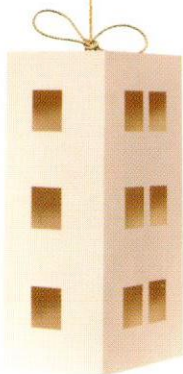


Mario
Castillo
Freyre



La **Transferencia**
de **Propiedad**
Inmueble en el Perú
y la **Seguridad**
Jurídica



Con la colaboración de
Verónica Rosas Berastain



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mario Castillo Freyre (1964) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Catedrático de Obligaciones y Contratos en dicha Universidad, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. Es abogado en ejercicio en el Estudio que lleva su nombre.

MARIO CASTILLO FREYRE

Con la colaboración de
VERÓNICA ROSAS BERASTAIN

LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD
INMUEBLE EN EL PERÚ Y LA
SEGURIDAD JURÍDICA



LIMA, 2007

LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERÚ Y
LA SEGURIDAD JURÍDICA

Mario Castillo Freyre

Primera edición: agosto 2007

*Queda prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra sin el consentimiento expreso de su
autor.*

*Este libro ha sido publicado con el auspicio del Colegio de Notarios de
Lima y del Estudio Mario Castillo Freyre.*

© Copyright : MARIO CASTILLO FREYRE
© Copyright 2007 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 Lima 18 - Perú
Telf. (511) 243-6664
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos

Diagramación: José Luis Huarcaya Camargo

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2007-00951

ISBN: 978-9972-224-43-0

Proyecto editorial N.º 31501220700224

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

280

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| Índice | 5 |
| Palabras liminares | 7 |
| 1. El sistema de derechos de propiedad: | |
| Una mirada económica | 11 |
| 2. Importancia del sistema de adquisición de propiedad: Algo de historia | |
| 2.1. La transferencia de propiedad en el Derecho francés | 21 |
| 2.2. La transferencia de propiedad en el Derecho peruano | 26 |
| 2.2.1. Código Civil de 1852 | 26 |
| 2.2.2. Código Civil de 1936 | 27 |

| | |
|--|------------|
| 2.2.3. Código Civil de 1984 | 29 |
| 2.2.4. A manera de síntesis | 32 |
| 3. ¿Registro constitutivo? | |
| 3.1. La búsqueda de seguridad: Importancia de la publicidad registral | 34 |
| 3.2. ¿Conviene cambiar nuestro actual sistema de transferencia de propiedad? | 40 |
| 3.2.1. ¿Una propuesta novedosa? | 44 |
| 3.2.2. El Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984 | 56 |
| 3.2.2.1. Los bienes y su clasificación | 57 |
| 3.2.2.2. Transferencia de propiedad: ¿Registro constitutivo para los bienes registrados?, ¿y dónde queda la realidad? | 62 |
| 4. Formalizando la propiedad informal: | |
| El rumbo natural y deseado de las cosas | 75 |
| 4.1. La tesis de Hernando de Soto | 76 |
| 4.2. ¿Dónde estamos y hacia dónde vamos? | 85 |
| 4.2.1. COFOPRI | 88 |
| 4.2.2. Por buen camino | 92 |
| 4.2.3. Algunos comentarios finales | 104 |
| 5. A modo de conclusión | 108 |
| Bibliografía | 115 |

PALABRAS LIMINARES

El libro que ha dado lugar a la mayor cantidad de críticas recibidas por el Código Civil Peruano de 1984 es el de Derechos Reales, destacando en su contenido el tema del derecho de propiedad y el de las garantías reales.

En este trabajo buscamos estudiar el primero de los temas mencionados, el cual, pese a la polémica que ha generado, no ha recibido un tratamiento doctrinal igual de intenso. A diferencia de lo que ha ocurrido respecto de los libros de Acto Jurídico, Obligaciones o Fuentes de las Obligaciones del Código Civil, son escasos los trabajos que se han realizado en el Perú en torno al derecho de propiedad.

Somos conscientes de la riqueza conceptual y práctica que posee el tema del sistema de propiedad, no obstante lo cual consideramos que el principal cuestionamiento que se

puede hacer se centra en la seguridad que el mismo ofrece o que, en todo caso, debería ofrecer.

Un sistema de propiedad debe otorgar certidumbre al titular, lo que en palabras simples significa que la propiedad de la que goza debe ser una propiedad segura. Quien es propietario debe ser protegido por el sistema, de modo tal que no pueda ser despojado de su derecho.

Pero esa seguridad no debe circunscribirse únicamente al titular del derecho, sino que también debe extenderse a los terceros, pues ello garantizará que las transacciones se desenvuelvan de manera idónea y, por ende, que se produzca el intercambio de bienes y circule la riqueza.

Una revisión de nuestro ordenamiento jurídico nos permitirá afirmar que pese a sus defectos, nuestro sistema protege al titular y también a los terceros.

Es cierto que en materia de transferencia de propiedad inmobiliaria, la seguridad que concede nuestro sistema (que ha seguido el modelo espiritualista francés) ofrece menos garantías que los modelos en los cuales se exige la inscripción registral para transmitir el derecho; sin embargo, no debemos olvidar que durante años este sistema ha servido al Perú por adaptarse mejor a nuestra realidad.

A lo largo de nuestro trabajo estudiaremos la conveniencia o inconveniencia de modificar hoy en día nuestro sistema de transferencia de propiedad. Con este objetivo, revisaremos algunas de las nociones más importantes vinculadas al derecho de propiedad.

Luego, nos avocaremos al estudio del sistema de transferencia de propiedad inmueble, analizando críticamente las propuestas de modificación que, partiendo de la clasifi-

cación de los bienes en registrados y no registrados, se plantea instaurar desde hace varios años.

Antes de concluir estas palabras, deseo agradecer la valiosa colaboración brindada para la realización de este trabajo por Verónica Rosas Berastain, quien al momento en que hicimos esta investigación (en el año 2005) era practicante de mi Estudio y hoy es abogada del mismo.

Lima, marzo del 2007

Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

1. EL SISTEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD: UNA MIRADA ECONÓMICA

No hay duda de que uno de los ejes sobre los cuales se sustenta todo sistema jurídico es el sistema de derechos de propiedad que, junto con el sistema contractual y el de responsabilidad extracontractual, permite no sólo la convivencia pacífica sino también el progreso económico de las sociedades, al incentivar la creación y circulación de la riqueza.

En términos económicos, la importancia de la propiedad obedece a que la misma permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos¹ para que el titular de

¹ En tal sentido, Sergio Salinas Rivas comenta que la definición de los derechos de propiedad es lo que finalmente hace que los individuos optimicen la inversión en la conservación y explotación de un bien, pues permite concentrar en un solo individuo los beneficios y costos derivados de dicha inversión.

un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del propio bien.²

No cabe duda de que un sistema de propiedad cumple un papel relevante en el desarrollo económico de cualquier país.

«El sistema de propiedad vigente en una sociedad es el conjunto de especificaciones socialmente sancionadas —en tal medida, un sistema institucional—, diseñadas como un mecanismo para determinar la asignación de los recursos escasos entre los miembros de una comunidad».³

Es así pues que la propiedad —como comenta De Soto— no es un simple papel, sino también una herramienta mediadora que captura y almacena la mayoría del material requerido para lograr que la economía de mercado fluya.⁴

Las funciones a las que está llamado a cumplir un sistema de derechos de propiedad presuponen —como bien anota Torres López— que el mismo cuente con tres características:⁵

- Universalidad; todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que por su abundancia puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás.

(SALINAS RIVAS, Sergio. «Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico». En: *Ius et Veritas*, año VIII, n.º 14, junio 1997, p. 216).

² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «La propiedad inconclusa». En: *Ius et Veritas*, año XIV, n.º 29, p. 100.

³ SALINAS RIVAS, Sergio. «Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico». *Op. cit.*, p. 217.

⁴ DE SOTO, Hernando. «La ley y la propiedad fuera de Occidente: Algunas ideas para combatir la pobreza». En: *Thémis*, n.º 48, julio 2004, p. 18.

⁵ Citado por BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». En: *Derecho y Economía*. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2003, pp. 148 y 149.

- Exclusividad; lo que significa que el sistema debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Los derechos de propiedad únicamente aparecen, entonces, cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.

Bullard destaca que este rasgo no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter *erga omnes*, es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien.⁶

- Transferibilidad; se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

Partiendo de estas características De Soto define a los derechos de propiedad como aquellos, tanto personales como reales, que reconocen a sus titulares la enajenabilidad y la exclusividad sobre los mismos; es decir, la potestad de disponer libremente de ellos y la posibilidad de utilizarlos con exclusión de todos los demás o disfrutarlos libremente.⁷

⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». *Op. cit.*, p. 149.

⁷ DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1987, p. 204.

Si revisamos el Código Civil peruano de 1984 podemos percatarnos de que, en menor medida de la deseada, esas tres características se encuentran presentes en nuestro sistema de propiedad.

Veamos:

· **Derecho de propiedad: Atribuciones**

Artículo 923.— «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

· **Concurrencia de acreedores de bien inmueble**

Artículo 1135.— «Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».

· **Principio de buena fe registral**

Artículo 2014.— «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, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro».

· **Principio de prioridad**

Artículo 2016.— «La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro».

· **Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos**

Artículo 2022.— «Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común».

Como puede inferirse de la lectura de las normas transcritas, nuestro ordenamiento jurídico reconoce como característica a la exclusión, además de designar al registro como signo de cognoscibilidad, concediéndole, también, el mérito de que el derecho inscrito otorgue a su titular exclusión absoluta frente a terceros.

Ahora bien, un buen sistema de propiedad, señala De Soto, coloca los bienes de forma tal que nos permite distinguir sus similitudes, diferencias y puntos de conexión con los otros bienes. Los arregla en representaciones que el sistema rastrea conforme viajan en el tiempo y el espacio. Adicionalmente, permite que se conviertan en bienes fungibles, representándolos en nuestras mentes para poder combinarlos, dividirlos y movilizarlos fácilmente a fin de producir mayores valores mixtos.⁸ De allí que sostenga que denegar los derechos de propiedad no sólo deprime el crecimiento económico, sino también el capitalismo popular.⁹

⁸ DE SOTO, Hernando. «La ley y la propiedad fuera de Occidente: Algunas ideas para combatir la pobreza». *Op. cit.*, p. 17.

⁹ De Soto ha desarrollado sus ideas en su reconocido libro *El Misterio del Capital*, en el cual los derechos de propiedad formal son tomados como el centro del desarrollo económico. En dicho trabajo, entre otras cosas, señala lo siguiente:

En Occidente, el sistema de propiedad formal empieza a transformar activos en capital mediante la descripción y organización de los aspectos social y económicamente más útiles de los activos, preservando esta información en un sistema de registro —escrita en un libro mayor o como un impulso electrónico en el disco de la computadora— que luego se incorpora en un título.

Todo este proceso está regido por un conjunto de normas legales detalladas y precisas, de modo que los registros y títulos formales de propiedad representan y recogen nuestras coincidencias acerca de qué es lo económicamente relevante en cualquier activo. Ellos capturan y organizan toda la información pertinente que se necesita para concebir el valor potencial de un activo y eso nos permite controlarlo.

Cualquier activo cuyos aspectos económicos y sociales no están fijados en un sistema de propiedad formal es sumamente difícil de mover en el mercado. ¿Cómo controlar las enormes cantidades de activos que cambian de manos en una economía moderna de mercado si no es mediante un proceso de propiedad formal? Sin ese sistema, cualquier compraventa de un activo, digamos de una propiedad inmueble, exigiría un enorme esfuerzo, comenzando por la determinación de los elementos básicos de la transacción: ¿Es el vendedor dueño del inmueble y tiene derecho a transferirlo? ¿Puede comprometerlo o empeñarlo? ¿Será aceptado el nuevo propietario como tal por quienes hacen efectivos los derechos de propiedad? ¿Cuáles son los medios de los que se dispone para excluir a otros reclamantes? A esto se debe que fuera de Occidente la mayor parte del intercambio comercial de activos se circunscriba a círculos locales de amigos y conocidos.

De lo que carecen los pobres es de un fácil acceso a los mecanismos de propiedad que les permita aprovechar legalmente el potencial económico de sus activos para producir, afianzar o garantizar mayor valor en un mercado de nuevas dimensiones.

Fijación del potencial económico de los activos

Cuando uno centra la atención en el título de propiedad de una casa, por ejemplo, y no en la casa misma en cuanto objeto tangible, automáticamente ha dado el paso del mundo físico al universo conceptual donde reside el capital.

La prueba de que la propiedad formal es puro concepto surge cuando una casa cambia de dueño; nada se altera en lo físico. La propiedad no es la casa misma sino un concepto económico acerca de la casa, encarnado en una representación legal que describe no sus cualidades físicas sino las cualidades económica y socialmente significativas que los seres humanos atribuimos a la casa (como su utilidad para diferentes propósitos que podemos asegurar mediante embargos, hipotecas, servidumbres y otros mecanismos). En los países avanzados, esta representación formal de la propiedad funciona como medio para respetar los intereses de las partes involucradas y crear responsabilización mediante la presentación de los datos, las referencias, las reglas y los mecanismos para su cumplimiento.

Integración de la información dispersa en un solo sistema

Este acopio de las representaciones de propiedad —un momento revolucionario en la historia de las naciones desarrolladas— concentró toda la información y las reglas que regían la riqueza acumulada de sus ciudadanos en una sola base de conocimientos.

2. IMPORTANCIA DEL SISTEMA DE ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD: ALGO DE HISTORIA

Nuestro estudio parte de una premisa que a estas alturas carece de rasgo alguno de duda, esto es, que la ad-

Responsabilización

La integración de todos los sistemas de propiedad bajo una sola normatividad formal hizo que la legitimidad de los derechos de los dueños se desplazara del contexto regional y político de las comunidades locales al contexto impersonal de la ley. Que los dueños se liberaran de los restrictivos acuerdos locales hizo que todos ellos pasaran a ser susceptibles de rendir cuentas a un sistema legal integrado.

Al proteger, además de la condición de dueño, la seguridad de las transacciones, la propiedad formal exhorta vigorosamente a los ciudadanos de los países avanzados a respetar los títulos, cumplir con las condiciones contractuales y obedecer la ley. La propiedad legal propicia así el compromiso.

Fungibilidad de los activos

Uno de los efectos más importantes del sistema de propiedad formal es que da mayor accesibilidad a los activos, para que tengan otros usos. A diferencia de los activos físicos, las representaciones de los activos son fáciles de combinar, dividir, movilizar y utilizar para alentar tratos comerciales. Al separar los rasgos económicos de un activo de su rígido estado físico, la representación vuelve al activo «fungible», es decir, capaz de moldearse para encajar en prácticamente cualquier transacción.

En Occidente, las descripciones de propiedad estándar están registradas por escrito para facilitar la combinación de activos. Las reglas de la propiedad formal exigen activos descritos y caracterizados de un modo que destaque su singularidad y a la vez señale su parecido con otros activos, haciendo así más obvias las combinaciones potenciales. El uso de registros normalizados permite determinar cómo se puede explotar determinado activo de la manera más rentable.

Interacciones

El aporte de la propiedad formal a la humanidad no es proteger la condición de dueño, pues invasores, organizaciones de vivienda, mafias e incluso tribus primitivas se las arreglan para

quisición de la propiedad es un proceso crucial en tanto marca el inicio de una titularidad que no sólo compromete a las partes involucradas directamente en la operación, sino a todos los sujetos frente a los cuales el propietario ejerce su dominio.

proteger sus activos con considerable eficiencia. El verdadero avance en este tipo de propiedad es que mejora radicalmente el flujo de comunicación sobre los activos y su potencial. También eleva el status de sus propietarios.

La propiedad legal occidental también proporciona a las empresas información sobre los activos y sus propietarios, domicilios verificables y registros objetivos del valor de la propiedad, y abre los historiales crediticios de las personas. Esta información, unida a la existencia de una ley integrada, vuelve el riesgo más manejable, pues lo diluye a través de dispositivos como los seguros, a la vez que permite agrupar propiedades hipotecadas para acceder al crédito y garantizar deudas.

Protección de las Transacciones

Una razón importante por la cual los sistemas de propiedad formal de Occidente funcionan como una red es que todos los registros de propiedad (títulos, escrituras de transferencia, valores y contratos que describen los aspectos económicamente relevantes de los activos) son continuamente rastreados y protegidos, mientras van atravesando el tiempo y el espacio. Los registros públicos son las agencias estatales que en los países avanzados custodian las representaciones. Administran archivos que contienen todas las descripciones económicamente útiles de los activos, trátese de tierras, bienes muebles o inmuebles, buques, industrias, minas o aeronaves.

Aunque establecidos para proteger tanto la seguridad del título como la de las transacciones, es obvio que los sistemas occidentales profundizan esta última misión. La seguridad se acentúa a fin de hacer confiables las transacciones para facilitar que los activos de las personas lleven una vida paralela como capital. El énfasis occidental en la seguridad de las transacciones permite a los ciudadanos mover grandes cantidades de activos con muy pocas transacciones. En cambio, en la mayoría de los países en desarrollo, la ley y las oficinas del gobierno siguen atrapadas en la antigua normatividad colonial y romana, más orientada a proteger el

Como resulta lógico en cualquier sociedad, que como tal se encuentra organizada y cuenta con instrumentos de orden social, el sistema jurídico es el único legitimado para establecer las formas en que se realiza la transmisión de propiedad.

Si nos remontásemos a la Roma antigua y recordáramos las diversas formas en que se adquiría la propiedad, entonces, coincidiríamos en lo absurdo que sería tratar de volver a emplear en tiempos modernos esos mecanismos de transferencia.

Imaginemos, por un momento, que cada vez que deseáramos vender algo, tuviésemos que conseguir cinco testigos que, salvo que sean amigos cercanos o generosos familiares, posiblemente nos cobren por la pérdida de su tiempo.

Además de conseguir esos cinco testigos, sería necesario otro sujeto encargado de portar una balanza, para colmo de bronce. Usted, vendedor o enajenante y su contraparte, comprador o adquirente, tendrían que colocarse ante el objeto que se va a enajenar. El adquirente, sosteniendo en una mano un pedazo de bronce, o, para facilitar las cosas y no acrecentar la demanda de bronce, sosteniendo un manojito de billetes o un cheque o algún instrumento análogo. Con la otra mano tendría que tocar o asir la cosa que piensa adquirir. Pero como esto no es suficiente, tendría, además, que recitar —haciendo gala de su memoria— la siguiente frase: «declaro que este objeto es mío por derecho y que lo he comprado con este bronce y esta balanza de bronce». Para concluir por fin la transferencia, el adquirente

título que las transacciones. Se limitan a ser guardianes de los deseos de los muertos.

(De Soto, Hernando. *El misterio del capital*. Finanzas & Desarrollo. Marzo 2001, vol. 38, n.º 1. En: http://www.ild.org.pe/esp/articles_esm1.htm)

te debería tocar la balanza con el dinero como símbolo de precio.

Si imaginarse toda esta operación, denominada *mancipatio* en épocas romanas, ya resulta tedioso y hasta ridículo, ello sería aún peor si pusiésemos como escenario una tienda por departamentos, una farmacia, o incluso una simple bodega, para reafirmar que hoy una figura así, sería simplemente inimaginable.

No cabe entonces preguntarnos por qué fracasó este sistema en la propia Roma, pues fluye de su simple lectura lo absurdo y costoso que era.

Por otro lado, la *in iure cessio* permitía la transferencia de propiedad tanto de cosas *mancipi* como de cosas *nec Mancipi*. Su aplicación actual también resultaría no sólo costosa sino complicada.

En la *in iure cessio* tendríamos que ir, enajenante y adquirente, ante un magistrado. Tendríamos que involucrar en el mismo acto de transferencia a un juez, como si los jueces no tuvieran cosas más importantes que hacer.

Por último, asumamos la tan conocida *traditio* que reemplazó, gracias a Justiniano, a la *mancipatio*. *Traditio*, como sabemos, significa entrega y puede implicar la transferencia de la tenencia, la posesión o la propiedad. Este supuesto es menos difícil de imaginar; en realidad ni siquiera tenemos que forzar nuestra imaginación, ya que después de todo no hemos dejado de utilizar este medio de transferencia para los bienes muebles, en donde resulta indispensable la noción de entrega, más allá de que aquélla pueda ser real o ficta.

Cabe resaltar, en palabras del profesor Martín Mejorada, que los mecanismos de adquisición de la propiedad previstos en el Derecho romano que acabamos de delinear, no constituyeron formas de publicidad que tuvieran el pro-

pósito de informar al mercado sobre la existencia de un nuevo titular.¹⁰

Agrega el citado autor que las fórmulas romanas sobre adquisición fueron expresión del espíritu exterior y de la sensibilidad material, con los que los romanos trataron sus diversos sistemas de vida. Estas fórmulas constituyen símbolos de la voluntad, antes que instrumentos de publicidad.¹¹

2.1. La transferencia de propiedad en el Derecho francés

Por lo general, cuando se aborda cualquier tema de Derecho Civil, resulta casi imposible dejar de citar, por lo menos a través de una breve mención, al Derecho francés, y en especial a su Código Civil, más conocido como Código Napoléon, que entró en vigencia en el año 1804.

Si bien somos conscientes de que ningún Código es huérfano de padres y que el contexto histórico en el que se desarrolla influye notable e innegablemente en su contenido, somos conscientes también de que no es motivo de este trabajo realizar un estudio de tal materia.

Partiendo de dicha premisa, nos limitaremos a recordar algunas de las ideas más significativas sobre la transferencia de propiedad en el Derecho francés.¹²

¹⁰ MEJORADA CHAUC, Martín. «Fundamento de la publicidad en la adquisición de propiedad romana». En: *Cathedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestra Editores S.R.L., año 3, n.º 5, 1999, p. 42.

¹¹ MEJORADA CHAUC, Martín. *Op. cit.*, p. 42.

¹² Invitamos al lector a revisar el tomo III de nuestro Tratado de la Venta, obra en la que el suscrito realiza un minucioso estudio de los antecedentes históricos de la transferencia de propiedad en el Perú, abarcando, por supuesto, un análisis del Derecho francés. (CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

Con este objetivo definido, situémonos nuevamente en la historia, pero esta vez en el escenario francés propio del Code Napoléon. Allí lo primero que salta a la vista es que el modelo liberal del siglo XIX sobre el cual se sustentó este cuerpo normativo, tuvo como gran protagonista al derecho de propiedad. Alrededor de aquel derecho, que era considerado como absoluto e inalienable, giraban todas las demás instituciones, entre las que se encuentran el contrato e incluso la responsabilidad civil.

Portalis,¹³ tras analizar las normas del Proyecto del Código Civil francés, sintetiza esa trascendencia al expresar que el cuerpo entero del Code se encuentra consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad. Asimismo, resalta que este derecho es el fundamento sobre el cual reposan todas las instituciones sociales, y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que asegura los medios de conservarla.

Luego de concluir su análisis acerca de las normas relativas al derecho de propiedad en el Proyecto de Código Civil, Portalis expresa algunas ideas muy claras acerca de la importancia de este derecho, las mismas que, como vere-

¹³ Portalis sostiene, haciendo un breve estudio acerca de los orígenes del derecho de propiedad, que la necesidad y la industria son los dos principales creadores de la propiedad, asegurando, además, que es justamente la propiedad la que ha fundado las sociedades humanas. Es ella la que ha vivificado, extendido, engrandecido nuestra propia existencia. Es por ella que la industria del hombre, este espíritu de movimiento y de vida que anima todo, ha sido llevado sobre las aguas, y ha hecho salir a la luz bajo los diversos climas todos los gérmenes de riqueza y de poder. (RECUEIL COMPLET DES DISCOURS PRONONCÉS LORS DE LA PRESENTATION DU CODE CIVIL PAR LES DIVERS ORATEURS DU CONSEIL D'ÉTAT ET DU TRIBUNAT, ET DISCUSSION PARTICULIÈRE DE CES DEUX CORPS AVANT LA RÉDACTION DÉFINITIVE DE CHAQUE PROJET DE LOI. Paris: Firmin Didot Frères, Fils et Cie., Livraires, Imprimeurs de l'Institut de France, 1867, tomo I, pp. 286 y 287).

mos tras su lectura, ratifican una vez más la importancia que se le dio en el Code Napoléon:

«Ustedes no estarán sorprendidos de que este proyecto se reduzca a algunas definiciones, a algunas reglas generales: pues el cuerpo entero del código civil está consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad; derecho fundamental sobre el cual todas las instituciones sociales reposan, y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que él le asegura los medios de conservarla.

La ciudad no existe, decía el orador romano, sino porque cada uno conserva lo que le pertenece. Con la seguridad de esta gran verdad, este orador filósofo detenía en su tiempo todos los movimientos de las facciones empeñadas en desorganizar el imperio.

Es por su respeto a la propiedad que las naciones modernas son deudoras de este espíritu de justicia y de libertad, que, en los tiempos mismos de la barbarie, supieron defenderlo contra las violencias y los esfuerzos del más fuerte. Es la propiedad la que coloca en las selvas de la Germania las primeras bases del gobierno representativo. Es ella la que ha dado nacimiento a la constitución política de nuestros antiguos países de Estados, y que, en estos últimos tiempos, nos ha inspirado el coraje de sacudir el yugo y de librarnos de todas las trabas del feudalismo.

Legisladores, la ley reconoce que la propiedad es el derecho de disfrutar y de disponer de su bien de la manera más absoluta, y que este derecho es sagrado en la persona del más pequeño particular. ¡Qué principio más fecundo en útiles consecuencias!

Este principio es como el amo universal de toda la legislación; él recuerda a los ciudadanos lo que se deben entre ellos, y al Estado lo que él debe a los ciudadanos; él modera los impuestos; él fija el régimen feliz de la justicia; él detiene en los actos del poder público los favores que serían perjudiciales a terceros; él aclara la virtud y la propia beneficencia; él deviene en la regla y la medida de la sabia composición de todos los intereses particulares con el interés común; él comunica de este modo un carácter de majestad y de grandeza a los pequeños detalles de la administración pública.

También ustedes han visto al genio que gobierna Francia establecer sobre la propiedad los fundamentos inquebrantables de la república.

Los hombres a los que las posesiones garantizan la fidelidad, están llamados en adelante a escoger aquello en lo que las luces, la sapiencia y la diligencia, deben garantizar las deliberaciones.

Sancionando el nuevo código civil nosotros habremos afirmado, legisladores, todas nuestras instituciones nacionales.

Ya ustedes han proveído todo lo que concierne al estado de las personas: hoy en día ustedes comienzan a regular lo que concierne a los bienes. Esto trata, por decirlo así, de ligar la estabilidad de la patria a la estabilidad misma del territorio. *No se puede amar su propiedad sin amar las leyes que la protegen. Consagrando máximas favorables a la propiedad, ustedes habrán inspirado el amor de las leyes; ustedes no habrán trabajado solamente en beneficio de los individuos, en el de las familias particulares, ustedes habrán creado un espíritu público, ustedes habrán abierto las verdaderas causas de la prosperidad general, ustedes habrán preparado el bienestar de todos*.¹⁴ (La cursiva es nuestra)

Hasta aquí las expresiones de Portalis y cualquier apreciación nuestra acerca de la importancia que se daba al derecho de propiedad, consideramos que sobra luego de leerlas.

Ahora bien, subrayada la importancia del derecho de propiedad, consideramos oportuno señalar que el tema de la transferencia de aquél en el Derecho francés constituye uno de los tópicos que ha generado las más vivas polémicas y los más encendidos debates doctrinarios a lo largo de la Historia del Derecho Civil contemporáneo.

Las razones de esta polémica son múltiples y conocidas; lo cierto es que mucho han expresado los diversos autores sobre ella; y en todos los Tratados de Derecho Civil se ha tocado el tema, y prácticamente no existe doctrina de ningún país —de la tradición jurídica romano germánica— que deje de abordarlo.

Como bien sabemos, dentro del esquema planteado en el Código Civil francés de 1804 en el cual la propiedad era la gran protagonista, el contrato era concebido como un instrumento cuya finalidad se circunscribía, básicamente, a transmitir la propiedad. La voluntad, al ser productora de un negocio jurídico, posibilitaba la circulación de la propiedad.

Siguiendo esa lógica, en Francia, más allá de las controversias y polémicas que en su momento se generaron, se estableció que la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación contractual.

Así, tal cual expresara con maestría Manuel Augusto Olaechea en su famoso Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de fecha 11 de agosto de 1925 (recogido en las Actas de las Sesiones de dicha Comisión) y cuyo texto se transcribe más adelante, conforme al sistema francés de transferencia de propiedad, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere sin solución de continuidad. Se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su formación. El consentimiento, decía Bigot-Préameneu, perfecciona por sí sólo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil. Y Marcadé agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición transfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en sí una tradición fingida que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio.

¹⁴ Recueil [...]. tomo I, pp. 294 y 295.

El Código Napoleón —comenta el propio Olaechea—, presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita, y como consecuencia de sistema tan espiritualista, la convención pone los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el consentimiento.

Cabe resaltar que en el caso de los bienes muebles, a pesar de que la norma del Código Civil francés también establecía que su propiedad se transfería con la sola obligación de enajenar, este principio cayó rápidamente en desuso, en función a la existencia de ese otro principio que reza que la posesión vale título, razón por la cual, siguiendo la tradición romana, se continuó con la costumbre de que, a diferencia de lo que ocurría con los bienes inmuebles en los que la tradición no transmite dominio sino simplemente pone al adquirente en aptitud de servirse de la cosa, la entrega del bien mueble resultaba imprescindible para la transmisión de la propiedad.

2.2. *La transferencia de propiedad en el Derecho peruano*

El sistema francés ejerció, y de hecho aún ejerce, enorme influencia en nuestro sistema de transferencia de propiedad, misma que se manifiesta desde el Código Civil peruano de 1852, para luego ser asumido también por el Código Civil de 1936 y por el Código de 1984.

2.2.1. *Código Civil de 1852*

El primer Código Civil que tuvo considerable vigencia en nuestro país (pues aquél de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, tuvo efímera duración), adoptó un solo sistema de transferencia no diferenciado para los bienes corporales, sea éstos muebles o inmuebles; siendo éste el

de la yuxtaposición del título y el modo; así lo prescribía su artículo 574: «La enajenación se completa con la tradición, que es la entrega de la cosa, poniéndola a disposición de un nuevo dueño [...]».

El Código Civil de 1852, en su Libro Tercero, De las Obligaciones y Contratos, Sección Segunda, De los Contratos Consensuales, Título Primero, legislaba el contrato de compraventa, definiéndolo en su artículo 1305, y estableciendo el carácter consensual de la transferencia de la propiedad de los bienes, siguiendo fielmente la misma línea del Código Napoleón. Por su parte, la mayoría de la doctrina coincide en señalar que el Código de 1852, en su artículo 1306 establecía el sistema espiritualista o francés, habida cuenta de que con el simple acuerdo de las partes sobre los elementos constitutivos de este contrato (bien a transferir y precio a pagar por él) se entendía transferida la propiedad, aunque no se hubiese entregado la posesión del inmueble.

En adición a lo expuesto, conviene aclarar que a la fecha de entrada en vigencia del Código bajo comentario (1852), no estaba aún vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del Código francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, razón por la cual el Código Civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código Napoleón.

2.2.2. *Código Civil de 1936*

Alfredo Solís y Muro y Manuel Augusto Olaechea, fueron quienes sostuvieron los dos sistemas; el primero planteaba el *sistema constitutivo registral*, que establecería la

obligatoriedad de la inscripción registral como acto constitutivo de la transferencia de los inmuebles.

En tanto que Manuel Augusto Olaechea, pese a reconocer la imperfección del sistema espiritualista, defendía la conservación del sistema de transferencia por el simple consenso planteado en el artículo 1306 del Código de 1852, argumentando que era menester mantener la tradición jurídica nacional; además, destacaba la agilidad que esta tesis brindaba a las transacciones; y su fundamento central radicaba en la precariedad del sistema registral peruano.

Refiriéndose a la tradición de los bienes inmuebles, en el Acta de la Comisión, correspondiente a la 120ª. Sesión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, Olaechea presentó un Memorándum en el que señalaba su parecer favorable respecto del Sistema Francés (con la reforma introducida por la ley de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble). Consideraba, además, que el sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad inmueble, no era un sistema adecuado, ya que la tradición podía revestir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

Tras intensas discusiones, la Comisión encargada de la elaboración del Código Civil de 1936 decide mantener el sistema espiritualista. Así, en dicho cuerpo legislativo, en la Sección Segunda del Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, por el que se ratificaba el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes citado, pero en esta oportunidad exclusivamente para bienes inmuebles, cuando disponía que «*La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario*».

Respecto de los bienes muebles, materia que desarrollamos más adelante, el Ponente del Libro V del Código de

1936, Manuel Augusto Olaechea, durante las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, fue el partidario más ferviente de instaurar el sistema de la tradición, que más tarde fue asumido por el proyecto.

2.2.3. Código Civil de 1984

El Código Civil vigente regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el Libro V, Derechos Reales, Sección Tercera, Derechos Reales Principales, Título II, Propiedad, Capítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, Sub-Capítulo IV, Transmisión de la Propiedad, artículos 947 a 949.

En la primera de las normas citadas, el artículo 947, el Código trata acerca de la transferencia de propiedad de los bienes muebles, estableciendo que ésta opera por la tradición de los mismos:

Artículo 947.— «La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente».

El artículo relativo a la transmisión de propiedad de los bienes inmuebles es el 949, precepto que dispone lo siguiente:

Artículo 949.— «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Como se puede apreciar de la clara redacción de las dos normas transcriptas, el Código peruano opta por el mismo sistema que el Derecho francés, desechando todas aquellas opciones que consideran, como indispensable para

la transferencia de los bienes inmuebles, el requisito de la inscripción.

Aquí queremos, sin embargo, formular ciertas precisiones.

En la transferencia de propiedad en el Código Civil francés, de acuerdo con la doctrina de ese país, si bien la norma general del artículo 1138, ratificada después por la del artículo 1583 (relativo al contrato de compraventa), la propiedad de los bienes muebles e inmuebles se transmite por la sola obligación de enajenar, respecto de los bienes muebles dicha norma resultó, en buena medida, sólo declarativa, como anota Freitas cuando comenta el problema, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 2279 del Código Francés, «En materia de muebles, la posesión equivale al título.— No obstante, el que haya perdido una cosa o aquél al que le haya sido robada puede reivindicarla durante tres años, a contar desde el día de la pérdida o del robo, de aquel en cuyo poder se encuentra; salvo el recurso de éste para repetir contra aquél del que la tiene».

Desde esta óptica puede sostenerse que el Derecho Civil peruano nunca se apartó del principio francés.

Si bien respecto de la transferencia de la propiedad inmueble el Código francés de 1804 estableció el principio de que ella se realizaba por la sola obligación de enajenar o el solo consenso (tal como fue asumido por el Código peruano de 1852), a través de la ley de marzo de 1855 que creó en Francia el Registro de la Propiedad Inmueble, se estableció como requisito de oponibilidad frente a los terceros, justamente el hecho de la inscripción. Este sistema respecto de las inscripciones de los inmuebles fue también asumido por el Perú, cuando, como bien señala Olaechea, en 1888 se dictó la ley sobre el Registro de la Propiedad Inmueble.

Vale decir que desde esa fecha (1888), el Perú actualizó su sistema respecto del francés, asumiéndolo nuevamente como suyo. De acuerdo con este sistema, la propiedad de los bienes inmuebles se transfiere por la sola obligación de enajenar, mas para oponerla a terceras personas es necesaria su inscripción en el Registro.

Con el Código Civil de 1936, como acabamos de ver, se mantuvo el mismo sistema, incorporándolo esta vez en los artículos 1172, 1173 y 1050, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 1172.— «La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario».

Artículo 1173.— «Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido al acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público».

Artículo 1050.— «Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone».

El Código Civil de 1984 no ha alterado dicho sistema, otorgando mayor claridad a sus preceptos.

Por tanto, podemos concluir que nuestro Derecho Civil nunca varió su posición respecto de la transferencia de la propiedad, en relación a la línea trazada por el Derecho Civil francés.

Por lo expresado, consideramos que existe perfecta armonía entre lo dispuesto por el artículo 1529 del Código Civil peruano de 1984, relativo a la definición del contrato

de compraventa, en el sentido de que se trata de un acto meramente obligacional, y no traslativo de derecho real alguno, y el artículo 949 del mismo cuerpo legal, referente a la manera como se transmite la propiedad.

Hemos hecho este breve recuento histórico, habida cuenta de que la respuesta al tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú no la podemos hallar dentro de principios ajenos a los que históricamente han regido en nuestro Derecho Civil.

2.2.4. *A manera de síntesis*

Así las cosas, podemos afirmar que el debate que centra su atención en el sistema de transferencia de propiedad no es algo nuevo en nuestro país; por el contrario, su nacimiento se remonta a mediados del siglo XIX o, para ser más exactos, a la entrada en vigencia del Código Civil peruano de 1852.

La regulación de dicho cuerpo normativo es la predecesora de las críticas que hoy recibe el sistema de transferencia de propiedad, al haber importado el sistema francés o espiritual que se encuentra plasmado en el Código Napoleón, situación que a pesar de las múltiples discusiones suscitadas desde entonces, no ha variado ni en el Código de 1936 ni en el vigente.

El Código Civil peruano de 1984 norma la transferencia de bienes muebles en el artículo 947, estableciendo como requisito la tradición del bien.

En lo que concierne a los bienes inmuebles, nuestro legislador tampoco se apartó del sistema napoleónico, señalando, en su artículo 949, que «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Esta norma, como señalase Olaechea en el Memorandum a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, antes citado, crea en nuestro país un sistema de propiedad relativa, que, sin embargo, puede convertirse en absoluta si los contratantes y, por supuesto sus abogados, aplican adecuadamente las normas registrales.

3. ¿REGISTRO CONSTITUTIVO?

Nos centraremos ahora en determinar si la propiedad inmueble debe seguirse transfiriendo en virtud de la sola obligación de enajenar o si para que opere tal transferencia debería ser necesaria la inscripción registral, esto es, si el registro debe seguir siendo declarativo o debería ser constitutivo.

Esta interrogante ha conducido a que, desde el segundo quinquenio de los años noventa del siglo pasado, se hable mucho acerca de la necesidad de implantar —en sustitución de la actual clasificación de los bienes muebles e inmuebles— otro criterio clasificatorio que los divida en registrados y no registrados; ello, con el propósito de modificar el sistema de transferencia de propiedad hoy imperante.

En las páginas que siguen, entonces, procuraremos dar una perspectiva distinta sobre el tema, para lo cual partiremos de una premisa que consideramos esencial, esto es, que el Derecho como ciencia no debe perder el valor de la justicia, así como tampoco debe olvidar que la cautela y la ponderación son instrumentos que deben guiar permanentemente nuestro proceder.

3.1. *La búsqueda de seguridad: importancia de la publicidad registral*

Cierto es que la seguridad requiere de gastos, la seguridad no es gratuita sino que genera costos. No obstante, cierto es también que resulta más costosa la inseguridad.

Nos explicamos.

El intercambio de bienes, y con ello la posibilidad de que en efecto circule la riqueza, exige actualmente no sólo celeridad, sino también —y fundamentalmente— seguridad.

«Si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces, es más costoso contratar sobre ellos. La incertidumbre es económicamente un costo que se mide en función del riesgo de perder mi derecho. Como contrato sobre un bien inscrito y con un derecho bien definido, el riesgo disminuye. Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. Si el 'precio de la incertidumbre' es menor, entonces los costos de transacción son menores. En consecuencia hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar. Éste es el principio que está detrás de la primera formulación del teorema de Coase».¹⁵

La aplicación de las normas registrales y, en consecuencia, de los principios que las sustentan, se presenta así como relevante en este asunto tan intrincado de la transferencia de propiedad. La razón es muy simple: gracias a la publicidad registral se convierte la propiedad en absoluta al otorgar seguridad jurídica.

La seguridad constituye, junto al orden y la justicia, uno de los fines sobre los cuales se encuentran sustentadas la existencia y necesidad del Derecho.

En un sentido amplio, la seguridad puede definirse, en palabras de De Ángel Yagüez, en una garantía de paz social. Tal expresión se entiende, desde el punto de vista de los miembros de la comunidad, como su conciencia o certeza de que la solución de los conflictos no puede producirse mediante el empleo de la violencia y de que el Derecho no puede desconocer la existencia de situaciones de hechos revestidos de una tal apariencia de solidez y rectitud, que su destrucción u olvido únicamente podrían acarrear efectos nocivos para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales.¹⁶

La noción misma de seguridad jurídica, habida cuenta de que debe alcanzar tanto a la titularidad y al contenido de los derechos como la certeza en el tráfico comercial de aquéllos, ha dado nacimiento a la distinción entre la llamada seguridad estática y la seguridad dinámica.

La seguridad estática tiene por finalidad otorgar protección al derechohabiente o titular del derecho frente a terceros. La seguridad dinámica —también llamada seguridad de tráfico—, en cambio, tiene por objetivo proteger a los terceros, lo que se proyecta básicamente en dos direcciones: Por un lado se otorga seguridad a los acreedores del enajenante, y por otro a los adquirentes.

Esencialmente son dos las instituciones que otorgan seguridad jurídica, tanto estática como dinámica, en el ámbito de las transacciones que involucran la transferencia de propiedad, esto es, el notariado y el registro de propie-

¹⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «La propiedad inconclusa». *Op. cit.*, p. 102.

¹⁶ VILLEGAS POMA, Edwin Julio. «La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo». En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial; año 1, n.º 3, p. 75.

dad. Dichas instituciones se encuentran íntimamente vinculadas, de modo tal que las mismas se complementan en aras de alcanzar la tan ansiada seguridad jurídica.

Así, como anota Gonzales Loli, la seguridad jurídica es un valor esencial del Derecho, en tanto afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, en consecuencia, resulta imprescindible para alcanzar el bien común¹⁷ al que aspira todo sistema o, mejor dicho, toda sociedad.

El valor de la seguridad jurídica no es sólo abstracto o teórico, sino que su existencia e importancia puede justificarse desde un punto de vista económico, al constituir un elemento que reduce los costos propios de la transferencia o intercambio de bienes.

Nos vemos forzados a mencionar, en esta parte de nuestra exposición, a los hoy tan conocidos costos de transacción, esto es, los costos que se derivan de la transferencia o intercambio de bienes.

En general, son tres los principales costos que pueden ser identificados, esto es, los de información,¹⁸ los de ne-

¹⁷ GONZALES LOLI, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliario: un enfoque desde el análisis económico del Derecho». En: *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima, 1997, año VII, n.º 6, p. 113.

¹⁸ La información, por tanto, debe tener el mayor grado de certeza, tanto para una etapa previa de una negociación como para cuando ésta se concluya. Necesitamos que el resto respete nuestro derecho y para ello es menester que tengan un conocimiento adecuado de la existencia de este derecho, para poder de este modo, hacerlo plenamente oponible a todo tercero. Esta información debe darse en forma permanente y debe ser de fácil acceso. Nótese, que esta información no sólo debe ser entendida como el presupuesto para la toma de decisión en una operación de tráfico jurídico, sino también en cuanto al conocimiento técnico necesario para plasmarla y materializarla adecuadamente en un título que

gociación y los de vigilancia del cumplimiento de lo acordado.

Como indica la lógica, un escenario ideal es aquél que reduce al máximo los costos de transacción, facilitando de esa forma el intercambio y maximizando con ello la riqueza.

«Por todo ello, un sistema adecuado de organización de los derechos de propiedad deberá proporcionar derechos fácilmente identificables y verificables, cuyo intercambio no se encuentre sujeto a excesivas incertidumbres jurídicas, y que sean objeto de una delimitación, lo suficientemente precisa para que puedan ser protegidos eficazmente contra las intromisiones de otros. Justamente, con tal finalidad, es que surgen los Registros Públicos en general, y el Registro de la Propiedad Inmueble, en particular [...]».¹⁹

Los Registros, entonces, reducen los costos de información gracias a la publicidad que otorgan.

Dentro de este esquema, la publicidad registral se justifica por ser el instrumento más eficaz de seguridad jurídica en la constitución, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles. La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica mediante la protección y potenciación de derechos ya creados, dotando a los derechos inscritos de las presunciones de pertenencia, existencia y alcance; así como otorgándoles efectos sustantivos que colocan los derechos publicados en planos superiores de legitimación.²⁰

perennizará dicha operación. (PÉREZ SILVA, Rafael Humberto. «Buscando el fundamento de la publicidad registral. (Disquisiciones acerca de la búsqueda de seguridad jurídica)». En: *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 36, julio 2002, CD-Rom.

¹⁹ VILLEGAS POMA, Edwin Julio. *Op. cit.*, pp. 78 y 79.

²⁰ GONZALES LOLI, Jorge Luis. *Op. cit.*, p. 113.

En la Exposición de Motivos del Código Civil se reconoce la relevancia de este principio al cual, incluso, se llega a calificar como el más trascendental avance en materia de Derecho registral. Dicha afirmación se encuentra amparada en la constatación de que en todo sistema registral donde aparece, constituye la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial.

García García señala que las ideas-fuerza que, a modo de fundamento, subyacen en el principio de fe pública registral son: la confianza en la apariencia registral, la ineficacia del negocio jurídico precedente al del tercero, la inexactitud del registro y la adquisición inmobiliaria a *non domino*. Dentro de tal orden de ideas, a continuación se desarrolla cada uno de tales aspectos.²¹

Las notas principales que caracterizan a la seguridad jurídica inmobiliaria, consecuencia de la publicidad registral son dos:²²

- La certeza, certidumbre, confianza o ausencia de duda que permite la predictibilidad del interesado sobre las reglas de juego existentes.
- Certeza sobre las fuentes, publicidad normativa, tipicidad penal, de manera que quienes adquieran derechos lo hagan sobre bases de certidumbre.

Como enseña Edilberto Cabrera:

²¹ Citado por CABRERA YDME, Edilberto. «El principio de fe pública registral». En: *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 34, mayo 2002, CD-Rom.

²² VILLEGAS POMA, Edwin Julio. *Op. cit.*, p. 77.

«En líneas generales, la protección que brinda el Registro tiene dos destinatarios perfectamente definidos. Por un lado, el *titular registral*, esto es, aquél que tiene un derecho inscrito en el Registro. Y, por otro, los *terceros*, es decir, aquéllos que adquieren un derecho amparados en la publicidad que brinda el Registro.

La protección del *titular registral* surge a través del *principio de legitimación registral* en la medida de que de la presunción relativa de exactitud que impone, se desprende que aquél no podrá ser despojado de su derecho sin su previo consentimiento o intervención (Art. 2013 del C.C. y Art. VII del NRGRP). Por su parte, la protección de los *terceros*, además del *principio de oponibilidad de lo inscrito*, emana del *principio de fe pública registral*. Éste, en líneas generales, establece que, aquéllos no podrán ser perjudicados en sus derechos si las eventuales causas de invalidez o ineficacia que puedan afectarlos, no constaban en el Registro al tiempo de su adquisición (Art. 2014 del C.C. y Art. VIII del NRGRP)».²³

De esta manera, la publicidad registral se presenta como una creación del Estado para reemplazar a la publicidad posesoria cuando ésta ya no resultaba adecuada para satisfacer la necesidad de certidumbre en la contratación y otorgar seguridad jurídica en la misma, respecto de ciertos tipos de bienes perfectamente identificables e individualizables. Constituye, por ende, el sistema más perfecto que se ha inventado hasta la fecha para publicar situaciones jurídicas, oponer derechos, tutelarlos y brindar seguridad en el tráfico de los mismos.²⁴

²³ CABRERA YDME, Edilberto. «El principio de fe pública registral». En: *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 34, mayo 2002, CD-Rom.

²⁴ DELGADO SCHEELJE, Álvaro. «La publicidad registral. Eficacia material y principios registrales». En: *Cathedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestra Editores S.R.L., año 3, n.º 3, 1998, p. 42.

3.2. ¿Conviene cambiar nuestro actual sistema de transferencia de propiedad?

Luego de revisar lo referente a la transferencia de propiedad y al rol de la publicidad registral, avoquémonos a la pregunta concreta de si es necesaria la reforma que se pretende realizar; si es necesario, o mejor aún, conveniente, cambiar la clasificación de los bienes, cambiar los modos de transmitir la propiedad y otorgar a la inscripción registral naturaleza constitutiva.

Nosotros, sinceramente, no estamos convencidos de ello. Es más, creemos que tal cambio todavía no resultaría conveniente.

Según Alfredo Bullard:²⁵

«Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reúna estas características no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello se derivarán, a nuestro entender, dos consecuencias:

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serán eficientes (correcta asignación de recursos) no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.
- b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho pero no exista certeza absoluta de la propiedad o titularidad del transferente o del contenido de las facultades

²⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». *Op. cit.*, p. 152.

que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si la facultad de excluir fuese completamente cierta».

Agrega Bullard que la propiedad debe estar reconocida objetivamente en el Derecho positivo, lo que, reiteramos, facilita la circulación de la riqueza. Para que ese intercambio sea seguro es necesario que existan signos de cognoscibilidad que permitan a los terceros identificar si el transferente, en efecto, tiene la facultad de realizar la transferencia y si el derecho que se transmite existe y otorga la posibilidad de excluir.

Indica también que desde un punto de vista económico, el sistema de propiedad perfecto es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo, facilitando, asimismo, el intercambio y la circulación de la riqueza. Un sistema como el planteado únicamente puede desenvolverse si los terceros se encuentran en posibilidad de conocer el derecho del cual han sido excluidos.

En este sentido, expresa que la facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad; de lo contrario, se estaría en el absurdo de que existan sujetos excluidos que no tengan en los hechos la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.²⁶

Señala Bullard que el derecho de propiedad debe elaborar algunas reglas que balanceen los impedimentos al comercio creados por la incertidumbre de la propiedad, de

²⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». *Op. cit.*, p. 155.

donde se explica el surgimiento del registro como sistema de verificación.

Indica que el sistema consensualista genera serios inconvenientes que se traducen en el menor grado de seguridad que brinda en comparación con los sistemas que requieren de la inscripción registral para que se realice la transferencia de propiedad.

Como bien señala el citado profesor, el sistema consensualista supone gran incertidumbre, pues supone que el adquirente deba confiar en la buena fe del transferente. Así, debe confiar, básicamente, en tres supuestos:²⁷

- Que la persona que está transfiriendo es el propietario.
- Que aquél no le haya transferido la propiedad a otro.
- Que no exista un tercero con documento de fecha cierta anterior que pueda privarlo del bien.

Como hemos podido apreciar, Bullard expresa sus preocupaciones sobre la transmisión de la propiedad y la exclusión de los derechos de terceros en virtud de dicha transferencia de propiedad.

Estas apreciaciones revisten varios aspectos que consideramos necesario comentar.

El primero se basa en que enfoca el problema desde su ya tradicional perspectiva del Derecho relacionado directamente con la Economía, lo que le lleva a expresar conceptualmente y en gráficos, de manera bastante acertada, sus preocupaciones en referencia al tráfico comercial y a las

²⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «La propiedad inconclusa». *Op. cit.*, p. 107.

probables trabas que al mismo pudiera afectar un sistema imperfecto de transferencia de propiedad, punto que se relaciona con la posibilidad del propietario de excluir a los demás en relación al derecho de propiedad mismo, y hasta cuestionar si dentro de un sistema de transferencia de propiedad imperfecto, estamos en presencia o ausencia de un verdadero derecho de propiedad.

Por lo demás, consideramos que la posición de Bullard coincide con la preocupación general en el sentido de que el sistema de transferencia de propiedad francés, implantado en nuestro país desde inicios de la República, deviene en imperfecto. Para ello basta con recordar las opiniones de Manuel Augusto Olaechea en su Memorándum dirigido a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852.

En virtud del sistema de transferencia de propiedad adoptado en nuestro país, es decir, del sistema consensualista, tenemos un Registro que no es constitutivo de derechos, sino meramente declarativo.

El sistema que impera en el ordenamiento jurídico peruano es, así, el declarativo, el mismo que desde hace décadas recibe fuertes críticas debido a que, se argumenta, la certeza que otorga es relativa en comparación a la del sistema registral constitutivo.

Son, en esencia, tres los efectos perniciosos que suelen resaltar los detractores de este sistema, debido a su falta de eficacia constitutiva:²⁸

- Merma la utilidad social del Registro al no permitir, en muchos supuestos como en los que no ha habido

²⁸ VILLEGAS POMA, Edwin Julio. *Op. cit.*, pp. 84 y 85.

inscripción o se ha interrumpido el tracto sucesivo, que se conozca el estado jurídico de los inmuebles.

- Queda indeterminado respecto de terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad.
- Mantiene irresoluble el problema de la base física de los asientos registrales.

Tras reconocer las deficiencias intrínsecas del sistema declarativo y, por ende, su inferioridad respecto del sistema constitutivo, un sector mayoritario de la doctrina peruana considera imprescindible que se abandone de inmediato el sistema espiritualista francés.

No podemos negar que, en definitiva, el registro constitutivo tiene la virtud de evitar los efectos perniciosos que acabamos de mencionar, con lo que confiere mayor certeza tanto para el titular del derecho como para los terceros. Sin perjuicio de aceptar esta ineludible verdad, consideramos que la propuesta de que el registro sea constitutivo no puede ni debe ser asumida en el corto plazo.

3.2.1. ¿Una propuesta novedosa?

Los registros de propiedad formal y los títulos formales representan, en palabras de Hernando de Soto,²⁹ nuestro concepto compartido de lo que es económicamente significativo sobre cualquier posesión. Ellos capturan y organizan toda la información relevante requerida para formarse un concepto del valor potencial de la propiedad y, de esta manera, poder controlarla.

²⁹ DE SOTO, Hernando. *La ley y la propiedad fuera de Occidente: Algunas ideas para combatir la pobreza*. Op. cit., p. 18.

Por lo tanto, señala con acierto el citado autor, que la propiedad formal es más que un sistema de titulación, registro y mapeo de las propiedades; es también un instrumento del pensamiento representando las propiedades de una manera tal que permite a la mente humana trabajar en ellas para generar mayor valor. Es por esto que la propiedad formal debe ser universalmente asequible, a fin de llevar a todos hacia un contrato social donde puedan contribuir a incrementar la productividad de la sociedad.³⁰

La finalidad —afirma— es crear un sistema de propiedad formal que convierta a una masa de propietarios anónima y dispersa en un sistema interconectado de interlocutores comerciales individualmente identificables y responsables, capaces de crear capital.³¹

Ahora bien, como es de conocimiento público, desde hace unos cuantos años, se ha venido esbozando una propuesta de modificación legislativa en lo que respecta a los criterios de clasificación de los bienes y de la transferencia de la propiedad.

Sin embargo, debemos advertir que dicha propuesta, aunque pueda resultar atractiva por sugerir una ruptura con lo tradicional, no es para nada novedosa.

En principio constituye, tal cual hemos podido apreciar, una idea importada de los sistemas jurídicos germanos en los cuales el Registro es constitutivo de propiedad y no declarativo, como sí lo es en los sistemas que, como el nuestro, siguen el modelo francés.

³⁰ DE SOTO, Hernando. *La ley y la propiedad fuera de Occidente: Algunas ideas para combatir la pobreza*. Op. cit., p. 19.

³¹ DE SOTO, Hernando. *La ley y la propiedad fuera de Occidente: Algunas ideas para combatir la pobreza*. Op. cit., p. 21.

A esto hay que agregar que, como señaláramos, en nuestro medio la discusión se remonta a inicios del siglo XX, como lo demuestran las palabras de los miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852.

En la sesión de esa Comisión del miércoles 19 de agosto de 1925, Alfredo Solf y Muro presentó un Memorándum, por el que resaltaba las ventajas del sistema del Registro de la Propiedad. Solf y Muro concluía su exposición resumiendo cuáles eran sus planteamientos,³² diciendo lo siguiente:

«Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el Registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros.

Los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a reglas semejantes a las que se contienen en nuestro Código Civil.

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del sistema Torrens o del germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24,876 urbanos, 21,398 rústicos y 3,041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

La cuestión sobre si el requisito de la matriculación para la validez de las transferencias o la constitución de los derechos sobre inmuebles, debe considerarse como forma de la tradición exigida desde el Derecho Romano, a la manera que lo hace el Código chileno, o sobre si tal requisito queda al margen de

³² COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Código Civil*. Lima: Imprenta Castrillón, 1928, Fascículo Quinto, pp. 19 y 20.

esa regla, siguiendo el camino del legislador francés, de la transmisión operada por solo consentimiento, éste es un punto materia de la ilustrada ponencia del señor Olaechea».

En esa misma sesión, Pedro M. Oliveira respaldó el planteamiento de Solf y Muro en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y afirmó que era posible hacerlo.³³ Sustentando esta necesidad, Oliveira señalaba³⁴ que:

«Urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si por un apocado concepto de las posibilidades nacionales no acometemos resueltamente la reforma del Registro del Estado Civil y la reforma del Registro de la Propiedad, que son las más importantes que pueden llevarse a cabo en el orden civil, el nuevo Código caerá en el vacío y las más acertadas de sus disposiciones carecerán de eficacia. Por sabio que sea el régimen de los derechos reales en la letra de la ley, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una Sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza».

En la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, Solf precisa³⁵ que el principio de la inscripción en el Registro como indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativas y doctrinarias, que lo con-

³³ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, Fascículo Quinto, p. 34.

³⁴ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, Fascículo Quinto, pp. 36 y 37.

³⁵ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, Fascículo Quinto, p. 38.

ducían a proponer a la Comisión³⁶ rechazar las fórmulas alemana y suiza, a pesar de considerar superior a la primera sobre la segunda, y optar por la brasileña, «que omite toda declaración ante el Registro y sólo requiere la presentación del título, por juzgarla de mejor aplicación en nuestro medio, ya que se conforma con el régimen existente. Además, esta regla tiene carácter de generalidad pues se aplicará a todos los actos inscribibles, los de transmisión entre vivos y por causa de muerte, y los simplemente declarativos».

Propuso, además, que se expresara que la inscripción se verificaría en vista del título en que constan la causa jurídica del acto, y en su caso la voluntad del enajenante de consentir en la inscripción.

Manuel Augusto Olaechea,³⁷ también en la década de 1920 —y en el seno de la Comisión Reformadora del Código civil de 1852—, se había referido a esta forma híbrida de transmitir la propiedad de los bienes y de clasificarlos —implícitamente— en registrados y no registrados. Aun-

³⁶ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, Fascículo Quinto, p. 41.

³⁷ A continuación transcribimos, por constituir una notable pieza jurídica, el texto íntegro del Memorándum de Manuel Augusto Olaechea sobre el modo de transmitir la propiedad. Se encuentra en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo V, pp. 3-8. Imprenta Castrillón, Lima, 1928.

«Señores:

Tiene capital importancia para establecer el régimen legal de las obligaciones de dar, resolver previamente sobre el sistema que conviene adoptar en orden a definir si la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o si es solución preferible, tratándose de los inmuebles, consagrar el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si respecto de las cosas mue-

bles debe mantenerse el principio según el cual la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto inmediato de la convención. Conforme a éste, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de hacer propietario al adquirente, sino simplemente de ponerlo en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere en este sistema sin solución de continuidad, porque se considera perfecta, cumplida y ejecutada en el mismo momento de su formación.

El sistema francés es el mismo que instituye el Código Civil vigente, como se ve en el artículo 1306 que dice:

«Artículo 1306.- Desde que los contratantes convienen en la cosa y el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni éste pagado».

En Derecho Romano la tradición era absolutamente necesaria para operar el desplazamiento de la propiedad.

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

El sistema adoptado por el Código Napoléon no ha sido uniformemente seguido por los códigos modernos.

El Código Italiano (se refiere Olaechea, naturalmente, al de 1865) imitó absolutamente al francés.

El Código argentino —artículo 577— establece que antes de efectuarse la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere ningún derecho real.

El Código español —artículo 609— dice: La propiedad se adquiere como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición; y el artículo 1095 añade: el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada.

El Código alemán, siguiendo el sistema prusiano distingue los actos creadores de obligaciones y el contrato abstracto de enajenación o contrato real que necesita en lo referente a la traslación de la propiedad inmobiliaria, la intervención de un oficial de justicia y la inscripción del acto en el registro. Esta investidura —artículo 925— es necesaria según el Código que examino, para operar la transferencia de la propiedad entre las mismas partes.

que Olachea no negaba que un sistema como el planteado, promocionado en aquellos tiempos por Pedro M. Oliveira, fuera técnicamente superior por brindar en mayor grado

El Código Suizo admite, en principio, tratándose de las ventas mobiliarias, el desplazamiento automático de la propiedad —artículo 185—; pero tratándose de los inmuebles, hacen notar Rossel y Mentha, que según el artículo 220, dada la frecuencia de la estipulación para aplazar la toma de posesión, el principio es contrario (Los artículos citados en este párrafo corresponden al Código Federal de las Obligaciones, que, aunque con numeración separada, forman el Libro Quinto del Código Civil de Suiza).

El Código del Brasil establece, continuando sobre el particular las enseñanzas de Freitas, que el derecho real no se constituye sino por la tradición, cuando la cosa es mueble o por transcripción si fuese inmueble. El contrato dentro de este sistema es título que constituye la razón jurídica o fundamento de la tradición o de la transcripción, según los casos respectivos.

Como hemos manifestado antes, en Derecho Romano, el simple consentimiento de las partes no bastaba para operar la traslación de la propiedad. El adquirente no tenía la calidad de propietario respecto de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición; hasta este momento no existía sino un derecho de acreencia y no un derecho real, *jus ad rem* y no *jus in re*. La situación creada en Francia por el Código de 1804 se ha modificado grandemente en virtud de la ley de 26 de marzo de 1855, según la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté transcrito al registro.

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

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

El sistema de la tradición implantado por el Código Argentino y por el Español, reviste una marcada inferioridad respecto del actual sistema francés. La tradición es el hecho de entregar la cosa; este hecho no está sometido a formas superficiales y se prueba como todo hecho. La tradición como medio de publicidad es completamente ineficaz y deja vivos los propios inconvenientes que se pretenden allanar.

seguridad jurídica, tampoco negaba que en ese momento era impracticable en el país.

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

La radical diferencia que separa al derecho francés del derecho alemán —dice Valverde— se explica dado el distinto concepto que uno y otro derecho tiene de las relaciones jurídicas que afectan a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Para el pueblo alemán y para el anglosajón, las relaciones que el hombre tiene con las cosas inmuebles deben ordenarse de una manera adecuada a la naturaleza física de éstas, exigiendo, por tanto, una serie de disposiciones que tienen por fin aclarar, ordenar y fijar establemente aquellas relaciones, dando lugar con esto al nacimiento de una legislación inmobiliaria, de que carecen los pueblos de raza latina. Puede decirse que en el derecho alemán, las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho público, y de aquí que los poderes públicos, y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o investidura de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama inscripción.

Para el derecho francés apenas si tiene interés la diferente naturaleza de las cosas muebles o inmuebles, y por eso suelen aplicarse las mismas reglas jurídicas a los unos que a otros. Las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho privado, y por consecuencia niegan la intervención de los poderes públicos para la garantía y seguridad de tales relaciones, y de aquí que la propiedad territorial puede adquirirse por el mero consentimiento del transmitente, sin que la inscripción en el Registro tenga más valor que el de un simple anuncio para los terceros que no han intervenido en el acto, pero no le concede una propia y verdadera sustantividad.

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

Así, en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro V del Código Civil, Olaechea decía:³⁸

«Para definir el régimen de estas obligaciones (se refiere a las de dar), precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediando la inscripción; y si tratándose de cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

[...]

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

Este principio jurídico se deduce débilmente del artículo 1388 del Código Civil vigente.

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

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

Magdalena del Mar, 11 de Agosto de 1925

M.A. Olaechea».

³⁸ OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*. Lima: Librería e Imprenta Gil S.A., 1936, pp. 16, 17 y 18.

Cabe resaltar que el sistema instaurado por el Código francés no ha sido uniformemente seguido por las codificaciones posteriores. La institución creada por aquel Código fue modificada en Francia por la ley de 23 de marzo de 1855, conforme a la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté previamente inscrito.

El sistema que considera adquirido el derecho real como efecto de la inscripción, mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.

El sistema de la tradición reviste una marcada inferioridad respecto del sistema francés. La tradición es un hecho que no está subordinado a formas especiales; se prueba como todo hecho; y desde el punto de vista de la publicidad es claramente ineficaz.

La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que construye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, lo cierto es que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El Registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo a la primera valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por sí solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro».

En la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, Juan José Calle presentó por escrito sus pareceres sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro, y concordaba con las de Olaechea. Él concluía con que el nuevo Código Civil debía mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiriera por la tradición; y respecto de los inmuebles, se mantuviera el sistema establecido por la Ley del 2 de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo la inclusión de ésta en el Código en discusión.³⁹ En realidad esta ley, que creó el mencionado Registro, sólo convirtió al mismo en declarativo, mas no en constitutivo de propiedad, razón por la cual, ésta se transmitía por la sola obligación de enajenar, criterio que Calle consideraba el más acertado para la realidad de nuestro país.

No es nuestro objetivo dar un detalle completo de toda la discusión que se suscitó en la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, pero sí hemos querido recordar sus grandes lineamientos.

Al elaborarse el Código Civil de 1936 la propuesta de Olaechea fue, como todos sabemos, aquella acogida por la Comisión.

Varias décadas más tarde, en los años ochenta, el profesor Carlos Cárdenas Quirós recordó en un artículo⁴⁰ que el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936, optó en un primer momento por pronunciarse a favor de una clasificación de los

³⁹ COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, Fascículo Quinto, p. 57.

⁴⁰ Citado por CASTILLO FREYRE, Mario. «Doce razones para pensarlo bien». En: CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERAISTAIN. *Cuatro temas de hoy*, p. 67.

bienes en registrados y no registrados. Sin embargo, decía, la Comisión Revisora enmendó dicho proyecto conservando la distinción tradicional de bienes en muebles e inmuebles.

En la década siguiente, precisamente en el año de 1994, Felipe Osterling Parodi y quien escribe estas líneas, propusimos en el primer tomo de nuestro Tratado de las Obligaciones, la modificación correspondiente del Código Civil en esta materia y en este mismo sentido, aunándonos a ese viejo planteamiento de cambiar el sistema de transferencia de propiedad en el Perú, pero proponíamos mantener la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles y crear una adicional que los dividiera en registrables y no registrables, pero nunca propusimos crear la clasificación de registrados y no registrados y, menos aún, suprimir la de muebles e inmuebles.

Algunos años después, otros profesores han levantado sus voces a favor de efectuar esos cambios en nuestra legislación. Ellos promovieron en el segundo gobierno de Alberto Fujimori la modificación del Código Civil, habiéndose incluso aprobado en el Congreso de la República, un Proyecto de Ley que instituía el doble régimen clasificatorio de los bienes y el sistema de transferencia de propiedad en virtud de la inscripción registral, aplicable para los bienes registrados.

En ese entonces, este Proyecto de Ley fue observado por el Poder Ejecutivo y no se produjo la insistencia del Congreso, por lo que el tema volvió a quedar como elemento de permanente discusión y actualidad.

Puesta en evidencia esa falta de novedad del tema, nos encontramos obligados a poner también en evidencia que en los últimos años hemos cambiado nuestra postura sobre el mismo.

No sé si los años nos han vuelto más reflexivos y cautos, pero simplemente ya no estamos convencidos de la idoneidad de modificar la clasificación de los bienes, ni tampoco de variar las formas de transferencia de propiedad y la naturaleza declarativa del Registro. No, por lo menos en el corto plazo. En el mediano plazo sí.

3.2.2. El Anteproyecto de Ley de Enmiendas del Código Civil de 1984

Entre los tantos intentos dirigidos a modificar el régimen de transferencia de propiedad en nuestro país, destaca el plasmado en el Anteproyecto de Ley de Enmiendas al Código Civil de 1984.⁴¹

En el citado Anteproyecto se proponía realizar cambios significativos, al sugerir que la transferencia de propiedad de los bienes tenga como criterio la clasificación de los mismos en registrados y no registrados. En el caso de los primeros, el Registro sería constitutivo, de modo tal que para transferir la propiedad de un bien registrado constituirá requisito indispensable la inscripción de esa transferencia en el Registro correspondiente.⁴²

Analicemos más detalladamente la propuesta:

⁴¹ Invitamos al lector a revisar nuestro libro *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*, en el cual realizamos un análisis detallado de cada uno de los artículos que conforman dicho Anteproyecto.

⁴² Sobre este tema se ha pronunciado en numerosas oportunidades, el profesor Jorge Avendaño Valdez, quien fuera Presidente de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de Reforma y principal promotor de esta propuesta modificatoria, señalando que:

3.2.2.1. Los bienes y su clasificación

Empecemos por señalar que a partir del proyectado artículo 883 comenzaba una propuesta de transformación dramática del Libro de Derechos Reales. En este artículo se

«A continuación dice el anteproyecto que los bienes también pueden ser registrados o no registrados, según estén incorporados o no a algún registro de carácter jurídico. La clasificación comprende como es comprensible todos los bienes, ya sean corporales o incorporables. Además se trata de todo tipo de registros, no sólo los que conforman los Registros Públicos, sino también los de la propiedad industrial e intelectual, el de minería, el vehicular, el de aviones y el de acciones de las sociedades anónimas, entre otros.

Los bienes no registrados pueden ser registrables si son susceptibles de ser incorporados a un registro existente. Sería éste el caso de un terreno o una casa que no están inscritos pero que podrían estarlo. Son bienes identificables.

¿Qué consecuencias derivan de esta nueva clasificación? Son numerosas, pero por ahora sólo cabe señalar las siguientes:

a) La constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre un bien registrado, requerirá necesariamente de inscripción en el registro respectivo. Esta adquiere así el carácter de *constitutiva*. Lo que no es lo mismo que afirmar que ella legitima o perfecciona el derecho inscrito. Hasta este punto no se ha llegado. Puede ocurrir, por lo tanto, que en el registro haya inscripciones nulas o erróneas, cuya invalidez puede ser declarada judicialmente, conforme lo autoriza actualmente el artículo 2013 del Código Civil.

Por otra parte, la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre un bien no registrado, se produce con la tradición. Esta regla está hoy vigente en el artículo 947 del Código, pero es aplicable a los bienes muebles y sólo en el caso de adquisición de la propiedad.

b) El actual artículo 948 regula la adquisición de un *non domino*, del denominado 'depositario infiel'. Quien recibe como propietario y con buena fe, la posesión de un bien mueble, adquiere el dominio aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para transmitirla.

optaba por regular la forma en que se transfieren los derechos reales, con lo que se derogaban los artículos 947, 948 y 949, que actualmente constituyen la esencia de la transferencia de propiedad.

Para entender esta situación debemos, primero, señalar que el Anteproyecto acogía varias clases de bienes, estos, corporales e incorporeales, muebles e inmuebles, y registrados y no registrados, los cuales se proponía regular en los artículos 885, 886 y 886-A, respectivamente:

Artículo 885.— «Bienes corporales e incorporeales

1. Los bienes son corporales o incorporeales. Los bienes corporales son muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles.
2. Los derechos sobre los bienes incorporeales se rigen por su propia legislación y supletoriamente por este Código».

El anteproyecto mantiene la norma pero la hace extensiva a la adquisición de todos los derechos reales (no sólo la propiedad) y la hace aplicable a todos los bienes no registrados.

c) La Subcomisión de Reales no ha elaborado aún el anteproyecto de los derechos reales de garantía. Pero en conversaciones preliminares, parece haber consenso en que la prenda civil se circunscribirá a los bienes no registrados. La hipoteca recaerá sobre los bienes registrados y cuya identificación e individualidad es indiscutible (los predios, los buques, los aviones, las marcas, las acciones de las sociedades, etc.). La persecutoriedad de la hipoteca será desde luego irrestricta. Habrá también prendas con registro que gravan bienes de discutible identificación cuya persecutoriedad se limita al primer adquirente (caso de las cosechas y de los productos industriales, por ejemplo).

Se llegará por esta vía de la clasificación de los bienes a una solución similar a la de la ley española, que distingue entre prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria». (AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Clasificación de los bienes en función del registro». En: *Revista Jurídica del Perú*, año XL, n.º 10, enero-marzo 1997, CD-Rom.

Sobre este tema consideramos oportuno señalar que, a decir verdad, la distinción entre bienes corporales e incorporeales nunca se discutió, en el sentido de que nadie negó la existencia de ambos tipos de bienes.

Si observamos nuestros actuales artículos 885 y 886 nos podemos percatar fácilmente de que los bienes incorporeales tienen una regulación dentro de la denominación de bienes inmuebles (concesiones mineras) y muebles (los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares).

En el Anteproyecto se prefiere, injustificadamente, eliminar eso que conocemos y asumir que sólo los bienes corporales pueden clasificarse en muebles e inmuebles. Así, con el Anteproyecto se pretendía modificar todo el esquema de la clasificación de los bienes y cómo ellos se transfieren.

¿Qué problema existe en el ejercicio profesional con la distinción entre bienes muebles e inmuebles? En el día a día, lo cierto es que distinguir los bienes en muebles e inmuebles no acarrea problema alguno.

La razón por la cual en la lista de bienes muebles e inmuebles hay bienes que, en efecto, no responden al criterio de movilidad, es para determinar su transferencia, debido a su importancia o magnitud.

Tomemos como ejemplo a las concesiones mineras, que actualmente figuran en el inciso 8 del artículo bajo análisis. Una concesión minera no es la mina, no es el suelo, ni el subsuelo, sino un derecho, el derecho a explotar el subsuelo dentro de un área determinada, con una profundidad infinita. Es así que su no inclusión dentro de los bienes muebles o inmuebles podría producir problemas serios, por lo que el Código Civil debe tomar —como lo hace— partido para evitarlo.

Consideramos que sería insuficiente remitir la regulación de las concesiones mineras a la ley de la materia; en tal sentido, estimamos positivo que nuestro Código actual les otorgue la calidad de inmuebles.

Por otro lado, cabe destacar que entre los temas que han generado debates entre los civilistas se encuentra el relativo al momento o a la forma en que se produce la transferencia de propiedad de las marcas. La Reforma del Código Civil podría ser una oportunidad para zanjar esa duda frente a la cual actualmente hay argumentos jurídicos para defender más de una posición.

Pero esas no son las únicas preguntas que se dejan en el limbo. ¿Qué ocurriría con los bienes incorpóreos no registrados?, ¿cómo se realizaría la tradición de esos bienes?

Si se creara un sistema de transferencia nuevo y completamente distinto al vigente, ese sistema debería ser capaz de contestar de manera perfecta cualquier pregunta.

En nuestra opinión, el error del que adolecía en este tema el Anteproyecto era sostener que la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles no es compatible con la de bienes incorpóreos. En el sistema actual sí se admite esa compatibilidad, la misma que evita que todos los bienes incorpóreos *floten en el aire* y no puedan ser considerados como muebles o como inmuebles.

Además, la clasificación de bienes en muebles e inmuebles es una clasificación presente en el Derecho nacional desde que éste existe, de donde se sigue que la propuesta no sugiere un cambio cualquiera sino uno medular: Algunos bienes serían corpóreos muebles o corpóreos inmuebles y otros serían incorpóreos y nada más, pues allí habría que remitirse a la legislación especial.

Los bienes incorpóreos deberían compatibilizarse de manera perfecta con los muebles e inmuebles. En nuestra opinión, las normas especiales deberían regular lo especial

de la materia, partiendo —justamente— de las pautas generales del Código Civil; no debería optarse por la remisión en un tema tan relevante como éste.

Otro de los problemas del proyectado artículo 885, era que en su inciso 1 se señalaba que los bienes corpóreos pueden ser fungibles o no fungibles, sin pronunciarse respecto a los bienes incorpóreos. Con esa omisión se estaba negando características y cualidades a los bienes incorpóreos.

En la lista que se establecía en el mencionado inciso 1, también se señalaba que los bienes corpóreos pueden ser consumibles o no consumibles; no obstante, se olvida decir, por ejemplo, que pueden ser ciertos o inciertos.

El Anteproyecto, sin embargo, también reconocía la distinción entre bienes muebles e inmuebles, aunque le restaba importancia siendo, como veremos, intrascendente, en la transferencia de propiedad.

Artículo 886.— «Bienes muebles e inmuebles

Los bienes muebles son aquellos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro. Los inmuebles son los predios, incluidos sus partes integrantes y accesorios».

Sobre la base de lo que hemos expuesto al analizar los artículos anteriores, debemos señalar que el proyectado artículo 886, además de constituir una versión *económica* de los actuales artículos 885 y 886, constituía también una versión incompleta y, por ende, imperfecta de los mismos.

Los vigentes artículos 885 y 886 son normas extensas, no por casualidad, sino porque es bueno y útil que lo sean ya que orientan al intérprete de la ley.

Con estas modificaciones no sólo se arrebataría esa orientación, sino que se obligaría a realizar modificaciones a las legislaciones especiales, de modo que se adapten al

nuevo sistema que, lo reiteramos, conllevaría muchos más perjuicios que beneficios.

Artículo 886-A.— «Bienes registrados y no registrados

Los bienes también pueden ser registrados o no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico».

En realidad sobre este tema nos pronunciaremos con mayor profundidad al analizar la fórmula propuesta en el Anteproyecto para la transferencia de la propiedad. Por ahora nos limitamos a comentar que esta clasificación de los bienes actualmente también existe en el Derecho, no sólo peruano, sino universal, pero el sistema —obviamente— no gira en torno a ella.

Tan interesante como relevante resulta el hecho de que en el Anteproyecto se tomaba como criterio que el bien se encuentre o no registrado y, por lo mismo, se obviaba la posibilidad de que el bien sea registrable. Con ello se crea, en nuestra opinión, un sistema intermedio que, como tal, únicamente ofrece soluciones a medias y, por ende, muchos problemas.

3.2.2.2. Transferencia de propiedad: ¿Registro constitutivo para los bienes registrados?, ¿y dónde queda la realidad?

Ahora bien, de acuerdo al sistema que pretendía implantar el Anteproyecto, toda transferencia de bienes registrados se haría con la inscripción en el registro y se encontraría normada en el artículo 883:

Artículo 883.— «Inscripción. Tradición

1. La constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados a que se refiere el

artículo 886-A, se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente.

2. Tratándose de bienes no registrados, la constitución o transferencia de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente.
3. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 1583».

Al respecto debemos señalar que nos sorprendió, y mucho, que se haya optado por la clasificación de bienes en registrados y no registrados. Con un modelo en que los bienes se dividen en registrados y no registrados, la inseguridad jurídica permanece como una constante: Si nunca se registra un bien a pesar de que es registrable, la transferencia se hará siempre vía tradición.

Con un modelo como el que se planteaba en el Anteproyecto se crearían regímenes distintos, ignorando la realidad registral del Perú.

Nos explicamos.

La realidad registral ha mejorado muchísimo desde mediados de los años ochenta. En 1985 Registros Públicos funcionaba en el sótano del Palacio de Justicia; era la más detestable de las dependencias públicas. Todos eran tomos y para sacar una fotocopia había que manipularlos, por lo que a muchos de ellos les faltaban no pocas hojas. A principios de 1986 recién empieza a funcionar el nuevo edificio de Lince.

Gracias a la creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y a óptimas administraciones, Registros Públicos cambió y evolucionó a pasos agigantados.

Hoy Registros Públicos es considerado, según encuestas de opinión, como una de las mejores entidades públicas y una de las que genera mayor confianza entre los usuarios.

Siguiendo ese proceso, que podemos catalogar como natural, resulta evidente que en cinco u ocho años Registros Públicos va a tener una infraestructura, no sólo material sino también de contenido, increíblemente buena, toda vez que —es previsible— contará con un catastro también bueno y completo.

Cuando el desenvolvimiento *natural* de los acontecimientos llegue a ese momento en que la funcionalidad de los Registros Públicos y del catastro alcancen su plenitud, allí sí, estamos seguros, una norma similar —mas no igual— a la del artículo 883 del Anteproyecto debería promoverse y, en definitiva, entrar en vigencia.

Como expusimos en *Doce Razones para pensarlo bien*,⁴³ la realidad actual no nos permite instituir —en el corto plazo— un registro constitutivo que, en teoría, es ideal y superior al registro declarativo.

Con el artículo 883 que proponía el Anteproyecto, ni siquiera se estaba planteando un registro constitutivo; lo que se proponía era una situación más o menos intermedia que tampoco se acoplaba a nuestra realidad, pues nuestra realidad no es intermedia. En este caso, o es conveniente o no es conveniente; lo *conveniente* a medias en verdad no es útil sino perjudicial.

Lo cierto, sin embargo, es que no podemos cegarnos, no podemos esquivar la realidad mirando hacia otra dirección. Los problemas en torno a la transferencia de bienes y la conveniencia o inconveniencia de modificar el esquema

⁴³ CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERASTAIN. «Doce razones para pensarlo bien (a propósito de la antigua —y muy reiterada— aspiración de que la propiedad inmueble se transfiera con la inscripción en el registro)». En: *Cuatro temas de hoy*. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 2005, pp. 65 y ss.

actual, no son problemas en abstracto que puedan resolverse en el ámbito puramente teórico. Los hechos, la realidad, se imponen.

Nuestra oposición a un cambio radical, como el que se formulaba en el Anteproyecto, se sustenta en razones válidas que se derivan de confrontar la aséptica teoría con la dura realidad del Perú:

- El primer problema estriba en que la idiosincrasia de nuestro pueblo, tan proclive a la informalidad en todos los planos, como son la vida misma, la persona, la familia y todos los ámbitos de la actividad jurídica, civil y comercial, no va a cambiar por el solo hecho de que una ley así lo establezca.
- Estimamos que cualquier empeño modificadorio del sistema de transferencia de propiedad tornaría imprescindible realizar un minucioso análisis jurídico y social en el que se pueda establecer si, en la realidad actual de nuestra compleja sociedad, un sistema que se sustenta sobre la distinción de los bienes en registrados y no registrados no conllevaría a la configuración de actos discriminatorios para esa gran parte de nuestro pueblo, que —por distintos factores— se encuentra muy lejos de esa visión de modernidad que hoy se maneja en todo texto o debate académico e incluso en el lenguaje cotidiano, para poder verificar que no se vería perjudicado el mayoritario sector de la población que vive en las zonas urbano marginales o que habita en las áreas rurales del Perú.

A partir de esa apreciación podemos afirmar que pese a que, en principio, el proyecto de modificación tenía carácter universal, el impacto adverso que provocaría su vigencia nos alerta sobre la discriminación indirecta que se configuraría.

- Otra dificultad importante que se desprende de nuestra realidad se encuentra dada por todos los vicios y problemas que existen hoy en día con respecto a la falsificación de títulos. Últimamente una de las actividades favoritas de los delincuentes es la venta de propiedades ajenas o la usurpación de éstas. Las posibilidades de enfrentar esta situación para los legítimos propietarios cuyos derechos aún no han sido inscritos se verían mermadas con un sistema de Registro constitutivo.
- La deficiencia de la infraestructura del Estado constituye también un factor negativo que ejerce influencia en el tema que nos convoca. Tal cual hemos enfatizado, existen zonas en las que dado su alejamiento, el acceso tanto a Registros como al notario se complica tremendamente, siendo, además, costoso en tiempo y dinero. A esto se suma que muchas zonas del interior de nuestro país han sido centro de ataques subversivos que han dejado, entre otros tantos saldos, la destrucción de municipalidades y, con ellas, la destrucción de importante información respecto de los predios y las tierras. Asimismo, debemos resaltar que la falta de conexión o información cruzada entre los Registros genera, también, serias dificultades.
- Uno de los principales argumentos que se esgrimen en aras de la reforma del sistema de transferencia de propiedad, es el económico; si tanto se subraya que ello redundaría en beneficio de toda la sociedad, entonces, resultaría imprescindible realizar un examen riguroso —es decir, con números a vista— que nos permita determinar si el sistema actual que se pretende derogar, es peor —en términos económicos— que el sistema que se piensa implementar. Es necesario determinar —con la mayor certeza po-

sible— si la modificación del sistema de transferencia implicaría o no un aumento en los costos de transacción.

- Junto a todas las razones expuestas debemos agregar una más, la misma que resulta esencial desde el punto de vista registral: Nuestro país carece de un catastro inmobiliario completo, lo que acrecienta la imprecisión e inexactitud del Registro,⁴⁴ en tanto en numerosas ocasiones la realidad física es incompatible con la realidad documentaria, específicamente la notarial y, por ende, con la realidad registral.⁴⁵

⁴⁴ Lo cierto es que la carencia de un medio técnico tan relevante como es el catastro conlleva a que nuestro sistema pierda una serie de ventajas. Entre las ventajas que se pueden destacar tenemos las siguientes:

- Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario.
- Impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes, disminuyendo, por consiguiente, los fraudes vinculados con esta situación.
- Evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podrían conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios.
- Evitaría la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro.
- Suprimiría la posibilidad de que se construya de buena fe sobre un terreno ajeno, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles.
- Debido a la actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.
- Permitiría la identificación de las tierras abandonadas.
- Promovería las operaciones inmobiliarias, las mismas que aumentarían su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles. (VILLEGAS POMA, Edwin Julio. «La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo». En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año 2, n.º 4, marzo 2001, pp. 95 y 96).

⁴⁵ SORIA ALARCÓN, Manuel F. «Hacia un registro de inscripción obligatoria. Modificación del artículo 949 del Código Civil». En:

Así, tal y como quedó acordado en las conclusiones del V Congreso Nacional de Derecho Registral —que tuvo lugar en la ciudad de Trujillo los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2004—, la ausencia de un catastro de bienes raíces que reúna toda la información física relativa a cada predio que es inscrito es una imperfección propia de nuestro sistema, constituyendo de esta manera una razón fundamental por la cual no es posible instaurar un sistema constitutivo de propiedad.

A decir del profesor argentino Alfredo Colmo,⁴⁶ en todos los sistemas que se sustenten en un registro constitutivo es imprescindible que se practique previamente una operación de capital importancia: El catastro de todos los inmuebles.

Tal operación supone varias cosas: el estudio geodésico, sobre el terreno, de cada propiedad, para determinar su ubicación geográfica con respecto a puntos invariables (tal cerro, tal río, tal meridiano, etc.), sus dimensiones, etc.; y el análisis jurídico de los títulos respectivos, en toda la suma de sus antecedentes, transmisiones, etc., para determinar la propiedad, y las afectaciones consiguientes, de los inmuebles. De tal suerte se tiene una delimitación precisa y plenamente objetiva de la situación física y de la condición jurídica de cada una de las propiedades contenidas en el territorio. Así, cuando alguien pretende vender o gravar un inmueble dado, no hace más que ir a los correspondientes registros, que contienen toda la historia de las mutaciones y

Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año 3, n.º 7, febrero 2002, p. 95.

⁴⁶ COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, pp. 232-234.

modificaciones de ese inmueble, a partir de la primera inscripción, para conocer su estado jurídico. De ahí que el título respectivo no sea la escritura o el testamento, sino la inscripción.

Por lo mismo, sean cuales fueren las circunstancias ocultas, no hay más propietario que el que figure como tal en los registros. Es así natural que la inscripción valide el consiguiente derecho y dé pie para rechazar cualquier pretensión contraria, sin perjuicio de las acciones que el verdadero dueño o titular pueda tener contra quien lo ha perjudicado, y aun contra el mismo Estado, en caso de que el registrador, por error o negligencia, haya inscrito mal un título.

Lo cierto es que resulta preciso, tal como es resalta-do por Carlos Cárdenas, llevar adelante la ejecución del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se logrará determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad.⁴⁷ No obstante, mientras esta tarea no sea cumplida, la aspiración de un Registro constitutivo de propiedad sólo será eso, una aspiración.⁴⁸

⁴⁷ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)». En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año 1, n.º 3, noviembre 2000, p. 54.

⁴⁸ El catastro debe, pues, convertirse en el soporte fundamental de los registros. Sin ese apoyo recíproco no podremos aspirar a tener un sistema constitutivo de propiedad.

Como hemos podido comprobar, los sistemas que se sustentan en un registro constitutivo requieren un adecuado y completo catastro para poder funcionar.

- A todo lo anterior podemos incluso agregar las consecuencias prácticas o concretas que podrían generarse si la modificación legislativa que se planteaba se produjese en un contexto como el que acabamos de esbozar, el cual, nos guste o no, es la realidad que hoy enfrentamos.

De esta forma, si hubiese entrado en vigencia el Anteproyecto, y se aprobara un sistema en los términos planteados, es decir, si la propiedad de los bienes registrados sólo se transfiriera por medio de la inscripción registral, ¿qué ocurriría con alguien que deseara vender y cuyo bien estuviera incorporado al registro, pero no tuviera al día una serie de transferencias previas?; ¿qué pasaría si esa persona no tuviera los recursos, ni el tiempo, ni el dinero para regularizar la situación registral del inmueble?; ¿acaso no vendería nunca, porque el Derecho lo estaría condenando —en los hechos— a no hacerlo?; ¿esa persona se quedaría sin recibir el precio que tanto necesita?

«Los catastros complementan los registros proporcionándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos. Los registros complementan los catastros informándoles de los derechos reales que puedan llegar a invocarse sobre las cosas inmuebles cuya existencia surge de las mensuras inscriptas». (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)». *Op. cit.*, p. 55).

Gracias a la defectuosa figura intermedia que se proponía en la citada norma, quien quiere registra y quien no quiere no lo hace. Si no registra la transferencia, aunque se trate de bienes inmuebles, que como tales son registrables, la transferencia se realiza con la tradición, con lo que la seguridad jurídica se ve degradada.

Un gran porcentaje de inmuebles en el Perú no se encuentran registrados y es imposible hacer que todos sus propietarios inscriban, dados los motivos que ya hemos expuesto.

Si en teoría no se ampliara la base de bienes inscritos, únicamente se transferirían —vía inscripción— los bienes que hoy están registrados e incluso muchas personas preferirían no inscribirlos para facilitar las siguientes transferencias, creando un mercado paralelo en el que los bienes valdrían menos por no estar inscritos, pero que a diferencia de los que sí lo están, no serían bienes estáticos.

En ese sentido, si el vendedor necesitara el dinero «sí o sí», es obvio que de todas maneras vendería, «con cargo de regularizar la situación registral en el futuro», recibiendo, obviamente, una cantidad de dinero bastante reducida, en perjuicio de quien más necesita de ese dinero, habida cuenta de que no transferiría propiedad sino sólo posesión.

Si ese propietario que desea vender se apegara a la ley y al Derecho y al no tener en regla la situación registral de su inmueble, se abstuviese de vender, nos encontraríamos frente a una situación en la cual el bien se hallaría absolutamente inmovilizado en el terreno jurídico y en el terreno económico, no pudiéndose transferir en propiedad por haber incurrido el propietario en el *pecado original* de no tener

dinero, conocimientos o asesoría adecuada para regularizar la situación registral del inmueble.

Así las cosas, el nuevo sistema que se proponía de transferencia de propiedad a través de la inscripción en el Registro, tendría como consecuencia el estancamiento de la riqueza, cuando lo que se pretende es su movimiento, su circulación.

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

Ese mercado paralelo e informal constituye, pues, una de las consecuencias más dañinas que podría generar la modificación que se formulaba en el Anteproyecto.

De aceptarse una modificación como la que se planteaba, lo más probable es que igual se transfieran los bienes registrados sin acudir al registro, con lo cual habría una situación en la que se pervertiría el concepto de propiedad, al punto de que se podría distinguir en propiedad absoluta, propiedad relativa y propiedad precaria. Los bienes que circulen en ese mercado paralelo de propiedad precaria estarían enormemente devaluados.

El cuadro que acabamos de delinear es, aunque cueste creerlo, el más esperanzador, pues en el peor de los escenarios nos encontraríamos con la agravación —al extremo— de la informalidad, habida cuenta de que mucha gente no respetaría las nuevas formalidades legales e igualmente vendería sin posibilidad alguna de que dicha venta se inscriba en Registros.

Lo anterior equivaldría a decir que la condición del comprador que no inscribe —que hoy en día sí es propietario a pesar de no contar con derecho inscrito— se degradaría al extremo, constituyéndose en un comprador, no propietario, sin oportunidad alguna de inscribir su derecho.

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos observar que, pese a que los Códigos y los Reglamentos Registrales digan lo contrario, ese comprador (que nunca se habría convertido en propietario) luego venderá a un tercero y éste, a su vez, lo hará con respecto a un cuarto y éste con respecto a un quinto, agravándose al infinito la situación jurídica del bien y de esas personas.

Esa precaria situación jurídica del bien que acabamos de reseñar, podría conducir a su devaluación extrema; podemos imaginar fácilmente a qué precio vil podrá vender el bien ese «quinto» a un hipotético y eventual «sexto», si es que lo llegara a encontrar.

Pero las consecuencias prácticas no terminan allí.

Son muchas las interrogantes que genera el sistema de transferencia que se proponía en el Anteproyecto. Así, siguiendo la lógica de este sistema, cuando alguien celebrara un contrato de compraventa respecto a un bien registrado, si no se realizara la inscripción registral correspondiente, ¿qué es lo que se habría transmitido?

Como todos sabemos, la mayoría de personas que celebran contratos de compraventa sobre un inmueble no realizan la modificación registral de manera inmediata; normalmente ésta se tarda días, semanas o, a veces, incluso meses.

Actualmente, la sola existencia del contrato de compraventa, en virtud del artículo 949 del Código Civil, es lo que otorga seguridad jurídica al comprador.

Con la modificación propuesta el contrato no serviría de nada, de modo tal que mientras la inscripción no se realice, el comprador correría el riesgo de que puedan ocurrir hechos que imposibiliten la transferencia o que el vendedor que haya recibido un adelanto de precio, actúe de mala fe.

Pero ése no sería el único problema. ¿Qué ocurriría cuando se celebrara un contrato de transferencia de un inmueble inscrito y, por alguna razón, haya un defecto formal en la escritura pública que haga que el registrador la observe? Imaginemos que a pesar de que se intentan salvar las observaciones, ello no se logra y la solicitud de inscripción es tachada, por lo que se tendrá que hacer una escritura aclaratoria. En todo este proceso, bastante largo por cierto, ¿en qué situación quedaría quien adquirió el bien y que no podría disponer de él, pues mientras la inscripción no se realice no se convertirá en propietario?

Mientras no se salven los defectos formales y no se tenga un título cien por ciento perfecto, la inseguridad jurídica prevalecerá junto con detestables consecuencias de orden económico. ¿Cómo aprobar algo así en un país donde incluso el tema de la asesoría legal se encuentra devaluado y muy pocas personas naturales recurren a ella para celebrar contratos de transferencia, debido a los altos costos?

Los problemas delineados se acentúan si consideramos que la norma contenida en el artículo 883 del Anteproyecto, no admite pacto en contrario, sino sólo disposición legal diferente, lo que significa, en

otras palabras, que dicha norma sería de orden público, afectando la autonomía privada de las partes.

Todas esas razones, que justifican que actualmente no se deba instituir el registro constitutivo,⁴⁹ son perfectamente válidas para oponernos al sistema híbrido que se quería introducir con el defectuoso artículo 883 del Anteproyecto.

4. FORMALIZANDO LA PROPIEDAD INFORMAL: EL RUMBO NATURAL Y DESEADO DE LAS COSAS

Como es de conocimiento público, uno de los mayores problemas del Perú, es la informalidad.

En ese sentido, esta informalidad se extiende a la propiedad inmueble, manifestándose ella en varios sentidos.

En primer lugar, la informalidad se manifiesta en la ausencia de un catastro inmobiliario actualizado y completo.

Prueba de ello es que la información catastral que tradicionalmente manejaron Registros Públicos, antes de la incorporación del Registro Predial Urbano a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, resulta en extremo insuficiente, llegando a cubrir sólo un porcentaje poco significativo de los inmuebles (predios) de la República.

El segundo aspecto en el que se manifiesta la informalidad, es el relativo a la falta de actualización de los datos en los Registros Públicos, habida cuenta de que todavía la inscripción registral de los actos de transferencia de inmue-

⁴⁹ Invitamos al lector a revisar «Doce razones para pensarlo bien....». En: *Cuatro temas de hoy. Op. cit.*, pp. 65-89.

bles no es constitutiva de derechos, sino meramente declarativa de los mismos.

Y, en tercer lugar, la informalidad se manifiesta por el alto número de inmuebles que no se encuentran registrados.

Si bien son muchos los estudios que se han realizado sobre este importante tema, consideramos necesario revisar lo expuesto por Hernando de Soto quien, independientemente de lo acertado o no de las ideas que plantea, no cabe duda de que es quien mayor difusión ha tenido.

4.1. La tesis de Hernando de Soto

Según De Soto, la teoría económica propone una visión en la cual los derechos de propiedad no se piensan en función del titular, sino en función de la comunidad. Así, la idea que subyace a los derechos de propiedad desde una perspectiva económica no es la de desarrollar mecanismos que beneficien exclusivamente al titular, sino en brindar herramientas que lo incentiven a invertir de modo que su bien aumente su valor en beneficio de todos.

De Soto tiene el mérito de haber identificado y sistematizado los costos que acarrea la formalidad, los cuales, en general, se dividen en dos grandes grupos. Por un lado, los costos de acceso y, por otro, los costos de permanencia.

Según él, en los primeros, y situándonos en el ámbito de los derechos reales, se encontrarían, además de los costos propios de la transacción en sí misma, los costos notariales y registrales. En el segundo, en esencia, se encontrarían los costos de tributación.

Pese a que no hay modo de negar la existencia de los costos de la formalidad, quienes viven al margen de la legalidad se ven forzados a asumir otros costos por ser informales.

En esta parte, De Soto distingue dos categorías: los costos de ser ilegales y los costos de no tener buena ley.

Entre los costos de ser ilegales se encuentran los costos de evitar la sanción, lo que se suele relacionar directamente con la corrupción; los costos por transferencias netas; los costos de evitar impuestos.

De acuerdo a De Soto, los informales no sufren sólo por ser ilegales sino también porque les falta un Derecho que garantice y facilite la eficiencia de sus actividades económicas, es decir, la buena ley.⁵⁰

En ese orden de ideas, el citado autor señala que el costo más relevante de no contar con buena ley es no contar con derechos de propiedad seguros y confiables, lo que deriva en tres conclusiones:⁵¹

- La primera conclusión es que los informales no aprovechan ni preservan los recursos a su disposición con toda la eficiencia que podrían, si estuvieran seguros de sus derechos. Se produce una disminución en la inversión agregada.

«Los derechos de propiedad seguros, por el contrario, estimulan a sus titulares a invertir en sus propiedades, pues les dan la seguridad de que ellas no serán dañadas ni usurpadas. Por eso, desde un punto de vista estrictamente económico, los derechos de propiedad sobre los bienes no tienen como principal objetivo beneficiar al individuo o entidad que es su titular, sino, más bien, proporcionarle los incentivos necesarios para que les agreguen valor, in-

⁵⁰ DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1987, Séptima Edición, p. 203.

⁵¹ DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Op. cit., pp. 204 y ss.

virtiendo, innovando o combinándolos provechosamente con otros recursos, de lo que se deriva un resultado beneficioso para la sociedad».⁵²

- La segunda conclusión a la que arriba De Soto es que los informales no pueden transferir sus propiedades con la facilidad deseable, de donde se sigue que tampoco pueden asignarles usos de mayor valor, ni aprovecharlas en forma de garantías. Como resulta evidente, esto los perjudica puesto que limita la movilidad de sus propiedades como factores de producción y disminuye, por lo tanto, la productividad de sus recursos.
- La tercera conclusión a la que llega, es que los informales incurren en costos sustanciales para defender sus posesiones y satisfacer la necesidad de bienes públicos a través de la creación y operación de miles de organizaciones diferentes.

A partir de estas conclusiones el autor agrega que entre los informales la falta de títulos de propiedad seguros y de registros públicos que los contengan hace difícil establecer la validez de su derecho. Usualmente —por no decir siempre— su pretensión a la propiedad se logra a través de contratos o vínculos informales que son muy difíciles de transferir a un comprador eventual.

En ese caso —continúa De Soto— un comprador potencial deberá invertir tiempo y dinero para informarse de la influencia que tienen tales factores en la validez de su derecho expectatio de propiedad y poder deducir si es que puede defender dicha propiedad en el futuro con la misma habilidad y bajos costos que el vendedor.

⁵² DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Op. cit., pp. 204 y 205.

La dificultad de transferir un bien resta siempre estímulos a la especialización de los recursos, ya que para los informales es indispensable poseer un largo tiempo antes que su derecho a la propiedad esté legalmente reconocido.

De Soto asegura que el Perú se encuentra inmerso en un sistema mercantilista que lo condena a evitar que pueda desarrollarse económicamente. Para él, el mercantilismo se sustenta en un método de producción de normas que hace escarnio de las más elementales prácticas democráticas.

Uno de los grandes problemas que nos aqueja es, según la tesis de De Soto, que nuestro país se sostiene en un sistema de redistribución de la riqueza, obviando, con ello, que únicamente puede alcanzarse el desarrollo si se produce riqueza.

Así, para De Soto, la informalidad y sus costos tienen como causa preponderante a la telaraña legal que impera en nuestro país y que hace que la mayoría se rebele contra el sistema que, argumenta, los ignora.

Para De Soto la mejor explicación de la existencia de la informalidad es el Derecho. De allí que sostenga que el cambio legal es una forma más sencilla y barata de lograr la integración de formales e informales que intentar cambiar la idiosincrasia de estos últimos para demostrarles cómo opera la ley existente y, procurando lograr un cambio profundo en su cultura.⁵³

«Ahora bien, no basta que una buena ley sea neutra y no induzca a la gente a ser informal, sino que debe hacer, por lo menos, dos cosas. En primer lugar, proporcionar incentivos para tomar las decisiones que permitan aprovechar las oportunidades económicas y sociales que el país

⁵³ DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Op. cit., p. 101.

ofrece; y en segundo lugar, facilitar la especialización y la interdependencia de hombres y recursos».⁵⁴

Según De Soto, lo anterior nos conduce a la conclusión de que, en definitiva, los derechos de propiedad deben regularse de una manera tal que se incentive un modelo de sociedad creador de recursos y no simplemente redistribuidor de los mismos.

Si hay algo que no podemos evadir es que, en efecto, la falta de un sistema legal de derechos de propiedad eficiente perjudica a todos, formales e informales, no obstante lo cual no creemos que las soluciones esbozadas por De Soto sean las más apropiadas.

Para De Soto la solución consiste en simplificar, descentralizar y desregularizar.

El problema es que muchas personas suelen confundir el verdadero contenido de la simplificación. En general, la mayoría cree que la simplificación puede lograrse simplemente con eliminar etapas. De esta manera, entre las opciones que se sugiere se encuentra la supresión de la actividad notarial, de modo tal que su participación ya no sería necesaria para la transferencia de propiedad como paso previo al registro.

Con una propuesta como ésta, en verdad lo que se estaría logrando es reducir costos de acceso, pero sacrificando la propia seguridad jurídica, lo que —en estricto— generaría mayores y más graves costos a las partes y a la sociedad en su conjunto.

Si bien es cierto que los costos notariales pueden ser considerados relativamente altos en comparación con los ingresos del peruano promedio, tal situación no puede con-

⁵⁴ DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Op. cit., p. 231.

ducirnos a inferir —irresponsablemente— que deba eliminarse la intervención de los Notarios, a efectos de intervenir en los actos de transferencia de bienes muebles, como requisito para su ulterior inscripción en los Registros Públicos.

No creemos tampoco que la solución a este serio inconveniente sea el auspiciar el notariado libre, ya que nuevamente se estaría pretiriendo la seguridad jurídica en aras de una reducción superficial de los costos que —nos vemos obligados a reiterar— en realidad se acrecentarían por la incertidumbre que prevalecería en toda transacción.

Recordemos que el Notario Público no sólo dará fe del acto que se realiza en su presencia o del acto que autoriza, sino además —para cubrir una ineludible necesidad de Justicia y equidad— se asegurará de que la voluntad de los intervinientes es la que éstos realmente han tenido, y que además, están plenamente conscientes de los alcances del mismo, a través del deber de asesoramiento que también tiene.

Además, debemos recordar que corresponde al Notario la función de absolver dudas y aconsejar los caminos más adecuados para dar viabilidad jurídica a las finalidades lícitas del negocio que se pretenda celebrar; y, asimismo, prevenir, precaver para asegurar el cumplimiento de estas finalidades, garantizando a todas las partes intervinientes una función preventiva y cautelar.⁵⁵

En cuanto a la descentralización, que implica traspasar responsabilidades legislativas y administrativas del gobier-

⁵⁵ PÉREZ SILVA, Rafael Humberto. «Buscando el fundamento de la publicidad registral. (Disquisiciones acerca de la búsqueda de seguridad jurídica)». En: *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 36, julio 2002, CD-Rom.

no central a los gobiernos e instancias locales y regionales, debemos señalar que tampoco constituye de por sí una solución idónea, en tanto significaría que las normas regirían por zonas y podrían convivir innumerables sistemas de derechos de propiedad en el Perú.

Hace poco tiempo, el proyecto de Regionalización fracasó. En el Referéndum los ciudadanos se decidieron por el «No», lo que demuestra lo lejos que estamos de que una propuesta como la que ofrece De Soto funcione. Además, debemos ser conscientes de que la convivencia de diversos sistemas de derecho de propiedad tiene mayores probabilidades de lograr confusión e inseguridad jurídica, que beneficios para el sistema.

En tal sentido, consideramos que la labor que vienen realizando COFOPRI y Registros Públicos —y de la cual hablaremos más adelante— se presenta no sólo como una opción más viable, sino también como una mejor opción.

Por último, la desregularización, que conlleva a que el Estado no controle la economía por medios de control y regulación sino a través de un control *ex-post* basado en resoluciones judiciales, resulta más que complicada en un país como el nuestro.

No olvidemos que nuestra realidad presenta una Administración de Justicia alejada de la justicia. Así, entre los rasgos de nuestra Administración de Justicia, tenemos: La ausencia de una política judicial seria, precisa y bien determinada; un sistema deficiente de selección de jueces y magistrados, inestabilidad de estos últimos, falta de independencia y autonomía del Poder Judicial, falta de seguridad jurídica, altos costos y, por supuesto, el problema de corrupción que se da en todo nivel. No es de extrañar, entonces, la desconfianza y el recelo que tiene todo peruano respecto del Sistema Judicial.

En una realidad como la delineada resulta claro que la tesis de De Soto no puede llevarse a la práctica. Sustentar nuestro sistema en un control *ex-post* que tenga como protagonista principal al Poder Judicial, significa condenarlo a la incertidumbre, o, en otras palabras, al fracaso.

Lo cierto, entonces, es que la desregularización que propone De Soto no sólo requiere de un sistema eficiente de resolución de conflictos, sino también de una sociedad distinta a la que hoy tenemos, ya que —como hemos apreciado al revisar las razones que imposibilitan que hoy se implante un registro constitutivo—, existe una enorme brecha entre la realidad que deseamos y la que tenemos.

Como puede apreciar el lector, si bien estamos de acuerdo con la mayoría de premisas de las que parte Hernando de Soto, no lo estamos con las conclusiones a las que arriba.

No podemos negar la importancia económica de los derechos de propiedad y, por ende, la importancia de contar con un sistema de propiedad idóneo, capaz de otorgar al titular del derecho incentivos para invertir, toda vez que facilita las transacciones.

Tampoco podemos negar que la informalidad y la consecuente inseguridad de la que va acompañada, tienen el efecto de reducir la inversión, además —claro está— de reducir el valor del bien.

Coincidimos, también, en que resulta necesario reducir los costos de la formalidad, a fin de combatir la informalidad.

Ahora bien, pese a aceptar la validez de todas estas premisas, no compartimos, tal cual hemos enfatizado hace unos momentos, sus conclusiones. En nuestra opinión, De Soto ha subestimado el valor de los factores no jurídicos que han determinado que, hasta la fecha, aún no sea posible solucionar el problema de la propiedad informal.

A decir de Samuelson:⁵⁶

«La lógica de De Soto acepta implícitamente un supuesto modelo económico ya común y que la naturaleza humana es universal. Enfrentada a iguales incentivos, la gente responde de la misma manera. Pero la naturaleza humana no es uniforme; está moldeada por la historia, la geografía, la religión, el clima y la tradición, influencias todas que crean la idiosincrasia. Los pueblos del mundo tienen diversos valores, creencias y costumbres; se comportan de modo diferente y forman sociedades con sistemas políticos y legales distintos. Esta observación es de mero sentido común, pero también conduce a una conclusión políticamente incorrecta: Algunas sociedades pueden estar culturalmente más inclinadas que otras al crecimiento económico. Las mismas fuerzas que afectan a los sistemas de los derechos de propiedad afectan también, para bien o para mal, a la empresa, la inventiva y la acumulación material.

La cultura modifica las plañideras conclusiones de De Soto. La suya es una teoría de desarrollo monótona, cuando se trata de un proceso mucho más complejo. Los derechos de propiedad no representan la totalidad del progreso, sino el simple reflejo de una idiosincrasia de mayores alcances».

Como demostraremos más adelante, la solución no es simplemente modificar el sistema legal, pues esa modificación de nada va a servir y, en cambio, puede producir efectos contrarios a los deseados, si se realiza en un contexto como el que ahora tenemos. Las condiciones para el cambio todavía no están dadas, nos encontramos en un momento de transición en el cual hace falta, antes de aprobar cualquier modifica-

⁵⁶ SAMUELSON, Robert J., *El espíritu del capitalismo: Los valores y la cultura impactan al progreso social*. En: <http://www.foreignaffairs-esp.org/20010201faenespreviewessay4844/robert-j-samuelson/el-espiritudelcapitalismo-los-valores-y-la-cultura-impactan-al-progreso-social.html>

ción radical, crear las condiciones para que cuando dicha modificación se realice, logre alcanzar plena vigencia.

4.2. *¿Dónde estamos y hacia dónde vamos?*

Afortunadamente, la desregularización y los cambios legislativos sin brújula no se han impuesto, como tampoco se ha impuesto aún el registro constitutivo, sencillamente —lo creemos— porque todavía no es el momento.

Las propuestas que han sido acogidas desde 1996 han estado encaminadas a lograr la formalización masiva de la propiedad a través de procesos estandarizados y simplificados, en los cuales la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) ha cumplido un rol protagónico.

Antes de revisar dichas propuestas que han permitido que se produzca un significativo avance, que nos acerca a la meta de la formalización de la propiedad, juzgamos conveniente resaltar algunos de los aspectos más importantes de COFOPRI pues, lo reiteramos, constituye uno de los principales actores de ese proceso.

Igualmente resulta pertinente señalar que la Formalización de la Propiedad⁵⁷ es el conjunto de acciones de carácter legal, técnico y de difusión, que tienen las siguientes finalidades:

1. Definir la titularidad de la propiedad de los predios ocupados por Posesiones Informales.
2. Efectuar el saneamiento físico y legal de los predios ocupados por las Posesiones Informales.

⁵⁷ Artículo 2 del Reglamento de Formalización de la Propiedad, Decreto Supremo n.º 013-99-MTC.

3. Solicitar la inscripción registral de la titularidad de COFOPRI, cuando se trata de predios estatales, fiscales o municipales ocupados por Posesiones Informales, o la inscripción registral de la titularidad de los propietarios privados, cuando éstos hayan acordado transferir su propiedad a los integrantes de las Posesiones Informales o a COFOPRI.
4. Otorgar derechos de propiedad de los lotes y fomentar su inscripción registral, en favor de sus poseedores debidamente calificados, cuando se trate de predios que se hubieran inscrito a nombre de COFOPRI.
5. Evaluar las características de los títulos de propiedad que hubieran sido otorgados por otras entidades que tuvieron competencia con anterioridad a COFOPRI, estén o no inscritos, para evaluar la correspondencia entre la información consignada en el título y/o la inscripción registral, con la realidad física del lote y con la realidad jurídica del titular, con el objetivo de efectuar las acciones de saneamiento, rectificación, regularización del tracto sucesivo e inscripción que resulten necesarias, para darle validez o eficacia al título de propiedad.

Las acciones mencionadas se inscribían en el Registro Predial Urbano, actualmente integrado al Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, con excepción de aquéllas que debían efectuarse en el Registro de la Propiedad Inmueble, con el objeto de ejecutar los bloqueos, cierres, cancelaciones de partidas y otras necesarias, para ser trasladadas al Registro Predial Urbano.

Cabe indicar que la Formalización de la Propiedad de Posesiones Informales, supone el desarrollo de dos procesos:⁵⁸

1) El Proceso 1: Formalización Integral.

La Formalización Integral, a través de la cual COFOPRI efectúa los estudios físicos y legales de los terrenos ocupados por las Posesiones Informales, con el objeto de identificar los derechos que pudieran existir sobre ellos, las características físicas de la ocupación, ejecutar las acciones de saneamiento físico y legal, solicitar la inscripción de la titularidad del derecho de propiedad a su favor, o a favor de los propietarios privados que hubieran acordado transferir su propiedad a los poseedores o a COFOPRI.

2) El Proceso 2: Formalización Individual.

Este Proceso se inicia una vez culminado el Proceso 1: Formalización Integral, y tiene por finalidad identificar, mediante el empadronamiento, a los poseedores, así como calificar a los mismos, o verificar a los propietarios de los lotes del terreno formalizado.

La calificación tiene como objetivo evaluar si el poseedor cumple con los requisitos de posesión, determinados por el Reglamento de Formalización de la Propiedad, para recibir la adjudicación del derecho de propiedad del lote ocupado.

⁵⁸ Artículos 6, 7 y 8 del Reglamento de Formalización de la Propiedad.

En el supuesto de que el poseedor cuente con un título de propiedad, inscrito o no en el Registro de la Propiedad Inmueble o en el Registro Predial Urbano, ambos actualmente integrados en el Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, otorgado por entidades que tuvieron competencia con anterioridad a COFOPRI, la verificación tiene por finalidad evaluar la correspondencia entre la información consignada en el título y/o la inscripción registral, con la realidad, con el objeto de ejecutar las acciones de saneamiento, rectificación, regularización del tracto sucesivo e inscripción que resulten necesarias, para darle validez o eficacia al título de propiedad.

4.2.1. COFOPRI

Este avance, reconocido a nivel jurídico, se ha visto acompañado de otros cambios significativos que consideramos necesario reseñar, así como también estimamos imprescindible revisar algunos de los aspectos más importantes de las reformas que se han realizado en las últimas décadas.

Según información oficial de la propia COFOPRI, la estrategia de la Reforma antes de 1996 consistió en un cambio del marco legal e institucional, así como la creación de COFOPRI y del Registro Predial Urbano, además de la implementación del Plan Nacional de Formalización, que incluye una simplificación administrativa y de procesos a economías de escala y bajo costo.

En general, la reforma legal comprendió la incorporación de mecanismos utilizados por la población y sus organizaciones, otorgando seguridad jurídica a los títulos en virtud de una base gráfica georeferenciada e inscripción en el registro. En esta etapa se crearon, además, procedimien-

tos administrativos para la prescripción adquisitiva y el tracto sucesivo. Como complemento, se buscaron métodos ágiles de resolución de conflictos, tales como la conciliación y el Tribunal Administrativo de la Propiedad.

La Reforma de 1996 fue planteada teniendo como contexto previo un cuadro alarmante caracterizado por la migración masiva del campo a la ciudad, inseguridad jurídica, más de 2 millones de lotes ocupados informalmente y un marco legal e institucional inadecuado.

Las Entidades competentes para actuar a fin de formalizar la propiedad han variado a lo largo de los años. Entre 1946 y 1981 la entidad encargada era el Gobierno Central, de 1986 a 1989 la competencia se trasladó a los municipios para, a partir de 1989 y hasta 1996, regresar al Gobierno Central.

Es en 1996 cuando se produce un gran cambio, al otorgarle a COFOPRI la competencia, misma que tendría hasta el año 2001 en que se crean las Comisiones de Formalización de la Propiedad Informal, que funcionaron hasta el 2004. Dichas Comisiones, a las que se les encargó la función de dirigir el proceso de formalización de la propiedad informal, eran presididas por los alcaldes de las municipalidades y sus secretarías técnicas se encontraban a cargo de COFOPRI.

Así, el 15 de marzo de 1996, mediante Decreto Legislativo n.º 803, Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, se creó la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI).

La Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), es definida en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁹ como un Organismo Público Descentralizado (OPD)

⁵⁹ Artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, Decreto Supremo n.º 099-99-MTC

del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Actúa como órgano técnico de asesoramiento de las Municipalidades Provinciales y otras entidades del Estado que lo soliciten, en materia de formalización y elaboración de catastro de la propiedad urbana, con la finalidad de consolidar los derechos de propiedad y la promoción del acceso al crédito.⁶⁰

El objetivo principal de COFOPRI es permitir que la propiedad predial de los sectores informales de menores recursos económicos, pueda convertirse en activos líquidos, que resulten susceptibles de integrarse al mercado y ser objeto de transacciones; de tal manera que se genere el incremento del valor de las propiedades y se posibilite, a sus propietarios, el acceso a los servicios de infraestructura básica.⁶¹

En tal sentido, su misión comprende tres objetivos principales:⁶²

- Facilitar la generación de derechos de propiedad inmueble sostenibles en el tiempo y seguros jurídicamente, asesorando y capacitando a los diferentes niveles de gobierno en el saneamiento físico legal de predios, formalización de la propiedad y catastro, con tecnología y personal calificados que per-

y artículo 3 del Estatuto de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal, Decreto Supremo n.º 014-98- MTC, y artículo 1 del Decreto Supremo n.º 019-2006-VIVIENDA.

⁶⁰ Página institucional de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal: <http://www.cofopri.gob.pe>

⁶¹ Artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal y artículo 4 del Estatuto de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal.

⁶² Página institucional de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal: <http://www.cofopri.gob.pe>

mitan la satisfacción de la población beneficiada y de sus clientes.

- Contribuir a la mejora de la calidad de vida de la población formalizada, propiciando su inserción a la economía formal, como vía para impulsar el desarrollo del país.
- Diseñar y promover mecanismos que garanticen la continuidad de la población en la formalidad.

COFOPRI tiene, entonces, como su función eje el diseño y la ejecución de un Programa de Formalización de la Propiedad, y de su mantenimiento dentro de la formalidad. Esta Comisión centraliza las competencias y la toma de decisiones respecto de las cuestiones des-critas.

En este orden de ideas, resulta pertinente señalar que además de las ventajas mencionadas —de orden patrimonial, legal, social y económico—, la seguridad jurídica que otorga un título de propiedad emitido por COFOPRI también genera beneficios de orden psicológico en el individuo, en la medida de que la informalidad de la propiedad imprimía en los poseedores experiencias negativas y sentimientos de inseguridad y angustia derivados de la incertidumbre de la posesión, por lo que la formalización de la propiedad ha aliviado gastos económicos y ha evitado desgastes personales; habida cuenta de que la formalización efectuada por esta Comisión incluye la solución integral de todos los litigios respecto de la propiedad de los bienes inmuebles.⁶³

⁶³ EGUREN CIURLIZZA, Lorenzo, Úrsula PAREDES VILLALONGA y otros. *Formalización de la Propiedad Urbana en el Perú. Cuatro historias de éxito*. Lima: Ministerio de Justicia, Comisión de Formalización de

4.2.2. *Por buen camino*

De la realidad registral que describía don Manuel Augusto Olaechea en el Memorándum que dirigió hace ochenta años a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, hoy queda poco. Los logros alcanzados por el Perú en esta área en los últimos veinte años son notorios. A diferencia de lo que ocurría a principios de los años ochenta del siglo XX, cuando se discutía el sistema a adoptar en el Código Civil de 1984, nuestros registros ya no consisten en enormes y casi deshojados tomos amontonados en el sótano del Palacio de Justicia.

Definitivamente, en cuanto a Registros Públicos se ha avanzado mucho.

De igual manera y como se puede apreciar al revisar los logros alcanzados por COFOPRI, el sistema catastral también ha evolucionado enormemente.

Todos estos cambios se han visto reflejados en el campo jurídico. De esta forma, no es de extrañar que en noviembre del 2004 la Ley n.º 28391 haya declarado de preferente interés nacional la formalización de la propiedad informal, con su respectiva inscripción registral, respecto de los terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales, urbanizaciones populares y toda otra forma de posesión, ocupación o titularidad informal de predios que estén constituidos sobre inmuebles de propiedad estatal, con fines de vivienda. Asimismo, comprende dentro de los alcances del objeto de esta Ley a los mercados públicos informales.⁶⁴

la Propiedad Informal y Proyecto Derechos de Propiedad Urbana, 2002, p. 73.

⁶⁴ Artículo 1 de la Ley n.º 28391: Ley de formalización de la propiedad informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares.

De igual manera, no resulta extraño que en esa misma Ley se confirme la competencia de las Municipalidades Provinciales en el saneamiento físico legal de asentamientos humanos y, asimismo, se ratifique el rol de COFOPRI como órgano técnico de asesoramiento de aquéllas.⁶⁵

Por supuesto, tampoco asombra que en su artículo 13 se declare de preferente interés nacional el saneamiento catastral y registral de las áreas geográficas de predios ubicados en las habilitaciones urbanas formales y en los cercados de las capitales de departamentos inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble a cargo de la SUNARP. Para dicho efecto, SUNARP puede contar con el apoyo técnico de COFOPRI, entidad que ejecutará a título oneroso el saneamiento catastral, encargándose de relacionar derechos de propiedad inscritos en el Registro de Predios.

⁶⁵ Artículo 3.— «Entidades competentes del proceso de formalización 3.1. Las municipalidades provinciales, en el ámbito de sus circunscripciones territoriales, asumen de manera exclusiva y excluyente la competencia correspondiente a la formalización de la propiedad informal hasta la inscripción de los títulos de propiedad, en concordancia con lo dispuesto por el numeral 1.4 del artículo 73 y numeral 1.4.3 del artículo 79 de la Ley n.º 27972. 3.2. Las municipalidades provinciales planifican, organizan y coordinan, en armonía con los planes de desarrollo urbano de cada localidad, el proceso de formalización de la propiedad informal mediante el reconocimiento, verificación y saneamiento físico legal de los asentamientos humanos, hasta la inscripción de los títulos u otros instrumentos en el Registro de Predios o en el Registro Predial Urbano, en tanto éste continúe operando como órgano desconcentrado de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

3.3. Corresponde al Alcalde Provincial, en el ámbito de su circunscripción territorial, suscribir los títulos de propiedad y los demás instrumentos de formalización».

La preocupación que se ve reflejada en la citada Ley, así como la labor que vienen realizando COFOPRI, SUNARP y el resto de entidades vinculadas, se manifiesta en la realidad de una manera innegable.

Desde el año 1996 hasta el mes de junio de 2005, se han formalizado e inscrito en el Registro Predial Urbano, actualmente integrado al Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 1'454,161 títulos y 1'965,818 lotes, a nivel nacional, como lo demuestra el siguiente cuadro:⁶⁶

| Departamento | Total General | |
|-------------------|----------------|----------------|
| | Lotes | Títulos |
| Cañete | 18,527 | 10,520 |
| Huacho | 18,251 | 5,218 |
| Lima Cono Este | 221,381 | 181,588 |
| Lima Cono Norte | 294,789 | 238,516 |
| Lima Cono Sur | 246,496 | 212,022 |
| Total Lima | 799,444 | 647,864 |
| Amazonas | 1,610 | 51 |
| Ancash | 101,522 | 80,847 |
| Arequipa | 219,019 | 160,632 |
| Ayacucho | 80,633 | 44,169 |
| Cajamarca | 5,741 | 2,368 |
| Cerro de Pasco | 18,373 | 8,128 |
| Cusco | 7,329 | 2,548 |

⁶⁶ Página institucional de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal: http://www.cofopri.gob.pe/02_seguridad.htm

| | | |
|-----------------------|------------------|------------------|
| Huancavelica | 10,119 | 2,953 |
| Huaraz | 10,201 | 3,627 |
| Ica | 84,250 | 61,836 |
| Junín | 48,129 | 27,845 |
| La Libertad | 156,681 | 110,855 |
| Lambayeque | 125,646 | 88,775 |
| Loreto | 47,853 | 40,626 |
| Moquegua | 33,372 | 25,556 |
| Piura | 123,472 | 81,902 |
| Puno | 1,992 | 811 |
| Tacna | 54,422 | 41,141 |
| Tumbes | 8,892 | 1,918 |
| Ucayali | 27,118 | 19,709 |
| Total Provincias | 1'166,374 | 806,297 |
| Total Nacional | 1'965,818 | 1'454,161 |

Asimismo, el siguiente cuadro revela el mismo número de títulos de propiedad y lotes inscritos hasta mayo de 2005, es decir 1'445,394 títulos y 1'954,395 lotes, a nivel nacional, pero distinguiendo esta cantidad, de acuerdo al tipo de posesión de que ha sido objeto el lote:⁶⁷

⁶⁷ Página Institucional de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal: http://www.cofopri.gob.pe/06_aspectos.asp?i=2

| Departamento | Asentamientos Humanos | | Urbanizaciones Populares | | Programas de Vivienda | |
|------------------|-----------------------|-----------|--------------------------|---------|-----------------------|---------|
| | Lotes | Títulos | Lotes | Títulos | Lotes | Títulos |
| Cañete | 17,943 | 10,240 | 0 | 0 | 423 | 277 |
| Huacho | 14,387 | 4,459 | 587 | 215 | 1,924 | 541 |
| Lima Cono Este | 143,749 | 125,473 | 29,931 | 16,265 | 47,678 | 39,674 |
| Lima Cono Norte | 202,797 | 178,174 | 33,819 | 15,875 | 58,117 | 44,354 |
| Lima Cono Sur | 183,994 | 163,636 | 13,413 | 7,878 | 49,045 | 39,947 |
| Total Lima | 562,870 | 481,982 | 77,750 | 40,233 | 157,187 | 124,793 |
| Amazonas | 1,610 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Ancash | 74,939 | 60,954 | 3,112 | 1,148 | 23,439 | 18,106 |
| Arequipa | 195,875 | 144,641 | 991 | 560 | 20,821 | 14,235 |
| Ayacucho | 76,302 | 43,091 | 0 | 0 | 1,707 | 914 |
| Cajamarca | 5,138 | 1,312 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Cerro de Pasco | 18,372 | 8,121 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Cusco | 6,397 | 1,749 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Huancavelica | 8,116 | 2,085 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Huaraz | 8,069 | 2,909 | 0 | 0 | 2,132 | 718 |
| Ica | 74,794 | 55,908 | 1,202 | 329 | 8,242 | 5,592 |
| Junín | 44,237 | 24,231 | 1,894 | 1,426 | 1,960 | 1,539 |
| La Libertad | 142,681 | 101,323 | 1,505 | 624 | 12,226 | 8,837 |
| Lambayeque | 113,370 | 82,462 | 2,421 | 347 | 9,823 | 5,769 |
| Loreto | 46,174 | 39,347 | 0 | 0 | 1,430 | 1,202 |
| Moquegua | 24,954 | 18,473 | 0 | 0 | 8,414 | 7,072 |
| Piura | 112,220 | 76,666 | 28 | 9 | 10,189 | 4,615 |
| Puno | 1,992 | 514 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Tacna | 45,256 | 35,122 | 2,568 | 1,288 | 6,593 | 4,706 |
| Tumbes | 8,305 | 752 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Ucayali | 25,712 | 19,062 | 0 | 0 | 1,378 | 628 |
| Total Provincias | 1'034,513 | 718,722 | 13,721 | 5,731 | 108,354 | 73,933 |
| Total Nacional | 1'597,383 | 1'200,704 | 91,471 | 45,964 | 265,541 | 198,726 |

Conviene señalar que de acuerdo al artículo 4 del derogado Decreto Legislativo n.º 495, para efectos registrales, se consideraba como título al formulario impreso, denominado como formulario registral, con la documentación que le servía de sustento, en el que conste la información relativa a los solicitantes, los datos del inmueble materia de la inscripción y las condiciones del derecho, o acto o contrato que se registre.

El artículo 5 del mismo cuerpo normativo prescribía que los contratos cuya inscripción se solicitara, podrían constar en escritura pública o en documento privado; de donde se sigue que para efectos de las inscripciones en el Registro Predial Urbano, los usuarios del servicio podían hacer uso indistinto de una escritura pública —que es un instrumento público— o de un formulario registral, que es un documento privado, pues uno u otro eran considerados como suficientes para dar mérito a la inscripción de los actos o derechos inscribibles en dicho Registro.

Se desprende de la citada norma, que en ausencia de escritura pública, para efectos registrales se consideraba como título al formulario registral. En consecuencia, si se cuenta con una escritura pública, no se requerirá que el formulario registral contenga el acto o contrato materia de inscripción; en cambio, si se cuenta con una minuta, un contrato privado u otro documento similar, el formulario registral sí deberá contener el acto o contrato materia de inscripción, en cuyo caso los documentos privados se adjuntarán como documentos complementarios. Asimismo, el formulario registral podrá contener el acto jurídico o contrato, caso en el cual no se requerirá instrumento adicional.⁶⁸

⁶⁸ Resolución n.º 151-2005-SUNARP-TR-L del 18.3.2005, Resolución n.º 125 2005-SUNARP-TR-L del 4.3.2005.

En el artículo 28 del reglamento, se regulaba la función del notario y del abogado que certificaban el formulario registral, regulación que tenía por finalidad dotar de seguridad jurídica al acto de inscripción —los cuales, resulta importante señalar, podían ser de primera inscripción o segundos actos que podrían, en consecuencia, consistir en transferencias de propiedad—:

«El formulario registral será suscrito por el solicitante de la inscripción, salvo que contenga el acto jurídico o el contrato mismo, en cuyo caso deberá ser, además, firmado por todos los contratantes o intervinientes en el acto jurídico contenido en el título, y certificado por notario público o abogado colegiado.

Al suscribir el formulario registral, el notario público o abogado colegiado verificará que las firmas puestas en el contrato correspondan realmente a los intervinientes en el acto o contrato, que éstos expresan su voluntad libremente, que dichos intervinientes gozan de capacidad legal y que las condiciones del acto o contrato y los datos relativos al inmueble están clara y correctamente expresados.

Para firmar el formulario registral el notario público o abogado colegiado deberá haber ingresado al índice respectivo del Registro».

Vale destacar nuevamente que con la presencia del notario o del abogado⁶⁹ certificante se pretendía brindar

⁶⁹ El artículo 25 del Decreto Supremo n.º 033-2001-JUS, que aprobó el Reglamento de los Índices de Profesionales del Registro Predial Urbano, estableció que es función y obligación del notario público o abogado que suscribe el formulario registral y documentos anexos que requieran su intervención, certificar:

- a) Que las firmas y/o huellas dactilares que constan en el formulario registral, contrato u otro documento que suscribe, han sido puestas en su presencia y que corresponden a los otorgantes o intervinientes del acto respectivo;
- b) Que la manifestación de voluntad corresponde a los intervinientes;

mayor seguridad a la inscripción realizada mediante formulario registral. Así, lo afirmado por el solicitante tenía carácter de Declaración Jurada, de manera tal que éste, junto con el notario o abogado que lo certifique, se hacían responsables.

El empleo de los formularios registrales convivió, y de hecho aún convive, con el uso de las escrituras públicas que, pese a ser más costosas, generan mayor confianza y, por lo mismo, mucha mayor seguridad jurídica.

El 15 de junio de 2002 se publicó la Ley n.º 27755, que creó el Registro de Predios, unificando en éste, los Registros de Propiedad Inmueble, Predial Urbano y la Sección Especial de Predios Rurales, estableciendo un proceso de integración, de dos años de duración, que culminó el 15 de junio de 2004. Dicha integración se realizó en dos etapas: en la primera, el Registro Predial Urbano se incorporó a la SUNARP. En la segunda etapa, el Registro Predial Urbano se integró al Registro de Predios de cada Oficina Registral de la SUNARP. Ante ello, se dispuso, en el artículo 4 de la referida ley, que las solicitudes de inscripción y publicidad que se presenten a partir de su entrada en vigencia, respecto de predios con partidas registrales abiertas en el Registro Predial Urbano, continuarán rigiéndose en todo lo que no se oponga a dicha ley, por los Decretos Legislativos n.ºs

- c) Que los intervinientes gozan de capacidad legal;
- d) Que los representantes o mandatarios que intervienen, se encuentran debidamente facultados para realizar el acto que se pretende llevar a cabo, adjuntando al formulario registral los documentos que acrediten dicha representación;
- e) Los datos de los inmuebles;
- f) Todos los datos relativos al derecho, acto o contrato contenido en el formulario registral; y,
- g) Las demás que establezcan las normas pertinentes.

495 y 496 y sus reglamentos, directivas y demás normas legales hasta la conclusión del plazo de dos años.⁷⁰

Este tema fue regulado en el artículo 7 de la norma, cuyo texto transcribimos:

Artículo 7.— «Mecanismos de simplificación, desregulación y reducción de costos de acceso al Registro

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos podrá implementar en el Registro de Predios, en forma progresiva, los mecanismos de simplificación, desregulación y reducción de actos administrativos. Dicha implementación deberá considerar las políticas de promoción del acceso de la propiedad al registro y de salvaguarda de la seguridad jurídica, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2010 y demás normas del Código Civil.

Vencido el plazo del proceso de integración de los registros previsto en el artículo 2 de la presente Ley, todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública, o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor a veinte Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En los lugares donde no exista Notario Público, podrán habilitarse formularios registrales para ser tramitados ante el Juez de Paz, siempre que el valor del inmueble no supere las veinte UIT.

Los notarios públicos a través de sus órganos representativos podrán celebrar convenios para garantizar que los costos notariales de los instrumentos públicos estén al alcance de los otorgantes.

Del mismo modo, la SUNARP podrá también extender paulatinamente dichos mecanismos a todos los Registros Públicos que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos, teniendo en cuenta para ello los resultados que se puedan obtener de lo dispuesto en el párrafo precedente.

Para efectos de la mencionada extensión, la SUNARP continuará ejecutando el proyecto de interconexión de sus oficinas a

⁷⁰ Resolución n.º 151-2005-SUNARP-TR-L del 18.3.2005, Resolución n.º 125 2005SUNARP-TR-L del 4.3.2005.

nivel nacional, a fin que [sic] todos los Registros Públicos que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos tengan competencia nacional».⁷¹

En el Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, de fecha 21 de marzo del 2005, se

⁷¹ De conformidad con el artículo 6 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 540-2003-SUNARP-SN, publicada el 21-11-2003, cuando las inscripciones se realicen a mérito del formulario registral al que se refiere el presente artículo, la legalización se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo n.º 023-2003-JUS.

Artículo 1 del Decreto Supremo n.º 023-2003-JUS. «Alcances de la legalización notarial de los formularios:

El notario al legalizar los formularios registrales a que alude el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley n.º 27755, debe:

- a) Dar fe de los actos jurídicos, hechos o circunstancias que presencie, exigiendo que el formulario sea llenado y suscrito ante él, corroborando la libre voluntad y capacidad de las personas en la celebración del acto y su conocimiento de los alcances del mismo;
- b) Constatar la identidad de los contratantes y del verificador, cuando éste deba suscribir el formulario, de ser el caso, cotejando los documentos nacionales de identidad con la información pública de red del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC);
- c) Verificar la validez de las firmas puestas en el formulario;
- d) Verificar que los datos relativos al inmueble estén clara y correctamente expresados.

Además, de conformidad con el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 007-2004-JUS, publicado el 16-07-2004, la formalidad de los títulos inscribibles prevista en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley n.º 27755, está referida a los actos de disposición emanados de la voluntad de las partes, con excepción de aquéllos que por mandato de la ley o por voluntad de las partes deben celebrarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, casos en los que la inscripción sólo se efectuará en mérito a ésta».

sigue esta misma línea al señalar que cuando las inscripciones se realicen en mérito a instrumentos públicos, sólo podrán fundarse en traslados o copias certificadas expedidas por el Notario o funcionario autorizado de la institución que conserve en su poder la matriz, salvo disposición en contrario. Por otro lado, se establece también que cuando por disposición expresa se permita que la inscripción se efectúe en mérito de documentos privados, deberá presentarse el documento original con firmas legalizadas notarialmente, salvo disposición en contrario que establezca formalidad distinta. Los documentos complementarios a que se contrae el segundo párrafo del artículo 7, podrán ser presentados en copias legalizadas notarialmente.⁷²

De lo anterior se infiere que, a diferencia de lo que ocurría antes de la entrada en vigencia de la Ley n.º 27755, únicamente recae en los notarios la legalización del formulario registral, ya no en los abogados en general; ello, debido a que sólo los primeros otorgan fe pública y, por consiguiente, garantías y seguridad a la inscripción.

Así las cosas, es posible que la inscripción en el Registro —sea de primera inscripción, o de segundos actos— se realice utilizando como medio la Escritura Pública o el Formulario Registral. La diferencia entre estos documentos no sólo es monetaria, porque resulta indudable que la seguridad jurídica que otorga una Escritura Pública es mucho mayor que aquélla que otorga el Formulario Registral, puesto que en la primera el notario se involucra mucho más al realizar un análisis profundo y complejo de la legalidad y validez del acto que se pretende inscribir.

⁷² Artículos 9 y 10 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 079-2005-SUNARP-SN).

Por otra parte, no podemos dejar de enfatizar nuevamente la importancia del sistema catastral como paso previo para un futuro cambio de nuestro sistema de transferencia de propiedad.

Conscientes de ello pensamos que ese paso previo y necesario consiste en que la Ley n.º 28294, que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios, alcance plena vigencia.

Necesitamos que, en efecto, funcione el Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial, puesto que ello significaría que, por medio de un conjunto de procesos y datos, se unifiquen los catastros, y, asimismo, se logre integrar y estandarizar la información catastral y demás características de los predios. Dicho sistema, según lo indica la citada norma, se encontraría conformado por:⁷³

- a) La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-SUNARP.
- b) Los Gobiernos Regionales.
- c) Las Municipalidades Provinciales, Distritales y Metropolitana de Lima.
- d) El Instituto Geográfico Nacional.
- e) El Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero-INACC.

El Sistema se relacionaría con el Registro de Predios a través de la información catastral. Para este efecto, el Sistema lograría uniformizar la generación, administración, mantenimiento y actualización de la información catastral predial, caracterizándose además por ser abierto, desconcentrado,

⁷³ Artículos 1, 2 y 3 de la Ley n.º 28294.

dinámico, normalizado, estandarizado y por otorgar seguridad.

4.2.3. Algunos comentarios finales

En la década de los noventa del siglo XX, se creó la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), cuya labor logró la inscripción de 1'457,679 títulos, hasta julio del 2005.

Como se sabe, esta labor es realizada actualmente por COFOPRI,⁷⁴ vía delegación, habida cuenta de que la legislación en vigencia asigna esta competencia a los municipios.

En ese sentido, 194 municipalidades provinciales han asumido competencia para la formalización en asentamientos humanos y 1,635 municipalidades distritales, para la elaboración del catastro.

COFOPRI colabora con ellas, asumiendo la asesoría técnica y ejecuta los procesos por delegación, previo convenio.

Sin duda, este esfuerzo de formalización, que hasta el año 2004 se inscribió en el Registro Predial Urbano, hoy incorporado al Registro de Predios, es un esfuerzo que debe continuar.

Según datos oficiales de la COFOPRI, existe en el Perú todavía un altísimo número de predios por inscribir, estimándose estos últimos en alrededor de 1'200,000 inmuebles.

⁷⁴ Hoy adscrito al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, conforme al Decreto Supremo n.º 019-2006-VIVIENDA, de fecha 9 de agosto de 2006 y publicado el día 1 de ese mes y año.

Si uno hiciese un simple estimado numérico, pareciera que completar este número de lotes por formalizar, resultaría una tarea más o menos sencilla.

Sin embargo, ello no es así, en la medida de que el proceso de formalización de la propiedad inmueble, se comenzó a realizar en las zonas de mayor densidad urbana, a las cuales era más fácil acceder y se contaba con mejores medios y vías de comunicación.

Ello va a determinar que los procesos de formalización que actualmente se llevan adelante y los que se vayan a emprender en los próximos años, sean menos masivos que los precedentes, con invariables aumentos en los costos.

Si uno hiciese una comparación estadística de aquello que se ha avanzado (considerando las facilidades que otorgaba el efectuar la formalización en Lima y en las ciudades más grandes del Perú) y uno confrontara estos datos con las perspectivas de formalización de los próximos cinco años, no sería arriesgado pensar que el proceso de formalización requeriría, al menos, de unos cincuenta millones de dólares, y así culminar con este proceso antes del 28 de julio de 2011, es decir, con el fin de este gobierno.

Estimamos que la labor que viene realizando COFOPRI es altamente positiva, y la sola creación de este organismo del Estado, ha representado un gigantesco paso adelante para lograr poner en valor muchos inmuebles, cuya situación legal antes se encontraba totalmente al margen de la formalidad.

Sólo para tener una idea de la labor realizada por COFOPRI, es necesario mencionar que alrededor de 700,000 títulos inscritos en estos años, lo fueron en Lima, y el resto en las más diversas ciudades del Perú.

En ese sentido, debería constituir uno de los objetivos centrales de este gobierno, el culminar con el proceso de formalización.

Resulta claro que la propia existencia de la COFOPRI debe ser transitoria, en la medida de que el proceso de formalización, si se sigue haciendo bien, e incluso se acelera, va a determinar que, en pocos años, ya no existan más predios que incorporar al Registro.

No obstante, no es fácil conocer con exactitud si este organismo debería dejar de existir cuando termine este gobierno, en la medida de que el proceso de titulación de inmuebles, necesariamente va de la mano con los recursos fiscales que se puedan destinar al respecto.

Por otra parte, es necesario reparar en la gran importancia que tiene la mencionada Ley n.º 28294, Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios.

Esta ley, de fecha 20 de julio de 2004, crea este Sistema Integral de Catastro, con la finalidad de regular la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país (artículo 1); encontrándose conformado —como ha sido señalado— por la SUNARP, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades Provinciales, Distritales y Metropolitana de Lima, el Instituto Geográfico Nacional y el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero —INACC— (artículo 3).

La citada ley busca que en el futuro cada predio inscrito en el Registro de Predios se inscriba con un Código Único Catastral; al igual que la implementación de un catastro de predios, el mismo que consiste en el inventario físico de los predios, orientado a un uso multipropósito, que se encuentra constituido por la suma de predios contiguos que conforman el territorio de la República, a los cuales se les asigna un Código Único Catastral, con referencia al titular o titulares del derecho de propiedad del predio.

Hemos hecho referencia a esta ley, habida cuenta de que si el Estado peruano destinara los recursos para la optimización de los objetivos recogidos en ella, el próximo gobierno nacional podría proponerse como meta la implementación de un catastro actualizado y completo de predios urbanos.

Todo ello, de la mano con el proceso de formalización de la propiedad informal, labor que, como hemos señalado, realiza COFOPRI, por delegación convenida con los municipios.

A pesar de haber hecho las indagaciones correspondientes, no nos resulta posible señalar una cifra estimada de los recursos que el Estado peruano debería asignar a la implementación de la Ley n.º 28294, pero, sin duda, los mismos serían de montos muy considerables.

Creemos que, tanto el desarrollo profesional que desde hace más de una década tiene Registros Públicos, así como el paralelo funcionamiento de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal, al igual que la implementación del Sistema Nacional Integrado de Catastro, nos permiten avizorar que podría constituir un objetivo del Estado peruano, de mediano plazo (cinco años), el que antes de finalizar este gobierno, el Perú tenga óptimos estándares internacionales en lo que respecta a la formalización de la propiedad inmueble urbana.

Este tema, más allá de permitir mayores niveles de seguridad jurídica en esta materia y, eventualmente, poner en valor infinidad de predios, que antes de su formalización se encontraban fuera de un mercado formal, nos podría conducir a pensar que en algunos años se pueda cambiar el sistema de transferencia de propiedad inmueble hoy vigente. Como se recuerda, el artículo 949 del Código Civil establece que «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Resulta evidente que la principal razón por la cual se ha mantenido esta norma en el Derecho peruano, desde su incorporación a la legislación civil en el siglo XIX, ha sido la precariedad registral y catastral del Perú, la misma que nos ha impedido cambiar de sistema.

Sería imposible establecer un Registro constitutivo de derechos sin antes contar con un catastro en óptimas condiciones de cobertura y actualización física y tecnológica.

Creemos que éste sería el salto más importante en nuestra legislación civil, el mismo que podría darse si el Estado implementara el Sistema Nacional Integrado de Catastro.

El Derecho nacional y la seguridad jurídica le darían las gracias.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Un sistema de transferencia de propiedad, como bien señala Fernández Cruz,⁷⁵ debe responder a un criterio de política social y no de tentación académica: El Derecho, para cumplir sus fines debe regular a una realidad determinada, de aquí que la solución legal que se adopte debe responder a las necesidades de todos los individuos de la comunidad sobre la que pretende aplicarse.

En este orden de ideas, se puede afirmar que no existe un sistema perfecto de transferencia de propiedad.

⁷⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Segunda Época, n.º 30, 1994, p. 151.

Sólo en un mundo utópico, un sistema de transferencia de propiedad cumple, sin inconveniente alguno, tres finalidades:⁷⁶ maximiza la circulación de la riqueza; reduce los costos de transacción; y reduce, o mejor aún, elimina todo riesgo de adquisición de un *non domino* o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

Ahora bien, para contestar la interrogante propuesta empecemos por preguntarnos si con un sistema fundado en el principio consensualista para la transferencia de propiedad de inmuebles se diluyen por completo los incentivos para acudir a Registros Públicos.

Por nuestra parte creemos que no, pues hoy en día, pese a que las inscripciones registrales tienen naturaleza declarativa, existen sólidos argumentos que actualmente, de un modo u otro, incentivan a las personas a acudir a Registros. Si quisiéramos ser esquemáticos podríamos señalar tres razones esenciales:

- a. En primer término, la gente inscribe la transferencia de sus bienes inmuebles porque al registrar la propiedad del bien hace oponible su derecho frente a todos, es decir que los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia porque simplemente tuvieron la posibilidad de conocer gracias a la publicidad que brinda el Registro.⁷⁷
- b. En segundo lugar, hoy en día la gente inscribe sus actos puesto que el Registro otorga confianza a los terceros⁷⁸ que realizan transacciones con el titular

⁷⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*, p. 151.

⁷⁷ La publicidad persigue, en este caso concreto, la protección de la seguridad jurídica en su manifestación estática.

⁷⁸ En este caso, como se observa, se está protegiendo la denominada seguridad dinámica.

del derecho inscrito. Esta confianza genera a su vez rapidez en la transacción haciéndola, además, menos costosa. Es decir, facilita la circulación de la riqueza.⁷⁹

- c. En tercer lugar, y desde el punto de vista del titular del bien, le es útil registrarlo, pues ello le permite tener un medio de prueba, adicional y muy importante, respecto de su derecho.

Estos incentivos han llevado a que, cada vez más, aumente el número de personas que inscriben sus actos de transferencia de manera voluntaria, y prueba de ello es el enorme crecimiento de la actividad registral de los últimos años.

⁷⁹ Como anota Álvaro Delgado Scheelje, la eficacia o efecto material de la publicidad registral radica en que la misma produzca cognoscibilidad general y oponibilidad *erga omnes* hacia terceros. Como resultado, los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia porque siempre tuvieron la posibilidad de conocer y saber. Por el contrario, aquello que no esté publicado no debe perjudicarlos ni oponérseles por cuanto nunca tuvieron la posibilidad de conocerlo.

Lo que interesa, tanto para la tutela de derechos como para la seguridad jurídica en el tráfico patrimonial, son los efectos exteriorizados de aquellos actos, así como la vigencia y duración en el tiempo de dichos efectos. El titular y los terceros resultarán beneficiados o perjudicados dependiendo de si la situación o derecho se encuentra publicada o no. (DELGADO SCHEELJE, Álvaro. «La publicidad registral. Eficacia material y principios registrales». En: *Cathedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestra Editores S.R.L., año 3, n.º 3, 1998, pp. 43 y 44).

La inscripción registral, pese a no ser obligatoria, pese a no ser constitutiva de derechos, ha dejado de ser, para un amplio sector de peruanos, un acto exótico o eventual, constituyendo, en cambio, una práctica constante de protección de sus derechos.

Nos parece evidente que el artículo 949 del Código de 1984, no puede ser interpretado de manera aislada, y que jamás podría separarse de las normas relativas a la concurrencia de acreedores y de los preceptos del Libro de Registros Públicos del propio Código. Resulta claro que el artículo 949 es capaz de crear una propiedad relativa. Olaechea estaba en lo cierto cuando se refería al artículo pertinente del Código de 1936.

Pero no por ello el artículo 949 deviene en un precepto abominable. Simple y llanamente expresa un principio abstracto, contra el cual las partes pueden pactar con toda libertad.

Así las cosas, podríamos llegar a afirmar que del artículo 949, si bien puede entenderse que crea una propiedad relativa, también puede deducirse que dicha propiedad se convertirá en absoluta, en la medida de que las partes contratantes —y obviamente sus abogados— apliquen adecuadamente el resto de normas que complementan el principio dentro del propio Código y fuera del mismo para, de este modo, lograr un derecho de propiedad verdaderamente sólido y estable.

El registro declarativo que hemos heredado del Derecho francés es un sistema que, mal que bien, ha funcionado en nuestro país, y ha permitido, dentro de las imperfecciones de nuestra realidad, construir un Registro de Propiedad desde 1888 sin entrapar las transferencias de propiedad, es decir, sin obstruir la circulación de la riqueza. El sistema declarativo ha cumplido sus años de servicio de manera decorosa.

Las condiciones registrales en el Perú han dejado —por mucho— de tener la precariedad que en 1925 invocaba Olaechea, de modo tal que ése no sería el principal problema que nos conduzca a negar el cambio de un sistema declarativo a uno constitutivo de propiedad.

Coincidimos en que se cree un Registro constitutivo y no declarativo de derechos, pero discrepamos en que ello pueda ejecutarse en la actualidad, es decir de inmediato. A pesar de las bondades del registro obligatorio para los actos futuros sobre los bienes ya registrados —antigua propuesta planteada en la sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, de fecha 19 de agosto de 1925, por Alfredo Solís y Muro, y a la cual se adhirió Pedro M. Oliveira—, creemos que tales modificaciones sólo podrían llevarse adelante si se diesen las condiciones y facilidades económicas a los Registros Públicos en el Perú, siendo imprescindible que, asimismo, exista un sistema catastral completo, eficiente y dotado de la más avanzada tecnología.

Sin un catastro que funcione, la implementación de un sistema constitutivo sería inútil y perjudicial.

Pongamos el énfasis en la necesidad de implantar un catastro obligatorio a nivel nacional, a fin de registrar todos los inmuebles del país. Logrando ello, recién allí podrá implantarse un registro constitutivo, si bien deberá otorgarse un plazo para que todos puedan regularizar la situación registral de sus inmuebles. Así las cosas, es probable que el registro constitutivo no tenga plena vigencia hasta, por lo menos, cinco o diez años más.

De esta manera, para concluir este análisis, sólo nos queda subrayar nuevamente que es necesario que cualquier modificación trascendental de la legislación en materia obligacional con repercusiones en el tema registral sea adecuadamente meditada, pero —sobre todo— merezca estudios profundos que conduzcan a que si se efectúan esas modifi-

caciones, ellas no constituyan un salto al vacío y mucho menos un error, pues al respecto, quienes estamos inmersos en el campo académico, debemos tener en claro que el Perú no es un tubo de ensayo ni los peruanos ratones de laboratorio.

Si todo sigue como hasta ahora, si seguimos avanzando tal cual se ha venido haciendo, es muy probable que nos acerquemos al día en que el artículo 949 deje de generar tantas discusiones. Nos acercamos al día en que la transferencia de la propiedad inmueble por medio de la inscripción registral será tan natural, que la propia realidad impondrá el cambio y no los debates teóricos o doctrinales.

BIBLIOGRAFÍA

- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Clasificación de los bienes en función del registro». En: *Revista Jurídica del Perú*, año XL, n.º 10, enero-marzo 1997, CD-Rom.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «La propiedad inconclusa». En: *Ius et Veritas*, año XIV, n.º 29, 2004.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». En: *Derecho y Economía*. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2003.
- CABRERA YDME, Edilberto. «El principio de fe publica registral». En: *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 34, mayo 2002, CD-Rom.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del

- Perú de 1984)». En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año 1, n.º 3, noviembre 2000.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, vol. XVIII, tomos I-VI.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERAISTAIN. *Cuatro temas de hoy*. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 2005.
- CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica ROSAS BERAISTAIN. *Ni urgente, ni necesario; más bien: deficiente. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2005.
- COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.
- COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Código Civil*. Lima: Imprenta Castrillón, 1928, Fascículo Quinto.
- DELGADO SCHEELJE, Álvaro. «La publicidad registral. Eficacia material y principios registrales». En: *Cathedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestra Editores S.R.L., año 3, n.º 3, 1998.
- DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1987, Séptima Edición.
- DE SOTO, Hernando. *El Misterio del Capital. Finanzas & Desarrollo*. Marzo 2001, vol. 38, n.º 1. En: http://www.ild.org.pe/esp/articles_esm1.htm
- DE SOTO, Hernando. «La ley y la propiedad fuera de Occidente: Algunas ideas para combatir la pobreza». En: *Thémis*, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 48, julio 2004.

- EGUREN CIURLIZZA, Lorenzo, Úrsula PAREDES VILLALONGA, y otros. *Formalización de la Propiedad Urbana en el Perú. Cuatro historias de éxito*. Lima: Ministerio de Justicia, Comisión de Formalización de la Propiedad Informal y Proyecto Derechos de Propiedad Urbana, 2002.
- Estatuto de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal, Decreto Supremo n.º 014-98- MTC.
- ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO. *El sistema registral español*. En: <http://www.ua.es/aedire/estudios1002.htm>
- ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO. *El sistema registral austriaco*. En: <http://www.ua.es/aedire/estudios1002.htm>
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Segunda Época, n.º 30, 1994.
- GONZALES LOLI, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliario: Un enfoque desde el análisis económico del Derecho». En: *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima, 1997, año VII, n.º 6.
- Ley de formalización de la propiedad informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares, Ley n.º 28391.
- MEJORADA CHAUCA, Martín. «Fundamento de la publicidad en la adquisición de propiedad romana». En: *Cathedra*. Revista editada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestra Editores S.R.L., año 3, n.º 5.
- MOHOR ALBORNOZ, Elías. Ponencia de Conservador de Bienes Raíces de Buin. Encuentro de Antigua. Guatemala, 17 al 21 de Febrero de 2003. En: <http://www.irib.org.br/biblio/sistregistralchileno.asp>

- OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Memorándum sobre el modo de transmitir la propiedad*. Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo V. Lima: Imprenta Castrillón, 1928.
- OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*. Lima: Librería e Imprenta Gil S.A., 1936.
- Página institucional de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal: <http://www.cofopri.gob.pe>
- Página institucional de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal: http://www.cofopri.gob.pe/02_seguridad.htm
- Página Institucional de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal: http://www.cofopri.gob.pe/06_aspectos.asp?i=2
- PÉREZ SILVA, Rafael Humberto. «Buscando el fundamento de la publicidad registral». (Disquisiciones acerca de la búsqueda de seguridad jurídica). En: *Revista Jurídica del Perú*, año LII, n.º 36, julio 2002, CD-Rom.
- RECUEIL COMPLET DES DISCOURS PRONONCÉS LORS DE LA PRESENTATION DU CODE CIVIL PAR LES DIVERS ORATEURS DU CONSEIL D'ÉTAT ET DU TRIBUNAT, ET DISCUSSION PARTICULIÈRE DE CES DEUX CORPS AVANT LA RÉDACTION DEFINITIVE DE CHAQUE PROJET DE LOI. París: Firmin Didot Frères, Fils et Cie., Libraires, Imprimeurs de l'Institut de France, 1867, tomo I.
- Reglamento de Formalización de la Propiedad, Decreto Supremo n.º 013-99-MTC.
- Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.º 540-2003-SUNARP-SN.
- Reglamento de los Índices de Profesionales del Registro Predial Urbano, Decreto Supremo n.º 033-2001-JUS.

- Resolución n.º 151-2005-SUNARP-TR-L del 18.3.2005, Resolución n.º 125 2005SUNARP-TR-L del 4 de marzo de 2005.
- SALINAS RIVAS, Sergio. «Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico». En: *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año VIII, n.º 14, junio 1997.
- SAMUELSON, Robert J., *El espíritu del capitalismo: Los valores y la cultura impactan al progreso social*. En: <http://www.foreignaffairs-esp.org/20010201faenespre-viewessay4844/robert-j-samuelson/el-espiritudelcapitalismo-los-valores-y-la-cultura-impactan-al-progreso-social.html>
- SISTEMA INMOBILIARIO REGISTRAL EN EL DERECHO COMPARADO. *Sistema Alemán*. En: <http://www.ri2maracay.com.ve/noticia.asp?id=39>
- SISTEMA INMOBILIARIO REGISTRAL EN EL DERECHO COMPARADO. *Sistema Australiano o Sistema Torrens*. En: <http://www.ri2maracay.com.ve/noticia.asp?id=41>
- SISTEMA INMOBILIARIO REGISTRAL EN EL DERECHO COMPARADO. *Sistema Español*. En: <http://www.ri2maracay.com.ve/noticia.asp?id=40>
- SISTEMA INMOBILIARIO REGISTRAL EN EL DERECHO COMPARADO. *Sistema Francés*. En: <http://www.ri2maracay.com.ve/historico.asp?tipo=1>
- SISTEMA INMOBILIARIO REGISTRAL EN EL DERECHO COMPARADO. *Sistema Suizo*. En: <http://www.ri2maracay.com.ve/noticia.asp?id=42>
- SORIA ALARCÓN, Manuel F. «Hacia un Registro de inscripción obligatoria. Modificación del artículo 949 del Código Civil». En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año II, n.º 7, febrero 2002.

Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, Decreto Supremo n.º 099-99-MTC.

VILLEGAS POMA, Edwin Julio. «La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo». En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año 1, n.º 3, noviembre 2000.

VILLEGAS POMA, Edwin Julio. La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo». En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año 2, n.º 4, marzo 2001.

*Se terminó de imprimir, en los talleres
de Grández Gráficos S.A.C.
el mes de agosto de 2007,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.:(511)531-4658*

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

El contrato en general. Comentarios a la
Sección Primera del Libro VII del Código
Civil (3 tomos) (Segunda edición)
MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Del formalismo en el proceso civil
(Propuesta de formalismo-valorativo)
(Biblioteca de Derecho Procesal N.º 7)
CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (BRASIL)

Teoría general del proceso
(Biblioteca de Derecho Procesal N.º 6)
Juan F. Monroy Gálvez

Derecho fundamental a la tutela
jurisdiccional efectiva
(Biblioteca de Derecho Procesal N.º 5)
LUIZ GUILHERME MARINONI (BRASIL)

El Estado contra los derechos.
Pena de muerte, violencia
de género y autoamnistía
(Cuadernos de análisis y crítica
a la jurisprudencia constitucional N.º 2)
EDGAR CARPIO MARCOS / CAMILO SUÁREZ LÓPEZ
DE CASTILLA (COORDINADORES)

PRÓXIMAS PUBLICACIONES

Justicia penal, derechos y garantías
(Colección Pensamiento Jurídico
Contemporáneo N.º 6)
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ (ESPAÑA)

Los derechos constitucionales. Elementos
para una teoría general (tercera edición)
LUIS CASTILLO CÓRDOVA

Teoría de la argumentación jurídica.
La teoría del discurso racional como teoría
de la fundamentación jurídica
ROBERT ALEXY (ALEMANIA)

En materia de transferencia de propiedad inmobiliaria, la seguridad que concede nuestro sistema (que ha seguido el modelo espiritualista francés) ofrece menos garantías que los modelos en los cuales se exige la inscripción registral para transmitir el derecho; sin embargo, no debemos olvidar que durante años este sistema ha servido al Perú por adaptarse mejor a nuestra realidad.

En el presente trabajo se estudia la conveniencia o inconveniencia de modificar hoy en día nuestro sistema de transferencia de propiedad. Hemos revisado algunas de las nociones más importantes vinculadas al derecho de propiedad, y nos hemos avocado al estudio del sistema de transferencia de propiedad inmueble, analizando críticamente las propuestas de modificación que, partiendo de la clasificación de los bienes en registrados y no registrados, se plantea instaurar desde hace varios años.

ISBN: 978-9972-224-43-0



9 789972 224430