?), en tanto resultaría absurdo que el negocio jurídico se parta a la mitad: inválido para el vendedor, válido para el comprador, pues, ¿qué cosa sería válido para este? Por el contrario, imaginemos que C vende el bien a D, que es un sucesivo adquirente, distinto a las partes del contrato nulo celebrado entre A y C, por lo que cabe preguntarse: ¿la nulidad de A-C afecta al tercero D? Solo aquí entra en juego el principio de fe pública registral, que constituye un mecanismo extraordinario, *in extremis*, excepcional, por el cual se protege al tercero de buena fe frente al contrato previo que ha sido declarado nulo (art. 2014 CC). Debe recordarse que una cosa es proteger a las partes del contrato inválido, por su buena fe, en cuyo caso se trataría de un fenómeno de convalidación de la nulidad, lo que no es aceptado por nuestro ordenamiento; y otra es proteger al tercero sucesivo, ajeno al contrato nulo (D), quien excepcionalmente puede ser mantenido en su adquisición por virtud de la seguridad jurídica y justicia del caso concreto, sin embargo, ello no sana el título nulo anterior (A-C). Por tanto, la sentencia yerra cuando se entretiene en explicar el principio de fe pública registral, que en realidad no podía ser aplicado al presente caso, por la falta de un tercer adquirente, empero, el sentido de la decisión sigue siendo correcto, pues al concluirse que no hubo buena fe, entonces igual se sanciona la nulidad, bajo el particular criterio de la Corte.

gistrar⁵⁷⁰. Sin dudas, un notable avance para buscar la justicia del caso concreto, y no encerrarse en meros papeles, sellos o inscripciones. Por tanto, nadie puede tener buena fe (activa o diligencia) si ignora o se hace el que ignora la posesión contradictoria.

- d) Casación N° 3108-2012-Lima, de 07.08.2013: “se infiere que el accionante tenía conocimiento que su transferente no poseía el inmueble y que su abogada realizó verificaciones previas en el registro de propiedad y en el registro de testamentos, resultando inconsistente y contrario a los fines y atributos de la propiedad, que alegue no haber verificado quien habitaba el inmueble pese a la trascendencia del acto jurídico realizado”.

Por tanto, la posesión sigue revalorizándose, lo que constituye una buena noticia, pues implícitamente se reconoce su condición de “valor intrínseco” dentro de la ordenación jurídica de los derechos reales.

No obstante, también se conocen sentencias cuestionables, como aquella de la Suprema (ponente: Távara Córdova⁵⁷¹), confirmatoria de una de la

570 “Décimo Tercero.- (...) es necesario precisar que el debate de autos se circunscribe a establecer si los nuevos adquirentes Milton Jonsy García Rojas y Gregoria Jesús Díaz Vilela conocían de la existencia de la primera venta operada a favor de Fausto Valentín Páucar Huamán y, por tanto, si aquellos adquirieron premunidos de la fe registral que otorga el registro. Al respecto, cabe señalar que la Sala Superior centra su análisis únicamente en el aspecto registral, específicamente en el tracto sucesivo, para efectos de establecer la buena fe de los compradores; sin embargo, no tiene en cuenta otras circunstancias que han sido consideradas por el juez de la causa al emitir su fallo amparando la demanda, como es la diligencia de los compradores, debido al hecho de que se trataba de un inmueble que no se encontraba en poder de la vendedora sino que era ocupado por terceros, y en el que incluso había tiendas comerciales que se encontraban en la misma situación, sin que tal hecho conste en el acto jurídico cuya nulidad se reclama. Resulta trascendente dilucidar este aspecto, así como realizar un pormenorizado estudio de los expedientes judiciales acompañados y la conducta desplegada por las partes en el proceso para efectos de establecer si los contratantes procedieron o no con buena fe al momento de celebrar la transferencia” (Finalmente, se declaró nula la sentencia del tribunal superior y se ordenó que emita nueva resolución).

571 Casación N° 5745-2011-Lima, de 11.10.2012, en la que se discutió principalmente la “buena fe” del tercero que había comprado un terreno de más de 4,000 (cuatro mil) m² en una de las zonas más caras de Lima: urbanización Valle Hermoso, distrito de Santiago de Surco, por el minúsculo precio de \$ 160,000 (ciento sesenta mil) dólares americanos, en

Corte Superior (ponente: Ordóñez Alcántara⁵⁷²), que se sustentan en que el “el notario (y el corredor inmobiliario) le aseguró al tercero que la compra era correcta, entonces, este tiene buena fe”, lo que es simplemente absurdo⁵⁷³, pues el examen negligente de un notario no crea derechos que no existen, sino que lo obligará a indemnizar por el daño causado a su cliente por impericia profesional. Si tal argumento fuese cierto, entonces, cuando el notario le dice a una persona que un título nulo es válido, entonces ya no podría decretarse la nulidad porque la palabra del notario sería sacrosanta, lo que obviamente es absurdo, por decir lo menos, pues la invalidez es una cuestión objetiva que no depende de las meras opiniones de funcionarios que no tienen el poder de dar por válido lo que es nulo o ilícito. En todo caso, las testimoniales del corredor y del notario son claramente interesadas en el resultado del pleito, pues la nulidad de la compra podría acarrearles responsabilidad civil o la devolución de la comisión. Por tal motivo, ¿cómo

la que se habían producido tres falsificaciones anteriores, al hilo, que fueron inscritas en el registro, y como si esto no fuera suficiente, el bien es de dominio público.

- 572 El fundamento de la sentencia de vista, emitida por la Séptima Sala Civil, es igualmente pobre, cuando intenta justificar forzosamente la buena fe del tercero: “a) La testimonial de don Enrique Málaga Rivera, quien refirió que actuó como corredor inmobiliario, concertando una reunión entre doña Marta Amelia Ríos Vargas y la sociedad conyugal conformada por Julio Vásquez Dávila y Luisa Ríos Gamarra, para la venta del inmueble sub-litis, y que presenció el pago del precio de la compraventa que estos celebraron; b) La testimonial de doña Miryam Rosalva Acevedo Mendoza, que señaló que en su calidad de notaria, los señores Vásquez Ríos y su hijo le solicitaron la apertura de un kardex para la compraventa del inmueble sito en Av. Jacarandá 630, Urb. Valle Hermoso-Surco, y que fue esta quien verificó que dicho inmueble no tenía títulos pendientes; y c) con la valoración de las demás instrumentales como son los cheques de gerencia (...)”.
- 573 Nótese el endeble fundamento de la Corte Suprema: “Que en ese sentido, la Sala Superior, al confirmar la sentencia apelada, concluye que los actos jurídicos celebrados entre Marta Amelia Ríos Vargas y la Sociedad Conyugal conformada por Luisa Aida Ríos Gamarra de Vásquez, Julio Vásquez Dávila, y estos a su vez, con Julio Hernán Vásquez Ríos, han sido realizados de buena fe, no ha hecho una interpretación errónea, pues estos demandados al celebrar los actos jurídicos se basaron en la información que aparecía en los asientos registrales, no siendo necesario remitirse a los títulos archivados como pretende la demandante; más aún si dichos codemandados recurrieron a la notaria Miriam Acevedo Mendoza quien efectuó un estudio de los títulos de propiedad del inmueble sub litis y comunicó a estos que el citado predio se encontraba libre de todo gravamen, y que podían adquirirlo sin problema alguno, por lo que este extremo del recurso de casación debe ser desestimado. La Sala superior ha efectuado una correcta interpretación y aplicación del artículo 2014 de nuestro Código Civil”.

puede fundarse una sentencia casi exclusivamente en dos testigos cuya declaración a favor de una de las partes (comprador), los beneficia también a ellos? Por lo demás, la testimonial del corredor y del notario, en el mejor de los casos, se limitan a brindar una opinión subjetiva (externa a las partes, y que no tiene otro valor que un “juicio personal”) sobre la compra, pero nada más; mientras que el fin ilícito, y la mala fe civil, constituye un propósito subjetivo (interno a las partes), por tanto, uno jamás es prueba de lo otro.

d.5.3) Criterios para deducir la mala fe

La mala fe es un factor subjetivo que difícilmente puede conocerse en forma directa, por lo que es necesario deducirlo de hechos indirectos, que, por vía de máxima de experiencia (inferencia lógica, debidamente razonada), o indicios, lo cual permitirá concluir en un juicio de malicia, temeridad o deshonestidad.

En tal sentido, la mala fe puede apreciarse en cualquiera de los siguientes hechos: estado posesorio en contradicción con el registro (poseedor no explicado por el vendedor), estado tributario en contradicción del registro (un tercero como contribuyente municipal) estado de facto en contradicción con el registro (construcciones no inscritas que denotan titularidades dudosas), compras a precio vil (poco o nulo interés en el bien), compras en secuencia anómala (precio real en una, pero precio irreal en otra, que se realiza poco tiempo después), compras sucesivas con mucha rapidez (“fábrica” de terceros), compras realizadas en lugares alejados del sitio del inmueble (situación anómala), compras u operaciones contractuales sin racionalidad económica (venta de todos los activos inmobiliarios de la empresa en un solo acto para evitar los rigores de la disolución y liquidación), compras con pagos dudosos, pues no existe constancia bancaria (dación en pago, compensación, aporte social, etc.), compras con extraño apresuramiento (un solo día en el que se realiza firma de la minuta, escritura, abono del precio, entrega, pago de tributos), vendedores de sospechosa capacidad económica que les impide justificar la adquisición, vendedores extranjeros sin arraigo, vendedores-personas jurídicas sin actividad en el país, ventas con rasgos notoriamente anómalos por falseamiento de la realidad (tercero paga el precio con cheque suyo, no del comprador; minuta que declara pago

de precio, que no ocurrió en esa fecha; pago de tributos realizado en forma previa a la firma de la minuta; cláusula de entrega cuando el vendedor no es poseedor), entre muchos otros.

Por ejemplo, si alguien adquiere en la calle un reloj auténtico “rolex” a cien soles, ¿tiene buena fe? La respuesta es obvia para cualquier persona con sentido común, pero parece que no lo es para los jueces de la Casación N° 5745-2011-Lima (ponente: Távara Córdova) y de la sentencia de Sala Superior de Lima, que le precedió (ponente: Ordóñez Alcántara), en el que declararon de “buena fe” a un comprador a precio vil de un terreno estatal que fue objeto de distintas falsificaciones de títulos hasta constituir un “tercero”. Un ejemplo de lo que ocurre cuando la magistratura desprecia el fundamental requisito de la buena fe, hasta convertirlo en una “fórmula vacía”, en el que todos tienen buena fe, salvo la prueba del dolo del tercero, con lo que se convalidan adquisiciones sospechosas o anómalas. Por el contrario, la buena fe-diligencia exige una conducta honesta, en la que se imponen deberes nacidos de la corrección y la honestidad, por lo que se descartan terceros anómalos, que no tuvieron el cuidado más elemental para justificar o explicar una operación económicamente racional⁵⁷⁴.

574 Es necesario no confundir las pruebas de mala fe con las pruebas de simulación del acto jurídico. Por las primeras se acredita que el adquirente conocía la inexactitud del registro, pero ello no conlleva la nulidad de su título (salvo causa ilícita); en cambio, las segundas conllevan la nulidad del negocio. Esta confusión se da en la siguiente sentencia: “NOVENO.- que, las sentencias de mérito han establecido como probado que los terceros sub-adquirentes han obrado de mala fe (sic) al celebrar contrato de compraventa sobre el inmueble sub-litis con la demandada (...), pues intervinieron en el mismo a sabiendas del perjuicio que causaba al demandante, ya que en forma nada creíble han permitido que su vendedora continúe en posesión del inmueble pese haberle (sic) pagado cien mil dólares, cuya procedencia tampoco han demostrado, asimismo el haber celebrado un contrato con pacto de retroventa que permite a la vendedora resolver unilateralmente el contrato hasta el veintidós de febrero del dos mil uno, no obstante el precio pagado por el bien, que normalmente no puede estar sujeto a condicionamientos y situaciones anormales de no obtener ningún beneficio para los recurrentes; (...) UNDÉCIMO.- que, respecto a la inaplicación del artículo dos mil catorce del Código sustantivo, al considerar el ad-quem, que la actuación de los impugnantes se encuentra revestidos (sic) de mala fe, es claro advertir que no pueden encontrarse en la cobertura del principio de la buena fe registral que contempla la citada norma legal, por lo que no se verifica su aplicación al caso concreto...” (Casación N° 1476-02-Tacna, de 29.11.2002).

d.5.4) La buena fe es concepto civil, no registral

Por otro lado, sobre el tema de la buena fe, existe una confusión terminológica que vale la pena aclarar. En este sentido, se señala, corrientemente, que la buena fe puede ser “civil” o “registral” (“subjetiva” u “objetiva”, respectivamente). La primera alude a la creencia del tercero sobre la exactitud del registro, pero que puede enervarse a través de medios externos; en cambio, la segunda, significa que en el mismo registro no consta causal alguna de nulidad o ineficacia del negocio antecedente⁵⁷⁵.

La concepción de la buena fe, dividida en dos parcelas, es equivocada y se presta a peligrosas confusiones en sede judicial. La buena fe prevista en el art. 2014 CC siempre es un estado subjetivo, esto es, la creencia honesta del tercero respecto de una apariencia que verosímelmente sea concordante con la realidad. Por tal motivo, se trata de una cuestión de hecho objeto de prueba, aunque, en principio, se presume la buena fe del tercero inscrito, pero esa situación se desvirtúa con prueba en contrario. En cambio, la llamada (e inexistente) “buena fe registral” jamás puede ser objeto de prueba en contra, pues simplemente se aplica la publicidad de las inscripciones (art. 2012 CC). En efecto, si la causal de nulidad o ineficacia consta en el registro, entonces el tercero lo sufre, sin posibilidad de prueba en contra, lo que es contradictorio con su carácter de presunción relativa; por tanto, la llamada “buena fe de las inscripciones” no es buena fe, sino publicidad del registro⁵⁷⁶.

En suma, la buena fe consiste en la creencia subjetiva de la exactitud registral, la cual puede ser enervada mediante pruebas extra-registro, propias de la realidad jurídica, lo que conlleva la pérdida de la protección legal. En cambio, la “buena fe registral” no es cuestión subjetiva, sino objetiva, en

575 Cantuarias, F. (1997), p. 138, incurre en este error cuando señala que existe una “buena fe civil”, la cual implica contraponerla necesariamente con una “buena fe registral”.

576 “Para que actúe la oponibilidad *ex tabula* no se requiere el conocimiento de la situación oponible a través de la publicidad; no se requiere la consulta al registro. La oponibilidad *ex tabula* actúa por sí misma. Se basa en la legalidad de los asientos registrales, que el legislador asegura por distintos medios, y que determina que lo publicado por el Registro suponga la verdad oficial sobre las situaciones jurídicas”: Pau, A. (2001), pp. 336-337.

tanto, el contenido de las inscripciones se impone en todo caso, sin ulteriores discusiones, por lo que no es buena fe, sino el natural efecto de publicidad del contenido de las inscripciones.

d.5.5) La buena fe debe mantenerse hasta el momento de la inscripción del tercero

Por último, es necesario determinar hasta qué momento el tercero ha de contar con buena fe, esto es, si basta que exista en el instante de la celebración del acto adquisitivo⁵⁷⁷, o si debe permanecer hasta la inscripción que haga el tercero de su propio título. La Exposición de Motivos del Código Civil tiene una clara posición respecto de que la buena fe tiene que existir hasta el momento de la inscripción que realice el tercero a su favor⁵⁷⁸, lo cual es ratificado por múltiples sentencias de la Corte Suprema⁵⁷⁹. En nuestra opinión, la primera tesis se sustenta con un argumento irrefutable, pues, el art. 2014 CC establece la necesidad de que el tercero sume todos los requi-

577 “El defecto en que incurren estos autores no es el de considerar la inscripción como momento determinante de la adquisición, pues, efectivamente, (...) la adquisición se consuma en virtud de la inscripción. sino que el error consiste en referir la buena fe al momento de esa adquisición firme, cuando la buena fe, al ser un hecho intelectual o de formación del conocimiento, ha de tenerse en el momento del otorgamiento del título, que es el momento en que aparece formada la voluntad del adquirente (...) Una vez que exista buena fe en el momento del otorgamiento del título, ya no importa que, con posterioridad se produzca “mala fe” o sea, conocimiento de la situación extrarregistral por parte del adquirente, pues su buena fe quedó cerrada y completa en el momento de la declaración de su voluntad. Sería injusto y contrario al principio de seguridad jurídica que, una vez que el adquirente ha cerrado el contrato se desvirtuara ese título por el mero hecho de haber llegado a su conocimiento situaciones extrarregistrales, con las que él no contó en el momento de celebrar el contrato y otorgar el título”: García García, J. (1993), T. II, p. 341.

578 Comisión Revisora del Código Civil (1990), p. 14.

579 “... Para la aplicación del principio de buena fe registral deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) que el adquirente lo haga a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción iuris tantum...” (Casación N° 695-99).

Una sentencia posterior sostiene la misma doctrina: “que, uno de los requisitos que tiene que cumplir quien alega el principio de la buena fe registral para que su derecho resulte oponible, es que actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo”: Casación N° 3088-06-Lima, de 13.06.2007.

sitos exigidos por esa norma, pero, en caso que la buena fe no perdure hasta la inscripción, entonces resultaría que en ese preciso momento no habrían concurrido todos los presupuestos legales, en específico, la buena fe; por el contrario, si esta solo se necesitaría hasta la celebración del contrato adquisitivo, entonces, en ese instante, faltaría la inscripción, por lo que tampoco se habrían cumplido todos los presupuestos exigidos por la norma, ni antes, ni después.

d.6) Elemento de no contradicción: las causales de nulidad, resolución, rescisión o cancelación del título antecedente no debe constar en los asientos o en los títulos archivados

La protección del tercero se encuentra subordinada a la no-constancia en el registro de las causales de nulidad o ineficacia del negocio antecedente, lo que en buena cuenta significa determinar si alguno de estos motivos de claudicación del negocio previo consta efectivamente, o no, en el ámbito de la publicidad.

Ninguna duda suscita la constancia registral de una causa de ineficacia o nulidad cuando ella misma sea objeto de un asiento registral (por ejemplo: la condición suspensiva constatada en un asiento separado con respecto al negocio principal objeto de la condición), o cuando la causa conste como una modalidad del derecho inscrito, y dentro del mismo asiento correspondiente a este (por ejemplo: cuando el negocio principal y el cargo constan en el mismo asiento)⁵⁸⁰: "... estamos ante un problema de pura publicidad registral. Si las causas de nulidad o resolución han tenido acceso al registro a través de asiento idóneo y por el título también idóneo, se ha producido el carácter explícito de la publicidad que señala la ley"⁵⁸¹. Distinto es cuando las causas de nulidad o ineficacia constan en el acto o negocio jurídico inscrito, pero no en el asiento. Allí ha surgido la duda que atormenta a un sector extremista de la doctrina. Sobre el particular, debe recordarse que nuestro sistema solo permite la transferencia de derechos mediante actos, negocios o contratos causales (compraventa, donación, etc.), no abstractos

580 Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984), p. 194.

581 García García, J. (1993), T. II, p. 276.

(pura transmisión), por tanto, una inscripción, que es simple resumen del acto con fines facilitadores de consulta, no puede variar o derogar el contenido de los hechos jurídicos adquisitivos reconocidos por la ley.

En consecuencia, las causas de nulidad o ineficacia del título previo se irradian sobre los negocios sucesivos pues constituyen el efecto natural de los modos adquisitivos de transferencia, en tanto el adquirente recibe el mismo derecho, ni más ni menos, que tenía el transmitente. Por tanto, la única forma de evitar este efecto es que el negocio, con todas sus vicisitudes, no conste en el registro. La Ley 30313 ha cerrado el debate cuando establece que el contenido del registro comprende los asientos registrales y los títulos archivados (nuevo art. 2013 CC), además, sancionado por la STC N° 0001_2015-PI/TC: *“para la configuración de la buena fe del tercero será indispensable haber desplegado una conducta diligente y prudente desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, hasta la observancia, claro está, de los propios requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código Civil, en los términos en los que ha sido modificado por la Ley 30313, como, por ejemplo, la escrupulosa revisión de los asientos registrales y títulos archivados”* (c. 52).

d.7) Elemento de cierre: inscripción del título

El último requisito para consumir la protección del tercero es la inscripción de su título adquisitivo. “La exigencia de este requisito es lógica; el sistema debe defender la adquisición que acude a él y no la que lo rehúye. Las ventajas del principio de fe pública registral son tan importantes, que naturalmente no pueden atribuirse a cualquier adquirente, sino tan sólo al que reuniendo los otros (...) requisitos examinados, haya inscrito su título adquisitivo. El que no inscribe su adquisición, sabiendo a lo que con ello se expone, es que no quiere ampararse en las defensas hipotecarias, contentándose con la protección que el derecho civil puro le brinda”⁵⁸².

Los principios registrales solo se aplican, por obvias razones, en favor del sujeto que logra la inscripción. Sin registro no hay tercero registral. Por tal razón, es imprescindible que el tercero logre la inscripción, con lo que

⁵⁸² Roca Sastre, R. (1954), T. I, p. 492.

recién consuma la adquisición *ex lege*⁵⁸³. La jurisprudencia ha reconocido en forma reiterada que la consumación de la protección registral (“cierre del círculo”) se produce cuando el tercero inscribe su propio título. Por ejemplo, la Corte Suprema ha dicho sobre este tema: “... La principal finalidad de la inscripción es amparar a los terceros que contraten de buena fe, a título oneroso y sobre la base de lo que aparezca en el registro, tal como lo establece el artículo 2014 del Código Civil, de esta manera una vez inscrito el derecho, el titular mantiene su adquisición, aunque después se anule el derecho del otorgante, en virtud de causas que no consten en los Registros Públicos...” (Casación N° 2210-99). En buena cuenta, no basta que el tercero confíe en el registro, mediante la oportuna consulta, pues también resulta necesario que esa confianza se haga efectiva con la inscripción del propio título. Nadie puede obtener la protección del registro sin haber acudido a él.

6.4.3. Análisis normativo (ii): art. 665 CC

El art. 665 CC regula defectuosamente el conflicto entre el verdadero heredero frente a un tercero de buena fe que adquirió de un heredero aparente, sin embargo, pese a todo, es posible reconstruir su significado mediante las tres reglas que se contienen en el citado precepto:

- a) Art. 665, 1° CC: *“La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos”*⁵⁸⁴, es decir, la reivindicatoria procede contra el tercero es de mala fe, por tanto, en sentido contrario, para evitar la acción del heredero real, se necesita: (i) tercero, (ii) buena fe.
- b) Art. 665, 2: *“Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada*

583 García García, J. (1993), T. II, p. 296.

584 La norma señala que el tercero de mala fe no tiene protección, aunque el título que lo inviste sea oneroso, además, se añade que dicho tercero ha debido “entrar en posesión de los bienes”, pues ello es un requisito de la reivindicatoria, en general.

demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos”, con lo que se vincula impropiaamente la buena fe civil con la información registral, pero, en todo caso, se trata de una presunción, por lo que es susceptible de prueba contraria, específicamente la inobservancia de los deberes de verificación de la realidad jurídica, en concordancia con la STC N° 00018-2015-PI/TC. En este párrafo se individualizan nuevos requisitos para la protección del tercero: (iii) confianza en el registro de sucesiones intestadas o de testamentos, que inscriba el título hereditario, así como en el registro de bienes, (iv) no conste anotada demanda u otra medida que afecten los derechos inscritos.

- c) Art. 665 in fine CC: *“En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título*”, es decir, si la reivindicación contra tercero de título gratuito, entonces, por contrario sentido, surge un nuevo requisito para la protección del tercero: (v) título oneroso.

Por lo demás, la misma norma habla de “tercero” o adquirente posterior o sucesivo del título hereditario viciado, por tanto, se asume que su propio título es válido, pues, en caso contrario, no sería protegido, en vista que la nulidad propia le afectaría (art. 2013 in fine CC), y, aunque no se menciona la inscripción del título de tercero, sin embargo, no cabe otra alternativa que exigirlo, pues, no puede haber tercero registral sin registro.

En consecuencia, por deducción se tienen dos requisitos adicionales: (vi) título válido del tercero, (vii) inscripción del título de tercero. La conclusión es que los mismos requisitos del art. 2014 CC se reproducen en el art. 665, pero con el agregado de que la protección necesita la previa inscripción del título hereditario no solo en el registro de bienes (como en el de predios), sino también el de sucesiones intestadas o testamentos.

Un ejemplo para aclarar: A ha sido declarado heredero testamentario de un determinado causante, por cuya virtud, celebra acto dispositivo de un bien inmueble en favor del tercero C, pero resulta que el testamento se declara nulo, por lo que, en vía de sucesión intestada, se nombra heredero

legal a B. En tal caso, el tercero de buena fe C queda protegido por haber actuado sobre la base de la titularidad aparente del supuesto heredero A, mientras las acciones reales del verdadero heredero B quedan frustradas. Sin embargo, el art. 665 CC solo ampara las disposiciones que realice el heredero aparente, pero no menciona al legatario o albacea, por lo que, en estricto, sus actos de disposición quedarían fuera del ámbito de aplicación del principio, y, en tal virtud, el art. 51 RIRSIT ha tratado de colmar la laguna, pero ello es dudoso, pues una norma de ese nivel no puede modificar el Código Civil.

6.5. Principio de prioridad: Concurrencia de títulos con derechos compatibles

6.5.1. Origen histórico

En el período anterior a la codificación existió un complejo sistema de privilegios (¿cuáles son las cargas soportadas por un inmueble?) y de falta de seguridad respecto a la prueba de la propiedad de los bienes inmuebles (¿quién es el propietario?). Esta situación se encontraba estrechamente relacionada con el sistema económico-feudal y social-estamental propio del Antiguo Régimen, que se basó en la perpetuación de las clases sociales, inmovilización personal, concentración y vinculación de la tierra. En un mundo con esas características, en el que nada se modificaba, era lógico que la propiedad sobre la tierra continuase en las mismas manos, y luego en los herederos, a través de las reglas de la sucesión.

Entre otras instituciones jurídicas, propias de un mundo feudal, teníamos las hipotecas generales *ex iure divino* (causa funeraria, redención de cautivos, diezmos y primicias), otras de utilidad pública a favor de la Hacienda, y existían también hipotecas especiales tácitas de utilidad privada, por ejemplo, para restitución de la dote, la del pupilo sobre los bienes de su tutor, etc., las cuales gravaban los bienes del deudor aun después de su transmisión a terceros. Esta situación dificultaba el tráfico y el comercio, pues representaba una grave rémora para la organización de un sistema financiero moderno, en tanto no permitía ni la seguridad del adquirente ni la afectación de los bienes en garantía, en vista de no ser posible el conocimiento de quiénes eran los propietarios de la riqueza territorial, ni cuáles

eran las deudas preferentes que los gravaban. Por otro lado, en el concurso de acreedores tampoco existían garantías sobre la fehaciencia de los créditos (determinados por su origen temporal y su causa), por lo que la prueba de las preferencias resultaba confusa y conflictiva en grado sumo⁵⁸⁵.

Frente a este viejo sistema, reaccionó la doctrina de la Ilustración y el liberalismo económico y político, postulando que la propiedad libre y el crédito son la base para el desarrollo de la iniciativa económica. La Revolución necesitó nuevos instrumentos jurídicos para llevar a cabo su ideario político, por el cual buscó crear un sistema cierto de prueba de la propiedad (publicidad) y de identificación de los gravámenes sobre bienes (especialidad). El origen cierto de la propiedad pretende garantizar la seguridad del adquirente y la seguridad del crédito territorial, así como la simplicidad del procedimiento ejecutivo y del concurso de acreedores.

Los principios primigenios de “publicidad” y “especialidad”, buscan crear un triple sistema de certeza: la certeza de la propiedad, la certeza de las transmisiones patrimoniales y la certeza del rango del crédito⁵⁸⁶. En los primeros momentos de la revolución liberal, los juristas no tuvieron presente las implicancias ideológicas y jurídicas del sistema de titulación pública, y su obsesión estuvo centrada en crear un orden hipotecario práctico y saneado. Frente a la inseguridad de la propiedad y del crédito en el Antiguo Régimen, la revolución burguesa pretendía fundar el desarrollo industrial en el crédito territorial. Los antiguos privilegios ocultos, basados en el señoría de la tierra o en la defensa de las clases adineradas y sus familias, fueron avasallados por la concepción liberal de la hipoteca, entendida como el único privilegio crediticio subsistente, y cuyo fundamento es profundamente democrático al tener como base exclusiva los principios de publicidad (sólo afecta a terceros la hipoteca publicada) y de especialidad (se rechazan las hipotecas generales que no afectan a bienes individualizados). El debate en el Antiguo Régimen sobre el concepto y fundamentación de los privilegios es uno de justicia material, es decir, quién y por qué un acreedor específico

585 Álvarez Caperochipi, J. (2000), T. I, p. 188.

586 Álvarez Caperochipi, J. (1995), pp. 9-11.

debe cobrar antes; en cambio, en el Derecho liberal ya no existen privilegios por naturaleza (principio estamental), sino por un tema estrictamente formal de rango en la inscripción (principio democrático). El registro, entonces, empieza a cumplir un rol importante para lograr la certeza del crédito.

El concurso de acreedores había puesto de manifiesto la importancia de la “citación” de todos los acreedores. En el concurso, el orden de prioridad entre los distintos acreedores solo resulta conocido al final del engorroso proceso; antes de ello, no tienen noticias unos de otros; por tanto, la prioridad entre acreedores emana de un documento judicial *ex post facto*, es decir, luego de ocurrida la insolvencia. De esta forma, un acreedor no puede prever si finalmente llegará a cobrar, en tanto desconoce el número de acreedores del deudor común, así como el patrimonio de este. Sin estas condiciones, es difícil fundar un sistema financiero, tal como lo reclamaban los teóricos liberales de la naciente ciencia económica. Entonces, el problema clave es el siguiente: ¿cómo puede determinarse la prioridad entre distintos acreedores? Así surgen los registros de embargos e hipotecas, en donde el principio fundamental era la prioridad: “*Primero en el Registro, preferido en el derecho*”. La prioridad es la característica primigenia de todo sistema registral. Por ello, los primeros registros son meramente hipotecarios o de cargas y gravámenes, pues la propiedad se considera un derecho sacrosanto que no podría perderse ni ganarse por obra de un mecanismo como el registro. El pensamiento jurídico de la época podía permitirse declarar ineficaces las cargas ocultas, pues el acreedor había sido negligente en resguardar su derecho, y por eso, sólo él debía cargar con las consecuencias. Sin embargo, la adquisición de la propiedad no podía quedar sujeta a un requisito formal, en contra de los titulares inmemoriales, lo que hubiera sido demasiado radical. Para los registros meramente hipotecarios, lo relevante es evitar la clandestinidad de los gravámenes, asegurar la efectividad real de la hipoteca, así como fijar la prelación y preferencia de los créditos⁵⁸⁷.

587 Nuñez Lagos, R. (1948), p. 87. El autor menciona una gran cantidad de legislaciones del siglo XIX que adoptaron Registros hipotecarios. Es el caso de los Estados germánicos de Baden, Baviera, Hannover, Francfort; y entre otros países puede citarse a Holanda, Hungría, Dinamarca, etc. De idéntica manera funcionó en nuestro país el Oficio de Hipotecas y Censos, cuyo origen se halló en la legislación colonial y que se mantuvo casi hasta el

El origen histórico del principio de prioridad se encuentra en la constitución de un mecanismo extrajudicial de graduación de los créditos, de tal suerte que el primer crédito inscrito cobrara antes, y así sucesivamente con respecto a las inscripciones posteriores. De esta manera, los acreedores conocen si su crédito es preferente frente a los otros; por tanto, el principio de prioridad nace como un expediente técnico para graduar los créditos, en concurso o ejecución singular, pero en cualquier caso siempre toma como elemento decisivo la fecha de la publicidad, por lo que se descarta la fecha oculta o clandestina de los documentos⁵⁸⁸.

6.5.2. Análisis dogmático

a) Concepto técnico de prioridad

El principio dogmático que rige la ordenación de los créditos es la igualdad de los acreedores (*par condicio creditorum*); por tanto, los privilegios son excepcionales, en tanto su reconocimiento está condicionado al recono-

final del siglo XIX, inclusive fue regulado por nuestro primer Código Civil (1852). La Ley de creación del Registro de la Propiedad (2 de enero de 1888) abrogó dicha institución. Por su parte, los registros prendarios que se crearon en nuestro país fueron también mecanismos publicitarios de gravámenes, y no registros de propiedad. La situación es la misma con la Ley de Garantía Mobiliaria y el Registro Mobiliario de Contratos, pues en éste se inscriben las garantías sobre bienes muebles y algunos otros actos de afectación. Por tanto, se trata de un sistema en el que se busca, fundamentalmente, dar certeza respecto al grado del crédito.

588 Vale la pena citar nuevamente a Nuñez Lagos, R. (1948), p. 78: "Después de algunos siglos de historia y de lucha con las reglas contrarias, se impone el principio de prioridad entre los créditos y los acreedores, dentro de un mismo grado o clase, condensado en la regla 'prior tempore, potior iure'. El concurso de acreedores había puesto de manifiesto la importancia de la citación o emplazamiento de todos los acreedores. El uso de los edictos, ¿no era un emplazamiento colectivo? Una notificación universal no era otra cosa que la 'publicidad'. En el concurso el orden de prelación resultaba al final del juicio. Antes de los edictos y emplazamientos singulares los acreedores no tenían noticias unos de otros. Cuando se conocían era un tumulto y en momento de alarma. Sobretudo después de haber entregado su dinero. La prioridad emanaba de un documento judicial tardío. ¿No se podría lograr igual resultado antes de llegar al concurso, y precisamente para no llegar? Surgen así los Registros de embargos e hipotecas, los Registros del *Pfandbuchsystem*. Sus asientos son un concurso de acreedores prejuzgado. Antes de existir, llenaron limitadamente y en parte el mismo objeto los libros gremiales de matrícula de los comerciantes, aunque sólo respecto de ciertas causas de prelación (dotes, donaciones, bienes parafernales, etc.) y con miras a la quiebra del comerciante".

cimiento legal (tipicidad). La ordenación legal y formal de los privilegios es una exigencia para la perfecta graduación y jerarquización de los créditos en el concurso y la tercería, pero ello requiere que sean perfectamente conocibles mediante la publicidad⁵⁸⁹.

La prioridad registral surge con el fin de jerarquizar los créditos, pero no solo eso, sino que también produce la reserva del rango para ubicar el crédito en relación con los terceros en general. Este es el concepto técnico. Por el contrario, la perspectiva desmesurada confunde la prioridad con distintas figuras, de objetivos diferentes, como el principio sustancial de oposición o con la regla formal de eficacia de la inscripción a partir del asiento de presentación.

El art. 2016 CC no solo tiene una historia detrás de sí, sino también un propio concepto dogmático, pues la jerarquía de rangos presupone que todos los derechos en conflicto pueden inscribirse sin oposición, por lo que se trata de derechos compatibles⁵⁹⁰, lo cual solo ocurre en el caso de los créditos que necesitan ordenarse entre ellos, conforme se deduce del texto legal y de la voluntad del legislador⁵⁹¹: “Este artículo reconoce el principio de prioridad de rango, que es la que se produce respecto de derechos suce-

589 Álvarez Caperochipi, J. (2000), T. I, pp. 188-192. El rango de un crédito implica que la obligación adquiere un *status* especial, por el cual los bienes afectados a un crédito también resultan oponibles a terceros (efecto persecutorio). Por otro lado, el privilegio alude a la preferencia de un crédito frente a los demás créditos del mismo deudor; esto es, el derecho a cobrar antes que los demás. Esta preferencia puede hacerse efectiva por medio de una tercería (de pago) o en el procedimiento concursal, pero no tiene efecto persecutorio: *Ibid.*, p. 187.

590 No tendría sentido hablar de prioridad registral cuando en el Registro sólo aparece inscrito o anotado un crédito. ¿Prioridad frente a quién? Sobre el particular, se ha dicho: “No cabe hablar de prioridad sin asociar la idea de dualidad o pluralidad. El caballo que se entrena sólo en la pista llegará a la meta antes o después, pero no se puede decir que llegó el primero. Cuando son varios los que corren, habrá un primero que conseguirá el premio de la carrera y los demás serán catalogados en segundo, tercero, etc., lugar. Lo mismo sucede en nuestro sistema; para que la prioridad tenga un valor se requiere por lo menos dos títulos contradictorios; uno de los cuales llegó el primero al recinto acogedor del Registro”: Ruiz, F. (1952), p. 866.

591 Art. 2016 CC: *La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro*. La norma presupone la coexistencia de “derechos” (más de uno) para jerarquizarlos a través de la prioridad en el Registro.

sivamente inscritos, con posibilidad de concurrencia registral. En este caso, los derechos inscritos no se excluyen, pero sí se jerarquizan en función de la antigüedad de su inscripción⁵⁹². En tal sentido, el Derecho privado moderno reconoce que, salvo excepciones, el privilegio y rango de los créditos hipotecarios se adquiere por la inscripción, y la jerarquía entre ellos se resuelve por efecto de la prioridad de la inscripción⁵⁹³. El concepto técnico de prioridad constituye un mecanismo, por el cual, los derechos compatibles (créditos) se ordenan por mérito de la fecha de inscripción, por tanto, el acreedor preferente gozará de la facultad de participar en primer lugar, y así sucesivamente, en el reparto del monto obtenido luego de la ejecución del bien.

b) Concepto no-técnico o coloquial de prioridad

Por el contrario, el concepto desmesurado confunde la prioridad con el principio sustancial de oposición de derechos incompatibles, por cuya virtud, el derecho que se instala en primer término descarta, total o parcialmente, al derecho que sigue (art. 2022, 1° CC). Por ejemplo, dos hipotecas se jerarquizan a través del principio de prioridad, pues una y otra son compatibles, solo que el rango producido por la inscripción permitirá que el primer acreedor hipotecario cobre antes que ningún otro. Las hipotecas no se oponen, no se descartan, sino que ambas se mantienen plenamente válidas y eficaces, pero dentro de una fila que otorga privilegio crediticio. En cambio, la doble venta no se rige por la prioridad, en tanto un derecho es incompatible con el otro, sino por el principio sustancial de oposición de derechos, por tanto, la primera venta inscrita impide que la siguiente pueda acceder al registro, pues ambas no pueden convivir; en tanto no puede haber propietarios diferentes con títulos inconexos; siendo así, la consecuencia es que una venta se opone a la otra, la descarta absolutamente, la deja fuera del camino. La prioridad y la oponibilidad tienen algún substrato común, en cuanto la fecha de la inscripción otorga efectos benéficos, pero hasta ese punto llega la analogía, pues la primera no descarta derechos, sino los ordena; mientras

592 Comisión Revisora del Código Civil (1990), p. 17.

593 Álvarez Caperochipi, J. (2000), T. I, pp. 200-201.

la segunda exige descartar un derecho por efecto del otro. Las dobles hipotecas se ordenan por filas, en tanto son derechos compatibles jerarquizados por la prioridad registral; mientras que las dobles ventas no pueden mantenerse en forma conjunta, pues son derechos incompatibles, en el que uno se opone al otro.

En el mismo sentido, el principio de prioridad no puede confundirse con la presentación del título en el registro, que ordinariamente se denomina “prioridad formal”. En efecto, es común sostener que el asiento de presentación “genera prioridad”, lo que no es cierto, pues el ingreso de un documento al registro constituye el momento temporal a partir del cual una situación jurídica cuenta con la eficacia del registro, cualquiera que esta fuese. Por tanto, la “prioridad formal” no se refiere al concepto técnico de prioridad, u ordenación de derechos compatibles, sino a la inscripción y su horizonte temporal⁵⁹⁴. Un ejemplo servirá para aclarar el panorama: normalmente se dice que la inscripción “tiene prioridad” desde la fecha del asiento de presentación; pero en este caso se utiliza el término en sentido no-técnico, pues, en realidad, este momento no solo determina la prioridad, si fuese el caso, sino también la legitimación, la oposición o la fe pública, etc. Por tanto, la presentación del título no genera prioridad, sino el momento temporal en que se inicia la eficacia del asiento registral, por lo que se desencadenan todos sus efectos positivos, no solo la prioridad, siempre que el título presentado llegue efectivamente a ser inscrito. En buena cuenta, la presentación del título constituye el momento cronológico desde el que la

594 “Los negocios jurídicos no surgen de ordinario ni nacen a la vida del derecho de una manera súbita. En casi todos se puede observar un período de preparación o de gestación, en el que los interesados perfilan, evalúan y deciden sobre su celebración. En la constitución, modificación y extinción de derechos sobre fincas con vida registral, la mayoría de los sistemas registrales se cuidan de fijar el momento crítico, de excepcional importancia (día y hora de presentación en el Registro) para resolver los posibles conflictos y para desplegar a favor del primero que presentó su título, toda la potencial energía de defensa que la ley ha confiado a los Registros de la Propiedad, en atención a la seguridad del tráfico. Pierden en este caso importancia, o al menos se aminoran, el momento de la toma de posesión y aun la fecha del título, pues la fecha de ingreso en el Registro determina la preferencia o superioridad. En este ámbito, el principio de prioridad determina la preponderancia que se da al factor “tiempo” para resolver posibles colisiones de derechos subjetivos, en relación con el Registro”: Ruiz, F. (1952), pp. 870-871.

inscripción existe para el mundo del derecho, pero ello no significa que la inscripción solo desencadene la prioridad, sino, en realidad, causa todos los efectos propios que se derivan de la publicidad del registro.

c) Principio de prioridad y privilegios crediticios

c.1) Privilegios, en general

La posición jurídica del acreedor implica gozar de un derecho subjetivo que le permite a su titular exigir el cumplimiento de una prestación (dar, hacer, no hacer) frente a una persona determinada. Este derecho subjetivo, desde su lado activo, se denomina crédito, y, entre otras facultades, concede al acreedor la de ejecutar el patrimonio del deudor para satisfacer su pretensión a la prestación debida (art. 642 CPC). Todos los acreedores cuentan con el mismo haz de facultades, empero, existen algunos créditos que cuentan con ventajas suplementarias a favor de sus titulares, como es el caso de los privilegios, que consisten en “una ruptura o una excepción del principio de igualdad de trato de los acreedores, que se produce cuando la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar con preferencia a los demás, a los que se llama por esto acreedores ordinarios, sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor o de alguno de ellos”⁵⁹⁵.

c.2) Clases de privilegios

Es doctrina común considerar la existencia de dos grandes grupos de créditos privilegiados: los generales y los especiales. Los primeros otorgan un privilegio sobre la totalidad del patrimonio del deudor, mientras los segundos lo otorgan sobre bienes determinados, específicos y concretos. Es bueno tener en cuenta que ambos privilegios otorgan un derecho preferente al titular del crédito al momento de cobrar su acreencia. La diferencia de halla en que el privilegio general autoriza la ejecución preferente sobre cualquier bien que se encuentre en ese momento dentro del patrimonio del deudor. En cambio, el privilegio especial circunscribe su actuación al bien específico del deudor sobre el cual recae la preferencia.

595 Díez Picazo, L. (1995), T. II, p. 751.

El ejemplo típico de privilegio general lo constituyen los créditos laborales, en cuyo caso, el trabajador goza de la preferencia de cobro sobre toda otra acreencia, pudiendo hacer valer esta prelación favorable sobre cualquier bien de propiedad del empleador (deudor). El artículo 24, 2° Constitución establece: *“El pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”*. En doctrina se conoce como super-privilegios a los: “privilegios crediticios que no están constituidos por un título público, y que son preferentes a los que tienen reservado un rango en el Registro de la Propiedad. En el Código civil aparecen como una categoría excepcional, pues supone un gran peligro para la certeza del crédito y para el funcionamiento del sistema crediticio y financiero...”⁵⁹⁶. Estos super-privilegios pueden hacerse valer a través del concurso o de una tercería de pago⁵⁹⁷.

596 Álvarez Caperochipi, J. (2000), p. 197.

597 Sin embargo, parece dudoso que se haga valer una tercería de pago cuando el crédito laboral no ha sido aceptado por el empleador, ni determinado judicialmente. Sin embargo, la Corte Suprema optó por un criterio distinto. Me refiero a la sentencia expedida con motivo de la Casación N° 756-2001, de fecha 06 de agosto del 2001 y publicada el 05 de noviembre del 2001: “...Se trata de los recursos de casación interpuestos por don Mauro Garamendi Ramírez y don Julián Chiclla Aiquipa mediante escritos de fojas cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos sesenta y cinco respectivamente, contra la sentencia d vista, emitida por la Sala de Procesos de Conocimiento y abreviado de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas cuatrocientos dieciséis, del primero de diciembre del dos mil, que confirmando la apelada declaró infundada la demanda de fojas ochenta y cinco a noventa y uno; FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, concedidos los recursos de casación a fojas cuatrocientos treinta y ocho y cuatrocientos sesenta y nueve, fueron declarados procedentes por resolución del nueve de abril del dos mil uno, por la causal contemplada en el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, sustentada en la inaplicación de la segunda parte del artículo veinticuatro de la Constitución Política del Estado, que establece que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador y la acreencia laboral se encuentra acreditada fehacientemente; CONSIDERANDO: Primero.- Que, el segundo párrafo del artículo veinticuatro de la Constitución otorga una garantía a los trabajadores según el cual el pago de su remuneración y de sus beneficios sociales tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador; Segundo.- Que, conforme al artículo ciento treinta y ocho in fine de la Constitución, los Jueces deben preferir la norma constitucional sobre toda norma de rango inferior; Tercero.- Que, por ello aunque la acreencia de los beneficios sociales de los demandantes no se encontraban definidos al momento de interponer su demanda de derecho preferente de pago, de acuerdo con el artículo ciento treinta y ocho in fine de la Constitución, resulta inaplicado el segundo

Por otro lado, un ejemplo de privilegio especial se encuentra en el art. 1717 CC, en cuanto los bienes ingresados al hospedaje quedan especialmente afectos al pago de la retribución o de la indemnización por daños.

Por otro lado, debe señalarse que los créditos sólo pueden ejercitarse contra el patrimonio del deudor, salvo que el crédito cuente con un “rango” previsto por la ley en forma automática (causalidad del crédito) o por el cumplimiento de algún requisito específico (publicidad del registro), en cuyo caso el crédito es oponible a los terceros. En este sentido se puede hablar de créditos preferentes reales y créditos preferentes personales. En el primer supuesto, nos encontramos ante un auténtico gravamen sobre los bienes del deudor, pues la preferencia emanada del privilegio real goza de persecución, afectando de esta manera a los terceros, quiénes a pesar de no ser deudores del acreedor preferente, podrán sufrir las consecuencias de la ejecución forzada. En el segundo caso, la preferencia solo se hace efectiva sobre los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor, por cuya razón, si dichos bienes pasan a propiedad de terceras personas, la preferencia per-

párrafo del artículo veinticuatro de dicha carta política; Cuarto.- Que, sin embargo para definir el monto de la acreencia laboral, la Sala Casatoria que hace una apreciación de la prueba, porque las instancias inferiores no la han realizado y la valoración probatoria no está permitida de acuerdo con el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, lo que obliga excepcionalmente a devolver el proceso a la Sala Superior para que se pronuncie al respecto, más aún cuando la prueba presentada sobre los beneficios sociales ante dicha Sala, no ha sido admitida ni rechazada, debiendo también tener en cuenta lo dispuesto por el artículo ciento noventa y cuatro del Código Adjetivo; (...) declararon FUNDADOS los recursos de casación...”.

Sobre el particular, es bueno hacer presente que la mejor doctrina considera que los privilegios generales se fundan en documento público, y no en la publicidad: “Todo privilegio tiene que tener un origen público cierto, que testimonia sobre su causa, y además líquida y determina la deuda. El rango se determina en función de dicho origen. En los privilegios generales el origen del rango es el que deriva de la fehaciencia de la fecha que consta en una escritura pública, siempre supuesta la autenticidad de su otorgamiento y el testimonio de una causa, así como la liquidez de la deuda documentada. Es ese origen cierto (de la escritura, los otorgantes, la causa y cuenta del crédito), con las excepciones que veremos, el que permite asimilar los privilegios generales con los escriturarios. La fehaciencia pública de los créditos escriturarios puede tener un origen notarial o judicial (en los créditos privados) o administrativa (en los créditos tributarios o por cuotas de la seguridad social)”: Álvarez Caperochipi, J. (2004), pp. 216-217. Nada de esto ha sido tomado en cuenta por la sentencia antes transcrita.

sonal habrá cesado sobre esos bienes específicos, pero se mantendrá sobre cualquier otro bien que permanezca en la esfera jurídica del deudor.

La citada definición permite apreciar que las garantías reales -caracterizadas por su voluntariedad, especialidad y publicidad- crean un privilegio real sobre bien específico que necesita inscripción registral, pero también se reconocen ciertos derechos que contemplan una preferencia real, aunque no se trata derecho real de garantía⁵⁹⁸. En cambio, las preferencias personales -como el caso del crédito del hospedante- se extinguen cuando el deudor deja de ser titular del bien afectado.

De tal suerte que, combinando las dos clasificaciones analizadas sobre créditos preferentes, se pueden obtener las siguientes posibilidades:

- a) Privilegio General y Eficacia Real
- b) Privilegio General y Eficacia Personal.
- c) Privilegio Especial y Eficacia Real.
- d) Privilegio Especial y Eficacia Personal.

El privilegio general y real constituye la modalidad más protectora en favor del acreedor, por cuanto este puede hacerse cobro con cualquiera de los bienes del deudor, incluso cuando estos hubiesen pasado a un tercer adquirente. Por el contrario, el privilegio menos enérgico lo constituye el especial y personal, pues la preferencia de cobro afecta solo a un bien determinado, y siempre que este se encuentre en el patrimonio del deudor; pues en caso de producirse una transferencia dominical, el privilegio se habrá extinguido sobre ese bien.

598 Es el caso del art. 270 CCom, de inspiración española, por lo que la doctrina mercantil de ese país es útil: "Antes, de la venta, el comisionista tiene el puro derecho de retención sobre la mercancía y mediante este derecho queda garantizado el cobro de sus créditos. Después de la venta ya no cabe el derecho de retención, y entonces el privilegio del comisionista se traslada sobre el precio como producto de la venta de las mercancías. Limitando así el privilegio a la hipótesis de la comisión de venta, la interpretación (...) hay que orientarla en el sentido de que contiene un triple elemento: afección real, de derecho de retención sobre las mercancías y preferencia sobre el precio de las mercaderías": Garrigues, J. (1987), T. IV, p. 112.

Los privilegios generales (y peor aún, si tienen el carácter real y persecutorio) benefician un crédito en particular, pero perjudican el sistema crediticio en su conjunto, en tanto el deudor pierde en la práctica la posibilidad de obtener financiamiento. Cualquier hipotético acreedor se abstendrá de otorgar un crédito, en tanto exista la amenaza de un acreedor oculto que goce de un derecho preferente sobre la masa global del patrimonio del deudor. Por tal razón, los privilegios generales y reales prácticamente han desaparecido del Derecho moderno, mientras que el privilegio general y personal se mantiene en los casos que el legislador considera que la efectividad en el cobro de algunos créditos constituye materia digna de interés público o de relevante importancia social (ejemplo: crédito laboral, alimentario). En este contexto: “resulta indiscutible que tienen su fundamento en razones de política laboral o, en general, de política social, muy entroncadas con las coordenadas del Estado Social y Democrático de Derecho y, de manera más directa, con las necesidades y los medios de subsistencia de los acreedores”⁵⁹⁹. En los privilegios especiales, la preferencia del crédito recae sobre bienes perfectamente determinados, y no sobre el íntegro acervo patrimonial del obligado, quien de esta manera mantiene su capacidad crediticia. Si el privilegio solo perdura mientras el bien se encuentra en el patrimonio del deudor, entonces se trata de un privilegio especial y personal, ya que no afecta a los terceros adquirentes. En cambio, si el privilegio recae sobre un bien específico que afecta a los terceros, entonces el privilegio es especial y real, como ocurre con los derechos reales de garantía.

En suma, los privilegios constituyen un principio paralelo al otro famoso de *par condicio creditorum*, pues los acreedores privilegiados cobran antes que los acreedores comunes. En este sentido, se trata de una figura especial, por cuanto produce inseguridad en el tráfico jurídico al reconocer obligaciones preferentes que afectan el sistema crediticio. Sin embargo, se-

599 Díez Picazo, L. (1995), T. II, p. 765.

Sobre el particular, sostiene Ríos Salmerón que el privilegio salarial se fundamenta en su carácter alimenticio y en ser remuneración del trabajo. Cordero Lobato aduce la imposibilidad del trabajador de acudir al mercado de garantías para asegurar el pago del salario, y la desigualdad de las partes en el contrato laboral: Cit. Álvarez Caperochipi, J. (1995), p. 231.

guidamente veremos la diferenciación entre los privilegios y los derechos reales de garantía.

c.3) Privilegio laboral

El privilegio laboral, según lo antes visto, constituye uno general, mientras el art. 2, 1º D. Leg. 856, ley de alcances y prioridades de los créditos laborales, dice: *“Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de este se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Si estos no alcanzaran el pago se hará a prorrata”*. Nótese que los bienes afectos al privilegio son los de la empresa o empleador, no de terceros. Por su parte, las supuestas excepciones del carácter personal del privilegio laboral se establecen en el art. 3 D. Leg. 856, no son tales. La primera es la declaratoria de insolvencia del empleador (que lleva a la disolución y liquidación o a la quiebra), y que abarca los seis meses antes de la declaración administrativa de concurso. Éste es un típico caso de retroacción de la insolvencia con fines de salvaguardar el patrimonio del concursado, que actualmente se encuentra regulado por la normativa de ineficacia de actos del deudor: arts. 19 y 20 Ley 27809, General del Sistema Concursal. Aquí es necesario instar una acción de nulidad respecto de los actos de disposición del concursado en el período de retroacción de la insolvencia. Una vez decretada la nulidad, los bienes se reintegran a la masa del deudor, y siempre que no se afecte a terceros de buena fe. La segunda excepción, que tampoco es tal, ocurre en la simulación o fraude para cerrar la empresa o disponer de los activos.

El privilegio laboral, cuya mayor fortaleza se encuentra en la norma que lo prevé (art. 24 Constitución), constituye una excepción del principio de prioridad registral, por lo cual los acreedores laborales tendrán preferencia de cobro antelado aun frente a hipotecas inscritas de primer rango; sin embargo, esta prevalencia solo podrá hacerse valer sobre bienes que se encuentren en el patrimonio del deudor, pues si este realizó actos válidos de disposición entonces los bienes han pasado a manos de terceros, y el acreedor preferente solo tiene ese privilegio con respecto de los bienes del deudor. Esta es una consecuencia que se deriva del hecho que el crédito laboral otorgue un privilegio general y personal. Sin embarfo, la Corte Suprema ha

señalado en reiteradas oportunidades que el art. 3 D. Leg. 856 es contrario al art. 24 de la Constitución, en cuanto este no establece requisito alguno para la efectividad del privilegio laboral. La interpretación judicial, empero, es equivocada, pues la norma fundamental se refiere exclusivamente a la preferencia en los bienes del deudor, no respecto de los bienes que ya pasaron al patrimonio de los terceros. Por tanto, la disposición legal de desarrollo otorga más derechos que la propia Constitución, en tanto se refiere, también, a los casos excepcionales en los cuales el privilegio se ejecuta contra los terceros adquirentes. En buena cuenta, el D. Leg. 856 avanza más que la Constitución.

c.4) Privilegios y derechos reales de garantía

Los privilegios legales, en términos generales, perjudican el sistema legal de tutela del crédito, sin embargo, en el caso de los derechos reales de garantía (garantía mobiliaria, hipoteca) ello no ocurre así, en tanto estos requieren, en principio, de un signo reconocible (posesión o registro) que permita noticiar fácilmente la situación jurídica de los bienes afectados. En este contexto, si el privilegio legal se convierte en un lastre a la celeridad y seguridad que reclama el tráfico jurídico; el derecho real de garantía, por el contrario, tutela debidamente el crédito mediante los principios de especialidad (determinación del bien gravado) y de publicidad (posesión o inscripción)⁶⁰⁰.

No obstante, la distinción entre privilegio y derecho real no se agota en la publicidad, sino también en una cuestión estructural: el privilegio es una cualidad del crédito, mientras que el derecho real es una garantía accesoria

600 Por ello: "para terminar con las cargas ocultas se establecen los principios de publicidad y especialidad de las cargas reales. La propiedad está primariamente afecta al crédito (tutela de acreedores: necesario en el desarrollo de una sociedad de capital), cualquier excepción al principio de la igualdad de los acreedores (la afectación de la propiedad como garantía) tiene que estar públicamente constituida. Los mecanismos de publicidad de las cargas son dos: la posesión para los bienes muebles (prenda) y la inscripción para los inmuebles (hipoteca). Terminando con las cargas y gravámenes ocultos (hipotecas generales tácitas, servidumbres personales, censos, etc.), se pretende liberar la propiedad, que así puede quedar primariamente afecta a su fin esencial de garantía". Álvarez Caperochipi, J. (1986), T. II, p. 103.

de este. Asimismo, los privilegios tienen origen legal (por ello, son excepcionales), mientras que el derecho real de garantía tiene origen voluntario, por lo menos en principio. Una diferencia más: Los privilegios no otorgan por sí mismos el *ius distrahendi* con independencia de la ejecución judicial del crédito, como cualquier otro. En cambio, los derechos reales de garantía permiten instar la venta judicial o extrajudicial, según el caso, a través de un procedimiento sumario y peculiar⁶⁰¹.

A su vez, los derechos reales de garantía se asemejan a los créditos preferentes de carácter real y especial, por cuanto en ambos casos se afecta un bien específico en garantía del cumplimiento de la obligación adeudada (“especial”). Además, la afectación de dicho bien persigue a cualquier tercer adquirente en virtud de su carácter persecutorio (“real”). Por ejemplo, el privilegio especial y real previsto en el art. 270 CCom no es derecho real de garantía, en tanto el acreedor no cuenta con *ius distrahendi*, por tanto, carece de facultades legales para la venta forzada del bien afectado, sin perjuicio del carácter legal y no-público del privilegio⁶⁰².

Sin embargo, las garantías tácitas u ocultas constituyen un auténtico peligro para la seguridad del crédito, y por ello, como casi todos los privilegios históricos de eficacia real, se encuentran en franca reiterada de los ordenamientos jurídicos⁶⁰³. Así, por ejemplo, en nuestro derecho las hipotecas

601 Ibid., p. 117.

602 Una tesis distinta desde el punto de vista dogmático considera que las garantías ocultas dejan de ser privilegios para convertirse en auténticos derechos reales: “La hipoteca tácita en sí no es un privilegio, sino es un derecho real que tiene la nota de la reipersecutoriedad. Lo que ocurre es que, además, el legislador la ha primado por razones excepcionales con la nota de la preferencia sobre otras. El privilegio consiste aquí en la cualidad preferente que el legislador concede al derecho real de hipoteca tácita a pesar de no estar inscrita en el registro”: García García, J. (1993), T. II, p. 559.

603 “Efectivamente, la existencia de numerosos acreedores privilegiados produce una contracción del crédito ordinario: serán menos los acreedores dispuestos a conceder créditos ordinarios si conocen que existe una considerable serie de sujetos que habrán de cobrar sus créditos con preferencia. Este efecto de encarecimiento del crédito ordinario puede paliarse si el deudor recurre a la constitución de garantías reales. Como las garantías reales suelen tener una posición superior a los créditos privilegiados, los acreedores que conceden estos créditos no se ven afectados por la existencia de un considerable número de privilegios, y por ello el deudor puede conseguir crédito en mejores condiciones. Desde

ocultas están prácticamente proscritas (art. 1119 CC)⁶⁰⁴, pues las supuestas

el punto de vista de los acreedores, las causas de preferencia de origen negocial evitan que sus créditos sean propuestos a los de numerosos acreedores privilegiados”: Garrido, J. (1999), p. 67.

- 604 Un caso muy interesante se presentó cuando una empresa concesionaria del servicio eléctrico pretendió considerar que las deudas originadas por suministro eléctrico (ocultas) afectaban a los terceros sub-adquirentes del predio. Afortunadamente, y en reiteradas oportunidades, OSINERG ha revocado esas decisiones. Por ejemplo, puede citarse la Resolución N° 706-1999-OS/CD del 27.10.1999: “... CONSIDERANDO: Que, con fecha 15 de junio de 1999, el recurrente solicitó el quiebre de la deuda mantenida por el anterior propietario del predio, manifestando que los convenios obligan a las partes que lo celebran y no a terceros, por lo que la deuda del servicio debe ser cobrada a aquél, agregando que ha adquirido el bien por remate judicial, habiendo el Juzgado ordenado el levantamiento de todos los gravámenes que pesan sobre el mismo, lo que incluye la deuda derivada de los servicios públicos, requiriendo además la inmediata reconexión del servicio; Que, mediante Resolución N° OCMI-99-7695 de fecha 12 de julio de 1999, el concesionario declaró infundado el reclamo, señalando que conforme al artículo 82° de la Ley de Concesiones Eléctricas, el suministro de energía eléctrica es un derecho intransferible a favor del predio para el cual se solicita, por lo que el propietario responde frente al concesionario por las deudas del servicio, quedando a salvo su derecho de accionar judicialmente frente a quien se benefició con el suministro, agregando que la deuda derivada del uso de energía no es gravamen; Que, con fecha 2 de agosto de 1999, el recurrente interpuso recurso de reconsideración, reiterando los términos de su reclamo, manifestando además que la resolución recurrida ha invocado una norma inaplicable al caso, que los derechos reales o los gravámenes que afectan a los predios se constituyen por ley expresa; adjunta como nueva prueba instrumental copia del reclamo y resolución emitida por SEDAPAL que, en caso similar, ha declarado fundado el reclamo; Que, mediante Resolución N° OCMI-99-7695 el concesionario declaró fundado en parte el recurso de reconsideración, ratificándose en los términos de su precedente resolución, precisando que en todo caso el propietario debe responder por los dos primeros meses impagos, por no tener el concesionario la facultad de efectuar el corte antes de dicho lapso de tiempo, así como los seis meses de cargo fijo, añadiendo que a partir del mes de mayo de 1999, el suministro ha empezado a registrar consumos que corresponden al nuevo propietario, por lo que no es materia de reclamo; indicó asimismo que no procederá a efectuar el retiro de la conexión entendiendo que éste es renovado por el cliente; Que, conforme se aprecia de autos, el recurrente adquirió el predio submateria mediante acta de remate judicial de fecha 4 de abril de 1999; Que, el numeral 1.1 de la Directiva N° 002-95-EM/DGE, establece que el suministro es un derecho intransferible a favor del predio para el que se solicita, y que la deuda derivada del servicio de energía eléctrica permanece afecta al mismo, correspondiendo al propietario responder frente al concesionario, por las deudas del servicio de suministro; Que la disposición señalada en el considerando precedente, implica otorgar a la deuda derivada del consumo de energía eléctrica el carácter de derecho

real, y como tal, persecutoria sobre el inmueble; Que, conforme lo establece el artículo 881° del Código Civil, los derechos reales son los regulados por dicho cuerpo normativo o por otras leyes, es decir, presupone la existencia de una norma con rango de ley que así lo establezca; Que, la disposición contenida en la Resolución Directoral N° 029-95-EM/DGE, aprobatoria de la Directiva N° 002-95-EM7DGE ya mencionada, vendría a regular la deuda del servicio público de electricidad como garantía real pasible de eventual ejecución para la satisfacción de la acreencia del concesionario, lo que contraviene lo establecido taxativamente por la norma legal citada en el considerando precedente; Que, por el principio de jerarquía de normas, una Resolución Directoral no puede por sí crear una garantía real que afecta al predio por constituir una norma de inferior jerarquía, y por consiguiente, no puede conferir la calidad de derecho real a la deuda del servicio de energía eléctrica; Que, el artículo 82° de la Ley de Concesiones Eléctricas tampoco otorga el carácter de derecho real a la deuda derivada del servicio de energía eléctrica, toda vez que dicho dispositivo está referido a los pagos efectuados por el solicitante destinados a la obtención de un suministro para un determinado predio, el que una vez verificado, trae como consecuencia el que dicho suministro permanezca únicamente en dicho bien, y no pueda ser trasladado hacia un predio distinto para el cual se otorgó; Que, teniendo en cuenta que la prestación del servicio público de electricidad se configura mediante el contrato de suministro a que se refiere el numeral 1.1 de la Directiva N° 029-95-EM/DGE, la pretensión del concesionario de cobrar la deuda derivada dicho servicio al recurrente transgrede el principio de relatividad de los contratos a que se refiere el artículo 1363° del Código Civil, conforme al cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, en el presente caso, entre el suministrante (concesionario) y suministrado (usuario); Que, constituyendo la deuda derivada del servicio de suministro un derecho de carácter personal, propia de quien la generó, y no una deuda generada por las cargas reales impuestas por la ley, por consiguiente sólo puede ser exigible a la persona que la generó y no a terceros, en el presente caso al recurrente; Que, de otro lado, la deuda del servicio público de electricidad carece de publicidad, elemento esencial para que un derecho sea oponible a terceros, ni mucho menos se encuentra inscrita en los Registros Públicos, conforme a lo previsto por el artículo 2012° del Código Civil, no pudiendo aplicarse dicho dispositivo, a través del cual se tiene plena certeza del contenido de las inscripciones, a la información que eventualmente pudiera otorgar el concesionario; Que, en consecuencia no constituyendo la deuda generada por el servicio de energía eléctrica un derecho real sino una deuda personal, la pretensión del concesionario de cobrar la deuda derivada del servicio de energía eléctrica al nuevo propietario del predio resulta sin fundamento legal, quedando a salvo su derecho de obtener la reconexión del servicio una vez cancelado el importe de los consumos generados con posterioridad al 14 de abril de 1999; De conformidad con el inciso b) del artículo 9° de la Ley N° 26734, el inciso b) del artículo 11° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-97-EM, el artículo 93° del Decreto Ley N° 25844 –Ley de Concesiones Eléctricas, el artículo 183° y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, el numeral 1.1 de la Directiva N° 002-95-EM/DGE, aprobada por Resolución Directoral N° 029-95-EM/

excepciones reconocidas en el art. 1118 CC, no son tales. Recuérdese que las llamadas hipotecas legales exigen siempre que el gravamen se inscriba de oficio por el registrador, y bajo responsabilidad, por lo que la hipoteca, así constituida, goza de adecuada publicidad. El nombre de “hipoteca legal” resulta justificado, en tanto el gravamen nace o se origina por imperio de la ley al producirse el supuesto de hecho normativo (ejemplo: compraventa con saldo de precio), sin necesidad de convenio entre las partes. En todo caso, sea que se trate de hipotecas legales o convencionales, se requiere de manera imperativa contar con la publicidad, bajo sanción de inexistencia del derecho real de garantía (art. 1099 CC).

6.5.3. Análisis normativo: art. 2016 CC

La inscripción en el registro determina la aplicación del principio de prioridad, cuya consecuencia es la asignación del rango (art. 1112 CC):

Inscripción ===== Prioridad ===== Rango

El rango es la posición jurídica que ocupa un derecho compatible en relación con los otros; por tanto, luego de la inscripción, y de la aplicación del principio de prioridad, el resultado es que cada acreedor será ubicado en el primer, segundo o tercer rango, según sea el caso, lo cual significa que tendrá ese orden de preferencia (“su lugar en la fila”) al momento del cobro del crédito. Por ejemplo, el deudor D constituyó tres hipotecas, en ese orden, a favor de los acreedores A1, A2 y A3, por el monto de 2000, 3000 y 4000 respectivamente, aunque el monto recaudado luego de la ejecución es de 6000; por tanto, según el rango de las hipotecas, el acreedor A1 entra en primer lugar al reparto, por lo que cobra íntegramente la cantidad de 2000 que se le adeuda; luego ingresa A2 que también es satisfecho en su totalidad, por el monto de 3000; siendo así, solo resta 1000 para la distribución,

DGE, y los artículos 881º y 2012º del Código Civil; SE RESUELVE: Artículo 1º.- REVOCAR la Resolución N° OCMI-99-7695-RR y reformándola, declarar FUNDADO la solicitud de quiebra de deuda...”.

por lo que el acreedor A3 recibe esa cantidad, por lo que el saldo de 3000 queda impago, así como otros acreedores que pudiesen existir.

a) Concurrencia entre acreedores hipotecarios

La jerarquía de las diversas hipotecas que recaen sobre un mismo inmueble se determina por la fecha de inscripción (art. 2016 CC), o más precisamente, desde la fecha de la presentación del título, sin importar si la primera hipoteca inscrita cuenta con título posterior frente a la segunda hipoteca inscrita. Aquí no interesa la antigüedad de los títulos, sino la antigüedad de las inscripciones. En tal sentido, cada inscripción toma un orden progresivo, determina el grado o rango de la hipoteca.

Por su parte, la doctrina habla de un supuesto excepcional: las “hipotecas del mismo grado”. En principio, pareciera que esta posibilidad está eliminada de plano, en tanto cada título conlleva una inscripción, cuyo orden progresivo determina el grado. Sin embargo, de un estudio más detallado de las cosas, caben dos hipótesis en donde puede presentarse un “mismo grado hipotecario”:

- a) Cuando en un mismo asiento de presentación se aporten dos títulos que contienen hipotecas distintas sobre el mismo inmueble. En ese caso: ¿cuál de las dos obtiene un grado preferente? El problema podría solucionarse desde un punto de vista formal o sustantivo. El primero (formal), a través de impedir la presentación de dos títulos distintos a través de una misma orden de despacho, aunque sean conexos. Sin embargo, nuestro RGRP (art. 5) sí permite la presentación simultánea de varios títulos que cumplan el requisito de la conexidad. El segundo (sustantivo), puede ampararse en la voluntad negocial de las partes, si es que en el acto constitutivo de cada una de las hipotecas se prevé el grado que les corresponda. A falta de solución voluntaria, según el profesor italiano Domenico Rubino, la prioridad deberá estar determinada por la fecha de los respectivos títulos⁶⁰⁵. Ello quiere decir que si los títulos son de la

605 Cit. Cicero, C. (2000), p. 358.

misma fecha, entonces debe entenderse que las hipotecas son del mismo grado, y concurren ambas a prorrata del importe que se obtenga en la ejecución (así lo sanciona el artículo 2854 del Código Civil Italiano de 1942). Esta solución, empero, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, pues el único criterio de preferencia es la primacía de la inscripción (art. 2016 CC), y no la antigüedad del título. Si ello es así, los dos títulos hipotecarios aportados simultáneamente a través del mismo asiento de presentación necesariamente deberán compartir el rango (co-rango) pues título y fecha de presentación será exactamente el mismo.

- b) Cuando en el mismo título se constituyan dos hipotecas, ya sea porque los acreedores o los créditos garantizados son distintos, entonces sólo cabe considerar que las hipotecas son del mismo grado (co-rango), imponiéndose la proporcionalidad del reparto entre los diversos acreedores⁶⁰⁶. Esta solución es una lógica consecuencia de que entre las co-titulares en el mismo asiento no tienen preferencia entre sí; por tanto, la ejecución de una de las hipotecas obligará a que el precio resultante de la subasta satisfaga a prorrata a los dos acreedores que comparten el orden.

Por ejemplo: el deudor D constituyó tres hipotecas, en ese orden, a favor de los acreedores A1, A2 y A3, por el monto de 2000, 6000 y 10000 respectivamente, mientras el monto recaudado luego de la ejecución es de 6000, entonces, según el rango de las hipotecas, el acreedor A1 entra en primer lugar al reparto, por lo que cobra íntegramente la cantidad de 2000; luego ingresa A2 que es satisfecho hasta que se agota el monto, por lo que recibe 4000, pero queda insatisfecho en 2000; mientras que el acreedor A3 no recibe suma alguna, por haberse agotado el producto. Sin embargo, si los acreedores A2 y A3 compartiesen el rango (co-rango), entonces tendrían que distribuirse el saldo de modo proporcional; por tanto, el remanente de 4000 no se distribuye 2000 para cada uno, que representaría igualdad, pero no proporción, pues de ser ello así A2 cobraría la 1/3 parte (2000/6000);

606 Ibidem.

mientras A3 solo la $1/5$ ($2000/10000$); en consecuencia, por una simple regla aritmética de tres simple, si el remanente es 4000 y la deuda total es 16,000, entonces, cada uno cobrará la cuarta parte del crédito ($4000/16000 = 1/4$); por tanto, A2 tendrá derecho a participar en 1,500 (sobre 6000 = $1/4$), mientras A3, en 2,500 (sobre 10000 = $1/4$).

b) Concurrencia entre acreedores embargantes

El embargo judicial es acto procesal destinado a la individualización de bienes concretos y específicos del deudor, con el fin de afectarlos, provisional o definitivamente, para la realización forzosa y subsiguiente pago de la obligación en favor del acreedor⁶⁰⁷. El embargo se concreta en el acto judicial (declaración de autoridad con fuerza ejecutoria), pero se materializa hacia el exterior -para producir efectos frente a terceros-, con la “actividad de aprehensión del bien”⁶⁰⁸, específicamente si se trata de muebles, o la “actividad publicitaria”, tratándose de los inmuebles.

El embargo produce efectos, tanto en el proceso mismo, en la relación entre acreedor y deudor, para lo cual no es necesaria la inscripción registral (art. 656, 1° CPC, que habla de “facultad”), empero, cuando se trata de terceros, entonces la solución cambia radicalmente. En tal sentido, el embargo produce el efecto de prelación crediticia (orden preferente de cobro) en función de la ejecución del mandato (art. 639 CPC), que, en el caso de los bienes registrados se produce con la inscripción (art. 656 CPC, en concordancia art. 2016 CC), por tanto, en la concurrencia de diversos embargos inscritos sobre un mismo bien inmueble, lo cual presupone que se encuentra en debate el interés de terceros, entonces la preferencia se logra por virtud de la antigüedad de la inscripción, y, con mayor razón, el embargante inscrito tendrá prelación frente a embargos no-inscritos, incluso con fecha de traba anterior, pero no ejecutados, o acreedores simples o quirografarios. No obstante, por falta de norma expresa, queda la duda si el embargo no-inscrito sobre bien registrable es eficaz frente a los acreedores quirografarios del mismo deudor, pues, aunque estos son terceros en relación con un embargo

607 Moreno Catena, V. (2009), p. 218.

608 Allorio, E. (1963), T. II, p. 218.

sin ejecución, empero, pueden considerarse “terceros indeterminados o no interesados”, pues carecen de algún derecho sobre el bien, en tanto, el crédito quirografario, por definición, no afecta bienes concretos. Por otro lado, en el caso de embargos de bienes inmuebles no inscritos, la prelación se logra con la fecha de ejecución mediante el acta de depósito del bien (arts. 650, 1° y 639 CPC), salvo que se opte por la anotación de medida cautelar, sobre predio no inscrito (art. 650, 2° CPC), que es facultativa (“a pedido de parte”), en cuyo caso, la fecha de ejecución será la de inscripción, con todas las consecuencias ya señaladas previamente.

Un sector de la doctrina señala que un acreedor hipotecario, aunque sea de segundo rango, tiene prioridad de cobro frente al acreedor embargante; y la razón que se invoca para ello es el art. 2022 2° párrafo CC⁶⁰⁹. ¿Es así realmente? Imaginemos que un acreedor insatisfecho logra embargar el bien inmueble de propiedad de su deudor. Luego de un prolongado proceso en el que finalmente se le da la razón, aparece un acreedor hipotecario posterior, aunque sorprendentemente preferido a través de una tercería de pago. Es obvio que una situación como la descrita, prácticamente descalifica la institución del embargo y el rango crediticio que produce. La tesis comentada no puede encontrar apoyo en el art. 2022, pues el embargo no es derecho, ni real, ni personal, por lo que en realidad los efectos del embargo, como acto procesal, se encuentran previstos en las normas procesales, específicamente en el art. 656 CPC. La razón de la prevalencia se encuentra en la naturaleza misma de la potestad judicial, que en este ámbito implica un acto de imperio por el cual se vincula forzosamente un bien al poder del acreedor, cuya naturaleza exige que los terceros sucesivos de cualquier tipo también queden afectados, lo que incluye a los acreedores hipotecarios.

b) Actos jurídicos sobre el rango

El rango es un valor patrimonial que puede ser objeto de negocios jurídicos en forma autónoma al crédito. La doctrina reconoce tres modalidades:

609 Esquivel, J. (2001), pp. 60-61.

- a) Permuta de rango: cuando dos acreedores hipotecarios inscritos se intercambian el rango, por lo que uno asciende, mientras el otro se degrada, lo que obviamente exige consentimiento de ambas partes. Así, por ejemplo, el acreedor de primer rango permuta su condición con el acreedor de segundo rango, por tanto, aquel pasa al segundo lugar, mientras este sube a la primera posición, mientras los créditos de cada uno se mantienen inalterables, pues no han sido modificados ni cedidos, en cuanto lo único que cambia es el rango.
- b) Posposición de rango: cuando un acreedor hipotecario inscrito, que ya tiene rango, acepta degradar su condición con un acreedor hipotecario que recién ingresará al registro, por tanto, no tiene rango que sea permutado, sino que inscribe su derecho posponiendo el rango ya inscrito, por efecto del convenio. Así, por ejemplo, el acreedor de primer rango acepta que el nuevo acreedor, aun no inscrito y sin rango, entre al registro con la primera posición, posponiendo o saltando al precedente, que por efecto del consentimiento prestado pasa al segundo rango.
- c) Reserva de rango: cuando el deudor hipotecario otorga un rango a una persona, sin que exista crédito alguno, por lo que reserva una posición para la eventualidad, hoy sin realidad, de que pudiese surgir un crédito. Por tanto, cabe que exista un segundo rango sin que exista derecho alguno con primacía, pues la reserva constituye una posición meramente abstracta, hipotética, que no se sabe si llegará a existir o no.

El art. 1114 CC permite la cesión de rango, es decir, que *“el acreedor preferente puede ceder su rango a otro acreedor hipotecario”*, lo que subsume las hipótesis de permuta y posposición de rango, pues, en una u otra, el acreedor preferente (inscrito) cede su posición a otro acreedor hipotecario, sea inscrito (permuta), sea no inscrito (posposición). Por el contrario, la reserva de rango es una figura no admitida por nuestro sistema jurídico, en tanto la hipoteca es un derecho accesorio, dependiente de algún crédito, por lo menos ya contraído, aunque futuro en su exigibilidad, pero no cabe reservar

un rango sin que exista crédito, ni siquiera en pendencia, sino simplemente hipotético. Supongamos el siguiente caso: las hipotecas A1, A2 y A3 garantizan las deudas por 1000, 2000 y 3000, respectivamente, en cuyo caso es perfectamente legítima la permuta entre A1-A2 o A2-A3, pues entre ellos no hay terceros afectados; en tanto los interesados presten su consentimiento, por lo que la cesión no es objetable, pues el de primer rango intercambia su posición con el segundo rango, y viceversa; o el de segundo puesto se permuta con el del tercero; sin embargo, la situación cambia radicalmente si es que se celebra una permuta entre A1-A3, en tanto el primer rango se permuta con el tercero, pasándose al segundo, sin que preste su consentimiento. En tal caso, el salto del tercer rango al primero implicaría que su crédito de 3000 pase a ser preferente, pese a que A1 solo tenía un privilegio por 1000, pero ahora A3 sería preferente por 3000, con lo cual se perjudica directamente a A2, por tanto, su expectativa a cobrar se vería seriamente disminuida; por consiguiente, la permuta A1-A3 no es válida, pues un negocio bilateral no puede perjudicar a terceros. No obstante, ¿qué pasa si las hipotecas A1, A2 y A3 garantizan deudas por el mismo monto, es decir, por 1000 en los tres casos, por ejemplo? En tal situación, no habría, al parecer, el problema de la afectación del acreedor intermedio, pues la permuta A1-A3 llevaría a que A2 sufra igual el privilegio de 1000 en el primer rango, sea de uno u otro acreedor. Sin embargo, dicha apreciación no es correcta, en tanto el monto del gravamen (inscrito) puede ser el mismo, pero la deuda real, muy distinta. Así, por ejemplo, si bien A1, A2 y A3 pueden contar con una hipoteca inscrita por 1000, empero, es posible que la deuda con A1 haya sido cancelada en gran parte; por tanto, el crédito de A1 podría ser de apenas 10, pero si cede el rango entonces el nuevo acreedor A3 quedaría en primera posición con 1000, con grave perjuicio de A2, que de una preferencia efectiva de 10 pasaría, sin más, a 1000; en consecuencia, no puede conocerse, por lo menos en el ámbito registral, si A2 sufre perjuicio efectivo o no, pues el registro solo publica el monto máximo del gravamen, pero no la cantidad realmente adeudada; por tal motivo, cualquier permuta en la que se salte una posición intermedia, sin el consentimiento de este, aunque el gravamen sea de la misma cantidad, igual no puede admitirse, ni puede inscribirse,

pues en el derecho hipotecario está proscrito que un acreedor sea perjudicado sin su consentimiento.

6.5.4. Conflicto excluido del principio de prioridad: acreedor hipotecario y acreedor anticrético

La anticresis no es una simple “hipoteca con posesión”, sino un mecanismo de garantía basado en la posesión, no en la ejecución o remate del bien, por tanto, la deuda contraída queda asegurada con la renta -previamente tasada- que produce el bien mediante la puesta posesoria en favor del acreedor. En efecto, la anticresis es garantía posesoria, en tanto el acreedor tiene derecho a la explotación del inmueble y a la percepción de sus frutos, por lo que, el crédito, siquiera en forma parcial, se amortiza con el disfrute del bien, lo que se cuantifica mediante una renta pactada por las partes, en consecuencia, esta figura, a diferencia de la hipoteca, no es garantía sobre el valor, que exigiría el remate del bien en caso de impago, sino garantía posesoria, por lo que el disfrute va cancelando la deuda, por lo que, el acreedor anticrético no remata el inmueble, no tiene derecho a cobrar algún monto en caso de ejecución, pues su prerrogativa se centra en la explotación, entonces, se concluye que no hay preferencia frente a los otros acreedores, conforme se deduce del art. 1091 CC, por cuya virtud, la anticresis implica la entrega en garantía de un bien inmueble, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos, pero en ningún momento habla de “privilegio crediticio”. Por tal motivo, la anticresis no es garantía crediticia, ni otorga venta judicial (*ius distrahendi*), pues su derecho no se concentra en el valor del inmueble, sino en la posesión hasta la extinción del crédito⁶¹⁰.

En este punto, cabe un análisis por fases cuando la anticresis concurre con hipotecas:

- a) En la fase previa de la ejecución hipotecaria, el anticrético cobra los frutos y no se produce choque alguno con los acreedores hipotecarios, que no tienen derecho de posesión sobre el inmueble.
- b) En la fase posterior a la ejecución, cuando ya se obtuvo dinero por el remate del bien con la consiguiente transferencia de propiedad

⁶¹⁰ De Reina, G. (2007), p. 209.

del bien en favor del ejecutante, el acreedor anticrético no participa del monto recaudado, pues su derecho se reduce a la explotación económica del bien (art. 1091 CC), por tanto, el anticresista solo puede retener el inmueble, sin que tenga rango ni entre en juego la prioridad. En efecto, la prioridad registral presupone que los acreedores tienen preferencia al momento de participar en el reparto del monto obtenido luego de la ejecución del bien, lo que le corresponde a los acreedores hipotecarios (art. 1097 CC), pero no a los anticresistas (art. 1091 CC); por cuya virtud, el remate del bien hace que el hipotecario cobre con preferencia el monto recaudado, mientras el anticresista no participa en él; sin embargo, si la anticresis se inscribió antes que la hipoteca, entonces el nuevo propietario deberá soportar la posesión del anticrético, por virtud de su facultad de retención, que se opone a terceros (arts. 1128, 2022-1º CC), mientras no se cancele el crédito. Por el contrario, si la hipoteca se inscribió antes que la anticresis, entonces esta última constituye un derecho subordinado, por lo que la hipoteca persigue y afecta a todos los terceros (art. 1097 CC), en consecuencia, no solo el hipotecario cobrará preferentemente el monto obtenido, lo que ocurriría en cualquier caso de conflicto con la anticresis, que carece de preferencia, sino que el nuevo propietario, luego de la adjudicación, y al provenir de una hipoteca con persecución, podrá descartar los derechos posteriores de uso y disfrute, razón por el cual, el juez de la ejecución ordenará la cancelación de la inscripción sucesiva de anticresis, así como de todos los derechos posteriores de disfrute, sin perjuicio de disponer el lanzamiento de los ocupantes (art. 739 CPC).

Por tanto, el conflicto entre acreedor hipotecario y acreedor anticrético no se rige por el principio de prioridad, sino por el de oponibilidad registral relativa (art. 2022, 1º CC).

7. EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DE LA EFICACIA DEL REGISTRO

7.1. Análisis dogmático

El registro tiene la pretensión de encerrar la realidad material de los predios en los asientos que se extienden en unos libros formales que lleva el Estado para acceso público, y, con ello, dotar de seguridad jurídica los actos de transmisión y adquisición de derechos. Sin embargo, por distintas causas, existen una serie de circunstancias que escapan de la influencia del registro, por tanto, su eficacia no se traslada total o parcialmente hacia esos ámbitos. La “exclusión” de los efectos registrales significa que ciertos actos o situaciones no se deciden por mérito de la inscripción en los libros formales, sino fuera de ellos, por lo que la publicidad estatal no tiene incidencia; mientras el concepto de “limitaciones” conlleva que ciertos actos producen menores efectos registrales, luego de su inscripción, lo cual, normalmente tiene su causa en derechos con falta de trascendencia jurídico-real, que no puede, sino, trasladarse desde el derecho civil hasta el registral.

Las exclusiones se vinculan con actos o situaciones cuya eficacia es determinada por la ley, o por la fuerza de los hechos o de la posesión, o por el interés público. Las limitaciones, por el contrario, se relacionan con los derechos obligacionales inscribibles, que, por propia definición, producen algunos efectos de pura oponibilidad, pero no todos los que corresponderían a la publicidad registral.

7.2. Exclusiones de eficacia

El presente acápite estudia los supuestos en que el registro no produce efecto alguno, pese a tratarse de una circunstancia o acto que incide en la situación jurídica de predios.

7.2.1. Usucapión

Una situación conflictiva recurrente es la que enfrenta el registro y la posesión. En tal caso, ¿quién vence? Los partidarios del extremismo registral quieren invocar el art. 2014, pero esta norma tiene un ámbito estricto de aplicación que no se cruza con la prescripción adquisitiva. En efecto, la fe registral protege frente a las patologías del contrato antecedente a la posición jurídica del tercero, por tanto, no se aplica en la usucapión, que es modo originario de adquisición, en el cual no tiene relevancia la nulidad, anulabi-

lidad, rescisión o resolución del acto previo. En tal sentido, el poseedor carece de vinculación jurídica con los actuales o anteriores propietarios, hasta el punto de que no ha participado en los actos o contratos que constan en el registro. La usucapión es un fenómeno jurídico ajeno al mundo contractual o negocial, por lo que sus efectos no pueden ser mediatizados o anulados por el principio de fe pública.

En conclusión, el art. 2014 simplemente no regula la hipótesis de conflicto entre el poseedor y el tercero inscrito, por lo que de allí nada puede obtenerse. Por otro lado, el art. 952 CC sí resulta aplicable, y, en tal virtud, la posición jurídica del poseedor resulta prevaleciente, en cuanto la sentencia que declara la usucapión es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño, cualquiera que este sea, inscrito o no inscrito, pues la norma no distingue ni podría distinguir.

El sistema legal reconoce que los derechos circulan de mano en mano a través de distintos hechos jurídicos que la ley reconoce con tal efecto. Entre esos hechos, denominados “modos de adquisición de la propiedad”, se encuentran el contrato de transmisión (no todos los contratos producen ese efecto), la sucesión hereditaria, la accesión, la apropiación y la usucapión, entre muchos otros. Todos ellos pueden agruparse en dos categorías: modos derivados y modos originarios. Los modos derivados son aquellos en los cuales se produce un acto de transmisión del derecho, es decir, dos sujetos están causalmente vinculados, de tal suerte que uno da y el otro recibe. En tal caso, el adquirente está condicionado a que el transmitente sea titular del derecho; en caso contrario, nada transfiere, y el otro nada recibe. El principio general que rige los modos derivados es el viejo brocardo: *nemo plus iuris*, esto es, nadie da más derecho del que tiene. Los modos originarios son aquellos en donde el sujeto se convierte en titular por encontrarse en la hipótesis que la norma reconoce como causante del efecto adquisitivo, sin que el anterior propietario preste su concurso a la transferencia, esto es, sin que se produzca el fenómeno legal de transmisión (dar y recibir). El caso más frecuente, pero no único, lo constituye la usucapión o prescripción adquisitiva, en el que el nuevo titular adquiere por sí mismo, por el solo hecho de poseer durante un plazo, sin que el antiguo dueño preste consentimiento a la transmisión.

Las adquisiciones originarias operan *ex novo*, porque el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario. En tal sentido, aquí no interesa la regla *nemo plus iuris*, pues no existe acto de transmisión del primigenio titular hacia el nuevo adquirente. El poseedor se hace titular por su propia actividad, sin vinculación causal alguna con el anterior propietario. Por tanto, en esta hipótesis se produce un claro rompimiento del dominio, una especie de línea divisoria por la cual el titular primigenio termina su historia; mientras el nuevo titular lo comienza sin vinculación alguna con el pasado. En las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quién es el propietario, pues el dominio igual se pierde por el anterior titular, sea quien fuese. Por tanto, se trata de un mecanismo absoluto de adquisición de la propiedad, que se produce por sí mismo, con el solo cumplimiento de los presupuestos que la configuran, de manera independiente y sin relación alguna con el titular anterior, en consecuencia, la historia previa del dominio nada interesa frente al poseedor, razón por la que este se impone sobre cualquier título. Por el contrario, las adquisiciones derivadas están subordinadas a la existencia del derecho en la cabeza del transmitente, y a la validez del título de transferencia, por lo que se trata de un mecanismo de adquisición condicionado.

El propietario por título originario se opone a cualquier propietario derivado, pues el primero es absoluto y adquiere contra cualquiera, sea cual fuese el título contrario; por tanto, la usucapión es más poderosa que el registro y su tracto sucesivo (publicidad de actos de transmisión y adquisición derivativas). Esta es la razón de fondo que sustenta la doctrina francesa e italiana, para quienes carece de sentido cuestionar la indudable primacía del poseedor con prescripción adquisitiva. “La adquisición del derecho no está, en efecto, subordinado a la posición del precedente titular”⁶¹¹. Sin embargo, es conocida la propuesta -reiterada en nuestro país de cada tanto en tanto- de introducir el mecanismo español del art. 36 de la ley hipotecaria, por el cual, el poseedor pierde frente al tercero registral, siempre que se pida la recuperación del bien dentro del plazo de un año, salvo que este haya conocido o podido conocer que el inmueble estaba poseído de

611 Bianca, M. (2006), T. VI, p. 814.

hecho y en concepto de dueño por una persona distinta del transmitente. No obstante, este sistema es claramente defectuoso porque la posesión está fuera del registro, pues se trata de un hecho, y no de un título formal, por lo que la posesión consolidada no puede resolverse por la verificación del registro, que es lo que hace un tercero registral; por tanto, desde una perspectiva dogmática la propuesta no tiene coherencia. Por otro lado, desde una visión práctica, desde el mundo real, no cabe dar seguridad forzada a títulos de puro papel, incluso pre-fabricados, para desvirtuar la situación jurídica de los poseedores de larga data. Así, una excesiva tutela del propietario formal terminaría privilegiando los derechos de “papel”, olvidándose de la vida, desincentivando la explotación de la riqueza, dando origen a conflictos sociales de dimensiones insospechadas, pues los poseedores no tendrían la posibilidad de que su trabajo expresado durante mucho tiempo pueda asegurarles la adquisición de una titularidad. En buena cuenta, sería premiar al ocioso especulador, que no hace nada; y por el contrario, castigar al laborioso productor, que crea riqueza. Esta situación se presentaría, por ejemplo, cuando la usucapión se prohíbe o cuando simplemente se imponen requisitos desmesurados para su actuación. Es necesaria una adecuada ponderación de intereses. El sistema legal reconoce los derechos sobre la riqueza material, con la finalidad que el sujeto los aproveche; pero si alguien abdica de ejercer el contenido mismo de la propiedad y, peor aún, un tercero posee el bien, entonces debe considerarse que la situación preferente es la del poseedor, frente a las conductas negativas del titular improductivo que se limitó a mantener una titularidad vacía de todo contenido económico o sentido social. En tal situación, el ordenamiento jurídico abandona la titularidad formal, meramente simbólica y sin correlato económico, a efecto de preferir la titularidad fáctica que, a diferencia de la anterior, produce riqueza y beneficio colectivo. La propiedad egoísta no puede ser protegida indefinidamente, y por ese motivo se prefiere al hecho que tiene implicancia social. Se advierte, entonces, que los derechos subjetivos no pueden ser “individualistas”, pues también requieren de proyección social, o mirar al “bien común”, como dice la Constitución de 1993.

Un último intento del extremismo registral se centra en recordar que la fe pública registral es también un modo de adquisición “originario”, por

tanto, se encontraría en el mismo nivel que la usucapión. No obstante, tal argumento olvida que el citado principio no crea un nuevo derecho en cabeza del nuevo titular, sin vinculación causal con el anterior propietario, pues se limita a “mantener la adquisición” que proviene del transmitente (art. 2014 CC), con todas las vicisitudes que arrastra el cedente del derecho. Por tanto, no es adquisición originaria, propiamente dicha, sino una de carácter “legal”, nacida de la apariencia significativa. Por lo demás, téngase en cuenta el siguiente argumento, francamente convincente: la prescripción adquisitiva triunfa sobre el propietario legítimo, con derecho inobjetable, adquirido conforme a la legalidad (art. 952 CC), por tanto, con mayor razón, tendría que imponerse al propietario aparente, sin concatenación causal perfecta, por el solo efecto de la buena fe. En tal sentido, si el usucapiente cuenta con un derecho tan poderoso que arrasa con la propiedad legítima, pues solo cabe suponer, con mayor razón, que ocurre lo propio con la propiedad aparente. Lo contrario implicaría una solución absurda. Por tanto, la realidad es que la usucapión siempre vence. Para no ir muy lejos basta mencionar la elocuencia del art. 952 CC: *“La sentencia que declara la prescripción adquisitiva es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño”*. La norma reconoce el carácter originario de la usucapión, pues el nuevo propietario no recibe el bien por transmisión del anterior titular, sino que lo adquiere por sí mismo, y en tal condición, rompe la historia de dominio. Por tanto, resulta correcto sostener que la sentencia declarativa cancela el asiento del antiguo dueño, pues termina la situación del propietario anterior y nace una nueva, pero sin relación causal entre una y otra, por lo que la usucapión conlleva que la inscripción decae inexorablemente.

7.2.2. Dominio público

El art. 73 Constitución de 1993 establece que el dominio público es inalienable, es decir, su venta está prohibida; por tanto, los parques, las playas o las plazas no pierden su condición por efecto del registro, cuya hipotética protección, a favor del tercero, nace apenas de una ley, que no puede oponerse a la tutela dispensada al dominio público, cuya fuente es la propia Constitución. En tal sentido, no se entiende cómo lo público podría quedar fácilmente privatizado por la simple “buena fe”, en contravención a nuestra norma fundamental, máxime cuando en este punto, sin ninguna duda, se

privilegia el interés público sobre el interés particular⁶¹². En tal sentido, los privados no pueden apropiarse de los bienes de dominio público, sea por venta, prescripción adquisitiva o por inscripción registral de un título. Por lo demás, cualesquiera de las ventas que se celebren sobre bienes de dominio público, son nulas, en tanto la condición de inalienabilidad prohíbe la celebración de ventas, sin excepciones, por lo que es irrelevante que la venta sea a favor del tercero, cuarto, quinto o sexto, pues todas esas compraventas tienen idéntico objeto (imposible), con la consecuencia de que todos los actos son inválidos.

En consecuencia, no es posible que la transferencia de un bien de dominio público se “convalide” con los terceros de buena fe, bajo el argumento de que, en la primera venta, el bien es público; pero en las sucesivas ventas, por arte de magia, el bien se convierte en “privado”, por lo que ahora el inmueble, así “transformado”, podría ser “transferido válidamente”. El problema, insoluble, es que el objeto en todas las compraventas es el mismo, por lo cual el vicio de objeto imposible se repite en todos los contratos. El art. 73 Constitución establece la protección reforzada de los bienes del dominio público, que no pueden ser afectados por actos de particulares, en cuanto su enajenación está prohibida; por tanto, el art. 2014 CC, si bien protege al tercero de buena fe, sin embargo, ello no puede hacerse en contra de los principios constitucionales fundacionales del sistema jurídico y de la orga-

612 Vale la pena leer este párrafo de la mejor doctrina para evitar las exageraciones registrales a las que son tan afectos nuestros tribunales de la justicia ordinaria: “El registro de la propiedad presenta también sus lados sombríos. Un Estado absoluto predica un registro de eficacia absoluta, y entonces un ángel caído se levanta amenazante y nos mira a los ojos. La fascinación por la eficacia del registro no nos debe olvidar los riesgos que su utilización abusiva comporta, a mi parecer, algunos sistemas registrales han legitimado arbitrariedades notorias, están montadas sobre la supremacía absoluta del libro (la voluntad política) sobre la realidad, y se basan efectivamente en la injusticia de expropiar (por la mera inscripción del nombre de un propietario en unos libros) al propietario real sin indemnización. El registro sirve entonces para legitimar lo que no es sino un expolio de personas o colectividades, para condenar a todos aquellos que no estén inscritos en el libro. El progreso material y el deseado desarrollo económico se pretende entonces negando la propiedad, derecho natural -y sin querer volver la vista atrás-, a la significación del hombre y su dignidad como fin y presupuesto a todo sistema jurídico”: Álvarez Caperochipi, J. (2010), p. 179.

nización del Estado⁶¹³. La cuestión ha quedado claramente zanjada con la STC N° 00018-2015-PI/TC, que, específicamente ha señalado que la fe pública registral no aplica en el caso del dominio público.

7.2.3. Circunstancias de hecho

La realidad material comprende diversas circunstancias de hecho que pueden encontrarse en situación discrepante con el registro.

a) Datos de identificación del predio

El registro otorga preferencia en el caso de conflicto de títulos con el fin de adjudicar el derecho a uno de los contendientes (arts. 1135, 2014, 2022 CC), pero no protege la realidad física del predio, que constituye un hecho, que puede existir, existir en menor grado, o no. En buena cuenta, el registro tutela los derechos, pero no puede crear objetos materiales. Por tanto, el comprador tendrá que conformarse con esa extensión, pues el registro no garantiza hechos, “no puede crear una realidad material inexistente”⁶¹⁴, como es el caso de los predios que no existen, o no son homologables en el terreno.

La doctrina registral, en su mayoría, tiene la cuestión resuelta en aquel sentido: “los derechos reales recaen sobre el fundo tal como es, y no tal como se haya descrito, el tercero de buena fe que confía en la descripción no queda protegido, no se presume la verdad de las descripciones”⁶¹⁵. En la hipótesis extrema de inexistencia de la finca, el tercero tampoco queda pro-

613 “La condición demanial de un bien hace la publicidad registral innecesaria, pues la nota de demanialidad comporta la publicidad en sí misma. La zona marítimo-terrestre o el patrimonio histórico-artístico no necesitan de publicidad registral alguna porque participan de la publicidad superior de la ley. Lacruz Berdejo, en un ejemplo particularmente desafortunado, supone que, si se inscribe en el registro el Monasterio de San Lorenzo del Escorial, y luego se vende a un adquirente de buena fe, ese adquirente, al inscribir su compra, se hace dueño del conocido monumento. La verdad es que por la falta de control de la identidad material de las fincas y por la falta de control de la primera inscripción, el examen de la jurisprudencia muestra un gran número de casos en que el dominio público accede al registro (zona marítimo-terrestre en particular) como propiedad privada, y parece evidente que en estos casos la inscripción no puede producir los efectos típicos de legitimación y publicidad registral”: Álvarez Caperochipi, J. (1986), pp. 85-86.

614 Morales Moreno, A. (2000), p. 130.

615 Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1°, p. 217.

tegido, como ocurre con la duplicidad total de inscripciones, pues el registro no crea hechos u objetos. Nuevamente la mejor doctrina: “aquello en que se contradigan (las dos partidas), nadie puede invocar a su favor la inscripción que le favorezca”⁶¹⁶, pues ambas se neutralizan mutuamente.

Sin embargo, en un distinto plano, la relación contractual entre vendedor y comprador provee remedios para los casos de discrepancia en la extensión de las fincas. La compraventa sobre medida, o con indicación de su cabida o extensión y un precio por razón de un tanto por cada unidad de medida, determina que si el vendedor no puede entregar la cantidad indicada en el contrato, el comprador está obligado a pagar lo que halle de más, y el vendedor a devolver lo correspondiente en lo que halle de menos (art. 1574 CC). En caso de que el exceso o falta sea mayor a la décima parte de la extensión indicada en el contrato, el comprador puede optar por la rescisión (art. 1575 CC). Por el contrario, si se trata de compraventa de cuerpo cierto (*ad corpus*), el precio no se modifica si la extensión es diferente, salvo que la diferencia entre la cabida contratada y la real supera la décima parte, en cuyo caso sufrirá el aumento o reducción proporcional (art. 1577 CC). Los derechos de las partes caducan a los seis meses desde la recepción del bien (predio, necesariamente) por el comprador (art. 1579 CC). En caso de inexistencia de bien, por superposición total con otro, cuyo derecho es preferente, entonces el comprador podrá acudir a las reglas de incumplimiento total de la obligación con el fin de lograr la resolución de contrato, y, la consiguiente indemnización de daños (arts. 1428, 1321 CC).

b) Construcciones

El comprador de un predio con una construcción sin licencia tiene varios riesgos: (a) ilegalidad del edificio, sin posibilidad de regularización, por lo que la única solución para reestablecer la legalidad urbanística es la demolición; (b) informalidad del edificio, con posibilidad de regularización, por lo que el adquirente tendría que afrontar los gastos del trámite y la multa consiguiente; (c) construcción en suelo ajeno por obra de constructor de buena fe; (d) invasión en franja colindante.

616 Ibid., p. 218.

Vamos a centrarnos en los dos últimos supuestos que se tipifican como accesión.

La accesión es modo de adquisición originario, por cuya virtud, el propietario del bien principal atrae el mismo derecho sobre el bien secundario que se incorpora materialmente en aquel (art. 938 CC). La hipótesis más relevante es la construcción en suelo ajeno, cuando son personas diferentes el propietario del suelo y el constructor, por lo que surge la duda sobre el destino de la edificación. En caso de que el constructor actúe de buena fe, el propietario del suelo tiene el derecho de opción entre dos alternativas: pagar el valor de la construcción (promedio entre costo y valor actual) u obligar a la compra del terreno a valor comercial (art. 941 CC), pero, si, además, el propietario es de mala fe, entonces la opción pasa al constructor (art. 942 CC). En ambos casos, el riesgo del adquirente de un predio, con edificio informal o no declarado, es que el constructor no sea el propietario, por lo que tendrá que abonar el valor del edificio, sin que se tome en cuenta su posible invocación a la buena fe o a la protección del registro (art. 2014 CC), en cuanto la accesión, al igual que la usucapión, es modo adquisitivo originario, incondicionado, por lo que se impone sobre los sucesivos propietarios, y el titular actual tendrá que asumir el valor del edificio. La obligación económica se impone en la cabeza del propietario, sin más.

De la misma forma, en caso de que el colindante hubiese invadido una franja del predio, siempre que sea de buena fe, y sin oposición, determina que el invasor se convierta en propietario de la franja, con la obligación de pagar su valor (art. 944 CC). Nuevamente la accesión, en esta modalidad, por su carácter de adquisición originaria, se impone sobre cualquier propietario sucesivo, que, en ese caso, tendrá que conformarse con la compensación económica, y la consiguiente pérdida de dominio sobre la franja.

En cualquiera de los casos, y al margen del debate sobre el derecho de propiedad, el comprador, en su vínculo contractual con el vendedor, podrá recurrir a la indemnización por el daño que significa asumir el gasto no previsto (art. 1321 CC).

c) Servidumbres ostensibles

El registro puede encontrarse perfectamente “limpio”, sin gravámenes, empero, la realidad material del predio podría ser incoherente con esa realidad, por ejemplo, cuando el comprador advierte que en el predio adquirido se encuentra un camino, empedrado y delimitado, bastante antiguo, por el cual circula el vecino de la finca trasera. En estos casos, la doctrina considera que el tercero registral carece de protección cuando la “realidad hiere a los sentidos”, o, cuando “ciertos casos, en los que la simple vista de una instalación notoria y contraria al registro se preste a hacer dudar de la confianza en aquel”⁶¹⁷. La jurisprudencia española habla de los “signos ostensibles e indubitados” que generan una publicidad equivalente a la inscripción, por lo que no pueden ser desconocidos por el tercero⁶¹⁸.

d) Medianería

La medianería es la copropiedad forzosa de muros, cercos y fosos ubicados entre los límites de dos predios colindantes. Según la antigua definición de Pothier: “un muro es medianero y común cuando los vecinos lo han hecho construir a comunidad de gastos sobre los extremos de sus heredades respectivas; o cuando uno de los vecinos lo ha hecho construir a su costa sobre el límite de su heredad y el otro vecino adquiere de él la comunidad”⁶¹⁹. El Código Francés de 1804 lo catalogó como una servidumbre, aunque sin determinar cuál es el predio sirviente y cuál el dominante⁶²⁰, sin embargo, Vélez se apartó de esa solución y tipificó la medianería como “condominio con indivisión forzosa”. Esta última posición ha influido claramente en nuestro Código Civil, pues ya nuestro texto normativo se separa del ámbito de las servidumbres, y ubica la figura en la “copropiedad”. Por tanto, la medianería es una copropiedad especial, caracterizada por las siguientes notas distintivas⁶²¹: (i) Es una copropiedad con carácter anexo a la propiedad del predio, constituyendo con este una sola unidad, sujeta al

617 Ibid., p. 278.

618 Álvarez Caperochipi, J. (1986), p. 139.

619 Cit. Mariani, M. (2000), T. II, p. 199.

620 Baglietto, J. & Grinberg, E. & Papaño, R. (1976), pp. 30-31.

621 Peña, M. (1999), T. I, pp. 601-602.

mismo destino jurídico; (ii) Es una copropiedad especial por razón de objeto, pues no recae sobre un “bien” con autonomía jurídica, sino sobre partes integrantes de un bien (muros, cercos, fosas); (iii) Se trata de una copropiedad que reconoce zonas de uso exclusivo para cada comunero; (iv) Es una copropiedad forzosa, no susceptible de partición⁶²²; por lo cual solamente se le pone fin con la renuncia de alguno de los comuneros (art. 998 CC), o por acuerdo entre estos.

La utilidad de la medianería se encuentra en evitar la construcción de una doble pared entre los predios linderos, con la pérdida consiguiente del terreno aprovechable⁶²³; así como en la necesidad del cerramiento de las fincas, lo que obviamente acerca los muros hasta lograr que sean compartidos, lo que se funda, según Salvat, “en la necesidad de evitar en lo posible la alteración de la tranquilidad y la seguridad pública; para ello era necesario que las fincas de los centros de población estuviesen debidamente cerradas y divididas”⁶²⁴. El art. 994 CC señala que las paredes, cercos o zanjas situados entre dos predios se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario. La ley peruana ha ido más allá que la fuente argentina, pues señala una presunción de medianería sobre paredes que separan predios, y no solo sobre edificios. Por tanto, quedan comprendidas dentro de la citada presunción, en forma ciertamente exagerada, tres hipótesis diversas: (i) paredes que separan edificios; (ii) paredes que separan edificios con patio, jardín o quinta; (iii) paredes que separan por ambos lados patios o jardines.

Las hipótesis (ii) y (iii) no justifican la presunción por falta de razonabilidad, por lo que Vélez las rechazó, tanto en el texto codificado, como en sus notas. “No concebía probable que el dueño de un jardín o patio hubiese contribuido a soportar la mitad del costo de la pared del edificio lindero, más hoy en día, en que no podemos imaginar un patio y jardín y un edificio moderno de treinta pisos como su lindero”⁶²⁵. Sin embargo, esta presunción queda descartada, por ejemplo, con los instrumentos comunes a las dos par-

622 Castañeda, J. (1966), p. 95.

623 Avendaño, J. (1985), T. I, p. 803.

624 Baglietto, J. & Grinberg, E. & Papaño, R. (1976), p. 49.

625 Ibid., p. 218.

tes en los que se exprese que la pared divisoria no es medianera, o los signos materiales que hacen suponer propiedad privativa del muro, o los signos materiales son contradictorios. El art. 654 del Código Francés establece con detalle que no hay signo de medianería cuando la parte superior del muro es derecho y vertical a su frente exterior; y el otro lado presenta un plano inclinado; o si de un solo lado hay saliente del techo o cornisas colocadas al tiempo de la construcción del muro. Por su parte, el Código español niega la presunción cuando en la pared hay ventanas o huecos abiertos.

Por tanto, la presunción de medianería, tan extensa según los términos del art. 994 CC, amparada en signos notorios, conlleva que se imponga a la publicidad del registro, pues su fuente de origen es más poderosa: la ley.

e) Mejoras

La mejora es toda obra material, físicamente reconocible, que el poseedor ejecuta en forma voluntaria sobre bien ajeno, que implica una inversión económica, y determina el aumento de valor del bien que se mantiene, en todo o parte, hasta la restitución del bien. El poseedor, cualquiera fuese su condición, tiene derecho al reembolso económico del valor de las mejoras necesarias o útiles, o al retiro de las de recreo (art. 917 CC), a cargo del propietario, sin importar si este conoció o no esa circunstancia, conforme se entiende en concordancia con el derecho de retención, que se impone a los terceros (art. 918 CC). Sin perjuicio de ello, el comprador podrá exigir indemnización por el gasto no previsto (art. 1321 CC).

7.2.4. Restricciones legales de uso y disfrute

La propiedad, como derecho individual con proyección social, se encuentra afectada por el bien común, por tanto, en caso de que el legislador haya establecido limitaciones legales, con el fin, precisamente, de conciliar las amplias prerrogativas de la propiedad con su función social, entonces el actual titular, así como los sucesivos, quedan sometidos a dichas restricciones. No tendría sentido que la ley estableciese vinculaciones a la propiedad en aras al bien común, empero, el nuevo adquirente quedase exonerado de tal obligación, con lo que el deber legal carecería de efectividad. Por tanto, la conclusión es que la norma legal se impone al propietario actual y los futuros, mientras se encuentre en vigencia, incluso contra el registro.

Un ejemplo típico de limitación legal de la propiedad es la zonificación, esto es, la división normativa del suelo por sectores con el fin de establecer los usos y aprovechamientos permitidos. La zonificación es limitación que se establece por norma jurídica (Ordenanza Municipalidad Provincial), por lo que no resulta acto inscribible, por dos razones fundamentales: (i) La publicidad de la ley es superior a la que produce el registro y, por tanto, nadie puede excusarse de cumplirla por simple desconocimiento. Por lo demás, la utilización del registro en estos casos mediatizaría el efecto de la ley, pues en tal caso las normas jurídicas ya no obligarían con la publicación, sino desde la inscripción, lo que es absurdo; (ii) La mecánica publicitaria del registro no juega en relación con los actos normativos; por ejemplo: si se inscribe la zonificación R2 (baja densidad) y luego se omite inscribir el cambio de zonificación a R5 (alta densidad), entonces el tercero podría sostener que el acto no-inscrito no le perjudica (principio de inoponibilidad), o de la fe registral, con lo cual él haría valer la zonificación derogada R2. Esa anómala situación traería como resultado que la ley no se cumpla, ya que estaría supeditada al registro; pero lo más grave es que pondría fin a toda posibilidad de lograr un desarrollo armónico de la ciudad, pues algunos predios respetarían la zonificación vigente y otros no, con el consiguiente caos urbano. Ahora bien, si se sostiene que para evitar esos problemas entonces hay que arbitrar un mecanismo para que la zonificación se inscriba en forma inmediata una vez que se han producido las modificaciones normativas, entonces en realidad lo que se impone es la ley por ser tal, y no el registro. Sin embargo, la Ley 29090 ha establecido que el certificado de zonificación y vías “congela” la situación jurídica, de tal suerte que no pueden reducirse los niveles de edificabilidad. Algo insólito, pero igual téngase en cuenta que este último efecto no tiene relación con las inscripciones registrales.

En cualquier caso, debe recordarse que las limitaciones legales al dominio se imponen por sí mismas, ya que ellas expresan y concretan la cláusula de función social de la propiedad que afecta a todos los bienes, y que recoge acogida por nuestro texto fundamental (art. 70 Const.)⁶²⁶. En otras

626 Un ejemplo de inscripción no-necesaria la podemos ver en el D.S. 001-2000-AG, en el que se dispone que INRENA (actual: SERNANP) gestiona la inscripción de las áreas naturales

palabras, ¿a alguien se le puede ocurrir que la función social que vincula a toda la riqueza, sin embargo, y en forma paradójica, puede ser mediaticada por efectos del registro? La respuesta es obvia, y según palabras del gran jurista italiano Stefano Rodotà, la constitucionalización de la función social de la propiedad tiene como objetivo la efectiva consecución del bienestar económico y colectivo⁶²⁷. De este modo se justifica que los poderes del propietario se encuentran limitados y que son legítimas las intervenciones estatales⁶²⁸; siendo ello así, no hay razón para que el registro modifique la validez o eficacia de la medida interventora.

Por tal motivo, la inscripción de limitaciones legales, que no requieren del registro, generan la llamada “publicidad noticia” (según Coviello) o “publicidad no-necesaria” (según Corrado), cuya característica principal es dar una simple información, pues la exactitud no está garantizada -o no puede estarlo- por la inscripción. La publicidad-noticia queda fuera del régimen de la oponibilidad e inoponibilidad, o de la fe registral, y su rechazo se sustenta en las siguientes razones⁶²⁹: (i) Si las circunstancias que son objeto de publicidad no son oponibles por el titular -de haberse inscrito-, ni inoponibles contra el tercero -de no haberse inscrito-, es decir, si quedan al margen de la eficacia registral, es porque se trata de una materia ajena a la publicidad⁶³⁰; (ii) Si el contenido de la publicidad se recarga con información no-oponible, disminuye la claridad de la hoja registral, al aparecer confusamente involucrados los datos eficaces con los datos que no los son. Savatier llamó a esta situación como “inflación de la publicidad”, mientras que la doctrina alemana ha alertado reiteradamente sobre “el peligro de la

protegidas como Patrimonio de la Nación. En realidad, la norma que declara esa condición establece ya los límites y condiciones al uso del suelo dentro de esas zonas, sin que la falta de publicidad en el registro pueda mediatizar el cumplimiento de la ley.

627 Cit. Colina, R. (1997), p. 325.

628 Castro-Pozo, H. (2007), p. 620.

629 Pau, A. (2001), p. 320.

630 Las restricciones legales de la propiedad (como es el caso de la zonificación) son obligatorias ya sea que consten o no inscritas (si es que ello fuera posible), por cuanto su oponibilidad deriva de la ley. Por tanto, el hecho de permitir su acceso al registro no les agrega nada, no le da un “plus” de eficacia; por lo cual se trata de un típico caso de “publicidad noticia” (no-inscribible).

inabarcabilidad” que podría resultar del excesivo recargo de la hoja registral, es decir, la extensión de datos haría que el registro se convierte en una caja de sastre, con cosas útiles, como inservibles. El art. 925 CC establece que: *“Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”*, y, cabe agregar que tampoco puede suprimirse por la inscripción de ese acto jurídico. En el mismo sentido, el art. 2019 CC no considera inscribibles las restricciones legales de la propiedad, y la Exposición de Motivos dice: *“No se hace referencia a las restricciones establecidas legalmente, por estimarse que en estos casos la publicidad de la ley es suficiente”*⁶³¹.

7.2.5. Retracto

El retracto es un derecho nacido por mandato de ley que se concede a favor de ciertas personas con el fin de subrogarse en las transferencias celebradas en casos de cotitularidad, titularidad dividida o de titularidades contiguas, cuando no se haya otorgado la preferencia respectiva, cuya finalidad es consolidar el dominio en una sola mano. Así, los copropietarios tienen libertad para transferir su cuota a favor de personas fuera del condominio, pero si deciden hacerlo, en primer lugar, necesitan otorgar la preferencia a los otros condóminos para que adquieran esa cuota, antes que el tercero, bajo las mismas condiciones; sin embargo, si no se concediese la preferencia, entonces el sujeto preterido tiene derecho a ejercer el retracto (art. 1599 CC).

Por ejemplo, si el copropietario “A” vende su cuota al comprador “C”, pero sin otorgar la preferencia al copropietario “B”, entonces este último puede, en ejercicio del derecho de retracto, subrogarse en el puesto de “B” y convertirse en comprador, para lo cual, por supuesto, tendrá que pagar el precio abonado en su momento por “C”. Sin embargo, ¿qué pasa si “C”, antes del retracto, vende el inmueble a “D”? ¿es posible que “D” sea un tercero de la fe pública registral? Por propia definición, tratándose de un derecho de origen legal, que opera por virtud de norma jurídica, entonces la fe registral no protege la posición del tercero.

631 Comisión Revisora del Código Civil (1990), p. 19.

El art. 1601 CC establece que las sucesivas transferencias, luego de la del primer comprador, quedan sin efecto por virtud del retracto, lo que no es un sacrificio exagerado en la seguridad del tráfico, pues el derecho se ejerce en el breve lapso de 30 días a partir de la comunicación al sujeto beneficiario, o luego del año de la inscripción del contrato de transferencia. Por tanto, si el retracto afecta a las transferencias posteriores, entonces la protección del tercero registral queda de lado⁶³². Por su parte, la jurisprudencia ha ratificado también que la fe registral no es aplicable en el caso del retracto (Casación N° 4790-2012-Junín, de 13.06.2013)⁶³³. Sin embargo, existe un problema que la doctrina y la jurisprudencia ha olvidado: ¿qué pasa cuando un copropietario no otorga la preferencia legal a su otro copropietario, pues, no resultaría razonable que las sucesivas enajenaciones sean ineficaces eternamente, sin límite temporal? Una solución de ese tipo no puede aceptarse, en tanto los derechos fundamentales, como la propiedad del sujeto que celebró el acto de disposición, solo pueden sufrir limitaciones proporcionales y razonables (STC N° 0008-2003-AI/TC), por lo que debe asumirse la necesidad imperativa de un tope temporal a la declaración de ineficacia. Sobre el particular, el art. 1601 CC señala: “*Cuando se hayan efec-*

632 La voluntad del legislador es clara: “el precepto sanciona con ineficacia ante el retrayente toda adquisición de propiedad inmobiliaria, aunque el adquirente sea un tercero del registro que hubiera actuado reuniendo los requisitos del artículo 2014 del Código Civil, o en el caso de comprador de cosa mueble a quien se le hubiera efectuado la tradición (artículo 947). Hay diversas manifestaciones que expresa el legislador para ello: (1) La interpretación literal de la última frase del artículo 1601, que establece que quedan sin efecto las otras enajenaciones, sin excepción alguna. Dicha frase, que contenía el artículo 1445 del anterior código, ha sido incorporada al precepto de enfatizar que toda enajenación posterior a la que provoca el retracto es inoponible al retrayente. (2) El propio texto del artículo 2014 no establece que la adquisición por medio del registro enerva una acción de retracto, situación que sí extiende a un contrato que padece de una causal de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución que no aparece del registro”: Bigio, J. (1994), pp. 166-167.

633 “el artículo 2013 es una norma de contenido procesal, recoge el principio de legitimación según el cual el que inscribe un derecho en el registro queda protegido, legitimando su inscripción, sin embargo este dispositivo no prohíbe que el retrayente haga uso del derecho que le otorga la ley, por tanto no resulta de aplicación a la materia en litis; en lo relativo al numeral 2014, nos remite a la buena fe registral según la cual se protege la adquisición efectuada a título oneroso, la principal finalidad de la inscripción es amparar a los terceros que contraten de buena fe, a título oneroso, que de ninguna manera puede prohibir un derecho consagrado en el mismo cuerpo jurídico”.

tuado dos o más enajenaciones antes de que expire el plazo para ejercitar el retracto, este derecho se refiere a la primera enajenación solo por el precio, tributos, gastos e intereses de la misma. Quedan sin efecto las otras enajenaciones”, de cuyo propio tenor literal se establece que el primer comprador es subrogado por el titular del derecho de retracto, siempre que no se haya otorgado la preferencia, mientras que las sucesivas enajenaciones celebradas durante el plazo de ejercicio del retracto quedan sin efecto. Nótese que el primer párrafo de la norma no ataca todas las enajenaciones posteriores, sino que las restringe a las que se producen “antes que expire el plazo para ejercitar el retracto”; por tanto, el segundo párrafo solo puede referirse a esas enajenaciones. Es más, la propia exposición de motivos oficial del Código Civil señala que: “cabe anotar que el adquirente del bien expuesto al ejercicio de retracto no está impedido de enajenarlo dentro del plazo en que la acción pueda ser ejercitada”⁶³⁴, no obstante, si lo hace, “tal enajenación solo es ineficaz con relación al retrayente”⁶³⁵. Por el contrario, si la enajenación se realiza después de la expiración del plazo para ejercitar el retracto, -luego de un año desde la inscripción de la primera compra, por ejemplo-, entonces la consecuencia del art. 1601 CC no resulta aplicable, esto es, no es ineficaz.

La propiedad, como derecho fundamental, es una prerrogativa especialmente protegida que habilita el uso, disfrute y disposición del bien, por tanto, las limitaciones del dominio tienen que ser proporcionales y razonables, pues, lo contrario implicaría vaciar de contenido el derecho de propiedad (STC N° 0008-2003-AI/TC). En tal sentido, no es posible suponer que el incumplimiento de la obligación de otorgar preferencia de un copropietario a otro conlleve la ineficacia de las enajenaciones sucesivas, sin plazo alguno, por lo que podrían afectarse contratos celebrados cuarenta, cincuenta o cien años después. En buena cuenta, ¿en qué momento un comprador podría tener seguridad respecto a contratos sobre cuotas celebrados en el pasado? El retracto se justifica por razones de interés social, en tanto persigue la consolidación del dominio en una sola persona, con el fin de aumentar la productividad y eliminar así las situaciones conflictivas, sin embargo, tal

634 Bigio, J. (1994), p. 167.

635 Ibidem.

restricción no puede perdurar eternamente, pues, en tal caso, el límite no sería proporcional ni razonable.

En suma, la primera compra permite el retracto dentro de un plazo perentorio, en el cual, además, se dejan sin efecto las sucesivas enajenaciones; por el contrario, las compras posteriores al indicado plazo, no son ineficaces, pero, en caso que no se haya otorgado la preferencia legal en el sucesivo acto dispositivo, entonces se habilita que el copropietario afectado ejerza el retracto correspondiente, que nuevamente dejará sin efecto las enajenaciones realizadas durante el plazo de ejercicio de ese nuevo retracto. Pero, una cosa es el derecho de retracto que opera por la nueva (o sucesiva) compra celebrada, que exige una nueva demanda judicial; y otra muy distinta es la declaración de ineficacia automática, que solo acontece dentro del plazo de ejercicio del retracto, pero no fuera de este⁶³⁶.

7.3. Limitaciones de eficacia

El presente acápite estudia los supuestos en que el registro no produce efecto alguno, pese a tratarse de una circunstancia o acto que incide en la situación jurídica de predios.

7.3.1. Embargo judicial

El embargo es una medida judicial de afectación de bienes concretos con la finalidad de asegurar un derecho de crédito que es materia de un

636 En un caso real, la Segunda Sala Civil de Trujillo, mediante sentencia de fecha 15.09.2016, resolvió que las enajenaciones posteriores a la que motivó el retracto se dejan sin efecto, aunque hubiese vencido el plazo de 30 días para su ejercicio. El fundamento es el siguiente: "21. Así las cosas, luego de analizar detenidamente los fundamentos expuestos por el juez de primera instancia, el argumento del respectivo escrito de apelación, así como la doctrina citada, este Colegiado Superior considera que lo dispuesto por la parte final del artículo 1601 del Código Civil, que señala: "quedan sin efecto otras enajenaciones", no solo debe aplicarse a las dos primeras transferencias de dominio del 30% de las acciones y derechos del inmueble materia de litigio, sino además tal dispositivo debe ser aplicada inclusive a la tercera compraventa". El argumento no puede compartirse, no solo por los fundamentos expresados en el texto principal, sino por una cuestión práctica de gran relevancia: ¿qué pasaría si la venta de cuota, sin notificar al copropietario, ha ocurrido hace quince o veinte años? Según esta sentencia, el noveno o décimo comprador sucesivo tendrá que indagar el ejercicio del retracto, salvo que hubiese estado inscrito. La Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación.

proceso, lo cual produce diversos efectos jurídicos que establece la norma procesal, pues el embargo es hecho procesal:

- a) Efectos en el proceso: el bien del deudor queda vinculado para la ejecución forzosa o la actual ejecución instada por el acreedor contra el deudor (art. 642 CPC), según se trate de embargo cautelar o ejecutivo, respectivamente, para cuyo efecto, no es necesaria la inscripción registral (art. 656, 1° CPC, que habla en modo potestativo), aunque el panorama cambia en relación con terceros, conforme se analizará enseguida.
- b) Efectos relacionados con los otros acreedores del ejecutado: El embargo produce prelación crediticia (orden preferente de cobro) en función de la ejecución del mandato (art. 639 CPC), que, en el caso de los bienes registrados se produce con la inscripción (art. 656 CPC, en concordancia art. 2016 CC), por tanto, en la concurrencia de diversos embargos sobre un mismo bien inmueble, lo cual presupone que se encuentra en debate intereses de terceros, entonces la preferencia se logra por virtud de la antigüedad de la inscripción de los distintos embargos anotados en la partida registral, y, con mayor razón, el embargante inscrito tendrá prelación frente a embargos no-inscritos, incluso con fecha de traba anterior, pero no ejecutados, o acreedores simples o quirografarios.
- c) Efectos relacionados con los sucesivos actos de disposición que celebra el ejecutado con terceros: El bien queda vinculado para resguardar los fines del proceso, que no son otros que la ejecución, por lo que los sucesivos adquirentes tendrán que “asumir la carga” hasta por el monto inscrito” (art. 656 CPC), por tanto, el adquirente posterior sufre el embargo que consta en registro público.

El embargo inscrito se opone a los acreedores embargantes posteriores (art. 639 CPC), así como a los adquirentes sucesivos del bien (art. 656 CPC), por tanto, su inscripción goza de oponibilidad pura, es decir, produce efectos contra todos los terceros indeterminados o terceros con derecho posterior, pero no contra los terceros con derecho preexistente, en cuyo caso, rige el derecho común (art. 2022, 2° CC), esto es, la oponibilidad civil, por tanto,

el titular de un derecho subjetivo real adquirido en forma previa, según las reglas del derecho civil -es decir, con el solo contrato en el caso de los bienes inmuebles (art. 949 CC)-, resulta oponible a la posición jurídica del acreedor embargante, incluso inscrito antes, pues, en este caso, no rige la oponibilidad registral del art. 2022, 1° CC, sino la excepción de la oponibilidad civil (“derecho común”) del art. 2022, 2° CC. En buena cuenta, el conflicto entre propiedad -o cualquier otro derecho real- y embargo, se resuelve bajo el principio de que el derecho real se adquiere con el solo consentimiento manifestado en un contrato válido y eficaz, por lo que, de haberse producido este hecho, el nuevo propietario opone su derecho frente al acreedor embargante cuyo deudor ya no es propietario de ese bien, por lo que la medida cautelar que afecta bien de tercero tendrá que ser levantada (art. 535 CPC). El embargo inscrito produce oponibilidad registral pura, pero no oponibilidad registral conflictiva, esto es, no otorga preferencia cuando se enfrenta con un derecho anterior, sin que la inscripción sea determinante para resolver el conflicto, sino la precedencia del título, por tanto, el registro no es criterio de dirimencia, sino la oponibilidad civil.

Por su parte, el embargo inscrito no resulta protegido por el principio de fe pública registral, es decir, no dispensa tutela en caso de la nulidad del acto previo, pues el art. 2014 CC restringe su aplicación a los casos en que el tercero adquiere un derecho de persona que aparece en el registro con facultades para otorgarlo (titular registral), lo cual supone que se trata de adquisiciones voluntarias⁶³⁷, pues, evidentemente, el embargo inscrito no ha sido otorgado por el titular registral, sino por un juez en proceso judicial. La mejor doctrina, incluso en el ordenamiento jurídico alemán, se muestra conforme con excluir los actos no voluntarios, sean legales, forzosos o judiciales, de la protección de la fe registral, pues, sencillamente, cualquiera de esas situaciones jurídicas no nacen por la confianza de un tercero en el registro, que asume su decisión sobre esa base, sino por mandato de autoridad. En buena cuenta, el registro protege a los terceros que adquieran bienes (o derechos sobre bienes) confiados en la publicidad registral, por el

637 La protección del registro se limita a las adquisiciones negociales”: Westermann, H. & Westermann, H. P. & Gursky, K. & Eickmann, D. (2007), T. II, p. 1078.

contrario, el acreedor es titular de un crédito basado en la solvencia personal del deudor, y no adquiere bienes registrados, por lo que es lógicamente imposible que un registro de bienes proteja a un acreedor que no adquirió bienes. El acreedor, y luego embargante, adquirió su derecho sin tener en cuenta al registro, sin tomarlo en consideración⁶³⁸, pues el crédito se otorgó con independencia de aquel, entonces no puede acudir a sus normas protectoras.

El acreedor personal adquiere el crédito sin vincularlo con bien alguno, sea registrado o no, entonces obviamente carece de protección registral pues nunca “adquirió un bien”, y menos “bajo la confianza del registro”, que son los presupuestos para la aplicación del art. 2014. La doctrina distingue dos momentos de la vida del crédito: el “aseguramiento” por garantía específica (*Deckung*), como en la hipoteca, y el posterior o sucesivo de “agresión” (*Zugriff*) de los bienes⁶³⁹, como en el embargo. Por tanto, la hipoteca asegura el crédito desde su concesión a través del registro⁶⁴⁰, mientras que el embar-

638 La posición extrema considera que los principios registrales se aplican a la persona que simplemente “consulta” el registro, lo que no es aceptable, pues, en teoría, todos han consultado el registro por la presunción de conocimiento de las inscripciones (art. 2012 CC), lo que implicaría que los principios registrales se aplicarían a los inscritos y los no inscritos, en cuyo caso, ¿para qué habría que inscribir? En realidad, los principios son de “protección jurídica”, por lo que se aplican exclusivamente a los titulares de derechos inscritos, pues, solo de esa forma, logran resguarda en la guarida del registro (léase los arts. 2014, 2016 o 2022 CC).

639 Ravazzoni, A. (2006), p. 40.

640 Por tanto, si el acreedor personal (luego embargante) no se subsume en la hipótesis del art. 2014, entonces no puede ampararse en la protección del registro, aunque todo lo contrario ocurre con el acreedor hipotecario que adquiere el derecho otorgado voluntariamente por el deudor, sobre la base del registro e inscribe la garantía. Por estos argumentos, conocidos desde hace mucho tiempo, se ha concluido que el acreedor embargante no es tercero registral: “¿Se considerarán como terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada?, o lo que es lo mismo, ¿podrán los acreedores quirografarios, por ejemplo, y garantidos de cualquier manera que no sea con hipoteca, pretender que la enajenación o gravamen que no está inscrito no pueda perjudicarles, y que deben ser reputados como terceros para los efectos de la ley? Nuestra opinión es que no deben ser considerados terceros. Verdad es que no han intervenido en el acto o contrato; pero no debe perderse de vista que todo lo que se establece en la Ley respecto al conflicto de derechos que puede haber entre varios, se refiere solo a los derechos reales. La omisión en inscribir un derecho de esta clase en que incurre el adquirente no induce a error a los acreedores que no han creído que

go constituye un acto judicial de agresión de bienes del deudor, pero no sustentado en la garantía del registro, pues el crédito se otorgó sin vinculación con bien o derecho inscrito alguno⁶⁴¹.

7.3.2. Remate judicial

El elemento clave del principio de fe pública registral es la confianza que surge en el tercero respecto a la apariencia, de tal forma que “adquiere algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo”, lo cual implica que solo tiene protección el que adquiere del titular inscrito, esto es, mediante un acto voluntario de transmisión y adquisición (contrato), en cambio, el remate judicial es un modo de adquisición forzoso, por tanto, no puede decirse que el adjudicatario adquiere de acto de voluntad otorgado por la persona que estuvo inscrita en el registro, lo cual significa que nunca hubo confianza en el registro, que es precisamente el fundamento del citado

debían exigir hipotecas, o que no han sido bastante previsores para buscar su seguridad y completa garantía en las cosas en lugar de confiar en las personas. (...) Por la misma razón no podrá el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple, y obtiene embargo de una finca que había sido vendida por su acreedor a otro, aunque no haya inscrito su dominio, pretender que el derecho de éste legítimamente probado sea pospuesto al suyo que no tiene el carácter de crédito real, sino el de personal”. Esta es la reveladora cita de Gómez de la Serna, que se hace en el artículo de: Gordillo, A. (2004), pp. 530-531.

Otra importante opinión sigue la misma idea: “El embargo anotado preventivamente ha sido ordenado sobre la finca o derecho pensado que ello pertenecía al deudor, pues a su favor figuraba inscrita en el registro esa finca o derecho. Pero el registro sobre este particular ofrecía un contenido inexacto, ya que en la realidad jurídica extrarregistral la misma finca o derecho pertenecía a otra persona. Y como el favorecido con dicha anotación preventiva de embargo no tiene la consideración de tercero adquirente protegido por la fe pública registral, ya que, al menos respecto de las adquisiciones anteriores a la anotación, no es titular de derecho real alguno de hipoteca, o asimilado a esta, de ahí que la expresada anotación preventiva de embargo practicada adolezca de un vicio que puede conducir a su cancelación”: Roca Sastre, R. & Roca-Sastre Muncunill, L. & Berná, J. (2009), T. VII, p. 483.

641 Los argumentos del texto principal descartan la visión simplista por la cual se iguala el acreedor hipotecario con el embargante, como en el caso de Tord, A. (2014), p. 34: “no veo razones para que un embargo inscrito no deba tener el mismo tratamiento que una hipoteca”. ¿Puede ser lo mismo un embargo que es una medida judicial, no un derecho, dictada en proceso ejecutivo en el cual no se evalúa ni discute la propiedad de los bienes, por lo que se trata de una providencia superficial, con relación a una hipoteca que es un derecho real sustentado en la confianza del registro? Un hecho procesal (embargo) no puede igualarse con hecho sustancial (hipoteca).

principio. Es más, el derecho alemán, cuna del registro, establece claramente que el adjudicatario no es protegido por el principio de fe pública, en cuanto se trata de una adquisición forzosa, y no voluntaria, por lo que es imposible consumir una adquisición basada en la confianza del registro⁶⁴². En todo caso, es paradójico que los extremistas nacionales pretendan contar con un registro más poderoso que en el derecho alemán.

En conclusión, la fe pública registral no aplica en el caso del adjudicatario de remate.

7.3.3. Arrendamiento

El art. 2014 CC establece que el tercer adquirente de un derecho queda protegido frente a la nulidad del contrato previo; pero surge la duda si la norma comprende también a los derechos personales, o no. A favor de la primera posición se encuentra el texto de la ley, que no hace distinciones; no obstante, un importante fundamento se opone a tal conclusión: el derecho personal no produce eficacia frente a terceros, entonces la fe registral, que protege a tercero, es de imposible aplicación. En efecto, la diferencia entre derecho real y personal se encuentra en el carácter oponible, o no, de la prerrogativa, lo que implica respeto a la autonomía privada que reconoce diversas formas de tutela en el tráfico sobre y en relación con los bienes. La idea es que los particulares dispongan de diversos mecanismos jurídicos en sus vinculaciones jurídicas en torno a la riqueza material: unos generan derechos oponibles, otros no. La decisión finalmente recae en los propios interesados⁶⁴³. El ordenamiento jurídico establece diversas alternativas para

642 Así se dice: "La fe pública del registro inmobiliario solo garantiza la validez de las disposiciones hechas por negocio jurídico. No se protege: a) Al que adquiere un derecho en base a una ejecución forzosa o por remate de un embargo. Si un acreedor del titular indebidamente inscrito como propietario logra inscribir una hipoteca forzosa, no adquiere hipoteca alguna, aunque confíe en la exactitud del registro. El CC se aparta en esto del derecho prusiano antiguo, que extendía la fe pública del registro a semejantes casos. Y esta desviación tiene un fundamento sólido: pues, tratándose de cosas muebles, el acreedor solo puede satisfacerse ejecutando las cosas de su deudor, pero no las de terceros que se hallen en posesión del deudor": Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971), T. III-1º, pp. 271-272.

643 Pongamos como ejemplo el conflicto que se presenta cuando un propietario otorga títulos de usufructo y arrendamiento sobre el mismo bien inmueble, por lo que surge un conflicto de titularidades. ¿Cuál de los dos tiene primacía? En tal caso, no se aplica el criterio de

satisfacer intereses lícitos, en este caso gozar temporalmente con el uso del bien, por tanto, los particulares tendrán que elegir la fórmula que más se acomode a sus necesidades, requerimientos y posibilidades. Así, el Derecho ofrece una cesión personal de disfrute (arrendamiento) o una cesión real (usufructo), por lo que el interesado escogerá lo que más le convenga. Algún despistado pensará que en ese caso siempre habrá que escoger el usufructo, pues tiene mayor protección dado su naturaleza real, empero, la conclusión es apresurada pues seguramente el propietario exigiría una mayor contraprestación por constituir un usufructo, de mayor gravamen para el propietario, que en el caso del arrendamiento, lo que probablemente no estaría dispuesto a pagar el cesionario; o tal vez el plazo del derecho no requiera de la protección real, en cuanto resultaría excesiva por lo oneroso en costo. Bien podría decirse que existe una especie de equivalencia simétrica, por ello, razonable: si alguien quiere más protección (real) entonces el título seguramente le costará más; pero si se conforma con menor protección (obligacional), el título le costará menos. Por tanto, no hay razón jurídica, económica o moral para exigir el efecto real cuando las mismas partes se conformaron con un derecho personal, de menor eficacia y valor más reducido.

La misma situación se presenta entre la servidumbre (titularidad real para ejercer cierto uso en predio ajeno o que este quede impedido de algún tipo de disfrute) y el pacto obligacional con el mismo fin. ¿Cuál es la diferencia, por ejemplo, entre una servidumbre de no elevación del edificio y la obligación de no hacer consistente en la omisión de levantar un edificio? La

antigüedad del título, en caso de que ninguno de ellos estuviese inscrito (art. 1135 CC), sino en la condición real de uno sobre el otro (art. 2022, 2º CC). La justificación es simple: las partes que celebran un arrendamiento conocen de antemano que su eficacia legal es de carácter obligacional, y no más; por tanto, nada pueden exigir después para obtener la tutela real, consistente en que el derecho afecta y somete a los sucesivos adquirentes. Por el contrario, si se pretendía gozar de los alcances del derecho real sobre cosa ajena, con el fin de imponerse frente los terceros y, con ello, gozar de una tutela más intensa, entonces debió procurarse el derecho real de usufructo o de superficie, pero nunca aceptar un arrendamiento que por definición solo genera relaciones obligacionales. Por tal motivo, el arrendatario nada puede oponer, ni reclamar, sobre el particular, pues su derecho es limitado y de tutela débil. El daño que sufre el inquilino, por la menor protección de la relación personal, en realidad se debe a él mismo.

finalidad económica que se logra con ambos negocios jurídicos es análoga, pero tienen una distinción fundamental que se sustenta en la autonomía privada, pues los particulares decidirán de acuerdo a sus intereses si el efecto pretendido es real o meramente obligacional, esto es, oponible a terceros o no. La diferencia se advierte cuando el vinculado con la servidumbre transfiere el bien, pues el tercero tendrá que soportar la carga; mientras que si se trata de un pacto obligacional, el tercero no tiene compromiso alguno y podrá sobreelevar sin ningún problema; por el contrario, el propietario defraudado solo podrá iniciar una acción indemnizatoria por incumplimiento contra el obligado, pero el nuevo titular queda fuera de la promesa⁶⁴⁴.

En tal sentido, la superioridad del derecho real sobre el obligacional se impone por la propia característica de las titularidades en juego, que se sustenta en la autonomía privada que funda cada uno de esos derechos, que es uno de los pilares del orden jurídico patrimonial, en tanto los particulares son los que deciden los alcances y eficacia de las distintas prerrogativas. Por lo demás, es necesario recordar que el criterio distintivo entre derechos reales y derechos obligacionales se encuentra rigurosamente delimitado en virtud del principio de *numerus clausus*, por tanto, solo tienen naturaleza real las situaciones jurídicas previstas expresamente por la ley (art. 881 CC).

No obstante, el arrendamiento puede adquirir ciertos tintes reales si se inscribe, pues el nuevo dueño deberá soportar el vínculo arrendaticio (art. 1708-1 CC), empero, nunca hay igualdad absoluta. Por ejemplo, si el arrendatario no tiene posesión sobre el bien. En tal sentido, la posición jurídica del arrendatario no se opone al nuevo propietario del bien, pues, el primero tiene un vínculo personal que no afecta a terceros, por cuya virtud, el segundo no se perjudica por un derecho que tiene un ámbito de eficacia restringido. En efecto, el nuevo propietario (tutela fuerte) puede recuperar la posesión, pues el arrendatario solo cuenta con vínculo personal que no afecta a los terceros (tutela débil), incluso aunque el adquirente conociera la existencia del arrendamiento (art. 1708-2 CC). Si bien es cierto que su inscripción hace que este se oponga a los terceros adquirentes (art. 1708-1 CC), por lo que se acerca en cierta medida a un derecho real, sin embargo,

644 Trimarchi, P. (1998), p. 113.

no puede identificársele, pues el arrendatario, aun inscrito, no puede recuperar la cosa de un tercer poseedor, pues ninguna norma le atribuye un mecanismo protector análogo al de la reivindicatoria, por ello, el arrendador tiene la obligación de mantener en goce al arrendatario (art. 1680-1 CC), en tanto, este no puede reclamar la posesión a un tercero en razón de la relación personal u obligacional⁶⁴⁵.

645 Por su parte, el comodato es claramente una relación exclusivamente personal, por la que nunca se opone a los terceros adquirentes, e incluso el comodatario se encuentra ciertamente en una situación debilitada, pues tiene el deber de restituir la cosa, aunque el plazo del contrato no haya vencido, si es que el comodante lo requiere por urgencia imprevista (art. 1736 CC). Cuando dos particulares celebran un contrato de arrendamiento o de comodato, ellos conocen perfectamente que están creando una relación jurídica de índole personal, de carácter más débil en cuanto no se opone a terceros. Es decir, si desde el origen del negocio, los particulares conocen perfectamente que el derecho carece de eficacia real; por tanto, ¿cuál puede ser la razón para luego reclamar ese efecto que antes no se quiso y se rechazó? Téngase en cuenta que si el mismo bien es vendido posteriormente a un nuevo propietario, entonces este tiene todo el derecho de exigir la devolución del mismo, y los poseedores con título obligacional no tienen nada que oponer, pues desde el principio conocían que su derecho era personal, salvo la hipótesis excepcional de la inscripción del arrendamiento, pero que tampoco lo iguala con el derecho real, pues tal arrendatario no puede actuar en forma directa contra un tercer poseedor con miras a la recuperación de la cosa, lo que sí puede hacer, por ejemplo, el usufructuario o el superficiario, en la condición de titulares de derecho real. En buena cuenta, el arrendatario o el comodatario sufre el riesgo de la ausencia de oponibilidad frente a terceros, y debe tolerar esa consecuencia jurídica cuando celebra cualquiera de esos contratos. En cambio, si la persona deseaba la tutela sustancial que produce el derecho real, entonces debió constituir un usufructo o superficie. El problema es que esos negocios seguramente le representarían una mayor inversión pues el propietario sufre una más intensa injerencia sobre su dominio, y de esa forma queda disminuido en sus relaciones con los terceros. En consecuencia, bien puede decirse que existe una especie de equivalencia simétrica y, por eso, razonable: si alguien pretende mayor protección (real) entonces el título seguramente le costará más; pero si se conforma con menor protección (obligacional), el título le costará menos. Por tanto, no hay razón jurídica, económica o moral para exigir el efecto real cuando las mismas partes se conformaron con un derecho personal, de menor eficacia y valor más reducido. En tal sentido, la superioridad del derecho real sobre el obligacional se impone por la propia naturaleza de las titularidades en juego, así como por la autonomía privada que funda cada uno de esos derechos, y que es uno de los pilares del orden jurídico patrimonial. La exclusión es un efecto perseguido por las mismas partes cuando constituyen derechos reales. El sistema deja a elección de los interesados el mecanismo más conveniente para ellos. En algunos casos se optará por un disfrute de la cosa (interés protegido) con solo efecto obligacional; y en otros por el disfrute con efecto real. El primero es un arrendamiento,

Por lo demás, el contrato de arrendamiento, como el embargo judicial-medida de tutela del crédito- solo produce efecto de oponibilidad pura, es decir, una vez inscrito perjudica a tercero con inscripción posterior, pero carece de oponibilidad conflictiva, pues, si existiese un derecho anterior (ejemplo: comprador que ya adquirió la propiedad del bien, aunque no inscrito) que resulta incompatible con el arrendamiento (ejemplo: arrendador dejó de ser titular por la antes citada compraventa anterior), entonces rigen las reglas del derecho común, por tanto, la oponibilidad estrictamente civil, y, en tal virtud, el contrato adquisitivo ya celebrado, incluso no inscrito, se opone al arrendamiento inscrito (art. 2022, 2° CC), máxime cuando la ausencia de derecho del arrendador determina la extinción del título del arrendatario (art. 1705 CC), lo cual reafirma, para este caso, la derogación de la oponibilidad registral conflictiva⁶⁴⁶.

de menor costo en un mercado libre; el segundo, un usufructo, de mayor costo. Por lo expuesto, no resulta extraño que actualmente el comodato no sea considerado acto inscribible (Precedente aprobado por LXXXIV Pleno, publicada 22.02.2014), aunque no con vacilaciones anteriores (ejemplo: RTR N° 1606-2010-SUNARP-TR-L).

- 646 El contrato de opción es contrato preparatorio, por tanto, su finalidad es la celebración de un contrato definitivo, con la particularidad de que una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo ("concedente") y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no ("optante"), en cuyo caso, basta la declaración de voluntad unilateral de este último para que el contrato definitivo quede configurado automáticamente, sin necesidad de que la contraparte tenga la obligación de prestar alguna colaboración (art. 1419 CC). Sin embargo, es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción es recíproco, por lo que cualquiera de las partes puede ejercerlo en forma unilateral (art. 1420 CC). Es cierto que el contrato de opción es inscribible (art. 2019-2 CC), a diferencia del compromiso de contratar, en virtud de su mayor intensidad en la vinculación de las partes, pero, en todo caso, la opción accede al registro siempre que el contrato definitivo sea inscribible (art. 2019-1 CC), pues, en caso contrario, carecería de sentido que el acto principal no lo sea, pero sí el acto previo. Por otro lado, en virtud del principio de tipicidad de los derechos reales (art. 881 CC), la opción no lo es, por tanto, en tal condición, el Código ha previsto una norma expresa sobre su eficacia: art. 2023 CC, por el cual, la inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad, sin establecer excepciones, a diferencia del caso de embargo judicial (art. 2022, 2° CC), por lo que produce la eficacia de oponibilidad pura (perjuicio de tercero posterior a la inscripción) y de oponibilidad conflictiva (perjuicio de tercero que adquirió derecho con anterioridad, pero inscribió posteriormente).

Capítulo IV

REGISTRO DE CONCESIONES PARA LA EXPLOTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. ANÁLISIS DOGMÁTICO

1.1. Bienes inmuebles y Concesiones

La categoría de los “bienes inmuebles” nace como correlato jurídico de la importancia económica del suelo en el desarrollo de las actividades del ser humano. El suelo es el trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común⁶⁴⁷. Empero, este concepto tradicional ha evolucionado hasta llegar a entender que “suelo”, no solo es el trozo de terreno, que comprende, además, las parcelas cúbicas existentes o futuras, pero que sean susceptibles de aprovechamiento económico (departamentos, “aires”, etc.). Las exigencias del tráfico han provocado que el concepto de “suelo” se transforme hasta abarcar objetos de titularidad real distintos de la superficie terrestre⁶⁴⁸, los que nuestro Código denomina en forma genérica como subsuelo y sobresuelo (art. 885-1 CC). Posteriormente, otros bienes fueron incluidos en la categoría inmobiliaria, ya sea por su vinculación con el suelo, o por mera ficción. En tal sentido, si el suelo es el típico “inmueble por naturaleza”, en cambio, las concesiones administrativas o mineras son “inmuebles por analogía” (o derechos in-

647 Pérez, E. (1995), p. 316.

648 Morales Moreno, A. (2000), p. 25.

mobiliarios⁶⁴⁹), en cuanto es frecuente que estas requieran de algún vínculo necesario con la corteza terrestre. En tal sentido, el art. 885 CC reputa como bienes inmuebles a las “concesiones para explotar servicios públicos” (inc. 7).

Es frecuente que la concesión implique el uso o explotación de la riqueza inmobiliaria del Estado, por lo que esta sigue la suerte del objeto sobre el cual se asienta⁶⁵⁰. Este criterio es sostenido por un sector doctrinal, por cuya virtud, las concesiones administrativas son bienes inmuebles “por analogía”⁶⁵¹. No obstante, debe admitirse que la razón más importante para otorgar la categoría inmobiliaria a las concesiones se encuentra en la necesidad de atraer capitales para su puesta en funcionamiento y explotación. Esta exigencia de financiamiento requiere de una garantía no-posesoria a favor de los acreedores del concesionario, lo que hace necesario calificar la concesión como un bien inmueble susceptible de hipoteca⁶⁵². La Exposición de Motivos de nuestro anterior Código de 1936 –que contenía norma análoga– ratifica que el fundamento para “inmovilizar” las concesiones ha sido la necesidad de facilitar el acceso al crédito y hacer posible la constitución de hipotecas sobre la concesión⁶⁵³.

En tal sentido, la concesión se sustantiva como bien inmueble “abstracto” o “incorporal” que comprende una serie de elementos materiales y jurídicos, todos los cuales aparecen fundidos en la idea del destino común⁶⁵⁴, por tanto, se trata de una entidad compleja, a modo de una *res universa*, que se compone de varios bienes orgánicamente enlazados, y que comprende

649 Es una terminología propia de la doctrina francesa: Cit. Ramírez, E. (1996), p. 194.

650 En términos generales, se habla de una categoría que agrupa los “derechos reales administrativos”, por cuanto el derecho recae sobre bienes de dominio público, lo cual implica que el concesionario se somete a un régimen jurídico especial propio del derecho administrativo: González Pérez, J. (1984), pp. 36-37.

651 Díez Picazo, L. (1995), T. III, p. 194.

652 Refiriéndose a la concesión de ferrocarriles se ha dicho: “Con todo, hay que reconocer que lo que ha impuesto su inscribibilidad, ha sido la necesidad de constituir hipotecas sobre los mismos, en garantía de las obligaciones al portador emitidas para el desenvolvimiento económico de las empresas. Ésta es la motivación que se expresa en la Real Orden de 26 de febrero de 1867, y lo mismo cabe decir de la ley prusiana sobre hipotecas de ferrocarriles de 1895 y la ley suiza de 1874”: Roca Sastre, R. (1954), T. III, pp. 308-309.

653 Cit. Castañeda, J. (1958), T. I, p. 25.

654 Cit. Pérez, E. (1995), p. 331.

no solo los terrenos, sino los diferentes elementos necesarios para la explotación⁶⁵⁵. En suma, es un “bien complejo”, que recibe un tratamiento unitario con el fin de garantizar el tráfico jurídico independiente⁶⁵⁶, y, de esta forma, la concesión puede ser transferida, hipotecada y hasta ejecutada en forma judicial o administrativa. Esta es la razón fundamental de su “objetivación”.

1.2. Concesiones y predios generan partidas registrales distintas

Las “concesiones” y los “predios” son dos tipos distintos de bien inmueble, por lo que la técnica registral exige la apertura de una hoja o partida registral en la que se agrupen las inscripciones referidas a cada uno de estos diversos bienes inmuebles⁶⁵⁷. Por tal razón, en el caso de un predio se creará una finca registral (partida) para cada porción de terreno referido a la corteza terrestre -suelo- y que sea deslindada en forma poligonal. En cambio, en el caso de una concesión, la finca registral (partida) no se abre con una porción de terreno deslindado, sino con el propio derecho subjetivo, individual y absoluto de tipo patrimonial adquirido por acto de autoridad; esto

655 Roca Sastre, R. (1954), T. III, p. 290.

656 En el caso de la concesión minera, por ejemplo, se dice que existe una separación absoluta entre el dominio del suelo y el dominio sobre la concesión minera, siendo ésta tan independiente de aquélla, que cualquier facultad referida al dominio del suelo no afecta al derecho de concesión, y viceversa. La concesión como objeto inmueble es transferible y transmisible, susceptible de hipoteca y de otros derechos reales, o de todo acto o contrato: Lira, S. (1992), pp. 101-102. El art. 9 TUO Ley General de Minería señala: “*La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada*”. Esta situación es la misma que se produce en otras concesiones, pues el inmueble por naturaleza (predio) tiene vida jurídica independiente con respecto al inmueble por analogía (concesión).

657 El sistema del folio real implica que el registro se organiza tomando como base fundamental el inmueble (predio o concesión, en este caso). De esta manera, a cada inmueble le corresponde una hoja en donde se concentra todo el historial jurídico de dicho bien. En esa hoja se inscriben todos los títulos que contienen actos o negocios constituyentes, modificativos o extintivos de la situación jurídica del inmueble. El interesado que desee conocer la historia del bien solo necesita consultar los datos inscritos en su respectiva hoja. El folio real hace nacer en el registro un catálogo de inmuebles inscritos, buscando de esa manera documentar y patentizar el estado jurídico completo de cada una de las fincas, con el fin de facilitar y asegurar su tráfico jurídico. Cuando la finca se inscribe por primera vez se le abre una hoja particular, a la cual se le adjudica un número propio que servirá para identificarla en lo sucesivo, y a partir de ese momento se practicarán las sucesivas inscripciones referentes a la misma finca: De Ángel, R. (1982), p. 102.

es, con la propia concesión⁶⁵⁸. Cada una de estas hojas registrales, aunque se encuentren más o menos vinculadas en el uso compartido del suelo, siempre tendrán vida jurídica autónoma.

Por tanto, si bien la concesión implica, en principio, una relación jurídica entre el Estado y el concesionario, empero, esta relación toma el carácter de un “objeto de derecho” (inmueble) distinto del propio predio sobre el que eventualmente se asienta la concesión. Esta situación conlleva a que en la partida registral concesional se inscriban todos los actos referidos a esta, entre ellos los actos de transmisión o gravamen, las declaraciones de fábrica y los derechos patrimoniales que se incorporan a favor de la concesión (ejemplo: servidumbres legales)⁶⁵⁹. Por su parte, en la partida registral predial se podrá inscribir todos los actos que afecten al predio, entre ellos, la propia concesión si está asentada sobre una porción deslindada del suelo, o los valores patrimoniales que la integran y se materialicen en el suelo (nuevamente puede citarse como ejemplo las servidumbres legales).

En el caso peruano, desde la creación del Registro de la Propiedad Inmueble, a través de una ley del 02 de enero de 1888, siempre se ha entendido que las concesiones abren finca registral (o partida) con vida independiente a la del predio sobre el cual eventualmente se asientan⁶⁶⁰. Por ello, se reconoce la existencia de fincas prediales, por un lado, y de fincas concesionales, por el otro. Ambas pueden estar coordinadas si la base física sobre la que se materializan (corteza terrestre) es la misma, pero ello no es obligatorio ni imperativo, pues la finca concesional se basa en un derecho “abstracto o incorporeal”, en donde se unifican elementos materiales (por ejemplo: el suelo) y jurídicos con un destino común. Ello es una simple consecuencia del tra-

658 García Cantero, G. (1966), p. 307.

659 La existencia de partidas registrales especiales (concesionales) provoca la necesidad de que, en paralelo a la objetivación registral de la propia relación concesional, el registro publique la realización de las obras nuevas (declaraciones de fábrica) realizadas por el concesionario: Arnáiz Eguren, R. (1991), p. 2167.

660 Un registrador peruano decía textualmente lo que sigue a principios del siglo XX: “Los contratos celebrados con el Estado, sobre concesiones de ferrocarriles, muelles, irrigación, o cualquiera otra obra pública se inscribirán, en vista del contrato o de la concesión definitiva de la obra; registrándose, en lo sucesivo, con títulos análogos, las alteraciones que sufrieren”: Del Valle, A. (1903), p. 31.

tamiento diferenciado en dos tipos de bienes inmuebles (art. 885, incisos 1 y 7 del Código Civil), y que por tanto cuentan con un estatuto legal, naturaleza y características diferentes, tanto a nivel sustantivo, como en lo referido a la técnica y efectos registrales⁶⁶¹. Esta conclusión se encuentra ratificada por el inciso c) del artículo 2º de la Ley 26366, modificado por la Ley 27755, en el cual se establece que el Registro de Propiedad Inmueble comprende, entre otros, el registro de predios y el registro de concesiones para la explotación de servicios públicos. En tal sentido, tratándose de objetos distintos, el legislador ha previsto registros con normativa y características diversas.

2. REGISTRO DE CONCESIONES

2.1. Normativa

El Registro Público de Concesiones se regula en el art. 2-c) Ley 26366 modificado por la Ley 27755, Directiva N° 006-2011-SUNARP-SA, de 27.12.2011, con modificaciones estéticas por la Res. N° 044-2021-SUNARP-SA, así como por disposiciones complementarias sobre concesiones forestales y áreas naturales protegidas, sin perjuicio de las leyes especiales previstas en nuestro ordenamiento para cada tipo de concesión.

La normativa anterior estuvo constituida por los artículos 37 a 43, y 68 del RI (de 1936)⁶⁶², y Directiva N° 004-2001-SUNARP/SN, sobre inscripción de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, e hipoteca (Resolución N° 156-2001-SUNARP/SN, publicada 09.06.2001, modificada por la Resolución N° 332-2004-SUNARP/SN, publicada el 30.07.2004). Estas disposiciones fueron derogadas expresamente por la Directiva N° 006-2011.

661 “La concesión administrativa es un derecho, independiente de los bienes, muebles o inmuebles, capitales o empresas que atendiesen el servicio público”: Cuadros, C. (1995), T. I, p. 120.

662 La 3º DCF RIRP (aprobado por Res. N° 540-2003-SUNARP/SN) derogó el RI (de 1936) en cuanto se refiere a la inscripción de predios. Por tal motivo, quedó salvada, en su momento, la vigencia del art. 68 de dicho Reglamento, referente a las concesiones en general. También, de esta forma, se salvaron los artículos 37 al 43 del mismo Reglamento, respecto de las concesiones sobre ferrocarriles, canales de regadío y demás obras públicas de igual índole. La RTR N° 193-2007-SUNARP-TR-L de 29.03.2007 corroboró que esas normas reglamentarias se encontraban vigentes en su totalidad, hasta la Directiva N° 006-2011.

2.2. Concesiones inscribibles

El registro puede albergar las concesiones de obras públicas de infraestructura, las concesiones para la explotación de servicios públicos y otras concesiones que no sean inscribibles en registros especiales (art. 51 Directiva N° 006-2011, que reitera lo que decía la Directiva N° 004-2001). Si bien el Código Civil (art. 885-7) y la Ley 26366 (art. 2) se refieren exclusivamente a las “concesiones para la explotación de servicios públicos”, ello no es obstáculo para el acceso registral de los otros tipos de concesiones, pues existe normativa expresa con rango de ley que así lo permite⁶⁶³. En su momento, el art. 68 RI (de 1936⁶⁶⁴) autorizó la **inscripción general** de concesiones y autorizaciones administrativas análogas. En tal sentido, la actual Directiva no innova, pues, toda concesión está habilitada para abrir folio en este registro⁶⁶⁵.

663 El art. 23, 3° Ley 26821, Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, establece: “Las concesiones son bienes incorporeales registrales. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo”. Esta norma exige que la inscripción de todas estas concesiones se haga en el registro respectivo, pero no crea ningún registro especial, por tanto, es de suponer que se refiere al actual registro de concesiones para la explotación de servicios públicos, previsto en el art. 2 Ley 26366. No obstante, surge el problema del *nomen iuris*, que no cuadra con el objeto materia del registro, pues en tal registro tienen cabida todas las concesiones, no solo las de servicios públicos, pero ello no es impedimento, pues existen normas con rango de ley que buscan este propósito. Por lo demás, en el Derecho lo decisivo es la sustancia, no la denominación.

664 El art. 2009 CC establece que los Registros Públicos (en este caso, el de concesiones) se rigen por sus reglamentos especiales. Dentro de este ámbito se encuentra la Directiva N° 006-2011.

665 Dentro de este contexto, podemos distinguir tres grandes clases de concesiones (todas ellas inscribibles): a) Concesiones de obras públicas: consiste en la autorización pública para la realización de una obra concreta, cuya nota esencial, desde el punto de vista inmobiliario, radica en la posibilidad de ocupación exclusiva de bienes demaniales, o no. Ésta se caracteriza porque el particular realiza la obra, mientras la contraprestación que recibe se materializa a través de la explotación de dicha obra, por lo que percibe un precio de los usuarios; b) Concesiones de servicios públicos: consiste en la adjudicación de la prestación de un servicio determinado, de titularidad inicialmente pública, mediante percepción de tasas a los usuarios y que, ocasionalmente, puede exigir, también, la ocupación de bienes de pertenencia pública, demaniales o patrimoniales; c) Concesiones para la utilización o explotación particular de recursos naturales: consiste en la posibilidad

2.3. Lugar de inscripción de la concesión

El art. 68 R.I. de 1936 establecía que las concesiones se inscriben en el lugar donde se va a prestar el servicio que las motiva, por lo que de existir varios lugares de explotación de la concesión, entonces el lugar de inscripción será el lugar del domicilio (“oficina principal”) del concesionario. La anterior Directiva N° 004-2001 se limitó a efectuar una simple remisión: “Las concesiones señaladas en el numeral anterior, se inscribirán en el Registro de Concesiones de la Oficina Registral del lugar donde se encuentre la sede principal de la empresa concesionaria, en la forma establecida en los artículos 37 y 68 del Reglamento de las Inscripciones” (art. 5.2). Nótese que la sede registral de la concesión es, en principio, el lugar de la explotación, y, solo se admite como criterio subsidiario, el domicilio principal del concesionario. Por el contrario, la actual Directiva N° 006-2011 señala que el único lugar de inscripción de las concesiones es “la oficina registral del lugar donde se encuentra la sede principal de la empresa concesionaria” (art. 5.2).

En el régimen anterior, y en el actual, la concesión solo permite la apertura de una sola partida registral, en la que se agrupan todas las inscripciones referentes a la concesión misma (actos modificativos, transmisiones o cesiones, hipotecas), así como a los bienes patrimoniales que se le incorporan (servidumbres, obras nuevas, etc.)⁶⁶⁶. Por otro lado, las partidas predia-

de que la Administración permita la utilización particular (con exclusión de terceros) de algún recurso natural, a cambio de un canon a satisfacer por el concesionario a favor del Estado o de la Administración: Arnáiz Eguren, R. (1993), pp. 40-41.

666 En el sistema anterior existía una particularidad sobre este tema, aunque no llegaba a convertirse en excepción, que solo resultaba aplicable a las concesiones de ferrocarriles, canales de regadío y demás obras públicas de igual índole. En este caso, la “inscripción principal” de la concesión se realizaba en el lugar donde el concesionario tenía su domicilio (“oficina principal”) y por el cual debería necesariamente atravesar la obra. Por tanto, la inscripción principal no podía realizarse en el domicilio de la concesionaria, si este no coincidía con algún lugar por donde iba a atravesar la obra (art. 37 RI, de 1936). Efectuada esta inscripción, se extenderían las “inscripciones de referencia” en las demás oficinas del Registro por donde atravesase la cosa pública, y bajo partida independiente. Por tanto, en este caso, la finca concesional estaba compuesta por una “inscripción principal” y, eventualmente, por múltiples “inscripciones de referencia”. No obstante, vale la pena señalar que la doctrina española, comentarista de esta misma figura, de la cual nuestro derecho simplemente la copió, opina que la concesión siempre se entiende como una sola finca, pues en buena cuenta esta se verificó en el Registro de la inscripción principal, sin que las sucesivas inscripciones de referencia tengan más sustantividad que la derivada de

les, aun cuando tengan vinculación con la concesión, pueden ser múltiples, en tanto ello se vincula con los predios involucrados, caracterizado por su individualidad física, no por la objetivación jurídica, como la concesión. Las partidas registrales prediales albergan derechos de muy variada índole, tales como la propiedad misma de la finca predial en favor del concesionario (por título de compraventa, por ejemplo), servidumbres pasivas, afectaciones en uso, obras nuevas, etc. Aquí funciona con todo su rigor el llamado “principio de coordinación”. Una vez más se ratifica que la concesión se inscribe como derecho “objetivado”, pero no en relación con el lugar físico en donde se asienta la obra o el centro de explotación del servicio público.

2.4. Actos secundarios inscribibles de la concesión (objeto unitario)

La Directiva N° 006-2011 (como antes lo había reconocido en forma general la Directiva N° 004-2001) establece que en la hoja registral de la concesión se inscribirán, además, la hipoteca, la transferencia, la transferencia fiduciaria y los demás actos que regulen, modifiquen o extingan la concesión (art. 5.3). Debe entenderse que estos actos jurídicos afectan la concesión en su carácter de “valor patrimonial unitario” (bien autónomo), tales como las transmisiones de la concesión, las modificaciones del acto constitutivo, el usufructo y cualesquiera otros derechos reales o personales que sean compatibles con la estructura técnica de la concesión. Es cierto que la escasa jerarquía normativa de la directiva podría conspirar en contra de una interpretación amplia de los actos inscribibles en la partida registral concesional, sin embargo, el solo hecho de que la concesión sea reputada como bien inmueble (art. 885-7 CC) constituye base suficiente para que sea objeto de cualquier acto de tráfico. El art. 2019 CC regula en general los actos inscribibles en el Registro de Propiedad Inmueble, y también es aplicable

la primigenia: Benavides, J. (1977). Más o menos dentro de la misma línea se encuentra Roca Sastre, para quien las concesiones sobre ferrocarriles adoptan un “sistema mixto”, a mitad de camino entre la inscripción especial y centralizada, y la inscripción corriente y descentralizada: “consiste en inmatricular íntegramente el ferrocarril en el Registro (y dentro de él en el ayuntamiento correspondiente) donde radique el punto de arranque o cabecera de la obra, extendiéndose en los demás Registros y ayuntamientos que el ferrocarril átraviase, un breve asiento especial de referencia a aquél primordial. Es el sistema adoptado por la legislación española”: Roca Sastre, R. (1954), T. III, p. 310.

al Registro de Concesiones, ya que este se encuentra integrado dentro de aquel⁶⁶⁷. Por lo demás, esta es la expresa intención del legislador⁶⁶⁸. En tal sentido, queda ratificada la interpretación que la hoja registral destinada a la concesión es susceptible de incorporar los actos modificativos o extintivos de este derecho “objetivado” (art. 23, 3, Ley 26821). De esta forma, se descarta que la concesión o sus modificaciones requieran inscribirse obligatoriamente en el registro predial, aunque hubiese un trozo de suelo involucrado.

2.5. Actos secundarios inscribibles de la concesión (bienes incorporados)

Si la concesión es un bien inmueble “abstracto” o “incorporal”, que comprende una serie de elementos materiales y jurídicos, es de suponer que algunos de estos “activos” o “valores patrimoniales incorporados” pueden tener acceso al registro. Entre estos se incluyen los elementos materiales (por ejemplo: obras nuevas o declaraciones de fábrica) o los jurídicos (por ejemplo: servidumbres legales)⁶⁶⁹. En principio, la inscripción de estos

667 La legislación especial también reafirma este criterio, y para ello habrá que citar nuevamente el fundamental art. 23, 3° Ley 26821, pues allí se habla de los actos que afectan la concesión misma, es decir, actos que modifican subjetiva u objetivamente la concesión como un valor patrimonial unitario.

668 La Exposición de Motivos del Código de 1984 dice: “lo que el Código hace es establecer reglas generales de aplicación a todos los registros, que, aún cuando no se denominen de la ‘propiedad inmueble’ tienen sus mismas características, como es el caso del Registro de Concesiones Mineras, que es un registro de inmuebles, que forma parte del Registro de Minería, respetando, por cierto, la vigencia de sus normas particulares”: Comisión Revisora del Código Civil (1990), p. 20. Debe aclararse que cuando se dictó el Código, las concesiones estaban adscritas al “registro de propiedad inmueble”, pero en virtud de la Ley 26366 se creó (*rectius*: “se red denominó”), entre otros, el “registro de concesiones” y el “registro de predios” (con ese nombre, a partir de la Ley 27755), los que integran la categoría general de registros de la propiedad inmueble. En tal sentido, de acuerdo con la normativa actualmente vigente, no existen dudas respecto de que el art. 2019 CC resulta aplicable al registro de concesiones, pues este forma parte del genérico Registro de Propiedad Inmueble, según la propia definición dada por la Ley 26366, modificada por Ley 27755.

669 Esta interpretación tuvo fuerte respaldo con la RTR N° 193-2007-SUNARP-TR-L de 29.03.2007: “tanto el contrato de concesión como los bienes que se encuentran afectados a la explotación del servicio público –terrenos, oficinas, redes eléctricas, servidumbres, etc.–, forman parte de un único bien, la concesión, y por tanto, deben registrarse en la

actos no es obligatoria, sino facultativa, por lo que su falta de registro no genera discontinuidad con las sucesivas inscripciones, ni impone el deber de recomponer el tracto sucesivo. Es necesario recordar que la presencia de estos elementos patrimoniales no alteran la concesión misma.

2.5.1. Derechos sobre el espacio físico

Los derechos que recaen sobre el espacio físico de la corteza terrestre o suelo (ejemplo típico: servidumbres legales), pueden inscribirse, tanto en la partida registral concesional -como elemento activo de la concesión-, como en la predial -como carga que soporta el propietario del predio sirviente-. La posibilidad de inscribir estas servidumbres u otros elementos incorporados a la concesión no se encontraba expresamente prevista en el art. 68 RI, de 1936, sin embargo, este tipo de actos ya podía registrarse por virtud del principio general de accesoriedad, por el cual los accesorios siguen la suerte del bien principal (art. 888 CC). Finalmente, la Directiva N° 004-2001-SUNARP/SN previó la inscripción de afectaciones parciales sobre bienes, cuyo ejemplo paradigmático son precisamente las servidumbres (art. 5.5, 2°: “*en los casos en que los bienes mencionados en el párrafo anterior solo estén afectados parcialmente, la anotación deberá consignar tal situación, precisándose la parte afectada a la concesión*”). La Directiva N° 006-2011 es más específica, pues habla de las “servidumbres reconocidas o impuestas a favor de la concesión” son susceptibles de inscripción en el registro de concesiones (art. 5.3.c).

La actual Directiva no soluciona todos los problemas, sino que crea algunos, pues de su lectura se infiere que la inscripción de la servidumbre en la partida registral concesional requiere imperativamente indicar el número de las partidas de los predios afectados, debiéndose extender las anotaciones de correlación en las partidas prediales (art. 5.10, 2° párrafo). Es más, el registrador de concesiones recibe competencia nacional para que extienda las anotaciones de correlación, lo cual implica que deberá calificar la procedencia de estos asientos en las partidas prediales. En caso de que las servidumbres recaigan sobre predios no-matriculados, entonces la oficina

partida de la concesión, al margen que se anote la afectación del bien en su respectiva partida” (c. 14).

de catastro de cada una de las zonas registrales afectadas con la servidumbre guardará copia de la base cartográfica en la cual aparezca la extensión afectada (art. 5.11, 3º). Si posteriormente se produce la matriculación del predio, entonces “el registrador procederá a extender la anotación de correlación respectiva en la partida del predio, comunicando dicha circunstancia mediante oficio al registrador del registro de concesiones para la explotación de servicios públicos competente, a efectos que proceda a extender la anotación de correlación respectiva en la partida de la concesión” (art. 5.12, 3º).

La Directiva N° 004-2001 (art. 5.5, 3º) indicaba que debían abrirse partidas especiales de matriculación, lo que era una solución preferible, en el caso de servidumbres de concesiones que recaigan en predios no inscritos. Por su parte, la Resolución N° 332-2004-SUNARP (publicada el 30.07.2004), que amplió la Directiva N° 004-2001, eliminó la inmatriculación especial de la servidumbre, pues la oficina de catastro debía “reservar” la base cartográfica en la que aparezca el área de la servidumbre hasta que se produzca la inmatriculación de la finca predial (arts. 5.19 y 5.20 de la Directiva N° 004-2001, sobre concesiones, ampliada por Res. N° 332-2004-SUNARP). Este criterio se ha mantenido por la actual Directiva N° 006-2011.

2.5.2. Construcciones

En el caso de obras nuevas (declaraciones o constataciones de fábrica), el art. 68 RI, de 1936, establecía la posibilidad de inscribir las **obras**, perímetro, situación por los cuatro puntos cardinales y cualquier otra circunstancia contribuya a su identificación. La importancia del acceso de las construcciones se encuentra en que la concesión es el título habilitante para ejecutar la obra que se incorpora en el derecho del concesionario y le permite su explotación económica, pues, casi podría decirse que la concesión y las obras son conceptos relacionados por esencia y, por ello, es lógico que el registro también los vincule⁶⁷⁰. La Directiva N° 006-2011 mantiene el ca-

670 “Pues bien, en este punto podría plantearse el problema de si la obra nueva declarada habría de sujetarse para su inscripción a los requisitos exigidos por el art. 372 de la Ley del Suelo, es decir la presentación de la licencia y la expedición de certificado por el técnico correspondiente. La solución más lógica debe ser la negativa. El concesionario no construye amparado por un acto administrativo de remoción de obstáculos tipo licencia,

rácter inscribible de la declaratoria de fábrica de las obras⁶⁷¹: “La inscripción de la declaratoria de fábrica de las obras necesarias para la explotación o aprovechamiento económico de la concesión se realizará en mérito a los planos de las obras, georreferenciados a la Red Geodésica Nacional referida al datum y proyección en coordenadas oficiales, acompañados de las respectivas memorias descriptivas, los cuales deben estar debidamente suscritos y sellados por el profesional que los elaboró y visados por el funcionario competente” (art. 5.13).

Debe considerarse que la inscripción de las obras ejecutadas es facultativa, y no condiciona sucesivas inscripciones referentes a la concesión, como podría ser una hipoteca o una transferencia. De ello se deduce que la constancia de las obras ejecutadas (declaración de fábrica) no es requisito de las posteriores inscripciones, ni afecta el tracto sucesivo. No obstante, es posible que el concesionario opte facultativamente por inscribir estas obras nuevas o declaraciones de fábrica, las que pueden ser publicadas tanto en la partida registral concesional como en la predial, pero sin que una sea exigencia de la otra. La RTR N° 193-2007-SUNARP-TR-L de 29.03.2007, adopta textualmente este criterio: “las obras que se realicen con motivo de la explotación de una concesión y que, por tanto, están afectadas a dicha concesión, forman parte de la misma, por lo que se inscriben en su partida respectiva, con independencia de que se registre la afectación en la partida del predio sobre la que recaen” (sumilla)⁶⁷².

sino obligado por una condición de eficacia de la propia concesión. Por otra parte, en la medida en que la edificación ha de sujetarse al pliego de condiciones particulares sobre las características de la construcción, debe entenderse que la conformidad de la Administración concedente sobre el cumplimiento del contenido de dicho pliego equivale al certificado técnico”: Arnáiz Eguren, R. (1993), p. 95. Nótese que la citada opinión considera con toda razón que la construcción es condición para la eficacia de la concesión, y por tanto es el título habilitante para ejecutar la obra.

- 671 Otra errata, pues el nombre oficial de esta figura es “declaratoria de edificación”, y ya no el tradicional de “fábrica” (Ley 29090, y sus modificatorias).
- 672 Este pronunciamiento dejó atrás una anterior decisión, francamente errada, que había declarado que las obras no eran inscribibles en el registro de concesiones, pues se infringía el principio de especialidad, en tanto, alegaba, que las construcciones se inscriben necesariamente en el Registro de Predios, y no cabe que un mismo acto tenga acceso en otro registro: RTR N° 511-2006-SUNARP-TR-L de 05.09.2006. Este fundamento se revierte de la siguiente manera:

2.6. Principio de coordinación

2.6.1. Carácter facultativo

El principio de folio real implica que en una misma hoja registral se concentran todos los actos o hechos jurídicos vinculados con un objeto determinado. Sin embargo, si los objetos son distintos, entonces cada uno de ellos da lugar a la apertura de partidas distintas, por lo que el folio real no puede aplicarse. Eso es, precisamente, lo que ocurre con los predios y las concesiones, que son dos bienes inmuebles de diferente naturaleza.

Por tanto, no es correcto que el registro de concesiones deba subordinarse al registro de predios, ni viceversa. Ello implicaría, por ejemplo, que solo cabe inscribir una servidumbre en el registro de concesiones cuando ya se inscribió en el de predios, o al revés, según que se otorgue la preferencia a uno u otro. En suma, debe rechazarse esa interpretación por los siguientes fundamentos: Primero, no hay norma alguna que dé entrada a dicha preferencia. Segundo, si debiera existir supremacía, entonces esta debería favorecer al registro de concesiones, pues este último registro fue creado, precisamente, para no tomar en cuenta las inscripciones prediales, y, más bien, la hoja concesional incorpora todos los activos relevantes para

-
- a) Los predios y las concesiones son inmuebles de distinto tipo, por lo que se inscriben en partidas registrales diferentes e independientes una de la otra; en consecuencia, no se infringe el principio de especialidad cuando estamos ante registros distintos; por lo demás, es relativamente usual que un mismo acto se inscriba en varios registros, como ocurre con las sucesiones intestadas y testamentos.
 - b) La concesión es un bien complejo en el que se unifican una serie de valores materiales, jurídicos y patrimoniales, entre los que se encuentra las obras; por tanto, si la publicidad de la concesión pretende ser completa, entonces deben ser inscribibles esos bienes que se le adicionan.
 - c) El art. 68 RI señalaba, en ese momento, que en la partida de concesiones se inscribían las obras. La confusión se origina por considerar que un acto no se inscribe en dos registros, lo que es admisible cuando ello sea necesario de acuerdo con la naturaleza del bien o del objeto que constituye el eje de la hoja registral. En el caso de concesiones, la inscripción de las obras se justifica por cuanto estas se asientan en zonas de dominio público o que afectan predios privados, pero que por la notoriedad de la construcción hace impensable que se pueda constituir un tercero de buena fe, por lo que se hace menos importante la inscripción en el registro de predios y, viceversa, se potencia la publicidad en el registro de concesiones. Para mayores detalles sobre la crítica de esta resolución (ahora superada), puede verse nuestro artículo: Gonzales Barrón, G. (2007), pp. 159-170.

la explotación del servicio público (predios, servidumbres, obras, etc.). En efecto, el registro de concesiones tendría el efecto de derogar las reglas de accesión sobre edificaciones, que corresponden a los predios. La razón sería privilegiar la concesión⁶⁷³.

La propia definición de concesión, como suma de elementos materiales y jurídicos con destino común, exige que dichos elementos se incorporen a la partida concesional, máxime por la dificultad e inutilidad que muchas veces implica que esos mismos actos se inscriban en el registro de predios. ¿Por qué es dificultosa la inscripción? Muy simple: si las obras debieran inscribirse solo en el registro de predios, entonces ello implicaría que cada torre de alta tensión, cada poste, cada tubo de servicio de agua o del gas de Camisea, debería inscribirse por todos los distintos predios por los que transcurren (¿miles?), con el consiguiente sobrecosto innecesario para los concesionarios, sin beneficio efectivo. Por lo demás, muchas de estas zonas son de dominio público, por lo que habría la necesidad de abrir partidas prediales por zonas eriazas, carreteras, autopistas, etc⁶⁷⁴. Bien vale pensar en la inversión superflua que ello significaría, solo por el argumento dogmático de la ¡defensa del folio real!

¿Por qué no es obligatoria la coordinación? Normalmente las obras que sirven para explotar servicios públicos son de gran magnitud, y en ese caso,

673 Se encuentra ampliamente admitido que la “objetivación” de la concesión hasta convertirla en un “bien inmueble” (distinto al predio que soporta la obra), conlleva necesariamente a que el Registro deba publicar la ejecución de las obras nuevas realizadas por el concesionario (declaración de fábrica). Por ello, si en estos casos la apertura de una finca registral (concesional) se hace en base a la concesión misma, es obvio suponer que las edificaciones que lleva a efecto el concesionario dan lugar a la accesión a favor de éste, y no de la Administración. En caso contrario, ¿para que se abre una finca registral (partida) para la concesión y para qué se permite la inscripción de las obras nuevas (declaratoria de fábrica)?: Arnáiz Eguren, R. (1991), pp. 2164-2167. En el mismo sentido, “El concesionario está facultado para la realización de las declaraciones de obra nueva de las instalaciones necesarias para el ejercicio de la concesión. Así resulta de lo establecido en el art. 60, inciso segundo (del R.H. vigente), que recoge la tradicional disposición contenida en el artículo 70 del Reglamento hipotecario de 1870, que admitía ya entonces que el concesionario pudiera llevar a cabo declaraciones de obra nueva, sin duda para evitar el fenómeno de la accesión a favor de la administración concedente, criterio que ratifica la naturaleza cuasi-dominical del derecho concesional”: Arnáiz Eguren, R. (1993), pp. 94-95.

674 Roca Sastre, R. (1954), T. III, p. 310.

nadie puede invocar la condición de tercero de buena fe, pues el que adquiere un terreno levantado sobre una central hidroeléctrica o un ducto del gas de Camisea, difícilmente podría alegar que no conocía la inmensa obra que tiene frente a sus ojos. ¿o, de repente, el tercero puede aducir que habita dentro del tubo de gas, y por eso tiene buena fe? La respuesta de todas estas interrogantes es evidente: no hay buena fe cuando la situación material es notoriamente discordante con el registro; y si no hay buena fe, no existe fe pública. El Tribunal Supremo Español, en estos casos, ha dicho en forma gráfica que el registro no ampara aquellas situaciones tan evidentes que hieren a los sentidos. En conclusión, en estos casos las inscripciones prediales sirven de muy poco, pues, en la práctica, la existencia de una obra de gran magnitud, en contradicción evidente con la información del registro, impide que se constituya un tercero de la fe pública. Por el contrario, la inscripción en el registro de concesiones sí es útil, pues concentra en una hoja todos los bienes relevantes que se han fundido en el destino unitario de la concesión, con lo que, además, se facilita su tráfico como objeto individualizado.

2.6.2. Fundamento de la coordinación

Ahora bien, a pesar de que los predios y las concesiones son bienes diferentes, no puede negarse que el derecho u obra que recae sobre un trozo de terreno (propiedad, servidumbre, construcción) puede inscribirse en uno u otro registro. La pregunta es: ¿bajo qué relación se inscriben los actos en ambos registros? En los párrafos anteriores se ha demostrado que las partidas registrales prediales no están en primacía frente a las partidas concesionales, ni viceversa; por tanto, la relación entre ambas no es de jerarquía, sino de coordinación. La doctrina admite la existencia de este principio: “es la coordinación de los historiales jurídicos de las fincas físicas sobre las que se asienta la concesión, con el folio abierto a la concesión, esto es, con la finca funcional en que la concesión administrativa consiste”⁶⁷⁵. Por otro lado: “Cabe que se incorporen terrenos para ser afectados a la concesión, bien por el mecanismo de la expropiación forzosa o por cualquier otro título. Tales adquisiciones han de ser inscritas en el folio que corresponde al

675 Gómez Gállego, F. (2003), p. 1040.

terreno, sin perjuicio de hacer constar la afectación a la concesión a través de la correspondiente nota marginal en la inscripción de los terrenos, conforme al artículo 31 del Reglamento Hipotecario⁶⁷⁶.

Por el principio de coordinación, los actos comunes que inciden en predios y concesiones pueden inscribirse en uno y otro registro, facultativa, y no imperativamente, de acuerdo con sus exigencias propias de calificación. Por tanto, solo cuando se produce la inscripción paralela, entonces el registrador procede a extender los asientos de correlación necesarios. Por el contrario, la falta de inscripción paralela en ambos registros no impide que se dote de publicidad en uno u otro, según las exigencias propias de la calificación, pero sin que cada uno de los registros se convierta en obstáculo del otro. El art. 5.5 de la Directiva N° 006-2011 establece que, en caso de bienes registrados, se extenderán en sus propias partidas (prediales) las anotaciones que publiquen la afectación del predio, consignándose los datos de la concesión. Bien vistas las cosas, esta norma pretende, no impedir que haya inscripciones en cada una de las partidas de los distintos objetos, sino más bien permitir que el acto inscrito en el registro de predios se pueda inscribir también en el registro de concesiones, y por ello la misma norma dice que en la inscripción predial deberá indicarse “la parte afectada a la concesión”, lo que implica que ambas partidas estén coordinadas, y si hay coordinación ello implica que las inscripciones se hacen en ambas partidas. Por tanto, no se trata de una norma restrictiva, sino permisiva y aclaradora del sistema en su conjunto. El principio de coordinación estuvo ya reconocido en la antigua Directiva N° 004-2001, y se mantiene en la vigente N° 006-2011 (art. 5.5). Sin embargo, el art. 5.11 de la Directiva N° 006-2011 parecería dar a entender que, en el caso de inscripción de servidumbres, es necesario que la oficina de catastro deba informar de los predios sobre los que recae el gravamen. ¿Para qué? Ello podría suponer la admisión de una coordinación forzosa, esto es, que el registro de predios pase a convertirse en requisito del registro de concesiones, en contradicción con la esclarecedora doctrina impuesta en la RTR N° 193-2007-SUNARP-TR-L de 29.03.2007: “las obras que se realicen con motivo de la explotación de una concesión y que, por

676 García García, J. (1995a), p. 308.

tanto, están afectadas a dicha concesión, forman parte de la misma, por lo que se inscriben en su partida respectiva, con independencia de que se registre la afectación en la partida del predio sobre la que recaen” (sumilla). No obstante, el art. 1º D.S. Nº 002-2008-JUS, dispone que las servidumbres reconocidas o impuestas por el Ministerio de Energía o Minas a favor de las concesiones eléctricas definitivas, se inscribirán en el registro de concesiones, en forma independiente a los predios sobre los cuales recayesen dichas servidumbres eléctricas, sea que se encuentren matriculados o no en el Registro de Predios. Por tanto, se reconoce el principio de coordinación facultativo, pero ello no está tan claro en la Directiva, lo que obviamente es una incongruencia.

En suma, la partida registral concesional siempre es única, y en ella se agrupan todas las inscripciones referidas a la concesión misma (actos modificativos, transmisiones o cesiones, hipotecas), así como a los valores patrimoniales que se le incorporen (servidumbres, obras nuevas, etc.). Por otro lado, las partidas prediales, que tienen vinculación con la concesión, sí pueden ser múltiples, y en estas partidas se pueden albergar derechos de muy variada índole, tales como la propiedad misma de la finca predial a favor del concesionario (por título de compraventa, por ejemplo), servidumbres pasivas, afectaciones en uso, obras nuevas, etc. Aquí es donde funciona con todo su rigor el llamado “principio de coordinación”. Una vez más se ratifica, pues, que la concesión se inscribe, en tanto derecho “objetivado”, pero no en relación con el lugar físico en donde se asiente la obra o el centro de explotación del servicio público.

2.6.3. Coordinación entre partida concesional y predial (dominio público)

Es frecuente que la concesión administrativa requiera de un espacio físico (suelo) sobre el cual asentarse. Si en tal caso, el suelo corresponde a un predio de dominio público, entonces no es necesaria la coordinación entre la finca concesional y la finca predial, pues la notoriedad y la publicidad que exhibe normalmente el dominio público es mucho mayor que la publicidad técnica del Registro⁶⁷⁷. En este caso no sería trascendente si la

⁶⁷⁷ “Que, aun en el supuesto actualmente frecuente de que los bienes de dominio y uso público consten inmatriculados en el Registro, la concesión administrativa puede seguir

partida predial estuviese inscrita, pues incluso en esa hipótesis el dominio público no está en el comercio de los hombres, y, por tanto, no existe el riesgo de que un tercero de buena fe pueda adquirir válidamente confiando en el Registro. Téngase en cuenta que por definición el dominio público no es materia de tráfico jurídico privado, por lo que resulta imposible que se constituya un tercero registral⁶⁷⁸. Sin embargo, nada obsta para que el concesionario, de creerlo conveniente, inste la respectiva coordinación entre la partida registral concesional y la predial (de dominio público), siempre que esta última ya conste matriculada, pues así se infiere del art. 5.5 de la Directiva N° 006-2011-SUNARP/SN, aunque la cuestión queda ensombrecida con el art. 5.11.

2.6.4. Coordinación entre partida concesional y predial (propiedad privada inscrita)

Por el contrario, si la explotación de la concesión requiere de predios de particulares (o patrimoniales del Estado) será necesario realizar la coor-

una suerte diferente de la inmatriculación de tales bienes, ya que conforme al artículo 6 RH cabe que tales bienes sean objeto de 'desinscripción', con lo que se plantearía problemas respecto a las concesiones administrativas si estuvieran inscritas en el mismo folio que tales bienes, y de ahí que haya que considerar acertada la posición del Reglamento Hipotecario que prevé la apertura de folio para las concesiones administrativas": *Ibid.*, pp. 306-307. Ni siquiera en este caso resulta procedente que en la finca predial (del dominio público) albergue la inscripción de la concesión como acto secundario; en efecto, aun en esta hipótesis la finca concesional mantiene su plena autonomía con respecto a la finca predial de dominio público. En suma, la concesión misma es la causal determinante para la apertura de la finca (partida) concesional; en ningún caso la concesión es acto secundario de la finca predial, ni siquiera cuando ésta alberga un inmueble de dominio público. En forma más reciente se ha opinado lo mismo: "A su vez, los bienes inmuebles demaniales públicos y los privados, afectos a la concesión, deberán estar inscritos, si se quiere que conste registralmente la afectación; pero no es obstáculo su no inscripción para que pueda inscribirse la concesión administrativa": Gómez Gállego, F. (2003), p. 1053

678 "La condición demanial de un bien hace la publicidad registral innecesaria, pues la nota de demanialidad comporta la publicidad en sí misma. La zona marítimo terrestre o el patrimonio histórico-artístico, no necesitan de publicidad registral alguna porque participan de la publicidad superior de la ley": Álvarez Caperochipi, J. (1986), p. 85. El art. 73 de nuestra Constitución de 1993 no define a los bienes de dominio público, pero sí señala sus características de inalienabilidad (no pueden enajenarse) e inembargabilidad (no son susceptibles de embargo). Es cierto que omite la clásica característica de imprescriptibilidad, pero esta puede deducirse del hecho que no son enajenables, ya sea por acto voluntario o por cualquier otro acto de adquisición de la propiedad (como la usucapión).

dinación respectiva entre la partida registral concesional (en donde se inscribe la concesión misma, sus obras, sus valores patrimoniales -ejemplo: servidumbres legales-) y la predial (en donde bastará inscribir el derecho real a efecto de que exista la necesaria referencia entre una y otra partida, aunque también será posible inscribir separadamente todas las realidades materiales -obras nuevas- o jurídicas -servidumbres legales- que estén incorporadas a la concesión, siempre que estas se materialicen en una superficie deslindada de la corteza terrestre o en un espacio físico delimitado). El “principio de coordinación”⁶⁷⁹ se sustenta en la necesidad de publicitar a través del registro las afectaciones o gravámenes que pudiesen recaer sobre las partidas prediales, con lo cual se impide que un tercero de buena fe pueda alegar el desconocimiento del acto no-inscrito, o la validez de su adquisición por tratarse una causa de nulidad no-inscrita (en cualquiera de los casos, la patología tendría como origen la “falta de coordinación” entre la partida concesional y la predial). De esta manera, las empresas concesionarias buscarán evitar que se constituya un tercero que se ampare en los principios registrales de oponibilidad registral relativa (art. 926, 2022 CC), inscripción declarativa (art. 1135 CC) o de fe pública (art. 2014 CC). Si bien el art. 68 R.I. no contenía el principio de “coordinación”, sin embargo, se encontraba implícito en la regulación prevista en los arts. 37 a 43 del mismo texto reglamentario, referidos a las inscripciones de ferrocarriles, canales de regadío y demás obras públicas⁶⁸⁰. En todo caso, la cuestión fue solucio-

679 Este principio (o regla de técnica registral) puede definirse como: “la coordinación de los historiales jurídicos de las fincas físicas sobre los que se asienta la concesión, con el folio abierto a la concesión, esto es, con la finca funcional en que la concesión administrativa consiste”: Gómez Gállego, F. (2003), p. 1040.

680 Si bien la coordinación prevista en el caso específico de los ferrocarriles (y análogos de la misma especie) es “negativa”, en tanto aquí los predios incorporados a la concesión, ya sea por expropiación o por cualquier otro título, quedan “des-inscritos” de las fincas prediales que los hubiesen albergado, por lo que de allí en más la única finca que los recoge -sin necesidad de una coordinación “positiva”- es la concesional. Esta conclusión aparece claramente sentada en el derogado art. 39 del R.I., en el cual se establece que los derechos sobre terrenos incorporados a la concesión solo producen efectos frente a tercero cuando quedan canceladas las inscripciones originarias referentes a las mismas porciones de terreno (obviamente se refiere a las fincas prediales originarias). En tal sentido, el terreno incorporado a la finca concesional, conlleva la cancelación de la finca predial. Sobre el particular se ha dicho lúcidamente que el art. 64 del Reglamento Hi-

nada con la incorporación expresa del “principio de coordinación” en el art. 5.5 de la Directiva N° 004-2001-SUNARP/SN, sobre concesiones, la misma que posteriormente fue ampliada a través de la Res. 332-2004-SUNARP/SN, que incorpora los arts. 5.16, 5.17, 5.18, 5.19 y 5.20 a la misma directiva. La actual directiva N° 006-2011 contiene regulación análoga, aunque la cuestión ha quedado ensombrecida en el art. 5.11.

2.6.5. Coordinación entre partida concesional y predial (propiedad privada no inscrita)

En este caso no es posible realizar “coordinación” alguna, pues una de las partidas (predial) no existe. En tal caso, la derogada directiva sobre concesiones N° 004-2001 (art. 5.5, 3°) permitía que se abra una partida especial (sin necesidad de matriculación) a fin de correlacionar el derecho incorporado a la concesión (por ejemplo: propiedad, usufructo, obras nuevas, etc.) con respecto al que recae sobre el predio no-inscrito. Por su parte, la Resolución N° 332-2004-SUNARP (publicada el 30.07.2004), que ampliaba la directiva sobre concesiones, ratificó la posibilidad de inscribir una servidumbre sobre predio no-inscrito, aunque en esta última hipótesis (referida solo a las servidumbres), no era necesaria la matriculación especial, pues la oficina de catastro debía “reservar” la base cartográfica en la que apareciera el área de la servidumbre, hasta que se produzca la matriculación de la finca predial⁶⁸¹ (arts. 5.19 y 5.20 de la directiva sobre concesiones, ampliada

potecario Español de 1915 -análogo a nuestro art. 39 R.I.-, permite ver el siguiente símil: “una especie de monstruo que devoraba fincas, las cuales al ser asimiladas por el ente concesión, sufrían una transubstanciación registral”: Roca Sastre, R. (1954), T. III, p. 314. Para entender adecuadamente los abrogados arts. 37 al 43 de nuestro R.I. era necesario revisar su antecedente inmediato, cuál es, el Reglamento Hipotecario Español de 1915; para ello resulta altamente recomendable la obra de Roca Sastre: *Ibid.*, pp. 307-322, quien en ese momento ya comentaba el tema desde una perspectiva histórica, pues el Reglamento Hipotecario de 1915 había sido sustituido por el de 1947.

681 En tal sentido, la Res. N° 332-2004-SUNARP, publicada el 30 de julio del 2004 modifica la Directiva N° 004-2001-SUNARP, sobre inscripción de concesiones e hipotecas, la cual estableció que son inscribibles las servidumbres a favor de los titulares de las concesiones que recaigan sobre áreas o predios no inscritos. Esta situación es concordante con el hecho que en el Registro de Concesiones no se inscribe el suelo, sino la concesión misma. Por supuesto que esta situación podría traer problemas cuando en el futuro se pretendiese inmatricular el predio afectado con la servidumbre, pues de no existir

por Res. N° 332-2004-SUNARP). La actual directiva N° 006-2011 tiene una regulación más oscura en el art. 5.11, conforme ya se ha anotado.

coordinación entre ambos registros, es factible que se produzca un gravamen oculto que sea inoponible frente a un tercero registral de buena fe. Este problema se trata de enfrentar en la citada norma, pues el art. 5.19, in fine, de la directiva indica que: *“Luego de inscrita la servidumbre, cuando corresponda, el área de Catastro de la Zona Registral en la que se inscribió dicho gravamen, bajo responsabilidad, deberá remitir al área de Catastro de la Zona Registral en cuyo ámbito está localizado el área afectada, una copia de la base cartográfica en la que aparezca el perímetro del área”*. Esta prevención se justifica por lo que pudiese ocurrir en el futuro: *“En caso se solicite la inmatriculación de un predio, el área de Catastro de la Zona Registral competente deberá evaluar si el pedido cuya inmatriculación se solicita, está afectado total o parcialmente con una servidumbre inscrita en el Registro de Concesiones para la explotación de servicios públicos...”*. Luego se agrega que el título de inmatriculación deberá adecuarse con los antecedentes de la servidumbre inscrita, pues de ser procedente la primera de dominio, entonces la servidumbre (pasiva) será trasladada a la nueva finca registral (art. 5.20). Sobre el particular es menester indicar que la solución es técnicamente correcta, pero tal vez hubiera sido preferible establecer una excepción a las reglas de la inmatriculación, permitiendo que en estos casos se proceda a la primera inscripción con un título de servidumbre a favor del predio dominante. De esa manera el antecedente registral estaría claramente noticiado en una partida registral, y no en el simple archivo del área de Catastro. La razón de ser de esta directiva se encuentra en los trabajos de transporte a través de ductos del gas de Camisea. Así se señala implícitamente en el considerando de la Res. N° 332-2004-SUNARP: *“Que, la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o prestación de servicios públicos, encargadas por el Estado a personas jurídicas nacionales o extranjeras, en virtud al otorgamiento de concesiones, requieren en significativos casos de la constitución de derechos de servidumbres sobre predios del Estado o de particulares, para el desarrollo de tales actividades; Que, en efecto, leyes especiales, como la Ley N° 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, establece en su artículo 82° que los titulares de concesiones pueden obtener derechos de servidumbres sobre terrenos públicos o privados; Que, en este sentido, la constitución de derechos de servidumbres, reguladas por leyes especiales, en beneficio del titular de la concesión, requiere de una adecuada protección y publicidad, lo cual constituye un elemento clave para su reconocimiento y respeto por los terceros; y por ende, para la efectividad y éxito de la concesión; Que, la adecuada publicidad de tales servidumbres se ve afectada cuando recaen sobre áreas o predios no inscritos, pues ello imposibilita su acceso al Registro; Que, en tal contexto, y en atención a que estas servidumbres constituyen un beneficio a favor de la concesión, resulta necesario que se publiciten en la partida de la concesión, las servidumbres a su favor, que recaen sobre áreas o predios no inscritos; De esta manera se brinda una adecuada publicidad a tales servidumbres y que, a la vez, coadyuve a dar seguridad jurídica y confianza en las inversiones privadas que se realizan en esta materia ...”*.

2.7. Titularidad de las obras ejecutadas por el concesionario

En este punto surge la pregunta respecto a la propiedad de la construcción ejecutada por virtud de la concesión, cuando el titular del suelo es un tercero. Sobre el particular, debe indicarse que los legitimados para solicitar una licencia de edificación, si fuera el caso, o los legitimados para otorgar el acto de declaratoria son todos aquellos titulares que cuentan con un “derecho a edificar” (*ius aedificandum*), como pueden ser los usufructuarios, los superficiarios, y en este caso los concesionarios.

Los concesionarios aprovechan los recursos naturales y gozan de un “derecho real”, según el art. 66 Constitución 1993⁶⁸², es decir, se trata de un derecho directo, inmediato, que se ejerce sin intermediarios, o sea, sin “la previa autorización” del propietario del suelo, pues el concesionario en forma directa se atribuye la titularidad de las obras ejecutadas y de los demás derechos que incorpore a la concesión. Es más, el art. 24 del D. Ley 25844, de Concesiones Eléctricas, por ejemplo, establece que la concesión definitiva permite utilizar los bienes de uso público, y el derecho de obtener la imposición de servidumbres para la construcción y operación de centrales de generación y obras conexas, subestaciones y líneas de transmisión, así como también de redes y subestaciones de distribución para Servicio Público de Electricidad. Por tanto, el concesionario definitivo que ha obtenido servidumbres puede construir y operar centrales de generación, por lo que se encuentra claramente legitimado para otorgar la declaratoria de fábrica o edificación.

Nuevamente puede reiterarse que el acto sustantivo es el “derecho a construir” (obra nueva), mientras que la “declaratoria de edificación” es el título formal para el acceso al registro. Por tanto, el que tiene “derecho a construir”, también está legitimado para otorgar el título formal, máxime si estamos en presencia de un derecho real, según el art. 66 Constitución. Por lo demás, esta es la expresa previsión que contiene desde hace mucho tiempo nuestra antigua norma registral (art. 68 RI, de 1936), por el que se

682 Por su parte, la Ley 26821, Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales - dictada en cumplimiento del art. 66 de la Constitución-, incluye dentro de su ámbito de aplicación a todas las concesiones eléctricas (3° DF).

otorgaba al concesionario la potestad de inscribir las obras nuevas que sean necesarias para la explotación y aprovechamiento de la concesión⁶⁸³.

En suma, no es necesario buscar un “título de propiedad” específico respecto de los bienes o derechos incorporados a la concesión, pues ese título no es otro que la misma concesión. Recuérdese que el solo otorgamiento de la concesión ya confiere inmediatamente al concesionario un derecho a edificar la obra que será necesaria para explotar la concesión (nuevamente, el caso paradigmático es el art. 24 D. Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas), por tanto, si la concesión es el título habilitante que permite la ejecución de las obras, entonces este mismo es el que atribuye la titularidad de las obras a favor del concesionario. Es más, el art. 37 del D. Ley 25844, de Concesiones Eléctricas, establece que, una vez declarada la caducidad de la concesión, los derechos y bienes serán subastados, tras lo cual se deducirán los gastos, y el remanente será entregado al antiguo concesionario. De este precepto legal, se advierte que todos los bienes incorporados a la concesión (incluyendo las obras) son de titularidad del concesionario, por lo que este conserva el derecho a recibir el remanente que hubiese; siendo ello así, se concluye que los bienes incorporados a la concesión son de titularidad del concesionario, aun cuando este no los pueda retirar libremente, pues queda sometido a la liquidación administrativa de la relación concesional⁶⁸⁴.

En consecuencia, el concesionario es titular de las obras que ejecuta con el fin de explotar la concesión, lo cual se infiere claramente del art. 66 Constitución de 1993 (“la concesión es un derecho real”), el Código Civil (art. 955 CC) y la Directiva N° 006-2011; por tanto, el concesionario se encuentra perfectamente legitimado para otorgar los actos de declaratoria de edificación.

683 Esta conclusión se ratifica por el hecho que nuestra norma reglamentaria tiene su antecedente en el art. 70 del Reglamento Hipotecario Español de 1870, el cual contenía idéntica solución: Arnáiz Eguren, R. (1993), pp. 94-95.

684 “Los bienes afectados a la prestación del servicio público pueden pertenecer al Estado o al concesionario, o pueden ser unos de aquél y otros de éste. Los bienes del Estado que el concesionario utiliza para la prestación del servicio público, en principio, pertenecen al dominio público. Los bienes del concesionario que afecten al servicio público son propiedad privada de él, pero sujetos a un régimen jurídico especial”: Dromi, R. (1994), p. 322.

3. TIPOS ESPECIALES DE CONCESIONES

3.1. Concesiones forestales, de fauna silvestre y para forestación y reforestación

La riqueza forestal es aquella que se extiende en el suelo destinado al crecimiento de las especies forestales arbóreas o arbustivas⁶⁸⁵. El tema está regulado por la Ley 29763, Forestal y de Fauna Silvestre (publicada: 22.07.2011), que entró en vigor el día siguiente de la publicación de sus cuatro reglamentos con fecha 30.09.2015⁶⁸⁶, con excepción de los arts. 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 135, 6°, 7°, 8° DCT de la nueva ley, que fueron de aplicación inmediata.

La Ley 29763 señala que la concesión forestal es un bien incorporal registrable, que puede ser objeto de hipoteca, cesión de la posición contractual u otros actos acordes a la naturaleza del título. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella se inscriben en el registro. Mediante la concesión forestal, el Estado, a través de los gobiernos regionales, otorga, en áreas de dominio público, derecho para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre, y derecho de uso de tales recursos naturales, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos extraídos legalmente (art. 51). Si los recursos forestales se encuentran en predios privados, entonces la autoridad regional forestal y de fauna silvestre otorga permisos de aprovechamiento con fines comerciales siempre que se trate de bosques naturales de cualquier categoría o bosques secundarios, previa aprobación del plan de manejo forestal (art. 69). Nótese que, en tierras públicas, el Estado otorga concesiones; mientras que en tierras privadas solo se confiere permisos. La diferencia es sustancial, pues en el primer caso, los recursos forestales pertenecen al dominio eminente del Estado (arts. 8 TP y 4), en cambio, en el segundo, no son parte del patrimonio forestal de la Nación (art. 4 *in fine*), lo cual implica que el

685 Parada, R. (2004), p. 199.

686 Así lo establece la 6° DCF-Ley 29763, y los reglamentos aprobados son:
 D.S. N° 018-2015-MINAGRI: Reglamento para la gestión forestal.
 D.S. N° 019-2015-MINAGRI: Reglamento para la gestión de fauna silvestre.
 D.S. N° 020-2015-MINAGRI: Reglamento para la gestión de plantaciones forestales.
 D.S. N° 021-2015-MINAGRI: Reglamento para la gestión forestal y de fauna silvestre en comunidades nativas y comunidades campesinas.

propietario privado es titular de los bosques, pero sujeto a un régimen de licencia o permiso, por el que se remueve el obstáculo para la explotación que naturalmente le corresponde. Es necesario recordar que los recursos forestales, pertenecen, sin excepción, a la Nación, es decir, según la Constitución, el propietario privado puede ser titular del suelo, pero ello no le autoriza a considerarse dueño de los recursos forestales.

Las concesiones forestales se inscriben en el Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos, para lo cual, es competente la Oficina del lugar donde se ubica geográficamente la concesión, o la Oficina en la que se encuentra la mayor extensión de la misma (art. 5.1 Directiva N° 001-2006). Una vez abierta la hoja registral de concesión, en mérito de la escritura pública del contrato, se pueden inscribir sucesivamente todos los actos jurídicos que la modifiquen o afecten, incluyendo la hipoteca de la concesión (art. 5.2 Directiva N° 001-2006). También acceden al registro las obras realizadas (declaratoria de edificación) o los valores patrimoniales que se incorporen a la concesión (supletoriamente aplicable la Directiva N° 006-2011).

Llama la atención que la inscripción de la concesión necesite de un previo informe de la oficina de catastro, cuya finalidad es determinar si la zona materia de la concesión forestal se encuentra inscrita en el registro de predios o en el de concesiones, en cuyo caso, el registrador denegará la inscripción (art. 5.7 Directiva N° 001-2006). Esta solución implica que se ha producido una confusión entre las partidas registrales prediales y concesionales, que representan bienes inmuebles distintos, pues una cosa es el predio, que puede ser propiedad de particulares, y, otra cosa es la concesión sobre la riqueza forestal, que corresponde a la Nación como titular de los recursos naturales⁶⁸⁷. Si los bienes son distintos (predio y concesión), entonces resulta injustificado que la inscripción de uno esté condicionada por el otro. Nótese que el propietario del predio del terreno, a falta de permiso,

687 La coordinación forzosa produce graves problemas para la inscripción de las concesiones forestales, como se advierte en la RTR N° 2190-2020-SUNARP-TR-L de 27.11.2020, pues se exige informe previo de la oficina de catastro, respecto de la superposición de otros predios, o con otras concesiones forestales, o con áreas naturales protegidas, o con derechos de pueblos indígenas que accedieron al catastro forestal. En el mismo sentido, la RTR N° 691-2018-SUNARP-TR-T de 04.12.2018, que deniega la inscripción de la concesión forestal cuando se superpone con otros predios inscritos de propiedad de particulares.

no puede realizar actos de aprovechamiento y explotación forestal, lo que ratifica que son dos objetos jurídicos distintos.

3.2. Concesiones eléctricas

Las actividades relacionadas con la generación y transmisión de la energía eléctrica, además de las de distribución y comercialización, se rigen por el D. Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y por su Reglamento aprobado por D.S. 009-93-EM, y disposiciones modificatorias, ampliatorias y complementarias. De acuerdo con este complejo normativo, cualquiera de estas actividades, según los casos, pueden explotarse por medio de concesiones, autorizaciones o en forma libre (arts. 6 y 7 D. Ley 25844).

La actividad de generación implica la función de producir energía eléctrica, así como la de construir, operar y mantener las centrales de producción. Por su parte, la actividad de transmisión implica la función de transportar la energía eléctrica a través de redes que vinculan los puntos de generación con los de distribución. Normalmente se entiende que la red de transporte está constituida por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos que cumplan funciones de transporte; asimismo, se consideran elementos constitutivos de la red, todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares, eléctricos o no, necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de la red de transporte.

Las reglas aplicables a la inscripción de las concesiones eléctricas de generación y transmisión, además de la Directiva N° 006-2011, son las siguientes:

- a) D. Ley 25844 y D.S. 009-93-EM, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.
- b) Ley 26821, Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la cual contiene específica regulación sobre el registro de concesiones que recaen sobre recursos naturales (véase el fundamental art. 23), y entre las cuales se incorporan todas las concesiones eléctricas según la previsión dispuesta en la 3° DF de la misma ley: *“mantiene su plena vigencia, entre otras, las siguientes le-*

yes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...) – Decreto Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (...)”⁶⁸⁸.

- c) Art. 7 del D. Ley 26120, establece los procedimientos de saneamiento físico-legal⁶⁸⁹ de los bienes y derechos de las empresas estatales incluidas dentro del proceso de promoción a la inversión privada, siendo que para el ámbito estricto de las empresas pertenecientes al subsector eléctrico, se complementó dicha norma con

688 Las concesiones de generación eléctrica no ocasionan debate, pues en ellas existe la necesidad de aprovechar ciertos recursos naturales para su funcionamiento, específicamente en el caso de las centrales de producción hidroeléctrica, en donde la energía se genera sobre la base de la fuerza del agua. En tal sentido, puede citarse el siguiente texto: “La energía hidráulica, por su parte, no procede del ciclo genético, sino del ciclo del agua, que la lleva desde el océano hasta los ríos a través de la evaporación, primero, y de la precipitación, posteriormente. El ciclo del agua se completa con el retorno de esta al océano, en donde se reinicia. En el trayecto del agua desde los ríos a los mares, su fuerza de arrastre y caída puede ser utilizada mecánicamente o ser transformada en electricidad para otros usos”: Marticorena, B. (2004), p. 51. Por el contrario, sí ocasiona dudas que las concesiones de transmisión puedan ser incluidas como un mecanismo de aprovechamiento de recursos naturales, pues en estas simplemente hay una red de transporte (obra humana) asentada en el suelo. Por tal motivo se dice que: “hay actividades de prestación de servicios singularizados como son la generación y la venta al consumidor final (suministro en sentido estricto) y hay, por el contrario, actividades de explotación de infraestructuras y prestación de servicios no singularizados como son la construcción y mantenimiento de las redes, el transporte y distribución”: Ariño, G. (2004), p. 623. No obstante, el legislador ha considerado que todas las concesiones eléctricas (incluyendo obviamente a las de transmisión) se rijan supletoriamente por la Ley 26281, Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (así se indica en la tercera disposición final de la propia Ley 26821, en donde se establece un listado de leyes sobre recursos naturales que se mantienen en vigor, y entre las que se incluye expresamente al Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, sin hacer ninguna excepción respecto de las distintas concesiones que esta regula). Por tanto, si en este precepto no se hace excepción alguna del ámbito de aplicación de la Ley 26281, entonces no cabe que el intérprete distinga donde la ley no distingue. En resumen, todas las concesiones eléctricas se regulan supletoriamente por lo dispuesto en la Ley 26281 y, especialmente, por el fundamental art. 23 referido al registro de todas estas concesiones.

689 El saneamiento físico implica el conjunto de labores destinadas a la identificación y delimitación de un predio en el terreno, esto es, localizarlo en el espacio geográfico y establecer sus límites en forma más o menos precisa. Por el contrario, el saneamiento legal abarca el trabajo integral consistente en el dictamen, informe, estudios y labores cuya finalidad es determinar el propietario de un bien determinado, y, eventualmente, lograr que la titularidad se transmita y formalice a favor del requirente.

el D.S. 02-95-PCM, el que incluye mecanismos de regularización de las inscripciones en el Registro⁶⁹⁰.

- d) Directiva N° 001-DNRPC-DGRP, de fecha 28.09. 1993, aprobada por Resolución Directoral N° 035/93-DNRPC-DN de la entonces Dirección Nacional de los Registros Públicos y Civiles⁶⁹¹, que viene a ser el antecedente de la actual SUNARP, creada por virtud de la Ley 26366.

El presente marco normativo permite extraer las reglas que se aplican para la inscripción de los distintos actos vinculados con las concesiones de generación y transmisión de energía eléctrica:

- a) Las concesiones de generación y transmisión de energía eléctrica son inscribibles en el Registro de Concesiones (art. 885-7 CC, art. 2 Ley 26366, art. 23 Ley 2628, art. 7 del D.S. 009-93-EM, Reglamento de las Ley de Concesiones Eléctricas -modificado por D.S. 022-97-EM-, Directiva N° 006-2011).
- b) También son inscribibles en el Registro de Concesiones, los demás actos derivativos que afecten a la concesión misma de generación y transmisión de energía eléctrica (entendida como “valor patrimonial unitario”), entre los que se puede mencionar los actos mo-

690 Durante la década de los 90's, se dictaron una serie de normas que permitían la regularización (o saneamiento físico-legal) de una serie de derechos o bienes pertenecientes a distintas entidades públicas y/o estatales. Dentro de este contexto se aprobaron el D. Ley 26120 (art. 7) y el D.S. 02-95-PCM, los cuales mantuvieron vigencia. Para llegar a tal conclusión, es necesario tener en cuenta que, si bien con posterioridad al D. Ley 26120 y al D.S. 02-95-PCM, se han dictado normas de alcance general que permiten el saneamiento físico-legal de los inmuebles de todos los organismos e instituciones del sector público, estas dudosamente comprenden a las empresas estatales.

691 La directiva registral de “Normas para la aplicación de los Decretos Supremos expedidos al amparo del Dec. Leg. 674 y su modificatoria el Dec. Ley 26120 relativos a la inscripción de los inmuebles de las empresas del Estado” es de fecha anterior al D.S. 02-95-JUS, pero aun así resulta de aplicación a los bienes y derechos inscribibles de las empresas eléctricas, pues la citada directiva -además de lo que dice su propio nombre- indica expresamente dentro del texto normativo (punto 7), que su ámbito de aplicación comprende todo Decreto Supremo “aprobado al amparo del inc. c) del art. 7° del D. L. 26120”, lo que incluye al D.S. 02-95-JUS. Por tanto, esta directiva también podrá ser invocada para este caso, siempre y cuando no entre en conflicto con normas posteriores de igual o mayor jerarquía, en especial con el propio D.S. 02-95-JUS.

dificativos de la concesión, la hipoteca y los demás derechos reales o personales que tengan carácter inscribible en el Registro de Propiedad Inmueble (art. 2019 CC, art. 23 Ley 26281, art. 7 del D.S. 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas -modificado por D.S. 022-97-EM-, Directiva N° 006-2011).

- c) También son inscribibles en el Registro de Concesiones, los elementos activos o “valores patrimoniales incorporados” a la concesión de generación o transmisión de energía eléctrica. Entre estos se incluyen los elementos materiales (por ejemplo: obras nuevas o declaraciones de fábrica) y los elementos jurídicos (por ejemplo: servidumbres legales o voluntarias). En principio, la inscripción de estos actos no es obligatoria, sino facultativa, por lo que su falta de registro no genera discontinuidad con las sucesivas inscripciones ni impone el deber de recomponer el tracto sucesivo (D.S. 002-2008-JUS). Dentro de este contexto, la inscripción de las obras nuevas en el Registro de Concesiones se encuentra prevista en la Directiva N° 006-2011; por su parte, la inscripción en el mismo Registro de las servidumbres forzadas o voluntarias se encuentra prevista en los arts. 886 y 2019 del CC, art. 7 del D.S. 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas -modificado por D.S. 022-97-EM-, D.S. 002-2008-JUS y Directiva N° 006-2011. En el caso específico de servidumbres que recaen sobre predios no inscritos, la “coordinación” se realiza a través del procedimiento establecido en el art. 5.11 de la misma Directiva sobre concesiones. En este caso, no se abre una finca especial en el Registro de Predios para albergar la servidumbre sobre el inmueble no inscrito; sin embargo, el Área de Catastro de la Oficina Registral “reserva” la información cartográfica para el caso en que se inste la inmatriculación (art. 5.12).
- d) Por virtud del principio de “coordinación”, son inscribibles, tanto en el Registro de Concesiones como en el Registro de Predios, los demás derechos reales que inciden en las concesiones de generación y transmisión de energía eléctrica, bajo la condición de que estos derechos se materialicen en un espacio físico de la corteza terrestre (suelo), ya sea que el predio sea de dominio público o

de particulares. Sobre el particular, resulta de aplicación los arts. 886 y 2019 CC, art. 7 del D.S. 009-93-EM, Reglamento de las Ley de Concesiones Eléctricas –modificado por D.S. 022-97-EM-, art. 5.5 Directiva N° 006-2011. En tal sentido, la inscripción del acto o derecho en el Registro de Concesiones (ejemplo: propiedad sobre terreno, servidumbre forzosa, obra nueva, etc.) puede reflejarse también en el Registro de Predios (art. 5.5 de la directiva sobre concesiones).

- e) La concesión se inscribe en el Registro de Concesiones del lugar donde se asienta la sede principal de la empresa concesionaria (art. 5.2 Directiva N° 006-2011). En cualquier caso, la partida concesional que albergue a las concesiones de generación o transmisión de energía eléctrica siempre será única. En cambio, las partidas prediales, que tienen vinculación con la concesión, pueden ser múltiples, y en estas partidas se pueden albergar derechos de muy variada índole, tales como la propiedad, servidumbres pasivas, afectaciones en uso, obras nuevas, etc. Aquí funciona el llamado “principio de coordinación”.
- f) El art. 7.c), del D. Ley 26120 otorga cobertura legal a los procedimientos de saneamiento legal y administrativo de las empresas estatales incluidas dentro del proceso de promoción de la inversión privada, según el D.L. 674. En tal sentido, se permite que mediante norma reglamentaria (Decreto Supremo) se pueda *“aprobar y poner en ejecución programas de saneamiento legal y administrativo que permitan regularizar las autorizaciones, permisos y los derechos, en general, correspondientes a la empresa, así como los títulos de propiedad de sus bienes. La Oficina Nacional de Registros Públicos, así como todas las entidades en las que se registren los derechos correspondientes a la empresa, procederán a efectuar las respectivas inscripciones en las condiciones que establezca el decreto supremo”* (citado art. 7-c). En efecto, para el caso de las empresas del sub-sector eléctrico, incluidas dentro del proceso de promoción a la inversión privada, se dictó el D.S. 02-95-PCM (publicado: 27.01.1995), que autoriza el saneamiento legal de la titulación de los bienes inmuebles de las empresas eléctricas

(art. 1), comprendiéndose en forma enunciativa los siguientes actos que pueden ser materia u objeto de regularización⁶⁹²: inscripciones de dominio, declaratorias o constataciones de fábrica, sus ampliaciones; aclaración o rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas, independizaciones, acumulaciones, cancelación de inscripciones o anotaciones relativas a derechos personales o reales, incluyendo los de garantía, así como la cancelación de cargas u otros gravámenes que afecten la libre disponibilidad del bien. El procedimiento de regularización registral regulado por el D.S. 02-95-JUS (y amparado por el art. 7 del D. Ley 26120), se inicia con una declaración simple con valor de declaración jurada que contenga los actos que se desean inscribir, así como que no existe procedimiento judicial alguno que tenga incidencia sobre la inscripción (art. 3). Si el acto inscribible es una primera de dominio, declaratoria de fábrica, o actos referidos al área, linderos o medidas perimétricas del terreno (incluye rectificaciones, independizaciones y acumulaciones), se requerirá memoria descriptiva autorizada por el profesional competente (art. 4). Si bien la norma no habla de planos o representación gráfica, esta también será exigible a tenor de las reglas generales de inscripciones⁶⁹³. El procedimiento de regularización registral se hace en dos etapas: Primero, con la solicitud de anotación preventiva del acto (art. 6); Segundo, con la solicitud de inscripción definitiva del acto, una vez transcurrido el plazo de treinta días desde la publicación de avisos, en los que se comunica cuales son los inmuebles materia de saneamiento legal, tanto en el diario oficial, como en otros dos diarios de circulación nacional, siempre que no haya mediado oposición judicial de ter-

692 Véase la explícita redacción del art. 2 del D.S. 02-95-PCM: "(...) *comprendiéndose entre otros lo siguiente (...)*". Por lo demás, esta norma reglamentaria fue expedida en virtud del art. 7 del D. Ley 26120, cuyo último párrafo establece en forma expresa que la relación de medidas de reestructuración legal y administrativa que puede adoptar las empresas, "es sólo enunciativa y no es limitativa".

693 Lo que se ratifica por la la directiva registral N° 001-DNRPC-DN, de 28.09.1993, de "Normas para la aplicación de los Decretos Supremos expedidos al amparo del Dec. Leg. 674 y su modificación el Dec. Ley 26120 relativos a la inscripción de los inmuebles de las empresas del Estado" (art. 5.5.1.3, que exige planos de distribución suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado).

cera persona (arts. 7 y 8). Por último, es bueno señalar que el procedimiento de regularización registral previsto por el D.S. 02-95-JUS (y amparado por el art. 7 del D. Ley 26120), se aplica a los actos inscribibles en el Registro de Propiedad Inmueble, sea que se trate del Registro de Concesiones, sea del Registro de Predios. Téngase en cuenta que el art. 2 del D.S. 02-95-JUS considera que es materia de regularización *“todos los actos referidos a los bienes inmuebles de las empresas mencionadas”*, siendo que el término *“bien inmueble”* comprende los predios y las concesiones (art. 2 Ley 26366, art. 885 CC)⁶⁹⁴. Por lo demás, el art. 7-c) del D. Ley 26120, que es la norma matriz del sistema, indica en forma enunciativa que la reestructuración legal permite *“regularizar las autorizaciones, permisos y los derechos, en general, correspondientes a la empresa, así como los títulos de propiedad de sus bienes”*. Nótese que la norma no solo se refiere a títulos de propiedad, sino además a las demás autorizaciones, permisos y derechos en general. En tal sentido, deberá recordarse que la concesión -y todos los valores materiales y económicos que se le incorporan- constituye un derecho subjetivo, individual y absoluto de tipo patrimonial, adquirido mediante determinación de la autoridad⁶⁹⁵; incluso, la doctrina francesa sostiene con toda claridad que se trata de un *“derecho inmobiliario”*. Por lo demás, en nuestro ordenamiento la cuestión está zanjada con el art. 23 Ley 26821, que define la concesión como un *“derecho”*, cuyo ámbito de aplicación comprende las concesiones eléctricas (tercera disposición final de la misma ley). En resumen, si el art. 7 del D. Ley 26120 permite la regularización de cualquier *“derecho”* de la empresa estatal, entonces resulta obvio que esta regularización comprende la propia finca concesional y los actos vinculados con ella, pues

694 Inclusive, viene en apoyo de esta obvia interpretación, el art. 4 de la directiva registral N° 001-DNRPC-DN, de 28.09.1993, *“Normas para la aplicación de los Decretos Supremos expedidos al amparo del Dec. Leg. 674 y su modificatoria el Dec. Ley 26120 relativos a la inscripción de los inmuebles de las empresas del Estado”*, en la cual se establece que *“alcanza a todas las Secciones del Registro de la Propiedad Inmueble”*. Pues bien, entre otras, estas secciones son el registro de predios y de concesiones.

695 García Cantero, G. (1966), p. 307.

nuestro ordenamiento considera que la concesión es “un derecho inmobiliario” (art. 23 Ley 26821).

4. EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN

La concesión se origina por acto administrativo unilateral contrato bilateral entre Estado y concesionario. Este acto jurídico, en cualquiera de los casos, denota la voluntad legal y firme de la Entidad Pública de otorgar a favor de un particular, la potestad de explotar un servicio público, ejecutar una obra o aprovechar la riqueza natural. Por tal motivo, respecto del acto originario de la concesión, que es otorgado por el Estado, la publicidad no tiene una consecuencia específica, pues con publicidad o sin ella, la concesión vive, existe y es eficaz. En este caso, es impensable que la mecánica publicitaria de la oponibilidad registral pueda tener algún efecto concreto, esto es, que un acto no-inscrito sea vencido por otro inscrito (art. 2022 CC). La razón que justifica esta conclusión es la siguiente: el Estado es el único legitimado para otorgar la concesión, por lo que resulta inviable sostener que este pueda conferir un mismo derecho a dos particulares, no solo por la presunción de legalidad que subyace en toda actuación administrativa, por lo que el problema quedaría fuera del ámbito de la publicidad, a fin de que se dilucide en el ámbito de la legalidad de los actos administrativos contradictorios⁶⁹⁶. En suma, la publicidad registral no produce efectos sustantivos en el ámbito de la primera inscripción (otorgamiento de concesión), por lo que deberá entenderse que estamos en una hipótesis de publicidad-noticia, esto es, aquella despojada de virtualidad jurídica de derecho privado, y que solo existe para fines informativos, sin pretensión de exactitud. Por tanto, en este ámbito, no tiene relevancia el principio de legitimación (art. 2013 CC), pues la concesión no inscrita se presume tan legítima como la inscrita,

696 Sin embargo, el principio de oponibilidad podría tener aplicación cuando el doble acto de disposición se celebre en favor de particulares. Por ejemplo, el concesionario A transmite la concesión a B, y luego a C, pero solo este último inscribe. No parece existir dudas que C será el preferido, por virtud del artículo 2022, 1º CC, pues, la concesión en sí misma, otorgada por el Estado, no se encuentra afectada. Sin embargo, la hipótesis es más teórica que real, pues normalmente la transmisión de la concesión requerirá la autorización del Estado, lo que hace que la preferencia se otorgue, no por efecto de la publicidad, sino por la aprobación estatal.

en vista de que en ambos casos la presunción de legalidad ampara por sí mismo al acto administrativo, sin necesidad de la publicidad (art. 9 TUO Ley 27444. Por lo demás, el art. 23, 1º Ley 26821, señala que la concesión misma es el título suficiente para ejercer la explotación económica, por lo que se excluye la eficacia del registro.

No obstante, la publicidad empieza a jugar su efecto natural de oponibilidad registral cuando se trata de actos secundarios, siempre que no se trate de actos o negocios de la Administración Pública, en cuyo caso el régimen sería igual al que hemos explicado en el párrafo anterior. En cambio, en los otros casos, el registro juega como criterio de preferencia para dilucidar eventuales derechos en conflicto (art. 2022, 1º CC). Por ejemplo: el Estado otorga una concesión, luego el concesionario entrega en usufructo su derecho, y luego lo hipoteca, en cuyo caso, los distintos títulos deben ser opuestos de acuerdo con su primacía en el registro, por lo que este vuelve a convertirse en elemento de tutela de derechos privados.

Por otro lado, la concesión también es susceptible de hipoteca, conforme el art. 1097 CC, concordante con el art. 5.6 Directiva N° 006-2011. Ahora bien, otro tema que genera alguna duda está referido a los alcances de la publicidad en la hipoteca, esto es, si tiene efecto declarativo o constitutivo. Las normas especiales nada indican, por lo que deberá acudir al art. 1099-3 CC, por virtud del cual, la inscripción es constitutiva. Se nota, por tanto, que el registro otorga importantes efectos de persecución y preferencia en el caso de la hipoteca de concesiones, ya sea en relación con los terceros adquirentes, ya sea con relación a los acreedores.

Por último, en caso de inexactitud o ineficacia del título de concesión otorgado por el Estado, el eventual tercer adquirente queda afectado por la nulidad o patología del acto primigenio de concesión, por lo que el principio de fe pública queda descartado en este registro. La solución se justifica porque el interés público del que es portador la concesión, sea de prestación del servicio o ejecución de obra, no puede ser mediatizado por el interés privado de tutela del concesionario. En otras palabras, el interés individual cede aquí ante el interés general. Así, lo establece el art. 23, 3º Ley 26821, cuando señala que el tercer adquirente de una concesión debe sujetarse a las condiciones originariamente otorgadas, ni más ni menos, es decir, no

puede ampararse en una ficción si la concesión resultase nula o extinta por cualquier causal reconocida en el ordenamiento jurídico, aun cuando ello no conste en el registro. Sin embargo, si el acto previo fue otorgado por un particular, y no por el Estado, entonces el acto sucesivo sí puede ampararse en la fe pública (art. 2014 CC). Por ejemplo: sobre una concesión otorgada por el Estado, el concesionario A confiere un usufructo a favor del usufructuario B, y este lo transmite a C. En tal caso, la nulidad del negocio entre A y B no afecta al tercero C, siempre que se cumplan los requisitos de la fe pública. Nótese que aquí la concesión otorgada por el Estado no está en riesgo ni sufre causal de impugnación, por lo que el problema se concentra en el acto de los dos particulares, entre los que sí tiene lugar, de ser el caso, el principio de fe pública registral.

Capítulo V

REGISTRO DE BUQUES, EMBARCACIONES PESQUERAS Y NAVES

1. DEFINICIÓN DE BUQUE

1.1. Definición doctrinal

El buque es el concepto central del Derecho Marítimo, pues constituye el instrumento que permite la navegación marítima⁶⁹⁷. En tal sentido, las primeras definiciones jurídicas del buque aparecen en algunas Conferencias Internacionales de Derecho Marítimo, que se caracterizan por la amplitud del concepto. Basta citar el importante Convenio de Bruselas de 1924, sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, que define el buque como: “cualquier embarcación empleada en el transporte de mercancías por mar”. Sin embargo, esta definición se encuentra influenciada por la finalidad de la norma, en este caso, la regulación del contrato de transporte marítimo con la emisión de conocimientos de embarque.

Por su parte, la doctrina ha propuesto varios criterios, en tanto, por un lado, se sostiene que el buque es cualquier casco construido con la finalidad de trasladarse de un lugar a otro, como medio de transporte de personas o cosas, mientras, por el otro, la técnica moderna ha permitido la aparición de muchas construcciones navales incluso sin finalidad de transporte. En sentido general, estas últimas se incluyen en la categoría de artefacto naval. La opción de una u otra alternativa determina importantes variaciones en

697 Arroyo, I. (2005), p. 124.

el concepto. Por tanto, desde una perspectiva general se considera que las notas distintivas del buque son las siguientes⁶⁹⁸:

- a) Existencia de un cuerpo hueco, o construcción cóncava, con la aptitud de flotabilidad. Por tanto, el primer requisito para la noción de un buque es que se trate de una obra humana flotante.
- b) La construcción debe poseer la capacidad de avanzar sobre las aguas, esto es, la aptitud para desplazarse o ser desplazado en el mar. Esta nota alude a la navegabilidad, que es la cualidad que tiene el buque para efecto de cumplir sus fines. Sobre el particular, existen dos debates importantes:

b.1) Algunos sostienen la necesidad de que el buque sea destinado efectiva y principalmente a la navegación; mientras otros consideran que basta el hecho de ser permita la navegación, o la simple aptitud, como en el caso de los “artefactos navales o flotantes”⁶⁹⁹.

b.2) Por otro lado, un sector de la doctrina piensa que la noción de buque debe restringirse a la navegación por mar; mientras que otro grupo considera una más amplia, que comprenda, también, las embarcaciones fluviales y lacustres⁷⁰⁰.

698 García Pita, J. (2000), pp. 233-236.

699 “Conviene añadir que la aptitud para la navegación se presenta como algo diferente de la navegabilidad o del destino de la construcción flotante a navegar. Así, la navegabilidad se muestra como una cualidad de la construcción que, aparte de la flotabilidad y de la aptitud para navegar, cumple otras condiciones. Sin aptitud para navegar no será posible el destino a la navegación (...)”: Domínguez, M (2005), p. 39. Sobre el particular, puede agregarse: “El Código italiano de la navegación no solo hace referencia a las naves, sino también a los aparatos flotantes (*galleggiante*). Por *galleggiante* hay que entender toda construcción flotante móvil destinada a la navegación o al tráfico en las aguas marítimas o internas, lo que es el caso de las dragas, los pontones, las barcas y las balsas para la descarga de mercancías. Como consecuencia, quedarían excluidos de tal consideración, aquellos *galleggiante* fijos como son los faros flotantes, puentes flotantes fijos o balizas de señalización, dado que a diferencia de los anteriores no reúnen el requisito de la navegabilidad. La diferencia entre las naves y los aparatos flotantes (*galleggianti*) es eminentemente jurídica. Las naves están destinadas directamente a la navegación y los *galleggianti* están destinadas a prestar a las naves, servicios o funciones auxiliares; pero, al reunir los requisitos de flotabilidad y de aptitud para navegar, solo de manera indirecta pueden ser considerados como construcciones destinadas a la navegación”: *Ibid.*, pp. 40-41

700 La legislación francesa circunscribe la aplicación del Derecho marítimo a los buques de mar, y excluye a los fluviales y lacustres. La razón justificativa de esta restricción, según

- c) Aptitud de soportar cosas y personas, con el objeto de trasladarlas. Nótese que no es necesario que el buque sea un medio usual de transporte, sino que posea la capacidad abstracta de transportar. De esta forma, se amplía el concepto tradicional de buque, no pensado exclusivamente para el negocio mercantil del transporte (como sostiene, por ejemplo, el Convenio de Bruselas de 1924), sino que puede incorporarse los buques auxiliares, de apoyo o de trabajo marítimo.
- d) Finalmente, algunos autores adicionan a la noción de buque, la característica de contar con un tamaño, solidez y fuerza que le permita su empleo en empresas marítimas de importancia. En caso contrario, no se trataría de un buque, sino de una “embarcación menor”. Por tanto, el término “embarcación” es el género, que se compone de las especies “buque” y la ya mencionada “embarcación menor”.

En necesario mencionar, también, que un importante grupo de autores niega que los buques en construcción sean, realmente, buques en el propio sentido de la palabra, por lo menos antes de la botadura. Sin embargo, la citada opinión es controversial, pues, distintos convenios internacionales y legislaciones internas, permiten la hipoteca o garantía real sobre el buque en etapa o fase de construcción, con lo cual se le aplican las mismas reglas que eo objeto concluido. Aquí, parece que basta el elemento de potencialidad futura, antes de efectividad actual, siempre que la nave haya alcanzado un cierto nivel de avance que permita su mínima individualización. Por su parte, los buques que hayan dejado de cumplir la labor de navegación efectiva, y simplemente sirvan de espacio habitable o depósito de materiales, pierden la condición de tal, pues les falta la característica primordial de traslado por agua. La misma situación se presenta en cuanto a los restos flotantes, pues carecen de aptitud para la navegación.

En resumen, los requisitos que la doctrina considera que deben concurrir en la noción de buque, son: flotabilidad, capacidad de desplazamiento

la Corte de Casación Francesa, se encuentra en el carácter peligroso y arriesgado del viaje por mar: *Ibid.*, pp. 46-47.

en los espacios marítimos a través de medios propios o ajenos, y, aptitud para transportar cosas o personas. También se añade el requisito, más discutible, de la necesidad de catalogar como buque a las embarcaciones que cuentan con cierto tamaño, solidez y fuerza.

1.2. Definición legal

El CCom 1902, todavía vigente, dedica su Libro Tercero a la regulación del “Comercio Marítimo”, y si bien contiene una serie de normas sobre el “buque”, empero, no lo define. Por su parte, la Ley 28583, modificada por Leyes 29475 y 30580 (LRPMMN), contiene una definición legislativa de nave: *“Es toda construcción flotante dotada de propulsión propia destinada a la navegación por agua para el transporte de mercancías y/o pasajeros”*, luego agrega que las naves se inscriben en el “Registro de Buques”, pero no se trata de una disposición excluyente. Por su parte, la normativa administrativa representada por el D.L. 1147 se dicta con el objeto del “fortalecimiento de las Fuerzas Armadas” (sic) en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional (art. 1), esto es, de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, que ejerce funciones sobre naves y embarcaciones que se encuentren en aguas jurisdiccionales peruanas y las de bandera nacional que se encuentren en alta o aguas jurisdiccionales de otros países, conforme a los tratados de los que el Perú es parte y otras normas de derecho internacional, así como sobre artefactos navales e instalaciones acuáticas en el medio acuático (art. 2 incisos 3 y 4). El reglamento aprobado por D.S. 014-2015-DE tiene distintas definiciones (art. II TP), entre ellas, la de “buque”, como la nave con un arqueo bruto igual o superior a 100 TM, mientras “embarcación” es la nave con arqueo bruto inferior a 100 TM, por tanto, el concepto de “nave” es el género, definido como “construcción naval principal destinada a navegar, que cuenta con gobierno y propulsión propia”, mientras “buque” y “embarcación” son las especies, según sus dimensiones. Por otro lado, el “artefacto naval” es toda “construcción naval flotante carente de propulsión y gobierno, destinada a cumplir en el medio acuático funciones complementarias de las actividades acuáticas”.

No obstante, se echa de menos una disposición que defina los objetos acuáticos susceptibles de registro, tal como el art. 196 del viejo RI de 1936, sobre “Registro de Buques”, que incluyó la siguiente definición: *“Se conside-*

rará buques no solo a las las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinados a servicios de la industria o comercio marítimos”, de carácter amplio, que no solo permitió la inscripción de naves y/o buques en el registro, sino también de los artefactos navales sin propulsión, como es el caso de los pontones o diques flotantes. Sin embargo, para salvar la laguna deberá acudir a las disposiciones del Derecho comunitario⁷⁰¹, como el art. 1, 3° Decisión 487 Comunidad Andina, modificada por la Decisión 532, que define el **buque o nave**, como “toda construcción flotante apta para navegar, cualquiera que sea su tipo, clase o dimensión”, que, conforme ya se ha visto, solo exige “aptitud para navegar”, no navegabilidad, por lo que comprende los artefactos navales, conforme se explica también en la exposición de motivos⁷⁰².

701 “Por la naturaleza misma de la norma comunitaria, esta debe ser aplicable directamente en el territorio de todos los Estados que componen el proceso de integración andino sin que sea necesario seguir un procedimiento o trámite especial de aprobación, recepción o incorporación de estas en los ordenamientos jurídicos nacionales. En efecto, para que las normas comunitarias rijan por igual en cada uno de los Países Miembros, resulta necesario que estas tengan una vigencia simultánea y directa en los ordenamientos internos de los Estados Miembros del Acuerdo; de lo contrario, es decir, de poder los Países Miembros determinar la fecha de vigencia de cada norma comunitaria, podrían limitar su validez o alterar su eficacia. La doctrina coincide en señalar como elemento clave de la aplicabilidad directa de la norma comunitaria la “incondicionalidad” de esta. El elemento de la incondicionalidad apunta a que la aplicación de la norma no debe estar subordinada a medida posterior alguna de los órganos comunitarios o de los Estados Miembros”: Novak, F. (2003), p. 68.

702 Exposición de Motivos Decisión 532: “Que, el Comité Andino de Autoridades de Transporte Acuático (CAATA), mediante Resolución CAATA N° X-98 (10 de agosto de 2001), estimando necesario promover el desarrollo del sector acuático de la Subregión, la armonización de las normas dictadas por la Comisión de la Comunidad Andina, y la conveniencia de ampliar la cobertura de los beneficios que otorga la Decisión 487 a los buques de transporte de carga o pasajeros de más de 500 TRB, para los de pesca, plataformas de exploración y explotación petroleras, gabarras, diques flotantes, naves factorías, remolcadores, dragas, botes de suministro, entre otros; recomendó la modificación de la definición de buque o nave consignada en el artículo 1 de la Decisión 487”.

2. NATURALEZA DEL BUQUE

2.1. Bien compuesto

El buque es un objeto de derecho⁷⁰³, pero ¿qué clase de objeto es? El jurista romano Pomponio cita el buque, en su clasificación de las cosas, como uno compuesto, es decir, se trata de un conjunto de cosas que conforman una unidad jurídica, calificada por el destino que las vincula, en este caso, la navegación. En tal sentido, el buque puede cambiar de partes durante toda su vida útil, pero, no por ello deja de ser el mismo objeto. Las reparaciones pueden ser tan importantes, y de tanta relevancia, que en el camino pueden cambiarse todas las piezas, según dice otro jurista romano, Alfeno, pero el buque siempre mantiene identidad. Solo en el caso de una demolición completa, seguida de la reconstrucción, se podría entender que el buque ha desaparecido, aunque se empleasen los antiguos materiales en la renovación. En buena cuenta, las cosas o bienes compuestos son aquellos integrados por diversos elementos, muchos de ellos separables, que se cohesionan entre sí para lograr un bien con finalidad unitaria. La LRPMMN señala como partes integrantes del buque, “el casco, la maquinaria y todas aquellas que no pueden ser separadas de ella sin alterarla intrínsecamente” (art. 4.2).

703 No siempre se pensó lo mismo. En los siglos XII y XIII se formó el concepto de “patrimonio o fortuna de mar”, que era independiente del patrimonio o fortuna de tierra del propietario, naviero o armador de buque. La “fortuna de mar” aparece ligado con la limitación de responsabilidad de la expedición marítima, para lo cual el naviero tiene un privilegio: responde de las deudas hasta el límite del buque. Este concepto ha sobrevivido en el Derecho Marítimo, y se encuentra en los artículos 600 y 608 de nuestro Código de Comercio. De esta manera, la “fortuna de mar”, que nació como medio de limitación de responsabilidad, ha hecho pensar que el buque es una empresa autónoma, separada del patrimonio restante del naviero, por lo que en cierta medida cuenta con personería jurídica: León Montalbán, A. (1988), pp. 337-338. Sin embargo, la “subjetivización” del buque ha merecido una enérgica respuesta: “En estos preceptos se trata al buque como si fuera sujeto de derechos y obligaciones. Pero, en realidad, no pasa de ser un modo abreviado de hablar, sobre cuya significación nadie puede engañarse; esos derechos y obligaciones del buque son, sencillamente, derechos y obligaciones de una persona jurídicamente relacionada con la nave, sea el naviero, sea el capitán como representante del naviero. Si es indudable que el buque es objeto de los más variados derechos, ¿cómo puede ser al mismo tiempo sujeto y objeto del derecho? El buque es siempre objeto, y ninguna taumaturgia jurídica puede transformar en persona una cosa”: Garrigues, J (1987), T. V, p. 158.

Sin embargo, el buque es, también, un conjunto orgánico que vincula algunos elementos que no se unen físicamente con el buque, pero sirven para la finalidad unitaria de la navegación. Son las llamadas pertenencias o accesorios (art. 888 CC). El “accesorio naval” requiere de: afectación de la cosa al uso del buque, permanencia en ese uso y condición indispensable para la navegación. El art. 598 CCom, en sede compraventa de buque, enumera sus accesorios: aparejos, repuestos y pertrechos⁷⁰⁴. La determinación precisa de los accesorios del buque tiene relevante importancia práctica, pues la venta (art. 589 CCom, art. 1550 CC), o la garantía mobiliaria, o cualquier contrato que genera la obligación de dar, también incluye los accesorios (art. 1134 CC). Por último, debe señalarse que la institución del “abandono del buque” comprende no solo al buque, sino también los accesorios. El abandono consiste en la entrega liberatoria que hace el propietario o naviero a favor de los acreedores, con el fin de limitar su responsabilidad. Es una figura histórica del Derecho Marítimo, y en su momento se justificó por el riesgo de las travesías marítimas. Era, y es, un privilegio frente a la incertidumbre de la navegación. Por supuesto que en la actualidad es discutible el trato ventajoso para el naviero, pues la tecnología y los seguros, reducen notoriamente el riesgo⁷⁰⁵.

2.2. Bien mueble (por ahora)

En el Derecho romano, el buque se considera un bien mueble, aunque esta categoría (inmueble/mueble) era de menor importancia.

La tradición romanista contrasta, por tanto, con el despegue del capitalismo y el desarrollo del comercio marítimo, que clama por mayores garantías en los derechos sobre la nave, especialmente de los acreedores que toman el buque como garantía. Siendo así, no extraña que la Ordenanza Marítima Francesa de 1681, si bien respetó su condición de cosa mueble, sin

704 La derogada Ley de Hipoteca Naval (N° 2411, art. 7) también consideraba como accesorios del buque, los aparejos, repuestos y pertrechos.

705 No obstante, el Código de Comercio mantiene la figura del abandono en el art. 600: “El naviero será también civilmente responsable de las indemnizaciones a favor de tercero, a que diera lugar la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque, pero podrá eximirse de ella, haciendo abandono del buque con todas sus pertenencias, y de los fletes que hubiere devengado en el viaje”.

embargo, hizo extensivo a los buques el derecho de persecución propio de los inmuebles. Con ello, el buque pasa a convertirse en una cosa mueble *sui generis*, no sometida a su régimen común, sino a las reglas propias del derecho inmobiliario, tales como la que permitía a los acreedores la persecución por virtud de privilegios, incluso frente a los terceros adquirentes de buena fe; además, se permitió la prenda con registro, que evita los inconvenientes de la prenda posesoria. De esta manera, quedó el camino abierto para las teorías híbridas que equipararon el buque con los predios urbanos y rústicos. En Francia, Países Bajos y Escandinavia se había abierto camino el principio de la inmovilización, especialmente en las zonas que se regían por el derecho consuetudinario, no por el derecho romano. La ley francesa de 21.08.1879 ratificó la condición mobiliaria de los buques, pero autorizando su hipoteca.

La historia de nuestro país, en este tema, da cuenta de una serie de idas y vueltas.

El CC 1852 consideró que el buque era mueble, según la tradición romanista. Luego, el CCom 1902 (art. 598) ratificó la categoría mobiliaria, pero anunciando que la ley especial pudiese modificar tal criterio⁷⁰⁶. En efecto, si bien la ley de hipoteca naval N° 2411, de 1916⁷⁰⁷, mantuvo la condición mueble de los buques, empero, se les reputó inmuebles para efecto de la hipoteca⁷⁰⁸. Luego, el CC 1936 elimina esa dualidad, y traslada los buques a la categoría inmueble, para todo ámbito. El CC 1984 mantuvo esa solución. Sin

706 En realidad, nuestra ley mercantil fue copia del Código Español de 1885, ya modificado en ese entonces por la ley de hipoteca naval de dicho país, de 1893, por el cual los buques eran muebles, salvo para el tema de la hipoteca, para lo cual se reputaban inmuebles. Por tanto, el Código Español tenía razón cuando remitía a una ley especial la condición inmobiliaria para ciertos efectos; pero esa misma norma, transplantada a nuestro país, carecía de todo sentido porque no existía la ley especial.

707 "El proyecto promovido por el senador Diómedes Arias, profesor sanmarquino de Derecho civil y entendido en la materia, presentado el 22 de agosto de 1910, fue calcado, es decir, copiado literalmente de la ley española del 21 de agosto de 1893, como lo reconoció su propio autor": Ramos, C. (2011), p. 203.

708 Art. 1º Ley 2411: "Pueden ser objeto de hipoteca los buques mercantes con arreglo a las disposiciones de esta ley. Para este solo objeto, se considerarán los buques mercantes como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 598 del Código de Comercio".

embargo, la Ley de Garantía Mobiliaria N° 26877, del año 2006 nuevamente traslada los buques a la condición mobiliaria. Esta es la situación actual, pero el D.L. 1400, aún no vigente, una vez más considera que los buques son inmuebles, aunque se trata de una norma en *vacatio legis*, por cuya virtud, los buques mantienen la condición mobiliaria.

Sin embargo, la pregunta sigue latente: ¿los buques deben ser considerados muebles o inmuebles? La existencia de bienes naturalmente muebles (ejemplo: naves o aeronaves), pero, con características económicas similares a los inmuebles, hizo que aquellos necesiten de un régimen jurídico similar al contemplado para los predios. En ese sentido, las naves, por ejemplo, se sujetan a un sistema de publicidad registral, pues la tutela de los derechos, y de la apariencia, se logra razonablemente con el registro. ¿Cuáles son las características económicas similares que unifican las naves y aeronaves con los predios? El inmueble es el activo más valioso para distintas actividades económicas (agrícola, minera); y en general, constituye un elemento base para la vida del ser humano, como ocurre con la vivienda⁷⁰⁹. Esta racionalidad económica subyacente es la que permite mantener la distinción en todos los ordenamientos⁷¹⁰.

No obstante, esta clasificación también se sustenta, aunque en forma subsidiaria, en una cuestión física, por cuanto la característica de inmovilidad del suelo conlleva que este sea fácilmente individualizable y no-ocultable, por lo cual la acción reivindicatoria en este tipo de bienes será especialmente efectiva, a diferencia de la inherente dificultad del propietario para recuperar bienes muebles que no se encuentren en su poder, precisa-

709 Díez Picazo, L. (1995), T. III, p. 179.

710 La doctrina está conforme en que los inmuebles han perdido centralidad en la creación de riqueza, la cual se sustenta ahora en la organización empresarial. Sin embargo, la empresa no es, propiamente, un "bien" dentro de la sistemática de los derechos reales; y por ello, mal podría tomarse en cuenta a la organización empresarial como ordenadora de la clasificación de los bienes. Por lo tanto, en términos económicos la distinción de los bienes se limita a los bienes productivos (o que constituyen medios de producción) y los bienes de consumo: Gazzoni, F. (1998), p. 188; pero ella -tal como está configurada por la ciencia económica- no tiene sustantividad jurídica, o por lo menos no conocemos de autores que hayan pretendido transplantar la terminología económica a la jurídica. Por esto, la clasificación de muebles-inmuebles se mantiene, a pesar de los errores que pueda contener, pues en ella subyace la categorización económica antes citada.

mente, porque no son fácilmente identificables y, además, pueden ocultarse sin problemas. Pues bien, esas mismas características -individualidad y no-ocultabilidad- las comparten los predios y los buques, por lo que resulta natural que ambos se encuentren dentro de la misma categoría.

Nótese la actual inconsecuencia de someter el buque al régimen de los muebles, pues en tal sentido aquél se somete a los curiosos modos adquisitivos de la apropiación (art. 929 CC) o de hallazgo (art. 931 CC); la transferencia de propiedad se haría por virtud de la tradición (art. 947 CC), y en caso de conflicto de acreedores prima la entrega y no el registro (art. 1136 CC); asimismo, es posible la adquisición a *non domino* en caso de comprador de buena fe que recibe el bien (art. 948 CC) o de compra efectuada en local abierto al público (art. 1542 CC). En realidad, ninguna de esas normas calza con la realidad económica del buque.

En consecuencia, la mejor solución es restituir la versión original del artículo 885 CC, tal como se ha realizado con el D.L. 1400, aún pendiente de entrar en vigor.

2.3. Nacionalidad del bien

El buque en alta mar puede ser considerado metafóricamente una porción flotante del Estado al cual pertenece y, como tal, obtiene la marca de la ciudadanía que le otorga el derecho de reclamar la tutela jurídica en aguas extranjeras. En forma correlativa, la nacionalidad del buque implica su sometimiento a las normas de derecho material y formal del Estado concedente, y la aplicación del derecho penal estatal a los tripulantes del buque, siempre que este se encuentre en alta mar. En el ámbito del Derecho internacional, se habla de la "ley de bandera", que es constitutivo de la nacionalidad; mientras que un buque que navega sin bandera puede ser tratado como pirata.

Debe recordarse que en un buque es posible nacer o morir, contratar, otorgar testamento o delinquir. En los mares de algunos países se puede, incluso, contraer matrimonio, cuando el comandante está autorizado para ese fin. Todos estos actos generan consecuencias legales de gran relevancia, por tanto, deben sujetarse a un determinado ordenamiento jurídico nacional.

En buena cuenta, la nacionalidad del buque se justifica como un medio para vincular las distintas relaciones jurídicas que se producen en la nave con el ordenamiento de un país, con lo que se resguarda la seguridad jurídica⁷¹¹.

En el caso peruano, la Asamblea Constituyente de 1978 debatió en forma prolongada la nacionalidad de naves y aeronaves, aunque prevaleció la idea de reconocer la nacionalidad como vínculo con el Estado. El art. 96 de la Constitución de 1979 señaló textualmente: “La nacionalidad de las naves y aeronaves se rige por la ley y los tratados”. La vigente Constitución de 1993 no reprodujo norma análoga.

En materia de tratados, debemos mencionar el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante (La Habana, 1928), que dispone lo siguiente:

Artículo 274: La nacionalidad de las naves se prueba por la patente de navegación y la certificación del registro, y tiene el pabellón como signo distintivo aparente.

Artículo 284: También son de orden público internacional las disposiciones sobre nacionalidad de buques y aeronaves para el comercio fluvial y lacustre de cabotaje o entre determinados lugares del territorio de los Estados contratantes, así como la pesca y otros aprovechamientos submarinos en el mar territorial.

711 “Cabe pensar que, si el buque careciese de nacionalidad, su estatuto jurídico no estaría sujeto de manera estable a un ordenamiento único, variando en función de las aguas por donde navegase y creando una inseguridad jurídica absoluta, especialmente a la hora de su transmisión o financiación. Desde otro punto de vista, el buque quedaría sujeto a la jurisdicción del Estado en cuyas aguas se encontrase, o, simplemente, no estaría sometido a jurisdicción ni protección estatal alguna en aguas internacionales. Lo mismo cabría decir respecto a los derechos sociales de los trabajadores por citar solo algunos ejemplos. Existen, en definitiva, distintos intereses, no solo de orden privado, sino de orden público que aconsejan la atribución de una nacionalidad a los buques, es decir, el establecimiento de un ligamen estable entre el buque y un Estado, al que, desde el punto de vista del derecho internacional, se autoriza para el ejercicio exclusivo de potestades funcionales. (...) Aunque la nacionalidad haya sido siempre un atributo de las personas, el paralelismo existente con el vínculo estable que se crea por el abanderamiento de un buque en un Estado, permite hablar, aunque sea en sentido impropio, de nacionalidad del buque”: Martínez Jiménez, M. (2000), pp. 203-204.

En la actualidad, el Derecho internacional cuenta con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10.12. 1982, sobre abanderamiento y nacionalidad de los buques (arts. 91-94), de alcance casi universal, aunque el Perú no es parte de este instrumento, pero cuyos enunciados básicos, sobre esta materia, son los siguientes⁷¹²:

- a) Ningún buque puede tener más de una nacionalidad, lo que no impide que pueda variar de bandera o suspenderla provisionalmente.
- b) El buque que navega bajo el pabellón de dos o más Estados podrá ser considerado como carente de nacionalidad.
- c) Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar, para lo cual deberán cumplir los requisitos que establezca dicho Estado.
- d) Los Estados tienen libertad para establecer los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad, por lo que se trata de una cuestión de Derecho interno. Sin embargo, el Derecho internacional exige un “vínculo efectivo” o “relación auténtica” (*lien substantiel* o *genuine link*) entre el Estado y buque. Esta obligación se interpreta en el sentido que los Estados deben ejercer efectivamente su jurisdicción y autoridad (o control) en las cuestiones administrativas, técnicas y sociales. No se exigen, por el contrario, especiales condiciones socioeconómicas para conceder la nacionalidad, lo que forma parte de la soberanía estatal. Es decir, el Derecho internacional no se preocupa por los elementos que exista entre el Estado y el buque, ya sea la construcción del buque, la nacionalidad o domicilio de los propietarios, la nacionalidad del capitán o tripulación, etc. En el caso peruano, la concesión de nacionalidad necesita de requisitos exigentes, tales como la condición de naviero o empresa naviera nacional.

712 Ibid., pp. 206-208.

El buque necesita una matrícula administrativa para enarbolar la bandera de un país. En nuestro caso, el proceso de abanderamiento tiene las siguientes etapas:

Primero: El permiso de operaciones necesita el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Persona natural de nacionalidad peruana o persona jurídica constituida en el Perú; ii) Domicilio principal, sede real y efectiva en el Perú; iii) Objeto social exclusivo de transporte acuático en tráfico nacional o cabotaje y/o tráfico internacional; iv) Propietario de un buque, o por lo menos, arrendatario bajo las modalidades de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo del buque, con opción de compra obligatoria, aunque excepcionalmente se permite con arrendamiento o fletamento; v) El capital de la persona jurídica debe ser nacional, por lo menos en 51%; así como, el presidente del directorio, la mayoría de directores y gerente general, deben ser peruanos y residir en el país (art. 4.1 LRPMMN).

Segundo: una vez que se ha obtenido el permiso⁷¹³, el naviero nacional solicitará la inscripción del buque en el registro peruano, para lo cual requerirá lo siguiente: i) Título de dominio, o de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con obligación de compra; ii) Certificación de las características técnicas y de condiciones de navegabilidad, aprobadas por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas; iii) Permiso de la Dirección General de Transporte Acuático otorgado a un naviero nacional o empresa naviera nacional; iv) si se trata de buque inscrito en registro extranjero, entonces se necesita la cancelación de tal inscripción, o la suspensión cuando se trate de nave arrendada bajo modalidades de arrendamiento a casco desnudo o arrendamiento financiero, con opción de compra obligatoria, pero también, por excepción, mediante contrato de arrendamiento o fletamento, en cuyo caso, se requiere embanderamiento nacional, e inscripción en el RMC.

713 "autorización administrativa con plazo indefinido para ejercer actividades de transporte marítimo, fluvial y lacustre que otorga la Dirección General de Transporte Acuático a un naviero nacional o empresa naviera nacional, certificando que ha presentado toda la documentación y cumplido con los requisitos señalados en el numeral 1 del artículo 4 y en la segunda disposición transitoria y final" (art. 6.1 LRPMMN).

Tercero: luego de la inscripción, el Registro procede a informar de este hecho a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas para que otorgue el certificado de matrícula, que autoriza a enarbolar la bandera nacional, con el consiguiente derecho de navegar libremente dentro y fuera de las aguas jurisdiccionales (art. 9.5 LRPMMN). La Dirección General es el órgano competente para la emisión de los certificados de matrícula y el abanderamiento de los buques (art. 60.1 D.S. 014-2011-MTC, Reglamento LRPMMN). Para ello, además de los requisitos técnicos (art. 61 Reglamento), se necesita que el capitán y la tripulación sean peruanos, salvo casos excepcionales en los que no se cuente con personal calificado, en los que se permite la contratación de personal extranjero hasta un 15% del total, sin que tal excepción incluya al capitán (art. 62 Reglamento).

Cuarto: existe un periodo intermedio desde que se compra la nave hasta que se otorga el certificado de matrícula, para efecto del abanderamiento, por lo que se permite una matrícula provisional, o pasavante, otorgada por la misma Dirección General o por Cónsul peruano acreditado en el exterior, que autoriza a la nave el uso de la bandera nacional y a navegar por un plazo no mayor de 120 días naturales. Para este fin, el armador o su representante deben presentar copia legalizada del contrato de compraventa o del memorando de entendimiento, acompañada de su respectiva traducción (art. 55 Reglamento). Se entiende que el procedimiento de certificado de matrícula se inicia con la solicitud del pasavante (art. 60.2 Reglamento). Nótese, entonces, que solo pueden inscribir derechos sobre buques en el registro peruano, y con ello obtener la matrícula, aquellos navieros o empresas navieras que tipifican como “nacionales”. Por tanto, una sociedad extranjera no puede inscribir un derecho sobre buque en el registro peruano, ni siquiera en los casos de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con opción de compra obligatoria para fines de matriculación, o los operadores de contratos de arrendamiento o fletamento “bajo bandera peruana” (10° DTF LRPMMN).

3. ADQUISICIÓN DEL BUQUE

3.1. Regla general

El art. 586, 1° CCom señala que: “Los buques mercantes constituirán una propiedad que se podrá adquirir y transmitir por cualquiera de los medios reconocidos en el Derecho”, por tanto, se incluyen los modos originarios y derivados de adquisición de la propiedad reconocidos por el derecho privado, pero también por los mecanismos propios del derecho público, como la presa, decomiso y requisa⁷¹⁴.

3.2. Contratos

Los contratos frecuentes para la adquisición de buques son el de construcción y compraventa, aunque el primero se considera modo originario, pues la propiedad no preexiste. La diferencia entre uno y otro tipo contractual se encuentra en que el primero no otorga al comprador un especial control sobre la ejecución del producto; mientras que, en el segundo caso, el armador-comitente tiene un derecho específico para intervenir en la etapa de ejecución de la obra, por lo que puede fiscalizar que el buque se construya de acuerdo con la ley y el contrato. Por tal motivo, si el contrato se celebra cuando la construcción se encuentra en curso, entonces se producen dudas sobre la calificación jurídica del contrato; pero, si la obra está avanzada y con un proyecto en el que no intervino el comitente, entonces la mejor opinión considera que se trata de una compraventa, sea de cosa prácticamente concluida, o de cosa futura⁷¹⁵.

En el caso de compraventa de buque, que tiene el carácter de bien mueble, entonces la transferencia de propiedad ocurre con la tradición (art. 947 CC). En el caso del contrato de construcción, la solución no parece tan sencilla, por cuanto el locador actúa por encargo del comitente, de acuerdo con sus instrucciones y aprobaciones, por lo que bien puede suponerse que el armador se convierte en propietario tan pronto como la cosa nace jurídicamente, esto es, cuando se individualiza como buque, lo que acontece cuan-

714 Arroyo, I. (2005), p. 128.

715 Berlingieri, F. (1982), pp. 65-66.

do no pueda ponerse en discusión que los materiales están destinados a la construcción de determinado buque⁷¹⁶.

3.3. Usucapión

Los modos originarios de adquisición de la propiedad producen ese efecto por medio de un hecho consumado por el nuevo titular, sin colaboración voluntaria o legal del anterior propietario. El caso más frecuente de modo originario, pero no único, lo constituye la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, pues en ella el nuevo titular adquiere por sí mismo, por el solo hecho de poseer durante un plazo y bajo ciertas condiciones, sin que el antiguo dueño preste consentimiento o autorice la transmisión. Las adquisiciones originarias operan *ex novo*, pues el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario. En tal sentido, aquí no interesa la regla *nemo plus iuris*, pues no existe acto de transmisión del primigenio titular hacia el nuevo adquirente. El usucapiente se hace titular por su propia actividad, sin vinculación causal alguna con el anterior propietario. Por tanto, en esta hipótesis se produce un claro rompimiento del dominio, una especie de línea divisoria por la cual, el titular primigenio termina su historia; mientras el nuevo titular lo comienza sin vinculación alguna con el pasado.

716 "La previsión de la transferencia de la propiedad del buque durante la construcción, crea el problema de determinar en qué momento son transferidos al comitente por el astillero constructor los materiales destinados a la construcción y aún no unidos físicamente al buque. Con el progreso de las técnicas de construcción, este problema se ha vuelto cada vez más importante, porque el casco se prepara en bloques separados, de dimensiones y peso muy sensibles, que se unen físicamente a la construcción solo cuando la fabricación de cada uno de ellos está completada. El criterio fundamental parece ser que los materiales deben ser individualizados de forma tal que su destino a la construcción de determinado buque no pueda ponerse en discusión. Esa individualización se produce normalmente poniendo sobre los materiales o las partes prefabricadas el número de la construcción. Este criterio ha sido adoptado en el caso *Re Blyth Ship v. Building and Drydocks Co. Ltd.*, en que la *Court of Appeal* inglesa decidió, después de la quiebra del astillero constructor de un buque cuyo contrato preveía que el buque y todos los materiales destinados al mismo pasaban a propiedad del comprador, que los materiales trabajados y no trabajados que se encontraban en el astillero en el momento de la quiebra, no parecían destinados con certeza al buque, no justificándose, por lo tanto, la transferencia de propiedad de los mismos": *Ibid.*, p. 74.

En las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quién es el propietario, pues, el dominio igual se pierde, sea quien fuese el titular previo. Por tanto, se trata de un mecanismo absoluto de obtención de la propiedad, que se produce por un hecho propio del nuevo titular, de manera independiente, y sin relación alguna con el propietario anterior, por ello, la historia previa del dominio nada interesa frente al poseedor-usucapiente, razón por la que este se impone sobre cualquier título. Por el contrario, las adquisiciones derivadas están condicionadas a la existencia del derecho en la cabeza del transmitente, por lo que nos encontramos ante un mecanismo relativo. En tal sentido, el propietario por título originario se opone a cualquier propietario derivado, ya que el primero no tiene condiciones y se adquiere contra cualquiera, sea cual fuese el título que ostentase; por tanto, la usucapión es más poderosa que el registro y su tracto sucesivo (publicidad de actos de transmisión y adquisición derivativas). El propietario a título derivado, por más inscripción que tenga, nada puede hacer frente a la usucapión previa o sobrevenida de un tercero; por lo cual, o no adquiere el derecho (ya le pertenece al usucapiente), o lo pierde seguidamente. El art. 950, *in fine*, CC es bastante elocuente: *“La sentencia que declara la prescripción adquisitiva es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño”*. La norma permite deducir inequívocamente el carácter originario de la usucapión, pues el nuevo propietario no recibe el bien por transmisión del anterior titular, sino que lo adquiere por sí mismo, y en tal condición, rompe la historia de dominio. Por tanto, resulta correcto decir que la sentencia declarativa cancela el asiento del antiguo dueño, pues concluye el derecho del propietario anterior y nace una nueva, sin relación causal entre una y otra.

Por su parte, la prescripción o usucapión de buques presenta diversas particularidades.

En primer lugar, el plazo, pues si bien en la actualidad el buque es cosa mueble, sin embargo, no se aplica la regla general contenida en el art. 951 CC, sin embargo, en este caso, la disposición específica, en usucapión extraordinaria, impone una posesión de diez años, mientras la usucapión ordinaria requiere la posesión de tres años (art. 586 CCom). En segundo lugar, la usucapión ordinaria de buques no solo exige “justo título”, esto es, el

acto o negocio jurídico con virtualidad de transferencia de dominio, pues también se requiere que se encuentre inscrito, más la buena fe. Esta figura se denomina en doctrina “usucapión tabular”, pues exige “justo título inscrito” y posesión de buena fe. Así, el art. 586º, 2º CCom: *“También se adquirirá la propiedad de un buque por la posesión de buena fe, continuada por tres años, con justo título debidamente registrado”*. Nótese que no basta el título dominical, sino, además, se requiere que este se inscriba, por lo que, en caso contrario, deberá aplicarse la usucapión extraordinaria, según establece el 3º párrafo de esa misma norma: *“Faltando alguno de estos requisitos, se necesitará la posesión continuada de diez años para adquirir la propiedad”*. La usucapión ordinaria tabular solo puede explicarse, más no justificarse, de alguna manera, en los sistemas de inscripción constitutiva, en donde la transmisión de dominio opera con el cumplimiento de ese formalismo, pero no en nuestro registro de buques de clara connotación declarativa (art. 586º, 1º CCom), en donde los títulos de propiedad pueden producir efectos fuera del registro, por lo que esos mismos títulos no-inscritos podrían fundar la usucapión. La citada norma proviene del Código de Comercio Español de 1885, cuya doctrina no acierta a encontrarle un fundamento serio a esta anómala solución. Se dice, por ejemplo, que de esa manera se iguala el régimen de los buques con el de los inmuebles⁷¹⁷, pero si el registro español es declarativo, entonces el argumento carece de persuasión y se desvanece. En resumen, bien puede decirse que la usucapión ordinaria tabular de los buques, constituye una simple curiosidad de nuestro sistema legal, sin ninguna racionalidad dentro del contexto normativo en el cual se ubica. Lo mismo ocurre en el derecho español de donde hemos importado dicho dispositivo, sin mayor reflexión.

717 Garrigues, J. (1987), T. V, p. 165.

4. REGISTRO DE BUQUES

4.1. Historia

El CCom 1902 creó el Registro Mercantil, conformado por los libros de sociedades mercantiles, comerciantes individuales y buques⁷¹⁸. Posteriormente, el CC 1936 dotó de autonomía al Registro de Buques, y lo separó del Mercantil. En este contexto, se dictó el RI de 1936, que, entre otras materias, reguló el Registro de Buques hasta el año 2012. El CC 1984 no cambió las cosas. Posteriormente, la LRPMMN también incluyó un capítulo importante sobre el Registro de Buques⁷¹⁹, así como, el reglamento aprobado por D.S. 014-2011-MTC, cuyo art. 56.1 dice: “La adquisición de naves bajo cualquier modalidad, se inscribe en el Registro de Buques de la SUNARP, para lo cual será de aplicación la normativa registral sobre la materia”. La normativa registral sobre la materia, que se encuentra en vigor, es el RIRBEPN aprobado por Resolución N° 022-2012-SUNARP/SA, de 25.01.2012.

En suma, el Registro de Buques se regula por la LRPMMN⁷²⁰, su reglamento aprobado por D.S. 014-2011-MTC, el CCom 1902, el Derecho Co-

718 En tales términos se manifiesta un mercantilista de finales del siglo XIX, aunque la obra fue reimpressa mucho después: “En cuanto la marina mercante de un país adquiera cierto desarrollo, es muy útil imprimir y poner al alcance del público el libro de matrículas; en el cual encontrará datos fehacientes quien asegure una nave o los efectos en ella transportados, o quien ajuste otro contrato relativo a la misma”: Elmore, A. (1922), p. 13.

719 El Código de Comercio de 1902 creó el Registro de Buques, cuya denominación se ha mantenido incólume por más de un siglo. Sin embargo, la versión primigenia del Código Civil no hablaba de “buques”, sino de “naves”, que fueron catalogadas, en su momento, como bienes inmuebles (art. 885-4). Por tanto, cuando nace el Sistema Nacional de los Registros Públicos (Ley N° 26366, del año 1994), el Código Civil habla de “naves”, mientras el Código de Comercio lo hace de “buques”. En tal contexto, el legislador registral estuvo frente a dos conceptos, por lo que no tuvo mejor idea que crear un Registro de Inmuebles que se componía, entre otros, del registro de buques de la ley mercantil, por un lado; y del registro de naves de la ley civil, por el otro, pero sin definir qué cosa era este o aquel. La Ley 28677, de marzo de 2006, que dio origen a la garantía mobiliaria, modificó la Ley 26366, y pasó las naves y buques al ámbito de los bienes muebles. Por tal razón, esta norma señala que el nuevo Registro de Bienes Muebles se compone, entre otros, del “registro de naves y aeronaves” y del “registro de buques y embarcaciones pesqueras”. Esta es la razón del nombre del RIRBEPN.

720 La LRPMMN (año 2005) tiene primacía sobre el CCom (año 1902), por evidente razón de temporalidad, sin embargo, la regulación de una y otra norma es compatible, por lo que prácticamente no existe disposición alguna del viejo Código que haya sufrido derogación

munitario (Decisión 487 Acuerdo de Cartagena, modificada por la Decisión 532), el Convenio Internacional de Ginebra, de 1993⁷²¹, sobre hipoteca naval y privilegios marítimos, y, el RIRBEPN.

4.2. Actos inscribibles

4.2.1. Primera inscripción

La matriculación del buque se realiza con el título de adquisición de la propiedad del buque (art. 9.4 LRPMMN), sea por contrato de compraventa,

tácita. Por tanto, bien puede decirse que ambas leyes regulan el tema registral en forma complementaria.

Por otro lado, la LRPMMN, reglamentada para fines tributarios con el D.S. 167-2010-EF, y con alcance general por el D.S. 014-2011-MTC, constituye el cuerpo normativo (único) de la actividad económica de marina mercante. No se trata de una “ley especial”, sino, de la ley general del sector, que comprende el transporte de personas y cosas, en tráfico nacional o cabotaje y en tráfico internacional, así como, el remolque, la construcción, reparación de naves y las actividades conexas (art. 3 LRPMMN). El art. 2 del Reglamento aprobado por D.S. 014-2011-MTC ratifica ese criterio. Sin embargo, el RIRBEPN establece de manera insólita que en el Perú existen dos regímenes legales para los buques mercantes, uno general (no sabemos en qué ley está regulado ese “régimen fantasmal”), y otro excepcional, propio de la LRPMMN. Las normas antes expuestas lo desmienten.

721 El Convenio de Ginebra, de 1993, por ejemplo, señala los requisitos que deben cumplir las hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos para tener validez y oponibilidad, entre las que se mencionan características específicas del propio registro (art. 1):

- a) Los gravámenes tienen que haberse constituido e inscrito en el registro, de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque.
- b) El registro y los documentos presentados al registrador, según la legislación interna, podrán ser consultados por el público. Además, el registrador podrá disponer el libramiento de extractos del registro y copias de esos documentos, a quien lo solicite. Este requisito es de fundamental importancia, y no constituye una exigencia burocrática, pues lo que se pretende es que la oponibilidad tenga como contrapeso el acceso del público a la consulta de la información, pero de forma general, sencilla y eficaz. Por eso, la necesidad de que el registrador pueda extender “libramiento de extractos y copias de los documentos”. En efecto, solo es posible emitir una publicidad formal por extractos cuando la información registral está organizada y es de fácil acceso para ubicar los datos jurídicamente relevantes.
- c) El registro, o los documentos que lo sustentan, deben especificar el nombre y dirección de la persona a favor de la cual se ha constituido el gravamen; el hecho de que la garantía ha sido constituida al portador; el importe máximo garantizado, si la legislación interna impusiera ese requisito o constase en el instrumento; la fecha y otras circunstancias que, de conformidad con la legislación interna, determinen el rango de las hipotecas, mortgages y gravámenes.

construcción, adjudicación por remate judicial o usucapión, si fuese el caso, pero también por contrato de arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compra obligatoria, aunque en estos últimos casos existe debate.

a) Contrato de construcción

En el mercado de buques nuevos, la fórmula jurídica más usual es el contrato de construcción, pues el naviero comitente encarga la fabricación de una nave, de acuerdo con sus necesidades, mientras el astillero naval solo puede iniciar la obra con un entendimiento contractual firme, por tal motivo, la construcción es el contrato típico para adquirir la propiedad de buques nuevos.

Nótese que el contrato de construcción tiene una relevancia distinta en el ámbito de los buques, que en los predios. En efecto, en los primeros, la construcción es un acto adquisitivo del bien, por lo que constituye un título de primera inscripción nato; en cambio, en los segundos, la construcción modifica la estructura del bien, pero no constituye título adquisitivo, por lo que carece de eficacia matriculadora. Por tal razón, la llamada “declaratoria de fábrica naval” es título de propiedad, siempre que sea otorgada por el constructor (art. 10-a, 1º RIRBEPN). Hasta allí todo está bien. El error se produce cuando se permite la matriculación con la declaración de un tercero que se limita a constatar la construcción naval (art. 10-a, 3º RIRBEPN). Esta solución es notoriamente errada, en vista de que la simple “constatación de fábrica” no es título adquisitivo, y mal podría sustentar la matriculación⁷²².

722 El error se origina con una errónea RTR N° 332-96-ORLC/TR, de 23.09.1996: “Que, mediante el presente título, el apelante solicita la inscripción de la constatación de fábrica del dique flotante Sima Chimbote con número de matrícula CO-13013-AM, que otorga el ingeniero naval Enrique Muñoz Flores a favor de SIMA PERÚ SA, en mérito a la escritura pública de fecha 30 de noviembre de 1995, extendida ante el Notario Dr. J. Antonio Vega Erasquin. Que, tal como consta de los insertos de la escritura pública antes aludida, mediante contrato celebrado el 27 de enero de 1978, la Empresa Servicios Industriales de la Marina SA, SIMA-PERÚ, suscribió un contrato de construcción y suministro con la empresa alemana Ferrostal AG, por el cual esta última se comprometió a suministrar un dique flotante tipo pontón único, con capacidad de levante de 15,000 toneladas métricas, ampliables a 18,000 toneladas métricas cuyas características principales obran en la

En el caso de los predios, es acto inscribible la “constatación de fábrica”, pero reconociendo que ese título solo contiene un hecho jurídico (construcción), que no incide en la titularidad. En cambio, en el Registro de Buques, el contrato de construcción es acto jurídico, basado en la voluntad, que otorga el constructor de la nave, y hace propietario a su comitente. Por tal motivo, no es posible igualar la inscripción de fábrica en predios y buques; pues, en el primer caso, se formaliza un simple hecho; mientras que, en el segundo, se formaliza un acto de atribución dominical. Siendo así, el contrato de construcción debe inscribirse en el Registro de Buques por mérito del negocio celebrado entre el constructor y el armador o naviero, pero no por la simple declaración de cualquier ingeniero naval que “constata la fábrica”. La pregunta que surge en forma inmediata es la siguiente: ¿qué se inscribe, la sola construcción o la adquisición de la propiedad del buque? En realidad, las dos cosas, pero, rápidamente, puede advertirse que que el dominio no puede sustentarse con la sola declaración de quien no es el constructor, sino un tercero. Por tanto, en el caso de ausencia del título material y formal del contrato de construcción, se necesita un proceso judicial de otorgamiento de escritura pública.

cláusula segunda del referido contrato, estableciéndose como precio fijo del suministro la suma de DM 35'928,000.00, los que serían financiados con fondos provenientes de un préstamo concluido entre el comprador y el Kreditanstalt Für Wiederaufbau Frankfurt/Main/República Federal de Alemania, en aplicación del D.L. N° 22000 y los DD.SS. N°s 156-77-EF y 196-78-EF; (...) Que, de otro lado, al no haberse normado el supuesto de que la nave haya sido construida en el extranjero y que por diversas circunstancias el constructor no hubiera otorgado la escritura de entrega del mismo, procede la intervención de un profesional ingeniero o arquitecto colegiado, quien en cumplimiento de la norma prevista en el art. 8° de la Ley N° 16053, efectúe la constatación de fábrica para su inscripción, en concordancia con el Reglamento de capitánías y de las actividades marítimas, fluviales y lacustres aprobado por D.S. N° 002-87-MA, el mismo que en el punto B-020324 establece que todo plano, proyecto, estudio, informe, cálculo y cualquier documento relacionado con la construcción de naves que presenta un astillero, armador o agente marítimo deberá estar autorizado por el ingeniero naval o el ingeniero mecánico especializado responsable, debiendo firmar el documento y sellarlo con el número de registro del Colegio de Ingenieros del Perú, circunstancias cuyo incumplimiento se acredita en el título materia de alzada; (...) (Finalmente, se revocó la observación, y se ordenó la inscripción).

b) Contrato de compraventa

En el mercado de los buques de segundo uso, por el contrario, es evidente que el título matriculador por excelencia es el contrato de compraventa. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el registro peruano solo está abierto a los navieros o empresas navieras peruanas⁷²³, que cuentan con el permiso de operación otorgado por la Dirección General de Transporte Acuático (art. 6.1 LRPMMN). Por tanto, la matriculación requiere de los siguientes requisitos:

- a) Título de propiedad que sustente la matriculación, que puede ser cualquier medio de adquisición del dominio reconocido en el Derecho (art. 586 CCom), aunque los títulos más usuales son el contrato de compraventa o de construcción.
- b) Certificación de características técnicas del buque y de las condiciones de navegabilidad, aprobadas por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas
- c) Permiso de operación otorgado por la DGTA en favor de naviero o empresa naviera nacional⁷²⁴;

723 Estas deben cumplir las siguientes exigencias: i) Persona natural de nacionalidad peruana o persona jurídica constituida en el Perú; ii) Domicilio principal, sede real y efectiva en el Perú; iii) Objeto social exclusivo de transporte acuático en tráfico nacional o cabotaje y/o tráfico internacional; iv) Propietario de un buque, o por lo menos, arrendatario bajo las modalidades de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo del buque, con opción de compra obligatoria, y que lleve la bandera peruana; v) El capital de la persona jurídica debe ser nacional, por lo menos en 51%; así como, el presidente del directorio, la mayoría de directores y gerente general, deben ser peruanos y residir en el Perú (art. 4.1 LRPMMN).

724 Sin embargo, existe un periodo intermedio desde que se compra la nave hasta que se otorga el certificado de matrícula, para efecto del abanderamiento, por lo que se permite una matrícula provisional, o pasavante, otorgada por la misma Dirección General de Capitanías y Guardacostas o por un Cónsul peruano acreditado en el exterior, que autoriza a la nave el uso de la bandera nacional y a navegar por un plazo no mayor de 120 días naturales. Para este fin, el armador o su representante deben presentar copia legalizada del contrato de compraventa o del memorando de entendimiento, acompañada de su respectiva traducción (art. 55 D.S. 014-2011-MTC). Se entiende que el procedimiento de certificado de matrícula se inicia con la solicitud del pasavante (art. 60.2 D.S. 014-2011-MTC). Por tal motivo, en el Registro de Buques se puede efectuar la inscripción con el pasavante (art. 59 D.S. 014-2011-MTC), que se entiende condiciona el permiso de operación hasta que se

- d) Si el buque estuvo inscrito en registro extranjero, entonces que tal inscripción haya sido cancelada, o por lo menos suspendida cuando se trate de la inmatriculación de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, con la opción de compra obligatoria (art. 9.3 LRPMMN y art. 56.7 D.S. 014-2011-MTC), en cuyo caso llevará bandera peruana (art. 60.3 D.S. 014).
- c) **Contrato de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo con opción de compra obligatoria**

También cabe la matriculación de los buques por medio de los contratos de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo⁷²⁵, con opción de compra obligatoria (en forma expresa: arts. 9.2 y 9.4 LRPMMN), siempre que el buque no tenga más de diez años de construido desde la fecha de la entrega, que el plazo del contrato de arrendamiento sea menor de quince años, y que se cuente con la clasificación del buque emitido por una sociedad clasificadora del IACS. En tal caso, el buque obtendrá el certificado de matrícula y el permiso de enarbolar la bandera peruana (art. 60.3 D.S. 014-2011-MTC).

Nótese que, en ambos contratos, arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, se requiere la cláusula de opción de compra obligatoria, según el art. 9.4 LRPMMN y el reglamento (art. 56.2: “También podrán inscribirse en los registros administrados por la SUNARP los contratos de arrendamiento financiero que tengan por objeto la adquisición de una nave, y los contratos de arrendamiento a casco desnudo, que tengan en ambos casos una opción de compra obligatoria”). Sin embargo, el RIRBEPN se burla

pueda obtener la inscripción registral, el certificado de matrícula y el abanderamiento. En otras palabras, el permiso de operación se otorga en forma condicionada (art. 34 D.S. 014-2011-MTC), hasta que se adquiera el buque, con lo que el permiso se convierte en indefinido. Por último, el certificado de clase de buque otorgado por una Empresa Clasificadora, miembro del IACS, se acredita al momento de solicitar el pasavante (art. 56.5 D.S. 014-2011-MTC), y no ante el registro.

725 El art. 1º Decisión 487 Comisión Andina, define el arrendamiento a casco desnudo, con el incorrecto nombre de “fletamento a casco desnudo”: “El contrato de arrendamiento válida y debidamente registrado de un buque, por tiempo determinado, en virtud del cual el arrendatario tiene la posesión y el control pleno del buque, incluido el derecho a contratar al capitán y a la tripulación por el periodo del arrendamiento”.

de la ley, y, establece que estos contratos se inscriben en el Registro Mobiliario de Contratos (art. 11).

Una hipótesis distinta es la matriculación con contratos de arrendamiento o fletamento⁷²⁶, por un periodo de cinco años de buques de propiedad de extranjeros, pero que llevarán “bandera peruana”. En este caso, los buques se pueden utilizar para el cabotaje o transporte internacional, sin límite de tonelaje (10° DTF LRPMMN, introducida por la Ley N° 29475, publicada el 17.12.2009⁷²⁷). El reglamento establece que el naviero nacional solo podrá alquilar o fletar buques de bandera extranjera para el transporte de pasajeros y carga en tráfico nacional o cabotaje, sin limitación de capacidad de bodega, ante la inexistencia de buques de bandera peruana, por un periodo de 5 años contados a partir de la publicación de la ley, y, culminado dicho plazo, solo podrán fletar naves de bandera extranjera hasta por 200% de su capacidad de bodega en buques de bandera nacional. Esta limitante no aplica para el fletamento de naves extranjeras que efectúen exclusivamente transporte internacional de carga y pasajeros.

La primera inscripción en base de contratos de arrendamiento tiene una finalidad práctica evidente: facilitar el abanderamiento de buques, como si fuesen nacionales, a pesar de que todavía no han sido adquiridos en propiedad por el naviero o la empresa naviera peruana. Es una excepción a la regla de matriculación con dominio, pero que responde a la realidad nacional de un país que necesita reactivar su marina mercante, para lo cual otorga facilidades tributarias, arancelarias y atrae el buque a su registro. Sin embargo, el RIRBEPN (art. 11), en contra del art. 9 LRPMMN, señala que los contratos de arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de

726 El fletamento que menciona esta norma solo puede referirse a los casos en los que el fletante ha cedido la gestión náutica, esto es, la dirección y armamento de la nave, pero se reserva el derecho de control permanente, mediante la colocación de ciertos oficiales de mar (*time charter by demise*). Cuando el reglamento registral permite inmatricular con “arrendamiento simple” (art. 5-e), debe incluir también esta última hipótesis.

727 “Los navieros nacionales o empresas navieras nacionales solo podrán alquilar o fletar buques extranjeros para el cabotaje y el transporte internacional sin limitación de tonelaje por un periodo de cinco (5) años, bajo bandera peruana, los que siempre tendrán prioridad sobre los buques extranjeros alquilados o fletados”.

compra obligatoria se inscriben en el RMC. Por obvias razones, la misma suerte siguen los contratos de arrendamiento o fletamento en las hipótesis permitidas.

d) Resumen

En resumen, la matriculación de buque se produce con la adquisición de la propiedad o por mérito del arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo del buque⁷²⁸, con opción de compra obligatoria en ambos casos, con la atingencia ya señalada en estos dos últimos casos, consistente en su inscripción en el RMC (art. 11 reglamento registral)⁷²⁹. La regla gene-

728 En el Derecho Marítimo, existen diversos contratos de explotación del buque. El arrendamiento a casco desnudo es un arrendamiento común y corriente, en el cual el propietario cede el uso de la nave sin dotación ni capitán, por lo que le transfiere la gestión náutica y comercial. El arrendamiento financiero es un contrato de crédito, por el cual una entidad financiera adquiere el buque, a pedido del arrendatario, y luego le cede el uso para que al final del contrato pueda ejercer, o no, la opción de compra. En cambio, las distintas modalidades de contrato de fletamento no son inscribibles, salvo el *time charter by demise*. El fletamento por tiempo, con traspaso de la gestión náutica (*time charter by demise*), se aproxima bastante al arrendamiento, pero tiene la particularidad de que el propietario del buque conserva cierto control para la designación de algunos oficiales. El fletamento por tiempo, sin cesión de la gestión náutica (*time charter without demise*), implica que el fletante retiene claramente la posesión de la nave a través de la dotación y capitán; mientras que el fletador recibe la gestión comercial, esto es, decide los contratos de transporte con los cargadores, el destino y tiempo de la navegación. El fletamento por viaje tiene la misma característica que el fletamento por tiempo, sin cesión de la gestión náutica, pero con la característica que el fletador asume la gestión comercial del buque solo por viaje determinado: Martínez Jiménez, M. (1990), pp. 208 ss.

729 Es cierto que el D.S. 014-2011-MTC establece en forma genérica que el arrendamiento financiero y el arrendamiento a casco desnudo se inscriben en “los registros administrados por la SUNARP” (art. 52.2), sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha norma se encuentra bajo la sumilla de “inscripciones en el Registro de Buques”, por lo que este título termina por aclarar el sentido de la disposición. Por otro lado, téngase en cuenta que los arrendamientos financieros también se inscriben en la partida registral de la sociedad arrendataria, en el Registro de Sociedades, por virtud de la antigua legislación sobre la materia (D.L. 299). Por tanto, es lógico suponer que el D.S. 014-2011-MTC mencione los “registros administrados por SUNARP”, en tanto el contrato de arrendamiento financiero de buques tiene hasta dos registros en los que puede recalar: uno, buques; otro, sociedades. Por el contrario, esa inscripción no puede realizarse en el RMC, pues existe la expresa prohibición del art. 32 de la Ley 26877, por lo cual esta inscripción es simplemente inviable cuando existe un Registro Jurídico de Bienes, en este caso particular,

ral establece que las inscripciones, obviamente, se hacen en el Registro de Buques, y permiten iniciar la historia registral del bien (art. 9.4 LRPMMN).

Una vez producida la inscripción en el registro de buques, entonces se procede a informar este hecho a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, para que este otorgue el certificado de matrícula, que autoriza a enarbolar la bandera nacional, con el derecho de navegar libremente dentro y fuera de las aguas jurisdiccionales (art. 9.5 LRPMMN), y, siendo así, el certificado de matrícula dejó de ser un requisito para la primera inscripción en el registro (art. 9.5 LRPMMN), pero el reglamento de inscripciones dice lo contrario (art. 10-b), por cuya virtud, se produce una curiosa dualidad de régimen: los buques mercantes logran la inscripción sin certificado de matrícula, pero, en caso de otras naves, sí constituye requisito.

4.2.2. Buques en construcción

La hipoteca de buques fue regulada en nuestro país, por vez primera en forma específica, mediante la Ley 2411, del año 1916⁷³⁰, por cuya virtud, se completó la regulación del Derecho marítimo previsto en el libro III CCom 1902, el cual aún se encuentra en vigor. La Ley 2411 fue copiada de la norma española de hipoteca naval de 1893, y, con el tiempo sufrió algunas importantes modificaciones: la primera, por medio de la Ley 13836, que buscó promover la actividad marítima; y la segunda, a través de la Ley 26702, general

el de Buques, aunque la práctica, lamentablemente, haya generalizado el criterio opuesto, en virtud del art. 11 RIRBRPN.

730 Antes de esa ley los buques se consideraban bienes muebles (art. 583 CCom), y no eran susceptibles de hipoteca. Sobre ellos solamente podía establecerse los privilegios marítimos previstos en la ley, ya sea que nacieran directamente de esta o de contrato, así como el préstamo a la gruesa o la prenda naval, cuya mayor dificultad era la necesidad de traspasar la posesión al acreedor. Por ello no extraña que nuestra doctrina del siglo XIX dijese lo siguiente: "Convendría modificar esta regla respecto de las naves, permitiéndose el contrato de hipoteca sobre ellas; porque las circunstancias especiales de los buques los asimilan a los inmuebles; siendo fácil la publicidad de los actos referentes a los mismos y la persecución de ellos, aunque pasen a poder de terceros; y pueden así ser considerados como base del crédito real, para cuyo efecto no basta el préstamo a la gruesa": Elmore, A. (1922), p. 37. Esta obra fue escrita en el siglo XIX (1899), varios años antes de la entrada en vigor de la Ley 2411, pero vale aclarar que la re-edición que hemos citado corresponde al año 1922.

del sistema financiero (25° DFC), por la que se derogaron algunos preceptos de la antigua norma. Finalmente, la Ley 2411 fue derogada íntegramente por la Ley 28677, publicada el 01.03.2006, sobre garantía mobiliaria, por la cual, se determinó que los buques pasen a considerarse bienes muebles.

Respecto del tema, la construcción y puesta en marcha del buque es un negocio que implica una inversión considerable, por lo que normalmente se recurre al crédito de largo plazo para financiar la obra y, de esa forma, obtener un plazo que permita cubrir el desembolso a través del rendimiento por la explotación del buque⁷³¹. En tal sentido, no es extraño que los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, e incluso convenios internacionales, se hayan dedicado a regular un mecanismo de garantía que permita financiar este tipo de actividades, por lo cual ha nacido la hipoteca sobre buques en construcción. Esta se sustenta en un conjunto de contratos independientes pero coaligados. Así, el naviero (empresario marítimo) celebra un contrato de construcción con un astillero (empresario de construcción y reparación naval)⁷³², para cuyo financiamiento, probablemente, recurra a una entidad financiera, la que requerirá la constitución de la hipoteca. En este caso, el acreedor hipotecario es el financista, pero bien podría ocurrir, que el astillero recurra a su propio capital o al crédito, con lo cual el empresario de la construcción se convertirá en acreedor hipotecario por la retribución que le adeude el naviero-comitente.

En nuestra legislación histórica, el art. 16 Ley 2411 permitió la hipoteca sobre buques en construcción, empero, la inscripción solamente podía realizarse cuando la cantidad invertida sea igual a la tercera parte del pre-

731 García Pita, J. (2000), pp. 19 ss.

732 "Para situar correctamente el debate, hay que distinguir, en primer lugar, las dos modalidades contractuales: la construcción con aportación o sin aportación de materiales por el comitente (el naviero). En el primer caso se trata de un contrato de arrendamiento de obra por empresa: el astillero se obliga a construir, aportando únicamente su conocimiento y su trabajo, y a entregar el buque una vez construido. Por el contrario, cuando los materiales han sido aportados por el constructor, la doctrina es mayoritaria a favor del contrato de obra, aunque existe algún autor, apoyado por alguna sentencia aislada, que la califica de compraventa (STS de 26 de mayo de 1980). Por el contrario, entendemos, con la jurisprudencia mayoritaria, que estamos en presencia de un arrendamiento de obra por empresa": Arroyo, I. (2005), p. 129.

supuesto del casco. A su vez, antes de constituirse la hipoteca, era condición indispensable que se inscriba la propiedad del buque en el registro, lo que, normalmente, se realizaría a nombre del comitente, esto es, de quien encargó la obra, pues, en este caso, el contrato de construcción se considera un modo originario de adquisición de la propiedad. Por tal motivo, era necesario presentar el contrato de construcción y la certificación expedida por un constructor naval respecto de las dimensiones y demás características del buque, así como el estado de su construcción. Posteriormente, el art. 14 Ley 13836 estableció que la persona natural o jurídica que construya o rehabilite una embarcación, gozará de hipoteca naval desde el momento en que se ponga la quilla, quedando así modificado el art. 16 Ley 2411. La lectura de ambas disposiciones permite inferir que la Ley 2411 regulaba la hipoteca naval voluntaria sobre los buques en construcción, mientras la Ley 13836 establecía que el constructor, por ese solo hecho, tendría una hipoteca naval de origen legal sobre la embarcación, pero desde el momento en que se ponga la quilla. Ahora bien, en caso de coexistir una hipoteca voluntaria y otra legal sobre el mismo buque en construcción, quedaba la duda respecto de cuál de las dos tenía preferencia, pues si el orden se determinaba por el registro, ello implica la necesidad de inscribir la hipoteca legal; sin embargo, el art. 14 de la Ley 13836 no parecía imponer la obligación del registro, pues el gravamen nacía automáticamente con la puesta de la quilla. El tema carece, hoy, de relevancia práctica por la derogatoria de ambas disposiciones.

Ahora bien, respecto del tema registral, nótese que el art. 16 Ley 2411 establecía que la hipoteca sobre buques en construcción solamente se podía inscribir al haberse realizado la ejecución de una tercera parte del presupuesto de la obra (para hipotecas voluntarias); por su parte, el art. 14 Ley 13836 señaló que el gravamen nacía con la puesta de la quilla (para hipotecas legales a favor del constructor), esto es, con la pieza inferior que va de popa a proa y en la que se asienta toda la armazón del buque⁷³³; en buena cuenta, puede decirse que es el “piso y cimientos de la nave”, casi

733 Real Academia Española (2001), T. II, p. 1709.

en analogía con la significación del suelo en los edificios⁷³⁴. Este tipo de inscripciones sobre buques en construcción, son comunes en el Derecho comparado (Canadá, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Noruega, Suecia, España), aunque hay importantes excepciones en Japón, Inglaterra y Estados Unidos. La materia, inclusive, ha sido objeto de la Convención de Bruselas de 1967, sobre publicidad de los derechos sobre buques en construcción⁷³⁵. En tal sentido, la inscripción de la propiedad y/o de la hipoteca naval sobre el buque en formación, puede admitir dos criterios, según un análisis comparatista:

- a) La inscripción se realiza, incluso, antes del inicio de la fabricación, para lo cual basta presentar el contrato de construcción en el que se detalle las dimensiones y características proyectadas del buque; es el sistema de la Convención de Bruselas de 1967 (art. 4) y del ordenamiento italiano, cuyo art. 233 del Código de la Navegación permite la inscripción siempre que el interesado haga una declaración sobre la nave en proyecto;
- b) La inscripción se realiza cuando el buque tiene cierto avance de obra, ya cuenta con la forma definitiva, por lo que en este caso se admite el registro de un bien ya existente.

734 Con el constante progreso de las técnicas de construcción, se ha cuestionado el criterio de la "quilla" para determinar la existencia del buque y, en consecuencia, que dicho momento sea determinante para transferir la propiedad o hipotecar el buque. En efecto, ahora el casco se prepara en bloques separados, de dimensiones y pesos muy sensibles, que recién se unen físicamente cuando la fabricación de cada uno de ellos está completa. Por tanto, el criterio fundamental para determinar la existencia del buque parece ser la individualización de cada uno de los materiales, de tal forma que su destino a la construcción de determinado buque no pueda ponerse en discusión. Esta individualización se produce cuando sobre los materiales o partes pre-fabricadas se consigna el número de la construcción o del buque. Este criterio fue utilizado por una Corte de Apelación inglesa (Caso: *Re Blyth Ship v. Building and Drydocks Co. Ltd.*), en el que luego de la quiebra del constructor resolvió que los materiales trabajados y no trabajados que se encontraban en el astillero no parecían estar destinados con certeza al buque, por lo que no se justificaba la transferencia de propiedad de los mismos al naviero-comitente: Berlingieri, F. (1982), p. 74.

735 *Ibid.*, p. 93.

En el primer caso, no hay publicidad de un bien o de las titularidades sobre él, que no existen, sino simplemente una preferencia de orden registral que goza de prioridad anticipada al nacimiento del bien, de tal suerte que cuando este llegue a ser, entonces nacerá también y, en forma simultánea, la hipoteca. En este supuesto, el registro en general, y la hipoteca en particular, versa sobre un bien futuro. En el segundo caso, por el contrario, sí hay publicidad de un bien y de las titularidades que sobre él recaen, ya existe una base objetiva que permite identificar el buque. Aquí, está presente la mayor analogía con los edificios proyectados o en curso de ejecución, pues en estos también existe ese elemento objetivo que permite referirse al bien, sin catalogarlo como futuro. Si pudiese valer el símil, en los predios, la base objetiva de las unidades en proyección es el suelo, mientras que, en los buques, esa misma base objetiva lo constituye el “suelo de la nave”, esto es, la quilla o parte inferior sobre la que se asienta la armazón del buque, y sin perjuicio de los otros criterios expuestos en doctrina para determinar el nacimiento del bien.

El ordenamiento jurídico peruano acoge este segundo sistema, pero con un gravísimo error que luego explicaremos. En efecto, el art. 16-c) del reglamento registral señala que la inscripción del buque en construcción requiere la presentación del contrato de construcción, la licencia otorgada por la Capitanía de Puerto y el certificado de erección de quilla y roda o del 50% del avance de construcción de la nave, otorgado por la autoridad marítima competente, salvo que la nave sea menor de 6.48 A.B., en cuyo caso bastará la certificación de ingeniero naval, en la que conste el estado de construcción de la nave, acompañada del plano respectivo. Sin embargo, esta norma reglamentaria contraviene la Decisión 487 Comunidad Andina, que define con otros términos el buque en construcción: *“si se tratara de la hipoteca de un buque en construcción, el instrumento de constitución deberá contener los mismos requisitos señalados en el artículo 5, salvo los mencionados en el inciso 2, que se sustituirán por la individualización del astillero o lugar de construcción; la fecha en que se inició la construcción y aquella en que se espera que termine; el hecho de haberse invertido al menos la tercera parte de su valor presupuestado y el número*

de construcción asignado” (art. 7)⁷³⁶. Es evidente que la norma reglamentaria de SUNARP es contraria al Derecho comunitario.

Un sector de la doctrina considera que la existencia del buque se produce cuando la construcción ha logrado tal nivel de desarrollo que ya puede identificársele en su estructura y, por tanto, la publicidad siempre está referida a la tutela de un derecho futuro que nacerá sobre la *res nova*, esto es, sobre el buque concluido, y no sobre los singulares materiales que lo conforman, aun cuando estos se hallen dispuestos inequívocamente para ese fin⁷³⁷. Otro sector se muestra a favor de considerar que el buque en construcción es un bien actual, no futuro, susceptible de derechos reales, y el nacimiento del bien no está condicionado a la botadura del buque, esto es, de la *res nova*, pues cuando se tienen los elementos necesarios de la construcción debe reputarse que el bien ya se originó, aun cuando continúe su proceso de transformación. La misma razón de que se admita legalmente el registro es indicativa que la publicidad se ha preordenado con la tutela de los derechos ya existentes, no futuros⁷³⁸. Por nuestra parte, la segunda postura resulta preferible, esto es, que no hay bien futuro cuando ya existe un elemento objetivo suficientemente individualizado que se vincula con el bien que resultará al final de la transformación, y que de esa forma permite referir y concretar el objeto de los derechos reales⁷³⁹.

736 El art. 8 de la Decisión 487 agrega: “Para los efectos de lo establecido en el artículo anterior y salvo pacto en contrario, se considerarán además partes integrantes del buque y sujetos a la garantía, los materiales, equipos y elementos de cualquier naturaleza, susceptibles de ser individualizados como especies o cuerpos ciertos, que se hallen acopiados o depositados en el astillero y que estuvieren destinados a la construcción, aun cuando no hayan sido todavía incorporados a la obra principal, con tal de que dichos materiales, equipos o elementos sean suficientemente identificados en el instrumento de constitución de la hipoteca”.

737 Berlingieri, F. (1982), pp. 105-106.

738 *Ibid.*, p. 106.

739 “La circunstancia de que los derechos surgidos sobre el buque en construcción continúen subsistiendo, una vez que las transcripciones hechas anteriormente sean reproducidas en la matrícula o el registro, denota solamente que el legislador ha querido asegurar la continuidad de la publicidad y que el bien, aun adquiriendo naturaleza de buque en un momento que no coincide, sino que precede a la finalización de la construcción, no es una *res nova* con respecto al bien durante la construcción. Los derechos surgen sobre el bien en construcción y se expanden al progresar aquella, extendiéndose a las nuevas partes en virtud del principio establecido en el artículo 2811, Código Civil, principio que resulta

4.2.3. Actos secundarios

Los actos secundarios inscribibles en el Registro de Buques son los siguientes:

- a) La constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre el buque ya inscrito.
- b) Arrendamiento financiero o arrendamiento de buque ya inscrito.

aplicable aun con respecto a la hipoteca mobiliaria. Puesto que la hipoteca se extiende, sin duda, a las mejoras, no sólo a las construcciones en sentido propio, ejecutadas sobre el buque gravado, como en el caso de transferencia esencial, no subsiste ninguna razón para no aplicar el mismo principio al buque en construcción, con respecto a la parte construida en un momento dado, las partes agregadas constituyen, si no una mejora en el sentido habitualmente dado a este término, una construcción. Para convencerse que el derecho sobre el buque en construcción es un derecho actual, perfecto y eficaz, y no un derecho futuro, que surge a la finalización de la construcción, basta con detenerse a considerar la hipótesis en que la construcción se suspenda definitivamente, por cualquier motivo. ¿Podrá tal vez afirmarse que en ese caso los derechos no han nacido y por tanto no pueden hacerse valer? ¿Puede tal vez decirse que la publicidad no tiene efecto, por cuanto la misma tiene la función de conservar derechos que aún no nacieron en aquel momento? Evidentemente no. El objeto de estos derechos es el buque en construcción, en cualquier etapa que ella se encuentre, y pueden ejercitarse inmediatamente. El propietario puede transferir la propiedad del buque, el acreedor hipotecario puede proceder a ejecutar su garantía, si se dan los presupuestos necesarios. En sustancia, corresponde dilucidar un equívoco, según el cual el objeto del derecho y en nuestro caso de la hipoteca, es el buque terminado, o sea, el bien que se presentará concluido en todas sus partes una vez finalizada la construcción. En efecto, el objeto del derecho es el buque en su fase de construcción, un bien que está en continua transformación o evolución física (...). Dado, sin embargo, que la hipoteca tiene por objeto un buque en construcción es necesario para que ella surja, que la construcción haya tenido ya comienzo y que sea individualizable. Por tanto, parece acercarse mucho a las reales exigencias la tesis según la cual deba tratarse de buque comenzado y no de un complejo de materiales en los que no pueda reconocerse, aún en embrión la estructura del buque. Esta tesis se acerca en sustancia, y quizás se identifica con aquella que toma en cuenta a la colocación de la quilla, porque, al menos según los criterios clásicos de la construcción naval, el buque debe considerarse comenzado en el momento de la colocación de la quilla. En realidad, hoy ha perdido gran parte de la importancia que tenía en el pasado, por cuanto la prefabricación de partes conspicuas del buque y su sistematización sobre el casco (o en dique seco) mediante capaces instrumentos de elevación, hace posible que al momento de la colocación de la quilla la construcción esté ya considerablemente avanzada. No obstante, debe siempre adjudicarse importancia a la colocación de la quilla desde el punto de vista de la individualización de la construcción, por cuanto ella tiene el efecto de fijar, normalmente, el lugar donde se realiza la construcción y, en consecuencia, de distinguirla de otras, de manera cierta": *Ibid.*, pp. 107-109.

- c) Contrato de opción de buque ya inscrito.
- d) Medidas judiciales de aseguramiento o garantía sobre el buque ya inscrito.
- e) Garantía mobiliaria y actos de ejecución de buque ya inscrito.

4.2.4. Cierre del registro

Por último, debe tenerse en cuenta los actos inscribibles referidos a la cancelación del registro, sea por destrucción o desguace del buque, o por cierre de partida por venta a persona extranjera, o por suspensión de partida por arrendamiento a persona extranjera.

La destrucción del buque o desguace (destrucción voluntaria) serán comprobadas y declaradas por la autoridad marítima, por lo que se requerirá para su inscripción copia certificada de la resolución que dispone la cancelación de matrícula, y el propio certificado de matrícula con la constancia de cancelación (art. 25 reglamento registral). Este último requisito implica una formalidad superflua, pues basta la resolución que declara el desastre marítimo o que autoriza el desguace. En caso de que se solicite el cierre de partida, con carácter obligatorio, y no voluntario, no se necesita la autorización de los acreedores o titulares de gravámenes, pues igual el bien ha desaparecido o va a desaparecer. Sin embargo, en esta hipótesis se notificará a los beneficiarios de la inminente cancelación a efecto de que puedan adoptar las medidas necesarias para proteger sus intereses. La cancelación no se producirá hasta que haya transcurrido un plazo razonable, que no sea inferior de tres meses, contando desde la corriente notificación.

El cierre de la partida, como consecuencia de la venta o transferencia de un buque de matrícula peruana al extranjero, procede en virtud del documento en el que conste la transferencia, siempre que la nave esté libre de cargas o gravámenes inscritos, en cuyo caso no se requerirá autorización alguna (art. 8.5 LRPMN). Esta disposición adolece de un grave error conceptual, pues señala que se necesita el consentimiento de los titulares de "créditos marítimos privilegiados", cuando es conocido que estos privilegios se constituyen por ministerio legal, sin publicidad registral. En caso de que el buque esté afecto de gravámenes, entonces se requerirá la autorización

de los titulares en documento privado con firma legalizada (art. 26 reglamento registral).

También debería admitirse, aunque no está regulado en la legislación interna, la suspensión de la partida registral, si es que el buque peruano es objeto de arrendamiento financiero o arrendamiento a casco desnudo, o cualquier otra forma de explotación de la nave a favor de extranjero, y que, por tanto, permita su matriculación en el país del abanderamiento. Nuevamente, este caso está previsto en el Convenio de Ginerba, 1993, sobre hipoteca naval y privilegios marítimos. El art. 16 se refiere al “cambio temporal de pabellón”, para lo cual dicta cuatro reglas: (i) El Estado de matrícula del buque será aquel inmediatamente anterior al cambio de pabellón (art. 16.1), (ii) La legislación del Estado de matrícula será la determinante para efecto del reconocimiento de hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos (art. 16.2), (iii) El Estado de matrícula hará constar en su registro, por nota de referencia, el Estado autorizado a enarbolar temporalmente el pabellón; del mismo modo, el Estado que recibe temporalmente el buque, hará constar por nota de referencia el Estado de matrícula (art. 16.3), (iv) Ningún Estado Parte autorizará a un buque a enarbolar temporalmente su bandera, a menos que previamente se hayan cancelado todas las hipotecas, mortgages y gravámenes, o que se haya obtenido el consentimiento por escrito de los titulares de los gravámenes (art. 16.4).

Distinto es el caso del traslado de sede del buque, dentro del mismo país, en el que, simplemente, se produce el traslado de una oficina registral a otra. Aquí, se requiere copia certificada de la resolución de la autoridad marítima de la Capitanía del Puerto perteneciente al ámbito de competencia territorial de la oficina registral a la que se efectuará el traslado (art. 27 reglamento registral). Para ello, se necesita, primero, el cierre de la partida primigenia; y, luego, la apertura de la nueva partida, con la copia certificada de las inscripciones extendidas en la primera hoja registral, cerrada, y que es materia de traslado.

4.3. Transferencia de propiedad y registro

El Registro de Buques fue instituido por el CCom 1902, por lo que se requiere analizar la norma clave en este tema, el art. 586 CCom: *“La adquisición de un buque deberá constar en documento escrito, el cual no producirá efecto respecto a tercero, si no se inscribe en el Registro mercantil”*, lo que conecta con el principio de oponibilidad registral relativo, ya estudiado en el ámbito de los bienes inmuebles, con el añadido que el modo de transferencia de los buques, propio de los muebles (por ahora), es la tradición. Por su parte, el art. 9.2 LRPMMN señala que la inscripción “reconoce” la condición de propietario, por lo que, entonces, el registro se limita a publicar una situación pre-existente, pero no la crea ni la configura. Por lo demás, otros artículos de la misma ley permiten deducir perfectamente que la transmisión de la propiedad se produjo antes de la inscripción, con lo que se desmorona cualquier pretensión de inscripción constitutiva, como ocurre con el art. 9.4, en tanto señala que la matriculación puede solicitarla el propietario o el arrendatario, lo cual significa que el titular ya adquirió el derecho antes de la primera inscripción. En virtud de lo expuesto se reafirma que las inscripciones en el registro de buques sirven para publicar derechos con efecto de oponibilidad en caso de conflicto de títulos, pero no los constituye, salvo en el caso de la hipoteca naval.

Sin embargo, el principio de oponibilidad registral relativa no opera igual que en los bienes inmuebles, pues, en este ámbito se encuentra interferido por la tradición, que constituye el modo de transmisión de los bienes muebles, entre ellos, los buques:

Primer ejemplo: A vende un buque a B, con tradición; luego, A vende a C, con sola inscripción. La solución es que el propietario es el B, pues el otro sujeto en contienda se ha quedado en fase obligacional, por lo que no cuenta con derecho oponible (art. 947 CC), aunque cuente con inscripción. En tal caso, el registro no convalida la falta de titularidad por no haberse realizado la tradición.

Segundo ejemplo: A vende un buque a B, con tradición ficticia (constituto possessorio); luego, A vende a C, con tradición real, e inscribe. La so-

lución, en este caso, es que los dos compradores cuentan con título y modo, por lo que el registro declarativo confiere preferencia a C, en virtud de la inscripción (art. 586 CCom).

Tercer ejemplo: A vende un buque a B, con tradición ficticia (constituto possessorio); luego, A vende a C, con tradición real. Ninguno de los compradores ha inscrito, por lo que la preferencia la tiene el primero a quien se hizo tradición, en este caso, B (art. 1136 CC), sin que sea relevante la fórmula ficticia o real, pues, ambas tienen el mismo valor (art. 902 CC).

Cuarto ejemplo: A vende un buque a B, sin tradición, pero inscribe; luego, A vende a C, con tradición. La solución, en línea teórica, sería favorable a C, en tanto resulta el único que completó las reglas de transmisión, sin embargo, juega en su contra la presunción de mala fe, pues se supone que conocía el registro, pese a lo cual, procedió a comprar el buque de A, que ya no era propietario. La solución lógica es castigar la mala fe de C, y atribuir la propiedad a B (art. 1136 CC).

4.4. Otros efectos de la inscripción

El Registro de Buques también otorga fe pública registral (art. 2014 CC) en favor del tercero a título oneroso, con buena fe, que adquiere de quien aparece con facultades en el registro para otorgar el derecho, que, a su vez, inscribe; y siempre que en el registro no aparezcan causales de contradicción, pero con las atingencias señaladas en la STC N° 00018-2015-PI/TC.

También se aplica el principio de prioridad cuando se trata de ordenar diversas inscripciones compatibles⁷⁴⁰, que fundamentalmente se refieren a créditos garantizados (art. 2016 CC). En tal caso, el registro sirve como mecanismo para jerarquizar, en forma antelada y en vía extrajudicial, los distintos créditos de un deudor.

740 “La preferencia es por definición un concepto relativo: se prefiere un crédito frente a otro. Ningún acreedor es preferente frente a sí mismo; es menester la concurrencia de acreedores”: Arroyo, I. (2005), p. 132.

4.5. Privilegios marítimos

Los acreedores cuentan con diversas facultades que tienen la finalidad de exigir el cumplimiento de la prestación a su deudor, pero, algunos créditos cuentan con ventajas suplementarias, como es el caso de los privilegiados. En la tradición del Derecho Marítimo se encuentra arraigada la idea de ciertos créditos que, pese a la falta de inscripción, tienen preferencia frente a los otros acreedores, incluso registrados, además, que ellos permiten la ejecución del buque, con accesorios y frutos, como si se tratase de una hipoteca inscrita, pero con la diferencia que ese privilegio nace de la ley, y, se impone sin necesidad de publicidad.

En el Perú han existido privilegios marítimos regulados en la ley interna, en la ley comunitaria y en la ley internacional, lo que obviamente es fuente de graves conflictos y dudas interpretativas. Sin embargo, el sistema se simplificó con la 25° DFC Ley 26702, sobre el sistema financiero, que deroga algunas normas de la hipoteca naval (actualmente, toda la ley está abrogada) referente a los privilegios marítimos, y, además, dispuso claramente que la hipoteca naval se regía exclusivamente por el CC, con lo que entienden derogados todos los preceptos del CCom (arts. 593, 594, 596, 597) que permitían sobreponer algunos créditos privilegiados frente a cualquier otro acreedor, incluyendo el hipotecario. Por tanto, en la actualidad, la ley interna no contiene, ya, privilegios marítimos.

Sin embargo, la ley internacional está en pleno vigor, pues el Perú ha ratificado el Convenio Internacional de Ginebra, sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval (1993), que se aplica a todo buque de navegación marítima matriculado en un Estado Parte, o aun cuando el Estado no sea parte, si el buque está sujeto a la jurisdicción de un Estado Parte (art. 13). Los buques de navegación marítima matriculados en el Perú se rigen por este Convenio, pues nuestro país es Estado Parte. Los privilegios marítimos reconocidos en el art. 4 del convenio, tendrán preferencia sobre las hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos (art. 5.1). Esto significa que el acreedor privilegiado cobrará con preferencia al acreedor que tenga la garantía mobiliaria del buque. En tal sentido, los privilegios marítimos que reconoce el convenio son los siguientes (art. 4.1):

- a) Créditos por sueldos adeudados al capitán y la dotación del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de seguridad social.
- b) Créditos por causa de muerte o lesiones sobrevenidas, en tierra o en agua, en relación directa con la explotación del buque.
- c) Créditos por la contraprestación pagada por el salvamento del buque.
- d) Créditos por derechos de puerto, canal, de otras vías navegables y practicaaje.
- e) Créditos nacidos por culpa extracontractual por razón de pérdida o daños materiales causados por la explotación del buque, con exclusión de los daños o pérdida al cargamento, contenedores y efectos de los pasajeros transportados en el buque.

En caso de concurrencia de acreedores privilegiados, entonces el orden será el mismo que enumera el art. 4.1, sin embargo, el crédito por salvamento tendrá preferencia sobre todos los demás privilegios marítimos a que se halle afecto el buque antes de efectuarse las operaciones que dieron origen a aquellos privilegios. Ahora bien, los privilegios enumerados en los incisos a), b), d) y e) del art. 4.1 concurrirán a prorrata entre ellos, mientras que la concurrencia de créditos por salvamento se ordenan en sentido inversa a la fecha de nacimiento del crédito, esto es, se prefiere a los de fecha más reciente, y así sucesivamente (art. 5). El convenio permite que la legislación interna establezca otros privilegios marítimos, siempre que se pospongan a los privilegios del propio Convenio, así como a las hipotecas, mortgages o gravámenes inscritos (art. 6). Si bien las normas del CCom, referentes a este propósito, han sido derogadas por la Ley 26702, sin embargo, la Decisión 487 ha impuesto el derecho de retención a favor de constructores y reparadores de buques, en la forma subordinada que exige el Convenio.

Por otro lado, los deudores que sufren los privilegios marítimos son el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque (art. 4.1). Es decir, los acreedores privilegiados pueden arrestar, embargar y ejecutar el buque por deudas que no son del propietario, sino, de los sujetos que tienen la gestión náutica del buque, esto es, los que lo dirigen

y lo ordenan para fines de navegación. Así, por ejemplo, el arrendatario a casco desnudo que no paga los sueldos sufrirá la ejecución del buque, aunque no sea su titular. La razón se encuentra en que el buque garantiza las operaciones del naviero, según el Derecho Marítimo, al margen de quien sea el propietario. En todo caso, el titular afectado podrá repetir, obviamente, contra el naviero por la pérdida del buque.

Los privilegios marítimos tienen eficacia real, en tanto persiguen al buque, no obstante, cualquier cambio de propiedad, matrícula o pabellón (art. 12), empero, esa eficacia se extiende hasta el plazo de un año desde el nacimiento del crédito, salvo que el buque haya sido objeto de embargo preventivo o ejecución conducentes a la venta forzosa (art. 9.1). En el caso de los créditos laborales, el plazo de un año se cuenta desde que se haya culminado el enrolamiento; respecto de los otros privilegios, el cómputo opera desde la fecha de nacimiento del crédito, sin que sea aplicable la suspensión o interrupción, salvo el plazo excepcional durante el cual, por ministerio legal, no se pueda proceder al embargo preventivo o a la ejecución del buque (art. 9.2).

La cesión de un crédito garantizado con privilegio marítimo, o la subrogación, entraña la transmisión del privilegio (art. 10.1). Los acreedores marítimos privilegiados no podrán subrogarse en los derechos del propietario del buque a la indemnización debida en virtud de un contrato de seguro (art. 10.2) La racionalidad de esta última regla sería evitar que los aseguradores corran el riesgo de asumir un doble pago si el privilegio marítimo persiguiese a la indemnización.

En caso de venta forzosa de buque en un Estado Parte (como el Perú), todas las hipotecas, mortgages y gravámenes inscritos dejarán de gravar el buque, siempre que al momento de la venta, el buque se encuentre dentro del ámbito de la jurisdicción de ese Estado, y que la venta se haya efectuado de conformidad con la legislación interna, y cumpliendo los requisitos de notificación del art. 11 del Convenio (art. 12).

Todo Estado Parte podrá conceder, de acuerdo con su legislación interna, un derecho de retención respecto de un buque que se halle en posesión

de un constructor, para garantizar créditos por la construcción del buque; o de un reparador de buque, para garantizar los créditos por la reparación. Este derecho de retención se extinguirá cuando el buque deje de estar en posesión del constructor o reparador por cualquier forma distinta del embargo preventivo o la ejecución (art. 7).

Por su parte, el Derecho comunitario regula esta materia en la Decisión 487, modificada por la Decisión 532, sobre garantías marítimas (hipoteca naval y privilegios marítimos) y embargo preventivo de buques, lo que implica que se trata de ley nacional para el Perú, directamente aplicable en nuestro país. El propósito de la norma comunitaria es refundir los dos convenios internacionales sobre la materia: el primero, sobre privilegios marítimos e hipoteca naval, de Ginebra, 1993; el segundo, sobre embargo preventivo de buques, de Ginebra, 1999. La Comunidad Andina, pues, busca fomentar el desarrollo de la actividad nacional de marina mercante, para lo cual facilita la aplicación de los convenios internacionales en el caso de que los países miembros no los hubiesen ratificado (exposición de motivos de la Decisión 532). Por tanto, la Decisión 487 no se aleja de la regulación del Convenio de Ginebra, de 1993, pues básicamente dice lo mismo, aunque con algunas precisiones o mejoras de orden sistemático o lingüístico que no modifican el contenido sustantivo⁷⁴¹. Así, el art. 21 de la Decisión señala que los privilegios marítimos gravan con efecto especial y real, sin necesidad de publicidad registral, por lo que persigue a la nave, aun cuando cambie de propietario, registro o pabellón, excepto en el caso de ejecución forzada. Asimismo, la Decisión 487 (art. 22) mantiene exactamente los mismos créditos privilegiados del Convenio de Ginebra (art. 4.1). También se permite la cesión o subrogación del privilegio, junto con el crédito, del que es accesorio (art. 27 Decisión 487), pero se agrega que: “no puede cederse el rango de los privilegios marítimos”, pues este no tiene sustantividad propia separada del crédito. Recuérdese que el Convenio de Ginebra permitía que las

741 “Además, la Decisión, al reproducir los artículos de ambos convenios, lo hace en forma más holgada para facilitar su lectura y, por ende, su aplicación. Sigue, en ello, la técnica legislativa de los países de tradición latina en cuanto a la forma, pero sin sacrificar ni el espíritu ni la letra de ambos convenios”: Vigil Toledo, R. (2003), p. 370.

legislaciones nacionales impongan un derecho de retención a favor de los constructores o reparadores del buque. Pues bien, la Decisión 487 concreta esa posibilidad, pues impone el derecho de retención, que se regula según las normas del derecho común, aun cuando esta retención es subordinada frente a los privilegios marítimos e hipotecas inscritas con anterioridad (art. 35)⁷⁴².

Un asunto importante que trata la Decisión, pero no el Convenio, consiste en la autorización para que el acreedor proceda a la venta directa del bien sujeto a hipoteca naval, según lo pactado en el título constitutivo. Alternativamente o a falta de pacto, entonces el acreedor podrá optar por la ejecución forzosa del buque, según la legislación procesal nacional respectiva (art. 15). También es de destacar el derecho del acreedor para entrar en posesión del buque y explotarlo comercialmente con la diligencia ordinaria requerida, lo que podrá solicitarse en cualquiera de los casos en que el acreedor esté habilitado para ejecutar la garantía, o cuando la conducta del deudor ponga en peligro el buque. Para obtener la posesión, el acreedor podrá solicitar el embargo preventivo del buque. Los frutos de la explotación se imputan a los intereses, gastos y capital (art. 13)⁷⁴³. El acreedor hipotecario puede ejercer sus derechos de ejecución contra el buque o, por vía de

742 El artículo 5, concordado con el 12, del Convenio de Ginebra de 1993 establece la posibilidad de que un Estado Parte establezca, en su legislación interna, que los gastos de remoción de escombros se paguen con el producto de la venta forzosa antes que los demás créditos; y que el constructor o reparador de buques podrá obtener el pago de su crédito, si el buque lo tiene en su poder, una vez satisfecho los privilegios marítimos. El legislador andino toma la palabra en estos puntos, teniendo en cuenta que el propio Convenio lo delega a la legislación nacional. En el caso de remoción de escombros por buque varado o hundido, se establece que los gastos a favor de la autoridad marítima se pagarán con preferencia a los privilegios marítimos e hipotecas navales inscritas (art. 33). En cambio, el derecho de retención de constructores y reparadores se subordina a los privilegios e hipotecas (art. 35), con lo cual se convierte en un crédito superior a los quirografarios, pero inferior a los privilegiados: *Ibid.*, pp. 370-371.

743 "Contiene, asimismo, una novedad para los países de tradición romanista, en la medida en que establece la posibilidad de que el acreedor hipotecario tome posesión del bien hipotecado sin necesidad de realizar su venta judicial. El dispositivo en cuestión incluye, asimismo, normas de carácter procesal para facilitar esta acción posesoria en concordancia con las disposiciones del Convenio Internacional sobre embargo preventivo de buques": *Ibid.*, p. 370.

subrogación real, contra los siguientes créditos de los que el deudor sea titular, salvo que el buque hubiese sido reparado: indemnizaciones por daños materiales sufridos por el buque, contribución por avería común por daños materiales sufridos por el buque, indemnizaciones por daños provocados al buque con ocasión de servicios prestados en el mar e indemnizaciones de seguro por pérdida total o por averías sufridas por el buque (art. 12). La Decisión establece, finalmente, que luego de la ejecución forzada del buque, el registro deberá cancelar todas las hipotecas y gravámenes inscritos (art. 34). Por lo demás, la venta judicial produce, también, la extinción de los privilegios que el buque arrastraba con anterioridad (art. 25).

5. REGISTRO DE EMBARCACIONES PESQUERAS Y NAVES

Las reglas antes señaladas, en cuanto sean pertinentes, también se aplican en el registro de embarcaciones pesqueras y de naves (art. 1 RIRBEPN), sin embargo, es necesario tener en cuenta que la LRPMMN tiene un ámbito de actuación específico, sobre las naves que se dedican a las actividades de transporte marítimo y vinculadas.

El registro de embarcaciones pesqueras agrupa a las naves dedicadas a la actividad pesquera, cualquiera fuese su tonelaje (art. 30 RIRBEPN), y, entre sus particularidades, se encuentra que, tanto la primera inscripción, como la inscripción provisional de una embarcación en construcción, requiere la resolución de autorización de incremento de flota emitida por la autoridad competente (arts. 31 y 32 RIRBEPN).

El registro de naves comprende las recreativas, especiales, deportivas, artefactos navales, y, cualquier otra no incluida en el registro de buques o de embarcaciones pesqueras (art. 33 RIRBEPN), con lo cual el de buques se circunscribe a las naves destinadas al transporte de cosas o personas.

Por el contrario, los siguientes objetos acuáticos quedan excluidos de cualquiera de los registros: buques de guerra, naves o artefactos navales inflables, las embarcaciones propulsadas a remos, las embarcaciones náuticas recreativas que no cuenten con propulsión a motor (art. 2 RIRBEPN), pues si bien la norma impide que se les confiera certificado de matrícula, sin embargo, ello también descarta el acceso en el registro.

Capítulo VI

REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR⁷⁴⁴

1. HISTORIA

El Registro de Propiedad Vehicular (RPV) estuvo a cargo, anteriormente, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), específicamente la Dirección Departamental de Circulación Terrestre. Sin embargo, la Ley 26366, de 14.11.1994, que crea el Sistema Nacional de Registros Públicos y la Superintendencia de Registros Públicos, organizó, entre otros, el Registro de Bienes Muebles, que incorporó el RPV, el cual, actualmente, se regula por la Ley 27181, Reglamento y el RIRPV, aprobado por Res. N° 039-2013-SUNARP/SN (publicada: 20.02.2013), que derogó la anterior Res. N° 087-2004-SUNARP-SN, que a su vez sustituyó la Res. N° 255-99-SUNARP/SN, que por su parte reemplazó al primer reglamento de la materia, aprobado por Res. N° 098-98-SUNARP/SN.

En tal sentido, ha sido frecuente sostener que el antiguo RPV, previo a su incorporación a SUNARP, era un registro administrativo, no jurídico, fundamentalmente por su heterodoxa organización, pues la historia registral de cada vehículo se contenía en tres sobres: transferencias, prendas, y medidas judiciales⁷⁴⁵, además, por alguna primigenia decisión del Tribunal Registral, que denegó la transferencia, pues: “no se conocía quién era el titular registral por extravío de los antecedentes registrales”, pese a que el apelante

744 Este capítulo se ha escrito en co-autoría con Rosa Isabel Quintana Livia, registradora del Registro de Propiedad Vehicular de la Zona Registral N° IX - Lima.

745 Pacora, M. (2000), p. 189.

aportó como prueba el duplicado de la tarjeta de propiedad, que permitía advertir la coincidencia entre el titular de la tarjeta y el enajenante, pero se adujo que sus duplicados, tratándose de “registro administrativo, “carecían de valor probatorio”⁷⁴⁶.

746 “... Que resulta conveniente distinguir que el registro de propiedad vehicular originariamente estuvo a cargo del Ministerio de Transportes siendo su condición la de un ‘registro administrativo’ cuya finalidad era archivar datos útiles para el ejercicio de la administración misma, en el que prevalecían las normas de simplificación administrativa, basado en presunciones de veracidad y controles ‘a posteriori’, que sin embargo con su incorporación al Sistema Nacional de los Registros Públicos adquirió el status de ‘registro jurídico’ y en tal virtud el control se efectúa ‘a priori’ a través de la calificación registral consagrada en el artículo 2011 del Código Civil y a mérito de documentos auténticos, instrumentos públicos o por lo menos en documentos fehacientes que generan asientos registrales debidamente amparado por la garantía del Sistema. Que, dentro de este contexto no resulta certero la aplicación de determinados principios registrales que constituyen efectos de una inscripción a aquella información que el registro admitió antes de su incorporación al Sistema Nacional de los Registros Públicos, en tanto no proviene de un asiento registral que por su naturaleza proporciona certeza respecto a que el derecho inscrito en el registro existe y guarda correspondencia con la realidad extrarregistral y que el titular registral se encuentra habilitado para actuar dentro del tráfico jurídico respecto de aquel derecho; Que, en el presente caso si bien es cierto que aparece como titular registral el señor XXX, ello se sustenta en el duplicado de una tarjeta de propiedad, que conforme estableció el Decreto Legislativo N° 420 (Código de Tránsito y Circulación Vial) simplemente aporta la presunción de que quien figure en la tarjeta de propiedad sea el propietario, siendo esta presunción ‘*juris tantum*’, pues admite prueba en contrario (...): RTR N° V004-2001-ORLC/TR del 08.02.2001.

Por tal motivo, se generalizó el gravísimo error de negarle valor jurídico a los índices del antiguo registro vehicular o a las tarjetas de propiedad ya emitidas. Sin embargo, el debate doctrinal tuvo como resultado que la SUNARP flexibilice su posición sobre el tema. En primer lugar, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular (aprobado por Res. N° 087-2004-SUNARP/SN, publicado el 04.03.2004, estableció una solución para los casos de ausencia de antecedentes registrales, sea con la presencia de índices del RPV, o sin ellos (arts. 64 y 65). Esta solución fue muy tímida, pues se desconocía el efecto legitimador de la tarjeta de propiedad, que es un traslado de la inscripción del registro, por lo cual, se exigían documentos adicionales en caso de pérdida de antecedentes, tales como certificado del ensamblador, póliza de importación o comprobante de pago de la compra, constancia de venta del enajenante. El legislador tuvo que venir en ayuda, pues la Ley 28935 estableció que los índices del antiguo registro vehicular se encuentran amparados por el art. 2013 CC. De esta forma, se modificaron los reglamentos registrales en el sentido de que la ausencia de título archivado no constituía inconveniente para la calificación e inscripción del registrador cuando se presentase un nuevo título, sin perjuicio de que paralelamente se inicie el procedimiento de reconstrucción.

La tesis criticada se refutaba con el Código de Tránsito (D.L. 420), entonces vigente, que establecía la presunción de exactitud de los datos del antiguo RPV, por tanto, consagraba el principio de legitimación, propio de los registros jurídicos, sin perjuicio del criterio jurisprudencial que apuntaba en ese mismo sentido⁷⁴⁷. Por lo demás, el uso de sobres es una cuestión organizativa que no incide en los efectos de la inscripción; como tampoco que el indicado registro inscribiese con documentos privados con firma certificada o por medio de una débil calificación, en tanto esas características no conducen necesariamente hacia un registro administrativo, como ha ocurrido, en nuestro propio caso, con el Registro Predial, o, como sucede en el Derecho comparado, con el registro italiano, por ejemplo.

2. RPV: ASPECTOS ESENCIALES

2.1. Función

El RPV cumple una función de relevancia e interés general, consistente en dotar de seguridad jurídica a los titulares de derechos inscritos de vehículos, con la consiguiente facilitación del tráfico, para lo cual juega a su favor con la notoriedad y fácil acceso de la data registral. En tal sentido, el RPV notifica la propiedad y los cambios de características que sufre el vehículo durante toda su existencia, desde la matriculación hasta la baja definitiva. La inscripción permitirá, adicionalmente, la circulación del vehículo automotor en el sistema nacional de transporte terrestre (SNTT).

747 Puede glosarse la sentencia de la Corte Suprema de 13.05.1992, Exp. N° 1305-90-Lima: *"... Que la rescisión del contrato de compraventa, por falta de pago de precio, tiene como efecto la devolución de la cosa vendida; que en el presente caso, el demandado ha acreditado haber adquirido el vehículo de quien tenía derecho inscrito en el Registro de Propiedad Vehicular, conforme al contrato de fojas ciento treinta a ciento treintitres y tarjeta de propiedad de fojas ciento dieciséis, y él mismo ha inscrito su derecho, conforme a la tarjeta de propiedad que en fotocopia corre a fojas ciento diecisiete, por lo que conforme a los principios que informan los Registros Públicos, ha comprado bien y no puede ser desposeído; dejando a salvo el derecho del actor para que ejercite otra acción..."* (finalmente, declaró improcedente la demanda de rescisión). La sentencia no lo cita expresamente, pero es obvio que se refiere al principio de fe pública registral (art. 2014 CC). Sin embargo, desde la perspectiva obligacional, no debió declararse improcedente la demanda de rescisión (*rectius*: "resolución"), pues la falta de pago del precio convenido tuvo que dar lugar a su estimación, pues, aunque el comprador no pueda devolver el vehículo, sí estaba obligado a restituir su valor (art. 1372 CC).

2.2. Obligatoriedad del registro y excepciones

El RPV abre una partida por cada vehículo, es decir, se rige por el sistema del folio real. En el antiguo registro administrado por el MTC, se optó por almacenar toda la información referente a cada vehículo en los famosos sobres, lo que ahora vendrían a ser los títulos archivados, es decir, la documentación de sustento de los distintos actos o negocios sobre el vehículo, sin que exista propiamente una partida que agrupe las inscripciones. Sin embargo, para fines de ordenación interna, la administración realizaba el control mediante una ficha o cartulina, en la que se anotaban los cambios que sufría el vehículo, pero con un objetivo informativo y simplificador para el funcionario de turno, pero sin pretensión de legitimación. Es un sistema muy similar al del registro inmobiliario francés, cuya falta de partida sustancial fue suplida con el llamado “fichero”.

Un vehículo, desde la perspectiva civil, es todo medio de transporte, sea de carga o de pasajeros, motorizado o no. Sin embargo, un concepto más restringido es el de “vehículo registrable”, que solo comprende los vehículos automotores destinados al transporte de carga o pasajeros que circulan en el sistema de transporte terrestre (SNTT). No obstante, quedan excluidos de la obligación de matriculación, los vehículos que se rigen por la legislación especial de las Fuerzas Armadas, así como los del cuerpo diplomático, consular y organismos Internacionales debidamente acreditados en el país por el Ministerio de Relaciones Exteriores (Art. 3 RIRPV). En suma, el RPV otorga placa única nacional de rodaje a los vehículos que circulan en el SNTT, por lo que normalmente están excluidas los cuatrimotos, cuya finalidad solo es de recreación, por lo que normalmente no son susceptibles de inscripción. Sin embargo, la R.D. N° 4848-2006-MTC (Clasificación Vehicular y Estandarización de Características Registrables Vehiculares), ha establecido que, para efectos registrales, estos vehículos de categoría M o N, según se trate de transporte de personas o de carga, tendrán un tratamiento de vehículo automotor menor, es decir, la misma norma de transporte no los excluye de la circulación, y deja la puerta abierta para otorgarle placas de vehículos automotores menores, como de hecho ya ha ocurrido en la práctica. En tal caso, se les asignaba la placa (L5) y el código SN:0, siempre y cuando se pueda apreciar que circularán en el SNTT. Sin embargo, con la última mo-

dificación de la clasificación vehicular en el D.S. 019-2018-MTC, estos tipos de vehículos de cuatro ruedas ya tienen categoría propia, pudiendo ser L6 o L7 de acuerdo con los pesos o cilindrada, y asignándoles como uso el de vehículos menores L3.

Por su parte, en virtud del D.S. 017-2008-MTC⁷⁴⁸, el RPV es la entidad competente para otorgar las placas policiales, que tiene una codificación y signos distintivos de color especial (fondo color verde y letras color negro). Sin embargo, según el art. 8.2.7 del Reglamento de Placa Única Nacional de Rodaje, que regula las placas gubernamentales, establece una excepción para el caso de los vehículos de propiedad de las Fuerzas Armadas, las que pueden optar por identificarse con las placas ordinarias, por razón de seguridad de estado.

En el caso de los vehículos del cuerpo diplomático, consular y organismos internacionales, el artículo 8.2.3 D.S. 017-2008-MTC, Reglamento de Placa Única Nacional de Rodaje, señala que la identificación vehicular que se otorga en cumplimiento de las normas de cortesía internacional a los vehículos de propiedad de funcionarios del cuerpo diplomático y del Cuerpo Consular o misiones diplomáticas acreditadas en el Perú, representantes residentes, altos funcionarios, directores, funcionarios internacionales y expertos en cooperación técnica de organismos internacionales o de gobiernos debidamente acreditados y que presten asistencia técnica por un plazo no mayor a un año en el Perú, será por medio de una placa de gracia⁷⁴⁹, por

748 Art. 19° ... El Registro de Propiedad Vehicular asignará el número de matrícula que corresponda a la placa policial y entregará ésta conjuntamente con la tarjeta de identificación vehicular en mérito a la certificación expedida por la dependencia competente del Ministerio del Interior que certifique que el vehículo está destinado al cumplimiento de las funciones propias de la Policía Nacional del Perú ...

749 *¿Qué particularidad tiene la placa de gracia con relación a una placa ordinaria, además de identificarlo para efecto de la circulación por vía terrestre?* A nuestro parecer, en este punto se encuentra el *quid* para negar la placa ordinaria a los diplomáticos y misiones oficiales. En efecto, debe tenerse en cuenta las siguientes cuestiones específicas: (i) Los vehículos internados en Perú con franquicia aduanera-diplomática solo podrán ser conducidos por el titular del privilegio, por sus dependientes directos o por la persona contratada para tal fin, lo cual será comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores, (ii) Por otro lado, toda infracción al Reglamento Nacional de Tránsito, en el que participe un vehículo con placa de gracia, será sancionada con arreglo a dicho Reglamento y comunicada al Ministerio de Relaciones Exteriores (Art. 23 D.S. N° 017-2008-MTC).

lo que, se incluye en esta clasificación, los vehículos automotores internados al país con franquicia aduanera diplomática, que sean de propiedad de los organismos internacionales que formen parte de los proyectos y programas de cooperación técnica de dichos organismos, además de los vehículos de propiedad del personal técnico administrativo de las misiones diplomáticas y/o expertos extranjeros de las agencias gubernamentales de cooperación técnica internacional. El reglamento citado, establece que la placa de gracia y la tarjeta de identificación vehicular son entregadas por la dependencia competente del Ministerio de Relaciones Exteriores (Dirección de Privilegios e Inmunidades). Por tanto, esta materia queda excluida del RPV, sin embargo, en la práctica registral podemos encontrar un considerable número de vehículos inscritos a nombre de funcionarios internacionales o de embajadas. Los registradores extienden los asientos con una carga que se denomina "LIBERADO", lo que implica que este vehículo ha ingresado al país con franquicia aduanera, por ende, tiene una restricción de transferencia por 3 o 4 años, según corresponda⁷⁵⁰. En todo caso, sería preferible que el

750 ¿Es legal que estos vehículos tengan placa ordinaria? La exclusión de la placa de gracia hace que estos vehículos circulen como si fuesen particulares, entonces cabe reflexionar sobre las consecuencias de tal situación. En primer lugar, los diplomáticos gozan de franquicia aduanera, por la que se importa vehículos sin impuestos, pero con limitación a la libre transferencia. La Ley 26983 regula la importación de vehículos para uso de misiones diplomáticas, consulares, oficinas de los organismos internacionales, y los funcionarios, para lo cual establece los beneficios, competencia, plazos de libre transferencia, exclusividad en la conducción de estos vehículos y la franquicia aduanera. Esta última significa una exoneración de los derechos aduaneros, del impuesto general a las ventas, del impuesto selectivo al consumo y de cualquier otro tributo que pudiera afectar la importación de los vehículos. Pues bien, las Misiones Diplomáticas, Oficinas Consulares, Representaciones, Oficinas de los Organismos Internacionales, debidamente acreditados ante el Gobierno del Perú y los funcionarios extranjeros de los organismos antes mencionados, *gozan del beneficio de importación de vehículos con franquicia aduanera diplomática*, y corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección de Privilegios e Inmunidades, *autorizar* la importación de estos vehículos con franquicia. Asimismo, la misma oficina es competente para otorgar las placas y tarjetas de propiedad, previa presentación de la respectiva póliza de seguros por responsabilidad civil. Respecto de los plazos de libre transferencia, la Ley 26983 señala que los vehículos de las instituciones beneficiarias sólo podrán ser transferidos después de transcurridos cuatro (4) años de la expedición de la Resolución liberatoria; pero, tratándose de funcionarios y personal, entonces el plazo es de tres (3) años. Sin embargo, se podrá transferir estos vehículos con anterioridad al plazo, previo reintegro de los derechos y demás tributos de cuya exoneración gozó en la importación, en tantas 36avas partes de los impuestos correspondientes como meses resten para los

funcionario u organismo reciba placa de gracia en forma imperativa, pues, lo contrario significa que el diplomático puede solicitar a su discreción uno y otro tipo de placa, lo que desnaturaliza la razón de ser de un distintivo especial de los representantes de Estados o entidades internacionales. Ahora bien, siempre cabe que el funcionario opte por la placa ordinaria, pero en tal caso deberá adquirir el vehículo como cualquier ciudadano, sin franquicia aduanera y sin intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por último, es necesario mencionar que también están exonerados de impuestos los vehículos de los diplomáticos que han cumplido misión en el extranjero, pues tienen el derecho de importar un vehículo como parte de sus enseres, liberado de los derechos *ad valorem* e impuestos que le correspondan por su ingreso en el Perú. Así lo dispone la Ley 28091 y D.S. 136-94-EF. En este caso, si el funcionario ya cesó su labor en el exterior, y se encuentra de regreso en el Perú, entonces no hay razón para que pueda corresponderle placa de gracia, pues no ejerce función pública, por lo que debe recibir placa ordinaria.

tres años. Hay algunas excepciones, no obstante, mediante la cual se pueden transferir el vehículo antes del cumplimiento del plazo establecido, y sin el reintegro respectivo. Podemos mencionar algunas: suma de plazos a favor del nuevo adquirente, en caso de que la transferencia se realice entre funcionarios beneficiados. En tal caso, el funcionario vendedor solo podrá hacer uso del derecho de liberación de otro vehículo después de transcurridos tres años desde la fecha de tal adquisición; por tanto, si el diplomático desea importar otro vehículo, lo podrá hacer, pero sin franquicia; es decir, con el respectivo pago de todos los derechos aduaneros correspondientes. Otra excepción se produce cuando los funcionarios estén oficialmente acreditados por el término de dos años en virtud de razones institucionales, según notificación que debe realizarse al Ministerio de Relaciones Exteriores, en el inicio de sus funciones, razón por la que, al término de la misión, podrá solicitar el reintegro de los derechos exonerados, siempre que hubiese sido internado dentro de los seis (6) meses inmediatos al inicio de las funciones. Asimismo, en el caso de muerte del titular del privilegio, antes de cumplirse el plazo, pues los herederos legales podrán transferir el bien, sin las limitaciones de tiempo y sin la obligación del reintegro de los derechos e impuestos correspondientes. Por último, la ley menciona que la pérdida o destrucción del vehículo, permite que el titular del privilegio pueda adquirir uno nuevo, siempre que cumpla con un pago proporcional de los impuestos en tantas 36avas partes como meses falten para los tres años.

2.3. Lugar de inscripción

El vehículo automotor se inscribe en cualquier lugar del territorio peruano, específicamente en la oficina registral que elija el primer titular registral y, como consecuencia de ello, los demás actos de modificación tendrán que hacerse en esa oficina, es decir, la primera inscripción es relevante para las posteriores, pues el lugar de registro es inmodificable. Es cierto que esta situación complica a los sucesivos propietarios que no domicilian en la sede de la oficina registral, empero, la presentación de títulos está facilitada mediante el mecanismo de las oficinas receptoras.

2.4. Actos inscribibles

Los actos inscribibles del RPV pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) Primera Inscripción: Es el acto por el cual se inscribe por primera vez el objeto (vehículo) y el dominio que recae sobre él. Es el nacimiento de su vida jurídica-registral, lo que genera una partida por cada bien, con la consecuencia del otorgamiento del código de la placa única nacional de rodaje, que le permitirá la circulación en el SNTT.
- b) Cambio de características: En este grupo de actos se inscribirán todos los cambios o modificaciones que haya sufrido el vehículo desde que se inmatriculó, sea el color, motor, clase⁷⁵¹ y demás características registrables que individualizan al vehículo automotor, tales como los pesos, medidas, categoría, tipo de carrocería, que permitan concordar la realidad del objeto con la publicidad del registro. En este acápite también puede incluirse la asignación de las nuevas Placas Únicas Nacionales de Rodaje, como es el caso del replacamiento, según lo dispone el Reglamento de Placa Única Nacional de Rodaje⁷⁵², y que da lugar a una inscripción.

751 Se debe dejar constancia que se encuentra prohibido el cambio de clase de los vehículos de categoría N (transporte de mercancías) a la categoría M (transporte de pasajeros).

752 D.S. 017-2008-MTC (19.04.2008), modificado por D.S. 015-2009-MTC (21.04.2009), D.S. 043-2009-MTC (18.12.2009) y D.S. 033-2011-MTC (16.07.2011)

- c) Transferencias o adquisiciones de la propiedad: Se inscriben las transferencias de todo tipo, sean voluntarias, de carácter oneroso o gratuito; legales (sucesión hereditaria); forzadas (remates judiciales) o administrativos (remates o adjudicaciones). Asimismo, se inscriben las adquisiciones originarias de la propiedad, tales como la usucapión. Es menester señalar que la inscripción de la transferencia (adquisiciones derivadas) en el registro se realiza por mérito del acta notarial, cuya presentación acto es cautiva, es decir, solo puede realizarla el notario o sus dependientes, debidamente acreditados⁷⁵³.
- d) Cargas o gravámenes: En este grupo de actos, se inscribirá la constitución, modificación o cancelación de las garantías mobiliarias y demás gravámenes o afectaciones, así como las medidas cautelares ordenadas por la autoridad judicial o administrativa competente.
- e) Anotaciones preventivas: En este ámbito se encuentran las anotaciones previstas en el RIRPV, así como la solicitud de inicio del procedimiento de prescripción adquisitiva notarial a que se refiere la Ley 28325, entre otros.
- f) Baja del vehículo y readmisión: Se inscribe la baja del vehículo, es decir, el retiro temporal o definitivo del vehículo del SNTT, y también la readmisión, en el caso de la baja temporal. El artículo 139 RIRPV establece que el retiro definitivo de un vehículo del SNTT, requiere que el propietario lo solicite con un documento con firma legalizada ante notario, indicando el motivo de la solicitud, y acompañando las placas únicas de rodaje. Ahora bien, ¿qué sucede cuándo el mismo propietario solicita la readmisión de la baja definitiva? Al respecto existe un debate jurisprudencial, pues el Tribunal Registral se ha pronunciado en favor de readmitir el vehículo dado de baja definitiva, siempre que lo solicite el propietario y el vehículo no se encuentre destruido totalmente, pues el art. 143.2

753 D.S. 036-2001-JUS, y Res. N° 041-2002-SUNARP-SN (04.02.2002), modificada por Res. N° 179-2002-SUNARP-SN (27.04.2002)

del Reglamento Nacional de Vehículos (D.S. 058-2003-MTC, con varias modificaciones), señala que las causales de cierre de partida registral en el RPV son las de destrucción o siniestro total del vehículo, y si el propietario no lo acreditó, entonces se acepta la readmisión. Sin embargo, existe otra resolución que no admite la readmisión, y opta por una nueva matriculación, pues la partida ya se encuentra cerrada⁷⁵⁴. Sin embargo, nuestra posición al respecto es la siguiente: El citado art. 143.2 prevé dos hipótesis distintas de retiro de circulación y cierre de partida (ambas también reguladas en los arts. 139 y 140 del reglamento del registro vehicular): la primera, por voluntad del propietario, por lo que basta la solicitud con firma certificada por notario; la segunda, por obligación legal, cuando se produce destrucción o siniestro total del vehículo, para lo que no se necesita imperativamente la voluntad del propietario, sino los documentos que acrediten tal hecho. Por tanto, no puede decirse que “si no se acreditó la destrucción, y la solicitud fue voluntaria, entonces cabe la readmisión”, pues, en realidad, se trata de dos hipótesis distintas, y una (destrucción) no tiene como requisito a la otra (voluntad). Siendo así, la voluntad del propietario, en ejercicio de su poder de disposición (art. 923 CC), es suficiente causa jurídica para transformar el vehículo en un conjunto de chatarra. Por tal motivo, la baja definitiva pone fin a la vida circulatoria y registral del vehículo, de manera permanente. No puede interpretarse que lo definitivo no es definitivo, y que luego de cierto tiempo el propietario podría desistirse de su voluntad y cambiarla. En tal caso, no existiría baja definitiva, y todas las hipótesis serían bajas temporales. Por lo demás, imaginemos las absurdas posibilidades que ocasionaría la reapertura de la partida: los propietarios de vehículos destruidos hace cincuenta años podrían revivir el objeto mediante la reconstrucción de piezas, lo que es ilegal. Tampoco es aceptable la nueva matriculación, pues el vehículo ya fue inscrito, y una segunda inscripción jamás podría ser una matriculación. En todo caso, si el solicitante de la baja definitiva no era el propietario,

754 RTR N° 542-2011-SUNARP-TR-T y N° 2027-2011-SUNARP-TR-L.

o incurrió en vicio de la voluntad, entonces lo que corresponde es la nulidad judicial de la inscripción⁷⁵⁵.

Por último, la cláusula resolutoria expresa es inscribible según el RIR-PV, sin embargo, este tipo de cláusulas no deberían acceder al registro, según la ley sustantiva (art. 1372 CC), en tanto el solo pacto no afecta a terceros, sino la resolución ya producida, y, en forma bastante restringida (contra tercero de mala fe).

2.5. Título en primera inscripción

En el caso de la primera inscripción de un vehículo, o matriculación, existen diversos supuestos de título inscribible que se estudian a continuación.

2.5.1. Vehículo importado

En este caso, se requiere que el formato de matriculación electrónica consigne el número de la DUA (Declaración Única de Aduanas) o la DAM (Declaración Aduanera de Mercancía), es decir la ruta electrónica, que luego el registro utilizará para realizar el traslado de las características del vehículo importado directamente de la webserver de la SUNAT. Asimismo, el vehículo importado, se debe encontrar ya nacionalizado, con levante autorizado. Si luego de la importación, se producen transferencias sucesivas, estas se acreditan mediante los comprobantes de pago originales o mediante la presentación de las facturas electrónicas, cuyo procedimiento detallaremos en el próximo acápite, siempre que el transferente sea empresa distribuidora o comercializadora acreditada. En caso de que el vehículo haya sido importado, en condición de usado, entonces deberá adjuntarse, adicionalmente, la ficha técnica de importación que deberá contar con la firma del importador, un ingeniero mecánico y con el sello de recepción de la Sunat,

755 Otro ejemplo de los problemas que ocasiona la doctrina de “cierre definitivo, pero que no es definitivo” podría presentarse en el famoso bono de chatarreo, destinado a los transportistas que se deshacen de sus vehículos usados a cambio de una subvención para que adquieran autos nuevos. En este caso, el transportista tiene que dar de baja el vehículo, lo que podría hacer con la sola petición formulada al registro, con lo que se le otorgaría el bono. Sin embargo, posteriormente, el mismo transportista podría reactivar el vehículo, con lo que se produciría un fraude a la ley, amparado por una interpretación exageradamente permisiva del registro.

así como el Certificado de Revisión Técnica. Si el vehículo usado cuenta con sistema de combustión a gas, entonces deberá presentarse un Certificado de conformidad de esta instalación, en tanto cumple con todas las exigencias técnicas vigentes, y que no causa daño al medio ambiente.

En el supuesto de que el vehículo haya sido importado en estado 12 CKD (*Complete Knock Down*) o SKD (*Semi Knock Down*), se requiere, además, el Certificado de Ensamblaje y la Autorización del Fabricante de los componentes para el correspondiente ensamblaje. Para acreditar la autenticidad de dicha autorización, se adjunta la declaración jurada emitida por el representante legal de la empresa fabricante en el sentido de que el firmante de la autorización se encuentra debidamente facultado, de acuerdo con el estatuto de la empresa y las leyes de su país; asimismo, debe presentar la copia que acredita la asignación del fabricante (WMI) otorgado por el organismo nacional del país al que corresponda el VIN, de acuerdo con lo establecido por la Sociedad de Ingenieros Automotrices. La documentación extendida en idioma extranjero deberá contar con la traducción simple, acompañada de una declaración jurada del traductor, en el sentido de que dicha traducción es fiel al texto original, con su firma legalizada por notario.

Pues bien, el RPV establece que la primera inscripción se sustenta en la declaración única de importación, como título de propiedad del importador, no obstante, cuando se hayan realizado transferencias sucesivas, antes de la inscripción, el actual titular necesita acreditar la cadena ininterrumpida de transmisiones, para lo cual se le requiere el comprobante de pago (boleta o factura), sin necesidad de acta notarial, lo que se justifica, en teoría, por la necesidad de simplificar el mercado de vehículos. En efecto, el art. 37-b) RIRPV señala que, si el vehículo ha sido adquirido de una empresa distribuidora o comercializadora, basta la presentación del comprobante de pago, o su copia certificada notarial, según RTR N° 280-2008/SUNARP-TR-T. El problema surgió cuando la administración tributaria creó el sistema de emisión electrónica desarrollado desde los sistemas del contribuyente, regulando la incorporación obligatoria de emisores electrónicos⁷⁵⁶, pues así

756 Res. N° 97-2012/SUNAT; Res. N° 182-2008/SUNAT, N° 97-2012/SUNAT y N° 374-2013/SUNAT.

permitió la utilización de comprobantes de pago electrónicos, en lugar de los físicos, por lo que el registro no cuenta ya con el documento-papel que le sirva de título formal acreditativo de la compraventa vehicular. ¿Cuál es el título, entonces? En este punto se produjeron diversas interpretaciones, una de las cuales señalaba que el documento virtual debía trasladarse al mundo corporal, para efectos de la calificación, mediante una impresión física que el notario certificaba, bajo su responsabilidad, en el entendido que este ingresaba al entorno informático del contribuyente, al que se ingresa con la clave SOL y da fe de la existencia del comprobante. Pero no todos pensaban lo mismo. Por tanto, con el fin de superar esas discrepancias, la Dirección Técnica Registral de SUNARP mediante Res. N° 085-2014-SUNARP/DTR ha establecido los lineamientos para la presentación y calificación de comprobantes de pago electrónicos en el RPV, en el cual se establece que el registrador deberá verificar y adjuntar al título el archivo XML del comprobante, enviado por el usuario al correo electrónico institucional creado para dicho fin⁷⁵⁷; asimismo, tendrá que realizar la confrontación de este comprobante en el portal de la SUNAT, lo que permite confirmar que la boleta electrónica ha sido informada o que la factura electrónica es válida, y que el otorgante es emisor electrónico autorizado. La norma ha optado por considerar que archivo XML es el documento original, bajo la premisa que se trata de la primera grabación de la microforma informática⁷⁵⁸, por lo que, en una etapa inicial, el usuario deberá remitir el archivo; sin embargo, con posterioridad, se persigue que el registro pueda capturarlo directamente de la base de datos de la SUNAT, lográndose dos beneficios tangibles: primero, la actuación de registrador, en orden a la verificación de la autenticidad del documento queda simplificada, pues el título proviene de la fuente matriz; segundo, se elimina el riesgo de falsificaciones, en tanto el comprobante original, sin ninguna intermediación, será el título inscribible.

2.5.2. Vehículo de fabricación nacional

En este grupo se encuentran los vehículos automotores menores (motocicletas y trimotos de carga y de pasajeros), por lo cual, se necesita, en pri-

757 Por ejemplo, para el caso de Lima, el correo es: Comprobantesdepago_lima@sunarp.gob.pe

758 Ortega, J. (2010), pp. 64.

mer lugar, que el fabricante nacional esté debidamente empadronado como tal en el RPV en el que habitualmente realiza sus operaciones mercantiles, así como adjuntar copia certificada de la asignación del WMI otorgada por PRODUCE, y las características autorizadas de su fabricación. El título de propiedad lo será el respectivo Certificado de Fabricación, suscrito por el representante legal de la empresa fabricante y de un ingeniero responsable de la fabricación, la declaración jurada de las características registrables, la copia certificada de la boleta de habilidad del ingeniero y el certificado de conformidad de fabricación, emitido por entidad debidamente autorizada por el MTC.

2.5.3. Vehículos inoperativos adquiridos por remate o dados de baja por entidades estatales

La matriculación de vehículos en situación de abandono en depósito, luego rematado por entidad estatal de acuerdo con la Ley 15378, se encuentra regulado en el art. 46 RIRPV, que, entre los requisitos generales, exige que el usuario debe presentar el oficio, la resolución ministerial que designa a la Comisión encargada del remate, la resolución directoral que convoca al remate, el acta de remate, consignando los códigos de identificación vehicular, la póliza de adjudicación y el Certificado de Inspección Técnica vehicular de Incorporación.

Por su parte, cuando se trata de la matriculación de vehículo dado de baja por entidades, estatales conforme a la Directiva N° 002-2005-SBN, aprobada por Resolución N° 029-2005-SBN, el usuario deberá presentar el oficio, la resolución administrativa que aprueba la baja del vehículo del margesí de bienes de la entidad estatal, debidamente identificados, la resolución administrativa que autoriza la venta por subasta pública o la venta directa, al acta de subasta pública o el acta de adjudicación, en caso de venta directa, la póliza de adjudicación o el comprobante de pago y el Certificado de Inspección Técnica Vehicular de Incorporación.

2.6. Título en inscripciones sucesivas

En el caso de transferencias luego de la matriculación, no existe la posibilidad de inscribir la transferencia de propiedad, vía los comprobantes de pago, sino por el título formal e idóneo que da mérito a la inscripción es

el acta de transferencia notarial, establecido mediante el D.S. 036-2001-JUS, que señala, además, el carácter cautivo de la presentación de los títulos, por medio del notario o sus dependientes autorizados, mientras, en el supuesto de cambio de características, basta el formulario con firma certificada por el fedatario institucional.

En la actualidad, estos títulos son presentados electrónicamente por el SID – Sistema de intermediación Digital de la SUNARP.

2.7. Traslado de vehículos menores

La Ley 28325 de 11.08.2004 regula el traslado de las inscripciones de vehículos menores y su acervo documentario, que pasa de las Municipalidades Provinciales a la SUNARP, en un plazo de 6 meses. La Zona Registral N° IX – Sede Lima, por ejemplo, comprende las municipalidades provinciales de Huacho, Huaraz, Barranca, Huarochirí, Cañete, Cajatambo, Canta y Yauyos. Sin embargo, en el ámbito del departamento de Lima, solo las Municipalidades de Huacho, Huaral y Barranca acataron la ley; mientras las otras guardaron silencio o, en forma expresa, rechazaron su aplicación. Es el caso de la Municipalidad de Yauyos, cuya Ordenanza N° 015-2004-A-MPY, de fecha 13.11.2004, declaró inaplicable la Ley 28325, por atentar, supuestamente, contra la autonomía que le otorga la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, respecto de las potestades de normar, regular y controlar la circulación de vehículos menores, motorizados o no, tales como taxis, mototaxis, triciclos y otros de similar naturaleza; y en virtud de lo cual, tendría la competencia de otorgar licencias de conducir, tarjetas de propiedad, placas y permiso para el uso de vehículos menores; por tanto, la citada Municipalidad declaró que continuaba facultada para inscribir la propiedad vehicular de vehículos menores, y expedir las tarjetas de propiedad o placas. Por su parte, las Municipalidades de Cajatambo, mediante Ordenanza N° 004-2004-MPC, y la de Canta, mediante Ordenanza N° 038-MPC (14/10/2004), también declararon inaplicable la ley. Sin embargo, todas estas fueron normas municipales fueron declaradas inconstitucionales por la STC N° 000006-2010-PI/TC de 28.09.2010.

El argumento sostenido por las Corporaciones locales carece de sustento, pues la ley 27972 atribuyó la potestad sobre el servicio público de

transporte, lo que incluye otorgar las licencias de operaciones, conceder las rutas, fiscalizar la seguridad e idoneidad de los vehículos y verificar que mantengan un estándar mínimo de calidad en el servicio, el mismo que debe prestarse en régimen de igualdad, seguridad, uniformidad y libre competencia. Es claro que ninguna de estas atribuciones tiene relación alguna con el registro público de vehículos, cuya función es de derecho privado, en cuanto da a conocer las titularidades sobre bienes, otorgando seguridad jurídica a los propietarios y facilitando el tráfico. En conclusión, el servicio público de transporte es competencia municipal, pero el registro jurídico lo es del Gobierno Central. En tal sentido, la SUNARP, en cumplimiento de la Ley 28325, expidió la Res. N° 449-2004-SUNARP/SN, por la cual, dispuso que a partir del 25.10.2004 se inicie el traslado físico de todas las inscripciones sobre vehículos menores realizados en las provincias distritales de Lima, pero luego se amplió hasta el 31.07.2007, por Res. N° 283-2006-SUNARP/SN.

Es el caso de las municipalidades renuentes, que no enviaron sus acervos documentarios, los propietarios se quedaron con la tarjeta de propiedad emitida por la municipalidad, que no es reconocida por los otros organismos del Estado, ni por la Policía Nacional. En efecto, según la Ley 27181, el único título válido de circulación es la tarjeta emitida por el Registro de Propiedad Vehicular. Por tal motivo, una de las consultas recurrentes que se absuelven en el registro está relacionada con el cumplimiento de las municipalidades respecto de su obligación de remitir los acervos documentarios. Si fuese así, entonces bastaría realizar el canje respectivo, sin más trámite. En caso contrario, el criterio registral indica que el usuario deberá solicitar la primera inscripción de dominio, con toda la exigencia documental del reglamento de inscripciones del registro de propiedad vehicular. Por tal motivo, casi todos los títulos presentados resultan observados, y luego tachados, pues los titulares, normalmente personas de escasos recursos, no tienen forma de subsanar los defectos que se hacen constar en las esquelas. La Res. N° 112-2005-SUNARP/SN, en su 4° DTCF, señala: *“En aplicación de la Ley N° 27181, los propietarios de vehículos menores inscritos en Municipalidades desde el 9 de octubre de 1999, y que no han sido inscritos en el Registro de Propiedad Vehicular, deberán solicitar la inmatriculación de dichos vehículos ante la Oficina Registral de la misma circunscripción, o la más cercana, adjuntando toda la docu-*

mentación original que obren en dichos registro administrativos, a fin de que estos sean calificados por los registradores para determinar si procede su inscripción y otorgarle la placa única Nacional de Rodaje". En síntesis, el usuario deberá solicitar la devolución de su documentación a la municipalidad, e ingresarlo al registro para la respectiva calificación de los registradores. El problema radica en que la documentación que obra en la municipalidad se reduce, normalmente, a declaraciones juradas de propiedad y posesión de un determinado vehículo menor, así como el contrato de transferencia de propiedad vehicular privado, solo con firmas legalizadas, lo que es rechazado en forma reiterada por el Registro, en tanto este requiere del título propio para la matriculación. Pero, ¿caso no existe alguna otra alternativa para facilitar la matriculación en SUNARP de los vehículos menores ya inscritos en las municipalidades? La respuesta es afirmativa, pues la Ley 28325 atribuyó competencia a los Gobiernos Locales para el registro de transferencias y demás actos jurídicos sobre vehículos, por lo cual las inscripciones realizadas al amparo de esa habilitación legal son válidas y producen todos sus efectos, en virtud del principio de legitimación de los actos administrativos, del art. 9 TUO Ley 27444, siendo así, una entidad administrativa que asume la competencia, no puede cuestionar los actos llevados a cabo por la entidad primigenia. Por tanto, si el registro municipal es válido, mientras duró la habilitación legal, y la norma posterior no puede afectar los hechos anteriores, entonces la conclusión es que la segunda entidad administrativa debería limitarse a reconocer los actos emitidos por la primera entidad, sin objeción alguna, para lo cual basta que el Gobierno Local devuelva los documentos al interesado y esos sean el soporte de la nueva inscripción. Imaginemos que en unos años la SUNARP sea reemplazada por una nueva entidad. A nadie se le ocurriría que las inscripciones, hoy ya realizadas y consumadas, sean revisadas o cuestionadas. El simple traslado de competencias entre distintos organismos del Estado no afecta los derechos adquiridos ni los hechos consumados. En consecuencia, es posible que la calificación registral tome en cuenta los fundamentos expuestos, o en todo caso, la SUNARP podría emitir una directiva que aclare la Resolución N° 112-2005-SUNARP, máxime si el Tribunal Constitucional ya declaró la plena constitucionalidad de la Ley 28325 (STC N° 00020-2010-PI/TC de 24.05.2011).

3. RPV: ASPECTOS SUSTANCIALES

3.1. Adquisición de la propiedad de vehículos

La propiedad se adquiere por diversos modos o causas legales, que pueden definirse como los hechos jurídicos, reconocidos por el ordenamiento, cuya consecuencia es el nacimiento de la propiedad en el sujeto que realiza el suceso descrito en la hipótesis normativa. Entre esos hechos, denominados “modos de adquisición de la propiedad”, se encuentran el contrato de transmisión (no todos los contratos producen ese efecto, obviamente), la sucesión hereditaria, la accesión, la apropiación y la usucapión, entre muchos otros. Todos ellos pueden agruparse en dos categorías: modos derivados y modos originarios, desde la perspectiva de Derecho Privado.

Los modos derivados son aquellos en los cuales se produce un acto de transmisión del derecho, es decir, dos sujetos están causalmente vinculados de tal suerte que uno da y el otro recibe. En tal caso, la adquisición de la propiedad, por ejemplo, está sujeta y condicionada a que el transmitente sea titular del derecho; en caso contrario, nada transfiere y el otro nada recibe. El principio general que rige los modos derivados es el viejo brocardo: *nemo plus iuris*, esto es, nadie da más derecho del que tiene. Los modos derivados más usuales por los que se transfiere la propiedad, esto es, por virtud de los cuales un bien pasa del patrimonio de un sujeto al otro, es el contrato o la sucesión hereditaria. El contrato recurrente para la adquisición de un vehículo es la compraventa. En tal caso, y tratándose el vehículo de un bien mueble, entonces la transferencia de propiedad se produce con la tradición (art. 947 CC). Distinta es la hipótesis de transferencia de riesgos, pues si bien esta requiere de la entrega (art. 1138-5 CC), sin embargo, el título de la obligación puede expresar un pacto en contrario, por lo que el riesgo se transmitiría con la sola individualización o especificación del bien. Recuérdese el principio *genus nunquam perit* (el género no se pierde), por el cual la teoría del riesgo se aplica exclusivamente sobre bienes específicos o determinados.

Los modos originarios son aquellos en donde el sujeto se convierte en titular por encontrarse en la hipótesis que la norma reconoce como causante del efecto adquisitivo, sin que el anterior propietario preste su voluntad favorable a la transferencia, o sin que se produzca un fenómeno legal de transmisión (dar y recibir). El caso más frecuente de modo originario, pero

no único, lo constituye la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, pues en ella el nuevo titular adquiere por sí mismo, por el solo hecho de poseer durante un plazo y bajo ciertas condiciones; sin que el antiguo dueño preste consentimiento o autorice la transmisión. Las adquisiciones originarias operan *ex novo*, porque el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario. En tal sentido, aquí no interesa la regla *nemo plus iuris*, pues no existe acto de transmisión del primigenio titular hacia el nuevo adquirente. El usucapiente se hace titular por su propia actividad, sin vinculación causal alguna con el anterior propietario. Por tanto, en esta hipótesis se produce un rompimiento del dominio, una especie de línea divisoria por la cual el titular primigenio termina su historia; mientras el nuevo titular lo comienza sin vinculación alguna con el pasado.

3.2. Adquisición de la propiedad de vehículos y efectos de la inscripción

La transferencia vehicular se rige por el art. 34.1 de la Ley 27181, cuyo texto señala que la inscripción “formaliza” los actos de transmisión, por cuya virtud, se ha generado dudas sobre el mantenimiento de la regla civil de la tradición, propia de los bienes muebles (art. 947 CC), o, si aquella norma ha establecido una disposición especial. En nuestra opinión, el vocablo “formalizar” presupone que la situación jurídica ya se ha producido, pero se encuentra pendiente la culminación de los actos formales de titulación, por tanto, bajo esta premisa, la regla de tradición no habría sido modificada.

No obstante, en un primer momento la jurisprudencia se mostró vacilante, como en las Casaciones N° 2731-2002 (publicada: 02.08.2004) y N° 5277-2006, que se inclinaron por el sistema constitutivo de la transmisión de propiedad vehicular; mientras la Casación N° 3805-2006-Lima (publicada: 28.02.2007⁷⁵⁹), lo rechaza. Sin embargo, en forma más reciente, la Corte Suprema se ha inclinado decididamente por la regla de tradición mediante dos importantes sentencias: la primera, mediante Casación N° 3350-2012-

759 La sentencia dice: “La transferencia de la propiedad de un vehículo automotor, en su calidad de bien mueble, se perfecciona con la tradición, razón por la cual no tiene efectos constitutivos la inscripción ante los Registros Públicos”.

Lima, de 14.10.2013, en favor del criterio de la tradición en los muebles: “Décimo Primero: “(...) En el sistema declarativo, que es el que sigue nuestro país para los bienes muebles e inmuebles, se reconoce la preexistencia de los derechos reales, el derecho real se crea, se modifica o se extingue fuera del registro público”; mientras la segunda, Casación N° 4593-2011-Lima, de 17.09.2013, en forma específica señala que la transferencia vehicular opera con la tradición, aunque en el caso concreto la demanda del tercerista fue declarada infundada pues la transferencia se produjo el mismo día que la inscripción del embargo, por tanto, no hubo “transferencia previa”⁷⁶⁰. Por su parte, en el ámbito tributario se reconoce que la transferencia de propiedad de los vehículos opera con la tradición, entendiéndose que ocurre el mismo día del acuerdo de voluntades, por lo cual, en un curioso caso se discutió la consecuencia de un mandato de embargo trabado **el mismo día** de la certificación de firmas en el contrato de transferencia de propiedad del deudor a favor de un tercero. El Tribunal Fiscal resolvió a favor del tercero por el criterio “pro contribuyente”, por lo que ordenó alzar el embargo⁷⁶¹.

760 “5. (...) la medida cautelar de inscripción fue registrada el día veintinueve de mayo del año dos mil, precisamente el mismo día en el que la tercerista adquirió el vehículo mediante documento privado. 6. Tal situación indica claramente que, al momento de adquirir el bien, la tercerista tenía pleno conocimiento que sobre el bien pesaba una medida cautelar de embargo en forma de inscripción, la cual fue posteriormente variada a la medida cautelar de secuestro conservativo con desposesión del vehículo y entrega a custodia (...) Por tanto, si bien es cierto el vehículo fue adquirido por la tercerista, quien ostenta derecho real de propiedad sobre el bien (lo que no se encuentra en discusión), es evidente que dicho bien fue adquirido con el gravamen que pesaba sobre él, por lo que la adquirente debía soportar una probable ejecución. 7. (...) Sobre el particular, cabe mencionar que es cierto que la transferencia de la propiedad de un bien mueble se produce con la *traditio* y es cierto, además, que en el caso de autos la transferencia de propiedad se produjo el día veintinueve de mayo del año dos mil, siendo que estos temas no se encuentran en discusión en el presente proceso de tercería de propiedad, sin embargo, si es posible aplicar el principio registral de publicidad registral, pues, es evidente que al momento de la transferencia existían derechos inscritos sobre el bien, los que asumió la adquirente junto al bien que se le otorgaba” (Finalmente, se declaró infundada la tercería).

761 “Que, obra en autos el contrato de compraventa suscrito el 2 de agosto de 1999 entre la empresa (ABC) y la recurrente, mediante el cual esta última adquiere la propiedad del vehículo de placa de rodaje N° AM-4290, marca Daewoo, modelo Tico, habiendo sido legalizadas las firmas del mencionado contrato el 8 de agosto de 2001 ante el notario público (...), esto es, en la misma fecha en que se inscribe la medida cautelar previa sobre el citado vehículo. Que atendiendo a lo anotado, no resulta posible establecer qué acto se llevó a cabo en primer lugar, por lo que conforme al criterio establecido por este Tribunal

Por otro lado, en el ámbito del RPV, en caso de conflicto de títulos, uno registrado y otro, no, pues no rige el principio de inscripción declarativa y/o oponibilidad registral relativa, en tanto los arts. 1135 y 2022 CC se refieren solo a los bienes inmuebles, y, no es posible acudir a la analogía alguna, pues existe una norma expresa para el conflicto de dos títulos contradictorios sobre bien mueble, que se decide por virtud de la regla de tradición, no por la inscripción: art. 1136 CC. En consecuencia, el registro vehicular es legitimador (presunción de exactitud), conforme el art. 2013 CC, pero no otorga oponibilidad en favor del titular inscrito frente al no inscrito. Esta explicación resulta coherente con el ambiguo verbo “formalizar”, que utiliza la Ley 27181, por cuya virtud, el registro se convierte en apariencia de verdad.

La curiosa solución del sistema jurídico peruano, en el caso de los bienes muebles registrables, consagra un registro esencialmente legitimador, sin oponibilidad, pues la regla decisiva de transmisión y concurso de adquirentes es la tradición. Por tal razón, es menester explicar este sistema con diversos casos prácticos.

Primer ejemplo: A vende a B, sin tradición, pero inscribe. La inscripción es inválida por no ajustarse a la realidad jurídica (art. 2013 CC, en sentido contrario). Recuérdese que la transmisión dominical de un bien mueble requiere la tradición (art. 947 CC), aunque sea ficticia, pues, en caso contrario, no se produce la transferencia. Por tanto, el registro contiene un dato inexacto que debería corregirse. El RIRPV establece una “presunción de tradición”, para efectos registrales, si es que el acto de disposición nada establece, sin embargo, esa presunción “registral” no constituye una modalidad

en las resoluciones N°s 10544 y 256-1-98, entre otras, debe estarse a lo más favorable al contribuyente” (RTF N° 3321-1-2002, de 21.06.2002).

Sin embargo, el criterio “pro-contribuyente” resulta dudoso, pues el problema es procesal, no tributario, por tanto, en el caso, la mejor solución hubiera sido mantener el embargo, pues la carga probatoria de la precedencia de la propiedad recae en el demandante-propietario, y si no logra acreditar la prioridad por horas o minutos, entonces el actor no pudo comprobar la propiedad anterior, y, por ello, la tercería debió desestimarse. Este criterio se asumió por la jurisprudencia italiana cuando el embargo y la transferencia coinciden en el mismo día de inscripción, por lo que se otorga prevalencia a la medida procesal, pues el adquirente no pudo acreditar la fecha anterior de la enajenación (Casación N° 85/3358): Cian, G. (Dr.) (2009), p. 3674.

de tradición ficticia⁷⁶²; ni una presunción de tradición⁷⁶³, por lo que se trata de un dispositivo registral cuya única función es facilitar las inscripciones, pero nada más, pues no produce efecto sustantivo alguno. Si se prueba que no hubo tradición, entonces no hay transmisión y la inscripción es nula⁷⁶⁴.

Segundo ejemplo: A vende un vehículo a B, con tradición; luego, A vende a C, con sola inscripción. La solución es que el propietario es B, pues el otro sujeto en contienda ha quedado en la fase obligacional (contrato), por lo que no cuenta con derecho oponible (art. 947 CC), aun cuando se haya producido la inscripción. En tal caso, el registro no convalida la falta de tradición, esto es, la inexistencia de propiedad de C.

Tercer ejemplo: A vende un vehículo a B, sin tradición, pero inscribe; luego, A vende a C, con tradición. La solución, en línea teórica, sería favorable a C, en tanto resulta el único que completó las reglas de transmisión, sin embargo, juega en su contra la posible mala fe, pues se supone que conocía el registro, no obstante, procedió a comprar el vehículo de A, que ya no era, presumiblemente, el propietario. La solución legal es castigar la mala fe de C, y atribuir la propiedad a B (art. 1136 CC), pero como consecuencia indirecta del registro, no directa.

Cuarto ejemplo: A vende un vehículo a B, con tradición real e inscripción; luego A vende a C, con tradición ficticia. El propietario, sin duda algu-

762 La definición legal de tradición exige la entrega real del bien; y, tratándose de una regla general, las excepciones requieren de una norma del mismo rango. En consecuencia, las distintas modalidades de tradición ficta necesitan de una ley.

763 Las presunciones de efectos sustantivos no pueden crearse por un reglamento registral, pues la SUNARP es incompetente para producir normas con esos alcances. Las presunciones sustanciales implican que la prueba de un determinado hecho, previsto por la ley, conlleva que se entienda probado, sin más, un segundo hecho. Así ocurre, por ejemplo, con la buena fe, pues la prueba del hecho posesorio hace presumir el hecho de la buena fe.

764 Supongamos que una transferencia vehicular se inscribe en el registro con acta y presunción registral, pero sin tradición real o ficticia. En tal caso, la transmisión dominical no se ha consumado, por lo que el registro adolece de inexactitud que justifica anular la inscripción por contravención de la realidad jurídica. Otro caso similar ocurre si las partes convienen en "haber realizado la tradición", aunque en realidad nunca se produjo. La sola cláusula, que no actúa como tradición ficticia prevista por la ley, sino, como simple pacto convencional, no produce efecto de entrega, por lo que nuevamente la inscripción es nula.

na, es B, pues resulta el primer comprador a quien se le hizo tradición (art. 1136 CC).

Quinto ejemplo: A vende un vehículo a B, con tradición ficticia (*constituto possessorio*); luego, A vende a C, con tradición real, e inscribe. La solución, en este caso, es que los dos compradores cuentan con el título y el modo, pero, el art. 1136 CC no hace distinción, por lo que el triunfo es de B. Distinto sería si el registro vehicular fuese declarativo (como el de buques), pues en tal caso la preferencia sería en favor de la inscripción (C), siempre que los dos contendientes hayan consumado el título y modo, como sucede en el ejemplo.

Sexto ejemplo: A vende un vehículo a B, con tradición ficticia e inscripción; luego A vende a C con tradición real. El propietario es B porque resulta el primero a quien se le hizo tradición (art. 1136 CC), sin importar el mecanismo. Cualquier modalidad de tradición vale lo mismo (arts. 901 y 902 CC).

Séptimo ejemplo: A vende un vehículo a B, con tradición e inscripción; luego, A vende a C, sin tradición. Claramente, el propietario es B, pues resulta el único que consumó el título y modo (art. 947 CC).

Octavo ejemplo: A vende un vehículo a B, con tradición ficticia (*constituto possessorio*); luego, A vende a C, con tradición real. La preferencia la tiene el primero a quien se hizo la tradición, en este caso, B (art. 1136 CC), sin que sea relevante la fórmula ficticia o la real. Ambas valen lo mismo (arts. 901 y 902 CC).

Noveno ejemplo: A vende un vehículo a B; luego A vende a C, con tradición. El propietario es C, pues resulta el único que consumó la tradición (art. 1136 CC).

Décimo ejemplo: A vende un vehículo a B; luego A vende a C. Ninguno de los compradores cuenta con tradición. El propietario es B (art. 1136 CC).

3.3. Adquisición de la propiedad de vehículos y efectos de fe pública registral

El RPV es legitimador (art. 2013), pues se presume que el contenido de las inscripciones refleja la verdad. Es un poderoso efecto a nivel extrajudicial, pero muy débil en sede judicial, pues se trata de una presunción

juris tantum que fácilmente cede frente a la prueba en contra. Es necesario reiterar que este registro carece de oponibilidad, pues el conflicto de títulos no se resuelve por la inscripción, sino por la tradición (art. 1136 CC); pero, si confiere la protección de la fe pública registral (art. 2014 CC, aplicable a todos los registros de bienes) en favor del tercero a título oneroso, con buena fe, que adquiere de quien aparece con facultades en el registro para otorgar el derecho, que, a su vez, inscribe; y siempre que en el registro no aparezcan causales de contradicción. En tal caso, el tercero mantiene su adquisición por la confianza en la publicidad registral. En el caso vehicular, el tercero protegido por la fe pública requiere, además de las exigencias del art. 2014 CC, que el adquirente haya obtenido la tradición, esto es, la puesta en posesión de un bien originada por el consenso bilateral traslativo entre el que entrega (*tradens*) y el que recibe (*accipiens*), siempre que el primero hubiese contado con la posesión antes de la transmisión. La razón de ello es muy simple: el art. 2014 tutela la posición jurídica del adquirente aparente, pero este debe contar con los requerimientos del dominio, esto es, título y modo, por tanto, debe haber obtenido la tradición. La fe pública registral no salva la falta de modo del tercero, sino la nulidad del título previo, el del transmitente.

Vamos a exponer tres casos prácticos para aclarar este panorama:

Primer ejemplo: A vende a B, con tradición e inscripción, luego B a C, con tradición e inscripción; pero el contrato de A-B se anula por vicio de la voluntad. El tercero C es tutelado por el 2014 CC, pues tiene todos sus requisitos, más el título y modo.

Segundo ejemplo: A vende a B, con tradición e inscripción, luego B a C, con inscripción sin tradición; pero el contrato de A-B se anula por vicio de la voluntad. El tercero C no es tutelado por el 2014 CC, en tanto se necesita que “adquiera” el derecho para lograr el efecto de mantenerlo. C nunca lo adquirió por falta de tradición.

Tercer ejemplo: A vende a B, con inscripción, pero sin tradición; luego B a C, con inscripción, y de algún modo efectúa también la entrega del bien al comprador (el vendedor pudo obtener la posesión por despojo producido contra A). En tal sentido, hay tradición de B a C, sin perjuicio de la irregularidad.

riedad del origen posesorio de B. Por tanto, la fe pública registral convalida la ausencia del poder de disposición de B, a favor del tercero C. Hay protección de la fe pública registral, pues el tercero mantiene la adquisición. Sin embargo, A puede recuperar la posesión por la vía del interdicto (art. 921 CC), pero ya no el dominio, por efecto de la fe pública registral. Finalmente, en tal caso, C podrá reivindicar exitosamente el bien de A, pues le aplica la regla de propiedad (art. 923 CC).

3.4. Vinculación del RPV con el RMC

El art. 2-20 LGM señala con toda claridad que el RMC inscribe las garantías mobiliarias y demás actos inscribibles referentes a bienes muebles no registrados en cualquier Registro Jurídico de Bienes (RJB). En sentido contrario, si el bien mueble cuenta con su propio y particular RJB, como ocurre con el RPV, entonces los actos de tal bien se inscriben exclusivamente en ese registro.

Pues bien, ¿cuál es la única excepción de este rígido principio de especialidad y demarcación entre ambos registros? El art. 32 *in fine* LGM trae la respuesta: *“Los actos inscribibles referidos a bienes muebles futuros serán inscritos en el RMC y permanecerán allí luego de que dejen de serlo, a excepción de los bienes muebles ciertos que deban ser registrados en un RJB, cuyos actos ya inscritos serán trasladados al registro correspondiente”*. Por tanto, solo en el caso de bienes muebles futuros, es posible que un acto jurídico referido a un bien con registro particular pueda inscribirse en el RMC. Sin embargo, recuérdese que la LGM permite la constitución de garantías sobre todo el patrimonio del deudor, presente y futuro (art. 4), en el que se hace una mención extensiva del término “futuro”, pues fundamentalmente comprende los bienes que todavía no han ingresado al patrimonio del deudor (futuros subjetivos), a lo que más propiamente podrían llamarse “ajenos”; además de los objetos que carecen de existencia física o individualidad jurídica (futuros objetivos). En consecuencia, una interpretación extensiva, pero razonable a tenor de la sistemática de la ley, permite deducir que tanto los bienes futuros en sentido técnico, como los ajenos, pueden ser inscritos en el RMC a pesar de que el bien cuente con un RJB. Sin embargo, el RPV ha efectuado una interpretación que excede el principio de especialidad, pues considera que un vehículo con póliza de importación es “bien futuro”, cuando claramente se trata de

un bien mueble presente, pues tiene realidad física, soportó un viaje por buque, se le importó, pasó por aduanas y, finalmente, se nacionalizó, solo que no está inscrito en el registro. Es lo mismo que pasa con un predio que no ha sido inmatriculado. Ninguna ficción legal permite suponer que un bien existente, ya útil y funcional, pueda considerarse “futuro” por el solo hecho de no encontrarse inscrito. En consecuencia, los vehículos importados con póliza, pero con inscripción pendiente, son bienes muebles presentes, no futuros, pero sin registro. Por tanto, un vehículo de tales características no debería inscribirse en el RMC, bajo circunstancia alguna, pues infringe el principio de especialidad, por lo que debe ser inmatriculado en el RJB.

En todo caso, para efecto de que exista una correcta vinculación, el registrador del RPV, antes de inscribir un vehículo, está obligado a realizar la búsqueda a nivel nacional en el RMC, con el objeto de verificar la existencia o no de una garantía mobiliaria, arrendamiento financiero, *leaseback*, fideicomiso, contrato de opción, usufructo o uso, resoluciones judiciales o administrativas, etc., que pudieran recaer sobre el vehículo que se pretende inscribir, para realizar el traslado respectivo al RPV y cerrar la partida del RMC (art. 16 RIRMC).

Capítulo VII

REGISTRO MOBILIARIO DE CONTRATOS

1. HISTORIA

1.1. Régimen anterior: prenda civil y prendas sin desplazamiento

Los Códigos Civiles de 1852 y 1936 regularon la prenda bajo los cánones tradicionales, en el sentido que consiste en un derecho real de garantía que recae sobre bienes muebles, necesariamente constituido con la entrega en favor del acreedor o de tercero, pues, en cualquier caso, se necesita que el deudor se desprenda del bien⁷⁶⁵. Es conocido que una garantía, en estos términos, no puede convertirse en un mecanismo eficaz de financiamiento, pues el deudor que entrega bienes destinados a la producción no puede obtener los flujos que le permitan solventar la deuda, es decir, por un lado, la prenda posesoria tiene la virtud de que el acreedor queda suficientemente garantizado con la conservación del bien dentro de su esfera, pero, simultáneamente tiene el grave déficit de que no calza con las necesidades de la empresa moderna, por tanto, una regulación jurídica de ese tipo, en la práctica, se restringe a problemas de financiamiento familiar o de escasa cuantía, en consecuencia, resulta poco compatible con la economía de mercado y con el desarrollo adecuado de un sistema bancario, pues las unidades de producción quedan excluidas de un régimen posesorio de garantías, máxime cuando las entidades financieras no tienen interés alguno de convertirse en depositarios de cosas.

765 Canelo, R. (2015), pp. 88-89.

Por su parte, el Código de Comercio, promulgado el 15.02.1902 y vigente desde el 01.07.1902 hasta la actualidad, aunque con múltiples derogatorias, si bien destinado a la actividad mercantil, sin embargo, tampoco afrontó este problema específico, pues la prenda mercantil -reproducción de la entonces vigente Ley de 14.12.1888⁷⁶⁶- no reguló la oponibilidad de la garantía, por lo que supletoriamente era necesario acudir al derecho común que establecía la exigencia posesoria, por tanto, su única especialidad normativa consistió en la sumariedad del proceso de ejecución, que permitía la realización del mueble con la sola verificación del cumplimiento de requisitos formales, mientras el deudor no tenía forma alguna de oposición válida, salvo acreditar el pago, pues, en caso contrario, solo quedaba recurrir posteriormente a un proceso declarativo.

Sin embargo, la necesidad de contar con instrumentos jurídicos modernos que apoyen el crecimiento económico, específicamente vinculado con el proceso histórico de modernización capitalista que se inicia con el siglo XX, determinó que bien pronto se incorporen distintas modalidades de prenda sin desplazamiento, o garantías reales sobre bienes muebles sin necesidad de tradición, la cual queda reemplazada con la inscripción de la garantía en un registro estatal. El primer caso fue la prenda agrícola, mediante Ley 2402 del año 1916, que permitió asegurar obligaciones de agricultores y ganaderos con bienes de producción, en el que se elimina la exigencia de posesión para sustituirla con la inscripción. El segundo caso se encontró en el ámbito de los buques mercantes, entonces considerados bienes muebles, según el Código Civil de 1852, pero como resultaba imposible que el propietario o armador obtuviese financiamiento con la entrega de la nave, por tanto, la Ley 2411, también del año 1916, estableció que, para efecto de la garantía real, el buque se reputa bien inmueble, con lo que se permite la hipoteca naval, excluyendo la necesidad de la tradición en favor del acreedor⁷⁶⁷.

766 Según reconoce el dictamen de la Cámara de Diputados que precedió a la sanción del Código: De La Lama, M. (1902), p. 196.

767 La Ley de Hipoteca Naval tiene como antecedente directo su homólogo español de 1893, que se caracteriza por reconocer la publicidad en su sentido más riguroso, es decir, la inscripción determina el nacimiento del derecho real, tanto *inter partes*, como en relación con terceros, con lo que se obtiene prelación, persecución y venta judicial: Baena, P. (2002), p. 136.

El tercer caso fue curioso, pues hubo la necesidad de enfrentar el aumento incesante del comercio de bienes de consumo, con financiación directa del acreedor-vendedor, pero obviamente el disfrute del bien tenía que mantenerse en el deudor-comprador, lo cual resultaba incompatible con la prenda posesoria, por cuya virtud, se dictó la Ley 6565, de Registro Fiscal de Ventas a Plazos, del año 1929, en el que se inscribía facultativamente las compraventas de muebles individualizados, cuyo incumplimiento en el pago de tres cuotas del precio, determinaba que un funcionario administrativo, sin necesidad de autoridad judicial, pudiese ordenar la toma de posesión por medios compulsivos, con el sucesivo remate del bien para efecto de solventar el precio en favor del vendedor.

Luego de ello, el legislador fue introduciendo múltiples prendas especiales, sin posesión, aplicable a los distintos sectores económicos, tales como la prenda industrial, minera, pesquera, de transporte, global y flotante, de motores de aeronaves, entre otras, aprobadas antes, durante o después de la vigencia del Código Civil de 1936, sin embargo, este último cuerpo normativo no se dio enterado de las prendas sin desplazamiento ya existentes en el momento de su aprobación, cuyo número e importancia, en esa época, superaba ampliamente a la prenda posesoria, pero, no obstante ello, solo reguló esta última, con lo que hizo efectiva la crítica que muchas veces se hace a los códigos como textos legales anclados en el inmovilismo y tradicionalismo, hasta el punto de que un número elevado de sus normas, en lugar de regular las situaciones propias del derecho común, por su recurrencia o frecuencia, más bien quedó reducida a circunstancias excepcionales o residuales, mientras las leyes especiales atraen los supuestos de hecho más numerosos y relevantes, con lo que se produce la paradójica situación de que el código regula hechos sin incidencia, mientras la realidad económica-social transcurre fuera de sus normas⁷⁶⁸.

El Código Civil de 1984 ya no pudo obviar la realidad de las múltiples prendas sin desplazamiento que se encontraban vigentes en leyes especiales, por lo que reconoció dos modalidades prendarias: con posesión y sin posesión, pese a lo cual esta última fue denominada, por ficción, como

768 Irti, N. (1992), pp. 96-97.

“prenda con entrega jurídica”, que alude en realidad a las ya citadas prendas sin desplazamiento⁷⁶⁹, cuyas distintas leyes se mantuvieron vigentes, por lo que la normativa codificada solo pretendió reafirmar su carácter de derecho común, en cuya virtud, para abarcar dentro de su ámbito a las prendas especiales entonces incorporó la constitución de la garantía sin posesión, pero las leyes propias no fueron modificadas, ni tampoco los distintos procedimientos de ejecución. Por su parte, el Código Procesal Civil, vigente desde 1993, derogó todos los procesos especiales, por lo que solo reguló uno común de ejecución de garantías, aplicable también para la hipoteca, lo cual es ciertamente criticable desde el particularismo de los muebles, que en su mayoría son bienes perecibles, depreciables y que sufren pérdida de valor con notoria rapidez, por cuya razón, sus reglas tendrían que ser mucho más flexibles y sumarias, pero no ha sido así, ni siquiera con la posterior reforma, manteniéndose igual hasta la actualidad⁷⁷⁰.

1.2. Ley de Garantía Mobiliaria (vigente) y Ley Modelo OEA

El origen de la reforma legal del sistema prendario en el Perú se encuentra en el documento de trabajo denominado “Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema de garantías reales”, aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Ministerial N° 235-2001-EF-10, del 13.07.2001⁷⁷¹, cuyo texto informa la dificultad de un amplio sector de

769 Sin embargo, una de las codificadoras, Dra. Lucrecia Maisch Von Humboldt, consideraba que esta novedad “evita el tener que acudir a la prenda sin desplazamiento, ofreciendo en cambio una salida estrictamente jurídica”: Cit. López, D. (1990), pp. 238-239, pero resulta que el uso de un *nomen iuris* no cambia la realidad, por tanto, la llamada prenda “con entrega jurídica” solo representa un abuso del lenguaje, pues opera sin tradición, por lo que, quiérase o no, se trata de una garantía pignoratícia sin desplazamiento.

770 Es curioso que la doctrina nacional critique la omisión en determinar el título ejecutivo en el proceso judicial de ejecución de garantías, pero, de la misma forma haga silencio sobre el grave problema de unificar las reglas de ejecución de la hipoteca y la garantía mobiliaria, pese a la notoria diferencia por la característica de los bienes (durables, sin depreciación, no ocultables, para el primer caso; y, todo lo contrario, en el segundo). Es el caso de: Ariano, E. (2016), p. 102.

771 La doctrina, ya en forma previa, sustentaba la necesidad de la reforma: “A pesar de la gran importancia económica de los bienes muebles como garantía de créditos, el marco legal en el Perú presenta problemas en la constitución, el perfeccionamiento (rango de prioridad y registro) y en la ejecución de créditos con garantía. Estos problemas impiden que los prestamistas y los vendedores a crédito acepten, como garantía de sus préstamos,

los peruanos para acceder al mercado de crédito, pese a lo cual los bienes muebles no eran aceptadas por las entidades financieras por la falta de un régimen homogéneo, simplificado y que permita la rápida ejecución de la garantía. Posteriormente, con fecha 14.05.2003, se publicó el anteproyecto, que, con algunas modificaciones importantes fue aprobada finalmente como Ley N° 28677, de Garantía Mobiliaria (LGM), publicada el 01.03.2006, que entró en vigor el día 01.06.2006⁷⁷².

Las principales innovaciones de la LGM, todavía en vigor, son las siguientes:

- a) La garantía mobiliaria establece un régimen legal único.
- b) La garantía mobiliaria puede recaer, ahora, sobre todo tipo de bienes muebles.
- c) Se elimina la posesión como requisito constitutivo, por lo que la oponibilidad de la garantía se sustenta exclusivamente en el registro, mientras la entrega del bien constituye un convenio de las partes que no incide en la constitución y oponibilidad de la garantía. En este punto, la norma peruana resultó más extrema que la Ley Modelo OEA, que sí reconoce la garantía con posesión y sin ella.
- d) Se crea un Registro Mobiliario de Contratos, en el que se inscribirán las garantías sobre cualquier tipo de bien mueble, e incluso otros actos jurídicos, pues, como en todos los casos de este régi-

los bienes muebles tangibles como inventario, ganado o maquinaria, o los bienes muebles intangibles como las carteras de crédito por cobrar": Fleisig, H, De La Peña, N. & Cantuarias, F. (2000), p. 36.

772 El dictamen de la Comisión del Congreso de la República, que dio lugar a la Ley N° 28677, justifica el nuevo modelo de la siguiente forma: "Históricamente nuestro sistema legal en materia de garantías mobiliarias ha funcionado sobre la base de la institución de la prenda, sin embargo, su vigencia ha demostrado poca efectividad para respaldar el otorgamiento de créditos. Ello se debe a: (i) las limitaciones inherentes de la figura de la prenda; (ii) la ineficiente y desarticulada regulación de su constitución, publicidad, prelación y ejecución; (iii) la falta de un registro único de garantías; y, finalmente, (iv) un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible que beneficia al mal pagador. Por ello, es necesario reunir bajo una única garantía mobiliaria a todas las prendas y otorgarle un nuevo dinamismo que impacte positivamente en el mercado de créditos".

men, se necesita el funcionamiento de una nueva institucionalidad del registro.

- e) Se introducen figuras novedosas, pero no exentas de polémica, como la garantía sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros.
- f) Se abaratan los costos de constitución de garantías.
- g) Se simplifica la ejecución mediante una regulación más profusa de la modalidad extrajudicial, y, además, se permite el pacto comisorio.

Es necesario puntualizar que el Perú ha sido uno de los primeros países de la región que acogió el régimen de garantías mobiliarias inspirado en la Ley Modelo Interamericana de Operaciones Garantizadas de la OEA (2002), cuyo origen a su vez se encuentra en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme (UCC) de los Estados Unidos, con la que se derogó la regulación tradicional de la prenda civil y mercantil que se contenía en los Códigos Civil y de Comercio, de los años 1984 y 1902, así como las prendas especiales, sea por razón de la actividad del deudor, sea por el objeto de la garantía, que incluye desde la más antigua dictada por Ley 2402 del año 1916.

Por su parte, la Ley Modelo OEA sobre garantías mobiliarias fue aprobada en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), de 08.02.2002, con la finalidad de promover el acceso al crédito mediante la ampliación de los bienes susceptibles de garantía, simplificar procedimientos de constitución con abaratamiento de costos, establecer criterios claros sobre publicidad y prelación entre acreedores, estandarizar documentos y registros, asegurar eficacia mediante criterios previsibles en prelación y orden de acreedores, procurar celeridad de los procesos de ejecución⁷⁷³. Este sistema acepta la posesión o el registro como mecanismos de oponibilidad, en tal sentido, “la desposesión no es un medio esencial sino uno que puede ser sustituido por otros”⁷⁷⁴.

773 Ley Modelo Interamericano sobre Garantías Mobiliarias, p. 15.

774 Hernández, A. (2016), p. 20.

1.3. Ley del Régimen de Garantía Mobiliaria (*vacatio legis*) y Ley Modelo UNCITRAL

La LGM, luego de quince años, aún se encuentra vigente, sin embargo, hace algún tiempo se aprobó el D.L. 1400, publicada el 10.09.2018 (con rango de ley), del Régimen de Garantía Mobiliaria (LRGM) incluso con reglamento dictado por Decreto Supremo N° 243-2019-EF, publicado el 03.08.2019, que se mantienen en prolongada *vacatio legis* a la espera de que entre en funcionamiento el nuevo sistema informático de registro, cuya fuente directa es la Ley Modelo de Uncitral (2016).

En tal sentido, la Asamblea General de la ONU, mediante resolución de fecha 13.12.2016, aprobó la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias, cuyo objetivo es ampliar el acceso al crédito garantizado a costo asequible, con lo que se promueva el crecimiento económico, el desarrollo sostenible, la inclusión financiera, y, con todo ello, ayuda en el combate a la pobreza, máxime cuando la armonización legislativa aumenta la disponibilidad de crédito y facilita el comercio internacional, para lo cual resulta elemento fundamental la reforma del régimen legal de registro de garantías mobiliarias para lograr un sistema eficiente y de acceso público⁷⁷⁵, aunque se permite constituir la con posesión. La función económica de las garantías pasa por superar la aversión al riesgo de pérdida de los potenciales acreedores con capitales, además, una dilución del riesgo por las actividades empresariales que emprenda el deudor, sea por inversiones dudosas o maliciosas⁷⁷⁶.

La futura LRGM resulta mucho más fiel a la Ley Modelo UNCITRAL, del que lo fue la LGM en relación con su Modelo OEA, pues aquella reconoce la oponibilidad de la garantía mediante cualesquiera de los requisitos de publicidad, sea la posesión o inscripción, además se elimina el costo notarial que se reemplaza por avisos informáticos que se remiten directamente por el acreedor, mientras se ordena la creación de un nuevo sistema registral simplificado, sin calificación, de bajo costo, acceso a la publicidad en forma muy amplia, y, que, precisamente, por este motivo, aún no se encuentra en

775 Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2016 sobre Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de Garantías Mobiliarias, p. 2.

776 Gaviria, J. (2015), pp. 27-29.

vigor, a la espera de que se instale dicho registro. Es evidente que el nuevo régimen se sustenta en que la LGM no siguió todos los principios que informan el sistema, ya internacional, de garantía mobiliaria, por lo que busca adecuarse a la Ley Modelo más universal, como la aprobada por la ONU, dejando atrás la de OEA, máxime cuando el elevado costo notarial para la constitución de la garantía, que requiere un acta notarial protocolar⁷⁷⁷, así como la sobreabundante calificación de los registradores, pese a la pretensión original en contrario, constituyen obstáculos serios para el acceso del crédito de todos los agentes económicos, en especial los pequeños y medianos empresarios.

2. GARANTÍA MOBILIARIA (LEY VIGENTE)

2.1. Definición

La garantía mobiliaria es la afectación por acto jurídico que realiza el deudor sobre un bien mueble, conjunto de bienes, género de bienes o todos sus bienes presentes y futuros en favor del acreedor con el fin de asegurar el cumplimiento de una, varias o indeterminadas obligaciones (arts. 3 y 4 LGM), en tal sentido, confiere las facultades de preferencia en el cobro del crédito, persecución limitada o amplia, según el tipo de bien, y venta extrajudicial, por lo que no se requiere el desplazamiento posesorio. Por su parte, la norma aún en *vacatio legis* tiene casi el mismo contenido, pues se trata de la afectación de bien mueble o conjunto de ellos para asegurar una o varias obligaciones, propias o de terceros, de toda naturaleza, presente o futura, determinada o determinable, sujeta o no a modalidad (art. 3 LRGM).

La LGM eliminó la relevancia de la posesión, en tanto, uno de los aspectos que recibió mayores críticas en la legislación anterior, fue la exigencia de entrega para la constitución de la prenda. Se dijo que era un arcaísmo del

777 Es de señalar que el Colegio de Notarios de Lima formuló una demanda de inconstitucionalidad contra la LRGM, bajo el único argumento de que el Poder Ejecutivo, autor de la norma, no había recibido facultades delegadas del Poder Legislativo para modificar el sistema notarial y registral. El Tribunal Constitucional, mediante STC N° 00017-2019-PI/TC, declaró infundada la demanda, pues la norma regula la escritura pública como uno de los medios alternativos para la constitución de la garantía, con lo que asume que se mantiene la intervención notarial, aunque en el modelo previo (aún vigente) el acta protocolar notarial es obligatoria para el acceso al registro.

Derecho romano que debía ser superado en estos tiempos de globalización y desarrollo tecnológico, a través del mecanismo de la inscripción en un registro, aunque tal crítica ha sido exagerada, hasta el punto de que la futura LRGM sí contempla la posesión⁷⁷⁸.

778 En efecto, la entrega, quíerese o no, constituye un mecanismo de sujeción del bien al poder del acreedor, pues, en caso contrario, la garantía podría devenir en una mera ilusión. Desde una perspectiva exclusivamente teórica, no hay mejor garantía que contar con la posesión del bien, en vista que de esa forma se tiene el bien a la mano para ejecutarlo en caso de impago del crédito. Por lo demás, la teoría debe ceder ante las necesidades prácticas, pues en muchos casos el proceso de producción del deudor exige que este retenga los bienes dados en garantía, para lo cual se crearon las prendas sin desplazamiento (con registro). Por tanto, desde una perspectiva teórica, ¿quién tiene una mejor garantía, el acreedor que posee la máquina industrial o el que sólo tiene la inscripción? Es evidente que un bien mueble puede ser de difícil individualización u ocultable. Ante ello, ¿qué ejecutará el acreedor? ¿le bastará su certificado registral para ver satisfecha su acreencia, a pesar de que el bien no se ubica? ¿algún postor le entregará dinero al acreedor a cambio de un papel (certificado registral), sin que se conozca el paradero del bien? La respuesta es obvia: La mejor garantía, en estos casos, es la posesión, y el registro cumple una función en cierta medida sustitutiva, pero imperfecta. Por tal motivo, no existe razón valedera para que la ley prohíba la constitución de la prenda posesoria. El art. 17 LGM establece que la oponibilidad de la GM se logra solo con la inscripción, y que la posesión es meramente facultativa (art. 3.1). Siendo así, la garantía con sola posesión no otorga efecto alguno, pues un acreedor que inscribe será siempre preferido. En la práctica, todo acreedor deberá inscribir, aun cuando tenga la posesión. En tal sentido, si el titular del crédito quiere recibir la posesión de un bien en garantía, no parece haber razones para considerar que ese requisito sea superfluo. Es posible sustentar lo anterior con algunos ejemplos de la inconveniencia de eliminar la garantía posesoria:

Primer Caso: Las personas en necesidades económicas recurren con frecuencia al crédito mediante la garantía de joyas y alhajas (en las llamadas antiguamente "Casas de empeño"), y en esos casos, el mejor aseguramiento del acreedor es contar con la posesión del bien afectado para el caso de incumplimiento. Muchos de nuestros compatriotas no pueden soñar con un crédito bancario, pero sí han recurrido al "empeño". Pues bien, y aunque parezca increíble, la LGM establece que no basta la posesión de las joyas, sino que resulta necesario e imprescindible el registro de la garantía. Por tanto, la angustia del deudor que se solucionaba en pocos minutos con la obtención rápido de dinero, pero ahora debería seguir el siguiente trámite: una escritura pública sin minuta (ya veremos luego este tema), trámite de inscripción, tasas, etc. ¿Quién pagará estos costos? ¿Vale la pena exigir inscripción en estos casos? No se diga que las entidades de préstamo podrán contar con la sola posesión (art. 3.1 LGM), pues en ese caso se expondrían a una dosis de inseguridad, en tanto el deudor podría aprovechar las fallas del sistema para frustrar al acreedor, mediante el fácil expediente de inscribir una garantía sobre el mismo bien y obtener de esa forma una preferencia que venza a la posesión (art. 17 LGM). En tal

2.2. Objeto

El régimen antiguo de la prenda permitía que su objeto fuese uno o varios “bienes muebles”, pero individualizados, no genéricos o una categoría de ellos. Por el contrario, el sistema de la LGM cuenta entre sus principios básicos el de generalidad de bienes muebles susceptibles de garantía, incluso meros conceptos abstractos, por tanto, el objeto no solo recae en muebles específicos, sino también categorías genéricas de muebles, o la totalidad del constituyente, sean presentes o futuros, corporales o incorporales, y, para evitar cualquier duda se sigue un listado detallado de muebles (art. 4 LGM), hasta el punto de que solo por norma puede excluirse a alguno de su ámbito.

En el caso de la disposición legal en pendencia, el objeto de la garantía sigue la misma línea, pero la redacción es incluso más amplia, pues recae sobre bienes muebles específicos, categorías genéricas, derechos, determi-

caso, la entidad deberá entregar el bien al acreedor inscrito, bajo responsabilidad civil, e incluso penal, por su calidad de depositario. En la práctica, todos los acreedores, hasta en los bienes más insignificantes, se verían obligados a inscribir la garantía para evitar la aparición de “acreedor preferente” que no cuenta con posesión, pero sí con registro.

Segundo Caso: Los Bancos, dentro de sus operaciones habituales, otorgan créditos o anticipos a sus clientes, y en garantía del cumplimiento de estas obligaciones, exigen constituir prenda sobre el saldo en las cuentas corrientes o sobre otros valores del deudor que el Banco llegase a tener. Esta sencilla operación ahora deberá ser objeto de inscripción. Es decir, miles y miles de garantías bancarias que pueden articularse perfectamente con la posesión de los fondos de los que ya goza el Banco, ahora necesitarán de una escritura e inscripción, aun cuando el cliente podría no tener un centavo en la cuenta, pues la garantía se otorga en forma preventiva. ¿Tiene alguna racionalidad este sistema?

Tercer Caso: En casi todo contrato de arrendamiento, el propietario exige al arrendatario la entrega de una suma de dinero “en calidad de garantía”, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Esa figura tiene la naturaleza jurídica de una prenda dineraria, la cual siempre ha funcionado con el solo acto de la entrega. ¿Qué mejor garantía que la retención del dinero y la inmediata imputación al crédito en caso de incumplimiento? Ahora bien, con la LGM será necesaria la inscripción, pues, en caso contrario, puede surgir un “acreedor preferente” sin la posesión, pero con el registro.

En suma, la prenda posesoria debió ser conservada, pues la posesión constituye un elemento efectivo de sujeción del bien a favor del acreedor (“autotutela” del acreedor e “indisponibilidad” del deudor, dice la doctrina), y si este desea otorgar un crédito con este mecanismo, entonces no existe razón alguna que justifique el impedimento. Por lo demás, en una serie de bienes (como los descritos, pero pueden ser muchos otros), la posesión constituye una garantía superior a la del registro, no solo en términos de aseguramiento real, sino, incluso, en indicadores de simplicidad y eliminación de costos.

nados o determinables, tangibles o intangibles, presentes o futuros, registrados o no registrados, o la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, luego de lo cual sigue un listado enunciativo, no taxativo (art. 4 LRGM), en suma “todo bien mueble al que las partes atribuyan valor económico, que no se encuentre excluido en el artículo 5 D.L. 1400, ni restringido, excluido o prohibido por norma legal expresa” (art. 4.10 Reglamento LRGM). La Ley Modelo OEA señala que la garantía tiene como objeto cualquier bien mueble, incluyendo créditos o incorporales, tales como bienes de propiedad intelectual, categorías específicas o genéricas de bienes, incluso los derivados de otros gravados (llamados “bienes muebles atribuibles”) (art. 3V). Por su parte, la Ley Modelo UNCITRAL señala, respecto del mismo tema, que una garantía mobiliaria podrá gravar: cualquier tipo de bien mueble, una fracción de bien mueble o un derecho indiviso, una categoría genérica de bienes muebles o todos los bienes muebles del otorgante (art. 8).

Las partes tienen amplia libertad para determinar el objeto sobre el cual recae la garantía real, pero, una vez llegado a ese punto, es necesario avanzar sobre los alcances de ese mismo objeto, es decir, hasta dónde se extiende. Nótese que se trata de dos operaciones distintas, pero obviamente vinculadas: primero, se concreta el bien mueble; segundo, y solo luego de lo anterior, recién puede avanzarse sobre los “adicionales” de ese mismo bien. El art. 6, 1º LGM, distingue los dos planos, pero con una redacción errónea. Así, en primer lugar, dice que “la garantía mobiliaria tendrá la extensión en cuanto al bien mueble afectado, que las partes convengan”. Es cierto que los particulares cuentan con libertad contractual y de disposición para otorgar en garantía el bien mueble que resulte más conveniente. Sin embargo, es errado que la determinación del objeto se confunda con la extensión, pues ambos son planos o niveles distintos. Solo una vez que el objeto de la garantía se encuentra determinado, entonces recién puede avanzarse al segundo plano, consistente en la extensión de ese objeto. En buena cuenta, la pregunta que sigue es: ¿Hasta qué punto se extiende la garantía? La respuesta proviene, en realidad, del art. 6, 2º LGM, que hace comprender, a falta de pacto, las partes integrantes y accesorios existentes al momento de la ejecución, así como el bien mueble que resulte de la transformación, la indemnización

del seguro o de la expropiación y, eventualmente, el precio de la enajenación a favor de tercero⁷⁷⁹.

779 Esta norma permite diversas críticas:

- a) En cuanto a las partes integrantes y accesorios, no es correcto restringir la extensión a los que se encuentran “al tiempo de la ejecución”, pues una parte del bien no puede desligarse del gravamen por el solo hecho de separarse de este. En tal caso, ¿dónde queda el natural efecto de la inherencia de los derechos reales? Si el todo sufre un gravamen, entonces ocurre lo propio con cada una de sus partes, las mismas que seguirán soportando las afectaciones, aun cuando el objeto sufra distintas vicisitudes durante su vida material.
- b) La solución anterior es incoherente con lo que acontece en la transformación del bien, pues, en este caso, la garantía se extiende al nuevo bien resultante. Si por efecto de la inherencia, el gravamen se mantiene a pesar de las vicisitudes del objeto, entonces esa misma razón justifica que las partes separadas también sufran la afectación. En buena cuenta, la separación es una forma específica de transformación. Por tanto, se trata de un evidente error técnico de la ley con relación a sí misma. Sin embargo, la norma reguladora de la transformación establece complejas exigencias de comunicación a favor del acreedor y la necesidad de una nueva inscripción respecto del nuevo bien mueble resultante (art. 15 LGM). ¿Qué ocurre si no se cumplen estos deberes? ¿Se extingue la garantía? Si fuera así, entonces, el derecho real perdería una de sus notas distintivas: la inherencia; o, por el contrario, debe suponerse que se trata de obligaciones entre deudor y acreedor, pero que no mediatizan los efectos reales de la garantía.
- c) En cuanto a la indemnización por expropiación, si bien nuestra postura en clave constitucional es que todos los bienes son susceptibles de expropiación, incluyendo los muebles, sin embargo, la solución de la LGM no calza con la Ley 27117, en tanto esta limita la expropiación a los predios.
- d) En cuanto al precio de la enajenación, esto significa que, si el constituyente de la garantía vende el bien a un tercero, entonces la afectación no solo persigue al bien mismo, sino también al precio recibido. Esta solución es, simplemente, absurda. En efecto, si estamos en presencia de un derecho real de garantía, entonces el gravamen recae sobre el bien, por lo que extenderlo al precio de la enajenación significa duplicar la garantía, ya sea sobre el bien y sobre el precio recibido. Eso no es posible. Téngase en cuenta que, en los casos de extensión de la garantía a indemnizaciones, ello sucede porque el bien ya no existe, sea por destrucción o expropiación, por lo que es lógico que el gravamen se subrogue al valor que representa la cosa perdida. En cambio, en el precio de enajenación, la cosa no está perdida, y la garantía la persigue; por lo que se tiene, en realidad, dos objetos de garantía: el bien de propiedad del tercero, y el precio que cobró el constituyente. Por supuesto que la extensión de la garantía sobre el precio de la enajenación (que abarca cualquier acto a título oneroso, y no solo la compraventa) solo permanece vigente mientras dicho precio se encuentre en poder o control del deudor (art. 14 LGM). Sin embargo, esta norma no representa aseguramiento alguno, pues el dinero es un valor ultra-fungible. ¿Cómo saber si el dinero está en manos o no del deudor? La única opción de dar viabilidad a la norma, es referirla al caso que el tercero solo ha pagado una parte del precio, por lo que la garantía se extenderá

2.3. Obligaciones garantizadas

Los derechos reales de garantía se caracterizan por la vinculación entre un crédito, que se asegura, y un bien, que constituye el instrumento para el logro de tal fin. Por tanto, la constitución de la garantía siempre debe referirse a una obligación, ya sea “cerrada”, respecto de un crédito específico (art. 3.2 LGM), o “abierta” o “sábana”, para asegurar obligaciones presentes o futuras, o, incluso, todas ellas al mismo tiempo (art. 3.4 LGM). Nótese la amplia libertad con la que cuentan las partes para determinar las obligaciones aseguradas, que pueden ir desde un crédito específico hasta todos los créditos, así de general y amplio, que vinculen al acreedor y deudor. En la práctica, la garantía abierta o sábana permite que las obligaciones se extingan, renueven, circulen o se modifiquen con el tiempo, sin embargo, todas ellas, mientras subsistan, se mantendrán cubiertas o aseguradas. Es decir, un solo título es suficiente para que en ella se viertan todo tipo de obligaciones, presentes (al momento de constituir la garantía) o futuras.

Una vez determinado el crédito asegurado, recién puede avanzarse sobre los “adicionales”, “añadidos” o sus “complementos”, que en teoría se denomina “extensión de la obligación garantizada”. El art. 3.2 LGM establece que, luego del crédito, la garantía cubre, además del crédito (deuda principal), los siguientes conceptos: intereses (se supone, moratorios y compensatorios), las comisiones, los gastos, las primas de seguro pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos, los gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el monto del gravamen contenido en el acto jurídico constitutivo.

El monto del gravamen es una suma tope de responsabilidad del bien con relación al crédito garantizado, lo cual implica que la acción real se ex-

sobre el saldo del precio pendiente por el comprador. Este, además, se convierte en una especie de garante legal del acreedor, pues sin que cuente su voluntad, resulta obligado a pagarle, ya no a su vendedor, sino al acreedor de su vendedor. La ley ha creado una especie de garantía legal, sin publicidad del contrato de enajenación, a cargo de los compradores de bienes muebles que no han pagado totalmente el precio. No solo sufren la afectación del bien, sino también del precio pendiente que deben retener a favor del acreedor de su acreedor.

tiende hasta esa suma máxima, pues con ello se agota la garantía. Fuera de esa cobertura, el acreedor tendrá que recurrir a la acción personal con el fin de hacer valer la responsabilidad patrimonial general del deudor. Por otro lado, se discute si el monto del gravamen es una norma renunciabile, por lo que podría pactarse una cobertura superior al monto del gravamen. En nuestra opinión, la cobertura sin límites pone en entredicho la libertad individual en el ámbito patrimonial, pues el deudor renunciaría, no a un derecho cualquiera, sino a la capacidad de obtener crédito, lo que se agrava con la posibilidad de pactar una garantía sobre todos los bienes presentes y futuros.

2.4. Título constitutivo e inscripción

La LGM creó un “*formulario de inscripción*” (art. 34) bajo el entendido que se trata de un documento privado en formato impreso, con el agregado de legalización de firma que lo habilitaba como título inscribible. Sin embargo, el D.S. N° 012-2006-JUS, mediante una dudosa interpretación, “*reglamenta*” el citado art. 34, por cuya virtud, el formulario pasa a ser un acta protocolar (*rectius*: escritura pública sin minuta). El D.L. 1049 crea el registro (notarial) de actos de garantía mobiliaria y otras afectaciones, con lo que otorga cobertura legal a las actas.

Por su parte, los artículos 17, 22 y 37 LGM aparentemente hacen suponer que la garantía mobiliaria está sujeta a una inscripción declarativa, por la cual, los derechos nacen y se transmiten al margen del registro, en este caso, con el simple acto constitutivo que crea la relación jurídica entre las partes (art. 17). En el sistema declarativo, el derecho real ya nació en el mundo jurídico, por lo que se cuenta con un titular que vive al margen del registro. Por el contrario, si el registro fuese constitutivo, entonces el acto no surte eficacia de derecho real, ni entre las partes, ni en relación con los terceros. Si bien las normas citadas tienen una redacción proclive al sistema declarativo, sin embargo, bien vista las cosas, parece difícil suponer que una ley inspirada en el formalismo registral termine retrocediendo en este aspecto, pues según el Código Civil la inscripción de la prenda con entrega jurídica era de carácter constitutiva. Por tal motivo, una lectura atenta de la LGM, específicamente de los artículos 25, 26 y 27, permite deducir

que la inscripción es constitutiva. En efecto, una de las potestades típicas de los derechos reales de garantía es la preferencia crediticia, que permite al acreedor privilegiado que cobre con anticipación respecto de los otros acreedores. En tal contexto, el art. 25 LGM señala que la garantía mobiliaria confiere preferencia desde la inscripción, es decir, ese efecto no se produce sin el registro. Por tanto, es necesario concluir que, si la inscripción confiere la preferencia, entonces el registro es constitutivo. Por lo demás, esta es la única solución lógica en el ámbito de las garantías reales. Por ejemplo, si existiese registro declarativo, entonces se presentaría el siguiente problema insoluble: El deudor A otorga garantía mobiliaria a B, que no se inscribe; luego B otorga garantía a C, que se inscribe, pero conoce que existe la previa constitución de garantía a A; finalmente A otorga garantía a D, que se inscribe. Bajo el registro constitutivo, el orden de preferencia es: C y D, mientras B es acreedor quirografario. Por el contrario, según el registro declarativo, el orden de preferencia es imposible, pues la prelación de C y D se rompe por la “mala fe” de C, en consecuencia, A tendría que pasar al primer rango, pero D no tiene mala fe, por lo que A tendría que ser posterior a D; no obstante, si B está mejor que C, pero peor que D, entonces no podría ser primero por efecto de D (de buena fe), pero tampoco podría ser tercero por C (de mala fe), entonces C solo podría ser segundo; por otro lado, C no podría ser tercero, pues está mejor que D (por la inscripción), pero tampoco podría ser primero por B, en virtud a la mala fe de C, por lo que este solo podría ser segundo; por último, D no podría ser primero por C (por la inscripción), pero tampoco tercero por B (que no inscribió), por lo que solo podría ser segundo. El resultado: es imposible ordenar la preferencia pues B, C y D solo podrían ser “segundos”, pero ninguno de ellos sería primero o tercero. La razón de este desbarajuste se encuentra en que los créditos son derechos compatibles, en los que uno no elimina a los otros, por tanto, la introducción de criterios subjetivos para la preferencia puede aplicarse solo en relación con uno de ellos, y a los otros. No obstante, el RIRMC ha realizado su propia “interpretación”, por la que establece que este registro es “declarativo” (art. 6). Demás está decir que un reglamento registral es incompetente para establecer los efectos de derecho privado que producen las inscripciones; sin

perjuicio, que una norma de esta jerarquía (ínfima) no se puede oponer al art. 25 LGM⁷⁸⁰.

780 Algunos ejemplos servirán para aclarar la cuestión:

Primer caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. No hay terceros con derechos sobre el bien. A no puede ejecutar el derecho real de garantía, pues la inscripción es constitutiva. Es la misma situación que se presenta en el caso de la hipoteca, pues la ausencia de inscripción hace que no se cuente con derecho real, lo que impide la ejecución de una garantía real inexistente.

Segundo caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A constituye otra garantía sin inscripción, a favor de C. Ningún crédito tiene preferencia (art. 25 LGM).

Tercer caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A constituye otra garantía con inscripción en el RMC o RJB, a favor de C. La preferencia la tiene C por efecto del registro (art. 17, 25 LGM).

Cuarto caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A transfiere el bien mueble a C, con tradición. El comprador C adquiere el bien sin gravamen, pues la garantía no está inscrita (art. 25 LGM).

Quinto caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego A transfiere el bien mueble a C, con tradición; quien a su vez lo transfiere a D, con tradición. La propiedad, sin gravámenes, le corresponde a D, pues la garantía sin inscripción no otorga preferencia (art. 25).

Sexto caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A transfiere el bien mueble a C, con tradición e inscripción en el RJB. El adquirente C lo hace sin gravámenes, pues la garantía no existe (art. 17, 25 LGM).

Séptimo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RMC o RJB, a favor de B. Luego, A constituye garantía, con o sin inscripción, a C. La preferencia la tiene B (arts. 17, 25 LGM).

Octavo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RMC, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición. El adquirente C sufre el gravamen, salvo que la adquisición se hubiese efectuado en local abierto al público y amparado en comprobante (art. 13, 2º LGM).

Noveno caso: A constituye garantía, con inscripción en el RJB, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición. El adquirente C sufre el gravamen (art. 13, 1º LGM).

Décimo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RMC, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición; y, seguidamente, se hace lo propio a D. El último adquirente D sufre el gravamen, salvo que la adquisición se hubiese efectuado en local abierto al público y amparado en comprobante (art. 13, 2º LGM).

Undécimo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RJB, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición; y, seguidamente, se hace lo propio a D. El último adquirente D sufre el gravamen (art. 13, 1º LGM).

Duodécimo caso: A constituye hipoteca sobre bien inmueble y accesorios a favor de B, lo que se inscribe. Luego, A constituye garantía mobiliaria sobre uno de los accesorios a favor de C, lo que se inscribe. No existen normas sobre el particular, sin embargo, por lógica debe concluirse que la preferencia la tiene la hipoteca por su inscripción más antigua, la que comprende los accesorios.

Décimo tercer caso: A constituye garantía mobiliaria a favor de B, lo que se inscribe. Luego, A constituye hipoteca con accesorios a favor de C, lo que se inscribe. El mueble

2.5. Garantía universal: “todos los bienes del deudor”

2.5.1. Definición y fundamento

En cualquier caso, tanto la actual LGM, como la futura LRGM, permiten constituir garantía mobiliaria universal o general, pues la primera establece que su objeto puede comprender “la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía mobiliaria” (art. 4), mientras la segunda señala en sentido sustancialmente idéntico: “la totalidad de los bienes muebles del deudor garante” (art. 4). Por su parte, el art. 8-d) Ley Modelo UNCITRAL, en esa línea de ideas, establece que una garantía mobiliaria podrá gravar “todos los bienes muebles de un otorgante”, con el añadido que la razonable identificación de los muebles, típico requisito de eficacia y oponibilidad de la garantía, en este esquema, queda salvado con una simple tautología, pues basta pactar como cláusula del acuerdo de garantía, según el art. 9.2 de la misma Ley Modelo, una frase que nada agrega: “los bienes gravados son todos los bienes muebles del otorgante”, con lo que una ficción permitirá entender que los bienes están “suficientemente identificados”.

Las garantías reales tienen la característica de vincular un bien determinado con un crédito, con el fin de asegurar su cumplimiento, pero, en este caso se permite una garantía que abarca el patrimonio íntegro del deudor (“todos sus bienes presentes y futuros”), aunque ello no constituye una reiteración de la responsabilidad patrimonial del deudor, pues, en la hipótesis estudiada se origina un derecho real que afecta a terceros, por lo que, en el caso concreto, si un bien mueble ingresa en el acervo del deudor, incluso de forma involuntaria, entonces, por efecto directo de la garantía, ese recurso o activo quedará automáticamente gravado, por lo que los sucesivos adquirentes sufrirán esa consecuencia⁷⁸¹. La doctrina que patrocina este tipo de garantías globales la justifica en la necesidad de asegurar la posición jurí-

es uno de los accesorios hipotecados. No existen normas sobre el particular, sin embargo, con la misma lógica debe concluirse que la preferencia la tiene la garantía mobiliaria por su inscripción más antigua, por lo que la hipoteca sobre tal accesorio pasa a ocupar el segundo rango.

781 Dos ejemplos bastarán para demostrar la operatividad de esta figura en la legislación peruana:

Primero, si una persona natural constituye GM sobre todos sus bienes, presentes o futuros, entonces el saldo resultante de sus cuentas bancarias también quedará afectado con la

dica de los acreedores, especialmente en los casos de financiación de proyectos de inversión, en los que prácticamente todo el negocio está a disposición de la entidad financiera, así como en el ahorro de costos que implica que un solo título jurídico sirva para englobar todos los bienes del deudor, y probablemente para asegurar todas las obligaciones que se contraigan en el futuro con el acreedor.

2.5.2. Libertad de contratación

La garantía mobiliaria universal también puede constituirse por personas naturales o físicas, sea para asegurar obligaciones comerciales derivadas de actividades económicas del deudor-empresario, pero también para respaldar obligaciones personales, como ocurre con las derivadas de tarjetas de crédito o por créditos de consumo para financiar bienes o servicios propios de la vida diaria. En tales casos, la garantía general o universal de bienes muebles, incluso presentes o futuros, con nula identificación -pues, basta la cláusula de estilo ya mencionada-, determinaría que una persona natural quedase sometida a un "convenio de atadura" que podría englobar todo el patrimonio mobiliario del deudor, por lo que, toda suma dineraria, activo corporal o incorporeal, créditos, quedarían afectados en forma automática. La cuestión se agrava porque la mayoría de los acreedores podría exigir este tipo de garantía para contar con una protección reforzada, mediante cláusulas sin negociación. Por lo demás, un deudor sujeto con esta garantía, renuncia en la práctica a obtener crédito de un segundo acreedor, pues este sabe que lo poco o mucho que adquiera el deudor ya está afectado a favor del primer acreedor. De esta forma, el deudor queda sin ninguna capacidad de crédito, y se sujeta a un contrato de atadura que puede ser fuente de múltiples abusos, en tanto el primer acreedor se convierte en un monopolista del crédito, que no necesita competir en el mercado por mejores condiciones o tasas respecto de ese deudor, ya que en la práctica este no puede obtener financiamiento de otro acreedor. UNCITRAL, sobre el particular, reconoce que pueden presentarse problemas con otros acreedores,

garantía, por tanto, el Banco debería retener los fondos ya gravados, lo cual se replica cualquier crédito, indemnización de póliza de seguro del deudor.

Segundo, si una persona jurídica constituye una garantía genérica a favor de determinado acreedor, entonces las mercaderías que ingresan en sus almacenes quedarían gravadas.

que se quedan sin cobertura, pero, en ese caso, se dice que deberá recurrirse a las leyes concursales internas⁷⁸², sin embargo, resulta que muchas de estas normativas excluyen de la masa a las garantías reales, con lo que el problema queda sin resolverse.

La garantía mobiliaria universal se sustenta en la libre contratación, también reconocido como derecho fundamental (art. 2-14 Constitución Peruana de 1993), el cual no solo se soporta en la dignidad del ser humano, pues cada uno conoce mejor sus propios intereses, sino, además, permite la construcción de una economía (social) de mercado, bajo la premisa que se trata del modelo que en mayor medida permite el crecimiento de la economía y el bienestar social. En este sentido, el mercado libre implica el *“respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y demanda, y, por otro lado, el combate a los oligopolios o monopolios”*, pero también del contrato privado (STC N° 00008-2003-AI/TC, c. 13); asimismo: *“la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”* (c. 16). Por tanto, este modelo económico tiene la importante función de resguardar la libertad patrimonial, pues otorga al individuo un ámbito de actuación libre frente a las exageradas interferencias de los poderes públicos y privados. Así, *“(garantiza) la libertad de los privados y su autonomía en el ejercicio del poder económico respecto al poder político, es decir, la negación de la economía dirigida autoritaria, pero con la afirmación simultánea de la prerrogativa estatal allí donde lo impongan necesidades de protección que trasciendan al mercado”*⁷⁸³, mientras el contrato, basado fundamentalmente, en la iniciativa privada, libre y autónoma, con exclusión de decisiones heterónomas estatales⁷⁸⁴, constituye el presupuesto para que circulen vendedores, com-

782 Ley Modelo de UNCITRAL sobre Garantías Mobiliarias. Guía para su incorporación al derecho interno, p. 39.

783 Mazzamuto, S. (2012), pp. 192-193.

784 Rey Martínez, F. (1994), p. 321.

pradores y bienes, en buena cuenta, se trata de una las herramientas imprescindibles para el funcionamiento del mercado mismo.

2.5.3. Libre desarrollo de la personalidad

La dignidad del ser humano como sustento de todos los derechos fundamentales implica otorgarle una especial condición ontológica que lo reconoce como un fin por sí mismo, de lo cual se infiere la protección de su vida, libertad, igualdad y bienestar, tanto a nivel individual o social. El concepto abstracto de dignidad se concreta en el libre desarrollo de su personalidad⁷⁸⁵, que reconoce, por propia definición, la libertad de actuación para decidir la forma de vida para sí, pero también en las relaciones con los demás, por lo que, con esa premisa, finalmente puede decidir su propio desarrollo personal o social o patrimonial, sus fines, sus metas, o, incluso, que no las tiene en lo absoluto. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende enunciativamente las siguientes decisiones a manera de ejemplo: contar con pareja, tener hijos, estudiar, mostrar su aspecto externo frente a los demás, organizar su patrimonio, o simplemente no hacerlo. La dignidad hace que todos los seres humanos compartan una misma realidad que determina una suma de exigencias que deben ser reconocidas y garantizadas por el sistema jurídico⁷⁸⁶, que se representa en el conjunto de los derechos humanos.

El Tribunal Constitucional ha justificado y explicado el contenido de este derecho en los siguientes términos: “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y, en su condición de miembro de una comunidad de seres libres” (STC N° 2868-2004-PA, c. 14), por tanto, se trata de una “cláusula general de libertad”, nacida del ámbito natural pero que se juridifica con la organización del Estado para efecto de establecer un ámbito de autonomía moral de acción y elección de la persona (STC N°

785 Castillo, L. (2020), p. 38.

786 Ibid., p. 69.

00032-2010-PI/TC, c. 23), es decir, el derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad garantiza la libre acción y elección, hasta en cuestiones no esenciales para la apreciación social, o, incluso de la ciencia, pero que sí pueden serlo para el sujeto, precisamente, en ejercicio de este derecho. El mismo Tribunal ha tenido la oportunidad de establecer, por ejemplo, que el libre desarrollo de la personalidad se manifiesta en “mantener relaciones amorosas y sexuales” (STC N° 03901-2007-PA, con doctrina reiterada en STC N° 02098-2010-PA y STC N° 00855-2016-PA), frente a la pretensión de sanción de una escuela militar que las prohibía entre sus cadetes, incluso fuera de las aulas, o “contraer matrimonio” sin autorización previa por el cuerpo policial al cual pertenece (STC N° 02868-2004-AA, c. 18), o la “tenencia de mascotas”, pues constituye la opción de cada individuo para decidir si tiene o no animales de compañía, lo cual corresponde a su plan de vida (STC N° 01413-2017-PA, c. 11), o “el acto de fumar” (STC N° 00032-2010-PI, c. 24), aunque reputó constitucional una ley que prohíbe hacerlo en espacios cerrados.

Nótese que este derecho fundamental se vincula normalmente con decisiones, planes de acción, proyectos esporádicos o permanentes, pero de carácter personal, conforme se aprecia de los ejemplos extraídos de la jurisprudencia constitucional, pero no se suele hablar de este tema en ámbitos patrimoniales, como es el de los contratos o la propiedad, sin embargo, cuando este derecho general de libertad queda potencialmente amenazado o ya perjudicado por situaciones que confiscan o restringen sustancialmente la libertad de administración, adquisición, disposición o disfrute de bienes económicos, en un sentido general o transversal, no de un bien o bienes determinados, sino en el patrimonio o parte sustancial, entonces ello puede incidir negativamente en el desenvolvimiento de la persona, pues sin esa base mínima de libertad patrimonial entonces toda la libertad queda amenazada. En tal sentido, es correcto sostener que el derecho general de libertad tiene su campo de actuación en los derechos de la personalidad o conexos⁷⁸⁷, sin embargo, distinto es el caso cuando la afectación recae en toda o parte importante de la esfera económica de la persona, pues, sin ese

787 Fueyo, F. (1990), pp. 24-26.

estándar material mínimo, o cuando es recortado, entonces ya sufre el libre desarrollo de la personalidad, como ocurriría, por ejemplo, con una ley penal para delitos muy graves que establezca la sanción accesoria para el condenado de impedimento para adquirir bienes o de prohibición de trabajo dependiente, en cuyo caso se priva o recorta a la persona de la posibilidad de organizar un patrimonio propio, con el consiguiente entredicho de su derecho general de libertad, que no tendría soporte material.

En este punto, cabe mencionar el art. 1406 del Código Civil Peruano de 1984 establece lo siguiente: *“Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro”*, que tiene como antecedente el art. 310 BGB, cuya justificación en la doctrina alemana tradicional se encuentra en que “choca contra el orden público el que uno abandone su capacidad de adquisición, perdiendo con ello todo estímulo para adquirir”⁷⁸⁸, pero, tal afirmación leída en clave constitucional ya implicaba en germen que esta nulidad se funda en la vulneración del derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad, en cuanto se socavan las bases materiales mínimas que lo soportan.

2.5.4. Ponderación de ambos derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, por definición, tienen naturaleza expansiva para efectos de aplicarse en forma generalizada e irradiarse por todo el sistema, por lo que se produce un serio problema cuando dos derechos se enfrentan, pues obviamente uno deberá limitar al otro. En consecuencia, desde una perspectiva metodológica, en el caso de conflicto entre bienes constitucionalmente relevantes, no queda otra alternativa que reconocer la expansión de un derecho con la subsiguiente exclusión del otro. En tal sentido, se habla de la ponderación como instrumento argumentativo para enjuiciar el conflicto de derechos, lo cual exige un examen en tres fases o sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, si los principios exigen la máxima realización posible, primero en el ámbito de las posibilidades fácticas, entonces se requiere un análisis de idoneidad y de necesidad. Por este medio, se trata de impedir ciertas intervenciones sobre los derechos fundamentales que sean evitables sin cos-

788 Enneccerus, L., Kipp, T & Wolff, M. (1958), T. II, Vol. 1, p. 161.

to para otros principios, lográndose de esa manera el óptimo de Pareto. Por su parte, la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, que es el campo propio de la ponderación, y que se presenta cuando juegan las reglas de desarrollo de los principios, o cuando se tienen dos principios en sentido contrario, lo cual requiere tres pasos: (i) Definir el grado de afectación de uno de los derechos, (ii) Definir la importancia del derecho que juega en sentido contrario, (iii) Definir si la importancia de la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción o no satisfacción del otro⁷⁸⁹.

En el caso planteado se produce un conflicto entre los derechos fundamentales de libre contratación (A), que permite la garantía mobiliaria universal, y el libre desarrollo de la personalidad (B), pues el legislador ordinario ha establecido que el primero sea reconocido como válido, con el consiguiente sacrificio del segundo en ese ámbito. Pues bien, en este caso se encuentra habilitado el juicio de ponderación, que, conforme se ha visto, se divide en tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por tanto, en caso de que la restricción no supere la evaluación en por lo menos una de las etapas, entonces se determinará que la medida legislativa no es idónea, o no es necesaria, o no es proporcional, o algunas o todas ellas, por lo que se reputa inconstitucional.

Por el sub-principio de idoneidad, una medida legislativa sirve para lograr los propósitos del derecho A, pero ello implica, simultáneamente, interferir o restringir otro derecho B, sin embargo, en caso de que la medida afecte el derecho B, pero en nada se beneficia A, entonces la conclusión es que tal medio solo produce perjuicio, y su eliminación en nada afectaría a uno u otro. En el presente caso, el sistema de garantías mobiliarias pretende fomentar el acceso al crédito de los agentes económicos con el fin de facilitar la creación de riqueza. En este contexto, una “sobre-garantía”, que refuerza sobremanera la posición jurídica de los acreedores, sin duda promueve el crédito⁷⁹⁰, pues las entidades financieras tendrán mayor seguridad de que

789 Alexy, R. (2007), pp. 458-460.

790 Textualmente acepta que esta modalidad sirve para “aumentar al máximo el monto del crédito al que podrá accederse y mejoras las condiciones del convenio de crédito”: Ley

los préstamos serán honrados, por tanto, este primer aspecto de la evaluación queda superado.

Por el sub-principio de necesidad, la medida que sirve a los fines del derecho A, pero que restringe el derecho B, debe pasar un examen adicional, referido a si tal medida puede ser reemplazada por otra que proteja con la misma eficacia al principio A, pero que restrinja en menor medida el B. En tal supuesto, la medida original no es necesaria y puede ser sustituida con ventaja para todos. En el presente caso, la garantía mobiliaria universal, efectivamente, podría ser el único refuerzo aceptable para ciertos acreedores, especialmente propensos a evitar situaciones de riesgo, o cuando el deudor no muestre un historial crediticio consistente, por lo que, este segundo aspecto de la evaluación también queda superado.

Por el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto encuentran en conflicto dos derechos, por lo que la medida que menoscaba uno de ellos debe satisfacer en mayor magnitud el otro. Para ello, se requiere: primero, definir el grado de afectación de uno de los derechos; segundo, definir la importancia de la satisfacción del derecho que juega en sentido contrario; tercero, definir si la importancia de la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción del otro. Pues bien, en el caso concreto, el libre desarrollo de la personalidad queda afectado en grado sumo, pues todos los bienes muebles que ingresan en el patrimonio del deudor, incluso por sucesos fortuitos, se encontrarían automáticamente gravados, aunque la autonomía de la voluntad sustentará la licitud de que una persona pueda gravar sus bienes para respaldar obligaciones, máxime cuando ello potencia su capacidad de obtener financiamiento para actividades empresariales o vitales. No obstante, las cosas cambian de sentido cuando la persona natural grava todos sus bienes muebles, presentes o futuros, pues no acota los bienes en riesgo, como sucede con una persona jurídica, sino que se expande a una parte relevante de su patrimonio, que, de esa forma se encuentra sometido a la posibilidad latente de ser afectado, con efecto frente a terceros, por tanto, el deudor queda recortado en su libertad patrimonial, pues

al encontrarse gravados todos sus bienes muebles, entonces difícilmente podrá disponerlos para efecto de sus actividades económicas o personales, con lo que sufre de una “vinculación excesiva” que le dificulta convertir sus bienes en dinero, incluso para fines de subsistencia, y también complica obtener otros créditos, pues no solo los bienes actuales ya están gravados, sino también los que todavía no ingresan en su esfera patrimonial. En este contexto, una persona sin bienes y sin posibilidad de adquirirlos libremente, en la práctica, ha perdido su capacidad económica, y, con ello, su propio derecho general de libertad queda seriamente amenazada, pues ¿el sacrificio de la libertad patrimonial que se irradia en todos los ámbitos de la persona resulta desproporcionadamente lesiva frente a las ventajas de la garantía mobiliaria universal.

Por lo expuesto, esta modalidad de garantía no supera el test de proporcionalidad en relación con el derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad. En síntesis, pues, la garantía mobiliaria de todos los bienes del deudor, tratándose de persona natural, pone en entredicho la libertad dentro de la esfera patrimonial, y, con ello, el libre desarrollo de la personalidad, pues, el individuo queda sometido a un estrechamiento intolerable de sus capacidades económicas fundamentales, tales como adquirir bienes libres sin gravamen, o la posibilidad de endeudarse con nuevos créditos, que prácticamente quedarían vedados para una persona ya no tiene patrimonio disponible. El libre desarrollo de la personalidad es un derecho de autonomía, que permite decidir quién eres hoy, o quién quieres ser mañana, pero esa toma de decisiones queda severamente cuestionada cuando no existe una base patrimonial mínima que sirva de sustento para el ejercicio de la libertad, máxime en países latinoamericanos en los que muchas veces el único patrimonio personal es mobiliario.

2.6. Garantía preconstituida

La LGM crea la figura de “garantía pre-constituida” para los casos de bienes muebles futuros o ajenos, o cuando se aseguran obligaciones futuras o eventuales (art. 20 LGM).

La eficacia que produce la garantía pre-constituida se retrotrae a la fecha de la inscripción primigenia, pero *“los efectos retroactivos no perjudican los*

derechos que, eventualmente, hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble afectado en garantía mobiliaria". Esta última frase se refiere a los bienes ajenos, pues solo en ellos existe necesariamente un "anterior propietario", distinto del constituyente. Una norma de este tipo es de toda evidencia, pues los contratos sobre bienes ajenos no producen efecto jurídico alguno en la esfera del verdadero propietario.

En consecuencia, en el caso de los bienes futuros o de las obligaciones aseguradas de carácter futuro o eventual, no aplica la limitación de eficacia retroactiva, por las siguientes razones, que van más allá de la estricta literalidad de la norma citada. En efecto, si se trata de bienes futuros, entonces el objeto no existe, por lo que los actos de disposición del constituyente, otorgados en el periodo intermedio, serán tan ineficaces como la propia garantía mobiliaria. En el caso de las obligaciones futuras, si existiese limitación a la retroactividad, entonces se produciría la siguiente hipótesis: si A constituye garantía sobre obligación futura o eventual a favor de B, cuya eficacia está supeditada a que se contraiga la obligación, esto es, que se celebre el contrato de crédito (art. 21-3 LGM); y, luego, A transfiere la propiedad del bien a C, entonces la supuesta falta de eficacia de la garantía pre-constituida hace que la adquisición del bien se produzca sin gravámenes, aun cuando luego la obligación se termine constituyendo. Es fácil advertir que esta solución generaría una gravísima inseguridad.

Por tanto, la limitación de la retroactividad no opera en los bienes futuros ni en las obligaciones futuras o eventuales; por lo que solo se aplica para las cosas ajenas, pues, en tal caso, la garantía es absolutamente inoponible al propietario, así como a los actos dispositivos que este haya otorgado en el periodo intermedio. Por otro lado, cuando se trata de bienes muebles futuros (o ajenos) que tienen RJB, entonces se requiere el traslado de la inscripción (art. 32 *in fine* LGM), para efectos formales de concordancia entre la realidad jurídica y el registro, pero no con efectos sustanciales⁷⁹¹.

791 Algunos casos prácticos de esta figura:

Primer caso: A constituye garantía sobre bien futuro a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien nace, y A lo vende a C. En tal caso, el propietario C adquiere la propiedad en forma conjunta con el gravamen.

Segundo caso: A constituye garantía sobre buque futuro a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien nace, y A lo vende a C. Cuando se produce la matriculación de C en el RJB, entonces se traslada simultáneamente la garantía a favor de B, pero en perjuicio de C. Tercer caso: A constituye garantía sobre buque futuro a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien nace, y A lo vende a C. Cuando se produce la matriculación de C en el RJB, entonces debió trasladarse simultáneamente la garantía de B, pero, por un error registral se omite el traslado. En estas circunstancias, el propietario inscrito C vende a D, quien también inscribe en el RJB. ¿Qué pasa con D, adquiere con el gravamen sin publicidad en el RJB, pero sí en el RMC, o no? La solución lógica es reconocer que el tercero adquiere con el gravamen, pues, finalmente, este se encuentra inscrito. El traslado de un registro a otro es un tema formal (“obligación del registrador”), pero no sustancial. En buena cuenta, la falta u omisión de traslado no extingue la garantía inscrita en el RMC. Sin embargo, el reglamento registral parece que opina por la solución contraria, aunque obviamente carece de fuerza normativa para regular la hipótesis: “Entre tanto (antes del traslado), en el RMC la garantía conservará su naturaleza de pre-constituida” (art. 18 *in fine* RIRMC).

Cuarto caso: A constituye garantía sobre bien ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien, que era de propiedad de C, lo adquiere A. En tal caso, el actual propietario A lo adquiere con el gravamen que él mismo había constituido (art. 21-1 LGM), y cuya disposición ha quedado convalidada. En esta hipótesis, “el anterior propietario” C, no ha constituido derecho alguno que sea incompatible con la garantía (art. 22 LGM), por lo que esta surte efecto desde la garantía pre-constituida, subsanada por la adquisición.

Quinto caso: A constituye garantía sobre buque ajeno a favor de B, y se inscribe en RMC; luego, el bien lo adquiere A. Cuando se produce la inscripción de dominio de A en el RJB, entonces se traslada simultáneamente la garantía a favor de B. Los posteriores adquirentes de A en el RJB quedan afectados.

Sexto caso: A constituye garantía sobre buque ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien lo adquiere A, por lo que debió trasladarse simultáneamente la garantía de B, pero puede ocurrir que por error registral se omita el traslado. En estas circunstancias, el propietario inscrito A vende a C, quien también inscribe en el RJB. ¿Qué pasa con C, adquiere con el gravamen sin publicidad en el RJB, pero sí en el RMC, o no? La solución lógica es reconocer que el tercero adquiere con el gravamen, pues, finalmente, este se encuentra inscrito.

Séptimo caso: A constituye garantía sobre bien ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, A nunca adquiere el dominio. En tal caso, el propietario no es afectado en lo absoluto por la garantía ineficaz (art. 21-1 LGM). Mientras no se produzca la adquisición, se trata de una reserva de rango condicionada.

Octavo caso: A constituye garantía sobre buque ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el buque tiene un propietario inscrito en el RJB. La solución de la ley es clara, pues tratándose de un bien mueble ajeno, la eficacia está supeditada a que el constituyente adquiera la propiedad (art. 21-1 LGM). Mientras no se produzca la adquisición, se trata de una reserva de rango condicionada. Sin embargo, en forma contradictoria, el art. 16 RIRMC, sin hacer distinción, dice: “Cuando se inscriba la inmatriculación de un bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, se trasladarán todos los asientos inscritos en el RMC que se vinculen con el bien materia de inscripción, procediéndose a cerrar las partidas existentes en el RMC, previa correlación”. Imagínense la extrañeza

del propietario que observa una partida registral en la que un tercero ha constituido un derecho sobre un bien del que no es propietario, pero que sí enturbia la partida registral. En otras palabras, ¿para qué se inscribe la garantía de A sobre un bien que es ajeno? Se trata de un auténtico salto al vacío.

Noveno caso: A constituye garantía sobre vehículo ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el bien tiene como propietario inscrito en el RJB a C, que lo grava a D. Posteriormente, C lo vende al señor A, quien termina como propietario. En tal supuesto, la garantía se convalida con la adquisición del constituyente A, empero, existe un derecho de tercero (D) otorgado en el periodo intermedio, anterior a la adquisición, por lo que este resulta preferente (art. 22 *in fine* LGM).

Décimo caso: A constituye garantía sobre bien mueble ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el bien tiene como propietario a C, que lo vende a D, quien termina vendiéndolo a A. La garantía de B se convalida, y por virtud de las sucesivas adquisiciones que terminan en A, entonces no existe tercero perjudicado que pueda invocar el art. 22 *in fine* LGM.

Undécimo caso: A constituye garantía sobre todos sus bienes presentes y futuros a favor de B, y se inscribe en el RMC; en tal caso, si el constituyente adquiere sucesivamente bienes muebles excluidos del RJB, entonces no hay necesidad de un asiento registral específico, pues sobre estos bienes no cabe inscribir la propiedad en el RMC. Mientras no se produzca la adquisición, se trata de una reserva de rango condicionada.

Duodécimo caso: A constituye garantía sobre todos sus bienes presentes y futuros a favor de B, y se inscribe en el RMC; en tal caso, si el constituyente adquiere un vehículo, entonces la garantía genérica del RMC debe trasladarse al RJB. En caso de omisión, parece que la solución es la misma que se apuntó: la garantía igual afecta a los terceros adquirentes posteriores, pues, en realidad se encuentra inscrita. Sin embargo, el reglamento registral parece que opina por la solución contraria, aunque obviamente carece de fuerza normativa para regular la hipótesis: "Entre tanto (antes del traslado), en el RMC la garantía conservará su naturaleza de preconstituida" (art. 18 *in fine* RIRMC).

Décimo tercer caso: A constituye garantía sobre todos sus bienes presentes y futuros en favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el bien tiene como propietario inscrito en el RJB a C, que lo grava a D. Posteriormente, C lo vende al señor A, quien termina como propietario, lo que conlleva el automático traslado de la garantía de B. En tal supuesto, la garantía se convalida con la adquisición del constituyente A, empero, existe un derecho de tercero (D) otorgado en el periodo intermedio, anterior a la adquisición, por lo que resulta preferente (art. 22 *in fine* LGM).

Décimo cuarto caso: A constituye garantía sobre obligación futura o eventual a favor de B, cuya eficacia está supeditada hasta que se contraiga la obligación, esto es, que se celebre el contrato de crédito (art. 21-3° LGM). Luego, A constituye garantía a favor de C sobre una obligación presente. ¿Quién tiene preferencia? La respuesta es B, pues la garantía opera en forma retroactiva, con la sola excepción de las cosas ajenas.

Décimo quinto caso: A constituye garantía sobre obligación futura o eventual a favor de B, cuya eficacia está supeditada a que se contraiga la obligación, esto es, que se celebre el contrato de crédito (art. 21-3 LGM). Luego, A transfiere la propiedad del bien a C. Aquí se aplica la eficacia retroactiva, que solo está exceptuada de los bienes ajenos; por tanto, la

3. GARANTÍA MOBILIARIA Y ASPECTOS REGISTRALES (LEY VI-GENTE)

3.1. Registro Mobiliario de Contratos (RMC)

La creación del Registro Mobiliario de Contratos unifica todos los registros prendarios del pasado (agrícola, comercial, industrial, minero, pesquero), lo que, sin duda, constituía una dispersión inconveniente. Por tanto, uno de los puntales de la reforma es otorgar “publicidad” de todo tipo de garantías mobiliarias; aun cuando esa pretensión olvida tener en cuenta un problema ya denunciado en el ámbito de los bienes muebles, pues en ellos el registro, muchas veces, constituye más una rémora, que una ventaja. Por tanto, hubiera sido conveniente mantener un doble régimen de garantías, posesorias y registrales, con la debida coordinación entre ambos.

En todo caso, el actual RMC inscribe las garantías mobiliarias sobre bienes que no tienen un registro jurídico particular, esto es, respecto de muebles fungibles, géneros de bienes o todo el patrimonio de la persona en general, sobre bienes que son difícilmente individualizables (art. 42), lo cual obliga que el registro sea de carácter personal, esto es, que la información se lleve por la persona del deudor, y no por cada bien prendado. Es obvio, pues, que resulta imposible, técnica y económicamente, establecer un registro por cada lapicero, computadora o par de zapatos que circulan en el mercado, lo cual exige un registro personal, esto es, que por cada contrato que celebra un deudor, se proceda a la apertura de una partida registral. El art. 2-20 LGM indica que el RMC es el registro de contratos en el que se inscriben las garantías mobiliarias y demás actos inscribibles sobre bienes muebles no registrados en algún Registro Jurídico de Bienes. En efecto, el art. 32.3 LGM permite la inscripción de una serie de actos sobre bienes muebles, distintos de la garantía mobiliaria, tales como: cesión de derechos, fideicomisos, arrendamiento, arrendamiento financiero, medidas cautelares, preparatorios, etc.⁷⁹².

garantía se retrotrae a la fecha de la inscripción primigenia (art. 22, 2º LGM), por lo que el tercero C lo adquiere gravado, si es que, finalmente, se otorga el crédito.

792 Examinemos algunos casos problemáticos de actos inscribibles en el RMC distintos a la GM:

La partida del registro se abre por cada negocio de garantía mobiliaria (art. 42 LGM; art. 11 RIRMC), y en el cual, sucesivamente, se inscriben las distintas vicisitudes que sufra dicho acto, entre ellas, las modificaciones, ampliaciones y extinciones de la garantía (art. 11 RIRMC). Cabe preguntarse, el RMC ¿es de folio personal? Un sector doctrinal, y la propia jurisprudencia,

- a) En el caso de la cesión de créditos individuales se demostró que un sistema de publicidad registral no es justificado, si lo comparamos con el simple requisito de la notificación del deudor cedido. La razón es sencilla: ¡no puede exigirse que cada pago implique “la verificación en el RMC” de una eventual cesión del crédito!
- b) En el arrendamiento de muebles? Bien podría pensarse que la inscripción permitirá que el arrendatario quede protegido en el caso de producirse una transferencia a tercero (art. 1708 CC); empero, pongámonos a pensar en los inconvenientes que se generan con esta norma, pues ahora todo adquirente de un bien mueble “deberá consultar en el RMC para descartar la inscripción de un contrato de arrendamiento”. Por tanto, el comprador de una computadora, de una máquina o de un libro deberá ir primero al RMC, pues en caso contrario puede darse con la desagradable sorpresa que ese mismo bien ya estaba arrendado ¡y por diez años! ¿De algo le valdrá al “propietario” una computadora sobre la que carece de uso por el plazo del arrendamiento? Lo mismo ocurre con el arrendamiento financiero, con el agravante de que este contrato ya es inscribible en la partida registral de la sociedad arrendataria, y, sin embargo, en la práctica no se han presentado inscripciones de ese tipo, lo cual demuestra que se trata de una inscripción superflua o inútil. Así lo dice la experiencia de cerca de cuarenta años de vigencia del D.L. 299, que regula en nuestro país el contrato de arrendamiento financiero.
- c) Sin embargo, el caso más perjudicial se presenta con las medidas cautelares sobre bienes muebles. Hasta ahora solo bastó la afectación del bien a través de un secuestro (con desposesión) o de un embargo. Lamentablemente, la LGM exigirá un requisito adicional: la inscripción, sin que esta se justifique bajo ningún punto de vista. En efecto, si el acreedor ya cuenta con la posesión del bien, entonces la inscripción es un simple formalismo sin utilidad (pero costoso); en cambio, si el acreedor no cuenta con la posesión, pero sí con la inscripción, su situación jurídica no ha mejorado en lo absoluto, pues a falta del bien, le resulta imposible ejecutarlo o venderlo. La inscripción, en cualquiera de las dos hipótesis, deviene en superflua. Empero, el requisito debería cumplirse, pues, en caso contrario, el acreedor embargante podría ser fácilmente burlado. Por ejemplo: se embarga (o se secuestra) un determinado bien mueble, pero el acreedor omite la inscripción; en tal caso, existe la posibilidad de que se constituya garantía sobre ese mismo bien y se inscriba, con lo que el acreedor inscrito tendrá preferencia (art. 17 LGM) sobre el acreedor embargante con posesión. Los deudores maliciosos tendrán ahora una nueva alternativa para eludir el cumplimiento de su obligación. Para evitar ese riesgo, todos los acreedores embargantes deberán inscribir la afectación judicial en el RMC, aun cuando de lo que se trate no pase de ser un televisor y un par de sillas. El resultado es que, en lugar de tutelar en forma más efectiva el crédito y simplificar los trámites de la ejecución judicial, ahora estos serán más complicados y onerosos.

dencia registral, habla del llamado “folio causal o contractual”. La razón de ello estaría en que la hoja del registro no se abre por persona, lo que debería agrupar todas las garantías otorgadas por el sujeto, sino por “acto causal”, de donde proviene el concepto y el nombre. En nuestra opinión, el nuevo término no aporta nada, pues si bien la partida se abre por efecto del negocio jurídico, sin embargo, el criterio decisivo sigue siendo el sujeto constituyente, por lo que se trata, en realidad, de un registro personal, y no causal, solo que, de carácter relativo, pues en el folio no se agrupan todos los actos del sujeto, sino un grupo de esos actos relacionados con un negocio particular. Por lo demás, la razón de ser del RMC se basa en el carácter personal de la información del registro, pues de esa forma el mercado puede conocer de manera sencilla la situación patrimonial del potencial sujeto de crédito, en el entendido de comprobar los bienes muebles sobre los que ya constituyó garantía. Siendo así, se trata claramente de un registro personal. En consecuencia, el RMC es uno de folio personal-relativo, en el que la hoja inscribe un contrato de garantía otorgado por determinado sujeto, y si este constituye otra garantía, entoces se abre una nueva hoja, y así sucesivamente. No se trata, por tanto, de folio personal-general, pues, en este último caso, cada hoja agruparía todas las garantías constituidas por un sujeto durante su existencia.

3.2. Registros Jurídicos de Bienes (RJB)

Los Registros Jurídicos de Bienes agrupan los de ciertos muebles caracterizados por su individualización y no-fungibilidad, lo cual permite establecer un sistema de publicidad sobre el bien mismo, que contiene todo su historial jurídico, con efectos de persecución y preferencia (art. 2.19 LGM). En estos registros, la información se concentra y organiza por cada bien específico (folio real), en el que se conocen las transferencias de propiedad, gravámenes, afectaciones, embargos, etc. Cómo es lógico suponer, solo algunos bienes muebles cumplen estas características, por ende, son pocos los registros jurídicos de bienes que se organizan en base del folio real. Entre ellos, el registro vehicular, de buques, de embarcaciones, de aeronaves, y los de propiedad industrial e intelectual. Por su parte, el art. 2, incisos 19) y 20) LGM permiten inferir que el RMC y el RJB son independientes entre

sí, esto es, lo que se inscribe en uno, pues no se inscribe en el otro, salvo excepciones concretas.

Los RJB se caracterizan por la apertura de una partida registral por cada bien mueble específico, por lo que se trata de registros alineados con el principio de folio real, pues en ellos se concentra todo el historial jurídico del objeto, es decir, no solo los gravámenes y afectaciones, sino también la propiedad y los distintos cambios que sufre este derecho (art. 2-20 LGM; art. 13 RIRMC). Sin embargo, las normas específicas sobre la técnica registral de cada uno de los RJB se encuentran en las leyes que lo regulan, sea el caso del Registro de Buques, de Embarcaciones Pesqueras, de Aeronaves; o las de propiedad industrial o intelectual. La LGM no contiene reglas específicas sobre los alcances, organización y funcionamiento de cada uno de los RJB.

3.3. Vinculación entre RMC y RJB

En teoría, el Registro Jurídico de Bienes (RJB) contiene todos los actos que recaen sobre aquellos bienes que cuentan con un registro específico. En el caso de SUNARP, se refiere a los buques, embarcaciones pesqueras, aeronaves y vehículos. Nada más. En el caso de INDECOPI, se refiere a los derechos de propiedad intelectual o los de propiedad industrial. Por ejemplo, tratándose de un vehículo, la consulta de los derechos se hará de manera simple con la revisión de la hoja registral correspondiente a dicho bien. Ningún acto de un vehículo, que tiene su propio RJB, debería inscribirse en el RMC, en tanto de esta manera se respeta el principio de especialidad y la unidad de la inscripción. El art. 2-20 LGM señala con toda claridad que el RMC recibe las garantías mobiliarias y demás actos inscribibles referentes a bienes muebles no registrados en cualquier RJB. En sentido contrario, si el bien mueble cuenta con su propio y particular RJB, entonces los actos de tal bien se inscriben exclusivamente en ese registro.

¿Cuál es la única excepción de este rígido principio de especialidad y demarcación entre ambos registros? El art. 32 *in fine* trae la respuesta: “Los actos inscribibles referidos a bienes muebles futuros serán inscritos en el RMC y permanecerán allí luego de que dejen de serlo, a excepción de los bienes muebles ciertos que deban ser registrados en un RJB, cuyos actos ya inscritos serán trasladados al registro correspondiente”. Por tanto, solo en

el caso de bienes muebles futuros, es posible que un acto jurídico referido a un bien con registro particular pueda inscribirse en el RMC. Sin embargo, recuérdese que la LGM permite la constitución de garantías sobre todo el patrimonio del deudor, presente y futuro (art. 4), en el que se hace una mención extensiva del término “futuro”, pero que fundamentalmente comprende los bienes que todavía no han ingresado al patrimonio del deudor (futuros subjetivos), a lo que más propiamente podrían llamarse “ajenos”; que es una categoría distinta de los objetos que carecen de existencia física o individualidad jurídica (futuros objetivos). Pues bien, una interpretación extensiva, pero razonable a tenor de la sistemática de la ley, permite deducir que tanto los bienes futuros en sentido técnico, como los ajenos, pueden ser inscritos en el RMC, a pesar de que el bien cuente con un RJB⁷⁹³.

3.4. Límites a la eficacia registral en los bienes muebles

La situación jurídica de los muebles, por su natural fungibilidad y facilidad de ocultación, no necesariamente calza con la protección que dispensa el registro, pues, en muchas ocasiones, el acreedor cuenta con más seguridad con la posesión, mientras el registro no agrega valor agregado⁷⁹⁴.

793 Sin embargo, la interpretación registral considera que un vehículo con póliza de importación es “bien futuro”, cuando claramente se trata de un bien mueble presente, pues tiene realidad física, e incluso soportó un viaje por buque, se le importó, pasó por aduanas y, finalmente, se nacionalizó, solo que no está inscrito en el registro. Es lo mismo que pasa con un predio que no ha sido matriculado. La misma situación se presenta en el caso de los buques, pues el Reglamento de Inscripciones de Buques, Embarcaciones Pesqueras y Naves, señala que los contratos de arrendamiento de buque extranjero, cuando permitan la primera inscripción, se derivan al RMC, y no al RJB. La pregunta es: ¿acaso un buque que lleva bandera peruana por virtud del contrato de arrendamiento que ha celebrado el naviero nacional con un arrendador extranjero, es bien futuro o ajeno? La solución es clara: son bienes presentes, pero no inscritos en el registro peruano, por lo que debería matricularse en el RJB.

794 En los siguientes casos se aprecian los límites de la eficacia registral:
Primer Caso: Un deudor requiere financiamiento y constituye garantía sobre sus propios créditos (por ejemplo: facturas por cobrar). Según el sistema anterior, esa garantía se perfeccionaba con la notificación dirigida al deudor cedido, con el fin de que realice el pago al nuevo acreedor o cesionario. En el nuevo sistema, por el contrario, la garantía sobre créditos requiere del registro para su plena oponibilidad, y ya no de la notificación al deudor cedido. El art. 27 LGM establece, incluso, que la preferencia la tiene el registro sobre la notificación; en consecuencia, puede ocurrir que el deudor cedido no tome conocimiento que su acreedor cedió el crédito en garantía, sin embargo, se vea obligado

al doble pago. Alguien dirá que en el tráfico patrimonial es necesaria la diligencia, sin embargo, ¿a qué costo?, ¿será posible exigir que cada deudor verifique el registro con el objetivo de descartar que el acreedor haya constituido una garantía sobre ese crédito? Por ejemplo, si yo tengo una factura de una Compañía minera por US \$ 100,000 o 200,000, será muy fácil cobrar el crédito, y luego un nuevo acreedor podría aparecer con una "garantía inscrita" sobre el mismo crédito; en tal caso, la Compañía minera debería realizar un segundo pago, pues *"no respetó la garantía que es oponible por efecto del registro"*. El fraude está incentivado por la ley. ¿A alguien puede ocurrírsele que un crédito se convierta en garantía sin que el deudor conozca en forma indubitable la situación?, ¿es admisible que el registro sea preferido a la notificación?, ¿es posible construir un sistema patrimonial en donde los millones de pagos diarios deban consultarse al registro con el fin de evitar que ese crédito *"se haya otorgado en garantía"*? La LGM, en su afán dogmático de privilegiar el registro, ha generado un sistema cuestionable cuando se trata de créditos individuales. Aquí, la debilidad de la preferencia registral salta a la vista, pues, en este caso, el único obligado es el deudor; por tanto, la única oponibilidad exigible debe dirigirse contra este. En tal sentido, la notificación juega un rol relevante para informar directamente al deudor respecto de la nueva situación. El registro, en cambio, resulta un requisito superfluo, y especialmente peligroso en tales hipótesis, por cuanto no existen "terceros interesados" en el crédito; pues, el único interesado es el deudor. Si ello es así, ¿para qué inscribir la garantía sobre el crédito en un registro público, cuando al único sujeto afectado es el deudor? Si el crédito es un derecho relativo, que vincula exclusivamente al obligado, entonces se comprenderá que el registro no cumple función alguna de utilidad, y más bien se constituye en el mecanismo perfecto para realizar maquinaciones dolosas. Distinta hipótesis se produce con los créditos cedidos en masa ("garantía de flujos de caja de una empresa, de todos sus créditos en global"), pues en tal particular situación el acreedor necesita un mecanismo general para obtener prelación frente a los otros acreedores comunes.

Segundo Caso: El art. 4-6 LGM señala que se puede dar en garantía mobiliaria el saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en Bancos u otras entidades financieras. Por tanto, los cientos de miles de cuentas que administran los Bancos de sus clientes son susceptibles de otorgarse en garantía específica, o, incluso, a través de una garantía genérica, que grava todos los bienes futuros y presentes del deudor (como lo permite el art. 4 LGM). Pues bien, como la garantía se constituye con el registro, y no con la notificación del deudor cedido, entonces el saldo de la cuenta bancaria se encontrará sujeto a la garantía mobiliaria, y el Banco deberá retener los fondos a favor del acreedor, o realizar el pago directamente en su favor. Si no lo hace, el Banco quedaría expuesto al doble pago. ¿Será posible que los Bancos puedan verificar a cada momento la existencia de garantías mobiliarias de todos sus clientes?

Tercer Caso: También son susceptibles de otorgarse en garantía las pólizas de seguro (art. 4-13 LGM), lo que implica, en realidad, que el aseguramiento recae sobre el crédito (eventual) que deba pagar la Compañía de Seguros en el caso que se produzca el siniestro. Esta garantía sobre créditos tiene el mismo inconveniente ya denunciado, que consiste en la oponibilidad registral exorbitante (arts. 17, 27 LGM), lo que, en la práctica, exigiría que las Compañías, antes de pagar una indemnización, deban verificar la posible inscripción de la garantía. Por lo demás, ya hemos dicho que el registro no se justifica en estos casos, pues dicha institución está pensada para un universo de terceros que pueden

estar interesados en las titularidades, sin embargo, en el caso de los créditos, el único interesado es el deudor cedido. Ahora bien, un lector prevenido podrá advertir que en el momento de constituirse un crédito, se puede prohibir la cesión, incluso en garantía (*pactum de non cedendo*), con lo cual se eliminan de raíz los riesgos de inseguridad en el caso de los saldos de cuentas bancarias, pólizas de seguros y demás créditos (art. 27 *in fine* LGM). Sin embargo, esta solución tiene el inconveniente de recurrir al pacto privado para salvar una reforma legal cuestionable. Las normas legales en el ámbito de la contratación tienen como finalidad descartar los negocios y cláusulas injustificadas, y especialmente regular en forma racional las omisiones o deficiencias de las partes. Pues bien, aquí, por el contrario, serán los particulares quienes deberán salvar los defectos de la ley, a través del pacto privado. Por otro lado, si la intención de la ley es fomentar el acceso al crédito, y que los deudores puedan contar con toda una gama de activos susceptibles de pignoración, entonces el esquema legal resulta contradictorio, pues crea una insegura garantía de créditos.

Cuarto Caso: Las acciones de sociedad anónima son objeto de garantía mobiliaria (art. 4-8 LGM), por lo que la afectación puede inscribirse en el registro. La ley, además, ha derogado todas las normas referidas a la prenda sobre acciones (6° DF LGM). Esta situación implica que la plena oponibilidad de esta garantía necesita de la inscripción en un registro público, lo que contraviene la naturaleza reservada de las acciones de sociedad anónima. En tal sentido, también habría de suponer que esta inscripción es necesaria, incluso, en el caso de las acciones de sociedades cotizadas en Bolsa, por cuanto "*han quedado derogadas las normas sobre prenda de acciones*". Esta situación puede prestarse a múltiples fraudes, pues el registro público no controla la titularidad de las acciones, por lo que cualquier persona sin derecho podría inscribir la garantía. En la práctica, el acreedor deberá exigir una certificación de la sociedad emisora, salvo que se trate de acciones representadas por anotaciones en cuenta, con lo cual se regresa al sistema anterior que necesita la intervención de la propia sociedad a través del libro matrícula de acciones. Una vez más se advierte que la inscripción en un registro público no es la mejor opción de oponibilidad en una serie de bienes muebles, incluyendo el supuesto de las acciones, por cuanto en este caso es preferible una certificación de la sociedad emisora.

Quinto Caso: El art. 18 LGM señala que la garantía mobiliaria sobre títulos valores se constituye de acuerdo con la ley de la materia, lo que obviamente implica reconocer la necesidad de una afectación meramente posesoria, y no registral. Sin embargo, el RIR-MC ha aprobado formatos de constitución de garantía en los que se incluyen los títulos valores, lo que, sin duda, contraviene la ley. Por tanto, y al margen de lo que diga un reglamento registral, la garantía sobre títulos valores se rige por la ley de la materia y, subsidiariamente, por la LGM.

Sexto Caso: La garantía sobre dinero no está indicada en la lista del art. 4, pero sí se le menciona en el art. 47 *in fine* de la ley. Una vez más, aquí será exigible la inscripción registral, aun cuando el dinero, objeto de la garantía, se encuentre en posesión del acreedor. Los inconvenientes de esta solución son notorios, pues, no existe mejor aseguramiento de una obligación, que contar con la posesión de un bien ultra-fungible, como el dinero, empero, ahora la situación será diferente, pues se necesitará un gasto superfluo.

Séptimo caso: La propia ley reconoce la fortaleza de la posesión en los warrants o títulos valores que representan bienes depositados en almacenes generales, que son dados en

3.5. Calificación registral

La LGM parece contar, entre sus ventajas, con la instauración de un sistema de calificación restringido o atenuado (art. 36). Sin embargo, esta perspectiva es errónea, pues la calificación registral siempre es limitada, pues siempre se trata de un examen estrictamente técnico-jurídico referente al cumplimiento de algunos requisitos impuestos por ley para acceder a la publicidad. En puridad, se trata de un juicio negativo (verificación de faltas puntuales que hacen no-inscribible el título), antes que un juicio positivo (sobre la legalidad o validez absoluta del título)⁷⁹⁵. La naturaleza limitada de la calificación es impuesta por dos motivos: Primero, se basa en documento fehaciente, que en principio es el único fundamento de la inscripción; Segundo, el registrador actúa en un procedimiento en el que solamente verifica un documento, sin actuación libre de pruebas, sin valoración de la prueba, sin citación de otra parte, sin audiencia ni contradictorio, sin declaraciones ni testigos, sin analizar intenciones, buena fe o subjetividades. Por tanto, la calificación, por los propios presupuestos técnicos que la sustentan, es restringida. Por tanto, el art. 36 no innova nada, y se limita a repetir los estrechos alcances de la calificación que ya están fijados en el art. 2011 CC. Otra cosa es que exista una costumbre muy difundida de excesos en la calificación registral, pero esa “costumbre” se elimina con capacitación e información a los operadores del sistema, y no con modificaciones legislativas.

garantía. El warrant está excluido de la LGM, pero en caso de conflicto cuando un mismo bien mueble es afectado en garantía y, adicionalmente, es objeto de warrant, entonces la preferencia la obtiene este último, aun cuando la emisión del título sea posterior a la inscripción (2° DT LGM). La opinión de algún autor sobre el error de esta solución no puede compartirse. En efecto, se dice que la primacía del warrant podría originar que, incluso, la garantía de un vehículo inscrito en el RJB sea pospuesta por el título valor de la garantía. La atingencia no es correcta, pues el art. 228.2 de la ley de títulos valores señala que no se puede emitir warrant sobre bienes sujetos a un registro público. En consecuencia, la preferencia del warrant solo aplica respecto de los bienes cuya garantía consta en el RMC, pero no sobre muebles del RJB, pues con relación a estos ni siquiera cabe la emisión del título valor, y si se emite el título no es válido.

⁷⁹⁵ Por eso, este principio registral debe llamarse de “calificación” (art. 2011 CC), no de “legalidad”, pues esto último ha llevado a la errónea conclusión de que el registrador “puede calificar toda la legalidad del título”.

El RIRMC aumenta el caos, pues señala que la “calificación atenuada” se produce cuando la solicitud se basa en el formulario de inscripción; pero es “calificación plena” cuando se refiera a instrumentos distintos al formulario, o se trate de resoluciones judiciales o administrativas (arts. 44 a 46). Sobre el particular, en primer lugar, debe reiterarse que no existe una y otra calificación, pues el examen del registrador siempre está restringido al instrumento que se presenta al registro. En segundo lugar, una sentencia judicial, que genera cosa juzgada y vincula al registro, ¿cómo puede ser objeto de calificación plena?, ¿el registrador puede calificar realmente la sentencia? La respuesta es obviamente negativa. En tercer lugar, un formulario, sobre el que se llena los espacios en blanco, ¿tiene más eficacia probatoria que una sentencia en un proceso contencioso? Pareciera que sí, pues uno casi no se califica; mientras el otro debe ser escudriñado y escrutado desde todos los ángulos.

Por otro lado, llama la atención la distinción que se realiza entre el “acto inscribible” (formulario de inscripción) y el “acto constitutivo de la garantía” (acto jurídico creador de la garantía), con lo que se pretende crear una disociación entre el documento que llega al registro, un formulario, y el acto jurídico que lo sustenta (art. 36, 2º párrafo, LGM). Sin embargo, como el formulario no ha operado en la práctica, entonces resulta inscribible en forma directa el acto jurídico a través del instrumento notarial. Otra norma peligrosa, vinculada con la anterior, es el art. 40 LGM, que ha pretendido, sin éxito, privilegiar la inscripción frente al título archivado.

3.6. Adquisición a non domino por efecto del registro

El presupuesto de todo acto de enajenación es que el otorgante sea el propietario, lo que también ocurre con el constituyente de la garantía mobiliaria, sin embargo, siempre es posible que no lo sea. En tal caso, la regla general, cómo no podía ser de otra forma, es que el propietario no se afecta por la garantía otorgada por tercero. Esta es una aplicación estricta del respeto por la autonomía privada y la propiedad de los particulares, consagrada en el antiguo adagio *Nemo Plus Iuris* (Nadie puede transmitir más derecho del que tiene). Así consta en el art. 24, 1º LGM. Sin embargo, existen algunas excepciones que protegen la apariencia de quien cuenta con un título de propiedad inscrito o es poseedor legítimo (art. 24, 2º párrafo LGM).

El primer caso aplica en los RJB, que se caracterizan porque el otorgante es el propietario del bien mueble, por lo que se trata de un supuesto concreto y específico del principio de fe pública registral (art. 2014 CC), por lo que deberán cumplirse los requisitos de esta norma excepcional de tutela: tercero de buena fe, título oneroso, garantía otorgada por quien aparece en el registro con facultades para otorgarla, inscripción de la garantía en el RJB, y que no consten causas de contradicción en el propio contenido del registro.

El segundo caso aplica en el RMC, y solo opera para el “poseedor legítimo”, esto es, para el constituyente de la garantía que cuenta con un título fehaciente de propiedad sobre el bien (“legítimo”) y con la posesión, en los casos que no exista un registro que acredite la propiedad, entonces será tutelado el adquirente de la garantía de buena fe. Esta norma se relaciona con el art. 948 CC, de adquisición a *non domino* de bienes muebles, sin embargo, la LGM es notoriamente más restrictiva que el Código Civil, pues exige la “posesión legítima” del constituyente, por lo que la protección se circunscribe a hipótesis concretas, en las que el sujeto que otorga la garantía tiene a su favor una apariencia muy fuerte de propiedad basada en un título (heredero aparente, propietario supuesto cuyo título fue anulado). No le basta contar con la posesión, aunque tenga un título legítimo de arrendamiento o comodato, pues, en tal caso, no es “poseedor legítimo” que esté formalmente autorizado a disponer del derecho.

4. EJECUCIÓN

Un problema real e innegable es la demora de los procesos judiciales, y la consiguiente insatisfacción que este hecho produce en el sistema crediticio. Empero, esa circunstancia no es responsabilidad del Código Civil, y en su momento deberá ser corregida, en forma integral, con la reforma del proceso civil. En tal sentido, la LGM tampoco constituye un remedio de los males del servicio de justicia, pues resulta improbable que sus innovaciones sean eficaces:

Primero, se establece la “toma de posesión” por propia autoridad del acreedor (art. 51), lo cual obviamente ocurrirá en los contados casos en los que exista voluntariedad del deudor a favor de esa entrega, pero que nor-

malmente no se producirá cuando exista oposición; en todo caso, si hay voluntad del deudor para entregar el bien, entonces la norma es simplemente innecesaria. Por tal motivo, la toma de posesión “notarial” ha devenido absolutamente ineficaz.

Segundo, se establece un procedimiento sencillo de incautación del bien (art. 52), pero, no tiene sentido en duplicar los procesos: uno de incautación, y, otro, de ejecución. En realidad, el primero debió ser una medida cautelar del segundo, que incluso debería ejecutarse en forma previa.

Tercero, se introduce la posibilidad de estipular el pacto comisorio, pero se olvida que esta es una atribución de propiedad por acto privado del acreedor (art. 53), y que siempre es susceptible de impugnación judicial, en tanto no exista cosa juzgada. Por tal razón, la controversia judicial podría trasladarse de la ejecución de la garantía (que ya no sería necesaria) hacia una discusión sobre la validez de la atribución de dominio, con lo cual el conflicto se mantiene, y solo se cambia de pretensión. El problema se agrava cuando el deudor renuente oculte el bien, y, este no sea entregado al acreedor o nuevo propietario en virtud de la ejecución del pacto.

Cuarto, se ratifica la posibilidad de la venta extrajudicial del bien mueble con el fin de hacer efectiva la ejecución. El art. 47 establece un procedimiento extrajudicial supletorio, pues finalmente las partes pueden pactar la forma de ejecución, pero respetando las reglas de los incisos 2) y 4). Llama la atención, sin embargo, que la ejecución judicial sea “excepcional y requiera de pacto”. Demás está decir que la norma no puede interpretarse en forma literal, pues el acceso a la justicia es un derecho fundamental que no puede ser “objeto de pacto” para recién activarse.

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

5TA EDICIÓN

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
En los talleres gráficos de JURISTA EDITORES,
Petit Thouars N° 1207 - Lima
En el mes de enero 2022

