



FUERO REGISTRAL



SUBDIRECCION DE CAPACITACIÓN REGISTRAL
DIRECCIÓN TÉCNICA REGISTRAL

FUERO REGISTRAL

Número 13, diciembre de 2016



Título: Fuero Registral
Volumen N.º 13

© **Superintendencia Nacional de los Registros Públicos**
Avenida Primavera 1878, Santiago de Surco. Lima 33- Perú
Teléfono: (511) 208-3100
Página web: www.sunarp.gob.pe

Subdirección de Capacitación Registral
Avenida Primavera 1878, Santiago de Surco. Lima 33- Perú
Teléfono: (511) 208-3100
Página web: <http://www.sunarp.gob.pe/wscr/inicio>
Correo electrónico: subdirecciondecapitacion@sunarp.gob.pe

Edición
Comité de Edición de la Subdirección de Capacitación Registral

1250 ejemplares
Lima, diciembre de 2016

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N.º 2003-3171

Diagramación e Impresión
Solvima Graf S.A.C.
Jr. Emilio Althaus 406 Of. 301 - Lince

Derechos reservados.

Prohibida la reproducción de esta revista por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de los editores.

Los artículos publicados en la presente edición son de entera creación intelectual de los autores. La Subdirección de Capacitación Registral no comparte necesariamente el contenido de los mismos.

ÍNDICE

La elección social del sistema de titulación BENITO ARRUÑADA	9
Los efectos en el registro con las modificaciones en la legislación del notariado por el Decreto Legislativo N° 1232 JORGE ARMANDO E. ROJAS ALVAREZ	51
Importancia de la función calificadora del registrador público como elemento primordial que garantiza la seguridad jurídica JOSÉ A. TAZZA CHAUPIS	95
Competencia notarial en los actos de disposición o gravamen: ¿son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicado fuera del ámbito territorial del notario?. GUIDO DAVID VILLALVA ALMONACID	111
Apuntes para la motivación y fundamentación de las decisiones en sede registral LUIS FERNANDO SÁNCHEZ CERNA	133
El asiento registral, fundamento de la buena fe pública registral JORGE LUIS ALMENARA SANDOVAL	151
Seguridad jurídica y responsabilidad frente a la inscripción de un título fraudulento IRVING SANABRIA ROJAS	167
Los títulos en la transferencia de propiedad por sucesión a propósito del registro de bienes ESBÉN LUNA ESCALANTE	177
El contrato de explotación minera. Aspectos teóricos y algunas cuestiones planteadas en la jurisprudencia registral IVAN MANUEL HARO BOCANEGRA	195
Más allá de la seguridad jurídica “Las Superficies Limitadoras de Obstáculos”. NILTON DEMETRIO PAREDES LOPEZ	289

El procedimiento de publicidad formal MAX ADOLFO PANAY CUYA	299
El derecho a la intimidad en el nuevo reglamento del servicio de publicidad registral DANIEL TARRILLO MONTEZA	337
La publicidad en el registro de personas jurídicas KARINA MASSIEL SÁNCHEZ SÁNCHEZ	355
El objeto del registro y los nuevos retos desde el nuevo reglamento de publicidad registral del Perú JORGE LUIS ALMENARA SANDOVAL	365
La inscripción de documentos fraudulentos en los registros públicos y la publicidad registral en el Perú JESÚS DAVID VÁSQUEZ VIDAL	385
La prescripción adquisitiva de dominio y el debido proceso como garantía del titular registral GIULIANA VÍLCHEZ PAREDES	407
Necesidad de uniformizar la regulación de la asamblea de reconocimiento para viabilizar la inscripción de uno o más consejos directivos GILMER MARRUFO AGUILAR	427
Importancia de la calificación y seguridad jurídica en las actas y constancias en el registro de personas jurídicas LILIANA COLQUE CARCAUSTO	445
¿Es realmente posible transformar una Asociación en una Sociedad?, Análisis de la Posición Asumida por el Tribunal Registral ZOILA MARÍA CANO PÉREZ	461
Mar territorial, 200 millas y convención del mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la geopolítica y el interés nacional OSWALD AYARZA GÓMEZ	483

PRESENTACIÓN

Es muy grato presentar la décima tercera edición de la revista Fuero Registral, publicación institucional de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, que viene editándose periódicamente.

En este número se publica un interesante artículo del destacado investigador y profesor español Benito Arruñada, titulado “la elección social del sistema de titulación”, que nos explica sobre los beneficios y los costes de los principales sistemas de titulación de la propiedad en el mundo, desde la perspectiva de los enfoques neoinstitucionales y de la elección racional, y con una referencia al caso peruano.

En la revista se cuenta con trabajos en su mayor parte elaborados por colaboradores de nuestra institución registral, los que han desarrollado sus artículos en cuatro ámbitos temáticos. Un primer grupo se ha enfocado en la seguridad jurídica de las instituciones registrales de nuestro país, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 30313 y su reglamento, y en los que se analizan desde algunas de las dimensiones fáctica, normativa y valorativa de la seguridad jurídica, aspectos como la función calificadora del registrador, las responsabilidades frente a la inscripción de un título fraudulento, el asiento registral, o aspectos catastrales como las superficies limitadoras de obstáculos.

El segundo ámbito temático está referido a la publicidad registral, en la que se abordan temas tales como i) el procedimiento de la publicidad formal, ii) el tratamiento del derecho a la intimidad a la luz del Reglamento del

Servicio de Publicidad Registral y iii) la publicidad en el registro de personas jurídicas, y los retos del mencionado reglamento.

Un tercer ámbito temático que desarrollan los artículos versa fundamentalmente sobre el análisis de los actos y derechos inscribibles, incidiendo en temas controversiales o de interés académico, bajo una perspectiva conceptual, normativa y desde la jurisprudencia emitida por el Tribunal Registral. Así se trata sobre actos de inscripción como la transferencia de la propiedad por sucesión, el contrato de explotación minera, la prescripción adquisitiva de dominio, la asamblea de reconocimiento de consejos directivos, la transformación de una asociación en sociedad, la competencia notarial.

Un aspecto importante, es que la revista también incluye artículos no registrales orientados a contribuir en la actualización del personal del sistema registral sobre temas de cultura jurídica general, aspectos fundamentales para entender que la función registral opera en un contexto y entorno, que es necesario entender y tener en cuenta para generar mejores servicios para los usuarios y sociedad general.

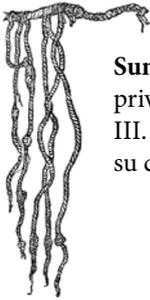
Por ello, en esta edición se publica el artículo jurídico titulado “mar territorial, 200 millas y convención del mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del mar?. Que es una aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la geopolítica y el interés nacional.

Para concluir, agradezco a quienes participaron y colaboraron en la edición del presente número de la revista.

YESENIA CAMPOS SALAZAR
Subdirectora de Capacitación Registral
SUNARP

LA ELECCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA DE TITULACIÓN

Benito Arruñada



Sumario. Resumen. I. Primera parte: Titulación pública versus titulación privada. II. Segunda parte: Titulación voluntaria versus titulación universal. III. Reflexión final: La informalidad, ¿es la causa de la pobreza o, más bien, su consecuencia?.Referencias

Resumen

Existe sustancial variedad de sistemas de formalización, tanto de la propiedad inmueble como de las empresas, tanto a lo largo del tiempo como entre países. Por ejemplo, Inglaterra tardó siglos en establecer un registro de propiedad y, entretanto, se basó en un sistema de privacidad. En cambio, sus colonias norteamericanas importaron pronto el sistema de registro de documentos, y las australianas adoptaron el registro de derechos. De modo similar, en casi todo el mundo, los gobiernos suelen permitir sistemas de titulación de la propiedad voluntarios, en los que los propietarios deciden libremente si inscribir o no sus fincas. Sin embargo, muchos gobiernos y organismos internacionales han optado recientemente por la titulación universal, aspirando a registrar todas las fincas de un país o una región determinada. El presente trabajo examina críticamente esta estrategia, analizando en sus dos partes los costes y beneficios de sus dos principales decisiones: primera, la de si conviene crear un sistema de titulación pública o basarse exclusivamente en la titulación privada; y, segunda, la elección entre titulación universal y voluntaria.

I. Primera parte: Titulación pública *versus* titulación privada

Para estructurar el análisis, la figura 1 representa el valor social de los inmuebles bajo diversas instituciones, suponiendo que el precio de los servicios de titulación se ha establecido de manera óptima y que los propietarios pueden elegir entre mantener ocultos sus derechos o hacer uso del sistema de titulación pública que el gobierno haya elegido. Siguiendo a Arruñada y Garoupa (2005, 225), el valor social de un finca u otro bien inmueble (representado en el eje vertical) depende de la probabilidad de que puedan aparecer titulares con mejor derecho y es, por tanto, una fracción de su valor en un mundo ideal en el que no existen derechos contradictorios (representado en el eje horizontal). Esta fracción dependerá de las instituciones disponibles y, probablemente, será más baja si, sean cuales sean esas instituciones, la finca permanece en un sistema de titulación privada. Para simplificar las cosas, supongo que la figura representa todas las fincas del territorio sobre el cual extiende su competencia un solo registro, cuya puesta en funcionamiento cuesta F . La titulación de una finca implica que, incurriendo en un determinado coste adicional, se reduce la probabilidad de que triunfe un derecho contradictorio sobre dicha finca. Supongo, pues, que, mediante la titulación, el valor de la finca aumenta en un cierto porcentaje: en relación con la recta correspondiente al régimen de privacidad, la recta de titulación tiene una intersección negativa, pero es más pendiente.

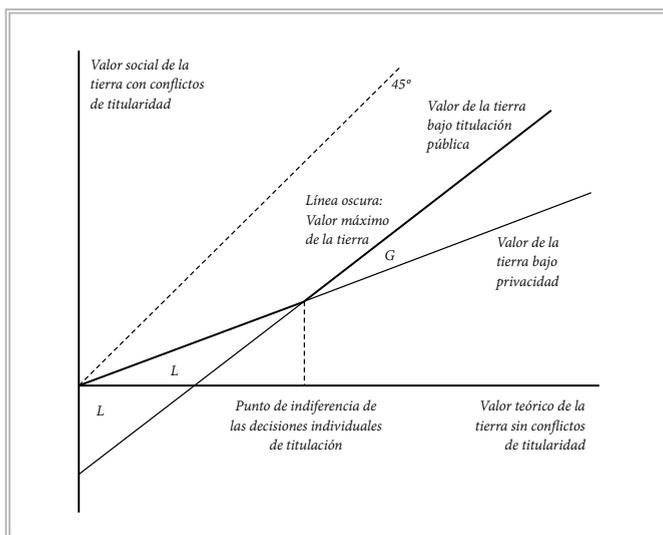
Si el gobierno crea el registro, también debe escoger entre titulación voluntaria y universal. Bajo titulación voluntaria (con frecuencia, denominada despectivamente titulación “esporádica”¹), los derechos de propiedad se formalizan a petición de los supuestos propietarios. Si los propietarios han de satisfacer un precio fijo para inscribir sus fincas, escogerán no inscribir las de menos valor, esto es, aquellas que

¹ Véanse, por ejemplo, Dale y McLaughlin (1999), UN-ECE (2005), y Bruce et al. (2007a y 2007b). El término “esporádico” sugiere aleatoriedad, pero erróneamente, porque, de hecho, resulta de las decisiones racionales que toman los propietarios para maximizar el valor.

en la figura están por debajo del punto de indiferencia. Los beneficios sociales derivados de la titulación pública están, pues, representados por el área G. En la titulación universal, a menudo denominada titulación “sistemática”, todas las fincas de una región se inscriben y los beneficios sociales descienden a G-L.

Centrándonos ahora en la titulación voluntaria y olvidándonos momentáneamente del área L, la decisión sobre si introducir o no un sistema de titulación pública debe basarse en comparar los beneficios de dicho sistema, G, y el coste fijo de establecerlo, F. A continuación, exploraré los principales determinantes de estos beneficios y costes para abordar más adelante el sistema de titulación universal.

Figura 1. Opciones de titulación: Elección entre titulación privada y pública para maximizar el valor social de la tierra



Notas: La figura representa el valor social de la tierra (eje vertical) como función del valor teórico de la tierra bajo el supuesto de que no existe conflicto en cuanto a la titularidad de los derechos (valor representado en el eje horizontal) y del tipo de instituciones de titulación que estén disponibles, las cuales incurren costes diferentes. La decisión social en cuanto a las instituciones de titulación estará orientada por estos costes y por la distribución estadística a lo largo del eje horizontal del valor de las fincas en la economía. El área G representa la ganancia potencial que se obtiene al registrar fincas de alto valor y el área L la pérdida potencial derivada de “sobretitular” fincas de bajo valor.

Fuente: Adaptado de Arruñada y Garoupa (2005, 717, figura 2).

A. Determinantes de los beneficios de la titulación

La incertidumbre sobre quién ostenta la titularidad de los derechos reduce los incentivos a invertir y agrava el problema de selección adversa que sufren los potenciales adquirentes, tanto si son compradores como acreedores hipotecarios. La titulación pública debería mejorar los incentivos para invertir y contener la selección adversa (Arruñada y Garoupa 2005, 721–23). En términos de la figura 1, cuanto mayor sea el valor de la eventual inversión y de las oportunidades de intercambio, más a la izquierda se posicionará el punto de indiferencia y, dada la distribución estadística del valor de las fincas en la economía, mayores serán los beneficios sociales que se derivan de establecer un sistema de titulación pública, representados por el área G.

No obstante, estos beneficios dependen de que existan verdaderamente esas oportunidades, las cuales deben, pues, confirmarse antes de acometer la costosa creación de un sistema de titulación pública. Por desgracia, los efectos de la titulación pública sobre la inversión y el intercambio son difíciles de estimar, incluso una vez introducida la titulación. Y estimar la demanda de titulación pública antes de que ésta se haya introducido es todavía más complejo: la escasa información disponible está dispersa y es específica, y los participantes no revelan necesariamente sus verdaderas valoraciones. La principal dificultad es que quienes mejor conocen la demanda real son los que probablemente más se benefician de los proyectos de formalización, puesto que son usuarios o proveedores privilegiados. Por ese motivo, tienden a exagerar la demanda.

1. Dificultades para conocer la verdadera demanda

En particular, los que proponen reformas y quienes prestan servicios para establecer nuevos sistemas de formalización suelen exagerar la demanda de formalización. Por un lado, tienden a proponer la

titulación de la propiedad y la formalización de empresas como panaceas para el crecimiento económico, escondiendo que el subdesarrollo y la pobreza son principalmente una causa y no una consecuencia de la informalidad². Por otro lado, tienden a presentar la demanda de seguridad en la tenencia como una demanda de titulación pública idónea para facilitar transacciones inmobiliarias y crediticias. En ello, suelen estar respaldados por los propietarios, quienes, previendo una titulación subvencionada, también tienden a presentar su demanda de mayor seguridad en la tenencia —la cual podría satisfacerse fácilmente sin crear costosos registros—, como una demanda de titulación para posibilitar transmisiones e hipotecas —las cuales sí precisan de tales registros—.

La seguridad en la tenencia puede proporcionarse a bajo coste mediante medidas legislativas y administrativas más simples, como son el atenuar las condiciones legales para que opere la usucapión, o reconocer expresamente la licitud de algunos contratos o los derechos de propiedad de los ocupantes ilegales³. Esta posibilidad refleja en parte, una diferencia entre qué instituciones se necesitan para facilitar la inversión y cuáles para facilitar el intercambio: la seguridad en la tenencia suele bastar para favorecer la inversión, mientras que las transmisiones inmobiliarias suelen necesitar titulación pública. Sin embargo, cuando la titulación está subvencionada, tanto los ocupantes como los proveedores de servicios de titulación tienen interés en exagerar la demanda de titulación pública haciendo pasar la demanda de seguridad en la tenencia por demanda de titulación. En consecuencia, la expectativa de obtener rentas de la titulación puede distorsionar las opiniones expresadas en encuestas e informes, lo cual obliga al reformador benevolente a valorar más los indicadores contractuales

2 Véanse los dos últimos apartados del capítulo IV de Arruñada (2012; trad., 2013), titulados “Evidencia empírica sobre los efectos de la titulación de la propiedad” y “Evidencia empírica sobre los efectos de la formalización de empresas”.

3 Atwood (1990, especialmente las pp. 666–68), analiza diferentes alternativas, sopesando su conveniencia y costes. Véase también Payne (2002, 18).

y de mercado como fuente de información. Con estos indicadores, es más probable que los contratantes individuales revelen sus verdaderas valoraciones, pues, a diferencia de encuestas e informes, resultan de transacciones reales y están respaldadas por los gastos reales en los que incurren para llevarlas a cabo.

Diversos tipos de indicadores o señales satisfacen estos requisitos para revelar la verdadera demanda: el recurso a contratos ineficientes, una doctrina jurisprudencial confusa y poco fiable y, especialmente, los precios de mercado. Por la misma razón, los reformadores benevolentes debieran plantearse también si algunos de los componentes de los proyectos de titulación deben interpretarse como reconocimientos implícitos de que no existe una demanda social valiosa. Suele ser éste el caso cuando se piensa que las campañas informativas son necesarias para promocionar la titulación: en principio, como hemos visto antes, los propietarios deben saber mejor que quienes desarrollan las reformas cuál es el valor de la titulación. Sucede igual con otras dos medidas diseñadas para paliar las consecuencias negativas de la titulación, como son la posibilidad de abusos expropiatorios y las ventas impróvidas. Cuando se estima necesario controlar ambos daños, quienes hacen las reformas debieran empezar por preguntarse si establecer un sistema de titulación es efectivamente tan buena idea.

2. El papel de los indicadores de mercado para evaluar la demanda de titulación

Atender al comportamiento real, tanto contractual como organizativo, y a los precios de mercado ayudará a identificar las falsas demandas de titulación, pues los individuos revelan más fielmente sus preferencias mediante sus actos que de palabra. En particular, la presencia de una costosa contratación privada que la titulación pública vendría a facilitar eficazmente puede indicar que sí conviene invertir en esa titulación pública. Por ejemplo, el recurso

generalizado a soluciones contractuales paliativas, tales como los acuerdos de recompra en contratos de compraventa de inmuebles, indicaría que existe una demanda sustancial para usar inmuebles como garantía crediticia, como lo haría también la salvaguardia de las hipotecas mediante la entrega de toda la cadena de títulos de propiedad al acreedor. Si estos acuerdos u otros funcionalmente similares son frecuentes, es más probable que exista una demanda real de titulación pública o de unos registros más eficaces. En el contexto de la formalización de empresas constituye un indicador de mercado similar la presencia de unincorporated companies como las que existieron en Inglaterra en los siglos XVIII y XIX o las que existen actualmente en Bolivia, por ejemplo.

La segunda fuente que evidencia de forma concluyente que existe una demanda de cambio es la información que usan los jueces y la coherencia que muestran sus decisiones. Si, para decidir conflictos que afectan a terceros, los jueces dependen de documentos que se han mantenido ocultos, esta dependencia suele indicar una ausencia de instituciones eficaces. (Pese a que estos casos involucren jueces, por su dependencia de documentos ocultos aún pueden considerarse como indicadores de mercado, ya que se basan en contratos reales). Asimismo, puede inferirse que el derecho de las transacciones impersonales desempeña un papel secundario cuando la doctrina y la jurisprudencia están plagadas de excepciones y decisiones judiciales contradictorias. Algunas de las soluciones paliativas, de carácter organizativo, como, por ejemplo, la creación en los Estados Unidos de un registro privado de hipotecas (Mortgage Electronic Registration Systems, MERS), también pueden considerarse como prueba de que existe una demanda de soluciones institucionales. Su existencia es indicio claro de dicha demanda, pues requieren realizar cuantiosas inversiones y solventar los graves problemas de acción colectiva que sufren quienes participan en el mercado.

Por último, los precios de mercado son especialmente reveladores para detectar la necesidad de reformar registros que ya existen, pero

que son disfuncionales. Éste es, en particular, el caso del margen diferencial que existe entre los tipos de interés de los créditos garantizados y no garantizados (esto es, los de carácter personal). Cuando esta diferencia es pequeña, como sucede incluso en algunos países desarrollados, ello indica claramente que los registros y, probablemente, el derecho inmobiliario necesitan un cambio radical, puesto que no pueden realizar el valor de los inmuebles como garantía. Otros precios, tales como el precio de mercado de compañías preconstituidas (aquéllas que se constituyen con el fin de ser mantenidas sin actividad hasta su posterior venta a terceros) son también reveladores, pero son indicadores ruidosos y, por tanto, deben examinarse con cuidado. Lo mismo sucede con otros indicadores de la necesidad de contar con registros contractuales más sólidos, tales como la intervención obligatoria (tanto jurídica como de facto) de profesionales en las transmisiones inmobiliarias; los precios relativos que se satisfacen a estos profesionales y a los registros; el uso, coste y complejidad jurídica de los dictámenes sobre la titularidad de los derechos que pueden realizar abogados y notarios; y depender de dictámenes jurídicos para llevar a cabo transacciones societarias ordinarias.

3. El riesgo de que se produzcan abusos en la titulación

Cuando se introduce un sistema de titulación pública, los efectos positivos en cuanto al estímulo de la inversión privada y la contratación pueden resultar contrarrestados por un aumento de las posibilidades de abuso, que se manifiestan en usurpaciones de tierras, fraudes y fracasos de carácter político. En términos de la figura 1, estos efectos negativos desplazarían el punto de indiferencia hacia la derecha, reduciendo así los beneficios sociales que genera la titulación pública.

Primero, los individuos pueden servirse de la titulación pública para apropiarse bienes ajenos y urdir fraudes. En particular, el inicio

de la titulación brinda a los poderosos nuevas oportunidades para usurpar tierras (Feder y Nishio 1998), un riesgo que es especialmente peligroso por lo que respecta a las tierras comunales. Con frecuencia, para reducir este riesgo, se propone la participación de la comunidad local (véase, en este sentido, Bruce *et al.* 2007b, 3), pero resulta costoso llevarla a cabo y sus resultados son inciertos. Ocasionalmente, la amenaza de que la propiedad se atribuya a otro —normalmente, a élites o funcionarios— genera una demanda artificial de titulación. Además, la titulación puede debilitar los derechos de algunas categorías específicas de titulares, como mujeres, jóvenes o usuarios temporales (Meinzen-Dick y Mwangi 2009). Y, pese a que este tipo de fraudes ha sido más común en el ámbito inmobiliario, todos los registros son proclives a padecerlos, como ilustra el sistema europeo de comercio en derechos de emisión de dióxido de carbono, el mayor mercado mundial de este tipo, el cual hubo de cerrar durante varias semanas en enero de 2011 después de que una banda de piratas informáticos robara en varios de sus registros nacionales derechos por valor de 62 millones de dólares⁴.

Del mismo modo, la información que consta en los registros públicos también puede usarse para planear fraudes y extorsiones, desde la proverbial búsqueda de herederas ricas por parte de los solteros que perseguían su dote y que tanto temían los padres victorianos (Anderson 1992, 46–47), hasta la actual suplantación de la identidad (Sibley 2006) o la venta de casas desocupadas tras haberse averiguado la identidad de sus propietarios consultando el registro público (Sparkes 1999, 14). Y esta posibilidad de que se produzcan fraudes no es exclusiva de los registros de la propiedad, como muestra el registro de sociedades que se creó en Bulgaria

4 Aparentemente, causó este fraude el escaso control de la inscripción de los participantes en el mercado, de modo que, tras la apertura de las cuentas, los estafadores se aprovecharon, a continuación, de esa escasa seguridad para transferir créditos de las cuentas de las empresas a sus propias cuentas, desde donde fueron inmediatamente vendidos a terceros (“Carbon Trading: Green Fleeces, Red Faces—A Theft of Carbon Credits Embarrasses an Entire Market”, *The Economist*, 3 de febrero, 2011).

en 2008, el cual proporcionaba acceso a los datos personales de los socios de las sociedades mercantiles, proporcionando, no sólo sus nombres y otra información personal, sino también copias escaneadas de sus documentos nacionales de identidad (Kostadinov 2008). Estos riesgos de que los particulares cometan abusos pueden reducirse filtrando los datos que se divulgan (por ejemplo, excluyendo los números de identificación personal) o limitando el acceso a los registros públicos a las personas que hayan sido autorizadas por los propietarios y las que tengan un interés legítimo, lo cual suscita serias dudas acerca de la actual moda de hacer que los registros sean públicos (en 28 de las 42 jurisdicciones encuestadas por la UN-ECE [2000] aquéllos eran plenamente accesibles al público).

Por último, desde una perspectiva política, podría existir el riesgo de que el sistema de titulación pública favoreciera malos gobiernos. En principio, la titulación debiera facilitar el respeto y cumplimiento de la normativa, sobre todo la recaudación de impuestos. Pero ello puede tener efectos sociales positivos o negativos dependiendo de la capacidad de los ciudadanos para controlar a sus gobiernos e impedir impuestos excesivos. Si los ciudadanos no confían en sus gobiernos, tenderán a evitar los registros públicos que puedan usarse para recaudar impuestos. Ello acarrea dos consecuencias. La primera, es que, cuanto más débiles sean las instituciones políticas, menos apropiado será introducir un sistema de titulación pública, pues es menos probable que resulte exitoso. La segunda, es que tiene sentido que el sistema de titulación pública sea independiente de la administración tributaria, aun a costa de que haya cierta duplicación.

En todos estos casos, existen buenas razones para ser doblemente cautelosos sobre los riesgos de que se cometan abusos. Evitar esos riesgos puede requerir medidas preventivas, pero su presencia debe también alertar a los legisladores de que tal vez la demanda de titulación sea insuficiente.

4. El riesgo de que la titulación favorezca ventas y deudas impróvidas

Los estudios sobre titulación de la propiedad también han examinado a menudo la posibilidad de que, al facilitar la venta e hipoteca de fincas, los esfuerzos destinados a la titulación puedan conducir a que los pobres pierdan sus fincas inconscientemente. Para evitar este riesgo, los expertos han sugerido limitar el mercado inmobiliario por diversos medios, tales como requerir el consentimiento de los cónyuges y de órganos administrativos (Bruce *et al.* 2007b, 37) o introducir una moratoria en la venta durante la cual los pobres recibirían educación adicional. Por ejemplo, de acuerdo con la Comisión Legal para el Empoderamiento de los Pobres (CLEP) de las Naciones Unidas, “establecer límites a la cantidad máxima de fincas de las que se puede ser propietario y moratorias en las ventas se considera una medida protectora razonablemente exitosa, siempre que esté limitada en el tiempo y ese tiempo se use para proporcionar una educación jurídica y financiera” (2008a, 67).

Esta recomendación está mal encaminada. Hasta aquí, he dado implícitamente por supuesto que los propietarios pueden maximizar su utilidad individual y mantener preferencias coherentes a lo largo del tiempo. La recomendación que intenta evitar las ventas impróvidas contradice este supuesto, pues supone cierto grado de irracionalidad y que los propietarios no pueden velar por sí mismos. Sin embargo, esta interpretación es incompleta, ya que esa presunta conducta irracional está inducida por intervenciones exógenas que pueden estar destruyendo el apoyo institucional de la racionalidad. La falta de un mercado de derechos de propiedad —sea cual sea su lógica— puede desempeñar una función de auto-control, al forzar a los propietarios a actuar de forma coherente con sus intereses a largo plazo o los de sus familias. Éste puede ser un valioso mecanismo institucional para lograr cierto auto-control en un contexto de extrema penuria. Cuando los miembros de una

familia se mueren de hambre, impedirles vender su propiedad puede garantizar la supervivencia de algunos a largo plazo, mientras que permitirles venderla puede significar que perezcan todos en el corto plazo. La profunda reticencia que muestran la mayoría de los agricultores a vender sus tierras probablemente sirve un propósito similar de racionalización a largo plazo.

Por tanto, la cuestión pasa a ser si esas tierras debieran o no titularse. Una política más razonable hubiera sido la de no introducir la titulación en esa zona, o bien introducirla sólo de manera voluntaria, sobre la base de una tasa por servicio que estimulara sólo la titulación eficiente, limitada a quienes deciden liberarse del mecanismo de compromiso. (Podría construirse un argumento en este sentido sobre la base del “paternalismo libertario” que promueven Thaler y Sunstein 2008). Sin embargo, con frecuencia, el gobierno decide liberar, primero, a los pobres e introducir, después, nuevas limitaciones para evitar que cometan errores y enseñarles cómo actuar en el nuevo contexto. En cierto sentido, ello supone sustituir una limitación jurídica simple —el impedimento o prohibición de vender— por una restricción educativa que es difícil de producir y aun más difícil de mantener. Los esfuerzos destinados a la titulación bien pueden ser prematuros en unas circunstancias en las que está en juego la supervivencia.

En resumen, los pobres pueden verse abocados a realizar ventas desesperadas, y la titulación pública puede favorecerlas. Sin embargo, la mejor forma de protegerlos no consiste en limitar su conducta a través de moratorias o educación, justo después de haberles concedido derechos plenos. De modo similar a lo que sucede con el riesgo de que se cometan abusos en la titulación y que he analizado en el apartado anterior, la posibilidad de que se realicen ventas impróvidas debe, por el contrario, alertar acerca del riesgo de que todo el esfuerzo destinado a la titulación pueda ser prematuro, o de que su carácter universal sea inapropiado.

B. Determinantes de los costes fijos del sistema de titulación: Cómo convertir los costes fijos en variables

Los costes fijos de introducir un sistema de titulación pública incluyen costes que es preciso incurrir para legislar y administrar su puesta en marcha. Para reformar el Derecho de la propiedad o, al menos, asentar de manera sólida los efectos jurídicos de la titulación pública (sobre todo, la prioridad de la presentación en un registro de documentos y la regla de responsabilidad del registro de derechos), es necesario promulgar nuevas normas y dictar nuevas decisiones judiciales. No sólo será preciso adaptar la legislación, con frecuencia modificándola sustancialmente, sino también instruir a los jueces en la nueva normativa y que éstos construyan una jurisprudencia acorde con ella. Se incurren también costes administrativos para poner en marcha un servicio dedicado a la titulación, el cual requerirá no sólo una o varias oficinas registrales, sino también una estructura regulatoria y de gestión. Estas tareas no son sencillas y están relacionadas: los jueces suelen ser reacios a aplicar nuevos principios del Derecho de la propiedad. Comprensiblemente, lo son aun más cuando los registros funcionan de manera imperfecta.

1. Interrelaciones entre las decisiones legislativas y los costes administrativos

Además, los costes de legislar y los costes administrativos interactúan entre sí. Por ejemplo, con frecuencia, será útil establecer normativamente un *numerus clausus* y eliminar la fragmentación de los derechos reales, a fin de reducir los costes administrativos. No obstante, ello puede colisionar con el reconocimiento de los derechos consuetudinarios, lo cual proporciona una razón más a favor de la titulación voluntaria. Cuando este conflicto es grave, sólo debe introducirse un sistema de titulación para aquellas fincas o en aquellas regiones en las que mantener esos derechos consuetudinarios como derechos reales resulte ineficiente y deban, por tanto, rebajarse normativamente a meros derechos personales.

Puede entenderse en ese sentido la solución adoptada en Inglaterra desde el siglo XVII para transformar el petrificado sistema de derechos de propiedad heredado de tiempos feudales. Al inicio de la Revolución Industrial, los propietarios ostentaban derechos limitados, pues no podían hipotecar su finca ni tampoco arrendarla o venderla, muchas otras personas ostentaban derechos reales sobre la misma finca; y, con frecuencia, los usos de la finca estaban predeterminados. Estas limitaciones hacían que las fincas no pudieran usarse de la forma más productiva, por lo que se perdían las numerosas oportunidades que ofrecía una economía que estaba cambiando y creciendo con rapidez. Para estar seguros y evitar pagar dos veces, los adquirentes debían recabar el consentimiento de todos los titulares; pero, a menudo, esto resultaba imposible, puesto que sólo los vendedores sabían de la existencia de muchos de los derechos.

Entre 1660 y 1830, el Parlamento inglés promulgó numerosas leyes que, al atenuar esas limitaciones, reestructuraban los derechos de propiedad (Richardson y Bogart 2008; Bogart y Richardson 2009). Al entrar en vigor, las ventas, arrendamientos e hipotecas de las fincas devinieron lícitas y todos los derechos se inscribían de forma que resultaran accesibles al público, lo que eliminaba asimetrías informativas, permitiendo así contratar de manera más impersonal. Los organismos creados para ejecutar estas leyes hicieron posible construir infraestructuras mediante, entre otras medidas, la organización de procedimientos para la expropiación de fincas. Asimismo, las leyes sobre cercados sirvieron principalmente para transformar la propiedad común en propiedad privada.

Esta experiencia es interesante tanto en términos de eficiencia como de justicia. En coherencia con mi argumento a favor de la titulación voluntaria, los titulares o las comunidades hubieron de solicitar esas reestructuraciones, por lo que éstas tuvieron lugar allí donde eran más útiles. Además, se minimizó el daño que causaban a los

titulares, mediante procedimientos que les concedían un amplio margen para oponerse en diversos estadios del proceso. En general, los titulares que perdieron sus derechos de propiedad recibieron una compensación económica. El caso muestra, por tanto, que es posible transformar radicalmente los derechos de propiedad de forma justa, al menos desde el punto de vista procedimental. No obstante, también enseña una lección amarga, puesto que Inglaterra fue el único país europeo que logró esta transformación de forma pacífica. Otros países hubieron de soportar sus propias versiones de revolución, ya fueran del tipo de la francesa o de la rusa.

Estas soluciones inglesas requirieron leyes dictadas por el Parlamento, pero su funcionamiento se basó en comisiones administrativas específicas. En general, los costes puramente legislativos de establecer un sistema de titulación pública son en su mayoría fijos. Sin embargo, los costes administrativos pueden ser fijos o variables —y, por tanto, cuando son variables, pueden evitarse— en función de la política de titulación que se adopte. Por ejemplo, si sólo tenemos en cuenta una determinada región geográfica, la titulación voluntaria permite crear oficinas de registro de menor dimensión y, por tanto, incurre en menos costes fijos que la titulación universal. (Piénsese que, en la titulación voluntaria, varios de los costes de titulación están condicionados a la decisión de los propietarios sobre si titular o no sus fincas, una solución que, combinada con las decisiones que se adopten en materia de precios, ayuda a seleccionar qué fincas debieran titularse primero). En cambio, en la titulación universal, todos los costes son fijos e inevitables, y no están sujetos a las decisiones de los propietarios. De modo similar, los costes fijos son menores cuando la titulación se realiza sólo en las regiones más prometedoras. Imaginemos por un momento que la recta horizontal de la figura 1 representara las fincas de una región sobre la que tienen competencia diversas oficinas registrales, cada una de las cuales incurre en un coste fijo F . En este caso, si las fincas que tienen un valor parecido se

encontraran geográficamente concentradas en diferentes áreas de una misma región, sería razonable introducir la titulación de modo selectiva, empezando por las áreas en las que se ubican las fincas más valiosas, lo cual debiera reducir los costes fijos totales. Ésta es, de hecho, la solución que se adopta cuando las oficinas registrales se ubican sólo en las áreas urbanas o en las ciudades más grandes. Lo fue, por ejemplo, en la Inglaterra de 1897, cuando la obligatoriedad de inscribir las transacciones se aplicó sólo al centro de Londres, una obligación que no se extendió a todos los condados de Inglaterra y Gales hasta 1990 (Sparkes 1999, 1–3). Por consiguiente, tanto la demanda selectiva como la prestación selectiva de servicios de titulación pueden reducir los costes fijos.

2. Naturaleza variable de los costes de gran parte de la cartografía, topografía y otras técnicas similares

La naturaleza fija o variable de los costes también depende de otras opciones de política organizativa y de gestión. Primero, se ha considerado con frecuencia que delimitar con precisión los linderos de cada finca es un requisito indispensable para una buena titulación (por ejemplo, Kaufmann y Steudler 1998); y, de hecho, esa tarea ha sido incluida en muchos programas de titulación. Las inversiones destinadas a delimitar las fincas, cartografiando toda la zona y definiendo los linderos, se ha entendido, por tanto, como un coste fijo. Pero gran parte de este coste puede transformarse en coste variable si se permite que las fincas puedan identificarse a elección del interesado con medios de inferior calidad, de tal modo que una mayor precisión sea demandada por los propietarios, cuando les resulte realmente valiosa, o por el registro, cuando éste la considere indispensable para la titulación. (Conviene señalar que el asunto tiene gran importancia, pues al menos un 53,45% de los costes unitarios de los proyectos de titulación de la propiedad

se han venido dedicando a identificar y delimitar físicamente las fincas⁵).

El delimitar centralmente las fincas en unidades homogéneas y fáciles de medir se cree que, al menos en un contexto en el que se han de asignar tierras sobre las que no existen derechos de propiedad, facilita el *enforcement*, reduce los conflictos y costes de transacción, y produce externalidades positivas, aumentando el valor de la tierra⁶.

Algunas de estas ventajas también pueden predicarse de los esfuerzos para realizar cartografías y topografías en un contexto estable, en el que ya existen derechos de propiedad. Además, la cartografía sistemática normalmente disfruta de economías de

5 El coste unitario en el que se incurrió para delimitar físicamente las fincas en los siete proyectos detallados en Burns (2007, 94–95) asciende al 38,74% de los costes totales, mientras que los costes son el 37,17% para otras actividades y el 24,09% para administración y gestión. Asignando la parte proporcional de la administración y gestión, el coste de la identificación física aumenta al 53,45%. Este último coste incluye las tareas siguientes: construcción de una red geodésica, desarrollo de cartografías, investigación de los límites, estudios topográficos y de marcado, y preparación de mapas y planos catastrales. El restante 46,55% se invirtió en compilar archivos existentes, publicidad, adquisición de equipos para el gobierno, recoger información sobre los eventuales titulares de derechos, mediación de conflictos, control de calidad, control de legalidad, presentar públicamente los resultados de campo, resolución de conflictos, preparación de registros de propiedad, diseño de bases de datos catastrales y registrales, introducción de datos, inscripción de derechos reales y entrega de títulos a los beneficiarios.

6 Véase Libecap y Lueck (2011a). En otro trabajo pionero sobre sistemas de delimitación de las fincas (2011b), estos autores comparan el valor de la tierra en treinta y nueve condados adyacentes de Ohio, en los cuales, debido a un accidente histórico, las fincas fueron deslindadas hacia 1784-85 o bien mediante el sistema tradicional de “medidas y linderos”, conocido como *metes and bounds* (MB), o bien mediante un sistema de cuadrícula topográfica, conocido como *rectangular survey* (RS). Observan que para fincas idénticas en todos los demás aspectos, el sistema RS está asociado con un mayor valor de la tierra, más carreteras, más transacciones y menos disputas jurídicas. Sin embargo, no está claro hasta qué punto estas diferencias, que son significativas y persistentes, pueden atribuirse a la delimitación física de la tierra. De hecho, los dos conjuntos de fincas no sólo difieren en la técnica con las que fueron deslindadas, sino también en la forma en que la tierra se asignó a los colonos.

“El procedimiento para deslindar y reivindicar la tierra en Ohio era distinto para las tierras RS que para las MB. Para que los agricultores pudieran obtener tierras RS, el Gobierno federal primero dividió la tierra en fincas cuadradas de 640 acres cada una, como la ley exigía, y luego las puso a disposición de los individuos en la oficina local de la propiedad, a menudo la sede del condado. Los individuos localizaban una de estas fincas cuadradas o un conjunto de fincas y obtenían su título mediante su compra e inscripción de la transacción... Bajo MB, no había medición previa del Gobierno y *ninguna limitación externa en el deslinde individual de la finca*. Quienes reivindicaban la propiedad primero localizaban la finca, cualquiera que fuera su forma, marcaba su perímetro en los árboles o en otros hitos naturales o humanos, inscribía la acción reivindicatoria o “entrada” en la oficina local de la propiedad (de nuevo, en la sede del condado), contrataban a un topógrafo para medir de manera formal los linderos, y después *depositaban* el plano en el que constaba la finca en la oficina de la propiedad y recibían su título” (Libecap y Lueck 2011b, 433, énfasis añadido).

escala y no entra en colisión con intereses creados. Es comprensible, por ello, que los proyectos de titulación hayan tendido a incluir o a estar precedidos por cartografías y topografías de las fincas. No obstante, el valor de esta delimitación física (a diferencia de la que es puramente jurídica) depende de la naturaleza de la finca. Es mayor para fincas rurales y uniformes en regiones que carecen de límites fijos⁷, así como, dados los costes fijos de realizar topografías, para las fincas más valiosas. Este último extremo explica por qué en Estados Unidos es habitual acudir a medios cartográficos y otros estudios de *due diligence* en las transacciones comerciales, pero rara vez en las residenciales (Madison, Zinman y Bender 1999, 14). Las técnicas topográficas son también costosas y lentas, por lo que, al margen de ciertas transacciones frecuentes, incluso en las economías más desarrolladas es casi imposible mantener la representación física de la tierra actualizada de manera universal y al ritmo que precisa la actividad económica, especialmente si, antes de inscribir, el registro de derechos ha de comprobar —como debiera hacer— que la finca ha sido identificada correctamente, requerir el consentimiento de los derechos vecinos en caso de colisión y resarcir a los titulares de derechos por los errores que puedan producirse.

Por lo tanto, cuando la tierra se deslindaba mediante RS, a los colonos se les atribuían fincas específicas, garantizando que no se produjeran solapamientos ni hubiera derechos contradictorios. Pero cuando la tierra se deslindaba mediante MB, se otorgaba a los colonos un derecho a apropiarse una superficie que, más tarde, cada colono escogía con libertad, identificaba privadamente e inscribía sin que en principio se sometiera a un proceso de depuración para evitar solapamientos y clarificar el título. Por consiguiente, no está claro si las diferencias observadas en el valor y uso de ambos tipos de fincas captan los efectos de los distintos sistemas de deslinde e identificación o los de los procedimientos alternativos de asignación y titulación. Para aislar ambos efectos, hubiera sido necesario que la tierra bajo MB, antes de atribuirle a los colonos, se hubiera dividido como se dividió la tierra en el sistema RS. En consecuencia, los resultados obtenidos por Libecap y Lueck (2011b) sobreestiman probablemente la importancia relativa de la delimitación física al incluir los que resultan de los diferentes procedimientos de asignación que se usaron en ese caso para las fincas bajo RS y MB. En concreto, pueden reflejar el hecho de que los linderos de las fincas en el sistema MB no han sido depurados y, por tanto, es probable que se superpongan con los de las fincas vecinas. En ese caso, tanto la superficie contratada como la declarada en MB sobreestimarían sistemáticamente la superficie legal realmente vendida, puesto que las partes tratarán de mantener vivos los límites reivindicados. Consiguientemente, el precio por acre que observan bajo el sistema MB subestimaría los precios reales. Esta hipótesis es coherente con el hecho de que observen esas diferencias de valor en tierras agrícolas, pero no en las urbanas, cuyos límites suelen ser más precisos. Finalmente, el caso presenta las dudas habituales en cuanto a su validez externa y al olvido de los costes fijos: por ejemplo, sean cuales sean los beneficios de un sistema RS, el coste de introducirlo es mayor en un área en la que ya existan derechos de propiedad.

7 Libecap, Lueck y O'Grady (2011) utilizan un argumento contextual similar para explicar la variación en los sistemas de deslinde adoptados en varias colonias británicas.

Escocia proporciona un ejemplo interesante de estas dificultades. La *Land Registration Act* escocesa de 1979 creó un nuevo registro de derechos, el llamado *Land Register*, para sustituir los antiguos registros de depósito de documentos, los *General Registers of Sasines*, que se habían creado en 1617. La ley de 1979 impuso al nuevo registro la obligación de mantener una descripción física de cada finca, basada en los planos de la *Ordnance Survey*. Más de treinta años después, sólo habían sido transferidos al nuevo registro el 19% de la superficie de Escocia y el 55% de los títulos (ROS 2010a, 5). El uso de técnicas cartográficas causó frecuentes denegaciones y retrasos (véase, ROS 1999), a menudo, motivados por discrepancias entre el plano de la escritura y el de la *Ordnance Survey*; y ha sido la principal fuente de errores por lo que respecta a las indemnizaciones (ROS 2010b, 26). Ha sido, además, el principal motivo de que haya ido muy lenta la transición al nuevo registro, el cual ha padecido unos largos plazos de inscripción, con acumulación de retrasos, y todo ello motivado en gran parte por cuestiones relacionadas con la cartografía (ROS 2010b, 10 y 16). En 2010, la *Scotland Law Commission* aconsejó dar discrecionalidad a los registros para que pudieran reemplazar los planos de la *Ordnance Survey* por algún otro sistema.

3. El peligro de centrarse en los costes medios para adoptar decisiones razonables relacionadas con la tecnología

Además de las cartográficas, otras opciones de reforma que afectan a la naturaleza fija o variable de los costes son la informatización y la inscripción electrónica, de las cuales también se afirma a menudo que reducen los costes. Por ejemplo, CLEP (2008a) sostiene que “los costes de certificar la propiedad pueden reducirse notablemente, a la vez que se aumenta la transparencia, mediante el uso de sistemas informáticos y de GPS, especialmente en aquellos casos en los que aún no existan registros integrales” (66). Esto es parcialmente cierto. No sólo los ordenadores sino, en general, las tecnologías intensivas

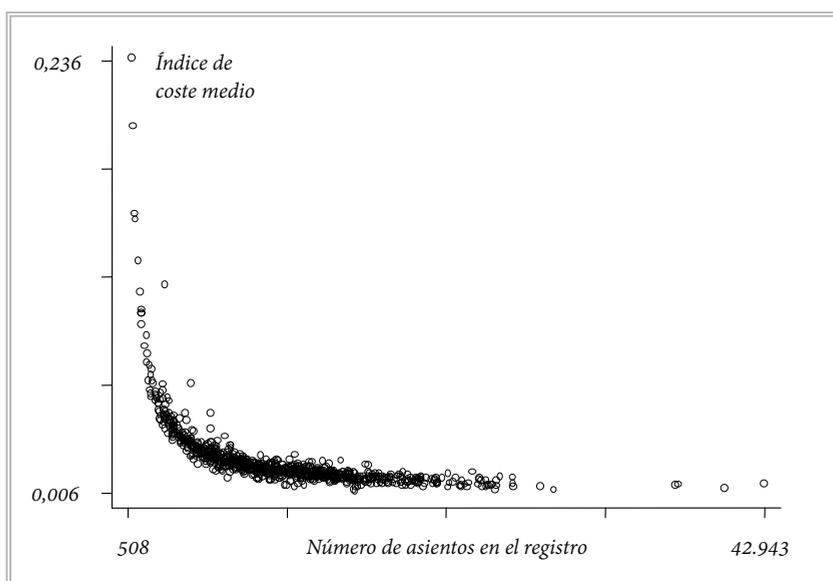
en capital reducen los costes medios. La formalización disfruta de considerables economías de escala, como sugieren datos como los representados en la figura 1. No obstante, estas economías de escala dependen del precio relativo entre capital y trabajo y, en cualquier caso, sólo pueden alcanzarse a altos niveles de producción. En realidad, la mayoría de países pobres tiene mucha mano de obra y su demanda de formalización se limita a las fincas urbanas más valiosas y a las empresas más grandes. Por tanto, con frecuencia, no procede realizar grandes inversiones en ordenadores y tecnologías de la información.

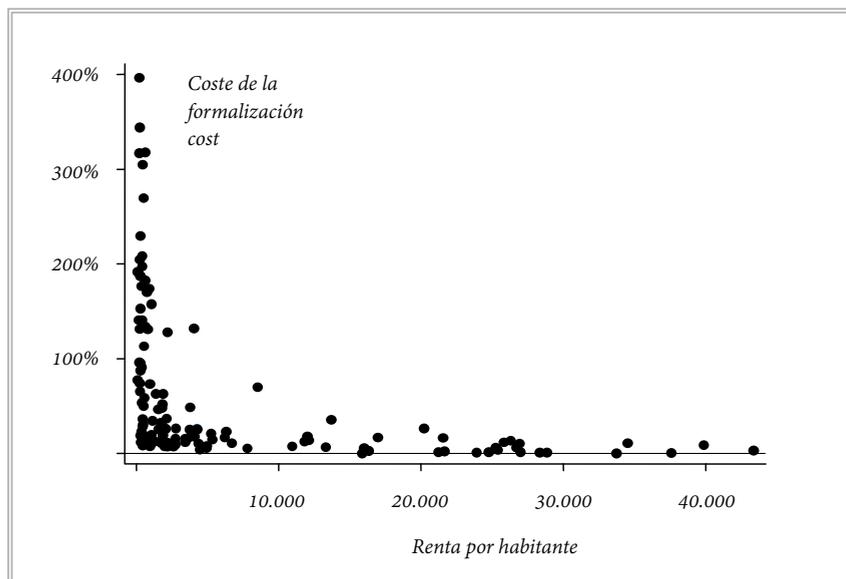
Puesto que los costes medios no miden la eficiencia, deberían ser tratados con extrema cautela a la hora de realizar comparaciones y, probablemente, nunca tendrían que fijarse como un objetivo de las reformas. Desafortunadamente, el uso descuidado de los costes medios ha sido promovido por la popularidad de indicadores internacionales que se centran totalmente en ellos. En términos de la parte inferior del panel de la figura 2, éstos sólo prestan atención al eje vertical, en vez de considerar toda la función de costes. Consecuentemente, al comparar esos indicadores entre países, consideran más eficientes las instituciones de aquellos países que presentan cifras más bajas. Sin embargo, países en distintos niveles de desarrollo demandan diferentes niveles de formalización y sus costes medios óptimos también deben ser diferentes. Por tanto, el hecho de que un país cuyo sistema funciona a menor escala presente costes medios más altos no significa necesariamente que sus instituciones sean menos eficientes. Es posible que estén funcionando de manera eficiente, precisamente en la frontera de posibilidades productivas, pero a una escala menor y, quizá, con una tecnología diferente, más intensiva en trabajo. Y viceversa, un país más rico puede presentar costes medios más bajos sólo como consecuencia de su escala, pese a que su sistema sea ineficiente.

Estas dudas no pueden resolverse comparando costes medios, y hacerlo puede conducir a los reformadores a perseguir reducciones

ineficientes de los mismos (afectando, además, de hecho, sólo a una parte de esos costes medios, puesto que la mayoría de indicadores sólo miden los gastos que los usuarios pagan directamente, por lo que sólo proporcionan una estimación parcial de los costes variables medios). Es éste otro caso de gestión pública moderna que cae en la vieja trampa de aplicar mal la contabilidad gerencial, trampa que durante años llevó a muchas empresas a adoptar tecnologías intensivas en trabajo y a fabricar lotes de productos excesivamente grandes (Jensen y Meckling 2009). Este error ayuda a explicar por qué muchos proyectos de formalización subestiman los costes fijos involucrados en la creación de instituciones (Wachter y English 1992, Holstein 1993).

Figura 2. Posibles economías de escala en los procesos de formalización





Notas: *Arriba*, Índice del coste medio de los registros de la propiedad españoles como función de su volumen de actividad, medido éste mediante el número de asientos anuales de 1998 (basado en datos de la DGRN 1998). *Abajo*, Renta por habitante (en dólares estadounidenses) y coste de la formalización empresarial (en porcentaje de la renta por habitante) en el año 2003 en diversos países del mundo (basado en World Bank 2004).

Volviendo al tema principal, y teniendo en cuenta que los países pobres suelen tener más abundancia de mano de obra que de capital y una demanda de formalización limitada, puede ser óptimo escoger tecnologías intensivas en trabajo con costes medios más altos pero baja inversión en costes fijos. Sin embargo, muchos países han invertido grandes sumas de capital y, simultáneamente, han intentado inflar la demanda y la producción escogiendo una estrategia de titulación universal. A continuación, examinaré por qué, generalmente, esta estrategia resulta inadecuada.

II. Segunda parte: Titulación voluntaria versus titulación universal

En la titulación universal, en la que todas las fincas de una región se inscriben en un registro público, los beneficios sociales se reducen

a la diferencia entre las ganancias derivadas de titular las fincas más valiosas (área G en la figura 1) y las pérdidas ocasionadas al “sobretitular” las fincas de menos valor (área L). Por tanto, de no existir externalidades positivas, la titulación universal sería ineficiente respecto a la voluntaria. En esta segunda parte, examinaré las causas de esta inferioridad antes de entrar a analizar una posible justificación de la titulación universal a través de externalidades, y abordaré, después, el caso real de la titulación de fincas en el Perú. Cerraré el trabajo cuestionando el sentido de la causalidad entre informalidad y pobreza.

A. Causas de la sobretitulación de fincas de bajo valor

En la titulación universal, el efecto negativo, L , aparece porque se titulan fincas de escaso valor —las que están por debajo del punto de indiferencia—, pese a que el coste de hacerlo es mayor que el aumento en el valor de la finca. (Obsérvese, en la figura, que el valor de estas fincas en la recta del régimen de privacidad está por encima del valor que alcanzan en la recta de titulación). En la práctica, esta situación resulta no de la titulación obligatoria, sino de la subvencionada. Las decisiones individuales sobre titulación están motivadas por el valor que ésta proporciona al individuo, derivado de la mayor seguridad de los títulos menos el precio de los servicios de titulación. Arruñada y Garoupa (2005) concluyen que, en ausencia de externalidades, el precio de los servicios de titulación debe situarse por encima del coste cuando los costes sociales son inferiores a los particulares⁸. La razón radica en que a cada

8 Las transmisiones de la propiedad no consensuadas no sólo generan costes privados, sino también sociales, toda vez que generan problemas de búsqueda de rentas y, generalmente, costes de transacción, especialmente para posibilitar futuras transacciones consensuadas y proteger contra el fraude. Por ejemplo, se invierten recursos reales en idear fraudes y litigar acerca de la propiedad. Además, las ventas futuras resultan más complejas cuando los títulos no están claros. Esta situación suscita el típico problema que lleva a adoptar cautelas excesivas cuando los beneficios particulares son superiores a los sociales (véanse, por ejemplo, Kaplow y Shavell 1992; Shavell 1997), problema caracterizado en un contexto más amplio por Barzel (1982) como de “medición excesiva”. Feder *et al.* (1988) sugieren diversas razones de por qué el valor privado de la formalización es mayor que el social. En este mismo sentido, Sterk (2008) explica varias excepciones a la aplicación de reglas de propiedad, tanto a los bienes inmuebles como a la propiedad intelectual en sentido amplio, ejemplificados con la tendencia de los tribunales a denegar la concesión de órdenes de cesación en casos de invasiones de la propiedad ajena y de buena fe, y a limitarla en conflictos sobre patentes y derechos de propiedad intelectual.

individuo le resulta óptimo contratar servicios de aseguramiento de títulos en exceso, puesto que en sus decisiones de titulación no tiene en cuenta los costes sociales, sino los individuales, que se suponen mayores.

No obstante, muchos proyectos de desarrollo subvencionan la titulación pública estableciendo precios de titulación nulos o nominales e invirtiendo recursos para informar a los propietarios acerca de las ventajas de la titulación pública⁹. La mayoría de los países en vías de desarrollo parecen seguir las indicaciones de la CLEP, según las cuales, “los nuevos y pequeños propietarios de tierras [debieran estar] exentos del pago de las tasas e impuestos de registro” (CLEP 2008a, 67). En coherencia con ello, recomienda institucionalizar “un sistema de gobierno eficiente de los derechos de propiedad que de forma *sistemática y masiva* integre la economía informal en la economía formal y que garantice el que ésta siga siendo fácilmente accesible a todos los ciudadanos” (60, énfasis añadido). A pesar de que también persigue la eficiencia, el objetivo supremo de la CLEP parece ser una peculiar versión de la igualdad de resultados: “Para garantizar que la propiedad de una nación sea reconocida y se haga respetar legalmente, todos los propietarios deben tener acceso a los mismos derechos y estándares. Ello permitiría movilizar la economía informal en la economía formal de manera sistemática y masiva” (66)¹⁰.

En el registro de derechos, la primera inscripción o “inmatriculación” de una finca está incluso más subvencionada, pues, dado que los derechos no inscritos son poco claros, dicha inmatriculación

9 De acuerdo con las respuestas a la encuesta realizada en 113 países para elaborar el informe *Doing Business* de 2005, en promedio, los usuarios pagaban el 32,12% del coste de la titulación pública; los gobiernos, el 63,90%; y otras fuentes (sobre todo, organismos de ayuda al desarrollo), el 3,98% restante. Además, los precios pagados por los usuarios sólo cubrían el coste total en 23 países.

10 La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa ha propuesto una aproximación intermedia, por la que el establecimiento inicial del registro se financiaría principalmente con impuestos generales, mientras que los precios que satisfacen los usuarios permitirían sufragar el coste de mantener el registro en el futuro (véase UN-ECE 1996, 8); pero incluso esta solución intermedia es innecesaria en un sistema de titulación voluntaria cuando la mayoría de los costes fijos se hacen variables.

cuesta más y es más valiosa¹¹. Es comprensible que los titulares no tengan inconveniente en efectuar la primera inscripción de la finca, aunque con frecuencia no inscriban las posteriores transacciones *inter vivos* o *mortis causa*, aun cuando éstas sean menos costosas. Por el contrario, mantienen sus derechos ocultos:

“Con frecuencia, el registro de derechos de la propiedad establecido en la titulación en masa no se actualiza y el sistema cae en desuso. Mantenerlo actualizado y activo depende de quienes ostentan derechos inscritos sobre la propiedad y de quienes los inscriben tras haberlos adquirido mediante transacciones *inter vivos* o *mortis causa*. A menudo, no lo hacen, y ello por diversas razones: los costes que imponen, por ejemplo, los precios asociados a la inscripción y los impuestos que gravan las transacciones pueden ser demasiado altos. El sistema puede haberse corrompido, ahuyentado a los beneficiarios que soportan cargas ilegales gravosas. También es posible que los propietarios no comprendan el sistema y los beneficios que puede reportarles; o que, de hacerlo, no lo consideren útil. Por último, puede que, sencillamente, estén más familiarizados con las prácticas tradicionales” (Bruce *et al.* 2007b, 42).

Por todo ello, la titulación parece tener un valor tan escaso para estas personas que, pese a que habrían de satisfacer un precio cercano a cero, no les merece la pena debido al tiempo, la molestia y, quizá, la posibilidad de cargar con impuestos adicionales. Cuando esta circunstancia afecta a la mayoría de las transacciones posteriores y aunque los precios estén subvencionados, es razonable preguntarse si la mayor parte de esas fincas que vuelven a mantenerse ocultas tras una transacción posterior se encuentran a la izquierda del punto de indiferencia de la figura 1 y, por tanto, ya no debían haberse titulado.

11 La inclinación que muestran los propietarios a inscribir los títulos menos seguros cuando una misma jurisdicción dispone tanto de un registro de documentos como de uno de derechos sugiere que el valor de la titulación suele ser mayor cuanto menos claro es el título.

B. Externalidades positivas de la titulación

El análisis precedente supone que ni el coste ni el valor de registrar cada finca dependen de que las demás fincas estén inscritas. En cambio, quienes defienden la titulación universal sostienen que existe una interdependencia considerable a la hora, por ejemplo, de clarificar los límites y evitar la corrupción, lo cual debiera reducir el coste fijo de la titulación, *F*. Por ejemplo, de acuerdo con la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UN-ECE 2005), “la aproximación sistemática [esto es, universal]... es a largo plazo menos costosa, debido a las economías de escala; más segura, porque proporciona la máxima publicidad sobre la determinación de quién es el propietario, de qué y en qué región lo es; y más certera, puesto que se realizan las investigaciones detalladas sobre el terreno, aportando el testimonio directo de los propietarios de propiedades adyacentes” (35).

La titulación universal de una región también puede generar externalidades positivas si el propietario de una finca inscrita no captura todo el aumento de valor que produce la titulación. Principalmente, en la medida en que la titulación fomente inversiones en construcción y renovación, algunos efectos de estas inversiones beneficiarán a las fincas vecinas¹². Pueden darse también otros muchos beneficios. Por ejemplo, la titulación puede modificar las creencias de los que la reciben, y hacerles más favorables a la economía de mercado, como han observado Di Tella, Galiani y Schargrodsky (2007). Este cambio puede ayudar a estabilizar el

12 Por la misma razón, atenuar los derechos de propiedad puede causar externalidades negativas. Por ejemplo, realizar un número de ejecuciones hipotecarias por encima de un determinado umbral reduce el valor de todas las casas del barrio (Schuetz, Been y Ellen 2008), y puede desencadenar un efecto “bola de nieve” cuando la reducción del valor de las casas conduce a ulteriores ejecuciones. Harding, Rosenblatt y Yao (2009) estiman que cada ejecución reduce el valor de las casas vecinas entre un 0,6% y un 1,3%, un efecto que decrece con la distancia, causado por el impacto visual que produce el abandono y la falta de mantenimiento; y Campbell, Giglio y Pathak (2011) estiman que en Massachussets una ejecución a una distancia de 0,05 millas reduce el precio de la casa cerca de un uno por ciento. El promedio acumulado de la pérdida de valor puede ascender a 159.000 dólares (Immergluck y Smith 2006).

sistema político, pese a que este resultado ha sido cuestionado al considerar que inscribir las fincas de los propietarios pobres en los barrios marginales también puede ser negativo para aquellos inquilinos aún más pobres y que carecen de derechos de propiedad: con frecuencia, quienes explotan a los más indigentes no son los ricos, sino los pobres¹³. Por último, la titulación también podría facilitar que se puedan contratar servicios públicos como el agua y la electricidad, como destaca De Soto (2000, 58–61).

Todas estas externalidades positivas se sumarían a los beneficios representados por el área *G* de la figura 1. No obstante, como suele suceder con las externalidades, su importancia sigue siendo discutible. Primero, los costes de las externalidades son claros en los trabajos de cartografía y topografía, pero ambas actividades pueden ser innecesarias. También pueden resultar imposibles de mantener, puesto que “ninguno de los proyectos que se han acometido en los países en desarrollo ha sido capaz de poner en marcha y mantener encuestas fiables sobre un área sustancial de la región afectada” (Burns 2007, 96). Segundo, las externalidades positivas desaparecen cuando los propietarios a los que se les ha concedido un título público deciden mantenerlos ocultos en las ulteriores transacciones *inter vivos* o *mortis causa*. En este sentido, la titulación universal es sólo universal respecto al esfuerzo inicial de titulación, y, por tanto, todos los sistemas de titulación son *de facto* selectivos y voluntarios. Por último, pueden producirse externalidades no sólo positivas sino también negativas, como sucede, por ejemplo, cuando se ponen en peligro los derechos consuetudinarios sobre la tierra.

Asimismo, la evidencia empírica sobre los efectos de la titulación respalda, en general, la idea de aplicar titulación voluntaria en lugar de universal. La titulación es más eficaz en aquellas regiones donde

¹³ Véase, por ejemplo, el análisis de Ward del caso mexicano (1990, 193) y, de forma más general, Davis (2006, 79–82).

existen numerosas oportunidades de inversión, lo que sucede con mayor frecuencia en las ciudades, y una vez que se ha desarrollado un sector de servicios financieros (Bruce y Migot-Adholla 1994; Feder y Nishio 1998). Además, los beneficios de la titulación, especialmente los relacionados con el uso de los inmuebles como garantía crediticia, van a parar sobre todo a manos de los grandes terratenientes (Feder, Onchan y Raparia 1988; Carter y Olinto 2003).

Esta evidencia se suma a las regularidades observadas tanto al introducir la titulación como al diseñar sus instituciones, y arrojan algunas dudas sobre sus verdaderos objetivos. Respecto a la introducción de la titulación, es frecuente encontrarse con dos fallos simétricos para, por un lado, asegurar, antes de las reformas, que existe verdadera demanda, como ha reconocido la CLEP (2008b, 84); y, por otro lado, comprobar, cuando ya se han llevado a cabo las reformas, que esa demanda se ha materializado realmente. Por ejemplo, la mayoría de proyectos no se molestan en controlar si se están titulando las transacciones ulteriores (Bruce *et al.* 2007b, 42). Respecto a la estructura de las instituciones de titulación, también es preocupante que la mayoría de los esfuerzos se basen en subvencionar los precios, y que se aconseje a los legisladores seguir basándose en ello (CLEP 2008a, 60, 67). No se presta la debida atención a si la necesidad de conceder subvenciones lo que está indicando es que no existe verdadera demanda de titulación¹⁴. En su lugar, se aconseja a los legisladores que eduquen a los beneficiarios acerca de las ventajas que proporciona la titulación y que los protejan de decisiones incorrectas (2008a, 67), pese a que no está nada claro quién tiene mejor conocimiento sobre el particular. Las propuestas de reforma también se desentienen de si existe o no verdadera demanda. Por ejemplo, puesto que el crédito no surge automáticamente a partir de lo que suelen ser

¹⁴ La recomendación consistente en subvencionar la primera inscripción y los estudios cartográficos, pero recuperar los costes periódicos de funcionamiento (UN-ECE 2005, 25) resulta difícilmente viable a menos que la titulación incremente sustancialmente el valor de las fincas.

sistemas creados con base en el interés de la oferta de titulación, la CLEP recomienda que se proporcione crédito de forma selectiva (2008b, 82), sin plantearse si existen o no oportunidades rentables de inversión. No obstante, pese a todas estas subvenciones y esfuerzos publicitarios, los proyectos de titulación siguen sin conseguir que se inscriban las transacciones ulteriores (CLEP 2008b, 84). En principio, todas estas características son coherentes con una hipótesis preocupante: la de que estos proyectos, pese a manejar una retórica de “empoderamiento” de los pobres, sirven, de hecho, a los intereses de todo un sector que se aprovecha de los pobres, integrado principalmente por quienes prestan servicios de titulación y otros servicios complementarios.

C. Un ejemplo: La titulación de la propiedad en el Perú

El Perú ha invertido cuantiosos recursos en formalizar la propiedad: cerca de 214 millones de dólares tan sólo entre 1991 y 2002. En este esfuerzo, financiado desde 1998 con créditos del Banco Mundial¹⁵, se han observado algunos efectos positivos sobre la inversión y la oferta de trabajo, ya que supuestamente la titulación ha permitido que los ocupantes ilegales no se basen sólo en la posesión física para hacer valer sus derechos (Field 2004, 2005, 2007). Sin embargo, una gran proporción de las propiedades formalizadas abandonan el sistema formal cuando las fincas vuelven a venderse, y casi no se ha inscrito ninguna hipoteca privada, a pesar de que durante muchos años se han subvencionado las tasas registrales.

Es más, diversos estudios han concluido que la titulación ha proporcionado escasa, si acaso alguna, seguridad o valor. Webb, Beuermann y Revilla (2006) concluyen que los títulos formales

15 ILD (2007, 65). En 2006, el Banco Mundial concedió un préstamo adicional de veinticinco millones de dólares, que siguió a otro anterior de treinta y ocho millones que finalizó en 2004 (COFOPRI al día, 28 de noviembre de 2006; <http://tinyurl.com/37jm7zy>, visitada el 14 de noviembre de 2010, 1).

añaden poca seguridad adicional, y que, en opinión de los propietarios, la diferencia se ha reducido con el tiempo. Kerekes y Williamson (2010) encuentran que la titulación de fincas rurales no tiene ningún efecto sobre el acceso al crédito, ni siquiera para los bancos públicos. Varios informes concluyen que “no es claro que los beneficiarios valoren más un título registrado que otros documentos de propiedad, como por ejemplo los de tipo municipal o de compra-venta, que no están necesariamente saneados e inscritos” (Morris 2004, 20). Un informe emitido por los promotores de la reforma sostiene que, “en parte, esto se explica por lo extendida que se encuentra la cultura de la informalidad en la población y también por el desconocimiento de los beneficios que implica tener un título registrado” (20). Este argumento late tras la observación de que “un porcentaje importante de la población formalizada no le estaría otorgando mayor valor al hecho de que su título de propiedad se encuentre debidamente saneado y registrado” (20). Además, en línea con este argumento de falta de información, la agencia de titulación (la Comisión para la Formalización de la Propiedad Informal, COFOPRI), ha venido realizando una extensa campaña informativa para “evitar que el importante esfuerzo de formalización se malgaste, pues un registro desactualizado no sirve de mucho, y todo parece indicar que, luego de inscrito el título Cofopri, *gran parte de la población beneficiada que ha realizado segundas transacciones no las ha registrado*” (21, énfasis añadido).

Sin embargo, es dudoso si son los propietarios quienes infravaloran los títulos o, más bien, son los proveedores de títulos quienes tienden a sobrevalorarlos. Es difícil estimar los valores reales en un contexto dinámico con eventuales efectos derivados de problemas de acción colectiva. No obstante, los datos sobre el crédito sugieren que:

“No se observan diferencias importantes por cada tipo de certificado de propiedad, excepto una ligeramente mayor aprobación de las solicitudes Cofopri (96%).... [ni] una mayor

incidencia del título de propiedad en el acceso al crédito, pues esto se vincularía más a la capacidad de pago del solicitante que a la tenencia de garantías para la institución financiera. Los resultados muestran que la probabilidad de aprobación de los créditos solicitados es similar para aquellos que tienen título Cofopri y para aquellos que no poseen ningún documento de propiedad, pues ambos grupos accedieron a fuentes formales en la misma proporción” (Morris 2004, 23–24).

Lo que sí aumentó, aunque lentamente, fue el número de hipotecas registradas (entre el 4,18% y el 5,59%, un porcentaje muy modesto teniendo en cuenta que, a finales de 2003, sólo se habían registrado 76.272 hipotecas sobre un total de 1.824.087 fincas formalizadas, sobre las cuales se habían otorgado 1.364.434 títulos [Morris 2004, 98–99]). Pero se desconoce si esas hipotecas redujeron efectivamente el tipo de interés de los préstamos. Y lo que es aún más relevante, la mayoría de los prestamistas fueron empresas públicas. De acuerdo con Miranda (2002), “después de seis años de trabajo y más de un millón de títulos de propiedad inscritos,... [la mayoría del crédito] es del Banco de Materiales, un sistema de crédito estatal que concede crédito a quienes cuentan con unos ingresos seguros y no a quién tiene títulos formales. No hay ni un sólo banco privado que conceda préstamos hipotecarios garantizados con títulos registrados” (263). El hecho de que las transacciones ulteriores y las hipotecas no se registren se ha atribuido a la subida de los honorarios notariales (ILD 2007); pero lo cierto es que, pese a que la intervención notarial encarece la formalización, los problemas relacionados con las transacciones ulteriores y las hipotecas empezaron antes de que se reintrodujeran los privilegios notariales en 2002 y 2004. Para empeorar las cosas, en años posteriores, algunos administradores de COFOPRI hubieron de renunciar a sus cargos en medio de graves acusaciones de corrupción, que incluían el haber contratado miles de correligionarios políticos y haber vendido fincas a sus amigos a bajo precio (Miranda 2010).

III. Reflexión final: La informalidad, ¿es la causa de la pobreza o, más bien, su consecuencia?

La conveniencia de promover la titulación de tierras y, en general, la formalización ha pasado a formar parte del arsenal de creencias compartidas en la lucha contra la pobreza. Los esfuerzos en este terreno se asientan en el doble supuesto de que los pobres lo son debido a que permanecen en la informalidad y de que esta permanencia está causada por los altos costes de la formalización. Se argumenta que, puesto que los pobres no pueden permitirse los precios requeridos para registrar sus fincas y empresas, pierden oportunidades económicas. Además, no pueden usar sus inmuebles como garantía para obtener crédito y tampoco pueden acceder a los tribunales para hacer cumplir sus contratos. La solución que se suele proponer es simple: proporcionar a los pobres servicios de formalización asequibles —lo que suele implicar que sean gratuitos o que, al menos, estén subvencionados—, con la esperanza de que ello aumente el valor de sus fincas, les permita usarlas como garantía y ayude a expandir sus negocios.

Sin embargo, estas políticas de formalización universal y asequible pueden ser erróneas si la relación entre pobreza e informalidad opera justo en la dirección opuesta —esto es, si los pobres son informales porque son pobres—. Y bien puede ser éste el caso, pues sus activos tienen escaso valor y las actividades económicas que desarrollan son de naturaleza personal; por tanto, para la mayoría de los pobres las ventajas de la formalización pueden ser inferiores a su coste. De acuerdo con este argumento, la informalidad está muy extendida entre los pobres porque los procesos de formalización son necesariamente costosos, lo que hace que el acceso a todas las cuestiones legales —incluida la definición de los derechos reales, los contratos en forma escrita y la litigación— sea menos eficiente para quienes poseen activos o suscriben contratos de menos valor. Estos costes asociados a la formalidad son costes sociales

reales y no tasas arbitrarias, y bien pueden exceder los beneficios que no sólo los pobres sino también la sociedad en su conjunto obtendrían con la formalización de los pobres, sobre todo si éstos carecen de las oportunidades de intercambio impersonal para cuyo aprovechamiento sí se requiere formalización. Por consiguiente, las personas tienden a formalizar su actividad de forma más o menos exhaustiva dependiendo de su riqueza: los muy pobres ni siquiera están inscritos como individuos; sí lo están los pobres, pero sus activos no son lo suficientemente valiosos como para que sus derechos se inscriban en un registro público; y los ricos sí tienen activos más valiosos que se registran de manera más formal. El que los registros de los países en vías de desarrollo sirvan principalmente a la élite económica, lejos de ser un problema, puede ser eficiente. Aunque ello no siempre justifica lo elevado del coste de formalización y su baja calidad, es coherente con la prioridad de la demanda y el valor sobre los costes. Por último, puede ser también más justo que invertir la escasa recaudación fiscal o el dinero de las ayudas al desarrollo en proyectos de titulación o formalización que con el tiempo se demuestran inútiles.

En consecuencia, centrar los esfuerzos destinados a la formalización en los pobres puede ser ineficiente, y los gobiernos y organizaciones de ayuda internacional posiblemente invierten demasiado en proyectos de formalización y los estructuran mal, con el objetivo de alcanzar soluciones simples pero, al final, inútiles. De hecho, algunos de estos esfuerzos pueden no ser sino otra forma de explotación de los más pobres —por ejemplo, de quienes no tienen fincas que registrar— en beneficio, ya no de aquellos que tienen algunas fincas en propiedad, sino principalmente de los proveedores de servicios de formalización. Es también inevitable que muchos de estos proyectos resulten insostenibles desde una óptica económica (Bruce *et al.* 2007b, 42): las más de las veces, es eficiente no mantenerlos, y, para el observador desinteresado, su ineficiencia puede haber sido evidente desde un principio.

Esta línea argumental lleva a pensar que, pese a que en muchos países mejorar las instituciones de formalización y reducir sus costes puede ser un objetivo válido siempre que se base en un análisis sensato de costes y beneficios, las políticas de formalización no deben centrarse en los pobres. Por el contrario, deben dirigirse a mejorar los registros para aquellos que ya los están usando, centrándose en mejorar el valor de sus servicios. Además, deben cobrar a los usuarios, de modo que el que éstos asuman desde el principio al menos una parte del coste de la formalización proporcione un indicio de cuál es el balance social de costes y beneficios, y asegurará su sostenibilidad. Esas políticas beneficiarán también a los pobres, al lograr una formalización más eficiente, ya sea mediante menos costes o mayores beneficios, lo cual aumentará el crecimiento económico y conducirá a que los pobres vayan pasando al ámbito formal.

Este argumento puede aplicarse tanto al contexto inmobiliario como al empresarial. Las empresas tienden a ser informales cuando su tamaño es pequeño y no al revés. En la medida en que algunos costes de formalización dependen del tamaño de la empresa, es óptimo desde el punto de vista del bienestar social que las más pequeñas permanezcan en la informalidad y escojan estructuras contractuales más simples. Ello puede ser especialmente relevante si se tiene en cuenta que las decisiones relacionadas con la formalización influyen en los costes del *enforcement* público. Por ejemplo, puesto que la constitución de una sociedad facilita la evasión de impuestos, aliviar las cargas administrativas de las sociedades pequeñas aumenta, por tanto, los costes fijos de la recaudación de aquellos impuestos que gravan las actividades que ahora se canalizan a través de esas sociedades. Desde esta óptica, las políticas que se centran en reducir los costes jurídicos de las sociedades de pequeño tamaño (y no tanto los costes iniciales como los recurrentes) están desenfocadas, puesto que, en proporción a su tamaño, al menos las más pequeñas pueden imponer mayores costes a la sociedad.

Por último, debemos considerar que, además, proteger a los pobres a través de medidas jurídicas choca a menudo con el desarrollo de las instituciones que precisa una economía de mercado. En particular, uno de los fundamentos jurídicos de la economía de mercado es la igualdad de trato de todos los ciudadanos. Sin embargo, las políticas que persiguen el “empoderamiento de los pobres” suelen incluir normas dirigidas a favorecerles (Bruce *et al.* 2007a, 5–6). Por ejemplo, se alienta a los gobiernos no sólo a posibilitar que inscriban sus fincas, sino también a otorgar a quienes las ocupan la condición de propietarios, así como a prestar asesoramiento y soporte a las nuevas empresas de pequeño tamaño, todo lo cual distorsiona la competencia entre empresas de distinto tamaño y promueve la producción a una escala ineficientemente pequeña. Incluso se recomienda a los gobiernos promover la sindicalización de los trabajadores, como si los sindicatos no contaran con un triste historial por lo que respecta a ayudar a los que son verdaderamente pobres. Conste que no discuto la mayor o menor conveniencia de redistribuir riqueza hacia los pobres. Lo que critico es, simplemente, que esa redistribución se lleve a cabo estableciendo derechos distintos que, en el mejor de los casos, benefician a los *propietarios* más pobres, que no a los *ciudadanos* más pobres.

Referencias

- Anderson, J. Stuart. 1992. *Lawyers and the Making of English Land Law, 1832–1940*. Oxford: Clarendon Press.
- Arruñada, Benito, y Nuno Garoupa. 2005. “The Choice of Titling System in Land”. *Journal of Law and Economics* 48:709–27.
- Arruñada, Benito. 2012. *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: The Theory and Policy of Contractual Registries*, University of Chicago Press, Chicago. Traducido al español: *Instituciones del intercambio impersonal: Teoría y método de los registros públicos*, Thompson-Reuters, Cizur Menor, 2013.

- Atwood, David A. 1990. "Land Registration in Africa: The Impact on Agricultural Production". *World Development* 18:659–71.
- Barzel, Yoram. 1982. "Measurement Cost and the Organization of Markets". *Journal of Law and Economics* 25:27–48.
- Bogart, Dan, y Gary Richardson. 2009. "Making Property Productive: Reorganizing Rights to Real and Equitable Estates in Britain, 1660 to 1830". *European Review of Economic History* 13:3–30.
- Bruce, John W. (Director de equipo), Omar Garcia-Bolivar, Tim Hanstad, Michael Roth, Robin Nielsen, Anna Knox, y Jon Schmidt. 2007a. *Legal Empowerment of the Poor: From Concepts to Assessment*. Washington, DC: United States Agency for International Development.
- Bruce, John W., Omar Garcia-Bolivar, Michael Roth, Anna Knox, y Jon Schmidt. 2007b. "Land and Business Formalization for Legal Empowerment of the Poor". *Strategic Overview Paper*. Washington, DC: United States Agency for International Development.
- Bruce, John W., y Shem E. Migot-Adholla, eds. 1994. *Searching for Security of Land Tenure in Africa*. Dubuque: Kendall/Hunt.
- Burns, Tony. 2007. "Land Administration Reform: Indicators of Success and Future Challenges". Agriculture and Rural Development Discussion Paper 37. Washington, DC: The World Bank.
- Campbell, John Y., Stefano Giglio, y Parag Pathak. 2011. "Forced Sales and House Prices". *American Economic Review* 101:2108–31.
- Carter, Michael, y Pedro Olinto. 2003. "Getting Institutions 'Right' for Whom? Credit Constraints and the Impact of Property Rights on the Quantity and Composition of Investment". *American Journal of Agricultural Economics* 85:173–86.

- CLEP (Commission on Legal Empowerment of the Poor). 2008a. *Making the Law Work for Everyone*. Vol. 1. Nueva York: United Nations.
- . 2008b. *Making the Law Work for Everyone*. Vol. 2, Working Group Reports. Nueva York: United Nations.
- Dale, Peter F., y John D. McLaughlin. 1999. *Land Administration*. Oxford: Oxford University Press.
- Davis, Mike. 2006. *Planet of Slums*. Londres: Verso.
- DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado). 1998. *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Feder, Gershon, Tongroj Onchan, y Tejaswi Raparla. 1988. “Collateral, Guarantees and Rural Credit in Developing Countries: Evidence from Asia”. *Agricultural Economics* 2:231–45.
- Feder, Gershon, Tongroj Onchan, Yongyuth Chalamwong, y Chira Hongladarom. 1988. *Land Policies and Farm Productivity in Thailand*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Feder, Gershon, y Akihito Nishio. 1998. “The Benefits of Land Registration and Titling: Economic and Social Perspectives”. *Land Use Policy* 15:25–43.
- Field, Erica. 2004. “Property Rights, Community Public Goods and Household Time Allocation in Urban Squatter Communities”. *William and Mary Law Review* 45:837–87.
- . 2005. “Property Rights and Investment in Urban Slums”. *Journal of the European Economic Association Papers and Proceedings* 3:279–90.
- . 2007. “Entitled to Work: Urban Property Rights and Labor Supply in Peru”. *Quarterly Journal of Economics* 122:1561–602.

- Harding, John P., Eric Rosenblatt, y Vincent W. Yao. 2009. "The Contagion Effect of Foreclosed Properties". *Journal of Urban Economics* 66:164–78.
- Holstein, Lynn C. 1993. "Review of Bank Experience with Land Titling and Registration". Mimeo. Washington, DC: World Bank.
- ILD (Instituto Libertad y Democracia). 2007. *La guerra de los notarios*. Lima: ILD. <http://www.ild.org.pe/download.php> (visitada el 7 de marzo de 2007).
- Immergluck, Dan, y Geoff Smith. 2006. "The External Costs of Foreclosure: The Impact of Single-Family Mortgage Foreclosures on Property Values". *Housing Policy Debate* 17:57–79.
- Jensen, Michael C., y William H. Meckling. 2009. "Specific Knowledge and Divisional Performance Measurement". *Journal of Applied Corporate Finance* 21:49–57.
- Kaplow, Louis, y Steven Shavell. 1992. "Private versus Socially Optimal Provision of Ex Ante Legal Advice". *Journal of Law, Economics, and Organization* 8:306–20.
- Kaufmann, Jürg, y Daniel Steudler. 1998. *Cadastral 2014: A Vision for a Future Cadastral System*. Rheinfall: International Federation of Surveyors. <http://www.fig.net/cadastral2014/translation/c2014-english.pdf> (visitada el 2 de enero de 2009).
- Kostadinov, Petar. 2008. "Corporate ID Worries: Managers Still Fear Losing their Property through Fraud". *Sofia Echo*, 28 de noviembre. http://sofiaecho.com/2008/11/28/665096_corporate-id-worries (visitada el 30 de noviembre de 2009).
- Libecap, Gary D., y Dean Lueck. 2011a. "Land Demarcation Systems". En Kenneth Ayotte y Henry E. Smith, eds., *Research Handbook on the Economics of Property Law*, 257–95. Cheltenham: Edward Elgar.

- . 2011b. “The Demarcation of Land and the Role of Coordinating Property Institutions”. *Journal of Political Economy* 119:426–67.
- Libecap, Gary D., Dean Lueck, y Trevor O’Grady. 2011. “Large-Scale Institutional Changes: Land Demarcation within the British Empire”. *Journal of Law and Economics* 54:S295–S327.
- Madison, Michael T., Robert M. Zinman, y Steven W. Bender. 1999. *Modern Real Estate Finance and Land Transfer: A Transactional Approach*. 2.^a ed. Nueva York: Aspen.
- Meinzen-Dick, Ruth, y Esther Mwangi. 2009. “Cutting the Web of Interests: Pitfalls of Formalizing Property Rights”. *Land Use Policy* 26:36–43.
- Miranda, Óscar. 2010. “Cofopri fue infectado por la corrupción”. *Perú* 24, 31 de agosto. <http://peru21.pe/noticia/631621/decadencia-cofopri> (visitada el 18 de octubre de 2010).
- Morris Guerinoni, Felipe, con la colaboración de Víctor Endo D. y Rafael Ugaz. 2004. *La formalización de la propiedad en el Perú: Desvelando el misterio*. Lima: Comisión para la Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y Banco Mundial. <http://www.cofopri.gob.pe/bdigital.asp?i=3> (visitada el 4 de mayo de 2007).
- Payne, Geoffrey, ed. 2002. *Land, Rights and Innovation: Improving Tenure Security for the Urban Poor*. Londres: ITDG Publishing.
- Richardson, Gary, y Dan Bogart. 2008. “Institutional Adaptability and Economic Development: The Property Rights Revolution in Britain, 1700 to 1830”. National Bureau of Economic Research Working Paper Series 13757.
- ROS (Registers of Scotland). 1999. “Registration of Title: A Basic Guide”, 3 de abril. <http://www.ros.gov.uk/pdfs/basicguide.pdf> (visitada el 9 de noviembre de 2010).

- . 2010a. “Land Registration (Scotland) Bill Consultation Paper”. <http://www.ros.gov.uk/lrbillconsultation/index.html> (visitada el 9 de noviembre de 2010).
- . 2010b. *Annual Report and Accounts 2009–2010*. Edinburgh: ROS. http://www.ros.gov.uk/pdfs/rosannualreport_09-10.pdf (visitada el 9 de noviembre de 2010).
- Schuetz, Jenny, Vicki Been, e Ingrid Gould Ellen. 2008. “Neighborhood Effects of Concentrated Mortgage Foreclosures”. *Journal of Housing Economics* 17:306–19.
- Shavell, Steven. 1997. “The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”. *Journal of Legal Studies* 26:575–612.
- Sibley, James P. 2006. “Is the Door to Public Records Slowly Closing?” *Title News* 85. http://www.alta.org/publications/titlenews/06/03_01.cfm (visitada el 18 de julio de 2011).
- Sparkes, Peter. 1999. *A New Land Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Sterk, Stewart W. 2008. “Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty about Property Rights”. *University of Michigan Law Review* 106:1285–1335.
- Thaler, Richard H., y Cass R. Sunstein. 2008. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.
- UN-ECE (United Nations Economic Commission for Europe). 1996. *Land Administration Guidelines with Special Reference to Countries in Transition*. Nueva York y Ginebra: United Nations.
- . 2005. *Land Administration in the UNECE Region: Development Trends and Main Principles*. Nueva York y Ginebra: United Nations. <http://bit.ly/tSvZGZ> (visitada el 20 de diciembre de 2008).

- Wachter, Daniel, y John English. 1992. "The World Bank Experience with Rural Land Titling". World Bank Policy and Research Division, Environment Department Working Paper 1992-35.
- Ward, Peter N. 1990. *Mexico City: The Production and Reproduction of an Urban Environment*. Londres: Belhaven Press.
- World Bank. 2004. *Doing Business in 2005: Removing Obstacles to Growth*. Washington DC: World Bank and Oxford University Press.

LOS EFECTOS EN EL REGISTRO CON LAS MODIFICACIONES EN LA LEGISLACION DEL NOTARIADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1232

Jorge Armando E. Rojas Alvarez

El 1 de julio de 2015 se publica en el diario Oficial El Peruano la Ley N° 30336, Ley que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, fortalecer la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. En el inciso f) del artículo 2 de la mencionada ley autoritativa se establece lo siguiente:

Artículo 2. Materia de la delegación de facultades legislativas

En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, el Poder Ejecutivo está facultado para legislar sobre las siguientes materias:

(...)

f) Optimizar el sistema nacional de los registros públicos, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica, previniendo la comisión de fraudes y la afectación de derechos de terceros.

En ese contexto el 26 de setiembre de 2015 se publica en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1232 en el que se modifican e incorporan diversos artículos al Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado.

Los alcances de estas reformas pueden agruparse en tres aspectos, el primero relacionado con los criterios de acceso a la función notarial

como la composición del jurado calificador, la distribución de plazas, el cese del notario, entre otros; el segundo aspecto relacionado al fraude en la producción de instrumentos públicos notariales y su vinculación con el registro; y el tercero sobre el régimen disciplinario de los notarios.

Ahora bien, antes de ahondar en el análisis a las reformas del Decreto Legislativo del Notariado que estarán enfocadas en la producción de los instrumentos públicos notariales y su vinculación con el registro en el marco de la lucha contra el fraude documentario, comparto una primera interrogante teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos precedentes que permitieron la promulgación del Decreto Legislativo N° 1232:

¿Podría entenderse que el Poder Ejecutivo se ha extralimitado en el uso de las facultades dadas por el Congreso de la República, al modificar el Decreto Legislativo del Notariado cuando su marco de acción normativa solo comprendía la optimización de los registros públicos con el fin de prevenir el fraude y la afectación de derechos de terceros?

La admisión de este cuestionamiento nos puede llevar a evaluar la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1232 por no estar dentro de los parámetros de la Ley Autoritativa, que constituye de acuerdo al Código Procesal Constitucional¹ y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional², en el llamado bloque de constitucionalidad³.

1 **Código Procesal Constitucional.-**

Artículo 79.- Principios de interpretación

Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

2 Sentencia N° 0023-2007-PI/TC.-

(...) 30. El bloque de constitucionalidad, como ya ha dicho este Colegiado en reiteradas oportunidades (Expedientes N°s 0002-2005-AI/TC; 0013-2003-CC/TC; 0005-2005-CC/TC; 3330-2004-AA/TC), puede ser entendido como aquella “hipótesis de infracción indirecta, al parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango”.

31. En esta misma dirección hemos precisado que “Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos.

3 Artemio Meza Hurtado señala: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución”. MEZA

Veamos, la *ratio legis* de la Ley N° 30336 reside en que el Poder Ejecutivo pueda dictar los dispositivos legales destinados a enfrentar aquellas conductas ilícitas que afectan el bien jurídico protegido de la seguridad ciudadana⁴. En lo que respecta al sistema de los registros públicos – a entender de la ley autoritativa – esta afectación se concretiza cuando un legítimo titular registral se ve despojado de su derecho inscrito, usualmente el derecho propiedad o el derecho de asociación (ambos derechos fundamentales), a través de la modalidad de la falsificación documentaria o suplantación de identidad, amén de algunos casos vinculadas a conductas ilegales de malos servidores públicos, notarios, árbitros o jueces.

Es decir, afectar el bien jurídico de la seguridad ciudadana no solo pasa por aquellos delitos que se cometen a mano armada a través del robo, secuestro, extorsión, asesinato, entre otros, sino también por aquellos delitos denominados de “cuello blanco” donde mediante el fraude documentario, el fraude a la ley o la corrupción, se logra el despojo de propiedades o de derechos amparándose en la institución del registro.

En efecto, ocurre que de los miles de documentos presentados diariamente al registro para obtener una inscripción se dan casos donde se filtra algún instrumento público total o parcialmente falso, un laudo arbitral amañado o aquel instrumento notarial donde ha obrado suplantación de identidad, que al no poder ser advertido por el registrador en su labor de calificación⁵, obtienen la inscripción y con ello se consolida el despojo.

HURTADO, Artemio. El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú? En Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013, p. 148.

- 4 De acuerdo con el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 3482-2005-PHC/TC, se define a la seguridad ciudadana de la siguiente manera:
(...) 13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.
- 5 Edgardo O. Scotti señala que “La organización registral parte de la premisa de que sus asientos deben concordar con la realidad jurídica externa al Registro. Para ello es necesario recurrir a un examen previo de los documentos

La problemática a los casos de falsificación o suplantación de identidad ocurridos con los títulos ingresados al registro o que dieron mérito a la inscripción registral, de alguna manera habían sido abordados con la dación de la Ley N° 30313, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de marzo de 2015, ley que regula, entre otros aspectos, la oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y la cancelación del asiento registral ante supuestos de suplantación de identidad o falsificación documentaria. Empero, a pesar de dicha regulación, el Congreso de la República autoriza al Poder Ejecutivo para legislar con la finalidad de optimizar el sistema nacional de los registros públicos.

Dada la voluntad del legislativo y en el hipotético caso en que se dicten todas las medidas legales, administrativas y tecnológicas⁶ que sean necesarias para lograr el funcionamiento “óptimo” del registro ¿debería darse por sentado que la seguridad jurídica de los actos de adquisición y transmisión de bienes están garantizados por la inscripción registral?

inscribibles a fin de verificar que reúnen los recaudos exigidos por la legislación. (...) La facultad de calificación, consecuentemente, es el arbitrio que las leyes específicas colocan en manos del registrador a fin de que pueda verificar la bondad de los documentos que ingresan, evitando inscribir o anotar aquellos viciados de nulidad absoluta o susceptibles de anulación.” SCOTTI, Edgardo O. Cuestiones que plantea la legislación argentina respecto a los documentos de origen judicial. Ponencia presentada en el “II Congreso Internacional de Derecho Registral” (Madrid, 1975), En: La calificación registral: Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre calificación registral, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 627.

En esa línea Manuel Villares Picó señala que “la función calificador no solo sirve para evitar que se inscriban títulos nulos, sino para impedir que se otorguen sin reunir los requisitos legales; es decir, que la calificación conduce a que los mismos funcionarios que autorizan los títulos procuren, con el mayor escrúpulo, que no adolecen de defecto alguno, para que pasen sin la menor tacha por el tamiz de la calificación, y todo ello responde naturalmente a que los autenticadores del título y los registradores del mismo colaboren eficazmente en el principio de la legalidad”. VILLARES PICO, Manuel. Principios Hipotecarios en la Ley de 1861. Sus Antecedentes y Evolución, en curso de conferencias sobre derecho Inmobiliario Registral. (Madrid, 1951-52), En. La calificación registral: Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre calificación registral, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 412.

- 6 Cabe señalar que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos en el marco de sus facultades y atribuciones ha dictado una serie de medidas normativas y tecnológicas para enfrentar el fraude documentario, entre ellas mencionaremos las que en mi opinión son las más representativas:

Medidas normativas:

- Resolución del Superintendente N° 185-2008-SUNARP/SN se crea el servicio de Alerta registral solo para el registro de predios; que después se amplía a más registros mediante la resolución del Superintendente N° 170-2013-SUNARP-SN.
- Resolución N° del Superintendente N° 314-2013-SUNARP/SN se crea el servicio de inmovilización temporal de partidas.
- Resolución del Superintendente N° 019-2012-SUNARP/SN se aprueba la Directiva N° 001-2012, que regula el Bloqueo por presunta falsificación de documentos.
- Resolución del Superintendente N° 257-2012-SUNARP/SN, aprueba la Directiva N° 003-2012, que regula la anotación por presunta falsificación de instrumentos extraprotocolares y de constancias de quórum.

Desde nuestra perspectiva la respuesta es negativa y veamos por qué:

En primer lugar, porque la inscripción es un acto administrativo que nace como consecuencia de la calificación registral, entendida esta como el control de legalidad que realiza el registrador público al título rogado en el que se limita a evaluar la naturaleza inscribible del acto, su validez, la capacidad o representación de los otorgantes y su adecuación con los antecedentes registrales (obstáculos del registro o tracto), por lo tanto no se trata de una revisión amplia que permita advertir los aspectos subjetivos que rodean al título o inclusive efectuar una revisión pericial sobre los elementos de seguridad del instrumento como son los sellos y firmas, salvo que la falsedad de estos se desprendan de manera notaria o evidente⁷.

En esa línea se ha señalado que la calificación registral se trata de una constatación documental, y no sustancial, por lo que no se tiene en cuenta las particularidades de los contratantes, ni la intención de estos, o el perjuicio concreto que puedan haber sufrido, o las patologías del acto. De

-
- Resolución del Superintendente N° 315-2013-SUNARP/SN, aprueba la Directiva N° 009-2013, que regula en sede registral los efectos de la anotación preventiva prevista en la quinta y sexta disposiciones complementarias, transitorias y finales del Decreto Legislativo del Notariado.
 - Resolución del Superintendente N° 226-014-SUNARP/SN, modifica el Reglamento General de los Registros Públicos estableciendo de manera uniforme los criterios de calificación de los laudos arbitrales, entre ellas la prohibición al registrador de inscribir un laudo arbitral que afecta a un tercero registral no comprendido en el arbitraje.

Medidas tecnológicas:

- Lectores biométricos de huella dactilar integrados al Sistema de RENIEC instaladas en todas las oficinas de Sunarp, para acreditar la identidad de los presentantes de títulos.
 - Sistema de intermediación digital - SID-SUNARP- Permite generar el parte notarial en forma electrónica para ser firmado digitalmente por el notario. Esto implica reducir al mínimo la posibilidad que se presenten al registro documentos falsos ya que se está prescindiendo del uso de soporte papel.
 - Módulo "Sistema Notario". Permite que el notario directamente incorpore, cambie o retira a sus dependientes para conocimiento del Registro, a fin de coadyuvar a contrarrestar el riesgo de la presentación de documentos notariales falsificados.
- 7 Sobre los elementos de seguridad que rodean al instrumento que accede al registro para la calificación, es importante señalar que el registrador no cumple, y no tiene por qué cumplir, una labor de perito grafo-técnico o contrastar los sellos del notario, por el contrario, estos graves problemas que aquejan a la institución registral deben ser abarcados desde dos aspectos. El primero, mediante una política estatal trasversal, seria y eficiente de lucha contra la falsificación la cual se presenta fuera del ámbito registral, esto involucra a la policía quien debe intervenir y capturar a los sujetos que integran estas mafias dedicadas a dicho ilícito, el Ministerio Público y Poder Judicial para que se apliquen condenas de cárcel, pues de acuerdo a la actual tipificación penal es posible la imposición de penas efectivas. En segundo lugar, incentivar el uso de la tecnología de la información que permita enviar documentación del notario al registro de forma segura y rápida, por tal motivo, considero acertado las disposiciones de Sunarp destinadas a la implementación de la firma digital como mecanismo que prescinde del uso papel, garantizando la integridad y autenticidad de los documentos.

esa manera el registrador se limita a efectuar una evaluación formal de la legalidad del acto o contrato, tal y conforme esta aparece en el documento⁸.

Bajo lo expresado, podemos indicar que la inscripción registral de un acto o derecho en sí sola no puede sustentar la seguridad jurídica de las adquisiciones, porque de ella no se permite advertir los defectos vinculados a la configuración del instrumento, la identidad de los otorgantes, manifestación de voluntad, simulaciones, entre otras. Por ello, el principio de legitimación previsto en el artículo 2013 del Código Civil señala una presunción relativa de certeza al contenido del asiento registral hasta que no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral⁹, agregando que la inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables.

Entonces, para que la adquisición de un derecho - de propiedad sobre un predio por ejemplo - goce de seguridad jurídica, no solo es necesario haber adquirido sobre la base de una inscripción registral e inscribir el derecho como mecanismo de oponibilidad, sino haber realizado acciones adicionales de mínima diligencia como verificar la posesión y verificar aquellos títulos que sustentan las inscripciones registrales, este último

8 Sentencia expedida por la Tercera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, Expediente 3490-2009. Fundamentos de voto singular del Magistrado GONZÁLES BARRON, Gunther, p. 13. Obtenido en la página web <http://www.gunthergonzalesb.com/juridisprudencia.php>.

9 No obstante con lo señalado en el artículo 2013 del Código Civil, existen otros mecanismos normativos que permiten dejar sin efecto un asiento registral como lo regulado en el artículo 95 y 96 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos que contemplan el supuesto de cancelación por inexistencia del acto causal o de la rogatoria y la cancelación por comprobada inexistencia del asiento de presentación o denegatoria de inscripción, respectivamente; o mediante resolución administrativa cuando el acto administrativo que originó la inscripción es declarado nulo conforme al precedente de observancia obligatoria del Tribunal Registral aprobado en el Pleno CV publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18 de abril de 2013. A manera de crítica a la Ley 30313 que modifica el artículo 2013 del Código Civil Jorge Ortiz Pasco señala: “¿Qué se ha olvidado el nuevo artículo 2013? Se ha olvidado que una resolución administrativa puede dejar sin efecto una inscripción (o anotación) cuando el acto administrativo es declarado nulo. Se olvida que una ley también puede dejar sin efecto una inscripción (o anotación) prueba de ello son: La Ley N° 26785, artículo 1; Ley N° 27795, disposición complementaria sexta, Ley N° 28259 a través de su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 035-2004-AG artículo 5.7, artículo 2, Ley N° 29415, artículo 16; Ley N° 27809, artículo 83.2, literal g. También se olvida que el Tribunal Registral ha resuelto a través de la Resolución N° 137-2008-SUNARP-TR-T que ene mérito de un título archivado se puede dejar sin efecto una inscripción”. ORTIZ PASCO, Jorge. Ley 30313: un solo de contradicciones. En Revista Actualidad Civil, volumen 10. Lima 2015, p. 115.

aspecto introducido con la modificación al artículo 2014 del Código Civil mediante la Ley N° 30313¹⁰.

En segundo lugar y vistas las limitaciones de la calificación registral, resulta fundamental contar con instituciones sólidas y confiables en la producción de la titulación auténtica que permita al registrador cumplir el ejercicio de calificación y eventual inscripción, con la seguridad de que aquellos aspectos del título que no están en su competencia advertirlos han sido escrupulosamente evaluados por la autoridad o funcionario competente.

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

A lo ya indicado debemos sumarle que el notariado es el principal proveedor de documentación auténtica al registro, como explica Juan Vallet de Goytisolo: “(...) *el registro recibe principal y primordialmente el resultado de la labor documental del notario, que llega mediante traslado o copia del instrumento matriz, título que – una vez calificado y en cuanto cumpla el tracto registral – es inscrito y dotado así de su publicidad, orientada a la seguridad del tráfico inmobiliario a favor de los terceros adquirentes*”¹¹.

10 La Ley 30313, modifica el artículo 2014 del Código Civil, quedando el siguiente texto:

Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

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

11 VALLET DE GOYTISOLO, Juan. La función notarial. En Revista de Derecho Notarial, Madrid 1984. p. 329.

Sin embargo, dentro de la función notarial se han presentado casos de fraude vinculados principalmente a la suplantación de identidad en el otorgamiento del instrumento público, la ausencia de controles en la apertura y certificación de libros, suplantación de los dependientes del notario encargados de ingresar títulos al registro, entre otros hechos que afectan el principio de seguridad jurídica y el tráfico económico.

Por lo tanto, si la Ley autoritativa faculta al Poder Ejecutivo para dictar las normas que tengan por finalidad optimizar el sistema nacional de los registros públicos para prevenir la comisión de fraudes, creemos que no solo resulta lógico sino también necesario que se emitan las disposiciones legales destinadas a cautelar el correcto funcionamiento del sistema notarial, máxime si reconocemos la existencia de casos de fraude en ciertos procesos de titulación auténtica que el registrador en el ejercicio de la calificación no puede advertir, por más sistema registral “óptimo” que se pueda brindar.

En esa línea se ha indicado con mucha exactitud lo siguiente: “(...) *la seguridad jurídica no puede conseguirse, únicamente, mediante un perfeccionamiento del sistema registral, sino que requiere como exigencia básica para la producción de sus efectos, de la existencia de documentación auténtica. De nada serviría una amplia y perfecta calificación registral de documentos fraudulentos, o que no corresponden a actos realmente celebrados, siendo aún más grave que, el sistema adoptado, la confianza existente en la institución registral evita la generación de mecanismos complementarios como p.ej. el seguro de títulos.*

(...) Por el contrario, si lo que se quiere es lograr una nítida definición de los derechos de propiedad que facilite y otorgue seguridad al intercambio de los bienes resulta menester que se difunda en el ámbito de todos los sectores, una cultura basada en la utilización de las ventajas que proporciona la instrumentación auténtica y la publicidad registral.”¹²

12 GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2002. pp. 36-37.

Por lo expuesto podemos afirmar que las modificatorias introducidas al Decreto Legislativo del notariado vinculadas a la producción de la titulación auténtica y su conexión con el registro, se encuentran dentro de los parámetros de la ley autoritativa, en el entendido que la prevención del fraude en el registro tiene como condición necesaria cautelar el correcto funcionamiento de la institución notarial en la producción de títulos auténticos.

A manera de corolario sobre este punto y parafraseando al profesor Marcial Rubio Correa, la referencia de inconstitucionalidad de una norma jurídica, solo puede hacerse cuando, luego de elaborar todas las interpretaciones posibles, ninguna haga compatible con la Constitución (o bloque de constitucionalidad). Bastará que una sola interpretación resulte compatible para que la declaración de inconstitucionalidad no se realice y la norma, consiguientemente, mantenga sus efectos¹³, tal como se ha intentado explicar en estas líneas, la modificación al Decreto Legislativo N° 1049 resulta compatible con los fines propios de la Ley autoritativa en el marco de la prevención del fraude.

Dicho esto, analicemos las principales reformas introducidas por el Decreto Legislativo N° 1232 en lo que refiere a la producción de titulación auténtica y su vinculación con el registro.

I. Modificación del artículo 4° del DL. 1049 sobre el ámbito territorial de la competencia notarial.-

La Ley 30313 que entró en vigencia el 27 de marzo de 2015 trajo consigo una importante reforma en las atribuciones de competencia notarial para la expedición y autorización de instrumentos públicos, pues hasta antes de la fecha en mención la competencia notarial

13 Universidad Católica del Perú, Lima 2005. p. 129.

estaba circunscrita a la comparecencia de los otorgantes¹⁴; siendo que la prohibición del notario se limitaba a aquellos procedimientos que impliquen su desplazamiento fuera del ámbito territorial que es la provincia (Ej. Prescripción adquisitiva, diligenciamiento personal de cartas notariales, actas de presencia, entre otros).

Para explicarlo con más detalle, un predio ubicado en la provincia de Piura podía ser perfectamente transferido mediante un contrato de compraventa elevado a escritura pública ante un notario de Lima, para ello, solo bastaba la comparecencia de los otorgantes (vendedor y comprador) ante el notario limeño.

Sin embargo, la Ley 30313 modifica el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1049 e incorpora un límite en la competencia notarial bajo el siguiente tenor:

Artículo 4.- Ámbito territorial

El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina.

Son nulas de pleno derecho las actuaciones notariales referidas a actos de disposición o gravamen intervivos de bienes inmuebles ubicados fuera del ámbito territorial del notario provincial, sin perjuicio que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales.

14 Carlos Nicolás Gattari señala: "El hecho físico de la presencia real causa el registro en el inicio de una parcela del instrumento llamada comparecencia. En ella se deben presentar todos los que intervienen en el acto como rogantes; no es necesario indicar qué carácter asumen, pues se colegirá de la rogación. La comparecencia incluye la data y la nominación de o de los sujetos y el acto o juicio de notoriedad del notario como es la fe de conocimiento, incluido en cualquier instrumento notarial". GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica Notarial*. LexisNexis, Buenos Aires 2007, pp. 288-289.

Cuando el acto de disposición o gravamen comprenda más de un inmueble ubicado en diferentes provincias es competente el notario del lugar donde se encuentre cualquiera de ellos, quedando autorizado para ejercer función notarial fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado

Como se puede advertir, la restricción prevista en el segundo párrafo sanciona con nulidad cualquier instrumento notarial que pretenda formalizar un acto de disposición o gravamen sobre inmuebles ubicados fuera de la provincia donde el notario ejerce su función.

¿Qué buscaba el legislador con esa restricción?

Inferimos que obedece a una respuesta, drástica por cierto, a la publicación de ciertas denuncias periodísticas donde algún notario ubicado en una provincia pequeña y alejada de la capital formalizaba transferencias de predios de las zonas más exclusivas de Lima, cuando el supuesto transferente no estaba ni enterado¹⁵. Tal vez por actuación irregular del notario, o porque éste no contaba con las herramientas técnicas necesarias que le permitan hacer un adecuado proceso de identificación, situación que es oportunamente aprovechada por las mafias que trafican predios.

Si dicha modificación normativa ha sido eficaz o no en la lucha contra el fraude documentario no me aventuraría a dar una respuesta, en la medida que no cuento con los elementos estadísticos suficientes que permitan sustentar una posición; sin embargo, considero importante señalar que la norma generó una

15 Así informó la prensa sobre esta supuesta modalidad de fraude:

“Aparecen más denuncias por irregular venta de terrenos en notaría de La Oroya”. Se denuncia al notario de la Oroya por haber formalizado transferencias de predios de Lima cuando los supuestos vendedores aducen que nunca se apersonaron a la notaría y menos otorgaron Escrituras Públicas de venta. Programa Periodístico “Cuarto Poder” emitido el domingo 08 de setiembre de 2013.

serie de inconvenientes para ser aplicada debido a los términos tan genéricos que su texto mantenía, tales como: “actuaciones notariales”, “actos de disposición” o “inmuebles” repercutiendo en todo tipo de transferencias inmobiliarias; inclusive, el Colegio de Notarios de Lima y la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú interpretaron, incorrectamente desde mi punto de vista, que la prohibición comprendía el otorgamiento de poderes¹⁶.

Asimismo, cabe señalar que las restricciones impuestas por la Ley 30313 a la “actuación del notario” contaban con un antecedente normativo previsto en la resolución del Consejo del Notariado N° 44-2013-JUS-CN que aprueba los lineamientos para la adecuada aplicación del Decreto Supremo N° 006-2013-JUS¹⁷. Al respecto, se estableció en el artículo 12) que en aquellos lugares donde el notario no puede efectuar la verificación biométrica de la identidad por falta de acceso a la tecnología, y deba formalizar determinados actos previstos en el artículo 5.3. del mencionado decreto supremo¹⁸, el notario podrá dar fe de identidad siempre que el bien objeto de la transacción esté ubicado en la provincia o distrito en donde tiene su sede el oficio notarial.

16 Mediante comunicado publicado el 27 de marzo de 2015, en los diarios *El Comercio* [Pág. A18] y *La República* [Pág. 21], el Decano del Colegio de Notarios de Lima y Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, señaló lo siguiente:

“(…) Ha sido promulgada la Ley Nro. 30313. Dicha norma, entre otros aspectos, ha establecido que, a partir del día 27 de Marzo de 2015, las actuaciones notariales, referidas a actos de disposición o gravamen intervivos de bienes inmuebles, sólo podrán ser realizadas ante el Notario de la provincia en donde se ubican los mismos.

Esto significa que los ciudadanos (personas naturales, jurídicas, entidades financieras, bancarias, comisiones liquidadoras, entre otros), necesariamente deberán trasladarse, para estos actos notariales, **que incluyen el otorgamiento de poderes**, hasta la provincia de ubicación de los inmuebles, lo que generará graves consecuencias por la dificultad o incluso la imposibilidad de poder hacerlo por circunstancias como la ancianidad, impedimento físico, falta de recursos económicos, disponibilidad de tiempo, entre otros factores.” (El subrayado es nuestro).

17 Decreto Supremo que establece limitaciones para la realización de transacciones en efectivo dentro de los oficios notariales, así como la obligatoriedad del uso del sistema de verificación de la identidad por comparación biométrica, publicado el 15 de mayo de 2013 en el Diario Oficial El Peruano.

18 **Decreto Supremo N° 006-2013-JUS.-**

Artículo 5.- Verificación mediante sistema de identificación por comparación biométrica

5.3 La verificación biométrica recae cuando dichos actos se realicen a través de los siguientes documentos:

- a. Escrituras públicas;
- b. Testamentos;
- c. Actas de transferencia de bienes muebles registrables;
- d. Actas y escrituras de procedimientos no contenciosos;
- e. Instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria e inmobiliaria;
- f. Actas de aportes de capital para la constitución o aumento de capital de las personas jurídicas; y
- g. Otros documentos protocolares que impliquen afectación sobre bienes muebles e inmuebles.

Es decir, con la Directiva emitida por el Consejo del Notariado se impone una restricción al notario en la expedición de instrumentos públicos respecto a determinados actos, supeditándolos al uso del sistema de verificación biométrica por huella dactilar, esto es, ante la ausencia del mencionado lector el notario solo podrá formalizar instrumentos cuando el bien o persona jurídica objeto del negocio estén ubicados en el distrito o provincia de su oficio notarial.

Pese al antecedente previsto en la Directiva del Consejo del Notariado, el legislador decidió que el criterio para la restricción de la actuación notarial en la formalización de actos de disposición o gravamen sobre inmuebles esté por la ubicación de estos y no por el uso del sistema de verificación biométrica. ¿Por qué? La ley no dice nada sobre el particular, sin embargo podemos inferir, nuevamente, que tal decisión responda a que la ubicación de un “inmueble” constituye una medida objetiva para contrastar el cumplimiento de la norma de forma inmediata, mientras que uso del lector de huella implica una obligación al notario en la identificación del otorgante, la cual no permite celeridad en comprobar su cumplimiento, debido a que se deberá recurrir al archivo del notario para verificar la impresión del sistema biométrico o solicitar a Reniec el reporte respectivo.

Posteriormente con la publicación del Decreto Legislativo N° 1232 el 26 de setiembre de 2015, se modifica nuevamente el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1049, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 4.- Ámbito territorial

El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina”.

Entonces, la reforma apunta a ¿volver al texto primigenio? ¿Dónde queda el espíritu de la restricción impuesto por el legislador?,

definitivamente el tema no queda aquí, a la modificación del artículo 4° se le suma la incorporación de los artículos 123-A y 123-B, que señalan:

“Artículo 123-A.- Nulidad de escrituras públicas y certificaciones de firmas

Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados; sin perjuicio que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales”.

“Artículo 123-B.- Excepciones a la nulidad prevista en el artículo 123-A

No están sujetos a la nulidad prevista en el artículo 123-A, los siguientes supuestos:

- a) Actos de disposición o de constitución de gravamen mortis causa.*
- b) Actos de disposición o de constitución de gravamen que comprenda predios ubicados en diferentes provincias o un predio ubicado en más de una, siempre que el oficio notarial se ubique en alguna de dichas provincias.*
- c) Fideicomiso.*
- d) Arrendamiento Financiero o similar con opción de compra”.*

Es decir, las causales de nulidad establecidas en el artículo 4° no solamente fueron trasladados en otro articulado por técnica legislativa, sino también se establecieron algunas precisiones que corresponde analizar:

Primero, está claro que la reforma mantiene el sentido impuesto por el legislador del Congreso de la República, al mantener las limitaciones respecto a la expedición de instrumentos públicos que formalicen actos de disposición o gravamen fuera del ámbito territorial del notario y no supeditando su actuación al uso del sistema de verificación biométrica de huella dactilar.

Segundo, se modifican los términos sobre las restricciones incorporadas por la Ley 30313, en el siguiente sentido: (1) “*actuaciones notariales*” por escrituras públicas, (2) “*actos de disposición o gravamen intervivos*” por actos de disposición o constitución de gravamen realizados por personas naturales, (3) “*bienes inmuebles ubicados fuera del ámbito territorial del notario provincial*” por predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario.

Sobre este punto, independientemente de las críticas y posiciones a favor¹⁹, efectuaremos el análisis en función al texto incorporado

19 Se han señalado las siguientes críticas:

“(…) Resulta manifiesto que la gran mayoría de fraudes inmobiliarios se ejecutan respecto de predios de personas naturales y por tanto, la exclusión de las empresas de la obligación que impone el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1232 parece razonable e incluso, necesaria, no obstante, podría también resultar arbitraria sino se ofrecen las razones para que opere la diferenciación. Y es que la imposición al notario para que haga uso del sistema de verificación biométrico haría innecesario mantener esta obligación incluso para personas naturales. El uso de esta herramienta evita la suplantación.”

POZO SÁNCHEZ, Julio. Continúan los desaciertos: Competencia o incompetencia notarial para los actos de disposición de inmuebles. En Gaceta Civil & Procesal Civil N° 20, Noviembre 2015, p. 311.

“Los legisladores no han entendido el problema. Acá, en Lima, todos los notarios tienen un sistema biométrico que lo utilizamos; entonces, alguien que quería hacer un fraude se iba a un lugar o provincia donde no hay biométrico, y ahí suplantaba para vender un inmueble ubicado en Lima. El problema no es que sea persona natural o persona jurídica, el problema es que no había verificación biométrica.

Por lo tanto, lo que se ha debido hacer es olvidarse del tema de donde está ubicado el predio, y más bien establecer en la norma que si una persona concurre a un despacho notarial para transferir inmuebles ubicados en otras provincias, obligatoriamente deberá aplicarse la verificación biométrica. Lamentablemente las normas han ido evolucionando poniendo una o más trabas, pero perdiendo lo más importante: evitar que se suplanten las personas o buscar un lugar donde se efectúe la suplantación.”

GONZALES LOLI, Jorge. (Notario de Lima). Entrevista publicada el sábado 21 de noviembre en el portal web de “La Ley”.

Obtenido en <http://laley.pe/not/2895/-las-modificaciones-a-la-ley-del-notariado-no-debilitan-el-uso-de-la-identificacion-biometrica/>

De otro lado, se han señalado posiciones a favor como las siguientes:

“(…) Las suplantaciones de identidad han dado origen al despojo de los verdaderos propietarios, pero, también puede imputarse a los notarios un descuidado estudio de títulos, pues no se dijo nada pese a que la historia del dominio permitía advertir transmisiones consecutivas en poquísimos tiempo, formalizadas ante notarios destituidos o de lugares alejadas.

en el artículo 123-A, pues como hemos señalado líneas arriba no cuento con indicadores que me permitan afirmar si esta restricción regulatoria a la contratación por la ubicación de los predios resulta más eficiente que aquella circunscrita al uso del sistema de verificación biométrica de huella dactilar; o peor aún, que la existencia de este tipo de fraude no justificaba, en términos de eficiencia, imponer restricciones a la contratación de los privados por los imponderables costos de transacción que significa. Tal como proclama el análisis económico del derecho y parafraseando al profesor Gerardo Solís Visscher, evaluar la incidencia de las externalidades negativas (la falsificación y su afectación a la seguridad jurídica) en la atmosfera contractual, implica una gran dificultad que supone determinarlas y cuantificarlas, lo que nos debe llevar a actuar con mucha cautela a la hora de establecer qué caso de externalidad va a ser sujeta a una regulación de las actividades. Los argumentos que invocan el orden público o las buenas costumbres, entonces, deben ser siempre mirados con recelo²⁰.

En cuanto a la modificación de “*actuaciones notariales*” por “*escrituras públicas*”, la norma formula una precisión acertada desde nuestro punto de vista, toda vez que el término “*actuaciones notariales*” involucra una gran cantidad situaciones en que el notario pueda intervenir sin precisar cuál, pudiéndose prestar a confusión. Por ejemplo, la prohibición comprendía ¿la certificación de firmas de

Es menester, pues, un conjunto de reformas legales en orden a la seguridad de la propiedad:

- Los instrumentos protocolares de transferencia de propiedad inmobiliaria deberán otorgarse en el notario del lugar de ubicación del inmueble (...)”

GONZÁLES BARRON, Gunther. La falsificación: Nuevo modo de adquirir la propiedad. Gaceta Jurídica, Lima 2015, p. 283. (Libro publicado antes de la emisión de la Ley 30313)

“(...) De ahí viene la importancia de la norma (refiriéndose a la ley 30313 y Decreto Legislativo 1232, sobre las restricciones para contratar sobre la ubicación del predio) en que las personas acudan al notario de la provincia donde esté ubicado el predio, ¿por qué? Porque generalmente cada quien conoce a su ciudadano, conciudadano, es decir la realidad de la provincia, y a veces pues, no hay necesidad de que se ingrese con la huella dactilar y la norma también te permite ello, por excepción (...)”

INGA VASQUEZ, Javier. (Notario de Cañete) Entrevista en el programa “Lo que dice la Ley” de Radio Capital (96.7 FM), emitido el 07 de noviembre de 2015.

20 SOLIS VISSCHER, Gerardo. “Tu derecho termina donde su nariz comienza”. Los límites de la libertad contractual a partir de sus consecuencias. Revista IUS ET VERITAS; Volumen 16, No. 32, Lima 2006. pp. 84-87.

un contrato de compraventa de predio ubicado fuera del ámbito territorial del notario?, ¿una certificación de la reproducción de dicho contrato?, también involucraría ¿ la copia certificada de un acuerdo de junta donde se autoriza al gerente a firmar el contrato de compraventa de un predio con las restricciones que plantea la norma?, a ello debemos agregarle la interpretación efectuada por el Colegio de Notarios de Lima respecto al otorgamiento de poderes, entre otros.

Por lo tanto, hace bien el legislador en precisar que la restricción se refiere a escrituras públicas²¹, no solo porque elimina el carácter ambiguo de “actuaciones notariales”, máxime si de restricciones a la contratación se trata, sino también se adecúa a los tipos de instrumentos públicos que expide el notario de acuerdo al marco normativo vigente, en este caso se trata del instrumento público protocolar que corresponde al registro de Escrituras Públicas.

También el artículo 123-A señala que la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados. Por ejemplo, un notario de Lima no puede certificar las firmas del formulario registral previsto en la Ley N° 27755, Ley que crea el Registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en el cual consta la transferencia de un predio ubicado en la provincia Constitucional del Callao.

A este análisis, debemos adicionar lo expresado por el profesor Martín Mejorada quien señala que las sanciones con nulidad a las escrituras públicas no alcanzan al contrato (minuta transcrita

21 El notario Víctor Tinajeros Loza define a la escritura pública como *“aquel documento autorizado por notario con las solemnidades del derecho, a requerimiento de una o más personas o partes otorgantes, con capacidad legal para el acto o contrato a que se refieren, en virtud de la cual se hacen constar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas particulares, con sujeción a las leyes y a la moral”*. TINAJEROS LOZA, Víctor. *Naturaleza Jurídica del Notariado y las innovaciones al Decreto Legislativo N° 1049*. Gaceta Notarial, Lima 2013. p. 43.

en el cuerpo de la escritura), salvo aquellos casos especiales como la donación inmobiliaria que requiere de escritura pública como formalidad solemne (Art. 1625 del Código Civil)²².

En cuanto a la modificación “*actos de disposición o gravamen intervivos*” por “*actos de disposición o constitución de gravamen realizados por personas naturales*”, se introduce otra precisión, la cual excluye de la prohibición a la intervención de las personas jurídicas.

¿Por qué tal distinción? Veamos, si la restricción regulatoria tiene su razón de ser en la prevención de los casos de fraudes sobre producción de titulación auténtica del notariado, esta debe obedecer a la casuística presentada, la cual señala que las principales modalidades de fraude instrumental ocurren a través de actos de transferencia entre personas naturales, o en la certificación de apertura de libros o de actas de la persona jurídica que permite la transferencia de sus bienes. En efecto, resultaría poco lógico pensar que el delincuente que falsifica un instrumento público o suplante la identidad lo haga para transferir (por aporte, compraventa, donación, etc.) el bien a una persona jurídica, para que a su vez dicho ente ¿lo transfiera nuevamente? No es una actuación muy coherente si a ilícitos y casuística nos referimos.

Otro tema que se advierte de esta modificación, y aquí si corresponde una crítica, es que se mantuvo el término “actos de disposición” el cual consideramos muy genérico para los fines que esta norma busca como es establecer taxativamente las causales de la restricción contractual. En esa línea explica Luigi Cariota: “*los negocios dispositivos tienen por inmediato efecto una modificación de la situación jurídica preexistente tomada en su valor sustancial, es*

22 MEJORADA CHAUCA, Martín, “A cada quien su notario”. Obtenido en la página web <http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/04/a-cada-quien-su-notario.html>

decir, jurídico – patrimonial, jurídico – familiar, etc. en cuanto crean o modifiquen o una dada relación jurídica²³”.

Asimismo, señala Giuseppe Stolfi: *“En este punto conviene aclarar los conceptos de enajenación (o disposición) y de renuncia que tienen importancia general.*

Por enajenación se entiende la disminución voluntaria del propio patrimonio a favor de una persona determinada.

Para que haya enajenación se requiere, por tanto: a) una manifestación de voluntad; b) directamente encaminada a disminuir el patrimonio en ventaja del otro²⁴”.

Como se puede advertir los conceptos que expresa la doctrina sobre “actos de disposición” resultan sumamente amplios, y a manera de ejemplo veamos el caso del levantamiento de hipoteca, por un lado al ser un acto de “disposición” estaría comprendida dentro de la prohibición de la norma, es decir, un notario no podría expedir la escritura pública si el predio estuviera ubicado fuera del ámbito de su competencia territorial, pero por otro lado, no olvidemos que el levantamiento de hipoteca es un acto unilateral otorgado, en la mayoría de casos por personas jurídicas (financieras, bancos, cajas de ahorro y crédito, etc) por lo que la norma también la estaría excluyendo de la prohibición de acuerdo a lo expresado líneas arriba.

Entonces ¿cuál sería la interpretación correcta? Lamentablemente emplear el término “actos de disposición” estaría comprendiendo dentro de la prohibición al levantamiento de hipoteca, que es un acto muy recurrente en el registro de predios y cuya interpretación restrictiva viene generando una serie de problemas en aquellas pequeñas financieras, que a diferencia de los bancos, no cuentan con oficinas descentralizadas en todo el país. Ojo, y no se trata de

23 CARIOTA FERRARA, Luigi, “El negocio jurídico” (Traducción de Manuel Albaladejo). Editorial Aguilar, Madrid 1956, p. 221.

24 STOLFI, Giuseppe, “Teoría del Negocio Jurídico”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959. p 62.

privilegiar a determinado sector financiero, pues al final los costos de movilización del representante legal para suscribir la escritura de levantamiento de hipoteca, termina siendo asumidas por los consumidores (“no hay lonche gratis”).

Quizá, desde nuestra perspectiva el término más idóneo, respetando la prohibición impuesta por el legislador, hubiera sido “actos de transferencia” en lugar de “actos de disposición”, y con ello se lograba ser más específicos en cuanto a los supuestos de prohibición, así como solucionar el caso de los levantamientos de hipotecas, que dicho sea de paso, no son actos cuya incidencia de falsificación o suplantación sea recurrente.

En cuanto a “*bienes inmuebles ubicados fuera del ámbito territorial del notario provincial*” por “*predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario*”, la norma introduce otra precisión de un término amplio que involucraba a todos los bienes inmuebles clasificados en el artículo 885 del código civil, y por consiguiente si a inscripciones nos referimos, a todos los registros de dichos bienes que se encuentran regulados en la Ley 26366, Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos²⁵.

Volviendo a la *ratio legis* de la norma, la discusión no pasa por la distinción del régimen jurídico según la *summa divisio* de los bienes, sino en la prevención de la comisión de fraudes para garantizar la seguridad jurídica, y en esa línea la casuística ha sido muy precisa

25 Ley N° 26366.-

Artículo 2.- El Sistema Nacional de los Registros Públicos vincula en lo jurídico registral a los Registros de todos los Sectores Públicos y está conformado por los siguientes Registros:

(...)

c) Registro de Propiedad Inmueble, que comprende los siguientes registros:

- Registro de Predios;

- Registro de Derechos Mineros;

- Registro de Concesiones para la explotación de los Servicios Públicos.

en señalar que los casos de fraude están dirigidos a la apropiación de Predios (casas, terrenos, departamentos, cocheras, etc) cuyo destino es lograr la inscripción en el registro del mismo nombre. De tal manera, que los otros tipos de bienes inmuebles cuyos actos inscribibles involucren el registro Derechos Mineros y el Registro de Concesiones para la explotación de los Servicios Públicos, no tendrían por qué estar comprendidos en la prohibición, como finalmente se ha regulado.

Otro tema a tener en cuenta, es que en el marco de la calificación registral también se generaron problemas de interpretación y aplicación de las restricciones introducidas por la Ley N° 30313 y por el Decreto Legislativo N° 1232, materializadas en la siguiente pregunta ¿Para determinar la restricción impuesta por las normas antes citadas, se debe tomar en cuenta la fecha de expedición de la escritura pública o la fecha de conclusión de firmas?

Al respecto el Tribunal Registral no tuvo una respuesta unánime, la que se refleja en dos resoluciones con posiciones abiertamente distintas:

Resolución N° 1478-2015-SUNARP-TR-LIMA de fecha 20-07-2015.

“La fecha de la escritura pública que tiene que ser tomada en cuenta para determinar la competencia notarial prevista en el artículo 4 del Decreto Legislativo del Notariado modificado por la Ley N° 30313 es la de la conclusión de firmas de todos los otorgantes y del Notario”

Resolución N° 399-2015-SUNARP-TR-TRUJILLO de fecha 21-08-2015.

“Las restricciones a la competencia notarial impuestas por la Ley N° 30313 no son aplicables a las escrituras públicas en trámite a la vigencia de la norma, por cuanto el notario asumió competencia para formalizar el acto de disposición o gravamen

previo a la dación de la ley o, si se quiere, la actuación notarial conducente a la expedición de la escritura pública se inició antes de la publicación de la norma legal”.

El tema fue zanjado a través de un acuerdo plenario (no precedente de observancia obligatoria) en la que primó la posición adoptada por la Sala del Tribunal Registral de Trujillo, posición con la que compartimos, quedando el siguiente acuerdo:

“La fecha de la escritura pública que tiene que ser tomada en cuenta para determinar la competencia notarial prevista en el artículo 4 y 123-A del Decreto Legislativo del Notariado, es la que figura en la introducción de la escritura”.

CXXXIV PLENO, Sesión ordinaria modalidad no presencial realizada el día 13 de octubre de 2015.

Finalmente para concluir este punto, existe una importante omisión en las excepciones reguladas en el artículo 123-B, respecto a los casos de ausencia de notario en determinadas provincias²⁶. Sin embargo, se puede colegir una posible solución prevista en el inciso m) del artículo 130 del Decreto Legislativo del Notariado que regula las atribuciones y obligaciones de los Colegios de Notarios, artículo también modificado por el Decreto Legislativo N° 1232, y que señala:

Artículo 130.- Atribuciones y obligaciones:

(...)

m) Autorizar el traslado de un notario a una provincia del mismo distrito notarial con el objeto de autorizar instrumentos, en los casos de vacancia o ausencia de notario. Si dicho traslado

²⁶ Cabe señalar que los jueces de paz ya no constituyen una solución en los casos de ausencia de notario debido a que la Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz, estableció límites a sus funciones notariales, siendo competentes únicamente para transferencias de bienes muebles no registrables hasta un límite de diez (10) Unidades de Referencia Procesal.

no se autoriza dentro del plazo de 15 días contados a partir de producida la vacancia o ausencia, el Consejo del Notariado lo dispone con conocimiento del colegio de notarios correspondiente.

Es decir, será el Colegio de notarios donde pertenece el distrito notarial quien autorice el traslado de un notario a determinada provincia en casos de ausencia, e inclusive, tal disposición puede ser efectuada por el propio Consejo del Notariado. Si bien podemos considerarla una solución, creemos que su aplicación tendrá ciertos cuestionamientos. Primero, porque se trata de distritos y provincias donde el mercado del tráfico inmobiliario es muy reducido (probablemente eso explica la ausencia del notario). Segundo, dado la casi ausencia de tráfico inmobiliario en dichas provincias, resulta poco razonable que algún notario decida trasladarse voluntariamente poniendo en riesgo sus ingresos, máxime si no existen políticas de subsidios para estos casos.

Quizás la solución más idónea hubiera sido consignar como causal de excepción en el artículo 123-B, los casos de ausencia de notarios en las provincias donde está ubicado el predio, correspondiendo para tal fin que cualquier notario asuma competencia en la expedición de la escritura pública.

II. Modificación del artículo 55° del DL. 1049 sobre la identidad del otorgante.-

El Decreto Legislativo N° 1232 modifica el artículo 55° del Decreto Legislativo N° 1049, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 55.- Identidad del Otorgante

El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado, conforme a lo siguiente:

a) Cuando en el distrito donde se ubica el oficio notarial tenga acceso a internet, el notario exigirá el documento nacional de identidad y deberá verificar la identidad de los otorgantes o intervinientes utilizando la comparación biométrica de las huellas dactilares, a través del servicio que brinda el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil —RENIEC.

b) Cuando no se pueda dar cumplimiento a lo señalado en el literal a) del presente artículo respecto a la comparación biométrica de las huellas dactilares por causa no imputable al notario, éste exigirá el documento nacional de identidad y la consulta en línea para la verificación de las imágenes y datos del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil —RENIEC con la colaboración del Colegio de Notarios respectivo, si fuera necesaria. El notario podrá recurrir adicionalmente a otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

c) Tratándose de extranjeros residentes o no en el país, el notario exigirá el documento oficial de identidad, y además, accederá a la información de la base de datos del registro de carnés de extranjería, pasaportes y control migratorio de ingreso de extranjeros; en tanto sea implementado por la Superintendencia Nacional de Migraciones, conforme a la décima disposición complementaria, transitoria y final de la presente ley. Asimismo, de juzgarlo conveniente podrá requerir otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

d) Excepcionalmente y por razón justificada, el notario podrá dar fe de conocimiento o de identidad sin necesidad de seguir los procedimientos señalados en los literales a) y b) del presente artículo. En este caso, el notario incurre en las responsabilidades de ley cuando exista suplantación de la identidad.

El notario que cumpliendo los procedimientos establecidos en los literales a), b) y c) del presente artículo diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurre en responsabilidad, sin perjuicio de que se declare judicialmente la nulidad del instrumento.

En el instrumento público protocolar suscrito por el otorgante y/o interviniente, el notario deberá dejar expresa constancia de las verificaciones a las que se refiere el presente artículo o la justificación de no haber seguido el procedimiento.”

Habría que precisar, que una función ineludible y personalísima del notario es identificar a los comparecientes u otorgantes mediante la fe de identidad o de conocimiento. Para los casos de fe de identidad, el notario puede hacer uso de herramientas tecnológicas que permitan coadyuvar en su labor de identificación, sin que esto no signifique una modalidad que reemplace la función notarial. Es decir, es el notario quien identifica a las partes y no el lector biométrico, la consulta de imágenes en Reniec, los testigos, entre otros.

Por lo tanto, el notario no puede y no debe expedir un instrumento público señalando que cierta persona ha otorgado un derecho, sin que previamente ésta no se encuentre plenamente identificada por él. En esa línea se señala que una correcta y unívoca identificación de los actores en una transacción garantiza al notario poder efectivamente dar fe de la veracidad de los datos aportados por los individuos, y de esa manera poder servir de pilar indubitable ante cualquier controversia que pudiera surgir a raíz de la misma²⁷.

Asimismo, se ha expresado que incumplir la labor de identificar al compareciente es restar valor al documento desde su origen, pues siempre podría ser cuestionada la asunción de su contenido por parte de quien dice haberlo suscrito²⁸.

27 NUÑEZ PALOMINO, Germán. “El manejo de los datos identificativos de la persona por el Notario”. En Revista del Colegio de Notarios de la Libertad, Primera Edición, Trujillo 2011. p. 139..

28 DOMINGUEZ MENA, Antonio. El notario y los registros. Registros Inmobiliarios, Mercantiles, de anotaciones personales y otros. La función calificadoradora del notario en la elaboración documental. En el Tema III de la Revista Jurídica del Notariado N° 1, Madrid 2004. p. 215.

Ahora bien, de las reformas efectuadas al artículo 55 podemos advertir lo siguiente:

En primer lugar, una mejor sistematización en las pautas de identificación a cargo del notario respecto del texto anterior, al instaurar un proceso escalonado de identificación a cargo del notario, además de suprimir regulaciones que no guardaban relación con el epígrafe del artículo, tales como la colaboración de dependientes en el ejercicio de la función notarial (trasladado al artículo 3° que regula el ejercicio de la función notarial), así como la obligación del notario de haber efectuado las mínimas acciones de control y debida diligencia en materia de prevención del lavado de activos (trasladada al artículo 59° que regula la conclusión de la escritura pública).

Este proceso escalonado de verificación tiene en cuenta las facilidades tecnológicas de los despachos notariales, que lamentablemente no son uniformes en todo el país, de esa manera cuando el notario tiene que dar fe de identidad de una persona primero deberá acceder al sistema de verificación biométrica por huella dactilar, en caso el notario no cuente con acceso a internet en la zona o habiéndolo el sistema biométrico no responda por problemas de fuera mayor, deberá recurrir a la consulta en línea de Reniec y/o la intervención de testigos. Tratándose de extranjeros, el notario exigirá el documento oficial de identidad y, de juzgarlo conveniente, podrá requerir otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

En segundo lugar, se le da una correcta interpretación a la responsabilidad de los notarios en la identificación de los otorgantes. Recordemos que el texto anterior generaba ciertas críticas²⁹ al establecer de manera general que el notario no incurrirá

29 Al respecto Gunther Gonzáles Barrón señala que esa exoneración de responsabilidad no puede entenderse de forma absoluta, como parece de su tenor literal, porque en tal caso, de bien poco valdría la actuación notarial, y el propio notariado no podría estar conforme con admitir la decadencia de la escritura pública con el fácil expediente de que el notario “fue inducido a error por actuación del compareciente”. GONZALES BARRON, Gunther. Derecho Registral y Notarial, Tomo II, Jurista Editores, Lima 2012, p. 1270.

en responsabilidad cuando diera fe de identidad inducido a error por actuación maliciosa, la pregunta era ¿acaso, las organizaciones criminales que buscan utilizar la modalidad de suplantación de identidad no actúan siempre maliciosamente buscando inducir a error al notario? Es decir, ¿el notario nunca asumiría responsabilidad?

En ese sentido, la reforma establece que el notario que cumple con los procedimientos de identificación que indicamos líneas arriba y a pesar de su actuación ocurre un caso de suplantación, éste no incurriría en responsabilidad ya que actuó diligentemente cumpliendo con lo que establece la ley.

Sin embargo, el notario que teniendo la posibilidad de cumplir con algunos de los procedimientos de identificación que habilita la ley y no lo hace, por ejemplo tiene acceso a internet y no utiliza el sistema de verificación biométrica, y producto de esa omisión ocurre un caso de suplantación de identidad, incurre en responsabilidad catalogada como infracción disciplinaria muy grave, cuya sanción es su destitución de acuerdo a los artículos 149-A y 150 del Decreto Legislativo del Notariado.

Finalmente el artículo 55° introduce otra novedad, respecto a que el notario debe dejar expresa constancia de los procesos de verificación de identidad o la justificación de no hacerlo, en los instrumentos públicos protocolares donde conste la suscripción del otorgante y/o interviniente.

La duda que planteamos es ¿el notario debe especificar en el instrumento que tipo de proceso de verificación utilizó (sistema de verificación biométrica, constancia de Reniec, testigos, etc) o simplemente señalar que cumplió con lo establecido en el artículo 55° del Decreto Legislativo del Notariado?

Tal como está redactada la norma (“*deberá dejar expresa constancia de las verificaciones*”) podríamos inferir que la obligación del notario pasa por detallar el tipo de procedimiento de verificación que utilizó, sin embargo y como hemos señalado, identificar al otorgante es una responsabilidad exclusiva del notario, motivo por el cual también podría ser válida su sola declaración de haber efectuado el procedimiento de acuerdo al artículo 55.

Lo que sí está fuera de discusión, desde nuestra perspectiva, es que la declaración del notario en el instrumento sobre el proceso de verificación de identidad al ser una imposición que nace de la ley, no puede estar exenta de la calificación registral (control de legalidad), de manera tal, que el registrador deberá verificar su cumplimiento cuando proceda a calificar los partes notariales de aquellos instrumentos donde consten la suscripción de los otorgantes y/o comparecientes.

III. Modificación del artículo 65° del DL. 1049 sobre la comparecencia de los árbitros para la protocolización de sus laudos.-

En el artículo 6° de la Ley N° 30313 se regula lo siguiente:

***“Artículo 6.- Título formal en las decisiones arbitrales.-
Las decisiones arbitrales que sustenta la inscripción o anotación en el registro debe cumplir la formalidad que disponga la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos conforme al principio registral de titulación auténtica.”***

Es decir, se le faculta a la Sunarp para determinar la formalidad necesaria respecto a la presentación, calificación y eventual inscripción de los laudos arbitrales. En ese contexto, la Sunarp emite la resolución N° 196-2015-SUNARP/SN publicada en el

diario Oficial El Peruano el 15 de agosto de 2015, en el que aprueba modificar el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, estableciendo que a efectos de inscribir una decisión arbitral es obligatorio que el laudo se encuentre protocolizado ante el notario.

De acuerdo a los considerandos de la citada resolución de Sunarp, se indica que la protocolización (titulación pública) “(...) facilita la labor del registrador, no solo porque lo libera de la confección misma (autorización) de los actos jurídicos que acceden al registro, sino porque además fundamenta y facilita la calificación registral y simplifica la labor del Registro”, entre otros fundamentos.

No olvidemos que hasta antes de la entrada en vigencia de la citada resolución, los laudos arbitrales se inscribían en el registro en mérito a la copia certificada de estos (instrumento privado), cuya regulación se sustentaba en el artículo 55° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje³⁰, y en el artículo 2010° del Código Civil, que si bien señala que las inscripciones en el registro se efectúan en mérito de instrumentos públicos, también establece una excepción en dicha formalidad al indicar en forma expresa el término “disposición en contrario”.

Sin embargo, a propósito del caso Orellana que se caracterizó por el uso ilegal de la institución del arbitraje donde a través de la complicidad de malos árbitros (quienes probablemente comiencen a negar sus firmas en los laudos que emitieron) permitieron el despojo de propiedades. Ante ello, vale preguntarse ¿la sola protocolización hubiera evitado que estos árbitros desconozcan sus firmas en los laudos para escapar de la acción de la justicia? La respuesta es no, por lo tanto, si bien la protocolización cumple con

³⁰ **Decreto Legislativo N° 1071.-**

Artículo 55.- Forma del laudo.

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

la titulación auténtica, esta de nada sirve, si no permite identificar al árbitro que está laudando para las eventuales responsabilidades que pudieran corresponder.

Es en ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1232 modifica el artículo 65° del Decreto Legislativo N° 1049, incorporando el inciso f) lo siguiente:

“Artículo 65.- Contenido del Acta de Protocolización

El acta de protocolización contendrá:

(...)

f) Tratándose de la protocolización de laudos arbitrales deberá requerirse la comparecencia del árbitro o uno de ellos designados por el Tribunal Arbitral para su identificación.”

Con dicha disposición se pretende evitar el ingreso al registro de laudos en los que se haya suplantado la identidad del árbitro, o evitar que malos árbitros nieguen su intervención en los laudos para escapar de las responsabilidades por su actuación, en tal sentido, cuando el notario deba incorporar a su protocolo una decisión arbitral – requisito necesario para la inscripción - el árbitro deberá comparecer ante el notario para que éste lo identifique (fe de identidad) a fin de extender el acta de protocolización.

Por lo expuesto, podemos afirmar que las formalidades extrínsecas de un laudo que accede al registro cuentan con dos garantías fundamentales, la primera, se trata de un título auténtico por haberse incorporado la decisión arbitral al protocolo del notario lo que también permite contar con la existencia de una matriz; segundo, se habrá identificado plenamente al árbitro que ha laudado a través de la fe de identidad notarial.

IV. Modificación de los artículos 115° y 116° del DL. 1049, sobre solicitud de certificación de apertura y cierre de libro

Quizá una de las reformas más interesantes emprendidas por Decreto Legislativo N° 1232 esté enfocada en enfrentar aquellos casos de fraude que permiten la apropiación de predios de propiedad de personas jurídicas, cuya modalidad busca la inscripción de un nuevo apoderado en el órgano de gestión de la empresa quien termina suscribiendo los documentos de transferencia de los bienes a favor de terceros.

En efecto, para lograr inscribir un nuevo apoderado en el registro de la persona jurídica, estas organizaciones criminales requerían, necesariamente, del libro de actas de la empresa donde se pretende cometer el fraude. Para tal finalidad, recurren a dos modalidades: (1) La suplantación en la identidad del representante legal de la persona jurídica para solicitar al notario la certificación de apertura de un libro, bajo el argumento de la “pérdida” del libro anterior; o; (2) Simplemente se limitan falsificar burdamente la certificación notarial de apertura de libro. En cualquiera de los casos, adhieren al libro irregular las supuestas actas de acuerdo de junta, que serán presentadas al notario para que éste expida las copias certificadas y con ello lograr la inscripción en el registro.

4.1.) En cuanto a la modalidad de suplantación en la identidad y atendiendo a la casuística, esta se presenta cuando el suplantador acude ante el notario para solicitar la certificación de apertura de un segundo libro por una supuesta pérdida del anterior, acompañando a su solicitud el documento registral que acredita la representación así como la respectiva denuncia policial.

En estos casos el notario no utiliza el sistema biométrico de huella dactilar para identificar al solicitante, puesto que la

norma no lo obligaba, siendo suficiente el cumplimiento de los requisitos que señalamos en el párrafo precedente. Obtenida la certificación, la organización criminal adhiere un supuesto acuerdo de junta designando a un nuevo apoderado para que se inscriba en el registro mediante copia certificada de dicho acuerdo. Con el nuevo apoderado inscrito se transfiere todos los bienes de la empresa a terceros³¹.

Atendiendo a la modalidad expuesta, se modifica los artículos 115° y 116° del Decreto Legislativo N° 1049, bajo el siguiente tenor:

“Artículo 115.- Cierre y Apertura de Libros

Para solicitar la certificación de un segundo libro u hojas sueltas, deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida.

Tratándose de la pérdida del libro de actas de una persona jurídica, se deberá presentar el acta de sesión del órgano colegiado de administración o el acta de la junta o asamblea general, en hojas simples, donde se informe de la pérdida del libro, con la certificación notarial de la firma de cada interviniente en el acuerdo, debiendo el notario verificar la autenticidad de las firmas.

31 Así la prensa expuso el siguiente caso:

Se denuncia a un notario de Lima por haber certificado la apertura de un segundo libro de actas por pérdida del anterior correspondiente a una inmobiliaria, cuando el representante legal de dicha empresa (quien es el que debe solicitar al notario la apertura del segundo libro) ya había fallecido. Con la obtención del nuevo libro de actas se adhirió un acuerdo de junta donde se nombre un nuevo gerente, el cual se inscribe en registros. Con dichas facultades se transfiere ocho lotes en La Molina y dos casas en Jesús María.

Ante la denuncia el notario señaló: “Yo no doy fe de que esa persona sea quien dice ser, solo atendí la solicitud en base a los documentos que nos dieron. La ley dice que estamos obligados a cotejar la identidad del cliente en Reniec solo cuando se realizan escrituras públicas”.

Diario “El Comercio” publicado en <http://elcomercio.pe/lima/seguridad/notario-legalizo-papeles-muertos-y-permitio-robo-terrenos-noticia-1745939>.

“Artículo 116.- Solicitud de Certificación

La certificación a que se refiere esta sección deberá ser solicitada por:

- a) La persona natural, o su apoderado o representante legal.*
 - b) El apoderado o representante legal de la persona jurídica.*
- En el caso de Libro de actas, matrícula de acciones y de padrón de socios, el apoderado o representante legal deberá ser identificado conforme al artículo 55° de la presente ley.”*

Con las reformas implementadas pueden advertirse dos situaciones:

La primera, es que toda solicitud de certificación de apertura libro de actas, matrícula de acciones y padrón de socios debe ser efectuada por el representante legal o apoderado (ambos con mandato vigente) de la persona jurídica. La norma ha puesto especial énfasis en dichos libros porque son los que permiten la inscripción de apoderados en el registro. Para dar trámite a la solicitud, el notario deberá identificar al solicitante de acuerdo al procedimiento de verificación previsto el artículo 55° del Decreto Legislativo N° 1049, esto es, aquel notario que tenga acceso a internet deberá hacer uso del sistema de verificación biométrica de huella dactilar.

La segunda, es que para solicitar la certificación de apertura de un libro de actas por pérdida del anterior, no bastará acreditar dicha situación con una simple denuncia policial, sino que debe presentarse al notario un acta de sesión del órgano colegiado de administración (directorio o concejo directivo) o en su defecto de junta o asamblea general, en el que se informe de la pérdida del libro. Asimismo, deberá certificarse la firma de los intervinientes en el acuerdo.

Posiblemente el cumplimiento de este requisito implique que el notario realice algunas funciones adicionales en relación a los anteriores procesos de certificación de apertura de libro por pérdida, como las siguientes:

- a) El notario debe verificar la autenticidad de las firmas puestas en el acta donde se informa la pérdida del libro, esta disposición puede implicar que el notario quien certifique las firmas de los intervinientes en el acta, sea quien también certifique la apertura del nuevo libro, caso contrario, ¿algún notario admitiría un acta con firmas certificadas por otro colega?, salvo que consulte sobre la autenticidad de la certificación, tengo mis dudas.
- b) Cuando en el acta conste la certificación de firmas de los miembros del órgano colegiado (directores o miembros del concejo directivo) el notario deberá corroborar tal condición con la partida registral de la persona jurídica, como se sabe, la designación de integrantes de directorio o concejos de administración es un acto inscribible en el registro. Previa verificación, podrá certificar la apertura de un segundo libro.

El problema puede darse cuando se tenga que verificar la condición de socio o asociado en el acuerdo, dado que la persona jurídica no cuenta con órganos colegiados de gestión como por ejemplo una sociedad anónima cerrada sin directorio. En este caso, creemos que el notario deberá verificar el libro de matrícula de acciones o padrón de asociados, según corresponda.

Por otro lado, debo señalar que estas disposiciones vinculadas al fraude en el registro de personas jurídicas, contaban con un antecedente normativo regulado en el Decreto Supremo N° 006-2013-JUS que no logró alcanzar los efectos que la norma buscaba.

Veamos, de conformidad con la primera disposición complementaria final del mencionado decreto supremo, se traslada al Gerente General con mandato inscrito la responsabilidad de verificar que los socios o accionistas sean efectivamente quienes tomen el acuerdo y que sus firmas le correspondan. En señal de la verificación el gerente debía suscribir el acta y certificar su firma notarialmente. Asimismo, sería el mismo gerente quien solicite la emisión de la copia certificada del acuerdo que consta en el acta para su inscripción en el registro.

Sin embargo, dicha disposición complementaria fue aclarada mediante resolución del Consejo del Notariado N° 44-2013-JUS/

CN. En el artículo 14 se establece que la exigencia del Gerente, expuesta en el párrafo anterior, se aplica solo para los acuerdos en los que se autoriza la disposición o gravamen de bienes de la sociedad o donde se designa representantes orgánicos o apoderados especiales con expresas facultades para dichos actos.

Es decir, con la aclaración realizada por el Consejo del Notariado se restringe la obligación del gerente de verificar la identidad de los socios o asociados que tomen acuerdos de actos como por ejemplo la revocación y nombramiento de apoderado. Y es justamente, el acto revocación y nombramiento que tiene mayor implicancia registral y sobre el cual se presenta las modalidades de fraude en la expedición de la copia certificada de un acta adherida a un libro cuya certificación de apertura ha sido irregular.

4.2.) En cuanto a la segunda modalidad que es la falsificación de la certificación de apertura de libro, creemos el que problema sigue latente. En estos casos, es muy probable que el notario termine expidiendo la copia certificada dado que su función se limita únicamente a verificar que en la reproducción conste la transcripción literal o parte pertinente del acta que se encuentra adherida al libro. En simple, el notario no verifica la autenticidad del libro sobre el cual expide la copia certificada.

Sobre este punto, más que una regulación que logre hacer frente a este tipo de patología, el tema pasa por la necesidad de que los notarios se encuentren interconectados, en al menos sus registros cronológicos de certificación de apertura de libros, que conforme al artículo 114° del Decreto Legislativo del Notariado, tienen la información del número, nombre, objeto y fecha de la certificación. Dichos datos pueden ser sumamente relevantes para el notario que va a expedir una copia certificada de un libro de actas. Esto es, si los datos de la certificación del libro no coinciden con lo indicado en el sistema de interconexión notarial, no se podrá expedir el instrumento extraprotocolar.

V. Modificación del artículo 86 e incorporación de la décima tercera disposición complementaria, transitoria y final en el DL. 1049, sobre traslados notariales con firma digital.-

Ciertamente la falsificación de documentos tiene su origen y operatividad fuera del ámbito notarial y registral, es decir, ambas instituciones se encuentran constantemente expuestas a que en sus respectivos procedimientos puedan encontrarse con documentos falsificados, por ejemplo, al notario que se le presenta un libro cuya certificación es falsa para que expida copias certificadas o cuando en el registro se ingresa un parte notarial adulterado. Estos hechos constituyen una realidad que ahonda los problemas de inseguridad en nuestro país, y corresponde a entidades como la Policía, Ministerio Público y Poder Judicial hacer frente a este grave delito.

Sin embargo, en tanto no se combata definitivamente estos ilícitos penales, se requiere de políticas y medidas destinadas a fortalecer los procedimientos notariales y registrales, especialmente a través de acciones preventivas que eviten cualquier resquicio que permita actuar a estas organizaciones criminales.

En el caso de la falsificación documentaria y el registro, se han implementado nuevas medidas a la ya conocida alerta registral, como la instalación de lectores de huella dactilar integrados con la base de datos de Reniec en todas las oficinas registrales del país para identificar plenamente quien ingresa documentación al registro; o el módulo “sistema notario” que permite a los notarios indicar, a través de una contraseña de seguridad puesta en un aplicativo de Sunarp, quienes serán sus dependientes o terceros autorizados para presentar instrumentos notariales al registro, pues se han detectado casos de mafias que llegan al punto de falsificar oficios de notarios designando supuestos dependientes para ingresar documentación irregular.

A estas medidas emprendidas por la Sunarp, debemos sumarle la creación del Sistema de Intermediación Digital (SID-SUNARP) aprobada mediante resolución del Superintendente N° 234-2014-SUNARP/SN, consistente en una plataforma que permite al notario ingresar el parte notarial de forma electrónica, firmarlo digitalmente y enviarlo al registro en tiempo real para su calificación. Este proceso se realiza en el marco de la Ley N° 27269 - Ley de Firmas y Certificados Digitales y su reglamento.

Son tres aspectos que podemos resaltar del SID-SUNARP:

- 1) Prescinde del uso de soporte papel en el procedimiento de inscripción registral, debido a que la firma digital permite otorgar la equivalencia funcional³². De esa manera solo bastará el documento electrónico (parte notarial) firmado digitalmente para que el registrador pueda efectuar el ejercicio de calificación y eventual inscripción. Desde nuestra opinión, esta es una medida eficaz para enfrentar la falsificación documentaria, ya que al prescindir del papel se evita toda posibilidad de fraude.
- 2) El parte notarial con firma digital se encuentra dotado de las garantías de integridad, autenticidad y no repudio recogidas en la Ley de Firmas y Certificados Digitales, debido al cumplimiento de los requisitos técnicos y normativos que permiten generar la firma digital (software acreditado por INDECOPI, uso del certificado digital emitido por el Reniec y cumplimiento de guías técnicas de acreditación)³³.

32 El término equivalencia funcional significa que la firma electrónica tiene la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad, de conformidad con el artículo 1° de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley N° 27269.

33 Apol-lónia Martínez Nadal señala lo siguiente respecto a las garantías técnicas de la firma digital:

a) Autenticación es aquel servicio de seguridad que asegura la identidad del remitente del mensaje y permite asegurar que un mensaje procede de quien se dice que lo envía.

b) Integridad es aquel servicio de seguridad que garantiza que el mensaje no ha sido alterado en tránsito.

c) No rechazo o no repudio es aquel servicio de seguridad que garantiza que una parte interviniente en una transacción no pueda negar su actuación. (...)

MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia. Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación. Civitas Ediciones, Madrid 2001, p. 37

- 3) Promueve las políticas de simplificación de la gestión pública y “cero papel”, al permitir que el documento electrónico con la firma digital del notario ingrese directamente en la carga laboral del registrador público, y con ello, la generación inmediata del asiento de presentación.

Dada la trascendencia del uso de la firma digital en la lucha contra el fraude documentario, se ha previsto incentivar su uso en el procedimiento notarial, a través de las siguientes modificaciones en el Decreto Legislativo del Notariado:

“Artículo 86.- Expedición de Traslados Notariales

El testimonio, boleta y parte podrá expedirse, a elección del notario, a manuscrito, mecanografiado, en copia fotostática y por cualquier medio idóneo de reproducción.

Los testimonios, las boletas y los partes expedidos conforme a lo previsto en los artículos 83, 84 y 85 de la presente Ley en el caso de remitirse en formato digital deberán, además, cumplir con las condiciones y requisitos de la Ley de la materia”.

Vale señalar que el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 1049 ya facultaba al notario para autorizar instrumentos públicos utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales. Es decir, la fe notarial depositada en un instrumento público podría exteriorizarse a través de la firma digital, sin embargo, la norma notarial no hizo similar referencia en cuanto a la expedición de los traslados notariales.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 82 del Decreto Legislativo N° 1049, señala que los traslados notariales (testimonio, boleta y parte notarial) podrán efectuarse en formato digital o medios físicos que contengan la información del documento matriz de manera encriptada y segura y que hagan factible su verificación a través de los mecanismos tecnológicos disponibles, sin embargo,

dicho dispositivo no señaló de manera taxativa la utilización de la tecnología de firmas y certificados digitales para su expedición.

Atendiendo la omisión en el tema de los traslados notariales, mediante Decreto Supremo N° 070-2011-PCM que modifica el reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, se señala de forma expresa que los partes notariales electrónicos firmados digitalmente, en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE), constituyen instrumento legal con valor suficiente para la calificación e inscripción registral, siempre que hayan sido expedidos conforme al Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado.

Por lo tanto, mediante la modificación al artículo 86 del Decreto Legislativo del Notariado, no solo se reitera la posibilidad de que el notario expida partes notariales utilizando la firma digital con la finalidad de prevenir casos de fraude, por ejemplo, algún cambio de hoja en el parte notarial, sino que abre esta posibilidad a la emisión de boletas y testimonios, a fin de proporcionar a sus usuarios información de la matriz de forma inmediata y segura.

Otra regulación sobre firmas y certificados digitales, la encontramos en la décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, que señala:

“Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final.-

A partir del primero de febrero de 2016, los partes notariales que contengan actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima de la Zona Registral N° IX – Sede Lima, se expedirán en formato digital utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia, y se presentarán a través de la plataforma informática administrada por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

Para estos efectos, la oficina registral de Lima de la Zona Registral N° IX – Sede Lima no admitirá, bajo responsabilidad, la presentación del parte notarial en soporte papel a partir de la entrada en vigencia de la presente disposición.

Mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos se determinará la obligación de presentar los partes notariales utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales para actos inscribibles en otros registros, así como en las Zonas Registrales correspondientes”.

Encontrándome en la elaboración de este artículo tomé conocimiento que los días 18, 19 y 20 de noviembre se publicó una denuncia periodística en el noticiero de América Televisión, donde se informaba que una persona había perdido la propiedad sobre dos terrenos a través de la inscripción de un poder irregular. ¿En qué consistió la modalidad? Básicamente se cambiaron hojas en el parte notarial de otorgamiento de poder “amplio y general”, consignándose al propietario de dichos predios como poderdante.

Por un lado se puede acusar al registro de permitir la inscripción de un poder parcialmente falso y por otro al notario por no incorporar medidas de seguridad suficientes en el instrumento que dificulten la falsificación. En efecto, casos como estos no solo afectan la imagen de instituciones como el notariado y el registro, sino que mellan gravemente la seguridad jurídica en el país.

Así como el caso suscitado, el fraude en instrumentos notariales sobre otorgamiento de poder es quizá el más recurrente por las organizaciones criminales para apropiarse de propiedades prediales, en tal sentido, la décimo tercera disposición complementaria, transitoria y final, ha visto por conveniente que a partir del 1 de abril del 2016, los notarios hagan uso obligatorio de la firma digital, para que través del SID-SUNARP pueda presentar al registro los

partes notariales que contengan actos inscribibles en el registro de mandatos y poderes de la oficina registral de Lima.

Asimismo, se le faculta a la Sunarp para determinar la obligación de presentar los partes notariales utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales para actos inscribibles en otros Registros, así como la competencia en otras las oficinas de las Zonas Registrales hasta conseguir su implementación en todo el territorio nacional, atendiendo para ello las facilidades tecnológicas de los despachos notariales.

VI. Conclusiones:

- 6.1)** Las modificaciones e incorporaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N° 1232 al Decreto Legislativo del notariado, respecto a la producción de titulación auténtica y su vinculación con el registro, resultan compatibles con los fines de la ley autoritativa, en la medida que no se puede hablar de un registro “óptimo” sino se atienden ciertas modalidades de fraude en los procedimientos notariales para la expedición de instrumentos públicos, cuyas patologías no pueden ser advertidas durante la etapa de calificación registral.

- 6.2)** Las modificaciones sobre el ámbito territorial de competencia notarial (Art. 4) mantienen el sentido impuesto por el legislador del Congreso de la República previstas en la Ley N° 30313, con la salvedad que se ha precisado algunos términos genéricos que el texto de la mencionada ley establecía, tales como “actuaciones notariales”, “actos de disposición” o “inmuebles”. Algunas de estas modificaciones de forma positiva, otras manteniendo términos ambiguos o muy genéricos, cuando toda precisión es necesaria si estamos ante un tipo de restricción regulatoria en la contratación sobre predios.

- 6.3) Las modificaciones sobre la identidad de los otorgantes (Art. 55) involucra dos aspectos a tomar en cuenta sobre la fe de identidad, primero, establece pautas de identificación escalonada teniendo en cuenta las facilidades técnicas de los despachos notariales del país, y segundo, permite aclarar la responsabilidad del notario respecto a la identificación de los otorgantes y/o comparecientes.
- 6.4) Las modificaciones sobre la comparecencia de los árbitros para la protocolización de laudos (Art. 65), permite evitar el ingreso al registro de laudos en los que se haya suplantado la identidad del árbitro, o evitar que malos árbitros nieguen su intervención en los laudos para escapar de las responsabilidades por su actuación.
- 6.5) Las modificaciones sobre solicitud de certificación de apertura y cierre de libro (Art. 115 y 116), permiten atender aquellas modalidades de suplantación de identidad en los representantes legales de personas jurídicas cuando solicitan la certificación de apertura de libro. No obstante, es necesario contar con la interconexión de los notarios en, al menos, sus registros cronológicos de certificación de apertura de libros, como herramienta que coadyuve a prevenir fraudes a través de la expedición de copias certificadas de actas adheridas a libros con certificaciones irregulares.
- 6.6) El uso de la firma digital a cargo del notario en el marco de la Ley de firmas y certificados digitales, constituye una medida eficaz en la lucha contra la falsificación documentaria, ya que al prescindir del soporte papel en la relación notario – registro, evita toda posibilidad de fraude instrumental.
- 6.7) En líneas generales consideramos acertadas las modificaciones efectuadas al Decreto Legislativo del Notariado, en lo que

respecta a los procesos de titulación auténtica y su vinculación en el registro, no obstante, se requieren de ciertos avances técnicos como la interconexión del notariado, para hacer frente a aquellos casos de fraude que la norma no ha podido regular.

“IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRADOR PÚBLICO COMO ELEMENTO PRIMORDIAL QUE GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA”

José A. Tazza Chaupis

Cuando hablamos de seguridad jurídica, muchos nos remitimos a los aspectos técnicos y documentales que, si bien constituyen una buena herramienta en este aspecto también lo es que son datos con cifras frías que contribuyen al mantenimiento de un Estado de derecho y una seguridad en el tráfico jurídico.

Pero si hablamos de seguridad jurídica en el ámbito registral, considero que no solo debe ser teniendo en cuenta esos instrumentos muy importantes, sino también, debemos orientarnos a analizar la labor de una persona que con su ayuda y preparación constituye el pilar fundamental de la seguridad jurídica, me estoy refiriendo al Registrador Público que en su mente, cuerpo y alma se encuentra la insigne responsabilidad de que los actos y derechos incorporados al registro y las situaciones jurídicas publicitadas, constituyan el pilar fundamental, la base inquebrantable de seguridad, tranquilidad y segura inversión con justicia y paz social.

Cuando hablamos de justicia y paz social, muchos se orientan a decir que ello sólo se consigue en el ámbito jurisdiccional, no es menos cierto, pero esto no se obtiene únicamente en dicho campo, sino también en todos aquellos del quehacer jurídico donde existen operadores del Derecho que tienen que resolver incertidumbres o conflictos generando actos jurídicos desde el ámbito de su competencia, como mecanismo de solución de aquellos problemas que atañe a la población.

Es en este aspecto que nos encontramos en el ámbito registral, que si bien en estricto no corresponde a una de jurisdicción contenciosa, se trata de una jurisdicción no contenciosa, (voluntaria muchos dirían), pues basta con remitirnos al artículo primero del T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución No.126-2012-SUNARP/SN que hasta hace poco establecía que: “El procedimiento registral es de carácter no contencioso y no se admite apersonamiento de terceros al trámite ya iniciado ni oposición a la inscripción”; sin embargo a la fecha, con la dación de la Ley 30313 este procedimiento sigue siendo no contencioso pero excepcionalmente admite el apersonamiento al procedimiento ya iniciado (en tanto no se encuentre inscrito) únicamente respecto de ciertos profesionales generadores del acto formal que contiene el acto causal correspondiente, como son los Notarios, Jueces, funcionarios administrativos, el Cónsul, los Árbitros; y, es en este ámbito (registral) donde el pleno ejercicio de las potestades que brinda la Ley al ciudadano o funcionarios indicados se verán asegurados y cautelados no porque se aplicó una ley, sino que su aplicación y ejecución se debe a la labor muy especializada, sacrificada y profesional de un personaje como es el Registrador Público, quien con su vasta preparación, ha de calificar (porque esa es nuestra labor) muchos aspectos para que el acto jurídico se inscriba en inmejorables condiciones y se mantenga incólume en el espacio y tiempo.

Pero antes de tocar el tema de la función registral del Registrador, considero que debemos hacer una breve reseña histórica de lo que viene a ser el Registrador de acuerdo a los diferentes sistemas registrales imperantes en el mundo, y qué entendemos por seguridad jurídica en el ámbito registral.

Es así, para muchos autores, la labor de este importante personaje, se remonta a los inicios de nuestra civilización, citando incluso pasajes bíblicos donde refieren la existencia de una persona que garantizaba la transferencia; son los orígenes más remotos de la publicidad inmobiliaria ligadas a las manifestaciones rudimentarias de la transmisión de dominio; así por ejemplo: en el Levítico (Capítulo 25; 24), libro de Rut (Capítulo 4; 9), o Jeremías (22; 9,14,15), hay ejemplos de estas manifestaciones que se refieren más bien a modos o formas sacramentales de la transmisión de la propiedad; por ejemplo, LEVITICOS 25, 24: “Por tanto, en todo el territorio que ustedes ocupan, las tierras conservarán el derecho de rescate”; “Si tu hermano pasa necesidad y se ve obligado a venderte su propiedad, su pariente más cercano podrá venir a recuperar lo vendido por su pariente”.(1)¹

En el libro de RUT 4-9, dicen: “Al ver esto, Booz dijo a todos los que estaban presentes: Ustedes son testigos de que hoy día Noemí me ha vendido todo lo que pertenecía a su marido Elimelec y a sus hijos”.

En el transcurso de los años, en los albores (según Moro) nos remontamos a MESOPOTAMIA donde se tenía la existencia de oficinas o archivos en las ciudades Asirias, donde se conservaban planos catastrales con indicación de los edificios y las fincas urbanas y rústicas, en caso de conflictos servían como sustento catastral, oficina siempre a cargo de un responsable, generalmente funcionario de confianza del Rey; por su parte en Asiria y Caldea en sus inicios los contratos solían escribirse en tablillas de arcilla, las partes y, algunas veces, los testigos ponían su sello o, en su defecto, clavaban las uñas en la masa de tierra aun no fraguada conservando cada uno en su poder tales tablillas, los mismos que resultaban ser insuficientes cuando se presentaban varios contratantes por lo que debido a su fragilidad se pasó a las piedras denominadas KUNDURRU que se colocaba en la tierra.

1 A.Moro-Génesis del Sistema Registral-Enlace internet.

En el Derecho Griego clásico existía un cierto “principio de publicidad” en las transmisiones inmobiliarias, necesario para que las adquisiciones hagan suyo el atributo de la oponibilidad *erga omnes* el mismo que revestía o se traducía en ritos y formalidades diversas según las polis; era necesario, dotar a las transmisiones inmobiliarias de una efectiva publicidad ante la comunidad o la autoridad estatal ya que en esta época se admitía la transferencia *a non domino*. (quién adquiriría un predio, de buena fe y con el cumplimiento de ciertas formalidades publicitarias y/o solemnes propias del acto, de quien no era propietario del mismo; mantenía el derecho de propiedad.)

Según Fernández del Pozo, hay varios sistemas:

Sistema de publicación-proclama (*prokerisis*).

Determinados negocios inmobiliarios se hacían conocer a la comunidad a través de edictos, alocuciones de pregoneros o heraldos públicos; participaban testigos y magistrados, algunas veces se invocaba a los dioses como testigos y garantes, de modo que el eventual incumplimiento devenía en sacrilegio, en muchas ocasiones se invitaba la participación de algunos ciudadanos griegos quienes se constituían en testigos del negocio y garantes de que en la celebración no había mediado vicio o violencia, pero por naturaleza era frecuente la presencia de magistrados como testigos especiales, que daban cuenta de la celebración del negocio.

Sistema de anuncios (*prografe*).

Se utilizaban carteles o anuncios colocados en determinados lugares al público, tenían plazo de caducidad determinado. Quienes se creyeran con derecho a la propiedad del predio, en tal plazo, podían cuestionar la validez de la transmisión sino quedaba convalidada, era necesario formalizar el negocio ante un magistrado y pagar la centésima parte del precio al vendedor.

Sistema de inscripción (*anagrafé*).

La inscripción como medio de transmisión inmobiliaria se desarrolló en dos planos:

Como inscripción-publicidad:

Representado en un documento escrito, se publicaba ante la comunidad, en una piedra o tablilla de arcilla instalada en un lugar sagrado invocándose la protección de los dioses. También se solía situarla en un lugar o plaza pública para conocimiento de la comunidad quien, de esta forma, se constituían en testigo, tratándose de cargas o gravámenes, la publicidad se materializaba por medio de los *oroi* o *mojones* emplazados en el mismo predio.

Como inscripción-archivo.

El documento que contenía el acto traslativo de dominio inmobiliario, escrito en tablillas o pergaminos, se conservaba en una oficina especializada, existía la costumbre de depositar una copia de los contratos suscritos por las partes y testigos, en manos de una persona imparcial y de confianza para los contratantes en este caso Magistrados encargados de tales archivos; posteriormente comenzaron a ser redactados directamente por un funcionario público que podía ser, inclusive, el encargado del archivo. Este sistema permitía que en todo momento los terceros tomen conocimiento de la titularidad de un predio así como de las eventuales cargas y gravámenes que podían afectarlo.

En Egipto existía la “**BIBLIOZEKE**” o **ARCHIVO DE NEGOCIO** donde se archivaban las declaraciones de impuestos, también existía el “**ENKLESEON BIBLIOZEKE**” o llamado también **ARCHIVO DE ADQUISICIONES**, que era la oficina que intervenía en el movimiento inmobiliario y funcionaba por medio de un responsable llamado “**BIBLIOfILAKE**” o **REGISTRADOR**; considero que es entonces el

inicio o los albores del origen de la existencia de este personaje importante para la seguridad jurídica.

En **Roma** la historia jurídica se dividió en varios periodos, en el llamado **PRIMER PERÍODO O DERECHO CLÁSICO**, existía tres formas: **LA MANCIPIATIO**, procedimiento comercial, que como sabemos accedían únicamente los ciudadanos romanos, excluyendo a los libertos, se realizaba en presencia de cinco testigos llamados “**TESTIS CLASSICIS**”, el “**MANCIPIO ACCIPIENS**” quien era el que adquiría la cosa, el “**MANCIPIO DANS**” o que vendía el objeto o cosa y el “**LIBRIPENS**” que venía a ser un agente público ante quien se realizaba dicho acto, quien además de golpear la balanza lo hacían pronunciando la frase del “**NUNCUPATIO**” formalizándose así el negocio; luego se instaura la **IN JURE CESIO**, especie de juicio reivindicatorio interviniendo el “**IN JURE CEDENS**” que hacía las veces de demandado, el “**VINDICANS**” o también llamado demandante, todos comparecían ante un magistrado o pretor, quien en medio de ciertas solemnidades decretaba la propiedad a favor del demandante; y por último en este periodo se dio **LA TRADITIO**, modalidad más simple de transmisión de la propiedad (entrega de la posesión), forma que perdura en el segundo periodo o derecho Justiniano con el incremento de dos modalidades inherentes la “**LARGA MANU**” (señalando el objeto materia de transferencia) y **LA “BREVI MANU”** que viene a ser la entrega de la cosa al adquirente.

Posteriormente, en la era actual, tenemos: el sistema Francés, donde el funcionario o Registrador también tiene una labor muy importante en la verificación de los documentos. En el sistema Alemán, bajo la salvaguarda de un **MAGISTRADO JUDICIAL** o llamado también **JUEZ INMOBILIARIO**, que viene a ser un funcionario del sistema judicial dotado de una alta preparación académica jurídica; en el sistema Español un profesional del Derecho de ejercicio profesional privado, de alta preparación jurídica con independencia o autonomía funcional pero bajo el control del Estado Español, situación que es similar al Registrador Público Peruano quien a diferencia del sistema Español si trabaja para el

Estado, en este caso la SUNARP como órgano descentralizado del Sector Justicia.

Entonces a lo largo de la historia del Derecho Registral, el Registrador se constituye en un elemento muy importante de la seguridad jurídica; y, dependiendo de cada sistema registral su labor es muy trascendental y de mucha relevancia en la primacía del Registro como garante de la seguridad jurídica en el tráfico jurídico de los bienes.

Al hablar de dicha función en el ámbito registral, queda establecido que la labor del Registrador es de suma importancia, por ello citando a Raúl Castellano ⁽²⁾, Registrador de la propiedad inmueble de España tomando como referencia al jurista español Manuel Figueiras Dacal diremos: "si la Justicia es la razón del Derecho, también hay una Justicia objetiva, cautelar y social, de orden público que es la razón del Derecho Hipotecario o Registral; la única manera de que exista Seguridad Jurídica plena en el ámbito Registral, está en la "protección del tráfico inmobiliario", que viene a constituir la máxima expresión del superior Principio de Seguridad Jurídica, al que como en España al igual que en nuestro país reconocemos como el principio de la Fe Pública Registral directamente vinculado como el tercero de buena fe ("tercero hipotecario" en España, art.34 de la Ley Hipotecaria Española, Art.2014 del Código Civil en el Perú).

Pero, ¿acaso la seguridad antes referida se genera por sí sola?, o por imposición de una determina ley o directiva?, no, sino que viene a ser la labor encomiable, muy delicada y dedicada de un profesional como es el Registrador, quien en nuestro caso nacional, desde el año de 1888 en que nace nuestro Sistema Registral Peruano, se ha encargado de realizar su labor denodadamente y con toda dedicación aplicando el Derecho, perpetuando el derecho de los actos incorporados no solo de los particulares sino de grandes historias nacionales, comenzando por

2 RAÚL CASTELLANO- " LA SEGURIDAD JURÍDICA REGISTRAL-2011. Ediciones CADRI.

redactar los asientos a manuscrito suscribiéndolas para su perpetuidad, pasando a las fichas movibles y ahora al sistema de asientos electrónicos, exigiéndose en todo momento a mejorar desde su nivel académico a su alta preparación en aspectos informáticos tal como requiere el vertiginoso desarrollo de nuestra sociedad en la actualidad y la globalización.

Su labor calificadora va desde saber de manera formal los aspectos del procedimiento registral hasta los conocimientos científicos sobre diversas ramas del Derecho, conociendo y preparándose no sólo sobre disciplinas jurídicas de una determinada rama del Derecho sino sobre todas las materias, de legislación nacional como extranjera; basta con citar como ejemplo, actos inscribibles provenientes de fueros jurisdiccionales extranjeros, o constitución de sucursales de empresas extranjeras o la importancia de la Apostilla, labor muy importante para que el acto acceda al registro correctamente y se constituya en el pilar fundamental de la seguridad jurídica, coadyuvando a que se desarrolle el tráfico jurídico patrimonial sin mayores inconvenientes o preocupaciones por parte, no solo de personas naturales comunes y corrientes sino también de aquellos inversionistas extranjeros y nacionales, coadyuvando al desarrollo socio económico de nuestro país, fortaleciendo un Estado de Derecho y una mejora en las inversiones.

Es tan importante la preparación y formación jurídica del Registrador, pues su labor de garante de la seguridad jurídica se verá reflejada en la intangibilidad del asiento registral dotado de una fe que no puede ser cuestionada fácilmente por mala aplicación de la ley en su labor de calificación, aun cuando nuestro sistema registral admite el sistema no convalidante será éste para cuestionar no la labor de calificación del Registrador sino para cuestionar alguna causal intrínseca del acto jurídico causal de nulidad o anulabilidad, pues debemos recordar que lo Registros como parte del Sistema de Seguridad Jurídica Preventiva, debe garantizar que no exista conflictos entre particulares, contribuyendo a la paz social, facilitando las transacciones mediante la publicidad de sus documentos y/o los derechos, de acuerdo al sistema correspondiente,

reduciendo inconsistencias de la vida real con la información registral, protegiendo los derechos de propiedad, aspectos que sólo se logrará si la labor de calificación del Registrador se realiza cumpliendo con las normas legales, como en efecto lo venimos haciendo, por eso somos elementos importantes en la constitución y eficacia de la seguridad jurídica que brinda el Registro, pues gracias a una buena labor calificadora como parte integrante de todo el engranaje de la seguridad haremos que la contratación resulte más fácil y segura propendiendo a la protección de los derechos de propiedad, generando una inversión segura y disminuyendo riesgos o posibilidades perjudiciales de mala inversión o altos costos de inversión, y esto lo conseguiremos con una buena labor calificadora a cargo de un elemento muy importante de todo el sistema de seguridad jurídica, esto es el Registrador Público que tiene bajo su responsabilidad una labor muy encomiable en la garantía de la inscripción como incluso lo ha reconocido el Banco Mundial, en su informe del año de 1996, “From Plan to Market, World Development Report”, cuando precisa: “Un registro de la propiedad resulta fundamental y esencial para el desarrollo de una economía de mercado que funcione. Mejora la seguridad de la titularidad y de la tenencia, disminuye los costes de las transferencias de bienes y proporciona un mecanismo de bajo coste para resolver las eventuales disputas sobre los bienes”.

En este aspecto esta garantía en cuanto a la seguridad a que se refiere lo antes manifestado no se genera simplemente por lo que está inscrito, sino para que ello suceda tiene que existir un profesional dotado de una capacidad profesional muy especial para que pueda incorporar este acto o derecho al registro.

Entonces, en nuestro caso Peruano, ¿el registro brinda garantía y seguridad jurídica?, sí, tal como incluso lo propugna su ley de creación No. 26366, aun cuando muchos dicen que nuestro sistema registral no tiene una base en la Constitución Política, podemos afirmar que si es Constitucional su presencia, pues su labor de brindar garantía y seguridad jurídica lo está desde el momento en que nuestro sistema registral

está regulado no sólo por su citada ley de creación sino por su norma sustantiva en este caso el Código Civil que en su artículo 2009 establece que el Registro se regula por el citado código y sus leyes especiales; por eso que el Registrador como ente importante en el engranaje de la seguridad jurídica registral y como garante de una transacción segura, además de su labor calificadora prevista en el artículo 2011 del C.C., tiene el deber y de hecho lo hace, de respetar los principios registrales previstas en nuestro citado código sustantivo desde el artículo 2011 y siguientes, teniendo en cuenta, los diferentes sistema registrales imperantes en el mundo que admite el sistema registral peruano, como por ejemplo el **SISTEMA DE INSCRIPCIÓN** que se caracteriza por realizar el asiento registral de manera resumida, siempre que haya recaído una calificación rigurosa positiva o el **SISTEMA REGISTRAL DE REGISTRO DE DERECHOS**, pues el registro garantiza lo publicado a través de un riguroso control previo de legalidad para proceder a su registración, pues al igual que en otros países, en nuestro país se efectúa una muy cuidadosa y detallada calificación por parte del Registrador Público y sólo si se adecua a la ley será incorporado al registro y por consiguiente **la publicidad** será su mejor referente para una segura transacción, pero siempre por obra y labor de este gran persona, el Registrador Público, pues el objetivo final es el de brindar seguridad jurídica como incluso así ha sido expresado por el Tribunal Constitucional Peruano, en la Sentencia recaída en el Expediente EXP. N.º 0016-2002-AI/TC-LIMA-COLEGIO DE NOTARIOS DE JUNÍN³; que en su parte pertinente dice: “...La seguridad jurídica como principio constitucional. En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional, y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta, y para ello:

3 Portal Tribunal Constitucional-WEB-Portal.-Sentencias.

1. El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *in comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la “predecible” reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.
2. Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”) y 139º, inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida

a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”).

- 3. Seguridad jurídica y Derecho de propiedad.-** Pero cuando se trata de vincular la seguridad jurídica al derecho de propiedad, tal como ocurre en el caso de autos, aquélla no sólo debe garantizar el mantenimiento del *statu quo*, de forma tal que al individuo se le asegure el mantenimiento de su situación jurídica en la medida en que no se presenten las condiciones que la ley haya previsto para su mutación, sino que el principio se convierte en requisito indispensable para el desarrollo de los pueblos, en tanto permite crear la certidumbre institucional que dota a los individuos de la iniciativa suficiente para, a partir de la titularidad del derecho de propiedad, dar lugar a la generación de riqueza. En efecto, el derecho constitucional a la propiedad tiene una incuestionable connotación económica, y así lo ha entendido nuestra Carta Fundamental cuando no sólo reconoce a la propiedad dentro de la enumeración de su artículo 2º, que agrupa a los principales derechos fundamentales, sino que en su artículo 70º establece que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza (...). A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública (...)”. De este modo, el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico.

De lo antes indicado se advierte que la seguridad jurídica va de la mano con una labor muy eficiente y correcta del funcionario que tiene bajo su responsabilidad generar a través de sus actos la tan ansiada seguridad jurídica, y en esto es importante la labor o función calificadora, inscribible y legitimadora del Registrador Público.

Es menester reconocer que a la par de la constante formación académica del Registrador en beneficio de los usuarios para generar seguridad y tranquilidad, ahora los que tenemos la dicha, suerte y honor de laborar en tal noble institución contamos con muchos otros instrumentos que hacen que nuestra labor se fortalezca para brindar un buen producto en beneficio del desarrollo socio económico del país existiendo directivas y resoluciones que permiten afianzar la lucha en contra de aquellas situaciones del que gente inescrupulosa pretende valerse y que es obligación del Registrador, prepararse y estar a la altura de las innovaciones que se vienen generando, me refiero por ejemplo a las resoluciones que han hecho posible **ALERTA REGISTRAL** desde el año 2008 en el área de predios (Resolución No. 185-2008-SUNARP/SN derogada por Resolución de Superintendencia Nacional No. 170-2013-SUNARP/SN); para luego, en el año 2012 a través de la Resolución No.133-2012-SUNARP/SN ampliarse el sistema de alerta registral a los Registros de Personas Jurídicas, Registro de Mandatos y Poderes y el Registro de Propiedad Vehicular; las directivas sobre Tacha por falsedad documentaria. (Arts.36 y 42 del R.G.R.P.); Bloqueo por presunta falsificación de documentos, Anotación por presunta Falsificación de instrumentos extraprotocolares y de constancias de acreditación de quórum ahora ultimo las cancelaciones de asientos registrales en los presupuestos de la novísima la Ley 30313, normas o directivas que por cierto permiten una protección en favor del usuario y de la lucha frontal contra las personas inescrupulosas que pretenden violentar la seguridad del tráfico jurídico, requieren que los ejecutores (Registradores), de estas normas legales estén preparados en todos los niveles tanto académico como legal y sino veamos las últimas disposiciones como por ejemplo el D.S. No. 07-2014-JUS que dispuso que la SUNARP emita las respectivas disposiciones legales sobre la implementación del Sistema de Constitución de Empresas en Línea a nivel nacional concretándose con la emisión de la Resolución No. 234-2014-SUNARP/SN que reguló la presentación electrónicas de parte notarial a través de la denominada plataforma SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL entrando a la era informática de la firma digital por ello es que se adquiere incluso

los TOKENS CRIPTOGRÁFICOS como herramienta que utilizarán los Registradores con ocasión de la calificación de los títulos sometidos a su competencia en cuanto a la constitución de empresas en el Registro de Personas Jurídicas y otorgamiento de poderes en el registro de Personas Naturales a nivel nacional, ampliándose a la vez al registro de propiedad Vehicular para actos de compra-venta y en estos últimos meses al registro de predios (Resoluciones Nos. 033-2016-SUNARP/SN y 068-2016-SUNARP/SN, respectivamente), ello obliga a los Registradores capacitarse en normas como por ejemplo la Ley de Firmas digitales a fin de que la calificación con los presupuestos previstos por el Art.2011 del Código Civil se compatibilice con los conocimientos informáticos de última generación en cuanto a la calificación, suscripción y generación del asiento registral dotado de la misma legalidad y legitimación, propios de nuestro sistema registral.

Bibliografía

- BALAREZO FORTTINI, Juan Ramón.- “La publicidad registral como mecanismos de seguridad jurídica. Concepto y Características. Presunción de conocimiento y producción de efectos jurídicos” I Congreso Nacional de Derecho Registral. Segunda Edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima – Perú. Noviembre – 1998.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. LA CONSTITUCIÓN DE 1993, 3ª Edición, Editorial Constitución y Sociedad, 1997.
- DELOS, José T.- “Los fines del Derecho: bien común, seguridad, justicia”. Editorial Imprenta Universitaria. México. 1975.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., España, 1998.
- DIEZ-PICAZO, Luis.- “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Primero. Introducción. Teoría del Contrato. Quinta Edición. Editorial Civitas. Madrid – España. 1996.

GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán; SISTEMA REGISTRAL PERUANO, Ediciones Legales, 2001.

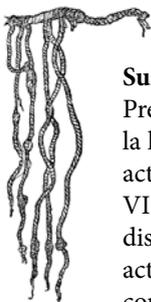
MARTÍNEZ COCO, Elvira y otros; TEMAS DE DERECHO REGISTRAL, Tomo I, 1999, Editado por la SUNARP.

MORALES GODO, Juan; LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS PRINCIPIOS REGISTRALES, Editado por la SUNARP-2000.

UCHUYA CARRAZCO, Humberto. AMPARO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL TERCERO REGISTRAL, Editorial Enmarce, 1999.

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿SON NULAS DE PLENO DERECHO LAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN EN LAS QUE INTERVIENE UNA PERSONA JURÍDICA COMO TRANSFERENTE O CONSTITUYENTE Y UNA PERSONA NATURAL COMO ADQUIRIENTE O ACREEDOR SOBRE PREDIOS UBICADOS FUERA DEL ÁMBITO TERRITORIAL DEL NOTARIO?

Guido David Villalva Almonacid



Sumario: Introducción. I. Hechos y fundamentos de las partes. II. Precisiones. III. Análisis Normativo. IV. Diferencias entre la regulación de la ley 30313 y el Decreto Legislativo N° 1232. V. ¿Qué se debe entender por acto de gravamen?. VI. ¿Qué se debe entender por acto de disposición?. VII. ¿Cómo resolvió el tribunal registral en casos anteriores de actos de disposición?. VIII. Posición y conclusión respecto a las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicado fuera del ámbito territorial del notario.

Introducción

En el presente artículo se analiza de forma crítica los argumentos interpretativos del Tribunal Registral contenidas en la Resolución N° 938-2016-SUNARP-TR-L del 06 de mayo del 2016, que resuelve el problema planteado, en tal sentido a fin que el lector tenga un panorama íntegro de la problemática se procede a detallar los hechos y argumentos esgrimidos por las partes involucradas.

I. Hechos y fundamentos de las partes

Con fecha 6 de mayo de 2016, el Tribunal Registral emitió la resolución N° 938-2016-SUNARP-TR-L, mediante el cual se resolvió el título venido en grado de apelación sobre la solicitud de inscripción de la compra venta que otorgan:

Vendedor: Constructora JD S.A.C.

Comprador: Juana Ana Mejía Broncano.

Bien materia de compra venta: Predio inscrito en la partida N° 70550492 del Registro de Predios del Callao.

Documento que sustenta el acto materia de inscripción: Parte notarial de la escritura pública del 03/12/2015 otorgada ante la notaria de Lima Ljubica Nada Sékula Delgado.

Siendo la observación impugnada, la emitida por el registrador público del Registro de Predios del Callao Sergio Obdime Segura Vásquez, quien emitió la observación en los siguientes términos:

“De conformidad con el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049 (Ley del Notariado), modificada por el Decreto Legislativo N° 1232, téngase en cuenta que “son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la

nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados; sin perjuicio que de oficio se instaure al notario proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales”

En el presente caso, se ha ingresado para su calificación la escritura pública del 03/12/2015 otorgada ante la Notaria de Lima, Dra. Ljubica Nada Sékula Delgado, donde se solicita la inscripción de una compraventa celebrada por Constructora Inmobiliaria JD S.A.C. a favor de Juana Ana Mejía Broncano, respecto del inmueble inscrito en la Partida N° 70550492 del Registro de Predios del Callao. Como se aprecia, dicho acto está referido a un predio fuera del ámbito territorial del notario que otorga la escritura, e interviene como compradora Juana Ana Mejía Broncano (persona natural), por tanto la escritura pública deviene en nula.

“Se deja constancia que la doctrina aplicable establece que los actos de disposición comprenden los actos de adquisición, transferencias y extinción de derechos, sin circunscribir los actos de disposición únicamente a la transferencia de bienes.

Por lo expuesto y según pronunciamiento del Tribunal Registral mediante resolución N° 395-2016-SUNARP-TR-L del 23/2/2016, alcanzando la nulidad sólo a la escritura pública, es posible que las partes otorguen una nueva escritura pública ante el notario correspondiente a la circunscripción territorial en la que se ubica el predio objeto de transferencia, esto es, del Callao.

Los fundamentos del recurso de apelación, entre otros, son los siguientes:

1. *Sobre la observación, es necesario tener presente que el Decreto Legislativo 1049 Ley del Notariado en su artículo 123-A*

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

(modificado por el decreto legislativo 1232) Nulidad de escrituras públicas y certificaciones de firmas. Establece que “Son nulas de pleno derecho las escritura públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de formas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados, sin perjuicios que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. (...)” No siendo este el presupuesto correcto para la calificación del presente acto, ya que el acto materia de rogatoria es una compra venta que otorga una persona Jurídica a una Natural para lo cual la ley no establece expreso impedimento por ámbito territorial.

- 2. Según lo establece el artículo 2009 de la norma sustantiva, los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en el código, a sus leyes y reglamentos especiales. Por lo que se estaría faltando a la citada norma ya que el artículo antes mencionado de la ley del notariado no establece expresamente la procedibilidad del acto cuando interviene una persona jurídica. Sin embargo la resolución N° 544-2016-SUNARP-TR-L indica que la modificación expresa en el Decreto Legislativo 1232 sobre la limitación de las actuaciones notariales referidas a actos de disposición no le es aplicable a partir de su vigencia a las personas jurídicas.*
- 3. Estando a lo expuesto, no existe dispositivo legal que invalide, frustre o imposibilite la calificación del acto rogado, ya que se está cumpliendo con los requisitos establecidos por el reglamento. No existiendo en ese mismo sentido impedimento alguno para la inscripción solicitada. Fundamenta su recurso en los artículo 40, 123-A y 1270 del Decreto Legislativo 1049, Ley del Notariado.*

Asimismo, la Segunda Sala del Tribunal Registral, emite los siguientes argumentos más resalantes, al momento de emitir la resolución N° 938-2016-SUNARP-TR-L:

(...)

4. *En el presente caso, se pretende la inscripción de compraventa que otorgó Constructora JD S.A.C. a favor de Juana Ana Mejia Broncano, respecto del predio inscrito en la partida N° 70550492 del Registro de Predios del Callao en mérito a la escritura pública del 3 de diciembre de 2015 extendida ante la notaria de Lima Ljubica Nada Sékula Delgado.*
5. *Considerando la fecha de escritura pública en referencia se tiene que la misma se otorgó estando bajo los alcances del artículo 123-A del Decreto Legislativo del Notariado, mencionando en el numeral 2 que antecede, conforme al cual son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario.*

En el presente caso el registrador consideró que el instrumento notarial presentado al contener un acto de disposición y ser otorgado tanto por personas naturales o jurídicas (sin distinción sobre su actuación respecto) adolecía de nulidad a la que hace referencia el mencionado artículo 123-A, por lo que tachó sustantivamente el título. El registrador considera que los actos de disposición comprenden los actos de adquisición, transferencia y extinción de derechos, sin suscribir los actos de disposición únicamente a la transferencia de bienes.

6. *El instrumento público presentado para su inscripción tiene las mismas características que el presentado en el título apelado N° 30019 del 6/11/2015, resuelto por la Segunda Sala del Tribunal*

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

Registral, mediante Resolución N° 395-2016-SUNARP-TR-L del 23/2/2015, en la cual éste colegiado concluyó que basta que uno de los contratantes sea una persona natural para que resulte aplicable la sanción de nulidad de la escritura pública de disposición o constitución de gravamen de predios a que alude el artículo 123-A, debido a que la ley no hace ninguna distinción referida a la participación de la persona, es decir, si actúa en el acto de disposición como transferente o como adquirente.

Habiéndose llevado a cabo el CXLVII pleno en su modalidad no presencial el día 9 de marzo del presente año, a solicitud de los miembros de la Primera Sala (quienes solicitaron apartarse del criterio aludido por considerar que es válida la escritura pública cuando la persona que realiza el acto de disposición o gravamen es una persona jurídica, independientemente de quién sea el adquirente del derecho), y efectuada la votación correspondiente, se aprobó por mayoría mantener el criterio establecido en la resolución 395-2016-SUNARP-TR-L del 23/2/2015.

- 7. En tal sentido, asumiendo el criterio establecido en la Resolución N° 395-2016-SUNARP-TR-L del 23/02/2015, podemos concluir que son nulas de pleno derecho las escrituras públicas otorgadas fuera del ámbito territorial del notario, siempre que contengan actos de disposición en el que intervenga una persona natural, ya sea en su calidad de adquirente o transferente, de conformidad con el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049.*

Según lo expuesto, tenemos que entonces que la escritura pública del 3/12/2015 calza en el supuesto de nulidad regulado en el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049, toda vez que una persona jurídica interviene en el acto traslativo en calidad de vendedor, y la parte compradora es una persona natural.

- 8. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el negocio jurídico contenido en el instrumento adjuntado, conserva todo su valor y eficacia*

jurídica¹, tomando en cuenta que la dación en pago no es un acto jurídico que requiera para su validez y existencia de una forma predeterminada (solemne).

Consecuentemente, el título material existe y no se puede tachar, ya que podría escriturarse ante otro notario, al ser nula por mandato legal solamente la escritura pública presentada, pero no la minuta.

Por lo que debe confirmarse la observación. (...)

II. Precisiones

En el presente caso la resolución en comentario, emitida por el Tribunal Registral, contiene errores de forma, aunque aparentemente irrelevantes es preciso indicarlas:

Primero.- En el segundo párrafo del numeral 5, el Tribunal indica que el Registrador tachó el título, cuando en realidad observó el título.

Segundo.- Hace referencia reiterada respecto a la Resolución N°395-2016-SUNARP-TR-L del 23/2/2015, cuando la fecha correcta de dicha resolución es 23/2/2016.

Tercero.- Se hace mención en el considerando octavo que el acto rogado es la inscripción de una dación en pago, cuando el acto rogado es la inscripción de una compra venta.

Estas precisiones, tienen la finalidad de aclarar lo resuelto por el Tribunal a fin que el lector tenga un panorama más claro de los argumentos vertidos por la segunda instancia registral.

¹ Artículo 237 del Código Procesal Civil. Son distintos el documento y su contenido. Puede subsistir éste aunque el primero sea declarado nulo.

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

III. Análisis Normativo

Es incuestionable que la promulgación de la Ley N° 30313² (publicada en el diario oficial “El Peruano” el 26/3/2015 y vigente desde el 27/3/2016), tuvo como objeto:

- a) Establecer disposiciones vinculadas a la oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite,
- b) La cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de los documentos presentados a los registros administrados por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos,
- c) Modificar los artículos 2013 y 2014 del Código Civil.
- d) Modificar los Artículos 4 y 55 y la Quinta y Sexta Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049.

Cuya finalidad fue prevenir y anular las acciones fraudulentas que afectan la seguridad jurídica. Dispuso respecto a la función notarial, una nueva regulación respecto a:

- a) Competencia notarial.
- b) Identificación de los intervinientes por el Notario.
- c) Disposiciones notariales sobre la suplantación o falsificación de los instrumentos públicos notariales.

Una de las modificaciones más controvertidas fue la concerniente a la transferencia de inmuebles formalizadas ante notarios de una provincia distinta a la ubicación de los bienes, señalando de una forma tan imprecisa lo siguiente en el artículo 4 del decreto legislativo 1049:

² Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los Artículos 4 y 55 y la Quinta y Sexta Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049.

“Artículo 4.- Ámbito territorial

El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina.

Son nulas de pleno derecho las actuaciones notariales referidas a actos de disposición o gravamen intervivos de bienes inmuebles ubicados fuera del ámbito territorial del notario provincial, sin perjuicio que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales.

Cuando el acto de disposición o gravamen comprenda más de un inmueble ubicado en diferentes provincias es competente el notario del lugar donde se encuentre cualquiera de ellos, quedando autorizado para ejercer función notarial fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado”.

La razón de dicha modificación se fundamentó en algunos casos publicitados por la prensa, en los cuales algunos se evidenciaron las siguientes falencias:

- a) Inscripciones de transferencias con escrituras públicas falsas.
- b) Transferencias de predios con escrituras públicas auténticas sin embargo los otorgantes habían sido suplantados.

Es así que se evidencia una debilidad del sistema notarial y registral generando perjuicio al derecho de propiedad, demostrando una actuación precaria en el sistema de control de posibles fraudes mediante la suplantación de identidad o utilización de instrumentos falsos, debilidad que trato de ser superada mediante la promulgación de la Ley 30313.

Consecuentemente de acuerdo a la Ley 30313, el notario estaba impedido de asumir competencia e intervenir en actos de

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

disposición o gravamen sobre inmuebles ubicados fuera del ámbito territorial de su competencia provincial, sancionando la ley con nulidad de pleno derecho aquellas actuaciones notariales que sean contrarias a la competencia notarial.

No obstante, una debilidad de la Ley 30313 fue la imprecisión en los términos jurídicos usados, es así que el término “actuaciones notariales” generó diversas interpretaciones en los operadores jurídicos, algunos lo interpretaban de forma muy extensiva a cualquier actuación en la cual exista un acto jurídico de disposición o gravamen de inmuebles, y otros analizando la naturaleza de cada acto en concreto conforme supuesto normativo.

Respecto a la interpretación extensiva es la realizada por el Colegio de Notarios de Lima y de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú mediante comunicado del 27/3/2015, en la cual se critica la disposición del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1049, indicando que dicha disposición perjudica a los ancianos, discapacitados y a los más pobres, exhortando al Congreso de la República a efectuar las medidas correctivas pertinentes, y señala escuetamente y sin emitir fundamento jurídico alguno, que los actos de disposición a que se refiere el citado artículo, comprende también el otorgamiento de poderes.

En virtud del comunicado emitido Colegio de Notarios de Lima y de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, muchos Registradores Públicos acogieron dicha interpretación generando tachas a las solicitudes de inscripción de poderes que contenían facultades referidas a actos de disposición o gravamen, retardando y entorpeciendo el tráfico jurídico.

Al respecto, es propicio señalar que mediante la resolución N° 1860-2015-SUNARP-TR-L del 18 de setiembre de 2015, se resuelve este problema interpretativo respecto a que si los poderes que

contengan actos de apoderamiento de disposición o gravamen están dentro del supuesto de nulidad, señalado en el último párrafo del considerando doceavo de la resolución N° 1860-2015-SUNARP-TR-L, lo siguiente:

“El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1049 ha restringido el derecho de acudir ante cualquier notario para ejercer algún acto de disposición o gravamen de inmuebles, por lo tanto dicha restricción debe ser entendida únicamente para aquellos supuestos previstos en la norma, es decir, para actos de disposición o gravamen de inmuebles, no pudiéndose hacer extensivos a otros supuesto como el otorgamiento del poder. Hacer extensivo el citado artículo a otros supuestos implica realizar interpretación analógica que está prohibida expresamente por la Constitución y el Código Civil. Cabe señalar que el supuesto de la norma no es semejante en sustancia al supuesto de hecho al que se le quiere aplicar la consecuencia. Así, el acto de disposición o gravamen no es semejante en sustancia al acto de otorgamiento del Poder³”.

Concordamos con lo resuelto por el Tribunal Registral al considerar que el otorgamiento de poder para disponer o gravar bienes inmuebles no está comprendido dentro de los actos de disposición o gravamen a que se refiere el texto actual del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1049 Decreto del Notariado - modificado por la Ley N° 30313, dado que ninguna interpretación puede llevar a supuestos extensivos y absurdos que generen una parálisis en el tráfico jurídico, máxime si mediante el acto jurídico unilateral del poder no se ejecuta ningún acto de disposición o gravamen únicamente se empodera a un tercero para que en nombre y representación del poderdante celebre determinados actos jurídicos.

3 Resolución del Tribunal N° 1860-2015-SUNARP-TR-L, del 18 de setiembre del 2015, acto inscripción de poder, título N° 23481 DEL 25/05/2015.

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

Es así que debido a las imprecisiones legales y al entorpecimiento en los actos de contratación, que el 26/9/2015 se publicó en el diario oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo N° 1232 en el cual modificó e incorporó diversos artículos y disposiciones complementarias transitorias y finales del Decreto Legislativo del Notariado, las mismas que entraron en vigencia el 27/9/2015.

Respecto al tema que nos ocupa, se modificó el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1049, siendo su nuevo texto el siguiente:

“Artículo 4.- Ámbito territorial

El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina.”

Como se advierte, el segundo y tercer párrafo agregados por la Ley N° 30313 del artículo señalado, respecto a los actos de nulidad de las actuaciones notariales de actos disposición o gravamen de inmuebles fue suprimida.

Esta supresión, no liberó la competencia notarial en actos de disposición o gravámenes, si no la reguló de forma distinta, incorporando así el artículo 123-A, al Decreto Legislativo del Notariado, el cual dispone:

“Artículo 123-.A.- Nulidad de escrituras públicas y certificaciones de firmas

Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los

formularios o documentos privados; sin perjuicio que de oficio se instaure al notario el proceso disciplinario establecido en el Título IV de la presente ley. La presente disposición no se aplica al cónsul cuando realiza funciones notariales”.

Como se puede advertir, la competencia notarial en los actos de disposición y/o gravamen fue regulada de forma distinta, no obstante aún persiste en sede registral y notarial interpretaciones distintas que generan un problema social en la contratación.

IV. Diferencias entre la regulación de la Ley 30313 y el Decreto Legislativo N° 1232.

A fin de entender la aplicación de los supuestos de nulidad generadas a partir de la limitación de la competencia notarial en los actos de disposición y gravamen, procederemos a indicar las diferencias entre la Ley 30313 y el Decreto Legislativo N° 1232, siendo las siguientes:

LEY N° 30313	Decreto Legislativo N° 1232
Son nulas las actuaciones notariales, expresión genérica y ambigua, regulación que generó diversas interpretaciones.	Son nulas las escrituras públicas, se limitó únicamente al instrumento público notarial denominado “escritura pública” excluyéndose otro documento extendido en el ejercicio de la función notarial. No obstante la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados
“La nulidad abarcaba a todo acto de disposición o gravamen sobre inmuebles”, es decir incluye a todos los bienes inmuebles consignados en el artículo 885 del Código Civil, tales como las minas, canteras, muelles, diques, concesiones para explotar servicios públicos, entre otros.	La nulidad únicamente se aplica a actos de disposición de predios, excluyéndose actos de disposición de inmuebles distintos a predios, tales como las minas, canteras, muelles, diques, concesiones para explotar servicios públicos, entre otros.

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquiriente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

LEY N° 30313	Decreto Legislativo N° 1232
<p>Respecto a la persona que realiza el acto de disposición o gravamen esta sanción es aplicable a todos sin interesar su condición de persona jurídica o persona natural.</p>	<p>Se establece que la sanción de actos de disposición o gravamen es aplicable únicamente a las personas naturales que lo realizan, quedando excluidos así los actos de disposición celebrados por personas jurídicas.</p>
<p>No se establece condiciones de excepción a la sanción de nulidad de las actuaciones de nulidad.</p>	<p>Se incorpora el artículo 123-B, estableciendo excepciones a la nulidad prevista en el artículo 123-A, indicando que: No están sujetos a la nulidad prevista en el artículo 123-A, los siguientes supuestos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Actos de disposición o de constitución de gravamen mortis causa. b) Actos de disposición o de constitución de gravamen que comprenda predios ubicados en diferentes provincias o un predio ubicado en más de una, siempre que el oficio notarial se ubique en alguna de dichas provincias. c) Fideicomiso. d) Arrendamiento Financiero o similar con opción de compra

V. ¿Qué se debe entender por acto de gravamen?

A efectos de analizar lo que se debe entender por gravamen, procederé a utilizar el mismo argumento del tribunal registral establecido en la Resolución N° 137-2007-SUNARP-TR-T, que en su señala lo siguiente:

“(...)7. Ante la imposibilidad de extraer concepto uniformes de la legislación, ha de acudir a la doctrina, partiendo de la premisa que el concepto buscado ha de estar necesariamente vinculado a los derechos reales, pues éstos, por imperio del artículo 2018° del Código Civil, son los que ordinariamente acceden a los Registros de Bienes.

Enseña Diez Picazo⁴ que dentro de la relación jurídico real existen siempre una situación activa, que es propiamente el Derecho Real, y una pasiva a la que denomina gravamen. El gravamen es, según este autor, una situación de sujeción que coloca al sujeto pasivo, pura y simplemente, en la necesidad de soportar la actividad del sujeto activo, pero sin entrañar para aquel ningún especial tipo de deber jurídico. El gravamen comporta una serie de deberes que son primordialmente de tipo negativo (omisiones, abstenciones o tolerancias).

Montés Penadés⁵ sostiene, empero, que la situación de gravamen se da también cuando los deberes a cargo del sujeto pasivo son positivos, permitiendo al sujeto activo exigirles ciertas conductas (como el pago de un canon en el caso de censos). Por ello, con una fórmula más amplia que la de Diez Picazo, Montés señala que gravamen real es un concepto que expresa “las consecuencias de la necesidad de soportar la restricción del propio derecho por efecto de concurrir otro, a favor de otro titular, que debe ser respetado.

8.- A diferencia de Montes, Biondo Biondi – citado por Diez Picazo⁶ - entiende que cuando el gravamen supone la existencia de un deber positivo a cargo del sujeto pasivo, que impone a éste la obligación de ejecutar una prestación, estamos ante una carga real, definida como un peso que grava objetivamente sobre un fundo y en virtud del cual el propietario de éste está obligado a ejecutar prestaciones positivas a favor del propietario de otro fundo o de una persona determinada. En término efectivos, el sujeto gravado u obligado a las prestaciones es el propietario del fundo o sus sucesores, y dichas prestaciones pueden consistir en el pago un canon, la entrega de otra prestación periódica (frutos o productos) o prestación de un servicio. Se trata de típicas obligaciones insertadas en un derecho real.

4 Luis DIEZ PICASO: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Madrid, 1995, Civitas, Tomo III, p. 819, citado en la resolución N° 137-2007-SUNARO.TR.T.

5 Vicente MONTÉS PENADÉS et al: Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral, Valencia, 1994, Tiran lo Blanch, p. 80 citado en la resolución N° 137-2007-SUNARO.TR.T.

6 Luis DIEZ PICASO: op. Cit. Tomo III, p. 81

9. Es claro que la doctrina identifica gravamen real con carga real, ya que lo sustancia en ambos casos es la situación de sujeción del titular de un derecho real frente al titular de otro derecho que recae sobre el mismo bien. El hecho que en un caso esa sujeción sólo importe un deber negativo (omisiones, abstenciones o tolerancias) o que haga exigibles deberes positivos (prestaciones obligaciones) sólo ratifica la mentada situación de sujeción. Quizá ello explique el porque el Código Civil utiliza indistintamente los términos gravamen y carga para referirse, en algunos casos, a la existencia de deberes positivos (artículos 316° inciso 8, 437° y 869°). En ese orden de ideas, esta Sala entiende que gravamen y carga reales constituyen una única categoría de situaciones de sujeción pasiva en la que se encuentra el titular de un derecho real respecto del titular de otro derecho real que recae sobre el mismo bien. El hecho que el sujeto pasivo deba o no ejecutar prestaciones positivas no modifica la sustancia de dicha situación de sujeción.”

No obstante existen posiciones discrepantes a la señalada por tribunal, en la cual se identificará como gravamen aquel acto nacido por la autonomía de la voluntad en el cual se afecte un bien en respaldo del cumplimiento de una obligación y que en caso de incumplir dicha obligación generar una posibilidad de venta del bien dado en garantía, y considera a una carga a la nacida en virtud de la ley, lo cual genera una posición discrepante.

En resumen, y de forma muy particular considero que el acto de gravamen será aquella afectación sobre un predio nacida de la voluntad de las partes (ejemplo hipoteca consensual), por mandato legal (hipoteca legal) o judicial (contracautela de naturaleza real que ordene la constitución de una hipoteca) en la mayoría de los casos cabe la posibilidad que el acreedor solicite la venta del bien, siendo la carga un concepto distinto que será siempre generada en virtud de disposición legal, por lo que será una afectación que no importa la realización o venta del predio.

Para efectos de determinar la sanción de nulidad necesariamente debe estar contenida en una escritura pública, formulario registral o documentos de escritura pública en la cual intervenga un notario incompetente, dicha afectación se genera en virtud de una relación de sujeción pasiva en la que se encuentra el titular de un derecho real respecto del titular de otro derecho que recae sobre un predio independientemente a las prestaciones a ser cumplidas.

Por ende corresponde determinar al operador jurídico cuando nos encontramos ante una relación jurídica de constitución de gravamen, siendo esta determinante a fin de poder establecer cuando estamos ante el supuesto de hecho de sanción de la norma a la escritura pública, situación que corresponde ser analizada dependiendo a cada caso concreto por la sutil distinción entre carga y gravamen. Un ejemplo de ello de dicha sutileza es lo resuelto por el Tribunal Registral en la resolución N° 1335-2016-SUNARP-TR-L de 7/1/2016, que establece que:

“No procede la constitución de patrimonio familiar en mérito de escritura pública otorgada ante notario situado en provincia distinta a aquella donde se encuentra ubicado el predio sobre el cual recaerá, toda vez que dicho acto constituye uno de gravamen, y por tanto le resultan aplicables las limitaciones establecidas por el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1232.”

VI. ¿Qué se debe entender por acto de disposición?

Los actos de disposición modifican sustancialmente el patrimonio pudiendo representar una reducción o afectación de los bienes que lo integran, ya sea porque se transfiere la propiedad o se afecta esta de tal manera que se excluya dicho bien del patrimonio actual del titular o menoscabe su posición jurídica. Un ejemplo de acto de disposición son los distintos actos de transferencia de propiedad como la donación, dación en pago, compra venta, renuncia de

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

algún derecho real, renuncia de propiedad, renuncia de hipoteca, y otros actos.

Un tema importante que nos ocupa, es el caso del levantamiento de hipoteca, si dicho acto importa un acto de disposición; al respecto es necesario señalar que el acto de levantamiento de hipoteca es el acto administrativo efectuado por el Registrador a fin de publicitar en sede registral que un predio no está afecto a una hipoteca, dicho acto lo plasma mediante la inscripción. Por ende al ser un acto administrativo no incumbe a las partes y no está dentro del supuesto de la norma.

Sin embargo, distinto es analizar el acto jurídico que genera dicho acto administrativo de levantamiento de hipoteca, por lo cual la hipoteca como acto jurídico se extingue por inexistencia de la obligación garantizada, como en el caso de actos jurídicos voluntarios como el pago, novación, mutuo disenso, y otros que generan la “extinción” automática de la hipoteca, por ende no importa una menoscabo al patrimonio del acreedor.

En tal sentido, no puede ser considerado como un acto de disposición la comunicación de extinción de la obligación y consecuente extinción de la hipoteca, ello por cuanto extinguida la obligación extinguido el derecho real de hipoteca conforme lo dispone el artículo 1122 del Código Civil, no obstante el argumento que planteo es discrepante a lo resuelto por el Tribunal Registral al considerar que todo acto de levantamiento de hipoteca importa un acto de disposición⁷, posición que no comparto, por cuanto la extinción de la hipoteca producto de la extinción de la obligación garantizada es un acto jurídico que no genera menoscabo en el patrimonio o esfera jurídica del acreedor.

⁷ Resoluciones N° 216-2016-SUNARP-TR-A de 18/04/2016, N° 544-2016-SUNARP-TR-L de 15/03/2016 y otras en el mismo sentido que consideran que el levantamiento de hipoteca es un acto de disposición.

Distinto será el supuesto de la renuncia de la hipoteca, en el cual si existe un acto disposición. Por lo cual corresponde analizar cuáles son las causas que motivan la extinción de la hipoteca.

VII. ¿Cómo resolvió el Tribunal Registral en casos anteriores de actos de disposición?

En la resolución N° 416-2012-SUNARP-TR-L del 16/3/2012, se resolvió el caso respecto a que si un menor de edad, representado por sus padres, que adquiere a título oneroso un vehículo requería autorización judicial previa.

Dicha interrogante se generó en virtud a que a criterio del Registrador en el acto de adquisición del vehículo también existía un acto de disposición del dinero del menor de edad, consecuentemente dicho acto requería de una autorización judicial previa, el tribunal en el considerando 5 estableció lo siguiente:

“Así, el Código Civil ha establecido expresamente que se requiere autorización judicial, para transferir el dominio de un bien o imponerle cargas o gravámenes. Sin embargo, en el presente caso, el menor de edad representado por sus padre, no está transfiriendo el vehículo de su propiedad, si no está adquiriendo por compraventa a su favor, es decir, no se transfiere un bien registrado a su nombre a favor de tercera persona, si no que se adquiere un bien acrecentándose su patrimonio. (...)

Al respecto, se señala que no es atribución del Registro verificar la procedencia del dinero con el cual se adquiere el vehículo el menor de edad, siendo que los padres no están disponiendo de un bien registrado para adquirir el vehículo, como es el caso del dinero con el cual adquieren este vehículo, quedando fuera del ámbito registral verificar la procedencia del dinero (...).

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

La razón de citar esta resolución es advertir que el Tribunal excluye la calificación al acto de disposición del dinero, asimismo separa el acto de adquisición y de disposición. Distinguiendo de forma clara quien dispone del bien y quien lo adquiere; no obstante al momento de aplicar el artículo 123-A no es capaz de realizar una segregación en las partes intervinientes de la persona natural que adquiere y la persona jurídica que dispone del predio.

VIII. Posición y conclusión respecto a las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario.

El tribunal señala que son nulas de pleno derechos las escrituras públicas otorgadas fuera del ámbito territorial del notario, siempre que contengan actos de disposición en el que intervenga una persona natural, ya sea en calidad de adquirente o transferente, de conformidad con el artículo 123-A del Decreto Legislativo N° 1049.

Asimismo, indica que debido a que la ley no hace ninguna distinción referida a la participación de la persona natural, es decir, si actúa en el acto de disposición como transferente o como adquirente la sanción debe ser aplicable.

Debemos de recordar que la norma en sentido estricto es una fórmula vacía de contenido, esa es la característica de la norma, somos los intérpretes quienes debemos de llenarla de contenido desde la realidad, darle sentido constitucional e integral con el resto del sistema normativo y aplicarla al caso concreto partiendo de la realidad y la practicidad, sin generar interpretaciones escasas o absurdas.

Al indicar que la ley no distingue tal o cual supuesto, por ende el operador jurídico no puede distinguir donde la ley no lo hace, es

una aplicación ciega desprovista de todo sentido interpretativo que renuncia a toda facultad interpretativa que nos corresponde como operadores jurídicos.

La forma de interpretación debe ser perspicaz en verificar como se produjeron los hechos, atentos a la circunstancia que rodearon el caso, para darle el derecho a quien le corresponda y el sentido a la normas.

Siendo categóricos al decir que los actos de disposición o gravamen efectuado por toda persona jurídica no debe generar la nulidad del instrumento público en ningún supuesto. Por cuanto, las consecuencias jurídicas del acto de disposición o gravamen siempre afectarán únicamente la esfera patrimonial de la persona jurídica y no de la persona natural adquirente del derecho vinculado a un predio.

Un argumento de la interpretación errada desde mi punto de vista, la cual lo plasmo con un ejemplo práctico, en el caso de la constitución de hipoteca, en la cual el constituyente es una persona jurídica e interviene el acreedor persona natural; de la interpretación literal nacida del seno del Tribunal Registral dicho instrumento público notarial será nula por el mero hecho que la persona natural interviene, en tal sentido, ¿ Qué debemos de realizar a fin de no generar la nulidad del instrumento?, ¿Una hipoteca unilateral?, parece que la interpretación del tribunal no se ajusta a una razonabilidad práctica, ya que genera la imperioso necesidad de constituir según el ejemplo dos instrumentos públicos, uno de constitución de hipoteca y otro de aceptación de hipoteca, lo cual a todas luces es una interpretación absurda y desprovista de sentido común.

Distinguir quien interviene al momento de disponer o gravar el predio, es una interpretación simple, hecho que anteriormente el Tribunal Registral si lo realizó, al resolver el caso de la adquisición del vehículo por parte de un menor de edad conforme la resolución N° 416-2012-SUNARP-TR-L del 16/3/2012, antes citada, en la cual

COMPETENCIA NOTARIAL EN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN: ¿Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o gravamen en las que interviene una persona jurídica como transferente o constituyente y una persona natural como adquirente o acreedor sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario?

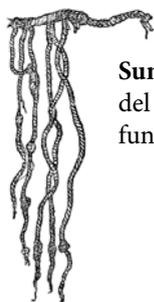
identifico de forma clara quien es el adquirente del bien registrado y quien dispone de un dinero.

Desde mi punto de vista, al momento de interpretar el artículo 123-A se debe distinguir quien es la persona jurídica o natural que realiza el acto de disposición o gravamen y en caso de ser una persona jurídica dicho instrumento público notarial será válido pese a que el Tribunal diga lo contrario. Por cuanto el acto de gravamen o disposición vinculada al predio recae solo en la esfera patrimonial de la persona jurídica.

Los argumentos jurídicos no se imponen desde las alturas cual rayo que lanza Zeus a los mortales, si no se construye con una labor colectiva de todos los operadores jurídicos y de la comunidad de intérpretes, antes que vinculante por el mero hecho de ser un acuerdo del Tribunal Registral llevado a cabo el 9 de marzo del presente año, el acuerdo del Tribunal Registral debe ser persuasivo por la fuerza de su argumentación en optimizar los derechos en las relaciones jurídicas y acaso restaurar el tejido social, para alcanzar un sentido a la norma y no una interpretación literal y desprovisto de argumento que cae en lo absurdo y no respeta razonamientos antes esgrimidos por el mismo Tribunal Registral.

APUNTES PARA LA MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES EN SEDE REGISTRAL

Luis Fernando Sánchez Cerna



Sumario: I. Visión mecanicista del Derecho Registral. II. Visión cognoscitiva del Derecho Registral. III. Contenido de la Motivación, justificación, fundamentación o explicación en Sede Registral.

I. Visión mecanicista del Derecho Registral:

Una visión tradicional concibe al Derecho como un producto terminado, producido por el legislador; y los destinatarios de este producto realizan solo una actividad: -su aplicación, la cual o es mecánica o casi mecánica.

En el Derecho registral se menciona como instrumentos para configurar esta visión, la Codificación Civil, principalmente el Libro IX, en el cual se han establecido los principales principios registrales y reglas de calificación de títulos así como las de vinculación con el órgano judicial.

También se tiene la codificación procesal civil, en la cual se han establecido los mecanismos y reglas de publicidad de las afectaciones derivadas de proceso.

Código Civil	Código Procesal Civil	Ley General de Sociedades	Ley General del Sistema Concursal	Ley General del Sistema Financiero
Principios Creación de Registros Reglas aplicables a los distintos Registros. Formas y requisitos de actos y negocios con acogida registral. Reglas de vinculación con el órgano judicial.	Formas de comunicación. Reglas para la acogida registral de afectaciones derivadas del proceso.	Contenido y formas societarias así como sus actos con acogida registral.	Principios y reglas de vinculación en los procesos de ejecución colectiva.	Formas privilegiadas y contenido de determinados actos

La Ley General del Sistema Concursal, la Ley General del Sistema Financiero, La Ley de ejecución coactiva, Ley del Notariado (que contiene menos reglas de vinculación con el registro, que la codificación procesal civil), Ley del Procedimiento Administrativo General.

Desde esta visión la actuación registral, entendiéndose la de las instancias registrales, encuentran su legitimación (Ver Gascón Abellán y María José Añón) o justifican su actuación, en la aplicación estricta de las normas creadas por el legislador.

Desde esta perspectiva, como el lector ya puede vislumbrar, se deriva una visión mecanicista del Derecho Registral, lo cual implica como deber y obligación:

- 1.1. Conocer las normas: de implicancia registral y su significado. Aquí se incluye los principios registrales, obsérvese que en nuestra disciplina ha sido más fácil entender que los “principios”, son “normas” de aplicación directa e inmediata, lo cual ha sido así por su alcance corto y no amplio y general a todo el sistema jurídico nacional, hay que precisar además que los denominados principios por el legislador, no son los únicos, (Comanducci, Principios jurídicos e indeterminación del Derecho, 1998) o no deberían serlo, tal es el caso del principio registral de “seguridad Jurídica registral”, disminuida en su dimensión práctica al sólo concebirla como una garantía del Sistema en términos abstractos. (Ley 26366 art.3), el despliegue de los efectos del principio de seguridad jurídica en el ámbito registral ha sido desarrollado en parte por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N^o 016-2002-AI/TC¹

Con la autonomía en el ejercicio de la función registral, sucede lo mismo, en la práctica también es un principio que sirve de garantía para materializar el aspecto praxeológico de la seguridad jurídica en el ámbito registral como configuradora de la misma en la protección de los derechos constitucionales y constitucionalizados como la propiedad y el patrimonio, la libertad de asociación, de emprendimiento, etc.

- 1.2. Interpretar las normas de acuerdo a cánones y estándares que le impone las limitaciones de la actividad administrativa, en materia de control normativo, (en este contexto se ha

1 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html> (Visitado el 03-09-2016 Hrs. 20:14)

vedado el contenido del artículo 51 de la Constitución a La administración Pública entiéndase Registradores e integrantes del TR), comportamiento procesal (en ambas instancias, así como la del ciudadano, que debe estar adecuado a la LPAG), entre otros.

1.2.1. Realizar una adecuada labor de “subsunción” entre la calidad de inscribible del acto o negocio concreto, y el supuesto abstracto de la norma (Ver M. Iglesias 1999).

1.2.2. Obligación de pronunciarse siempre.

1.2.3. Obligación de motivar, justificar o fundamentar sus decisiones. Este último acápite abre la puerta a la discrecionalidad en la aplicación del Derecho Registral, siendo importante conocer sus alcances y límites.

1.2.4. Entender que las fuentes del Derecho son básicamente legislativas, y las mismas reúnen las características plenitud y completitud. Aspecto que ha ido dejándose de lado, según informa la historia del derecho, y en nuestro caso esto se ha demostrado en puntuales decisiones de la segunda instancia registral, reconfigurando, o actualizando y acercando nuestra disciplina a las necesidades de la sociedad.

Desde esta visión, hay que otorgarle insumos normativos al Registrador para que subsuma los actos postulados al registro, para que su labor sea rápida, y simplificada;

El contenido de la calificación, misma dificulta que se sostenga en el tiempo este tipo de visión del derecho registral, más aún si en la realidad y la práctica diaria se aprecia que, la calificación registral se realiza en un esquema que obedece además a otras características tales como:

II. Visión cognoscitiva del Derecho Registral

- 2.1. Naturaleza abierta de las normas. (Calvo Garcia, 1994), el texto normativo escapa a la voluntad o “espíritu”, para ir adecuándose al entorno cambiante de la realidad socio –económica.
- 2.2. Condiciones prácticas en las que hay números apertus en la configuración del contenido de las fuentes de las obligaciones, así como en la calidad de inscribible de actos o contratos que reúnan ciertas características, como “relevancia jurídica”, o impliquen restricciones, ampliaciones o modificaciones a alguna titularidad inscrita o por inscribir.
- 2.3. Predisposición inscriptoria por una inadecuada interpretación de la finalidad del procedimiento registral.
- 2.4. Tendencias: De lado del deber de predictibilidad y uniformidad en los pronunciamientos registrales, lo cual es un deber obligación de la Administración Pública, debe evitarse a soslayar o mitigar la discrecionalidad en las decisiones en las instancias registrales, debe encontrarse el justo equilibrio entre ambos.

En sede registral se hace evaluaciones de las consecuencias prácticas de las decisiones, en algunos casos por las razones equivocadas:

- 2.5. Intervenciones inadecuadas: Las Quejas, o denuncias, cuando el órgano de control o instructor no debe influir en nada en la discrecionalidad de la aplicación de las normas. Más aún si hay autonomía que debe funcionar también como presupuesto y garantía de la seguridad jurídica que debe impartir todo Registro Jurídico.
- 2.6. Especulaciones: sobre las Decisiones de la segunda instancia registral, se soslaya la decisión propia por una ajena, en atención a posible decisión o resultados en escenarios jurídicos aún no producidos, cuando la evaluación debe ser propia y no ajena.
- 2.7. Una Concepción de la aplicación e interpretación del Derecho Registral como un acto de que implica cognoscibilidad, y un

procedimiento ordenado que presupone un método en la elección de la solución más adecuada al caso concreto. Las pautas del razonamiento judicial que minusvaloraron la actuación judicial, desvalorizaron aún más la actuación en sede registral.

III. Contenido de la Motivación, justificación, fundamentación o explicación en Sede Registral

Trasladando el análisis de Comanducci, a la actividad registral, se puede afirmar que tanto en observaciones, tachas y pronunciamientos de la segunda instancia, hay alta presencia de criterios de justificación (Comanducci, Razonamiento Jurídico).

Elementos para un modelo, 2004, veamos:

- 3.1. Identificación de fuentes jurídicas válidas, criterios consensuados por cualquiera de las instancias en sede registral, y que estén ajustados a la realidad, recuérdese que también es importante tener en cuenta que las soluciones contenidas en las resoluciones de la segunda instancia registral serán eficaces en la medida que sean racionales, en abstracto, es decir que no sólo sirvan para resolver el caso concreto, sino que sea compartida por todos, porque persuade, (Díez-Picazo, 2011), imponer soluciones, en la realidad, es inadecuado porque no es racional, además porque hay variaciones tenues u otras no tan tenues en las diferentes regiones respecto de la capital de la República. En este contexto, el Tribunal Registral tiene como principal función aprobar precedentes de observancia obligatoria en los plenos registrales que con tal motivo se convoque².

² Ley N° 30065.- "Artículo 26.- Funciones del Tribunal Registral
Son funciones del Tribunal Registral:

a) Conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las denegatorias de inscripción y demás decisiones de los registradores.

En materia de fuentes, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 047-2004-AI/TC³, ha desarrollado el tema reconociendo que la Constitución admite diversos tipos normativos, como:

- 3.1.1. Las fuentes normativas o formas normativas con rango de ley (Ley de reforma constitucional, Ley ordinaria, Ley de presupuesto de la república, Ley de la Cuenta General de la República, Ley Orgánica, Resoluciones Legislativas, Tratados, Reglamento del Congreso, Decretos Legislativos, Decreto de Urgencia, Ordenanzas Regionales, Ordenanzas Municipales), fuentes normativas con rango distinto a la ley (Reglamentos, previstos en el art. 118 inciso 8 de la Constitución),
- 3.1.2. La jurisprudencia, es “interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta...” Ver Franklin Moreno en la sentencia citada.

En este sentido los criterios establecidos por el Tribunal Registral son vinculantes para los Registradores como el mismo Tribunal Registral indica estando a la sujeción jerárquica en que se encuentran - o si se

b) Verificar, en el ejercicio de su función, el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, así como de los precedentes de observancia obligatoria, por parte de los registradores, dando cuenta a la Gerencia Registral y al Superintendente de las irregularidades detectadas.
c) Aprobar precedentes de observancia obligatoria en los plenos registrales que, para el efecto, se convoquen.
d) Emitir opinión sobre los asuntos que la Superintendencia someta a su consideración.
e) Ejercer las demás funciones inherentes a su naturaleza o que le sean asignadas por la Superintendencia.”
3 <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html> (Visitado el 04-09-2016 Hrs.18:15)

quiere, con mayor rigor, de la tutela administrativa que origina la dependencia del Registrador a los pronunciamientos del Tribunal - y al mandato imperativo del artículo 33° inciso a.3)⁴ en la práctica la segunda instancia registral cautela también la observancia de estos precedentes, ver al respecto por ejemplo Resolución: 293-2010-SUNARP-TR-T de 20/8/2010⁵, en la cual se reitera la carácter vinculatorio de las resoluciones del Tribunal Registral; asimismo la instancia registral no se escapa o puede constituirse en una isla a la cual no afectan los precedentes o criterios obligatorios establecidos por el Tribunal Constitucional, tal es el caso Resolución: 203-2012-SUNARP-TR-L de 3/2/2012⁶, razón por la cual el precedente vinculante del Tribunal Constitucional, en tanto constituye la manifestación de un poder normativo general, debe ser cumplido por las instancias registrales.

3.1.3. Una tercera fuente es la Costumbre (“prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política.”), la segunda instancia registral, en Resolución N° 1777-2015-SUNARP-TR-L de 09/09/2015, que resuelve la rogatoria planteada en título 2015-18319, admite que “La elección de la directiva comunal puede efectuarse de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad campesina, siempre

4 Res. 126-2012-SUNARP (19-05-2012)

Artículo 33.- Reglas para la calificación registral

El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, se sujetan, bajo responsabilidad, a las siguientes reglas y límites:

a.3) Cuando el Registrador conozca el mismo título cuya inscripción fue dispuesta por el Tribunal Registral, o uno con las mismas características, aunque los intervinientes en el acto y las partidas registrales a las que se refiere sean distintos, deberá sujetarse al criterio establecido por dicha instancia en la anterior ocasión.

5 https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp (Visitado el 04-09-2016 Hrs.20:18)

6 https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp (Visitado el 04-09-2016 Hrs.20:21)

y cuando no contravenga los derechos fundamentales de los electores previstos en la Constitución Política y la legislación especial aprobada para dichos fines.”⁷, resolución que resulta relevante porque a pesar que la Constitución y el art. 8 del convenio 169 de OIT establecen que se debe tener en cuenta el Derecho Consuetudinario, de las Comunidades; resulta loable que el Tribunal haya entendido que este precepto atraviesa todo el entramado jurídico nacional, (ordenamiento jurídico), está pendiente en esta materia que se entienda en la misma dimensión los alcances de mecanismos de publicidad efecto contenidos en la Ley 24657;

- 3.1.4. Una cuarta fuente son los principios generales del Derecho, los cuales desde la visión del Tribunal Constitucional se entienden como una “pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte de núcleo central el sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico”;⁸ respecto de las posturas existentes sobre la aplicación de los principios ya se ha adelantado la postura asumida en este trabajo, y ya sea el principio uno contenido en la Constitución o uno de un sistema normativo especializado como el ámbito registral estos tienen la calidad de normas que merecen concreción práctica, de tal forma que por ejemplo la seguridad que debe otorgar el Estado por medio del órgano judicial se puede materializar cuando

⁷ https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp (Visitado el 04-09-2016 Hrs.21:37)

⁸ EXP. N.º 047-2004-AI/TC

constatando la realidad el Juez, ordena la inscripción de la medida cautelar aun cuando el titular registral es un tercero, esto es así por cuanto el principio de legitimación y tracto sucesivo que son de alcance registral deben integrarse con el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia, que también tiene su correlato en sede registral⁹, sobre este tema es importante un pronunciamiento del Tribunal Registral en el título 2009-25480, que dio mérito a Resolución : 807-2009-SUNARP-TR-L¹⁰, que aunque no desarrolla el tema de la congruencia de principios del sistema jurídico registral con el sistema constitucional, en función a principios contenidos en ambos, sistemas jurídicos, es importante el aporte para compatibilizarlos, más aun si también en sede registral se materializa el principio de veracidad, sobre todo cuando la información que se publicita, alcanza su correlato con la realidad. En este contexto no es la inscripción lo que debe facilitar la institución sino el despliegue de todos sus efectos de la Seguridad Jurídica como principio general que se materializa de forma focalizada en sede registral; para lo cual deben realizarse todas las implementaciones tecnológicas necesarias y propuestas de mejora normativa, y sobre todo capacitación al personal. El mismo Tribunal Constitucional ha establecido en (STC 4/1981, del 2 de febrero) y en la sentencia antes citada que “los principios jurídicos son normas jurídicas: en palabras del Tribunal Constitucional, “allí donde la oposición entre leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza

9 Recuerde el lector que en otro trabajo he postulado la tesis que la finalidad el procedimiento registral es “la certeza objetiva de las inscripciones que tienen como causa una titulación auténtica, de modo más abstracto podemos decir: - certeza de la verdad formal contenida en el título (Justicia)”.

10 https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp (Visitado el 05-09-2016 Hrs.20:14)

derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo” (BETEGON, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 205).

3.1.5. La quinta fuente jurídica válida es el contrato (autonomía de la voluntad), en nuestro país se admite de forma pacífica que la libertad contractual es principal fuente de los contratos atípicos, que son a los que mayor atención se debe prestar en el Registro, “la libertad de contratación tiene límites basados en el orden público-económico consagrado en la Constitución” (Guetierrez Camacho, 2009). El contrato como expresión de la autonomía de voluntad ha sido recogido por el legislador constitución de forma expresa en art. 2º inciso 14¹¹, el art.º 62¹², el artículo 28º inciso 3¹³, siendo que el T.C. ha señalado que “La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2.º, inciso 24, literal a de la Constitución (...) el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales (...)”¹⁴

11 Constitución Política de 1993.-

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

12 Constitución Política de 1993.-

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

13 Constitución Política de 1993

Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones

14 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamentos 16 y 17. Ver

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html> (Visitado el 01-09-2016 Hr. 22:10)

3.1.6. El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad se materializa como fuente de derecho amparado en los dispositivos constitucionales citados, y “No existe contrato fuera de un contexto legal, ausente de un ordenamiento jurídico” (Guetierrez Camacho, 2009). El Tribunal Registral ha emitido importantes pronunciamientos que se incardinan en este sentido, el contenido de la Resolución : 094-2005-SUNARP-TR-L de 18/2/2005¹⁵, en la cual se reconoce el carácter dispositivo de los artículos 117 y 131 de la ley general de sociedades, en referencia a Los porcentajes mínimos establecidos en los artículos 117 y 131 de la Ley General de Sociedades, que cautelan el derecho de las minorías y han sido establecidos es esos porcentajes, para evitar el abuso por parte de un número muy pequeño de los accionistas; lo cual no quiere decir que en el estatuto se establezcan porcentajes menores al mínimo, atendiendo a la naturaleza dispositiva de dichas normas y a la autonomía de la voluntad de los accionistas, el tema de fondo fue que aparentemente no se entendió que se garantizaba más el derecho de las minorías con las modificaciones adoptadas, un caso más o menos dramático ha sido el resuelto mediante Resolución N° 1716-2016-SUNARP-TR-L de 26/8/2016¹⁶ referida a una variación de la denominación de una persona jurídica, sintetiza su posición el Tribunal en el siguiente sentido: -“La modificación de una cláusula o artículo del estatuto de una asociación resulta inscribible por el solo hecho que se varía la redacción del texto anterior no pudiendo el Registro cuestionar los alcances o términos en que se efectúa dicha modificación, pues

15 https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp (Visitado el 04-09-2016. Hr.19:40)

16 https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp (Visitado el 04-09-2016. Hr. 19:41)

los asociados, en ejercicio de su autonomía privada, pueden modificar su estatuto en los términos que estimen conveniente siempre que ello no contravenga el orden público y las buenas costumbres”. También hay bastantes casos respecto a los límites a la autonomía de voluntad, como el referido en la Resolución N°: 1321-2016-SUNARP-TR-L de 30/6/2016, el tema principal abordado en este caso es el alcance de las facultades de la autorregulación de sus intereses de la manera que crean más conveniente, sin más limitaciones que la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres. En este sentido, para inscribir un estatuto de una asociación que establece la existencia de un órgano de mayor jerarquía que la asamblea general, esto debe estar previamente establecido en la Ley, para este caso el artículo 84¹⁷ del Código Civil, establece justamente lo contrario.

Estos aspectos dan pie para desarrollar en materia registral posturas respecto a la calificación del contrato, Galgano citado por Lorenzetti nos indica que “calificar un contrato consiste en determinar la naturaleza jurídica de una determinada relación jurídica a efectos de ubicarla dentro de las categorías existentes.” (Lorenzetti, 1999); en la Doctrina se han establecido dos reglas para la calificación, primero la referida a la determinación de las obligaciones, y la segunda regla orientada a identificar la finalidad del contrato, en sede registral hay que precisar que además se debe determinar la naturaleza inscribible del acto por su relevancia o trascendencia o por existir intercambio de titularidades, respecto de actos o hechos o contratos ya inscritos o inscribibles. Y,

17 Código Civil Peruano de 1984.-
Artículo 84.- La asamblea general es el órgano supremo de la asociación.

Una sexta fuente es La Doctrina, también es fuente de derecho regulada por la Constitución, la misma “alude al conjunto de estudios, análisis y críticas que los peritos realizan con carácter científico, docente, etc.” (EXP. N.º 047-2004-AI/TC), al decir del mismo Tribunal constitución “Dicha fuente se encuentra constituida por la teoría científica y filosófica que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización jurídica, constituyéndose en uno de los engranajes claves de las fuerzas directrices del ordenamiento estatal”¹⁸,

- 3.2. Identificación de textos normativos legislativos relacionados al caso, (rogatoria),
- 3.3. Atribución de significado al texto normativo. (interpretación),
- 3.4. Resolución de posibles conflictos entre normas (reales o aparentes),
- 3.5. Calificación jurídica de los hechos, actos o contratos. (implica el examen de validez del acto negocio o contrato),
- 3.6. Determinación de consecuencias jurídicas aplicables a los supuestos rogados para su incorporación al registro, de importancia principal para el mercado o grupos focalizados de inversión, asimismo establece pautas para adecuar las conductas de la comunidad jurídica.

Debe tenerse presente que reglamentariamente se ha establecido como obligación de carácter general que los pronunciamientos registrales de tachas y observaciones serán fundamentadas jurídicamente y se formularán por escrito en forma simultánea, bajo responsabilidad. Podrán formularse nuevas observaciones sólo si se fundan en defecto de los documentos presentados para subsanar la observación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33.¹⁹, es decir cuando se ha omitido la exigencia de un requisito expresamente indicado en un texto legal.

18 http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html#_ftnref70 (Visitado el 04-09-2016 Hrs.18:15)

19 Res. 126-2012-SUNARP. ART. 39

De igual forma debe tenerse presente que cualquiera de las fuentes jurídica indicadas en el ítem a que antecede son válidas y eficaces para la fundamentación en sede registral.

Las razones de la denegatoria también puede ser justificadas y/ explicadas dependiendo del caso, para ello debe tenerse presente criterios que atraviesan a la administración pública como los siguientes:

- a. Sencillez o simplicidad: que implica el uso de lenguaje apropiado y general,
- b. Claridad. Exigencia para hacer comprensible los pronunciamientos de la administración,
- c. Transparencia,
- d. Concreción: evitar excederse en retórica, y caer en redundancia, u oscuridad,
- e. Uso de formas verbales imperativa cuando corresponda la exigencia de algún requisito, o acto precio, por ejemplo “debe adjuntar.”, “debe cumplir..”, evitar el uso de formas verbales condicionales que pueden causar confusión, “debería.” “inscribiría”, etc.

La Inscripción a diferencia de los pronunciamientos denegatorios, se justifica y explica de varias formas, veamos:

- a. congruencia con los antecedentes registrales,
- b. hecho, acto, negocio o contrato registrable reconocido por el ordenamiento jurídico,
- c. acto negocio o contrato no contrario al ordenamiento jurídico o buenas costumbres,
- d. indicación en el asiento registral de la justificación para su extensión, como el caso de mandato reiterado de Sede Judicial (art. 4 TUO L.O.P.J.),
- e. relevancia económica o social y frente a terceros del hecho, acto, negocio o contrato.

Esto se realiza con la ayuda de directivas y reglamentos de cada uno de los registros.

Motivar, justificar, explicar, o fundamentar, que es lo más adecuado en sede registral,

Mi tesis:

No se debe facilitar las inscripciones sino facilitar el otorgamiento de seguridad jurídica por parte del Estado, para ello se requiere un esfuerzo mucho más articulado y un programa ambicioso de formalización de la economía y luego de las formas y procesos que usan los ciudadanos para participar en el mercado y sociedad.

Entonces no tiene sentido alguno que la finalidad del procedimiento registral sea la inscripción, esto es inadecuado incluso para la visión mecanicista y menos aún en una visión más adecuada del Procedimiento Registral.

Conclusiones:

1. El contenido de la calificación misma, dificulta que se sostenga en el tiempo este tipo de visión mecanicista del Derecho Registral,
2. la seguridad Jurídica Registral, es un principio no expreso en la normativa registral, pero que el mismo se justifica en el Principio más general de seguridad jurídico contenido en la Constitución,
3. la identificación de las fuentes jurídicas válidas es uno de los principales deberes de las instancias registrales,
4. las fuentes del Derecho Registral no son únicamente legislativas o reglamentarias,
5. los principios generales del Derecho, deben integrarse con los principios registrales, para que el sistema cumpla con sus

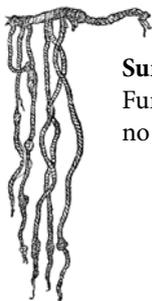
- garantías y el principio general de Justicia que también debe encontrar su materialización en sede registral,
6. la Inscripción a diferencia de los pronunciamientos denegatorios, se justifica y explica de varias formas, que involucran no sólo al asiento registral sino también a la partida registral, al ordenamiento jurídico y a las buenas costumbres, así como a criterios como relevancia.

Bibliografía

- BETEGON, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 205
- Calvo Garcia, M. (1994). *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del Derecho. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, 89 - 104.
- Comanducci, P. (2004). *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*. Mexico: Fontamara.
- Díez-PICAZO, L. (2011). *Ensayos Jurídicos TOMO I.- Teoría General*. Navarra: Aranzadi S.A.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. (B. G. Albentosa, Trad.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guettierrez Camacho, W. (2009). Los contratos atípicos. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado T.VIII* (pág. 998). Lima: Gaceta Jurídica.
- Lorenzetti, R. L. (1999). *Tratado de Los Contratos Tomo I*. Buenos Aires: RUBINZAL - CULZONI.
- Moreno Millan, F. (2002). *La Jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho*. Bogota: Leyer.

“EL ASIENTO REGISTRAL, FUNDAMENTO DE LA BUENA FE PÚBLICA REGISTRAL”

Jorge Luis Almenara Sandoval



Sumario: I. El Problema de la Buena Fe Pública Registral. II. Objeto y Función del Registro. III. Finalidad del Registro. IV. La Fe Pública Registral no puede emanar de los títulos archivados. V. Conclusiones y propuesta.

I. El problema de la buena fe pública registral

Desde que el Registro nace, lo hace como un medio de solución a los diferentes problemas que enfrenta el Derecho de Propiedad; desde su forma de adquisición, hasta las consecuencias que acarrea nuestro deficiente sistema jurídico y la forma de protección de tan importante derecho, por no decir el más importante reconocido por la legislación mundial.

Así que el Registro, en palabras del maestro Pau Pedrón, nace como una necesidad de publicidad de las situaciones jurídicas esenciales para el desenvolvimiento del tráfico jurídico y por ende

de la economía nacional y mundial, que no es más que sinónimo de desarrollo para una nación. Ya que el conocimiento de ciertas situaciones jurídicas es importante cuando se va a entablar negocios jurídicos de trascendencia; entonces, el Registro emerge como la “verdad oficial” para realizar contrataciones y negocios jurídicos con seguridad y justicia.

En general, nuestro sistema jurídico no garantiza lo anterior, y por el contrario ante la verdad que debe significar el Registro, vemos que se presenta el consensualismo frente al obligacionismo en la adquisición de la propiedad, que denota al Registro como una institución que brinda una “verdad relativa”, lo cual si bien es cierto, es necesaria, porque hace segura una transacción, frente a una “verdad suigeneris” que se desconoce ya que no se publicita y que resulta insegura de todo punto de vista.

Lo que el Registro brinda es la Seguridad con cierta justicia, ya que la justicia plena vendrá desde los mismos agentes (o presupuestos) en el negocio jurídico, así como de los abogados, registradores y jueces, que actúen y valoren la “buena fe” como principio básico de validez y eficacia de un negocio jurídico celebrado, en la medida que éste tiende a satisfacer necesidades personales, y consecuentemente propende al desarrollo económico de una sociedad donde su sistema jurídico plantee soluciones para los diversos conflictos; es decir, un sistema registral que tiende a mejorar siempre, hace que todo un sistema jurídico mejore con él.

En ese sentido se pretende analizar el nuevo texto del artículo 2014 del Código Civil, que se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque

después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

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

De lo subrayado (que es nuestro), dicha norma tal y como se encuentra, nos llevaría a concluir que lo que pretende el legislador es que toda calificación de un título que se presente para su incorporación al Registro requiera, por parte del Registrador y del Tribunal Registral, evaluar situaciones que no consten en el Registro pero que podrían constar en los títulos archivados, dicha evaluación implicaría, un retroceso de nuestro sistema registral y un fuerte tambaleo en la concepción de los principios registrales.

Cada nuevo acto jurídico que requiera incorporarse al Registro, implicaría para las instancias registrales volver a calificar los títulos que dieron mérito a cada una de las anteriores inscripciones que constan de una partida registral. Desde ya planteamos que ello no condice con la oponibilidad ni con la publicidad, ni con la legitimación, que son también principios del sistema registral, que privilegian el contenido de los asientos registrales por sobre el título archivado.

Más aún, quien quiera celebrar un acto jurídico de trascendencia, deberá no sólo conocer la situación jurídica publicitada en el asiento registral (legitimación) sino tendrá que hacer un estudio a los títulos anteriores que dieron mérito a las inscripciones sobre el bien o derecho que es materia del contrato; elevación de costos y tiempo, que eran aspectos contra los cuales se organizó el Estado y nació el Registro.

Esto nos lleva a interrogarnos, como ya lo dijéramos, si: ¿una situación que obra en un título archivado pero no en la partida

registral resulta oponible frente a terceros?, o, lo que es lo mismo, si ¿la publicidad registral emana sólo de las partidas registrales o también de los títulos archivados?, así, ¿necesita conocer el que contrata sobre lo publicitado por el Registro?.

Entonces, mediante el presente trabajo, se pretende establecer algunas pautas para establecer una interpretación adecuada al nuevo texto del artículo 2014 del Código Civil, o en su caso, plantear un texto normativo adecuado para el pendiente Reglamento de la Ley N° 30313 que modificó el referido artículo.

II. Objeto y función del registro

En el plano de la adquisición de la propiedad, es ineludible el conocimiento de la situación jurídica de lo que se va a adquirir y de quién, es allí donde radica el fundamento, o llámese el objeto de los Registros Públicos.

A manera de mejor explicar, el maestro español Pau Pedrón nos señala:

“Para entablar cualquier relación jurídica se requiere el máximo de certeza sobre sus presupuestos: si se va a comprar, que el vendedor es dueño, que las cargas que pesan sobre la cosa son las que manifiesta el vendedor; si se va a contratar con una sociedad, que ésta tiene un determinado capital, y que la persona que actúa en nombre de ella tiene facultades de representación; si se va a aceptar una herencia, que el nombramiento se ha hecho en un testamento no revocado; incluso, que si se va a contraer matrimonio, la otra persona tiene capacidad para ello. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Para adquirir esa certidumbre, los particulares pueden emprender averiguaciones –que en algunos casos serán largas, trabajosas y costosas-. Pero el Estado, para satisfacer esa necesidad de

certidumbre, organiza la publicidad. A través de la publicidad se hacen innecesarias las averiguaciones. El Estado hace público esos datos cuyo conocimiento se requiere para entablar las más diversas relaciones jurídicas.”¹

De allí, fácilmente apreciamos que el fundamento u objeto del Registro es la Publicidad; así, se dice que el Registro se construye sobre la base de una idea-fuerza muy concreta “la publicidad existe para tutelar el interés a la notoriedad de ciertos hechos jurídicos”, es decir, que el sistema jurídico reconoce que hay un interés general en que determinados hechos sean conocibles por cualquiera. De tal modo que, el Estado busca satisfacer la necesidad de información a través de la publicidad de datos relevantes.

Por otro lado, la no existencia del Registro, es decir sin la publicidad como verdad oficial, no se podría impedir transferencias o cargas ocultas que afecten a terceros adquirentes, lo cual paralizaría el comercio y la circulación de la riqueza. Es así que existen naciones sin un adecuado sistema registral que sufren de estas situaciones.

Por lo anterior, es importante mencionar que la Exposición de Motivos de la Primer Ley Hipotecaria Española (1861), señala de manera didáctica sobre las deficiencias del sistema inmobiliario anterior al Registro, así expresa lo siguiente: **“(esas legislaciones) están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales”.**

1 PAU PEDRON, ANTONIO. Curso de Práctica Registral. Lectura No. 1 La Publicidad y Los Registros. UPCO, Madrid, 1995. Pág 17.

Nuestro sistema registral peruano ha evolucionado rápidamente, ha existido compromiso por parte del Estado en dar políticas que han contribuido al fortalecimiento institucional desde sus bases, con la creación de la Superintendencia Nacional y el Sistema Nacional de los Registros Públicos, hasta las nuevas políticas de fortalecimiento del sistema registral y la seguridad jurídica, que buscan afianzar la confianza de los ciudadanos hacia la institución con las propuestas de cambios normativos para hacer más seguro nuestro sistema jurídico en general.

Así, todos esos esfuerzos tienen que reflejarse en una adecuada publicidad, labor registral, que tiene su última presentación en el ASIEN TO REGISTRAL; en ese sentido debemos tener en claro lo siguiente:

“... de poco valdría esa organización estatal de la publicidad si los datos que ofrece no tienen garantía de autenticidad, y no puede depositarse en ellos la plena confianza de los interesados. De ahí que la publicidad exija, de un lado, *control*, y de otro, *selección*. Antes de ofrecerse a los particulares, los datos han de someterse a un control sobre su realidad y su legalidad. También han de ser seleccionados, tamizados; sólo los actos que afecten a terceros han de ser publicados; los demás, o no interesan, o no deben ser publicados (el interés por el secreto debe prevalecer en algunos casos sobre el interés por la publicidad); además, la reducción de los datos incrementa el interés de la publicidad: la hace más fácilmente comprensible, y por tanto más eficaz.

El objeto de la publicidad son *situaciones jurídicas*. Aunque, en general, se inscriben actos, lo que se publican son situaciones: se inscribe una compraventa, pero se publicita la propiedad del comprador; se inscribe el nombramiento de administrador, pero se publican sus facultades representativas; se inscribe un aumento o reducción de capital, pero se publica la cifra del

capital que en cada momento tiene la sociedad; se inscribe una sentencia de incapacitación, pero se publica una situación de incapacidad. Lo que interesa a los terceros no es el acto en sí mismo; les interesa si ha producido efectos y si estos efectos perduran. El paso del acto a la situación –que es el mismo paso del documento a la inscripción- exige una previa determinación oficial de la efectiva producción de la situación jurídica. Esa determinación implica, por una parte, el control de legalidad del acto, por otra parte, la adecuación del acto que se inscribe a la situación anteriormente publicada.”²

Podemos señalar desde ya, que la función del Registro es otorgar Publicidad para facilitar el conocimiento de las situaciones jurídicas y la finalidad del Registro es otorgar seguridad jurídica (con justicia) al tráfico jurídico, y para lograr ese fin se busca la máxima transparencia y certeza sobre determinadas situaciones jurídicas.

Entonces la labor del Registrador se torna importante, necesaria y trascendental, porque es el funcionario quien califica, aplicando el principio de legalidad, y da conocimiento de determinada situación jurídica que importa a la colectividad y al Estado, de hacer eficaces esos actos jurídicos para echar en marcha el tráfico jurídico y el desarrollo de la nación.

Además que “Nuestro sistema jurídico busca que los actos jurídicos y contratos sean eficaces, a fin de los particulares puedan satisfacer sus más variadas y distintas necesidades de orden social y personal, en la medida que se trate de intereses privados considerados socialmente dignos y legítimos, y por ello mismo merecedores de tutela legal”³

2 PAU PEDRON, ANTONIO. Curso de Práctica Registral. Lectura No. 1 La Publicidad y Los Registros. UPCO, Madrid, 1995. Pág 17 y 18.

3 TABOADA CÓRDOVA, LIZARDO. Nulidad del Acto Jurídico. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2002. Pág 26.

En principio: “Si todo hecho jurídico se apoya en una situación jurídica inicial, ello quiere decir que la eficacia *transmisiva* (no otro tipo de eficacia) del negocio jurídico depende de que éste haya sido realizado por el sujeto de la situación jurídica inicial”⁴.

Entonces es necesario el conocimiento de dicha situación jurídica inicial, la cual se obtiene a través de la publicidad, como lo vimos anteriormente en forma amplia, y a partir de ello, sabremos que el negocio jurídico que vamos a celebrar va a surtir los efectos que verdaderamente necesitamos y queremos que surtan. El tercero no precisa conocer cómo se celebró el acto jurídico o actos jurídicos anteriores, o las circunstancias del mismo, ya que ello implicaría la paralización (total o temporal) de toda la actividad económica de la ciudadanía y del Estado, hasta que se termine con todas las averiguaciones posibles más allá del asiento registral. ¿Ello no implicaría desconocer la “verdad oficial” que buscó el Estado a través del Registro?.

El núcleo de la publicidad es constituir una proclamación de verdad relativa de las distintas situaciones jurídicas. Como dice el profesor italiano Rosario Nicoló, la publicidad es “*il preventivo accertamento ufficiale della situazione giuridica*” (la constatación oficial preventiva de la situación jurídica). Puede decirse que la publicidad es el acto de incorporación de los derechos en un libro o título formal: el Registro. Por tanto, las ventajas de la publicidad son las mismas que las propias de cualquier otro formalismo, esto es, la certeza seguridad de los derechos, la limitación de los conflictos y la movilidad del tráfico mercantil... Se puede afirmar, por tanto, que **el fundamento de la publicidad se encuentra en dar pública cognoscibilidad de determinados hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica, de tal manera que cualquier interesado**

⁴ GONZALES BARRON, GUNTHER. Introducción al Derecho Registral y Notarial. Jurista Editores. Segunda Edición, Lima, 2008. Pág 24.

pueda conocer esta información; y asimismo la publicidad sirve para resolver conflictos, con lo cual se tutelan derechos y se aseguran adquisiciones. En suma, hay un interés general en que determinadas situaciones sean cognoscibles por cualquiera, por eso la ley organiza y regula la publicidad.⁵

La información que proporciona el Registro, es sobre la que el tercero contrata, es decir, éste actúa confiando en dicha información ya que sabe que una vez inscrito su derecho no le afectará cualquier modificación que sufra el título de su transferente. Como podemos advertir, en principio, lo que le interesa al tercero para poder contratar es conocer la situación jurídica de “con quien está contratando sea el que aparece del registro”, así la publicidad que brinda el Registro se circunscribe al Asiento Registral, que hace bajos los costos de transacción e innecesarias las demás averiguaciones sobre dicha situación, de manera que se fomenta el tráfico jurídico.

III. Finalidad del registro

De una y otra forma ya venimos definiendo cuál es la Finalidad del Registro, la Seguridad Jurídica, cabe detenernos un poco y preguntarnos, si ella está representada por la Justicia y Seguridad en el Tráfico Jurídico?, o de qué otra forma?.

El Dr. Alvaro Delgado Scheelje, resaltando la importancia de la Declaración de Lima del 24 de mayo del año 2007 para el Sistema Registral Iberoamericano, en su calidad de Superintendente Adjunto de los Registros Públicos del Perú, y representante del Perú en el Comité Latinoamericano de Consulta Registral, señaló la importancia de contar con un **Registro seguro, pero al mismo tiempo ágil y eficaz**, manifestando lo siguiente:

5 GONZALES BARRON, GUNTHER. Introducción al Derecho Registral y Notarial. Jurista Editores. Segunda Edición, Lima, 2008. Pág 24 25.

“El Registro, en tanto ‘dinamizador del tráfico jurídico, debe otorgar la máxima protección a los titulares registrales y a los terceros’, para lo cual dicha protección debe ‘comportar la necesaria declaración de que los derechos inscritos constituyen la verdad oficial de las titularidades publicadas y que lo no inscrito no afecta a los terceros’...”

“Esta primera declaración es fundamental (Declaración de Lima), que leída e interpretada de manera extensiva, alude tanto a los sistemas que garantizan únicamente la oponibilidad del derecho inscrito frente al no inscrito (lo que de por sí ya justifica plenamente la existencia del Registro), como a aquellos que van más allá, protegiendo también al titular y tercero de las ineficacias intrínsecas o estructurales de la cadena causal previa a su adquisición y, en general, de cualquier inexactitud del Registro si la adquisición se amparó en lo que publicaba éste”.⁶

En primer lugar, tengamos en claro que el Registro es un instituto que está destinado a otorgar seguridad jurídica a los derechos (su finalidad), ya sea para defender la adquisición realizada, ya sea para consolidar las transmisiones por realizarse. Conocida como seguridad estática la primera, y seguridad dinámica la segunda.

La Seguridad Estática (o “seguridad de los derechos” o justicia), se refiere a que ningún titular de un derecho puede ser privado de él sin su previo asentimiento. La Seguridad Dinámica (o “seguridad del tráfico” o seguridad propiamente dicha), se refiere a que el adquirente de un derecho no puede ser privado de él o ver ineficaz su adquisición por virtud de una causa que no conoció o que no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo.⁷

6 DELGADO SCHEELJE, ALVARO. Congreso Internacional de Derecho Registral “Lineamientos, Sistemas de Garantía y Modelos de Gestión en el Moderno Derecho Registral”, Lima 22, 23 y 24 de mayo de 2007.

7 DELGADO SCHEELJE, ALVARO. Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Revista Ius et veritas 18, pág. 255.

Podríamos a partir de ello, ver que se presenta, como nos advierte el Dr. Gunther Gonzales Barrón, una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho, y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición, aun en contra de la voluntad del propietario. Aquí entran en juego las disputas filosóficas: para unos debe primar la justicia representada por el “interés del propietario” de no ser despojado sin su consentimiento; para otros debe primar la **seguridad Jurídica** representada por el “interés del tercero” de ver consumada su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, aunque el transmitente no hubiera sido verdadero propietario⁸: Con ello, no se pretende deslindar cuál merece mayor protección, o si se debe privilegiar la protección del propietario inscrito, de ser así el Registro perdería su razón de ser, la cual es dar publicidad de los actos con efectos erga omnes.

Existen varias soluciones razonables a un mismo problema, debe reconocerse que dentro de esas soluciones unas se inclinan por la justicia y otras por la justicia formal (seguridad), pero que en algunos casos por sólo interesarse en la estabilidad y certeza de las situaciones, entonces la salida puede llegar a ser injusta. Por tanto, no es correcto decir que la seguridad jurídica siempre se identifica con la justicia, como dice Pérez Luño, sino más bien que la seguridad es una justicia de menor entidad, que se encuentra en otro plano valorativo, y que incluso puede devenir en injusticia cuando sólo se privilegia el orden. Este mismo debate atraviesa todo el Derecho y se encuentra presente en una serie de instituciones jurídicas.⁹

8 GONZALES BARRON, GUNTHER. Introducción al Derecho Registral y Notarial. Jurista Editores. Segunda Edición, Lima, 2008. Pág 27.

9 GONZALES BARRON, GUNTHER. Introducción al Derecho Registral y Notarial. Jurista Editores. Segunda Edición, Lima, 2008. Pág 29 y 30.

IV. La fe pública registral no puede emanar de los títulos archivados

Con todo lo antes descrito afirmamos con certeza que la información registral (que genera la denominada buena fe objetiva) deriva de la publicidad de los asientos de inscripción y no de los títulos archivados. Esta posición resulta de efectuar un análisis funcional de la publicidad registral y del valor de los asientos como mecanismo de certeza y seguridad.

En efecto, como afirma Pau Pedrón¹⁰, la actividad estatal de organizar en un Registro la información necesaria para otorgar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas de los privados e incentivar el tráfico económico supone una **labor de control** de la existencia y legalidad de los actos y contratos, y la **selección** de aquellos que resulten relevantes jurídica o económicamente. Esta tarea se la confía al Registrador, quien se constituye en el filtro necesario y último para determinar lo que debe inscribirse y publicitarse, es decir, lo que será oponible o inoponible. No se pretende que sean los destinatarios de la publicidad registral quienes determinen qué y cómo debe publicitarse; ellos sólo determinarán cuando hacerlo.

Los que celebran los actos jurídicos a fin de satisfacer sus necesidades, los privados, al contratar, no deberán hacer un reexamen de la inscripción (y evidentemente del título correspondiente), pues implicaría realizar la misma tarea que el Estado ya realizó a través del Registrador, reduciéndose sensiblemente el valor de las inscripciones como mecanismo de publicidad y de oponibilidad¹¹.

10 PAU PEDRON, ANTONIO. Curso de Práctica Registral. Lectura No. 1 La Publicidad y Los Registros. UPCO, Madrid, 1995. Pág 17 y 18.

11 **Código Civil: Artículo 2022.-** Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos
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..

Obviamente, si las inscripciones no tienen toda la eficacia necesaria, ninguna persona querrá o podrá contratar con seguridad al amparo de lo publicado por ellas, lo que desalentaría el uso del Registro como mecanismo de oponibilidad, y por lo tanto de seguridad del tráfico de bienes y servicios.

Por todo ello, concluimos que la publicidad registral se limita a los asientos, posición que resulta corroborada por los artículos 2012¹² y 2013¹³ del Código Civil. Por tanto, el fundamento de la publicidad, como objeto del Registro, y del principio de legitimación, lo constituyen los asientos registrales; como también lo es del Principio de la Buena Fe Pública Registral.

El Reglamento General de los Registros Públicos también contiene una serie de prescripciones que ratifican que los efectos de la publicidad registral (legitimación, fe pública registral y oponibilidad) derivan de los asientos registrales. Así, los artículos I, VII y VIII del Título Preliminar establecen que la publicidad registral emana de los asientos y partidas registrales. En cuanto a la calificación registral, el artículo 32.a) de este Reglamento establece que este examen se efectúa confrontando el título con los asientos de inscripción y, sólo complementariamente con el título archivado y sin deslegitimar el contenido de las inscripciones. Esto implica que el título archivado sólo puede ser utilizado para favorecer la inscripción, mas no para denegarla. Entonces, el título archivado sólo puede ser útil en ciertas situaciones, registralmente hablando para favorecer el tráfico económico, o en situaciones extremas de nulidad o inexistencia.

12 **Código Civil: Artículo 2012.-** Principio de publicidad

Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

13 **Código Civil: Artículo 2013.-** Principio de legitimación

El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme. El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.

La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.

Ahora bien, la última parte consignada en el primer párrafo del artículo 2014 del Código Civil, debe ser entendida, a nuestro modesto parecer, como una excepción; ya que es un aspecto valorativo que va más allá de la atribución del tercero que contrata sobre la publicidad que ha brindado el Registro; dejándolo el análisis órganos o instancias correspondientes, y cuando corresponda a las instancias jurisdiccionales.

V. Conclusiones y propuesta

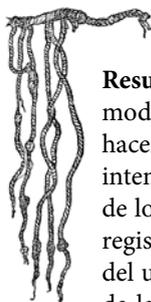
- 1) Teniendo en cuenta que el Registro, por su función calificadora, nace con el fin de evitar interpretaciones que hagan onerosa la contratación, la plena vigencia del principio de fe pública registral es vital para el funcionamiento apropiado del mismo Registro y por ende para el tráfico económico.
- 2) Las circunstancias que no hayan quedado representadas en la inscripción cuando el adquirente a título oneroso inscribió su derecho, o se incorporen con posterioridad a dicha inscripción, no perjudican a dicho adquirente por constituirse en tercero registral.
- 3) Un apropiado sistema jurídico registral alienta las transacciones comerciales, la importancia de los registros públicos es que permite saber cuál es la situación jurídica de los derechos inscritos.
- 4) No es competencia del Registro sino del Poder Judicial, evaluar si no se configuran los requisitos del artículo 2014 del Código Civil que protegen al tercero registral, y por lo tanto, no podrá disponerse la inscripción de un título incompatible con uno registrado bajo el argumento que el titular del derecho registrado no reúne los requisitos para ser amparado como tercero registral.

- 5) Los efectos materiales del registro (legitimación, fe pública registral y oponibilidad) se obtienen a partir de la información que obra en las partidas registrales y no en los títulos archivados.
- 6) El Reglamento de la Ley N° 30313, debe limitar el alcance de “los títulos archivados que lo sustentan”, contenido en el artículo 2014 del C.C. en el sentido que está referido a la excepcionalidad, cuya valoración no la tiene el tercero que contrata sobre lo que publicita el Registro; ya que el Principio de la Buena Fe Pública Registral sólo se fundamenta en el asiento registral y no en el título archivado.

Por el análisis efectuado proponemos la eliminación de la última parte consignada en el primer párrafo del artículo 2014 del Código Civil, ya referida, por atentar contra la razón misma del Registro.

SEGURIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD FRENTE A LA INSCRIPCION DE UN TITULO FRAUDULENTO

Irving Sanabria Rojas



Resumen: Teniendo como punto de partida el contexto normativa que modifica los artículos 2013 y 2014 del código civil, en la presente ponencia hacemos una aproximación al concepto de seguridad jurídica formal, intentando una idea preliminar del mismo a fin de justificar una revisión de los conceptos positivistas de nuestro sistema jurídico, del procedimiento registral en específico y sus problemas coyunturales así como la necesidad del uso de criterios constitucionales, para finalizar con una reflexión acerca de la responsabilidad frente a la fractura de la certeza del registro y como materializar su reparación legitimando la actuación estatal en un Estado Constitucional de Derecho

Palabras: Seguridad jurídica, apariencia del derecho, estado constitucional de derecho, sistema registral, responsabilidad.

Hace poco se ha promulgado la Ley N°30313¹, que permite la cancelación de un asiento registral fraudulento por el mismo registro. Es una medida audaz aunque polémica, porque entra en contradicción con la esencia del sistema registral peruano causal, no constitutivo ni convalidante, sujeto a fuertes pilares normativos que

1 Ley 30313 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26/03/2015.

denominamos principios registrales, como el de legitimación y buena fe que garantizan su eficacia, principios que han sufrido cierta relativización en la nueva norma.

La finalidad es plausible, qué duda cabe, resguardar la seguridad jurídica que brinda el registro, aunque para comenzar, habría que definir en cuál de sus innumerables situaciones de seguridad jurídica nos toca transitar: como certeza, estabilidad del derecho, legalidad, publicidad del derecho, jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad, control de la decisión jurídica, garantías procedimentales, respeto de los derechos adquiridos, plenitud del derecho, ausencia de contradicción, sistematización de las normas,² entre otras acepciones que podríamos utilizar.

Y es que la idea de la seguridad jurídica es en apariencia sencilla, la usamos a diario y al parecer tenemos la convicción de su contenido de manera intuitiva, sin embargo, llegar al punto de su definición es una tarea inacabada. Como todo en el derecho, depende del punto de vista iusfilosófico desde donde se le aprecie, desde una visión de valores morales iusnaturalistas que la defienden como consustancial al hombre, como ciencia metódica iuspositivistas señalando su carácter eminente normativo, inclusive hay quienes la niegan de algún modo (escuelas del derecho libre, realismo norteamericano, comunistas, por ejemplo) o desde las posiciones argumentativas principialistas del neoconstitucionalismo³ que amalgaman fuerza normativa con finalidad y valores, por lo que hay que tomarnos con calma su definición y sobre todo los aspectos jurídicos que involucra.

Es toda una tesis a desarrollar, sin embargo para nuestro propósito, asumamos *prima facie*, aunque con reparos, la idea de seguridad jurídica del registro como la idea de certeza, de confianza en la defensa de la

2 ARCOS RAMIREZ, Federico: "La seguridad Jurídica Una Teoría Formal". Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson S.L. Madrid. 2000. Pág. 7.

3 FERRAJOLI, Luigi: "constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista" En: DOXA 34 cuadernos de filosofía del derecho. Visto el 08/05/2015: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

apariencia jurídica que otorga el registro y sobre todo, en la convicción de la existencia de un sistema jurídico formal y material que se encuentra no solo para determinar nuestros derechos confiados, sino para reparar la posibilidad de su afectación.

Por supuesto que eso de la apariencia jurídica es lo que define la existencia de certeza de la seguridad que otorga el registro respecto de una situación o relación jurídica inscrita, aunque como todo en el derecho, son categorías puramente subjetivas, por lo que para que tengan validez es necesario su connotación y finalidad prácticas, es decir, que pueda substanciarse en la realidad.

En la medida de que el derecho es solo abstracción, que producen situaciones hipotéticas, que luego deben materializarse, es ingenuo pensar que una norma, por más vocación de previsión y perfección que tenga, pueda solucionar situaciones que más tienen que ver con aspectos sociológicos, culturales o económicos. No significa que sea malo buscar la perfección normativa, solo que el problema no es de buenas o malas normas, sino uno más complejo que involucran decisiones políticas trascendentales y del Estado de Derecho que se quiere tener. Recordemos que no hace mucho se dio una norma que multaba a los peatones imprudentes y no por ello ha bajado la imprudencia, sino todo lo contrario; podríamos seguir mencionando casos donde la norma no es la solución. Y el tema ha llegado al extremo de crearse comisiones legislativas para establecer qué normas están derogadas y cuáles vigentes. Hace dos siglos F.C.V. Savigny estaba en contra de la codificación en Alemania y así lo hizo saber en un magnífico opúsculo⁴, su posición no estaba en contra del código francés que querían imitar los codificadores alemanes, sino que consideraba que la realidad de su tiempo, el estado en formación, no estaba preparada para ese paso trascendente. El creador del método histórico sistemático señalaba que a través de la experiencia

4 SAVIGNY, Friedrich Carl Von: "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho" traducción de Adolfo Posada. Editorial Comares S.I. Granada-España. 2009

histórica, la creación de normas transitaban por de tres estadios: como derecho del pueblo, que era la aspiración normativa práctica de una sociedad que convertía en norma usos y costumbres; como derecho científico, que son las elaboradas por connotados juristas profesionales sobre bases históricas y aspiraciones de su tiempo; y, como derecho legislativo, que son el fruto de gobiernos decadentes que legislan de espaldas a la realidad, cuyas normas son oportunistas, de cariz político o simples ilusiones por no poder concretarse fácticamente. Es innegable saber dónde ubicaría a nuestro sistema legal el jurista alemán.

En contraposición, se encuentran las legislaciones del *common law*, su desarrollo legislativo no es el sustento de la eficacia de su sistema normativo, sino la eficiencia de quienes lo aplican. Desarrollado a partir de la desconfianza hacia el parlamento, se afirma en el talento de sus jueces y funcionarios para lograr en mayor medida la aspiración de toda sociedad, el haber sacrificado parte de su libertad en favor del poder estatal con la satisfacción de tener plena certeza y la confianza del cumplimiento del deber encomendado.

Solo baste recordar que la única constitución norteamericana vigente es de 1787, sustentada en el pensamiento madisoniano⁵ de protección del pueblo respecto a la arbitrariedad de sus propios gobernantes; y que trajo consigo una cultura jurídica basada en la jurisprudencia, de la noción de constitución como fuente final de derecho, con concepciones teóricas dogmáticas que produce en los funcionarios y jueces la defensa de la comprensión original y sentido justo de las normas, la idea del derecho como integridad basada en una lectura moral de los principios y el pragmatismo jurídico al servicio del ciudadano.

5 James Madison, uno de los Padres Fundadores de los Estados Unidos por su contribución a la redacción de su Constitución, señalaba que independientemente de la veneración que pueda ser profesada al conjunto de hombres que redactaron la constitución, su juicio no puede nunca ser considerado como la guía oracular en su interpretación. Tal y como fue gestado por ellos, no era más que un borrador o plan, nada sino letra muerta, hasta que le fue insuflado vida y validez por la voz del pueblo, a través de las distintas convenciones Estatales. Cita resumida extraída de la tesis "La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía del Derecho" Pág. 91. Presentada por Pablo de Lora Del Toro para la obtención del grado de Doctor en Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, septiembre de 1997, visto el 08/05/2015 en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4406>.

Por nuestra parte, vamos por doce constituciones y con un permanente debate para cambiar la actual carta fundamental. Situación que dibuja el paisaje de toda nuestra república, que el profesor sanmarquino Raúl Chanamé Orbe ha venido en llamar “república inconclusa”⁶, no sin razón, si se tiene en cuenta que toda nuestra historia republicana signada en mayor plazo por autoritarismos y anarquías, aún transita en la búsqueda de la norma perfecta, la piedra filosofal del arte normativo, sin detenerse a pensar que el problema es de quienes aplican los parámetros normativos sin ninguna consideración ni respecto por el papel encomendado dentro del sistema establecido.

Y así las cosas, cabría entonces preguntarnos: ¿La seguridad jurídica del registro se garantiza normativamente? La respuesta por nuestra parte es obvia, pensamos que no. El marco normativo constitucional está presente, que se modifiquen normas una y otra vez agregando o quitando consideraciones resulta un trabajo tan laborioso como fútil. El arduo trabajo de construir universos hipotéticos, claro que sustentados en los riesgos que siempre han existido, los debates interminables, las contraposiciones, de seguro conducen a la elaboración de proyectos y la promulgación de más normas, como es el caso de la Ley 30313, pero el problema estará presente y continuará a pesar de las futuras enmiendas que se sucedan.

Al ser nuestro modelo registral declarativo; opción legislativa adoptada por nuestros codificadores que supone la libertad de los contratantes de escoger la forma de formalizar o no sus transacciones que en teoría producen menores costos de transacción y un tráfico jurídico de bienes más dinámico; también constituye una situación atractiva para quienes viven al margen del respeto de los preceptos morales y de convivencia pacífica, que querrán aprovecharse del sistema de manera fraudulenta. Dicha situación no es una situación no calculada, por el contrario es el riesgo que el Estado ha asumido al haber diseñado un sistema de

6 CHANAME ORBE, Raúl: “La república inconclusa. Un ensayo sobre la república, la constitución y la democracia”. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima-Perú. 2012.

transferencias como el nuestro, consensual y de registro facultativo. Por lo que, el riesgo de su fractura siempre estará presente, cada vez más elaborado y tecnificado, como sucedió hace muy poco con el uso fraudulento de la figura del arbitraje, donde no se necesitaba suplantar o falsificar documento alguno, sino hábiles construcciones legales para cometer actos deleznable y apropiarse de bienes registrados. A pesar del esfuerzo de los registradores de impedir esas inscripciones, la interpretación a favor de la inscripción que realiza el Tribunal Registral dieron la medida para esos despropósitos.

Por lo que considero que debemos cambiar la pregunta a fin de dotarle de materialidad, en estos términos ¿Quién es responsable de la Seguridad Jurídica que otorga el registro? Entonces creo que hay que ensayar una respuesta convincente, que merezca por lo menos una reflexión.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el monopolio de la función registral se encuentra en manos de una entidad estatal que son los registros públicos, quienes definen de manera unilateral su marco reglamentario, sus tasas, su estructura orgánica, su régimen laboral y económico, sus procedimientos y sus responsabilidades. Dicha situación no es mala de por sí, aunque podría ser perfectible, porque al estar constituido como organismo estatal se sujeta a los vaivenes de la política del gobierno, en todo caso debería existir un régimen de meritocracia por lo menos en los cuadros directivos de línea, que son los que gestionan y mejoran la calidad del sistema registral, cargos que deben asignarse a especialistas en gestión. La premisa consiste en ubicar a los mejores profesionales como gestores, que aporten y beneficien al sistema registral y en consecuencia a toda la comunidad.

En segundo lugar, la función per se, la razón de ser del registro se encuentra encargado a los registradores públicos, funcionarios públicos que sí acceden por concurso público, y tienen la labor de calificar las solicitudes de inscripción, aunque en el actual estado de la cuestión, lo de calificar debiéramos entenderlo por verificar la procedencia del título

presentado y su confrontación con los antecedentes, la inmensa carga laboral a convertido al registrador en un verdadero operario sujeto a una producción cuantitativa diaria, quien debe realizar el estudio de las solicitudes de inscripción (verificación, inscripción, observación o tacha) de una cuantiosa cantidad de títulos en el menor tiempo posible. Hay calificaciones que tiene que realizarse dentro de las 24 horas, con lo cual la labor de calificación se traduce en una rutina intolerable y estresante. En igual situación se encuentran los asistentes registrales.

Exigir al registrador, en este contexto, una fundamentación motivada a su calificación es difícil de cumplir, con lo cual la calificación se convierte muchas veces en arbitraria, contrario al concepto de seguridad jurídica, agravado con la posibilidad de ser sorprendidos por un documento fraudulento. Téngase en cuenta que los mecanismos de seguridad se dan en gran medida para controlar la autenticidad de los documentos públicos, tarea encomiable pero frustrante aun en el actual contexto; sin embargo, nadie controla la profusa cantidad de documentos privados fraudulentos que también sustentan inscripciones.

Hay una tarea pendiente e impostergable de revisar el esquema del procedimiento registral, no de normas, sino de estrategias de calificación, sobre todo de dotar de herramientas de confianza al registrador dentro de una realidad que todos conocemos. Es absurdo que ante la existencia de un documento fraudulento inscrito, todas las suspicacias sean en contra del registrador, quien además de asumir su solitaria defensa ante las posibles denuncias y afrontarlo con sus propios recursos⁷, finalmente es pasible de procedimientos sancionadores por la misma institución que debería respaldarlo, situación irrazonable por decir lo menos.

Sin embargo, los verdaderos causantes de estos hechos, quienes sacan provecho de esta situación hostil para el registrador y su labor calificadora,

⁷ Un ejemplo es la Resolución N°010-2015-SUNARP/SN de fecha 21/1/2015 que resuelve que no es posible otorgar comisión de servicios a un registrador público para concurrir a citaciones judiciales en otra provincia, a pesar de que el proceso se deriva directamente de su actuación registral y en calidad de agraviado. Ver en: www.sunarp.gob.pe

se mantienen en la mayoría de casos en la impunidad absoluta. Todas estas son razones suficientes para que el talento captado en los concursos públicos en la primera oportunidad busquen otras alternativas de desarrollo profesional, basta verificar la gran cantidad de notarios que han sido registradores públicos. Hay toda una tarea pendiente en este aspecto, situación que estamos convencidos se logra con una buena gestión del registro tendiente a revalorar la labor del registrador público.

En tercer lugar, está el Tribunal Registral, segunda instancia del sistema registral, que también forma parte del sistema registral, quienes dispones de 60 días para emitir sus pronunciamientos de calificación en segunda instancia, por lo que sus decisiones deben estar debidamente fundamentadas y motivadas.

En este punto, debe hacerse un paralelo entre la labor del registrador y el tribunal registral, evidentemente, las prerrogativas del segundo son enormes en comparación del primero, por el simple hecho de los plazos de calificación. Sin embargo, hay una situación que hay que poner en claro, si bien es cierto que el tribunal registral tiene la responsabilidad de revisar la calificación del registrador y emitir precedentes de observancia obligatoria, también es cierto que existe una transgresión a la autonomía de la calificación que realiza el registrador cuando emite decisiones o aprueba precedentes donde señala que el registrador no puede cuestionar actuaciones notariales o de otros funcionarios administrativos que desarrollan funciones de fe pública o procedimientos que reconocen o declaran derechos⁸, bajo el argumento de que realizan funciones de responsabilidad exclusiva. Debemos recordar que el registrador tiene igual o mayor responsabilidad en la inscripción de un título. Dicha situación no obedece a la garantía de la seguridad jurídica que brinda el registro en su connotación de estabilidad del derecho y legalidad

⁸ Como sucede con el precedente aprobado en el LXXXIV PLENO, sobre prescripción adquisitiva notarial de bienes de dominio privado del estado: "No corresponde a las instancias registrales, por ser de exclusiva responsabilidad del notario, evaluar la aplicación o inaplicación de la Ley 29618 hecha por el citado profesional dentro de un procedimiento no contencioso de prescripción adquisitiva de propiedad".

normativa, el registrador no puede quedar imposibilitado de cuestionar procedimientos donde existan notorias situaciones de ilegalidad, de eso se trata su función calificadora, es una situación que debemos rechazar de plano, dicha restricción se encuentra reservada solo para los títulos de procedencia judicial.

Por lo dicho, en el contexto del sistema registral peruano; como monopolio de una entidad estatal, cuya operatividad en cuanto al acceso de derechos registrables se encuentra a cargo del registrador público, pudiendo ser revisado por el tribunal registral, ambos representantes del órgano estatal; es evidente que el responsable de la seguridad jurídica que brindan los efectos de la publicidad, legitimidad y buena fe de los derechos inscritos es el propio Estado -materializado en sus funcionarios-, quien no solo es el garante del respeto y la certidumbre de los procedimientos que garantizan el acceso al registro; sino que debe responder por la posibilidad del perjuicio en casos de inscripciones fraudulentas. Si es el mismo Estado quien ha asumido el riesgo por la posibilidad de errores, defraudaciones u otras alteraciones de la práctica registral al haber optado por el modelo actual de transferencias y registro declarativo, debe también diseñar mecanismos de reparación frente a estas situaciones.

Un sistema de indemnización administrativo en sede registral, por lo menos en casos puntuales, evitando que el perjudicado tenga que acudir al poder judicial a reclamar por el despojo del que ha sido víctima o reclamar por sus derechos violentados, sería un mecanismo que legitimaría la seguridad jurídica que brinda el registro, no solo es aspiración de todo ciudadano el ser compensado por las fallas del sistema, sino que es un derecho constitucional que le asiste, teniendo en cuenta que la seguridad jurídica es un principio que trasciende todo nuestro sistema jurídico constitucional.

Es insensato creer que alguien que ha urdido toda una trama para despojar teniendo al registro como medio, va a permitir que su derecho

así obtenido sea cancelado, lo seguro es que haga más de una transferencia inmediata para configurar la apariencia del tercero registral y su adquisición a *non domini*⁹, y transformarlo así en un *poenitus extranei*¹⁰ del acto fraudulento y ajeno de toda sospecha registralmente hablando. Entonces, como podemos permitir que siempre exista un tercero civil perjudicado, ¿quién le devuelve no solo lo material sino la confianza en el sistema jurídico a ese ciudadano que confió en la apariencia de su derecho protegido?, es lógico que cancelando el acto fraudulento no se consigue reparar en nada la seguridad jurídica fracturada si el daño se mantiene.

Aunque hay que valorar el tremendo esfuerzo, la Ley 30313 resulta por mucho una buena medida de prevención en cuanto a la oposición que sí era un clamor como medida ex ante, pero que no soluciona el problema de fondo. La idea central de Seguridad Jurídica dentro de un Estado Constitucional de Derecho es dar soluciones lo más justas posibles, eso no lo hace la norma, sino las instituciones encarnadas en sus funcionarios y la finalidad pública de sus actuaciones, pero con alta dosis de sentido común y predisposición a cambiar nuestro paradigma burocrático y de extremo legalismo. Parafraseando a Nietzsche diríamos que ¿será posible que estos nobles juristas en su bosque normativo no han oído todavía nada de que la norma está muerta?¹¹

9 Es la consecuencia de la protección del tercero registral, quien mantiene su adquisición conforme al principio de fe pública registral del artículo 2014° del código civil. En nuestra legislación civil existen otros casos de adquisición a *non domini*, como los contemplados en los artículos 152° y 948° del código civil.

10 Tercero civil, la persona que no participa en el contrato original, respecto a quien el contrato no produce efectos ni interesa su oponibilidad. Es el caso del artículo 1363° del código civil.

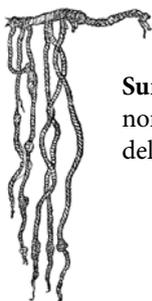
11 Prólogo de Zarathustra en "Así habló Zarathustra" de Friedrich Nietzsche.

LOS TÍTULOS EN LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD POR SUCESIÓN A PROPOSITO DEL REGISTRO DE BIENES

Esbén Luna Escalante

Resumen

El presente trabajo pretende reforzar la ineludible presencia de los títulos para que un acto o derecho inscribible tenga acogida registral. Lo que se busca es reafirmar que la causa o hecho generador de una situación jurídica incorporada al registro, se encuentra constituida únicamente por el título y no por un asiento de inscripción. Esta reafirmación del título como fundamento del acto o derecho inscribible, ha cobrado mayor relevancia con la modificatoria del artículo 2014 del Código Civil.



Sumario: Introducción.- I. Marco doctrinario sobre los títulos. II. Marco normativo sobre los títulos. III. Nuevo marco normativo del artículo 2014 del Código Civil. IV. Propuestas

Introducción

Se ha dicho muchas veces, entre nosotros, los involucrados con el Derecho Registral, que el fin supremo de éste es el de garantizar la seguridad jurídica¹ de los derechos o actos inscribibles que tengan acogida registral. Así, si tomamos como referente el Registro de Predios, la finalidad de los Registros respecto a los actos incorporados, sería el de garantizar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario el mismo que en nuestro sistema registral descansa en los principios de legitimación, fe pública registral y oponibilidad.

Sin embargo, para alcanzar la seguridad jurídica, nuestro sistema registral se vale de dos presupuestos: La existencia de un título y la calificación registral.

Efectivamente, la seguridad jurídica que busca alcanzar la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos a través de sus operadores registrales, es la suma del título más su calificación, toda vez que sin título no hay calificación para que probablemente se pueda incorporar una situación jurídica a una partida registral; y sin calificación, los títulos por más que estén perfectos en su aspecto formal o material, tampoco tendrían posibilidad de tener acceso al Registro. Dicho de otro modo, en nuestro sistema registral, para que un acto o contrato pueda tener acceso al Registro y de ser conocimiento de todos, resulta indispensable que al Registrador Público encargado de la calificación se le presente necesariamente un título² conteniendo el derecho o acto inscribible, ya sea en un instrumento públicos o privado.

La presente ponencia tiene como propósito que los Registros Públicos como garante de la seguridad jurídica, reforzar la idea que toda acogida

1 El artículo 3 inciso c) de la Ley 26366 dice: "Artículo 3.-Son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos: ...c) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro"

2 El artículo 2010 del Código Civil consagra la exigencia de la presentación del título para ser calificado por el Registrador Público. "Artículo 2010: La inscripción se hace en virtud de un título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria".

registral debe efectuarse previa calificación registral de un título, y que éste, esto es, el título, no puede ser sustituido por ningún motivo. Es decir, el presente trabajo busca corregir aquellas situaciones en las que las traslaciones de dominio en los Registros de Bienes se efectúan en virtud del asiento de inscripción de sucesión intestada o testamentaria extendida en el Registro de Personas Naturales, renunciando por mandato de los Reglamentos vigentes a la calificación de los documentos que lo sostiene o fundamenta por parte de los Registradores Públicos de los Registros de Bienes.

Para dichos efectos se tocará algunos aspectos doctrinarios sobre el título, como está regulado en el Código Civil y en los Reglamentos vigentes, para finalmente resaltar que como consecuencia de la modificatoria del artículo 2014 del Código Civil, hoy más que nunca, la calificación no puede efectuarse ni descansar en un asiento de inscripción, sino en virtud de un título que contenga el acto o derecho inscribible.

I. Marco doctrinario sobre los títulos

La doctrina es muy rica en esta materia, de hecho se ha escrito mucho sobre ello; sin embargo, lo que intentaré es reforzar el concepto de título como instrumento único de calificación por los operadores registrales.

Así, algunos españoles señalan³: “Cuando se habla de título en sentido material, se hace referencia a la causa o razón jurídica originadora del derecho inscribible: compraventa, donación, permuta, etc. El título formal, en cambio, debemos relacionarlos con el documento en el que se contiene aquella causa, o como dice Roca Sastre, el título en sentido formal sería el documento en el que se contiene un título en sentido material”.

3 Manzano Solano, Antonio y Manzano Fernández, M. Del Mar, obra: Instituciones del Derecho Registral, pág. 171-172; editora Centro de Estudios: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España 2008.

De lo expuesto por los citados autores nos queda claro que la causa única para incorporar una situación jurídica a una partida registral se encuentra constituida por el título, desdoblada esta, en su aspecto material y formal. Es concebido entonces, que la extensión de un asiento registral siempre tiene como hecho generador no un asiento de inscripción previamente extendido con anterioridad al presentado, sino un título, título que puede estar constituido por un parte judicial, parte notarial o parte administrativo; el cual incluso puede ya estar formando parte del archivo registral.

Por su parte, otro autor español⁴, sobre el título menciona: “Podemos hablar de títulos en sentido material y en sentido formal; en el primer sentido, título es la razón jurídica de la adquisición, modificación o extinción del derecho; en el segundo sentido, título es el documento que contiene o expresa un título material. Nuñez Lagos sostiene que en el Registro de la Propiedad no se inscriben documentos ni actos y contratos, lo que se inscriben son títulos en su doble significación material y formal”.

Respecto a la cita de Nuñez Lagos, es correcto cuando afirma que lo que se inscribe son títulos, que por supuesto en dicha hipótesis contienen actos o contratos de naturaleza inscribible. Ampliando dicho concepto sobre el título, preciso que cuando se inscribe un título, entonces se inscribe una compraventa, una hipoteca, un poder etc; sin embargo, lo que se publicita luego de su inscripción no son esos contratos o actos, sino en el caso de la compraventa se exterioriza a terceros la nueva titularidad, en el caso de la hipoteca la afectación del inmueble, el monto por el cual está gravado, y en el caso del poder, se divulga las facultades del mandatario o apoderado.

4 Cano Tello, Celestino, obra: Manual de Derecho Hipotecario, pág. 185. Editorial Civitas S.A.

Por su parte, Luis Diez-Picazo expresa⁵: “De toda la exposición hecha precedentemente parece derivarse la conclusión de que en nuestro sistema registral el objeto directo e inmediato de la inscripción es el título, entendido en sentido material y considerando como acto o negocio jurídico por virtud del cual una persona deviene titular de un derecho”.

Nuevamente, para no poner en duda del sustento jurídico que constituyen los títulos como causa en los asientos de inscripción, se reafirma no puede tener acogida registral un contrato o derecho sin la presencia de un título.

De los conceptos plasmados por los autores citados, se consagra que el hecho generador de la acogida registral y extensión de un asiento registral se encuentra constituida por el título inscribible, de tal manera que la seguridad jurídica que ofrece y busca alcanzar los Registros Públicos se encuentra resumida en la siguiente ecuación: Títulos + Calificación: Seguridad Jurídica.

La doctrina es uniforme respecto a la indispensable presencia de los títulos para el operador registral, ya que sobre la base del mismo se procederá a la calificación tomando en cuenta los principios registrales y los reglamentos vigentes vinculados al acto o derecho inscribible. No he encontrado en la doctrina, el supuesto de que un asiento registral supla al título como hecho generador de otro asiento registral, y ello es así, porque:

- El asiento registral se extiende y se agota en su contenido, no pudiendo ser acto causal para la extensión de otros asientos registrales.
- El Registrador Público no puede constituirse en un ente traslativo de asientos.

5 Diez-Picazo, Luis, obra: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Tercero, pág. 337. Editorial Civitas, Madrid 1995.

- El Registrador no puede renunciar a la calificación para evaluar la procedencia de una inscripción, y esa calificación, descansa en el título presentado.

II. Marco normativo sobre los títulos

a) Código Civil

Queda claro que normativamente y sustantivamente la presencia ineludible de los títulos en la calificación registral, la encontramos en el Código Civil en el artículo 2010 que dice: “Artículo 2010.- La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”.

De dicho artículo para los operadores registrales, nos queda claro que no podemos alejarnos del mandato imperativo de que toda inscripción o acogida registral se efectúa únicamente en virtud de un título, sea este documento público o privado. El Código Civil de 1984 ha previsto como único hecho generador de un asiento de inscripción: el título; no previniendo su elasticidad para que pueda ser sustituido por otro referente.

Del artículo 2010 antes mencionado, se concluye:

- Las situaciones jurídicas que pretendan incorporarse al registro, tiene exclusivamente como hecho generador, el título.
- El título, por un lado, conforme al principio de titulación auténtica puede estar constituido por un instrumento público (partes judiciales, notarial o administrativos); o por otro lado, constituido por documento privado.
- La acogida de un título constituido por documentos privados, puede ser autorizado no sólo únicamente por ley, sino también por cualquier disposición autoritativa.

b) Reglamento General de los Registros Públicos

El artículo 76 del Reglamento General de los Registros Públicos, establece: “Se entiende por título para efectos de la inscripción, el documento o documentos en que se fundamenta inmediata y directamente el derecho o acto inscribible y que, por sí solos, acrediten fehaciente e indubitablemente su existencia.

También formarán parte del título los documentos que no fundamentan de manera inmediata y directa la inscripción, pero que de manera complementaria coadyuvan a que ésta se realice...”

Si bien el artículo transcrito en el párrafo que antecede no refiere literalmente como hecho generador de un asiento registral, el título; de su contenido se aprecia que lo declara tácitamente cuando señala que el título es el fundamento inmediato y directo del derecho o acto inscribible. Es más, declara implícitamente que el derecho o acto que pretende inscribir, queda corroborado su existencia, por estar contenida en el título.

Por su parte, el numeral III⁷ del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos refuerza el concepto de que el único hecho generador de un asiento de inscripción, que incorpore una situación jurídica, sea el título; al establecer que los asientos de inscripción se extiende en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario.

De la misma manera los artículos 31 y 32 del Reglamento General de los Registros Públicos, han establecido que la calificación

6 Este artículo fue incorporado mediante modificación, en virtud de la Resolución N° 157-2012-SUNARP/SN publicado el 21-06-2012.

7 Texto Unico del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP-SN publicado el 19-05-2012: “Numeral III del T.P. del RGRP: Los asientos registrales se extiende a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario”

no es otra cosa que la evaluación de los títulos presentados al Registro para una eventual inscripción de los actos o derechos que contengan; correspondiendo a las instancias registrales confrontar la adecuación de los títulos con los antecedentes registrales, verificar la validez del acto o derecho contenido en él y el cumplimiento de las formalidades correspondientes.

No cabe duda, que recogiendo lo dispuesto en el artículo 2010 del Código Civil, el numeral III del Título Preliminar y los artículos 7, 31 y 32 del Reglamento General de los Registros Públicos, que en el sistema registral peruano la calificación a cargo del Registrador Público a los efectos de incorporar un acto o derecho inscribible a una partida registral, descansa en un título, ya sea con presentación nueva o contenida ya en un título archivado. El Reglamento General de los Registros Públicos no recoge que el hecho generador de un asiento registral incorporando una situación jurídica, esté constituido por otro asiento registral, y considero que lo hace bien, porque si no se estaría renunciando a la calificación. A ello se agrega que sigue la corriente declarada en la norma sustantiva.

c) Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios⁸

Hemos dicho hasta aquí que el Código Civil y el Reglamento General de los Registros Públicos, a los efectos de garantizar la seguridad jurídica de los actos que pretendan tener acogida registral ha consagrado que el sostén o soporte de un asiento de inscripción incorporando un acto o derecho inscribible, se encuentra constituido únicamente por el título, no previniendo que sea sustituido por otro instituto.

⁸ El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios fue aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP/SN publicado el 04-05-2013.

Sin embargo, la seguridad jurídica que se busca alcanzar y a que se refiere el artículo 3 de la Ley 26366, queda entredicho en una parte del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, específicamente en lo que se refiere a las traslaciones de dominio por sucesión, al sostener que el hecho generador de una transferencia de propiedad en el Registro de Predios por sucesión no sea un título, sino el asiento extendido en el Registro de Sucesiones Intestada o Registro de Testamento.

Para una mejor visión, se transcribe el artículo 104 del Reglamento indicado en el párrafo que antecede:

“Artículo 104.- Transferencia de propiedad por sucesión
Para la inscripción de una transferencia por sucesión debe verificarse que previamente se haya inscrito la sucesión intestada o la ampliación del asiento del testamento en el Registro de Personas Naturales del último domicilio del causante o del domicilio del testador.

Inscrita la sucesión intestada o la ampliación del asiento de testamento en el Registro de Personas Naturales, la inscripción de la transferencia en la partida del respectivo predio se realizará en mérito al respectivo asiento de inscripción y, de ser el caso, al título archivado, sin necesidad de requerir documento adicional para acreditar la identidad de los sucesores. En el asiento de inscripción se dejará constancia de dicha circunstancia.....”

Del artículo citado, se advierte que la transferencia de dominio por sucesión en el Registro de Predios se efectuará:

- En virtud del asiento de inscripción extendido en el Registro de Sucesiones Intestada o Registro de Testamento del Registro de Personas Naturales.
- En los casos que no define el Reglamento Inscripciones del

Registro de Predios, en virtud del título archivado.

- No exige de manera imperativa que el hecho generador del asiento de dominio, sea obligatoriamente el título archivado que dio mérito a la extensión en el Registro de Sucesión Intestada o Registro de Testamento.

En la fecha, de acuerdo al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, el Registrador Público, acorde con el artículo 104 para inscribir el derecho de propiedad por sucesión en una partida del Registro de Predios le será suficiente consultar el contenido de la partida del Registro de Sucesiones Intestada o Registro de Testamento; por lo que consecuentemente no califica, sólo se limita a transcribir lo extendido en el Registro de Sucesiones.

d) Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular⁹

En concordancia con lo regulado en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, el artículo 71 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular también recoge como hecho generador de una transferencia de propiedad vehicular por sucesión, el asiento de inscripción extendido en el Registro de Sucesiones Intestada o Registro de Testamento.

Así el artículo 71 señala:

“Artículo 71.- Transferencia de propiedad por sucesión
Para la inscripción de la transferencia de un vehículo por sucesión, se deberá presentar una solicitud indicando la partida registral y la oficina registral donde consta inscrita la sucesión, y.....

⁹ Este reglamento fue aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 039-2013-SUNARP-SN del 15-02-2013

El Registrador deberá verificar que se haya inscrito la sucesión intestada o la ampliación del asiento de testamento en el Registro de Personas Naturales del último domicilio del causante o del domicilio del testador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamento y Sucesiones Intestadas, una vez inscrita la sucesión intestada o la ampliación del testamento en el Registro de Personas Naturales, la inscripción de la transferencia en la partida del Registro de Propiedad Vehicular se realizará en mérito al respectivo asiento de inscripción y, de ser el caso, al título archivado, que dio lugar a la inscripción del acto sucesorio. En el asiento de inscripción se dejará constancia de dicha circunstancia.....”

Nuevamente, al igual que lo establecido en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, el título que contiene el acto sucesorio no será materia de calificación por el Registrador de Propiedad Vehicular cuando se le presente una solicitud de transferencia de propiedad vehicular por sucesión; toda vez que el artículo 71 dispone que la inscripción de transferencia se hará en mérito al asiento de inscripción extendido en el Registro de Personas Naturales (Registro de Sucesiones Intestada o Registro de Testamento).

e) Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamento y de Sucesiones Intestadas¹⁰

Por la fecha de su aprobación y vigencia, queda claro que es el Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamento y de Sucesiones Intestadas la que comenzó a sostener que el hecho generador de una transferencia de bienes por sucesión en el Registro de Predios o Registro de Propiedad Vehicular,

¹⁰ Aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 156-2012-SUNARP/SN publicado el 20-06-2012

no sea el título que contenga el acto sucesorio, sino el asiento de inscripción ya extendido en el Registro de Testamento o Sucesión Intestada del Registro de Personas Naturales.

Considero que a partir de lo enunciado en el 53¹¹ del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamento y de Sucesiones Intestadas, se empezó a regular erradamente en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios como del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular, la no calificación del título conteniendo el acto sucesorio.

III. Nuevo marco normativo del artículo 2014 del código civil

Nuestra sociedad en los últimos años viene siendo agobiada por conductas reprochables cuyos actos de corrupción se ha extendido al aprovechamiento de los vacíos de las normas, lo que ha permitido que cientos de peruanos hayan sido despojados de sus propiedades, aún cuando su derecho de propiedad se encontraban inscritos en los Registros Públicos.

a) Artículo 2014 del Código Civil

Ante esta coyuntura difícil, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos trabajó un proyecto para modificar el artículo 2014 del Código Civil, y así, mediante Ley 30313 publicado el 28-03-2015, se modificó el artículo referido a la fe pública registral, con el siguiente tenor:

11 “Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamento y de Sucesiones Intestadas., artículo 53.- Transferencia de Bienes: Las inscripciones en el Registro de Testamento y de Sucesiones Intestadas no producen efectos traslativos en los Registros de Bienes y en el Registro de Personas Jurídicas cuando se trate de participaciones sociales.

Para efecto de realizar dicha inscripción se deberá presentar una solicitud indicando la partida registral donde consta inscrita la sucesión testamentaria o intestada.

La transferencia de propiedad por sucesión en el Registro de Bienes o en el Registro de Personas Jurídicas, se realizará en mérito al respectivo asiento de inscripción y de ser el caso al título archivado que dio lugar a la inscripción del acto sucesorio. En el asiento de inscripción se dejará constancia de dicha circunstancia”

“Artículo 2014.- Principio de buena fe pública registral

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

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

De la nueva versión del artículo 2014 del Código Civil, queda claro que la buena fe del tercero ya no se limita al contenido de los asientos registrales o partida registral, sino que esta se extiende también al título archivado. Entonces para que un tercero quede protegido bajo el principio de la buena fe registral, ya no es suficiente que las causas de inexactitud se limiten al asiento registral, sino que también dicha inexactitud tampoco debe estar presentes en el título archivado.

En virtud de ello, queda de lado la mención muchas repetidas que el asiento registral antes de la modificatoria del artículo 2014 por la Ley 30313, constituía un modo más de adquirir la propiedad pese a estar viciada de nulidad. Con la anterior versión del artículo 2014, el tercero registral, pese a tener conocimiento de eventuales nulidades, quedaba protegido en su adquisición si es que en la partida registral no constaba alguna mención sobre el vicio afectado en el derecho de su otorgante. Pese a tener mala fe, por el solo hecho de no constar la inexactitud en la partida registral, mantenía su adquisición.

b) Importancia del título como garante de la seguridad jurídica

A partir de la modificatoria del artículo 2014 del Código Civil por la Ley 30313, el título que haya tenido acogida registral ya

no sólo es un documento más del archivo registral, sino que por su contenido tiene ahora efectos sustantivos en el tráfico inmobiliario, al haber sido considerado como un requisito más para que el tercero registral pruebe su buena fe.

Efectivamente, el título inscribible bajo el marco vigente tiene trascendencia luego de inscripción, toda vez que al advertirse algún vicio en el documento que lo contiene, el tercero que adquiera algún derecho con dicho vicio no podrá alegar buena fe, toda vez que éste último debió diligentemente no sólo verificar que no haya inexactitudes en la partida registral sino también en el título archivado.

Por lo indicado, el título registral en la fecha se ha constituido como un garante de la seguridad jurídica, toda vez que aquel tercero que pretenda adquirir algún derecho de persona que en los asientos de inscripción aparece con facultades para otorgarlos, mantendrá su derecho su inscrito y protegido por la buena fe, si es que en el referido título archivado no conste ningún vicio o inexactitud.

c) El título como fundamento de la inscripción

Dado la nueva trascendencia que se ha dado al título archivado en el artículo 2014 del Código Civil, considero como lo he explicado líneas atrás, que la incorporación de un acto o derecho inscribible al Registro no puede escapar a la existencia de un título, ya que este último constituye el fundamento inmediato del asiento de inscripción. No puede extenderse un asiento de inscripción conteniendo una nueva situación jurídica, sin que exista previamente la causa o hecho generador que la motiva, el título.

El título registral por sus efectos sustantivos, tanto en la incorporación de un acto o derecho, como de sus efectos en el

principio de buena fe, debe estar presentes en todos los actos que pretendan incorporarse al registro, no pudiendo ser sustituida por ningún motivo; ya que ello ocasionaría poner en riesgo la seguridad jurídica de los asientos registrales, al no tener presente un título para ser calificada por el Registrador Público y detectar vicios que pueda afectar al acto o derecho materia de inscripción.

d) El título en los actos de transferencia por sucesión

En la fecha de acuerdo a los artículos 104 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, 71 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular y 53 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamento y Sucesiones Intestadas, las transferencia de propiedad por sucesión en el Registro de Bienes no se efectúan en virtud de un título, sino en virtud del asiento de inscripción extendido en el Registro de Personas Naturales.

El asiento de inscripción de sucesión extendida en el Registro de Testamento y Sucesiones Intestadas, hoy de acuerdo a los reglamentos vigentes, se han convertido en la causa o hecho generador de las traslaciones de dominio de inmuebles o vehículos, lo que acarrea la no calificación del título conteniendo el acto sucesorio. Ello conlleva a que el Registrador Público, se convierta en un funcionario traslativo de asientos de inscripción del Registros de Testamento y Sucesiones Intestada al Registro de Bienes, colocando en una situación de riesgo la seguridad jurídica de los actos incorporados al Registro de Bienes.

La no calificación de los títulos de transferencia de propiedad por sucesión en el Registro de Bienes, ocasiona que el Registrador Público:

- No tenga a la vista el acto sucesorio.

- Por la falta de recurrencia del título archivado inscrito en el Registro de Personas Naturales, no pueda calificar y determinar la procedencia de su inscripción en el Registro de Predios o Registro de Propiedad Vehicular.
- No pueda advertir la existencia de algún vicio.

Ante la no exigencia a los Registradores Públicos del Registro de Bienes de calificar el título conteniendo el acto sucesorio inscrito en el Registro de Testamento y Sucesiones Intestadas, puede tener los siguientes efectos:

- Se inscriba un acto traslativo de dominio en el Registro de Bienes, cuyo hecho generador limitado al asiento de inscripción de sucesiones, adolezca de un vicio en el título archivado que lo sustenta.
- Se desnaturalice la labor principal del Registrador Público, que es calificar título y no un ente traslativo de asientos registrales.
- Que se conciba, que el hecho generador de un asiento de transferencia de propiedad de un bien por sucesión, sea el asiento de inscripción ya extendido en el Registro de Personas Naturales, debilita lo que se busca alcanzar con el nuevo marco normativo del artículo 2014 del Código Civil, al darle éste último al título archivado efectos sustantivos.

Por otro lado, no se debe confundir la calificación que se efectúa en las solicitudes de inscripción de sucesiones presentadas al Registro de Testamentos o Registros de Sucesiones, con los presentados en el Registros de Predios o Registro de Propiedad Vehicular. En el primero se solicita la inscripción de la sucesión de un causante, mientras que en el segundo se busca incorporar nuevas titularidades respecto al inmueble o vehículo. La calificación varía de un registro a otro.

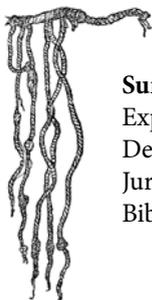
IV. Propuestas

En virtud de lo antes expuesto, conforme a la doctrina, al Código Civil y la reciente modificación del artículo 2014 del mismo, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los actos que se pretende tener acogida registral, el ponente postula lo siguiente:

- Modificar el artículo 104 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, en el extremo de establecer que las inscripciones de transferencia de propiedad por sucesión el Registrador Público debe tener a la vista el título registral conteniendo el acto sucesorio.
- Modificar el artículo 71 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular, en el extremo de establecer que las inscripciones de transferencia de propiedad por sucesión debe tenerse a la vista el título conteniendo el acto sucesorio.
- Modificar el artículo 53 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamento y de Sucesiones Intestadas, en el sentido que las inscripciones de traslaciones de dominio de bienes por sucesión, debe efectuarse en virtud de un título.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MINERA. ASPECTOS TEÓRICOS Y ALGUNAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL*

Ivan Manuel Haro Bocanegra



Sumario: Introducción. I. Aspectos Generales Vinculados al Contrato de Explotacion Minera. II. El Contrato De Explotación Minera El Proceso De Formalización Minera. III. Algunos Cuestiones Planteadas En La Jurisprudencia Registral Sobre Contratos De Explotacion Minera. IV. Bibliografía Consultada

Introducción

Quién puede desconocer que nuestro país cuenta con un enorme potencial en recursos naturales, constituyendo la minería – desde antaño– uno de los sectores con mayores posibilidades de desarrollo, por ser fuente importante de generación de recursos fiscales, de empleo y trabajo, de ahí que su explotación tenga el carácter de utilidad pública e interés nacional, influyendo positivamente en el crecimiento de nuestra economía.

* Este artículo tiene base en la ponencia denominada “*Contratos Mineros para el Proceso de Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Aspectos registrales*”, elaborada por el autor para el taller: “Capacitación de Estrategia de Saneamiento de la Pequeña Minería y Minería Artesanal...”, llevado a cabo el 13 de febrero de 2015 a cargo del Ministerio de Energía y Minas y la Gerencia Regional de Energía y Minas de La Libertad.

No obstante los enormes beneficios que trae consigo la explotación de los recursos minerales, esta actividad minera también tiene su lado negativo. En efecto, desde hace ya varios años somos testigos del crecimiento exponencial de actividades extractivas ilícitas en el campo de la minería a pequeña escala, principalmente en la zona amazónica –como es el caso de la región de Madre de Dios–, debido a las altas cotizaciones del precio de los metales, fundamentalmente el oro, en el mercado internacional; y ante lo cual –habíamos señalado en un trabajo anterior¹–, el Estado viene ejerciendo acciones tendientes a su erradicación, pues la denominada minería ilegal e informal es la principal causa de graves daños ambientales, sociales, económicos y a la salud de la población.

Estas medidas se dieron concretamente a inicios de este siglo, con la emisión de la Ley N° 27651 –Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal²– y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 013-2002-EM³, cuyo objetivo fue contribuir a la formalización, promoción y desarrollo ordenado y eficiente de la pequeña minería y minería artesanal, en armonía con el medio ambiente y con estándares adecuados de seguridad e higiene minera. A lo largo de estos años, principalmente en el último quinquenio, el Gobierno ha continuado, e intensificado, esa política de interdicción de la minería ilegal, emitiendo un conjunto de normativas, como se verá luego. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos legales y técnicos, la realidad nos muestra que aquella no ha sido completamente erradicada ni la minería informal ha sido formalizada, a pesar que el año 2016 fue el plazo máximo planteado inicialmente.

1 HARO BOCANEGRA, Ivan. “Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Comentarios a la luz de las acciones de interdicción de la minería ilegal”. Actualidad Civil, vol. N.º 18, Instituto Pacífico, Lima, diciembre 2015, pp. 314-356. También puede encontrarse en la siguiente dirección: www.derechocambiosocial.com (Revista Electrónica de Derecho). Allí desarrollamos ampliamente las causas y consecuencias ambientales, sociales, culturales, políticas y económicas en relación a la minería informal e ilegal, y en general de todo el marco legal de la formalización minera.

2 Publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2002.

3 Publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de marzo de 2002.

Una de las categorías jurídicas importantes que introdujo la Ley 27651 fue la posibilidad de celebrar acuerdos o contratos de explotación minera artesanal, como requisito alternativo a la tenencia de derechos mineros para acreditar la condición de productor minero artesanal y con ello tener algunos beneficios previstos en la mencionada normativa. Posteriormente, con el Decreto Legislativo N° 1105⁴, la celebración de este contrato aparece como un instrumento legal importante destinado a cumplir con el proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal. Es en este ámbito donde jurídicamente mejor se desenvuelve dicha figura contractual.

Debemos recalcar, sin embargo, este contrato, como instrumento válido para extraer minerales de una concesión minera por un tercero, no es una institución jurídica exclusiva ni nacida con ese régimen especial; sino que perfectamente se pueden celebrar contratos de explotación teniendo como marco legal los principios y disposiciones generales de la contratación minera regulados en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, LGM)⁵; no teniendo como finalidad en este caso, acreditar la condición de minero artesanal ni servir de medio alternativo para cumplir con el proceso de formalización minera.

Pues bien, en este trabajo nos abocaremos básicamente a desarrollar el contrato de explotación minera, de forma general; precisando que cuando aludamos al contrato de explotación minera artesanal regulado en la Ley 27651 y el Decreto Legislativo 1105, lo haremos expresamente. Aunque debemos señalar que nuestra motivación está dada por el mayor carácter práctico en la actualidad de este último, a propósito del proceso de formalización minera.

En ese sentido, el presente artículo está orientado hacia dos objetivos. Como objetivo general, analizar desde el punto de vista legal y doctrinario

4 Que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de abril de 2012,

5 Aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, publicado en *El Peruano* el 03 de junio de 1992.

el contrato de explotación minera, desarrollando el marco legal dentro del cual se desenvuelve, su concepto y naturaleza jurídica, finalidad, contenido, elementos esenciales, características principales y generales, su relación con otras figuras contractuales afines, importancia, requisitos de inscripción, entre otros.

Y teniendo como sustento algunas ideas teóricas esenciales sobre esta figura contractual, nuestro segundo objetivo será analizar las más importantes cuestiones planteadas en la jurisprudencia del Tribunal Registral en torno a ella, efectuando críticas y precisiones, y formulando nuestro punto de vista, de tal modo que sirva de orientación práctica a quienes están inmersos en este rubro; más aún cuando no hemos encontrado en la bibliografía un trabajo específico sobre este contrato tratado en esos alcances. Es probable que el presente artículo esté propenso a la crítica –como no podría ser de otra manera–, pero constituye una satisfacción personal divulgar una investigación de enorme importancia en la práctica minera, y que además nos apasiona.

I. Aspectos generales vinculados al contrato de explotación minera

Considero indispensable para los fines de este trabajo, desarrollar y analizar de manera previa y concreta algunas figuras legales que tienen evidente relación con el contrato materia de estudio. Entre ellas el tratamiento legal en nuestro país de los recursos naturales, pues es fundamental conocer el sistema de dominio sobre los yacimientos minerales que hemos adoptado. También nos abocaremos a la institución jurídica por excelencia del Derecho Minero y que constituye el objeto del contrato: la concesión minera. Asimismo es de suma utilidad esbozar en esta parte el marco general de la pequeña minería y minería artesanal, dentro del cual destacaremos el proceso de formalización minera, a fin de comprender el contexto donde se desenvuelve el contrato de explotación minera artesanal.

1.1 Régimen jurídico de los recursos naturales en el Perú

El tratamiento legal de los recursos naturales en nuestro país encuentra su máxima expresión jurídica en el art. 66 de la Constitución Política de 1993 que textualmente señala:

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a la ley”.

Los recursos naturales –nos dice Andaluz Westreicher⁶– puede definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar.

En nuestro ordenamiento jurídico el art. 3 de la Ley N° 26821 –Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales– establece, en esa misma línea, que los recursos naturales es “todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado”⁷, tales como las aguas (superficiales

6 ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Derecho Ambiental*, Gráfica Bellido, Lima 2004, p. 26.

7 La misma definición contiene el art. 84 de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611.

y subterráneas), el suelo, subsuelo y las tierras (agrícolas, pecuarias, forestales y de protección), la diversidad biológica (flora y fauna), los recursos hidrocarburíferos, la atmósfera y el espectro radioeléctrico, **los minerales**, entre otros.

Se clasifican los recursos naturales en renovables y no renovables. El Tribunal Constitucional⁸ –siguiendo a la Organización de las Naciones Unidas– señala que los primeros, los recursos renovables, son aquellos que, a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales. Se precisa, sin embargo, que el recurso será renovable en la medida que su utilización o aprovechamiento por el ser humano no se realice de manera desmesurada e irracional.

Los RECURSOS NO RENOVABLES son, por su parte, aquellos que, al ser utilizados, se agotan irremediablemente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc. Su utilización o provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de su incapacidad de alcanzar su autoregeneración o autodepuración⁹.

Según Huapaya Tapia¹⁰ –siguiendo también a las Naciones Unidas– los recursos naturales tienen tres características bien definidas: (i) son proporcionados por la naturaleza; (ii) son capaces de satisfacer las necesidades humanas; y (iii) su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado donde se encuentren ubicadas.

8 Sentencia recaída en el Exp. N.º 0048-2004-PI/TC de 01 de abril de 2005, fundamento 28.

9 *Ibidem*.

10 HUAPAYA TAPIA, Ramón. “El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano”. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N.º 14, 2014, p. 328.

Al establecer el art. 66 de la Constitución que los recursos naturales son patrimonio de toda la Nación¹¹, implica –en términos del Tribunal Constitucional¹²– que:

“(…) su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida por los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce. En ese sentido, los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como expresión jurídico-política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce”.

Entonces, el Estado, en su calidad de ente jurídico representativo de la Nación, ejerce sobre los recursos naturales una soberanía plena y total sin más parámetros que las leyes vigentes, pero mientras no sean extraídos de su fuente por un particular conforme a ellas. Al respecto el art. 4 de la Ley 26821, que desarrolla mejor los conceptos de dominio del Estado sobre los recursos minerales y su otorgamiento a los particulares, señala que *“los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos¹³ de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del **dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos**”*.

11 Para estos efectos, nación debe entenderse como “el conjunto de habitantes de un país regido por el mismo gobierno”. Cfr. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Eliasta, 13va. edición, Buenos Aires 2002, p. 263.

12 Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, fundamento 29.

13 En nuestro Código Civil los frutos se definen como “*los provechos renovables que produce un bien, sin que altere ni disminuye su sustancia*” (art. 890); mientras que los productos son “*los provechos no renovables que se extraen de un bien*” (art. 894).

Aquella potestad del Estado proviene de su *ius imperium*, que se concreta en la “gestión, planificación, administración y control”¹⁴ de los recursos naturales, es decir, tiene la facultad de establecer los métodos de su aprovechamiento, los cuales van a depender del recurso natural a explotar. Cualquiera que sea la modalidad, aquel conservará el dominio de dichos recursos, así como sobre los frutos y productos, en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares para su aprovechamiento¹⁵.

Debemos resaltar que los recursos naturales, renovables y no renovables, si bien es cierto son concesionados a los particulares, son bienes que integran el dominio público cuyo titularidad recae siempre en la esfera de la Nación, por lo que se encuentran sometidos a normas específicas de Derecho Público, que consagran su indisponibilidad, dada su naturaleza inalienable e imprescriptible, a tenor del art. 73 de la Constitución, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil¹⁶. Por ese motivo, además, la Administración Pública se reserva la facultad de otorgar los títulos que habiliten a los particulares su aprovechamiento económico, sin que ello implique un acto discrecional sino más bien obligatorio en la medida que el administrado cumpla con los requisitos que la ley exige para ese propósito. Del mismo modo faculta la intervención de aquella, controlando y fiscalizando la explotación de dichos recursos, siempre que el interés público lo justifique.

En lo que respecta al ámbito minero, el art. II de la Ley General de Minería, que ratifica el texto constitucional (art. 66), señala:

14 Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0003-2006-PI/TC de 19 de septiembre de 2006, fundamento 4.

15 En ese sentido el art. 19 de la Ley 26821 expresa: “Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares”.

16 En ese sentido ha quedado expuesto en la STC N.º 0048-2004-PI/TC, fundamento 100.

“Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. El aprovechamiento se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.”

Bajo este esquema legal, siempre que un particular pretenda llevar a cabo una actividad comercial sobre bienes naturales, como es el caso de los recursos minerales, susceptible de aprovechamiento económico, deberá hacerse mediante el sistema de concesiones mineras; salvo que el propio Estado convenga que es mejor, para interés de la Nación, ejercer su aprovechamiento por él mismo. En virtud del primer supuesto, el Estado habilita un título de concesión que otorga por tiempo indefinido un derecho real de uso y disfrute de las sustancias mineras a favor del concesionario, con el fin que pueda oponerse a terceros y susceptible de ser enajenados o gravados.

Pues bien, todas las consideraciones señaladas hasta aquí determinan el sistema de dominio referente a los recursos minerales que nuestra legislación ha adoptado. No es propósito de este trabajo analizar en detalle las diversas clasificaciones que en el Derecho comparado se hace de los sistemas jurídicos existentes¹⁷. Únicamente nos limitaremos a señalar

17 Sin embargo, a manera de ilustración, para nosotros las teorías prevalcientes sobre el dominio originario de las minas (a diferencia del dominio derivado que reconoce la preexistencia de otro titular), por su contenido práctico en las legislaciones vigentes, se circunscribe principalmente a dos: (i) el **sistema de accesión o fundiario**, de origen romano, según el cual el propietario del suelo o terreno superficial lo es también del subsuelo o yacimiento minero, siendo este último una parte o accesorio de aquel, además ambos constituyen una unidad rigiéndose por un mismo régimen legal: el civil; y, (ii) el **sistema dominialista**, que rige en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo, atribuye el dominio originario de los recursos minerales a la colectividad representada por el Estado, distingue a la superficie del yacimiento cada uno con regulación legal propia; a su vez se subdivide en dos vertientes: a) **sistema dominialista-regalista**, que acepta la explotación de minerales por los particulares a través del régimen de concesiones, y obviamente por el mismo Estado; y b) **sistema dominialista-socialista**, rechaza su otorgamiento a los particulares, siendo exclusividad del Estado su explotación, salvo casos puntuales. La doctrina también reconoce a un tercer sistema, que por su contenido fundamentalmente teórico no tiene aplicación práctica en los ordenamientos jurídicos: el **sistema de ocupación o res nullius**, que también se sustenta en la separación del suelo y el yacimiento minero, ambos sujetos a regímenes legales propios, pero con la particularidad que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, ni al propietario del suelo ni al propio Estado, siendo titular aquel que primero lo ocupa o descubre e inicia su explotación. Como se advierte, las diversas clasificaciones sobre el dominio de los yacimientos mineros parten de dos supuestos básicos: la unidad del suelo y del subsuelo minero bajo un mismo régimen legal, y la distinción entre ambos, cada uno regulado por regímenes legales diferentes.

que nuestro ordenamiento constitucional y minero recoge el denominado SISTEMA DOMINIALISTA-REGALISTA, según el cual los yacimientos mineros pertenecen a la Nación, y el Estado, como ente jurídico representativo de esta, los explota de manera soberana, sea por él mismo o por medio de particulares mediante el régimen de concesiones.

En virtud de este principio el Estado ejerce la propiedad sobre los yacimientos mineros ya sean ignorados o declarados¹⁸, los cuales no pueden ser objeto de enajenación (inalienable) y tampoco se pueden adquirir por el transcurso del tiempo (imprescriptible). Asimismo este sistema se caracteriza por su contenido social –a diferencia del sistema de accesión, que se sustenta en la propiedad privada absoluta–, pues el derecho de propiedad (dominio) de los particulares sobre las minas si bien es inviolable debe ser ejercido en armonía con el bien común¹⁹, es decir, su aprovechamiento conlleva el pago de una retribución económica²⁰.

18 El yacimiento minero es el lugar o sitio donde por obra de la naturaleza existen minerales que el individuo utiliza para satisfacer sus necesidades. En la minería, el hecho de descubrir un yacimiento, es decir de comprobar que un espacio determinado contiene recursos minerales, no constituye información suficiente para decidir explotarlo. De los yacimientos conocidos sólo algunos aprovechamos, aquellos que reúnan minerales útiles en proporción suficiente (concentración o acumulación de minerales), a tal punto que constituyan riqueza mineral o sea que tengan significación económica. Cfr. GARCIA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVIK INGUNZA, Militza. *Derecho Minero*, 2da. Edición, Gráfica Horizonte, Lima 2002, p. 18.

19 Art. 70 de la Constitución: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley...”. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la función social de la propiedad forma parte de su contenido esencial, y tiene que ver con el ejercicio de este derecho, en armonía con el bien común. Esto es, que el derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares sino también de los intereses colectivos de la nación. (Cfr. sentencia N° 0048-2004-PI/TC, fundamentos 78-80).

20 Conforme al art. 20 de la Ley 26821: “Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales”. De acuerdo a este precepto existen tres tipos diferentes de retribución económica: la regalía, que es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten; el canon, es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de los recursos; en tanto que el derecho de vigencia es una retribución económica por el mantenimiento de la concesión, y cuyo incumplimiento la priva de efecto, constituyéndose en causal de caducidad de la misma. (Sobre el particular confróntese la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos 53- 55).

El sistema dominialista parte de la distinción teórica entre el terreno superficial y el yacimiento minero, sujeto cada uno de ellos a regímenes legales diferentes y propios: civil y minero. El primero regulado por el Código Civil y el segundo por la LGM y sus leyes complementarias. Ambos constituyen bienes inmuebles²¹ regidos por títulos dominiales totalmente independientes, pudiendo corresponder, total o parcialmente, a la misma o diferentes personas²². Del terreno puede ser titular cualquier ente particular, inclusive el Estado mismo; y del yacimiento es la Nación, representada por aquel. Uno y otro bien también originan actividades económicas diversas cuyo ejercicio significará el sacrificio de uno de ellos en beneficio del otro, aunque en la mayoría de los casos el yacimiento tiene un mayor beneficio económico que el terreno²³.

Este sistema de distinción entre suelo y subsuelo, cada uno con regímenes legales propios, tiene sustento legal en el art. 954 del Código Civil según el cual *“la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales”*. Concordante con este precepto, el art. 9 de la LGM establece que *“la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada”*²⁴.

En consecuencia –a decir del autor nacional Basadre Ayulo²⁵– convergen en la ley minera peruana un DOBLE DOMINIO: el originario en poder del Estado y el derivado en el concesionario

21 Son bienes inmuebles, conforme al art. 885 del Código Civil: *“1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo; (...) 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos; (...) 8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares”*.

22 Art. 955 del Código Civil: *“El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo”*.

23 GARCÍA MONTUFAR y FRANCISCOVÍK INGUNZA, Militza. *Op. cit.*, p. 38.

24 Otro supuesto de distinción entre la concesión minera y el terreno donde está ubicada se encuentra mencionado en el art. 39 de la LGM, al establecer que *“el pago del derecho de vigencia a que está obligado el titular del derecho minero es independiente del pago de los tributos a que está obligado el titular del predio”*, y en caso ambas titularidades se consoliden en una sola persona esta deberá pagar los dos tributos aplicables.

25 BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 6ta. edición, Grijley EIRL, Lima 1996, pp. 127-128

sujeto al cumplimiento de condiciones que establece la ley para su conservación. Entonces –agrega dicho autor– el Estado viene a ser un depositario y a su vez un administrador de la riqueza minera y esta función real se realiza y ejecuta sin desprenderse de su dominio, confiriendo al concesionario tan solo el *ius utendi* y el *ius frutendi* dentro de su temporalidad.

Finalmente debemos señalar un aspecto de importancia que se deduce de los citados arts. 4 y 19 de la Ley 26821, referente al nacimiento de la propiedad privada de los minerales, haciendo coincidir ello con el momento de la extracción, acto mediante el cual los minerales extraídos sufren una doble transformación: por un lado, dejan de ser bienes inmuebles, como los que permanecen en el yacimiento, pasando a la condición de bienes muebles; y al mismo tiempo, nace el derecho de propiedad privada sobre esa porción de minerales desprendido del yacimiento, que en su condición de productos pasan a ser propiedad del titular de la actividad minera, sujetos en adelante a las reglas de propiedad de estos bienes²⁶.

1.2 La concesión minera como instrumento legal para exploración y explotación de minerales

Como ha quedado expuesto, en nuestro actual sistema legal el aprovechamiento de los recursos minerales que yacen en todo el territorio del país requiere que el Estado, como representante de la Nación, titular de dichos recursos, otorgue al interesado los derechos necesarios para llevar a cabo las actividades mineras de exploración y explotación. La modalidad jurídica utilizada para ello es a través del régimen de concesiones.

26 MARTINEZ APONTE, Humberto. “La Concesión Minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación”. En: *Advocatus*, revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 21, 2010.

El art. 23 de la Ley 26821 define a la concesión (en general) como el título por medio del cual se otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible²⁷ de recursos naturales concedidos, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. Otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y la propiedad de los frutos y productos a extraerse. También señala que las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido, y son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que la legislación exija para mantener su vigencia. Define, asimismo, que las concesiones son bienes incorporeales registrables y susceptibles de ser objeto de disposición, hipoteca, cesión, reivindicación y de cualquier derecho real, los cuales también deberán inscribirse. Finalmente enfatiza que el tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada.

Todos los elementos descritos en el citado art. 23 caracterizan –desde luego– a la concesión minera, como lo desarrollaremos en seguida.

La forma usual y principal de adquirir una concesión minera es formulando un PETITORIO MINERO²⁸. Este constituye una solicitud o pedimento escrito de concesión minera que formula una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, legalmente capaz²⁹, denominada peticionario,

27 Art. 28 de la Ley 26821: “Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso. El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente”.

28 La forma derivada de adquisición de concesión minera es bajo cualquier modalidad contractual de traslado de dominio (compraventa, donación, permuta, dación en pago, aporte, etc.), sucesión, remate, entre otras. Todas estas modalidades deberán sujetarse a los mismos alcances que las concesiones originales.

29 Conforme a los arts. 31 y ss. de la LGM están incapacitados para solicitar concesiones mineras, y en general ejercer actividades de la industria minera durante el ejercicio de sus funciones o empleos, el Presidente de la República; los Miembros del Poder Legislativo y del Poder Judicial; los Ministros de Estado; por citar algunos ejemplos. Por contraposición, todas las personas no señaladas en dicha disposición tienen plena capacidad jurídica para ejercer todas las actividades de la industria minera previstas en la ley.

ante la autoridad minera competente³⁰, generándose un procedimiento administrativo especial³¹, con la finalidad de obtener por parte del Estado, como titular absoluto y originario de los yacimientos mineros, un TÍTULO HABILITANTE bajo la modalidad de concesión minera, que le permita al concesionario ejercer un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a dicho título, y los que la ley señale.

El procedimiento administrativo ordinario para la obtención de una concesión minera se encuentra detalladamente desarrollado en los arts. 117 al 128 de la LGM y 12 al 25 del Reglamento de Procedimientos Mineros. Es un procedimiento de carácter técnico y jurídico que se inicia con la formulación por el peticionante del petitorio minero ante la autoridad competente, y luego de transitar por varias etapas procedimentales sujetas al cumplimiento estricto de actos y diligencias que la ley establece para el peticionante, la autoridad minera y otras entidades estatales que deban intervenir, concluye con el otorgamiento por dicha autoridad del título definitivo de concesión minera, el cual habilita al concesionario el ejercicio de un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a ella. Este procedimiento se lleva a cabo de acuerdo a los principios de certeza, simplicidad, publicidad, uniformidad y eficiencia. La jurisdicción administrativa minera está a cargo del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Energía y Minas (en adelante,

30 Según sea el caso, las autoridades mineras competentes para recibir, admitir a trámite, tramitar petitorios de concesiones mineras y otorgar los títulos correspondientes son el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico-INGEMMET que tiene competencia nacional (incisos 13 y 14 del art. 3 de su Reglamento de Organización y Funciones, D.S. N.º 035-2007-EM); y las Direcciones Regionales de Energía y Minas únicamente para el caso de la pequeña minería y minería artesanal de alcance regional (inciso f del art. 59 de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales).

31 Es un procedimiento especial porque los principales actos y diligencias se encuentran regulados por normas del procedimiento administrativo minero contenidas en la LGM, el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por D.S. N.º 018-92-EM y otras leyes especiales. En caso de vacíos o deficiencias de estas normas se aplicará supletoriamente la Ley N.º 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General- conforme lo dispone el numeral 2 del art. II de esta última ley.

MINEM), específicamente por el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (en adelante, INGEMMET), y los gobiernos regionales, por medio de la Dirección Regional de Energía y Minas (en adelante, DREM), con lo cual se convierte en una jurisdicción descentralizada. Se funda, además, en el principio de la doble instancia administrativa, puesto que contra la resolución del Jefe del INGEMMET o del Director de la DREM, según el caso, cabe instaurar recurso de revisión ante el Consejo de Minería, órgano colegiado de segunda instancia, con cuya resolución concluye la vía administrativa minera. Y contra esta última puede interponerse un proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial, el cual tendrá por finalidad declarar la ineficacia o invalidez del acto administrativo emitido.

En relación a ello, la concesión minera no es un acto administrativo otorgado de oficio por el Administración Pública sino A SOLICITUD DE LA PARTE interesada, en virtud del petitorio minero formulado con arreglo a los requisitos establecidos legalmente³². Una vez cumplido estos requisitos la entidad competente tiene la obligación, por mandato legal, de otorgar el título minero correspondiente³³.

32 Según el art. 17 del Reglamento de Procedimientos Mineros, en la solicitud de petitorio minero (generalmente en formularios ya establecidos por la entidad competente) se deberá indicar la siguiente información:

- a. Los datos del peticionante, si es persona natural: sus nombres y apellidos, nacionalidad, domicilio, R.U.C. y estado civil, y los datos de su cónyuge, de ser el caso; y si es persona jurídica, denominación o razón social, domicilio, R.U.C., sus datos de inscripción en los registros públicos y los datos generales de su representante legal; si el petitorio fuere formulado por dos o más personas, se indicará los datos del apoderado común;
- b. Los datos del petitorio: nombre (que no debe ser igual a otro en trámite o concesión minera otorgada), ubicación (distrito, provincia y departamento), su clasificación en metálico o no metálico, el nombre de la carta nacional y zona, su extensión en hectáreas, las cuadrículas de la concesión identificada con coordenadas U.T.M., y los datos del propietario del terreno superficial donde se ubique la concesión minera solicitada, en caso fuere conocido;
- c. Declaración jurada de compromiso previo del peticionario mediante la cual este se compromete en los términos más generales a actuar, entre otros, con responsabilidad ambiental y social;
- d. El recibo de pago del derecho de vigencia correspondiente al primer año;
- e. El recibo de pago del derecho de tramitación equivalente al 10% de la U.I.T. vigente;
- f. La calificación de pequeño productor minero, de ser el caso; y
- g. La copia del documento nacional de identidad o carné de extranjería, de cada uno de los peticionarios y del representante legal o apoderado.

33 Cfr. el art. 21 del Reglamento de Procedimientos Mineros.

No es, en ese sentido, un acto discrecional sino obligatorio de la Administración. Es lo que se denomina en la doctrina un acto reglado, formal³⁴.

Por el título de concesión el Estado reconoce al concesionario un DERECHO REAL para realizar exclusivamente actividades mineras de exploración³⁵ y explotación³⁶ de los recursos minerales que se encuentren dentro del área concesionada debidamente delimitada por coordenadas Universal Transversal Mercator (U.T.M.), conforme a lo establecido en la resolución que concede dicho título y las leyes vigentes, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan³⁷. Obtiene, pues, por mérito del título, las facultades de explorar y explotar los recursos minerales de forma INDEFINIDA, ser propietario de las sustancias minerales extraídas, a usar el terreno superficial (previo acuerdo con su propietario), a solicitar servidumbre, derechos de agua, etc.

Cabe precisar que el concesionario no llega a ser propietario sino titular de la concesión, por cuanto el dominio sobre el yacimiento minero siempre permanece en manos del Estado como detentador originario.

Si bien es cierto el título que otorga la concesión minera confiere plena legitimidad a la adquisición de propiedad sobre los recursos minerales extraídos, no autoriza automáticamente al concesionario a realizar las actividades mineras de exploración y explotación, sino que este previamente deberá gestionar

34 Cfr. FORNO CASTRO POZO, Xenia. "El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante". En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, 2009, p. 59.

35 La exploración es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales (art. 8 de la LGM).

36 La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento (art. 8 de la LGM).

37 Cfr. el art. 127 de la LGM.

PERMISOS Y AUTORIZACIONES ADICIONALES ante las entidades administrativas competentes, tales como el certificado de inexistencia de restos arqueológicos, certificados ambientales, permiso para la utilización del terreno superficial mediante acuerdo previo con su propietario o la culminación de un procedimiento de servidumbre, permiso para la utilización de recursos hídricos, autorización para el uso de insumos químicos, la misma autorización de inicio de actividades de exploración y/o explotación de minerales, entre otros, que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar³⁸.

Un aspecto que debe anotarse es que la concesión minera cuando aún está en su etapa de petitorio no cuenta con la aprobación formal de la autoridad minera para llevar a cabo actividades de exploración y explotación de minerales, pues en dicha situación es tan sólo un derecho real expectatio, en formación, una esperanza de futura adquisición de un derecho que tendrá existencia jurídica concreta cuando se otorgue el acto administrativo que lo materialice: la resolución que otorga la concesión minera con la constancia de firme³⁹. Ejecutar dichas actividades en etapa de petitorio constituye una actividad ilícita⁴⁰.

38 Cfr. los arts. 23 y 75 del Reglamento de Procedimientos Mineros.

39 De esta manera lo ha entendido el Tribunal Registral mediante la resolución n.º 283-2008-SUNARP-TR-A de 26 de setiembre de 2008, fundamentos 3, 4 y 5.

40 El art. 307-A del Código Penal, incorporado por el Decreto Legislativo 1102, regula el “Delito de Minería Ilegal” en los siguientes términos: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño ambiental o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta y ocho jornadas”.

El derecho real que adquiere el concesionario, con el que le faculta a oponer su derecho a terceros “con todos los atributos que la ley le reconoce” (art. 10 de la LGM), tiene NATURALEZA ADMINISTRATIVA, por cuanto el derecho recae sobre bienes de dominio público como son las concesiones mineras, cualquiera sea la naturaleza de las sustancias que contenga (metálicas y no metálicas), y también porque es otorgado por un ente administrativo autorizado por ley y sustentado en normas de Derecho Público.

Sobre el carácter de bien de dominio público de la concesión minera, el Tribunal Constitucional⁴¹ ha establecido lo siguiente:

“La concesión minera no es un contrato sino un ACTO ADMINISTRATIVO, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público⁴².

La concesión minera debe entenderse como un ACTO JURÍDICO DE DERECHO PÚBLICO en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos no renovables”.

41 Exp. N° 0048-2004-PI/TC, fundamento 108.

42 “Interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público” (Exp. N.° 0090-2004-AA/TC de 5 de julio de 2004, fundamento 11).

La concesión minera obtenida por particulares (y por el Estado con arreglo a las leyes vigentes) tiene naturaleza de BIEN INMUEBLE, conforme es concebido por los incisos 3 y 8 del art. 885 del Código Civil, susceptible de ser inscrita en el Registro de Derechos Mineros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) a fin de hacerla oponible a los terceros y al propio Estado, sin cuyo requisito no surtirá plenos efectos⁴³.

Es también la concesión minera un bien **DISTINTO Y SEPARADO DEL PREDIO** donde se encuentra ubicada, regulándose cada uno de ellos por regímenes legales diferentes: Derecho Civil y Derecho Minero; y cuyos títulos dominiales pueden pertenecer, total o parcialmente, a la misma o diferentes personas. La ley minera (art. 9) refiere que las partes integrantes –labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales– y accesorias –todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión– de la concesión minera siguen la condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias⁴⁴.

Sobre la total independencia de la concesión respecto del predio, el Consejo de Minería se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia⁴⁵ expresando ilustrativamente lo siguiente: “(...) una concesión minera es un inmueble distinto y separado

43 Art. 106 de la LGM: “Los actos, contratos y resoluciones no inscritos, no surten efecto frente al Estado ni frente a terceros”.

44 Art. 887 del Código Civil: “Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”; art. 888: “Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien...”; y art. 889: “Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de este, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación”.

45 Véase las resoluciones n.ºs 547-2015-EM/CM de 6 de agosto de 2015; 043-2000-EM-CM de 4 de febrero de 2000, 050-2002-EM/CM de 5 de junio de 2002; entre otras.

del terreno superficial donde se ubica, consecuentemente, el otorgamiento de un título de concesión minera no concede la propiedad del terreno superficial donde se ubica la concesión. De necesitarse el uso del terreno superficial para desarrollar cualquiera de las actividades mineras de exploración y/o explotación se requiere acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación de un procedimiento de servidumbre”.

La unidad básica de medida de la concesión minera es una figura geométrica denominada HECTÁREA, que adopta la forma de un sólido de profundidad indefinida limitado por cuatro planos verticales correspondientes a un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrado, cuyos vértices están referidos a coordenadas U.T.M. Las concesiones se otorgarán en extensiones de 100 a 1,000 hectáreas, salvo cuando se ubique en dominio marítimo que podrá ser de 100 hasta 10,000 hectáreas (arts. 9 y 11 de la LGM).

Otras de las notas importantes de la concesión minera es su carácter IRREVOCABLE en la medida que no se encuentre inmersa en alguna causal de extinción⁴⁶. También es DIVISIBLE pudiéndose fraccionar en tantas concesiones como sean solicitadas, guardando las extensiones mínimas exigidas.

Finalmente, a nivel de resumen, en la doctrina Basadre Ayulo⁴⁷ define a la concesión minera de la siguiente manera, que

46 De acuerdo al art. 58 de la LGM, las concesiones mineras se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación. La *caducidad* se produce por el no pago oportuno del derecho de vigencia o de la penalidad, según sea el caso, durante dos años consecutivos (art. 59); el *abandono* por el incumplimiento del interesado de las normas del procedimiento minero aplicables al título en formación (art. 62); la *nulidad* por haber sido formuladas por persona inhábil, por ejemplo por el Presidente de la República (art. 63), la *renuncia* por la dejación voluntaria y expresa de la concesión, siendo suficiente la solicitud que presente el titular (art. 139); y la *cancelación* cuando existe superposición a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable (art. 64). La consecuencia de la caducidad es la reversión de la concesión minera al Estado, por ser su detentador originario.

47 BASADRE AYULO, Jorge. *Op. cit.*, p. 130.

compartimos y hacemos nuestra por contener sus elementos y caracteres esenciales, que hemos desarrollado líneas arriba:

“Conforme a la ley peruana, la concesión es el modo derivado por medio del cual el Estado otorga el derecho real sobre las sustancias mineras que se encuentran en el perímetro de esta a cualquier particular con capacidad minera, para que realice las actividades permitidas por la ley y la titularidad minera. Ingresas así al patrimonio de los particulares. Ninguna otra forma de adquisición originaria, salvo el contrato con el Estado, surtirá efectos jurídicos válidos. Conviene resaltar que el petitorio formal origina la concesión minera. Además, el Estado se reserva el dominio virtual sobre el yacimiento, veta o filón concedido e interviene en su explotación y en las actividades conexas como organismo vigilante e impositivo de contribuciones fiscales. El título de concesión es irrevocable e indefinido si se cumplen las condiciones de la ley”.

1.3. Marco legal de la pequeña minería y minería artesanal

Esta figura legal ha sido reconocida oficialmente por nuestro país a principios de este siglo al promulgarse la Ley N° 27651 –Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal– y su reglamento aprobado por D.S. N° 013-2002-EM. El objeto de dicha Ley, señala su art. 1, fue introducir en la legislación minera un marco legal que permita una adecuada regulación de las actividades mineras desarrolladas por pequeños productores mineros y mineros artesanales, propendiendo a la formalización, promoción y desarrollo ordenado y eficiente de las mismas, en armonía con el medio ambiente y con estándares adecuados de seguridad e higiene minera.

La promulgación de esta normatividad se da en un situación de marginación de la llamada minería a pequeña escala, por la ausencia de políticas económicas y sociales, diferenciadas y selectivas, respecto de un Estado que en la década de los 90 inició su proceso la modernización, que incluía su marco jurídico, con la apertura de los mercados y la captación de la inversión privada internacional, especialmente en el sector extractivo como la actividad minera a gran escala. Solo basta señalar que con la promulgación del TUO de la LGM en el año 1992, el Estado se obligaba a proteger la pequeña y mediana minería (art. III, antes de su sustitución por el art. 4 de la Ley 27651), pues en ese entonces la pequeña minería y la minería artesanal ya constituía un fenómeno importante en muchas partes del Perú y del mundo. Esa falta de atención a un problema real provocó un estado de informalidad e ilegalidad de gran parte de la minera a pequeña escala, que hasta nuestros días se ha agravado⁴⁸.

Bajo ese contexto, y habiéndose declarado la actividad minera ilegal e informal como enemigo público, el Congreso de la República, mediante Ley N° 29815, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, con la finalidad de contrarrestar frontalmente la minería ilegal y, de manera integral, buscar el ordenamiento y la formalización de aquellos que realizan actividades mineras en pequeña escala y al margen de la ley; remediar los impactos ambientales ocasionados por esta actividad; así como erradicar la criminalidad asociada a ella a través de medidas de interdicción y persecución penal; entre otros.

⁴⁸ Sobre este marco histórico puede cfr. el dictamen de la Comisión de Energía y Minas del Congreso recaído en los Proyectos de Ley N°s. 836-2001/CR y 845-2001/CR, los cuales dieron mérito a la Ley N° 27651.

En ejercicio de esas facultades, el Gobierno emitió un conjunto de normas⁴⁹ que configuran un nuevo marco legal para hacer frente a la minería ilegal en nuestro país, entre ellas el Decreto Legislativo 1105. Esta normativa es de particular interés para los fines de este trabajo por cuanto regula los pasos para la formalización minera, siendo la celebración de contratos de explotación una de las alternativas para acreditar la titularidad del derecho minero que dicho proceso exige, como veremos más adelante.

Ahora bien, de acuerdo al art. III de la LGM, que precisamente fue modificado por la Ley 27651, “*el Estado protege y promueve la pequeña minería y la minería artesanal, así como la mediana minería, y promueve la gran minería*”. El art. 1 del Decreto Legislativo 1100 ratifica este precepto al señalar que “*el Estado promueve el ordenamiento y la formalización con inclusión social de la minería a pequeña escala*”⁵⁰. Estas disposiciones denotan que la minería en nuestro país se desarrolla en función de TRES ESTRATOS separados y bien definidos: la gran minería, la mediana minería y la minería en pequeña escala, dentro de esta última tenemos a la pequeña minería y minería artesanal.

La GRAN MINERÍA abarca todas las actividades de la industria minera que nuestra legislación prevé (art. VI de la LGM.): cateo⁵¹, prospección⁵², exploración, explotación, labor

49 Decretos Legislativos 1099, que aprueba acciones de interdicción de la minería ilegal en el departamento de Puno y remediación ambiental en las cuencas de los ríos Ramis y Suches; 1100, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias; 1101, que establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal; 1102, que incorpora al Código Penal vigente nuevos delitos sobre minería ilegal; 1103, establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos que puedan ser utilizados en la minería ilegal; 1104, que modifica la legislación sobre pérdida del dominio; 1106, que otorga lineamientos para lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y al crimen organizado; y 1107, que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de las maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en la minería ilegal así como del producto minero obtenido en dicha actividad. Para un mayor conocimiento sobre estos decretos legislativos, véase: IPENZA PERALTA, César A. *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, 1ra. edición, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima 2012, pp. 75-128.

50 Este art. 1, asimismo, declaró de necesidad pública, interés nacional y de ejecución prioritaria las acciones de interdicción relacionadas con la minería ilegal, a fin de garantizar la salud de la población, la seguridad de las personas, la conservación del patrimonio natural y de los ecosistemas frágiles, la recaudación tributaria y el desarrollo de actividades económicas sostenibles.

51 El cateo es la actividad conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales (art. 1 de la LGM).

52 La prospección es la actividad de investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión (art. 1 de la LGM).

general⁵³, beneficio⁵⁴, comercialización⁵⁵ y transporte minero⁵⁶. Se caracteriza por ser altamente mecanizada y por explotar yacimientos de clase mundial principalmente a cielo abierto⁵⁷. La actividad que se realiza en la gran minería es con una capacidad productiva mayor a 5,000 toneladas métricas por día (TM/d).

La MEDIANA MINERÍA, por su parte, agrupa alrededor de 100 empresas que operan unidades mineras principalmente subterráneas. Este sector, si bien se caracteriza por contar con un considerable grado de mecanización y adecuada infraestructura, limita sus operaciones a la extracción y concentración de minerales, por lo que la fundición y refinación principalmente están a cargo de empresas de la gran minería⁵⁸. En este estrato la actividad se realiza con una capacidad productiva entre 350 y 5,000 TM/d.

La PEQUEÑA MINERÍA, según se desprende del vigente art. 2 de la Ley 27651, es la actividad minera habitual de explotación y/o beneficio directo de sustancias metálicas y no metálicas ejercida a pequeña escala, llevadas a cabo únicamente por personas naturales o conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o por cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras sin propósito de lucro, dentro de los

53 Labor general es la actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios (art. 19 de la LGM).

54 Beneficio es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que realiza su titular para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales. Comprende las siguientes etapas: a) la preparación mecánica, proceso por el cual se reduce de tamaño, se clasifica y/o lava un mineral; b) la metalurgia, conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos que se realizan para concentrar y/o extraer las sustancias valiosas de los minerales; y c) la refinación que es el proceso para purificar los metales de los productos obtenidos de los procedimientos metalúrgicos anteriores (art. 18 de la LGM).

55 No existe una definición legal de esta actividad. El art. 3 de la LGM se limita a señalar que la comercialización de productos minerales es libre, interna y externamente y para su ejercicio no se requiere el otorgamiento de una concesión. Sin embargo, la comercialización puede definirse como la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera.

56 Transporte es un sistema utilizado para el transporte masivo y continuo de productos minerales, por métodos no convencionales. Los sistemas a utilizarse podrán ser: fajas transportadoras, tuberías o cable carriles (art. 22 de la LGM).

57 Cfr. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario minero 2014*, 1ra. edición, Lima, marzo 2015, p. 16.

58 *Ibidem*.

límites de extensión y capacidad instalada de producción y/o beneficio establecidos legalmente, utilizando métodos y/o equipos medianamente tecnificados y empleo de mano de obra local, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas y, por consiguiente, fortalecer su desarrollo a nivel nacional. Los límites de esta actividad son de entre 1,000 hasta 2000 hectáreas y/o con una capacidad productiva entre 25 y 350 TM/d.

En cuanto a la MINERÍA ARTESANAL es también aquella actividad llevada a cabo por las mismas personas para la pequeña minería y dentro de los límites de extensión y capacidad que la ley establece, pero utilizando intensivamente su propia mano de obra y métodos manuales⁵⁹ y/o equipos básicos⁶⁰, con la finalidad esencial de subsistencia de quienes la ejercen⁶¹, generando, además, beneficios colaterales productivos en las áreas de influencia de sus operaciones, que son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo. Se realiza sobre 100 hasta 1000 hectáreas y/o con una capacidad productiva menor a 25 TM/día.

Como se advierte, la diferencia entre los tipos de minería está en función, uno respecto del otro, a la calidad de personas que lo realizan; el tipo de actividad de la industria minera; la finalidad de su ejercicio; los medios y métodos usados en su ejecución; y

59 Métodos manuales son aquellos que involucran la fuerza física, habilidad manual y destreza personal, para la extracción y escogido de minerales, así como para la recuperación de metales por métodos sencillos de beneficio tales como gravimetría, amalgamación, cianuración, lixiviación y otros en pequeña escala (art. 2 del D.S. N.º 013-2002-EM).

60 Equipos básicos son las lampas, picos, combas, barretas, cinceles, carretillas, carros mineros, zarandas, quimbaletes, maritatas, tolvas, perforadoras eléctricas y bombas eléctricas de hasta cuatro pulgadas de diámetro y de hasta 25 HP, y demás elementos y equipos similares, para la extracción y beneficio de sustancias auríferas, cupríferas, polimetálicas y no metálicas. (Cfr. art. 2 del D.S. N.º 013-2002-EM).

61 Actividad minera como medio de sustento es aquella realizada por los productores mineros artesanales, en el ámbito de una circunscripción territorial, cuyos productos están destinados al sustento familiar. No constituye actividad minera de sustento la transferencia o cesión de su derecho minero, salvo para la realización de tal actividad; ni la celebración de acuerdo o contrato de explotación sobre el total o parte del área de su derecho minero (Cfr. art. 2 del D.S. N.º 013-2002-EM).

la amplitud de la actividad, la cual toma en cuenta la capacidad productiva (según el número de toneladas métricas que se produce por día) y el tamaño de la concesión minera (según el número de hectáreas que se posee). La mediana y gran minería se asimilan, por otro lado, en el tamaño de la concesión minera que poseen que en cualquier caso es mayor a 2,000 hectáreas, en muchos casos también en la finalidad y en la calidad de personas que llevan a cabo la actividad minera. En cuanto a los dos tipos de minería a pequeña escala estas son asimilables en los dos primeros criterios, aunque también en muchos casos ambos podrían ejercerse para mejorar las condiciones de vida de las poblaciones aledañas y de su propia subsistencia y sus familias, pues las diferencias son sutiles; y en los otros sí existen marcadas diferencias, sobre todo en la cantidad de hectáreas que se posee como en la capacidad de producción mínima y máxima diaria.

Las diferencias entre las categorías jurídicas pequeña minería y minería artesanal parte de los requisitos que el art. 91 de la LGM exige para tener las condiciones de pequeño productor minero y productor minero artesanal.

Así, de acuerdo a dicha norma son PEQUEÑOS PRODUCTORES MINEROS los que:

- i. En forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales; y
- ii. Posean, por cualquier título, hasta 2,000 hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; y, además.
- iii. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de 350 TM/d.

En el caso de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada será de hasta 1200 TM/d. Y en el caso de los yacimientos metálicos tipo placer (“lavaderos”), será de 3,000 m³/d.

Y son PRODUCTORES MINEROS ARTESANALES los que:

- i. En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos;
- ii. Posean, por cualquier título, hasta 1,000 hectáreas, entre denuncias, petitorios y concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros; y, además;
- iii. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de 25 TM/d. En el caso de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada será de hasta 100 TM/d. Y en el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, será de 200 m³/d.

La condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal está en función al cumplimiento ineludible de la concurrencia de los requisitos de extensión (cantidad de hectáreas) y capacidad de producción diaria. Su verificación está a cargo de la Dirección General de Minería del MINEM, quien emitirá la respectiva constancia calificándolo como tales, y cuya vigencia será de dos años, renovable.

En cuanto a la MINERÍA ILEGAL, esta es definida en el literal a del art. 2 del Decreto Legislativo 1105 como aquella actividad ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (sea pequeño minero o minero artesanal conforme al art. 91 citado) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medio ambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas prohibidas⁶² para su ejercicio.

Por su parte será MINERÍA INFORMAL (literal b del citado art. 2) cuando dicha actividad se realiza en zonas no prohibidas para la actividad minera y quienes la ejercen, además, hayan iniciado un proceso de formalización.

Como se advierte el criterio diferenciador entre minerías ilegal e informal está en función al lugar donde se ejerce la actividad minera, según se lleve a cabo en zona prohibida o no prohibida para la minería, en este último caso, además, que la persona o grupo de personas hubieren solicitado el proceso de formalización.

Existen otras disposiciones legales complementarias dadas por el gobierno central durante este tiempo, con la finalidad de coadyuvar al proceso de formalización definitivo de la minería ilegal e informal⁶³, que en su inicio estuvo previsto

62 Zonas prohibidas son por ejemplo las riberas de ríos, lagos, lagunas; cabeceras de cuenca, zonas de amortiguamiento, reservas y zonas arqueológicas; áreas declaradas como de no admisión de petitorios mineros; áreas de prospectos y/o proyectos mineros insertos en proceso de promoción de la inversión privada y/o que cuenten con garantías y medidas de promoción a la inversión; zonas urbanas o de expansión urbana; áreas naturales protegidas (parques y santuarios nacionales, reservas nacionales, comunales y paisajísticas, refugios de vida silvestre, bosques de protección, cotos de caza y áreas de conservación regionales); bosques o zonas boscosas; red vial nacional, oleoductos, cuarteles, puertos u obras de defensa nacional e instituciones del Estado con fines de investigación científico-tecnológico; etc.

63 Por ejemplo, el D.S. N° 029-2014-PCM, que aprobó la Estrategia de Saneamiento de la Pequeña Minería y de la Minería Artesanal.

que concluiría el año 2016, pero como se sabe aún existen dificultades técnicas y legales⁶⁴ para terminar con dicho proceso. Debe pues, el Estado, continuar ejerciendo acciones concretas para ello.

1.4. El proceso de formalización minera

El proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal está definido en el art. 3 del Decreto Legislativo 1105 como *“aquél mediante el cual se establecen y administran los requisitos, plazos y procedimientos para que el sujeto de formalización pueda cumplir con la legislación vigente”*. Este sujeto puede ser una persona natural, jurídica o un grupo de personas organizadas para ejercer actividad minera. Dicho proceso se inicia con la presentación de declaración de compromisos y concluye con la autorización para inicio/ reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales por parte del Gobierno Regional, a través de su DREM, previa opinión favorable del MINEM.

La normativa ha señalado los pasos necesarios para que el minero informal sea considerado como formal. Así el art. 4 del mismo dispositivo legal señala los siguientes:

- i. Presentación de declaración de compromisos (ante el Gobierno Regional).
- ii. Acreditación de titularidad, contrato de cesión, ACUERDO O CONTRATO DE EXPLOTACIÓN sobre la concesión minera (inscrito en Registros Públicos).

⁶⁴ Este tema ya lo hemos evidenciado en otro lado. Por ejemplo, a la fecha ningún bien mueble, acto o derecho vinculado a la pequeña minería y minería artesanal (cargadores frontales, excavadoras, compresoras, perforadoras, entre otros) ha sido inscrito en el Registro de Bienes Muebles vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal de la SUNARP, por no haber identificado el Ministerio de Energía y Minas dichas maquinarias, lo que hacen ver que los objetivos de contrarrestar la minería ilegal y promover el ordenamiento y la formalización de los pequeños y mineros artesanales no se están cumpliendo. Cfr. HARO BOCANEGRA, Ivan. *“Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal...”*. Op. cit., pp. 353-354.

- iii. Acreditación de propiedad o autorización de uso del terreno superficial (inscrito en Registros Públicos).
- iv. Autorización de uso de aguas (por la Autoridad Nacional del Agua)
- v. Aprobación del instrumento de gestión ambiental correctivo (se gestiona ante el Gobierno Regional).
- vi. Autorización para inicio/reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales (por el Gobierno Regional, previa opinión del MINEM).

Con la presentación de la referida declaración de compromisos el solicitante se encuentra dentro del proceso de formalización. Cada paso es un requisito del anterior, sin perjuicio de que algunos pudieran tramitarse de manera simultánea. Empero, adicionalmente a los 6 requisitos señalados, el sujeto de formalización debe contar con un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos respecto del área donde se lleva a cabo la actividad minera, el cual será otorgado por el Ministerio de Cultura. Además deberá contar con un Certificado de Capacitación básica requerida para el ejercicio de la actividad minera materia de formalización, emitido por el gobierno regional competente. También debe contar con una Constancia de Registro de las Maquinarias que se utilizarán para el desarrollo de las actividades mineras en la SUNARP⁶⁵.

En lo que concierne a la acreditación de titularidad mediante el acuerdo o contrato de explotación sobre la concesión minera debidamente inscrito en registros públicos, el art. 6 del Decreto Legislativo 1105 establece:

⁶⁵ La inscripción de estas maquinarias se efectúa conforme al Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal en el Registro de Bienes Muebles, aprobado por Resolución N° 091-2013-SUNARP-SN. Sobre este tema véase nuestros comentarios a dicho reglamento: *Op. cit.*

“El título de concesión minera no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que para dicho fin se requiere de determinadas medidas administrativas o títulos habilitantes establecidos por ley.

La acreditación a que se refiere el presente artículo podrá darse mediante la suscripción de un contrato de cesión o de un acuerdo o contrato de explotación, de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente. Los contratos anteriormente mencionados deberán encontrarse debidamente inscritos ante la SUNARP.

Mediante la suscripción del contrato de cesión minera, conforme se encuentra establecido en la ley de la materia, el sujeto de formalización que lo suscriba se sustituye en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente.

Mediante la suscripción del acuerdo o contrato de explotación, el titular del derecho minero quedará liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo que asume el minero interesado en su formalización. El acuerdo o contrato de explotación en el marco del presente proceso de formalización podrá ser suscrito utilizando el modelo contenido en el Anexo 2 del presente dispositivo.

Los Gobiernos Regionales o el MINEM podrán intervenir, a solicitud de las partes, como intermediarios en las negociaciones de los acuerdos o contratos de explotación, ejerciendo el papel de facilitador y orientador de las partes en negociación”.

Debe destacarse de este dispositivo legal que el contrato de explotación al igual que el de cesión minera⁶⁶ constituyen MEDIOS ALTERNATIVOS PARA ACREDITAR LA TITULARIDAD que permita al sujeto de formalización cumplir con su objetivo de formalizarse, debiendo dichos contratos constar inscritos en el Registro de Derechos Mineros, en la partida electrónica correspondiente a la concesión minera objeto del contrato. La otra forma de acreditación es, naturalmente, con la titularidad originaria sobre la concesión.

Cumplidos los pasos señalados y previa opinión favorable del MINEM, el art. 12 del citado decreto legislativo establece que el gobierno regional correspondiente emitirá la resolución de inicio y/o reinicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio de minerales, con la cual culminará el proceso de formalización, considerándose como formales a las personas naturales o jurídicas que se sometieron a dicho proceso, pudiendo ejercer las actividades mineras correspondientes de manera lícita.

Finalmente conviene señalar las ventajas que tienen los mineros formalizados, entre las que destacamos las siguientes: les permite permanecer en su área de operaciones, sin tener que ser desalojados, pudiendo invertir en su actividad sin temer ningún riesgo de pérdida; genera derechos incuestionables, que eliminan los conflictos que pudieran surgir con la comunidad y/o con terceros; permite adquirir los insumos que se utiliza en las labores mineras a precio de mercado, sin tener que pagar sobrepagos; son beneficiados con incentivos legales en el aspecto laboral, salud y seguridad, así como en programas de capacitación en el área legal,

⁶⁶ El contrato de cesión minera es el equivalente al contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil, pero con particularidades propias. En virtud de aquel, conforme lo señala el art. 166 de la LGM, "el concesionario podrá entregar su concesión minera, de beneficio, labor general o transporte minero a tercero, percibiendo una compensación. El cesionario se sustituye por este contrato en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente".

técnica, y de gestión ambiental; permite acceder a créditos y financiamientos, pues puede utilizar el derecho minero como garantía de pago; entre otros⁶⁷.

Es pues, este, el contexto normativo y fáctico donde concretamente el contrato de explotación minera artesanal se desenvuelve.

II. El contrato de explotación minera

La Ley General de Minería no define a los contratos mineros⁶⁸; mas, sí remite que estos se rigen por las reglas generales del derecho común (Código Civil), en tanto no se oponga a dicha ley especial (art. 162). Las disposiciones del código sustantivo, a su vez, se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, como la Ley Minera, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza (art. IX). En esa línea, los contratos mineros tendrán que definirse necesariamente en consonancia con lo que estipula la normativa civil, con las particularidades propias de la normativa minera.

67 Sobre las ventajas de ser un minero formal, cfr. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. "Guía para los Pequeños Mineros y Mineros Artesanales. ¿Qué debo saber para ejercer actividades mineras formalmente?", 2ª edición, Lima, 2011, pp. 14-15. Como contraparte –*ibidem*– se muestran las desventajas de ser un minero informal, así tenemos: (i) genera inestabilidad laboral, al no contar con un área permanente de trabajo; (ii) lo expone a constantes conflictos, dentro de la comunidad y frente a terceros; (iii) le impide realizar inversiones que permitan mejorar sus operaciones, ya que tiene el constante peligro de ser desalojado en cualquier momento; (iv) obliga a pagar sobrepagos –en los llamados "mercados negros"– al momento de comprar los insumos que utiliza en sus labores mineras; (v) no le permite acceder a los beneficios mínimos que otorga la ley, tanto en el aspecto laboral, como de salud y seguridad; (vi) le dificulta ser sujeto de crédito o tener acceso a fuentes de financiamiento que permitan el desarrollo de sus actividades; (vii) no accede a las medidas adicionales de apoyo al sector, tales como capacitaciones legales, tecnológicas, operativas, administrativas y de gestión ambiental, que ha establecido la legislación en favor de los mineros formales; entre otras.

68 El Título Décimo Tercero de la LGM regula expresamente los contratos mineros con los *nomen iuris* siguientes: transferencia, cesión minera, opción, hipoteca, prenda (derogada por la Ley 28677), sociedades contractuales y legales, y de riesgo compartido o *joint venture*. Sin embargo, según la misma LGM (arts. 104 y 108) la contratación minera es de enumeración abierta (*numerus apertus*), pudiéndose celebrar contratos y/o actos de cualquier naturaleza, siempre que se relacionen con actividades mineras y no infrinjan normas de orden público, por ejemplo el caso típico es la servidumbre no regulada en esta Ley, otro caso es el contrato de explotación minera artesanal a que se refiere la Ley 27651. Refuerzan esta tesis abierta los arts. 6 y 42 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, aprobado por resolución N° 052-2004-SUNARP-SN de 12 de febrero de 2004.

El art. 1351 del Código Civil define al contrato como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Dicho acuerdo se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, esto es, el consentimiento de las partes, el cual se exterioriza mediante sus respectivas declaraciones de voluntad; requiriéndose, además, para su validez y eficacia, otros requisitos esenciales como la plena capacidad de las partes, que el objeto sea física y jurídicamente posible, tenga fin lícito y observarse la forma prescrita bajo sanción de nulidad, conforme lo dispone el art. 140 del citado Código.

En tal sentido, debe entenderse por CONTRATO MINERO al acuerdo de dos o más voluntades destinadas a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial derivada de la ejecución de actividades de la industria minera reguladas en la LGM, como son el cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero; y de todas aquellas que el Estado las califique como tales⁶⁹. Son pues, los contratos mineros, instrumentos legales mediante los cuales se crean regulan, modifican o extinguen derechos y obligaciones en las diferentes fases de la industria minera señaladas. Una vez celebrado el contrato minero este constituye para el beneficiario título suficiente para el ejercicio pleno de la actividad minera contratada, sin perjuicio de obligaciones adicionales que la ley prevé.

2.1. Definición

Como hemos venido exponiendo, la explotación es la actividad de la industria minera que tiene por finalidad la extracción de los minerales contenidos en un yacimiento. Se lleva a cabo mediante la actividad denominada “desarrollo” que es el

69 La intervención del Estado en la calificación de las actividades mineras objeto de los contratos mineros es solo aparente, en tanto la contratación minera se desenvuelve plenamente dentro del ámbito del Derecho Privado, limitándose en este campo a la inscripción de los contratos en los registros públicos. Desde luego se evidencia una mayor y plena intervención del Estado en otros aspectos como en la jurisdicción minera. Así: BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*, 5ta. edición, Editorial San Marcos, Lima 2013, p. 261.

conjunto de operaciones necesarias que realiza el concesionario para hacer posible la explotación, extracción o captación de los minerales yacientes en el subsuelo del área de la concesión.

Los sistemas técnicos clásicos para llevar a cabo la extracción de minerales son dos: (i) a cielo o tajo abierto, que se usa cuando los minerales a explotar se ubican casi en la superficie del terreno, dispersos o diseminados, o se encuentran al aire libre; y, (ii) a tajo cerrado o subterráneo, el cual se ejecuta en socavones, galerías o túneles, pues el mineral se encuentra en el subsuelo en forma de vetas o filones. El método a usar dependerá de varios factores, fundamentalmente de las características del yacimiento.

Para ejercer esta actividad se requiere de un título de concesión minera otorgado por la autoridad minera competente (INGEMMET o DREM, según el caso). Con este título el concesionario está habilitado legalmente para ejercer exclusivamente no solo las labores de explotación de minerales dentro de un área delimitada por coordenadas U.T.M., conforme a lo establecido en dicho título y a las leyes vigentes, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan, sino también labores de exploración. Esta actividad minera, fase previa indispensable para la explotación, tiene por finalidad demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales⁷⁰.

70 A nivel de derecho comparado el Código de Minas colombiano (Ley 685 de 15 de agosto de 2001) contiene una definición muy ilustrativa de esta actividad minera que nos puede servir de complemento. Refiere que “los estudios, trabajos y obras a que está obligado el concesionario durante el periodo de exploración por métodos de subsuelo, son los necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras”. Los trabajos de exploración “se ejecutarán con estricta aplicación de los criterios y reglas de orden técnico, propios de las ciencias y prácticas de la geología y la ingeniería de minas, así como con las normas y guías adoptadas por el Gobierno”. Y “estarán dirigidos a establecer y calcular técnicamente las reservas del mineral o minerales, la ubicación y características de los depósitos o yacimientos, la elaboración detallada del plan minero por ejecutarse, los medios y métodos de explotación, y la escala y duración factibles de la producción esperada” (arts. 78, 79 y 80).

Un ejemplo concreto que grafica la exploración minera es el desarrollo de bocas de mina, niveles, subniveles, chimeneas, depósitos para minerales extraídos, etc., que supone la preparación técnica viable para iniciar las labores de explotación de minerales ubicados.

En ese sentido, de forma general, puede definirse al contrato de explotación minera como el acuerdo entre el titular de concesión minera (Titular Minero) y otra persona natural o jurídica legalmente capaz (Operador Minero), con la finalidad que este último desarrolle y ejecute exclusivamente la extracción de minerales en una parte perfectamente definida o en el área total de la concesión, a cambio de una contraprestación a favor del titular y por un plazo determinado o indeterminado, al cabo del cual el Operador devolverá la concesión en la situación que se encuentre, no siendo responsable de la disminución de sustancias minerales que a consecuencia de la explotación sobrevenga, sin perjuicio de remediar los daños ambientales, sociales o de otra índole que por esa misma razón se hayan generado.

Y una definición específica vinculada a la minería a pequeña escala la encontramos en el art. 18 del D.S. N° 013-2002-EM, según el cual “por el acuerdo o contrato de explotación el titular de un derecho minero autoriza a personas naturales o jurídicas a desarrollar actividad minera artesanal para extraer minerales en una parte o en el área total de la concesión minera, a cambio de una contraprestación”. La particularidad de este contrato especial es que constituye un requisito alternativo a la tenencia de derechos mineros para acreditar la condición de productor minero artesanal según lo previsto en el art. 91 de la LGM.

La noción general de contrato de explotación debe aplicarse a la contratación minera del régimen común, más no al régimen especial de la pequeña minería y minería artesanal que tiene elementos particulares, aunque ambas –como se podrá advertir– tienen elementos comunes. La característica más saltante en el caso de la explotación minera artesanal es que dicha actividad se desarrolla con la finalidad esencial de subsistencia del Operador y de su familia, y de mejorar

las condiciones de vida de las poblaciones aledañas a las operaciones de explotación.

Debemos anotar que en la práctica comúnmente sucede que en virtud de este contrato, si bien tiene el nomen iuris de “explotación minera”, también se otorga el derecho de exploración, de tal manera que el Operador ejecute, a su manera, los estudios, trabajos y obras necesarios para la extracción de minerales que él mismo va desarrollar.

2.2. Naturaleza jurídica

El contrato materia de estudio no constituye un acto de disposición, pues la concesión minera o parte de ella, entregada para su explotación, se mantiene en el dominio del Titular. Tampoco constituye una forma de arrendamiento, aunque tengan características similares, pues el Operador no podría cumplir con su obligación de devolver la concesión minera al Titular, luego de vencido el plazo, en el estado en que lo recibió sin más deterioro que el de su uso ordinario, conforme lo establece el art. 168, inciso 10, del Código Civil.

Por este contrato el Titular Minero (concesionario o cesionario, según el caso⁷¹) se obliga a entregar su concesión minera o parte de ella, a favor de un tercero denominado Operador Minero, para que este extraiga minerales, y eventualmente también explore, a cambio de una contraprestación en beneficio de aquel. Dicha explotación se otorga A TÍTULO

71 El cesionario, por virtud de los arts. 166 (“el cesionario se sustituye por este contrato en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente”) y 170 (“el contrato de cesión minera podrá ser transferido en su totalidad a tercero, con el consentimiento expreso del cedente”) de la LGM, está habilitado para celebrar todo tipo de actos y contratos necesarios para la actividad minera de la concesión, como el caso de contratos de explotación, exigiéndose como dos únicos requisitos: que el cedente titular de la concesión objeto de explotación lo autorice previa o simultáneamente, y que no exceda el plazo de vigencia de la cesión.

DE USUFRUCTO⁷², es decir, el Operador tiene las facultades de usar⁷³ y disfrutar⁷⁴ la concesión minera o parte de ella en la forma normal y acostumbrada de acuerdo con su naturaleza, esto es, explotar los recursos minerales, no teniendo la obligación de conservar la sustancia (mineral⁷⁵), sino la de respetar el destino económico de aquella conforme a lo pactado y a lo que disponga la ley para dicha actividad minera.

Desde luego el derecho de explotación minera no es un derecho de usufructo, pero su goce y disfrute (explotación) sí se realiza a título de usufructo, con las más amplias facultades, a fin de obtener al máximo los provechos de los minerales extraídos, quedando a discreción del Operador Minero los actos y momentos del aprovechamiento del recurso mineral, salvo que se pacte –como usualmente se hace– la extracción de determinada cantidad de minerales en un cierto periodo de tiempo, dentro de la vigencia del contrato.

Este tema no lleva a mencionar un aspecto que en la doctrina y legislación, nacional y extranjera actual, no existe consenso: ¿puede constituirse derecho de usufructo sobre las concesiones mineras?, habida cuenta que una de

72 El art. 999 del Código Civil regula la definición y características del usufructo de la siguiente manera: “El usufructo confiere la facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Puede excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades. El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto en los artículos 1018 a 1020”.

73 “El derecho de uso tiene por objeto el servirse materialmente de la cosa para el placer o el provecho personal, de acuerdo con la naturaleza de la cosa misma. En ese sentido, puede obtener de la cosas las satisfacciones que la misma dé (aun sin ser frutos), aprovechándose de las servidumbres, utilizar el paso y, en general, hacer uso de cuantos derechos correspondan, en principio, al propietario”. Así: PIUG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil Español: Derechos Reales, tomo III, Ediciones Pirámide, Madrid 1976, p. 401.

74 Disfrutar implica gozar todos los frutos y sus accesorios del bien. Y para obtener esos provechos y utilidades el bien necesariamente debe ser utilizado o explotado. Según el art. 891 del Código Civil, los frutos pueden ser naturales, los que provienen del bien sin intervención humana, como las crías del ganado vacuno; industriales, los que produce el bien por la intervención humana, como las cosechas; y, civiles, los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica, como las rentas por arrendamiento.

75 La doctrina define al mineral en sentido amplio como aquella sustancia inorgánica que se encuentra en la naturaleza y que puede extraerse para ser aprovechada en estado sólido (roca, arenas, metales, carbón o arcilla refractaria), líquido (mercurio) y gaseoso (gas). La LGM excluye de su ámbito de aplicación al petróleo e hidrocarburos análogos, los depósitos de guano, los recursos geotérmicos y las aguas mineromedicinales (art. I). Asimismo clasifica a los minerales en metálicos y no metálicos (art. 13).

las características esenciales de este derecho real es que el usufructuario use y disfrute el bien ajeno con la obligación de conservar su forma y sustancia, o lo que es lo mismo “*no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso*” (art. 1009 del Código Civil), cuando sabemos que al extraer las sustancias minerales de un yacimiento, este va perdiendo su atributo, alterando su sustancia, consumiendo su valor; en consecuencia, el bien no podría restituirse al concesionario sin más que su desgaste ordinario.

Habida cuenta de la importancia de responder la interrogante planteada, que se encuentra directamente vinculado al contrato materia de estudio, desarrollaremos brevemente la problemática.

Entre los nuestros, Basadre Ayulo⁷⁶, García Montufar⁷⁷, Belaunde Moreyra⁷⁸, Arias-Schreiber Pezet⁷⁹, entre los más importantes, niegan que el derecho de explotación minera sea un derecho real de usufructo sino señalan que es un derecho *sui generis* propio de la industria minera que la ley impone. Así, se dice que la principal obligación del usufructuario es la de conservar el bien según su naturaleza y destino, preservando su sustancia, a fin de que sea devuelto al propietario en el mismo estado que lo recibió. En cambio el derecho de exploración–explotación es la facultad de extraer minerales por un plazo indefinido, sin obligación de devolver el yacimiento. Si lo pierde el concesionario será por renuncia o caducidad, pero no devolverá el bien tal como lo recibió puesto que la extracción de minerales consume el yacimiento,

76 BASADRE AYULO, Jorge. Ob. cit., p. 190. Aunque este autor pareciera ser de opinión contraria en otra parte de su obra, conforme se aprecia de la siguientes cita: “*el Estado viene a ser un depositario y a su vez un administrador de la riqueza minera y esta función real se realiza y ejecuta sin desprenderse de su dominio, confiriendo al concesionario tan solo el ius utendi y el ius frutendi dentro de su temporalidad*” (p.128).

77 GARCIA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVIK INGUNZA, Militza. Op. cit., p. 190.

78 BELAUNDE MOREYRA, Martín. Op. cit., p. 57.

79 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil de 1984, Cultural Cuzco, Lima 1998, p. 177.

ni por supuesto tiene la obligación de entregar otro yacimiento u otros minerales en igual cantidad y calidad ni tampoco de pagar su valor. En conclusión, el derecho de explorar-explotar no es un derecho de usufructo.

Por el contrario, autores como Gonzales Barrón⁸⁰ expresan que es perfectamente válido constituir derecho de usufructo sobre las concesiones mineras, pues las facultades del usufructuario no se reducen a la mera percepción de los frutos (disfrute en sentido restringido), sino que abarca cualquier acto de explotación normal y acostumbrada del bien conforme lo establece el art. 1008 del Código Civil⁸¹, lo cual incluye en las concesiones mineras las actividades de extracción. Cuadros Villena⁸², por su parte, precisa que puede ser objeto de usufructo la concesión minera, mas no el yacimiento minero, pues este es un bien inalienable de la nación que no podría ser susceptible de usufructo por el Estado⁸³.

Nuestra legislación civil no dice nada sobre la posibilidad de usufructuar minas, tampoco lo prohíbe de manera expresa⁸⁴.

80 GONZALES BARRÓN, Gunther. Tratado de Derechos Reales, tomo II, 3ra. edición, Jurista Editores, Lima 2013, pp. 1763-1764.

81 Art. 1008 del Código Civil: "El usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada".

82 CUADROS VILLENA, Carlos. Derechos Reales, 1ra. edición, Editora Fecat, Lima 1995, p. 40.

83 El autor español Castan Tobeñas anota que la tesis permisiva del usufructo sobre minas adopta en la doctrina tres modalidades diversas: a) la de los que distinguen entre la sustancia de la mina, constituida por los trabajos y capitales empleados en sus labores (yacimientos, pozos, galerías, etc.), que es lo que ha de reservarse y devolverse al propietario, y los minerales o parte útil de los filones, que pertenecen al usufructuario y son el objeto de su disfrute (propugnada por Sánchez Román); b) la equiparación del usufructo de minas al usufructo ordinario, concediendo al usufructuario el producto de la misma, siempre que estuviera está ya en explotación al tiempo de comenzar el usufructo (según los códigos francés e italiano); y c) la equiparación con el usufructo de bosques, disponiéndose que puede el propietario, lo mismo que el usufructuario, pedir que la medida del disfrute y la forma de las explotaciones se fijen mediante un plan adecuado (código alemán). A criterio de este autor, le parece más racional y práctico este último criterio, en tanto armoniza la utilización de la mina por el usufructuario con la conservación de la sustancia. Ver: CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, común y foral: Derecho de Cosas, vol. II, 12ma. edición, Reus, Madrid 1978, p. 44.

84 Algunos ordenamientos jurídicos comparados sí aceptan el usufructo sobre minas, tal es el caso del Código civil chileno de 2005, art. 784, al señalar que "si la cosa usufructuaria comprende minas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas, y no será responsable de la disminución de productos que en consecuencia sobrevenga...". También el Código de Minería de este país sureño de 1983 es mucho más claro en ese sentido, al señalar en su art. 171 que "tratándose de arrendamiento o de usufructo de pertenencia, se entenderá que la explotación hecha conforme al título constituye uso y goce legítimo de ella y el arrendatario o usufructuario no será responsable de la disminución de sustancias minerales que a consecuencia de tal explotación sobrevenga...".

Gonzales Barrón⁸⁵ interpreta que sí, pues el término “*explota*” a que se refiere el art. 1008 implica que la explotación económica no se reduce a la recolección de frutos, sino el aprovechamiento abarca otras actividades como la extracción de minerales.

A nuestro entender, adicionalmente a la interpretación válida que debe hacerse del art. 1008 del Código Civil, la legislación vinculada al aprovechamiento de recursos minerales se orienta a aceptar la constitución de usufructo sobre concesiones mineras. En efecto, el art. 23 de la Ley N.º 26821 establece que “*la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse”, agregando que “*la concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, debe inscribirse en el registro respectivo*”. Por su parte el art. 204 de la LGM hace referencia a que los aportes de bienes (que puede ser una concesión minera) al contrato de riesgo compartido o joint venture “*no conllevan transferencia de propiedad sino el usufructo de los mismos” (subrayado nuestro).**

Estas disposiciones especiales conllevan a presumir, sin duda, que la ley está autorizando la constitución de derecho de usufructo sobre concesiones mineras. Es más, de por sí con el

En la Argentina, el Código de Minería de 1997 también regula el usufructo sobre minas señalando expresamente en su art. 338 que “*el usufructo debe comprender toda la mina, aunque se haya constituido a favor de diferentes personas. El usufructuario tiene derecho a aprovechar los productos y beneficios de la mina, como puede aprovecharlos el propietario...*” (Los comentarios sobre el usufructo de minas en el derecho argentino puede verse: LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil IV: Tratado de los Derechos Reales, vol. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1944, pp. 454-456).

En España, por su parte, el Código Civil de 1889 no resuelve esta cuestión del usufructo de minas, y por ello sus comentaristas siguen discutiendo sobre la posibilidad e imposibilidad de que las minas fuesen objeto de usufructo. Pero en líneas generales, la doctrina española acepta la constitución de usufructo sobre minas, aun cuando su legislación civil sea confusa. Ver: PIUG PENA, Federico. Op. cit., p. 432. También en ese sentido: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil, vol. III, 7ma. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 358.

85 GONZALES BARRÓN, Gunther. Op. cit., p. 1763.

uso de los vocablos “usufructo”, o disgregado “uso” y “disfrute”, para referirse a las concesiones mineras, la norma acepta que estas se explotan a título de usufructo.

A mayor abundamiento diremos que, salvo diferencias nominativas y con carácter de generales, creemos que no existiría mayor problema en aceptar el usufructo sobre las minas porque, en lo esencial, el concesionario (o el Operador, en el caso del contrato materia de estudio) explota la concesión minera en la forma normal y acostumbrada para este tipo de bienes, es decir, de acuerdo con reglas, métodos y procedimientos técnicos propios de la industria de la explotación minera, y no podría ser de otro modo por la naturaleza misma de aquella. ¿O acaso podría extraerse los minerales sin desarrollar la explotación? Definitivamente no. Las formas y técnicas pueden variar de acuerdo al estrato minero de que la explotación trate: gran, mediana, pequeña y artesanal mineras. Bien sea alta o considerablemente mecanizada, para las dos primeras; o utilizando métodos y/o equipos medianamente tecnificados, y métodos manuales y/o equipos básicos, para las dos últimas. Pero en todas ellas la finalidad es única: extraer minerales. Evidentemente dicha actividad trae consigo la obligación de quien explota de manejar adecuadamente la explotación de los recursos, con el fin salvaguardar el ámbito social y geográfico donde aquella se lleva a cabo; pero ese es otro asunto.

En cuanto a la crítica sobre la prohibición de modificar sustancialmente el bien usufructuado (art. 1009 de Código Civil) nosotros nos decantamos por la concepción moderna de usufructo⁸⁶. Es decir, si bien la extracción de minerales

86 Se dice que el concepto tradicional o clásico de usufructo que data del derecho romano, implica que la cosa ajena debe devolverse en el mismo estado en que fue recibido, sin más deterioro que su uso y disfrute ordinario. Por tal motivo, las minas no podrían ser objeto de usufructo porque no cumpliría con este requisito esencial. Se desnaturalizaría. Por el contrario, se dice que, por ejemplo, el nuevo Código civil italiano se separa de la clásica fórmula romana y, siendo una orientación moderna, pone como límite del derecho de goce de la cosa

implica una alteración del bien, en el sentido de consumir la parte sustancial de él y no ser posible su renovación, ello constituye su desgaste ordinario, natural, acostumbrado, propio de la naturaleza de la concesión minera; siendo ese su destino económico; pudiendo obtener de ella la máxima utilidad o provecho posible; y, a la vez, la finalidad de todo concesionario; pero dentro de los límites que la ley prevé. En ninguna parte podría aceptarse una concesión inerte, inactiva para el trabajo, abandonada. Recordemos que el Estado obliga –con miras a un interés general– trabajar las concesiones mineras mediante inversiones para la producción de sustancias minerales (arts. IV y 38 de la LGM); caso contrario, el concesionario deberá pagar una penalidad anual por ese incumplimiento.

Esta es una postura amplia y más conforme con el sentido del art. 1008 del Código Civil, admitiendo la posibilidad del usufructo sobre los yacimientos mineros. En todo caso, debe interpretarse como una hipótesis de excepción que no desnaturaliza la figura del usufructo, pues –como afirma Jordano Barea, citado por Castan⁸⁷– lo característico de este derecho real no es el deber de conservar, sino el derecho a disfrutar los bienes ajenos (en este caso los minerales). Agrega el citado autor que “el salva rerum substantia [conservar la cosa usufructuada⁸⁸] ya no constituye, como lo era en el derecho romano, una condición o límite objetivo del usufructo, sino una condición subjetiva, una simple obligación que como tal,

por el usufructuario, no la obligación de conservar la cosa, sino la de respetar el *destino económico* de aquella. Así, conforme al art. 981, el usufructo atribuye al titular el derecho de goce de la cosa, pudiendo obtener de ella toda posible utilidad, pero dentro de los límites de la regulación legal y, sobre todo, el de respetar el destino económico. La doctrina entiende por destino económico aquel que el objeto tenga, por su *propia naturaleza* o por *acto de voluntad*, en el patrimonio del propietario. Ver: CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. cit.* p. 19.

87 CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. cit.* p. 26

88 PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, p. 395.

tiene carácter accesorio y no de esencia para el usufructo”⁸⁹. Es, por tanto, admisible el usufructo sobre aquellos bienes cuyo aprovechamiento implica su consumo progresivo, como es el caso de las minas.

En concreto, el derecho a explotar una concesión minera (derecho real de naturaleza administrativa) constituye un derecho real especial (*sui generis*) de goce (como el propietario mismo), pero de naturaleza administrativa⁹⁰, pues permite al titular del derecho, en este caso el Operador Minero, la explotación directa e inmediata de la totalidad de un bien ajeno o parte de ella, como es la concesión. Por consiguiente, el contrato de explotación minera constituye una limitación al derecho de dominio del concesionario y, en consecuencia, una carga que pesa sobre la concesión minera.

2.3. Contenido del contrato de explotación minera

De acuerdo a la naturaleza expuesta, podemos señalar los aspectos en que se concreta el contenido del derecho de explotación minera⁹¹.

89 La doctrina española dice que el vocablo romano característico del usufructo: “*salva rerum substantia*” (“conservar la sustancia”) debía significar más bien: “*no alterar el destino económico del objeto*”, la cual es una interpretación de la más destacada doctrina científica moderna y ha sido recogida, incluso, en el Código civil italiano, cuyo art. 981 establece: “*el usufructuario tiene derecho a gozar de la cosa, pero debe respetar su destino económico*”. Y esa también parece ser la línea del Código español cuando hace referencia en su art. 467 que “*el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación conservar su forma y sustancia*”, y las que establecen la mayoría de las legislaciones extranjeras. Ver: PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, pp. 395-396.

90 Sobre el particular la doctrina afirma que cuando se otorga una concesión minera o sea el derecho a explorar-explotar, se otorga un derecho real. Son derechos reales administrativos en virtud de lo prescrito por el art. 66 de la Constitución y el art. 10 de la LGM. Se dice que lo particular del derecho real administrativo y diferencia con el derecho real civil, es que aquel se hállese disciplinado por un régimen jurídico especial, esencialmente de derecho administrativo, cuyas características son distintas a las que exhibe el derecho real civil. La concesión minera es un derecho real administrativo porque sus atributos los fija la ley minera y no la ley civil. Cfr. GARCIA MONTUFAR y FRANCISCOVÍK INGUNZA, Militza. *Op. cit.*, p. 64.

91 En esta parte utilizaremos el criterio expuesto por González Barrón para desarrollar el contenido del usufructo, pero adaptado al contrato de explotación minera. Cfr. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Op. cit.*, p. 1766-1768.

A) SE OBTIENE LA POSESIÓN:

La posesión⁹² es consustancial al derecho de uso y goce del bien⁹³. Por ello, es indispensable que el Titular Minero transmita el derecho de uso de la concesión minera, es decir la posesión, en favor del Operador Minero, pues sin esta, no sería posible usar (explotar) aquella. Constituye, pues, la posesión, que debe ser directa e inmediata, presupuesto para disfrutar y gozar la mina, y con ello explotar los minerales yacientes. Desde luego, el Titular, que es despojado del uso y goce del área otorgada en explotación, conserva el derecho de disponer la concesión. Por otro lado, la posesión no es causa de adquisición por prescripción de la concesión minera, que por tener la condición de bien público es imprescriptible.

B) GOCE Y DISFRUTE AMPLIO:

El propósito económico de la explotación minera es que el Operador obtenga todos los provechos o utilidades que rinde la concesión, por ello se le concede el disfrute y goce en sentido amplio o general de todos los recursos minerales extraídos de la misma, desarrollando y ejecutando a su discreción las actividades que permita tal aprovechamiento. No debe, pues, limitarse a conservar la sustancia sino por el contrario a explotar la mina en la forma normal y acostumbrada respetando su destino económico, salvo que por pacto se limiten ciertos derechos, como es el caso de extraer solo determinados minerales. En todo caso, aun cuando la explotación se desarrolle de acuerdo con las reglas, métodos y técnicas que los cánones

92 Art. 896 del Código Civil: *"La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad"*. Los poderes inherentes a la propiedad se hallan enumerados en el art. 923 del mismo Código, los cuales son: usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien.

93 La "posesión es presupuesto indeclinable para disfrutar una cosa": PIUG PEÑA, Federico. *Op. cit.*, p. 400.

de la industria minera prevé, los límites a esta actividad minera viene impuesta por la ley, en razón que es una actividad que debe ejecutarse de manera sostenible dentro de un marco de interés social, en la medida que involucra aspectos ambientales y sociales.

En el caso concreto de la explotación minera artesanal el uso y goce se manifiesta, además, en que los productos minerales extraídos del área explotada sirven como medio de sustento de quienes lo ejercen (pequeños y artesanales mineros).

C) DISFRUTE DE LA CONCESIÓN Y PARTES:

La concesión minera como derecho real está constituida por sus partes integrantes que son todas las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales, y accesorias que son todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión. Todos estos atributos otorgados al concesionario (Titular) en virtud del título de concesión, son transmitidos íntegramente al Operador para que ejerza ampliamente su derecho de explotación y exploración, si también se otorga. Por tal motivo, aquel tiene derecho a usar las bocas de mina, galerías, chimeneas, caminos, tolvas, etc. (partes integrantes), así como los rieles, carros mineros, winches, herramientas, maquinarias etc. (partes accesorias), salvo que se haya pactado su reserva. Asimismo tiene derecho a utilizar, inclusive a solicitar, servidumbres, derechos de aguas y otros derechos colaterales que estén afectados a favor de la concesión minera, los cuales son de importancia práctica para el desarrollo de las actividades mineras.

D) PERCEPCION DE LOS PRODUCTOS:

Los productos, según hemos visto, son los provechos no renovables que se extraen de un bien. En tal sentido, el Operador por virtud del contrato materia de estudio, está facultado para obtener todos los provechos de la concesión que no son otra cosa que las sustancias minerales encontradas. Respecto de ellas tiene el derecho de extraerlos y la expectativa de convertirse en propietario una vez extraídos. Esto es así porque se suele pactar que un porcentaje de los minerales extraídos pasen a propiedad del Titular en calidad de contraprestación por el uso de su concesión.

E) CONSERVACION DE LA FORMA Y MODIFICACION DE LA SUSTANCIA:

Como se ha expuesto, es válido admitir que la explotación de las concesiones mineras se efectúe a título de usufructo. Por este derecho el explotador está obligado a conservar la forma y sustancia del bien. Se dice en la doctrina que la “forma” equivale al “destino económico” del bien, mientras que la “sustancia” alude a su “valor” (tanto en su potencial permanente como en su rendimiento normal)⁹⁴. En el caso concreto de las minas, su goce amplio implica la explotación de acuerdo con su destino económico, esto es, en la forma normal y acostumbrada para estos bienes, que es la finalidad de todo concesionario y del Estado en sí que obliga a su trabajo. Y en el caso concreto de conservar la sustancia, este aspecto está profundamente vinculado a la naturaleza de los bienes, que en el caso de concesiones mineras no implica que debe exigirse su inalterabilidad sino que el aprovechamiento ordinario consiste en consumir progresivamente las sustancias minerales que en ella yacen.

94 CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. cit.* p. 22

2.4. Elementos constitutivos

A) PARTES CONTRATANTES:

Son elementos personales de esta relación jurídica el *Titular Minero* y el *Operador Minero*. El primero es el concesionario de la concesión minera, que generalmente es una empresa de la mediana y gran minería, y el segundo es un tercero dedicado habitualmente a la minería de pequeña escala. Pero no siempre pertenecen a los estratos señalados. La única prohibición que fija el art. 24 del D.S. N° 013-2002-EM es que Titular Minero no debe tener la condición de productor minero artesanal.

En la hipótesis que el contrato de explotación sea otorgado por el cesionario, como consecuencia de un contrato de cesión minera a su favor, en este recaerá la condición de Titular Minero. Se exige en este caso, la previa o simultánea autorización del concesionario. La limitación descrita en el art. 24 también se aplica al cesionario.

Los requisitos para ser pequeños productores mineros y productores mineros artesanales están enumerados en el actual art. 91 de la LGM (*supra* 1.3).

B) OBJETO DEL CONTRATO:

El objeto de este contrato debe ser necesariamente *concesiones mineras* (bienes inmuebles), en tanto son las únicas que dan derecho a llevar a cabo las actividades de exploración y explotación de sustancias minerales dentro del área otorgada. Asimismo, el objeto de este contrato puede recaer en los llamados denuncios mineros que son derechos reales pero de naturaleza provisional que eran otorgados bajo normas anteriores al 14 de diciembre de 1991.

No podría ser objeto los petitorios mineros (denominados antes denuncios mineros) en tanto estos son derechos expectaticios, en formación, que no faculta a realizar actividades de exploración y explotación de minerales. En caso se celebren contratos de explotación sobre estos derechos mineros, serán nulos por ser el objeto jurídicamente imposible (art. 219 inc. 3 del Código Civil); y de ejecutarse actividades mineras sobre ellos serán consideradas ilícitas.

También constituye objeto del contrato las partes integrantes de la concesión que son todas las labores mineras previamente ejecutadas por el titular de la concesión tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales (p. ej. bocas de mina, galerías, chimeneas, caminos, etc.); y las accesorias, bienes de propiedad del concesionario previamente asignados y de modo permanente al fin económico de la concesión (p. ej. rieles, carros mineros, winches, etc.), salvo que se pacte su diferenciación.

C) CONTRAPRESTACIÓN:

Constituye requisito esencial del contrato que se fije una contraprestación a favor del Titular por la entrega de todo o parte de su concesión para la explotación de minerales a cargo del Operador. Esta puede ser una compensación de dar, de hacer o de no hacer, siendo la más usual la primera de las modalidades a través de la entrega de una especie de renta, que en esencia es un pago monetario, mensual, trimestral, anual, etc., o incluso por única vez, de acuerdo a lo pactado. La compensación también puede ser un porcentaje de los minerales extraídos o de las utilidades finales, que impropiamente suele denominarse regalía.

Otra modalidad de compensación *sui generis* que en la práctica viene usándose es mediante un pacto de exclusividad, es el caso del Operador que se obliga a vender el mineral extraído a favor del Titular y este pagar su valor luego de la liquidación final; inclusive a esta modalidad se compensa con un pago monetario adicional a favor de este último.

También se puede dar el caso que no exista compensación cuando se otorga a título gratuito.

En suma, las partes contratantes tienen plena libertad para fijar las condiciones de la contraprestación de acuerdo a sus conveniencias.

Cabe mencionar que anteriormente la contraprestación por la exploración y explotación de minerales (para el caso de contratos de cesión minera) no podía exceder del 10% del valor bruto de venta del mineral. Así lo regulaba el art. 286 del Decreto Legislativo N° 109 (antigua LGM).

D) PLAZO:

Una deficiencia de la ley minera es que no señala un plazo para el contrato de explotación minera. Se deja entonces a la autonomía de voluntad de las partes contratantes a decidir sobre la duración del acuerdo, que podría ser determinado, determinable o indeterminado. Sin embargo, por las características de esta actividad es usual que se acuerde un plazo fijo (p. ej. uno, dos, cinco o diez o más años). Cabe precisar que aun cuando se fije un plazo determinado, la vigencia del contrato siempre estará supeditado a la vigencia de la concesión minera, y si esta se extinga por cualquier causal fijada en la ley, el contrato se resolverá indefectiblemente por imposibilidad del objeto.

Cabe anotar que no podría aplicarse a este contrato el plazo máximo de 10 años que fija el Código Civil para el contrato de arrendamiento (art. 1688), pues este tiene otra naturaleza. Por la misma razón no podría aplicarse los plazos legales establecidos para el usufructo (art. 1001).

E) FINALIDAD:

El propósito fundamental de la explotación minera es obviamente la extracción o captación de los minerales que en materia prima se encuentran en los yacimientos o depósitos naturales que han sido objeto del contrato. Sea de toda la extensión de la concesión minera o de una parte. En este último caso, el área objeto de explotación exclusiva a favor del Operador deberá estar debidamente delimitada con coordenadas U.T.M. o, en su defecto, indicarse, en calidad de límites, las cotas superior e inferior, con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación.

Es frecuente también la celebración de estos contratos para llevar a cabo la actividad minera de exploración. Esta tiene por objeto demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales. En esta etapa se realizan todos los trabajos y obras tendientes a determinar el tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente, la evaluación económica del yacimiento, también la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar la explotación. Un ejemplo concreto que grafica la exploración minera es el desarrollo de bocas de mina, niveles, subniveles, chimeneas, depósitos para minerales extraídos, etc., que supone la preparación técnica viable para iniciar las labores de explotación de minerales ubicados.

Todas estas tareas, cuando se llevan a cabo en la minería a gran escala, por su magnitud económica, para ser cumplidas, exigen una fuerte inversión de capitales; sin embargo, cuando se trata de la minería a pequeña escala, la inversión es menor por cuanto en este ámbito se utilizan métodos y equipos medianamente tecnificados (pequeña minería), así como intensivamente la propia mano de obra y métodos manuales y equipos básicos (minería artesanal). Por otro lado, este contrato no tiene por finalidad llevar a cabo las otras actividades de la industria minera, como son el cateo, la prospección, labor general, beneficio, comercialización y transporte.

F) DEBE FORMALIZARSE PARA SU OponIBILIDAD:

El acuerdo de explotación minera es un contrato “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*”, pues su formación se hace de forma consensuada, perfeccionándose con el solo consentimiento de las partes. No se requiere de alguna formalidad o solemnidad adicional para su validez entre ellas. Sin embargo, para efectos de que goce de validez y eficacia ante el Estado y los terceros, la ley (arts. 106 y 163 de la LGM, y 20 del D.S. N° 013-2002-EM) exige que debe necesariamente formalizarse por escritura pública e inscribirse en la partida correspondiente a la concesión minera en el Registro de Derechos Mineros. En consecuencia, la inscripción en el Registro no es constitutivo sino antes bien le otorga los efectos de oponibilidad, en tanto la información que se publicita se presume legítima.

En caso de renuencia de alguna de las partes a formalizar el contrato, la otra puede compeler a completar la formalidad exigida por ley, en virtud del art. 1412 del Código Civil, inclusive acudir a la vía judicial en proceso sumarísimo.

G) TÍTULO VIGENTE DE CONCESIÓN MINERA:

Como hemos visto, una de las características de la concesión minera es que se otorga por plazo indefinido, en la medida que el titular cumpla una serie de obligaciones fijadas por ley para mantener vigente su derecho de exploración y explotación sobre aquella, tales como el pago oportuno de derecho de vigencia y/o penalidad, y la producción mínima. En caso no cumpla con ese mandato, la ley prevé que la concesión caducará de pleno derecho y por tanto se producirá su extinción (arts. 58 y 59 de la LGM). La extinción genera que el derecho que ostentaba el concesionario salga de su esfera de dominio y se revierta al del Estado como su titular originario, quien además declarará a la concesión de libre denunciabilidad. Por tanto, el contrato de explotación carecerá de objeto y debe ser resuelto por causal sobreviniente, en virtud del art. 1371 del Código Civil, sin perjuicio de las indemnizaciones a diere lugar.

Además de la caducidad, las concesiones mineras se extinguen por abandono, nulidad, renuncia y cancelación. Los efectos serán los mismos que hemos señalado en el párrafo anterior.

H) UNA DE LAS PARTES CONTRATANTES DEBE SER TITULAR DEL DERECHO MINERO:

Esta característica constituye un requisito fundamental para la celebración de este contrato minero (y de todos los contratos que tengan por objeto concesiones mineras). La titularidad puede acreditarse bien sea con el título habilitante de concesión minera o con los respectivos contratos de traslado de dominio (transferencia, donación,

dación en pago, sucesión, etc.) o de cesión minera, en este último caso con expresa autorización del Titular.

I) EN EL CASO DE LA MINERÍA A PEQUEÑA ESCALA, LA ACTIVIDAD DEBE SER ARTESANAL:

Esta característica constituye un requisito expreso fijado por el art. 18 del D.S. N° 013-2002-EM, en tanto lo que se quiere promover es que el contrato de explotación minera se convierta en un instrumento legal idóneo que permita al minero artesanal ejercer actividades mineras lícitas y con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de él y la de su familia, así como de las poblaciones aledañas.

2.5. Características

Entre las principales características del contrato de explotación minera se encuentran:

- A) FACULTAD DEL TITULAR MINERO: Es el Titular Minero el que autoriza el desarrollo de explotación de minerales en todo o parte de su concesión. En caso el contrato de explotación se celebre en virtud de un contrato de cesión, la condición de Titular recaerá en el cesionario, requiriéndose en este supuesto autorización del concesionario. Esta facultad también le permite otorgar varios contratos de explotación sobre diferentes áreas no superpuestas de su concesión minera.
- B) CONTRATO SUI *GENERIS*: No se trata de un acto de disposición sino de una autorización para extraer minerales que se otorga a título de usufructo. Es decir, es un contrato especial, sui generis, pues a través de él se otorga un derecho real especial de goce (como el propietario mismo), pero de naturaleza administrativa.

- C) **DERECHO EXCLUSIVO A EXPLOTAR:** El Operador solo adquiere el derecho a explotar la mina y extraer las sustancias minerales. Aunque en la práctica es usual que también se otorguen derechos de exploración. No se otorga por este contrato los derechos de beneficiar, transportar ni comercializar los minerales. Tampoco tiene la facultad de disponer de la concesión minera, aunque sí de su derecho a explotar la misma, con la anuencia del Titular.
- D) **SE RIGE POR LOS PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS EN LA LGM:** El contrato de explotación minera no se encuentra regulado en la LGM, sin embargo ello no implica que sus principios básicos y disposiciones generales no sean aplicables a dicho contrato, pues toda actividad que implique el aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo, está regulada por dicha ley y su reglamento. Así mismo, se regula supletoriamente por las disposiciones del derecho común. En caso del contrato de explotación minera artesanal, por la Ley 27651 y su reglamento.
- E) **LIMITACIONES PARA LA MINERA ARTESANAL:** Existen dos casos contemplados en el art. 24 del D.S. N° 013-2002-EM, en los cuales se prohíbe la celebración de un acuerdo o contrato de explotación: (i) en caso de invasiones a derechos mineros de terceros, con denuncias pendientes de resolver; y (ii) cuando se trate de derechos mineros pertenecientes a productores mineros artesanales.
- F) **MEDIO ALTERNATIVO PARA SER PRODUCTOR MINERO ARTESANAL:** La celebración de un contrato de explotación minera constituye un requisito alternativo

para obtener la constancia que lo califique como Productor Minero Artesanal según lo previsto en el art. 91 de la LGM, lo que permite obtener ciertos beneficios tales como el pago de un monto menor por derecho de vigencia y por penalidades, montos menores de inversión por producción mínima, entre otros.

- G) **RESPONSABILIDAD AMBIENTAL:** Con la Ley 27651 las partes que suscribían un contrato de explotación minera respondían solidariamente por los daños causados al ambiente. Esto quedó derogado por el art. 6 del Decreto Legislativo 1105, según el cual el Titular queda liberado de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones ambientales y de seguridad y salud en el trabajo, que es asumida únicamente por el Operador.
- H) **LIMITACIONES AL DOMINIO:** Constituye el contrato de explotación minera una restricción al derecho dominial del Titular sobre su concesión minera (no de propiedad, pues el Estado sólo otorga el dominio). Es un pacto válido de las partes por cuanto no estamos frente a un derecho de disposición, sino ante los atributos de usar y disfrutar la titularidad del yacimiento minero. Esta restricción se inscribe como carga en la partida registral de la concesión minera.

Otras características de este contrato, que a continuación enumeraremos, tiene como base la metodología de clasificación sobre los contratos expuesto por Arias-Schreiber Pezet⁹⁵, el cual es muy didáctico para los fines de conocer mejor los alcances de esta figura contractual minera.

95 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo I, Gaceta Jurídica Editores, Lima 2002, pp. 39-62.

- I) Por su estructura es un contrato TÍPICO: Al tratarse de un contrato minero, se encuentra regulado por las disposiciones generales de la LGM y supletoriamente por las del Código Civil; además por la Ley 27651 y su reglamento, en el caso específico del contrato de explotación minera artesanal.
- J) Por su identificación es un contrato NOMINADO: Tiene el *nomen juris* de “*Contrato o Acuerdo de Explotación Minera*”, que lo hace plenamente identificable frente a las otras figuras contractuales mineras, civiles o comerciales.
- K) Por su forma es CONSENSUAL: Es un contrato “*ad probationem*” y no “*ad solemnitatem*”. Se perfecciona por el solo consentimiento del Titular y Operador, no requiriéndose alguna formalidad para su validez y existencia, pues no es sancionado con nulidad. Salvo para el caso de oponerlo a los terceros y el Estado, en cuyo caso debe inscribirse en el registro.
- L) Por su complejidad es un contrato COMPLEJO: Su celebración no origina una relación jurídica simple entre el Titular y el Operador (como en el caso de una compraventa), sino mas bien compleja, puesto que da lugar a diversas formas obligacionales, no solo entre las partes contratantes (como podría ser el caso de la contraprestación por la explotación), sino para con el Estado, a quien se le debe pagar una retribución económica por el aprovechamiento de los recursos minerales (regalías, canon, derecho de vigencia). También es complejo por la eventualidad de que sea el cesionario quien otorgue el contrato la explotación, en donde se aplican normas relativas al contrato de cesión y de explotación minera, respectivamente.

- M) Por su autonomía es un contrato PRINCIPAL: Es un contrato que goza de autonomía en su existencia, tiene vida propia, pues no está subordinado ni depende de otras figuras contractuales de naturaleza minera, común o comercial. Es decir, ni tiene la condición de accesorio como la hipoteca minera, ni de preparatorio como el típico contrato de opción minera.
- N) Por el área que cubre es un contrato ESPECIAL: Porque se encuentra dentro de los denominados contratos especiales disciplinado por una normativa concreta como es la LGM y la Ley 27651 y su reglamento. Es un contrato que “presenta características propias y limitadas” al ámbito de la minería. No es, pues, un contrato de naturaleza civil⁹⁶ porque no está sujeto a las normas del Código Civil ni tiene las características de un contrato comercial regido por el Código de Comercio.
- O) Por la prestación es un contrato RECÍPROCO: Existe una reciprocidad de prestaciones en donde cada parte es “una respecto de la otra y recíprocamente, deudor y acreedor”. Así, el Titular se obliga a entregar o ceder todo o parte de su concesión minera. Esta es su prestación. Por su parte, el Operador se compromete a pagar una contraprestación por dicha entrega que puede ser monetaria o un porcentaje del mineral explotado. Esta sería su prestación.
- P) Por su función es un contrato CONSTITUTIVO: Desde el momento de la celebración del contrato de explotación minera se crea una relación jurídica determinada entre las

⁹⁶ Así lo afirma un autor: CASTILLO HERNANDEZ, José Abel. “La regulación del contrato de explotación en los regímenes vigentes de formalización minera”. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 15, 2015, p. 279.

partes contratantes, es el caso de la obligación de ejecutar las prestaciones que corresponde asumir tanto al Titular como al Operador. No estamos, por ende, ante un contrato modificativo, regulatorio o extintivo.

- Q) Por su valoración es un contrato ONEROSO: En este contrato el Titular cede temporalmente la posesión, es decir, el uso y disfrute de su concesión minera, que constituye un sacrificio, pero a la vez recibe una compensación que constituye una ventaja. El Operador, por su parte, se beneficia con el uso y disfrute (extracción de minerales) de la concesión, pero lo hace contra el pago de la compensación, la cual representa su sacrificio. En concreto, “existe para cada una de las partes un sacrificio y una ventaja”.
- R) Por el rol que desempeñan es un contrato de GOCE: Este contrato supone la cesión del uso y disfrute de la concesión a favor del Operador, con la obligación de devolver a su término al Titular en el estado en que se encuentre, sin responder por el consumo de los minerales.
- S) Por el riesgo es un contrato CONMUTATIVO: Por cuanto el Titular y el Operador, al momento en que se celebra el contrato de explotación, “son conscientes de un hecho cierto y concreto, pues estiman anticipadamente el sacrificio y la ventaja que pueden correlativamente lograr”. El Titular “sabe anticipadamente que temporalmente no disfrutará de la posesión, uso y disfrute” de la concesión minera que cede, pero en compensación recibirá la contraprestación pactada. El Operador, “a su vez, tiene plena conciencia de que por un tiempo usará y disfrutará” la concesión que recibe, pero eso sí, a cambio del pago de la compensación. Debemos acotar que, si

bien los minerales y su valor económico que se ubiquen en la concesión, pueden ser difícilmente determinados, esta incertidumbre es subsanada por los adelantos tecnológicos que hoy en día se tiene.

- T) Por el tiempo es un contrato de EJECUCIÓN CONTINUADA: Este contrato no se agota en el mismo acto en que las partes ejecutan sus prestaciones sino que “las obligaciones que corresponden a ellas se realizan a través del tiempo”, por la naturaleza misma de la actividad minera que necesita de un conjunto de operaciones (trabajos y obras) sucesivas necesarias para hacer posible la extracción de los minerales. P. ej.: la preparación del túnel, de las galerías, el armado de los rieles o winches, la puesta en operación de los carros para transportar el mineral hacia la superficie, el acto mismo de extraer el mineral de la veta, etcétera, todos los cuales se ejecutan en un orden de tiempo.
- U) Por la manera como se forma es un contrato de NEGOCIACIÓN PREVIA: No estamos frente a un contrato cuyas cláusulas o estipulaciones están previamente determinadas y diseñadas por una de las partes contratantes para que la otra solo pueda aceptarlas o rechazarlas, sino que el contrato de explotación minera es aquel que exige un proceso de tratativas y negociaciones previas para su celebración, principalmente para acordar la forma de extracción, el área a explotar, el plazo y la contraprestación a abonar.

Existe el caso en el proceso de formalización minera, en el cual el Titular (generalmente una empresa de la mediana o gran minería) otorga múltiples contratos de explotación a cada sujeto interesado en formalizarse

sobre una pequeña área de su concesión. Si bien dichos contratos se otorgan bajo las mismas condiciones a todos ellos, no implica que aquellos hayan sido redactados unilateralmente por el Titular, al cual cada Operador simplemente tenga que adherirse; sino que existe una fase previa donde se da una serie de tratativas con cada uno de los interesados (generalmente pertenecen a una determinada comunidad campesina) o en conjunto, que es lo más usual.

Podemos, asimismo, señalar dos características adicionales:

- V) FIN LUCRATIVO: Las partes, Titular y Operador, contratan con la finalidad de obtener un cuántum o retribución económica, como consecuencia del desarrollo y ejecución de la explotación de minerales. Para el primero la compensación que le paga el Operador, y para este último por la venta o beneficio directo de los minerales extraídos.

- W) CARÁCTER ESPECÍFICO O AD-HOC: Es un contrato que se celebra para un acto único, específico, ad-hoc, es decir, el objeto de este contrato tiene como propósito únicamente la explotación de minerales, y eventualmente la exploración.

2.6. El contrato de explotación minera y otras figuras afines

En esta parte abordaremos la relación que tiene el contrato materia de estudio con las figuras legales del usufructo, el arrendamiento y la cesión minera, con quienes tiene marcadas diferencias pero también muchas semejanzas.

A) EL CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA Y EL USUFRUCTO:

En principio resulta muy difícil distinguir ambas figuras legales. La doctrina moderna, a la cual nos hemos acogido, acepta la tesis permisiva de que es posible explotar las minas bajo el título de usufructo, pues tanto el usufructuario como el Operador Minero tienen derecho a usar y disfrutar el bien. No obstante ello, por nuestra parte consideramos que existen marcadas diferencias, las cuales se resumen en las siguientes:

i. Diferencias:

- El contrato de explotación minera nace de un negocio jurídico, es decir de un acuerdo de voluntades entre el Titular de la concesión minera y el Operador; el usufructo, en cambio, puede surgir también por mandato de la ley, por acto jurídico unilateral y por testamento (art. 1000 del Código Civil).
- El usufructo recae tanto en bienes muebles como inmuebles; en cambio, el contrato de explotación minera afecta únicamente a estos últimos, como son las concesiones mineras.
- En el contrato de explotación minera se suele pactar como compensación a favor del Titular un porcentaje del mineral extraído, o un pago monetario producto de la liquidación final del mineral beneficiado, en tal caso, aquél tiene la facultad de exigir al Operador de extraer determinada cantidad de minerales en cierto tiempo, pues ello trae consigo un beneficio económico a su favor; por su parte, en el usufructo el nudo propietario no tiene la obligación de hacer gozar al usufructuario de la cosa dada en usufructo, sino solamente permitirle plenamente su uso y goce.

- El contrato de explotación minera es por su naturaleza un acto oneroso que importa un sacrificio para cada una de las partes (Titular y Operador), lo cual, sin embargo, no obsta para que se otorgue a título gratuito; por el contrario, el usufructo es generalmente gratuito, pero también puede no serlo.
- El usufructo es por su naturaleza un derecho temporal al que la ley fija plazos máximos, pero por lo general se extingue con la muerte del usufructuario (vitalicio) o al vencimiento del plazo por el que se constituyó, pero nunca es indefinido o perpetuo; el contrato de explotación también es de naturaleza temporal, pero la ley no fija un plazo determinado, aunque no obsta para que se pacte de forma indefinida hasta que los minerales existentes en el área de explotación se extingan completamente, tampoco se extingue con la muerte del Operador, pues el derecho a explotar puede transmitirse a sus herederos.
- El usufructo es un derecho personal, pues se extingue siempre con la muerte del usufructuario; mientras que el contrato de explotación no tiene el carácter de personal sino es un contrato especial de naturaleza real administrativa (*sui generis*), y como tal los herederos del Operador pueden continuar operando la mina. En este último caso cuando se trata de minero artesanal, para seguir gozando los herederos de los beneficios que otorga este régimen deben acreditarse como tal ante la autoridad minera competente, caso contrario se sujetarán al régimen común.
- El usufructuario está obligado a pagar las cargas usufructuarias (tributos, rentas, pensiones); en cambio el Operador no tiene la obligación de pagar cualquier carga que pesa sobre la concesión (p.ej. derechos de vigencia y/o penalidad), salvo pacto en contrario.

ii. Similitudes:

- En ambos contratos necesariamente coexisten dos derechos: el del nudo propietario y el del usufructuario, en caso del usufructo; y del Titular y el del Operador, en la explotación minera.
- La similitud más destacable es que en ambos se otorga el uso y disfrute en la forma normal y acostumbrada de acuerdo a la naturaleza del bien, en el caso de la explotación minera el Operador estará permitido su desgaste progresivo, que es su desgaste natural y ordinario, conforme a su destino económico, y no responderá por aquello; en el caso del usufructo el usufructuario tampoco responde del desgaste por el disfrute ordinario (art. 1012 del Código Civil). En ambos casos existe la obligación de conservar la forma y sustancia del bien, es decir explotarlo de acuerdo con su destino económico. En el caso de usufructo sobre minas, el uso normal y acostumbrado será consumir el bien obteniendo el máximo provecho posible.
- Ambos derechos no se pueden adquirir por prescripción. En el usufructo porque el Código Civil actual ya no regula esta modalidad de adquisición (como sí lo hacía el Código de 1936). En el contrato de explotación, de acuerdo a mandato constitucional (art. 173) y la LGM (art. II) los recursos minerales son imprescriptibles.
- Ambos derechos pueden ser transferidos, salvo cuando se hubiere prohibido expresamente.
- Se trata de derechos constituidos sobre bienes ajenos.
- Ambos son restricciones al derecho de propiedad, y como tales susceptibles de inscripción en el registro.

- Son estrictamente derechos temporales, limitados en el tiempo.
- Tanto el Operador como el usufructuario tienen la obligación de defender el bien contra las usurpaciones de los terceros, mediante accesiones posesorias.

B) EL CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA Y EL ARRENDAMIENTO

i. Diferencias:

- El contrato de explotación minera se rige por las reglas especiales de la legislación minera y supletoriamente por las reglas generales del derecho común, es decir, por las reglas generales de los contratos contenidas en la Sección Primera del Libro VII del Código Civil; mientras que el contrato de arrendamiento se rige por las reglas especiales relativas a los contratos nominados contenidas en la Sección Segunda de dicho libro, en la que se encuentra regulado dicho contrato.
- En el contrato de arrendamiento se otorga el uso del bien; en el contrato de explotación el uso y disfrute de la concesión minera o parte de ella.
- El arrendamiento es un derecho personal; en cambio la explotación minera es un derecho real de naturaleza administrativa, y como tal, sui generis.
- El plazo de duración del arrendamiento no puede exceder de 10 años; mientras que el contrato de explotación pueden ser de plazo menor o superar ese límite, pues la ley no fija un plazo determinado.
- El arrendamiento recae tanto en bienes muebles como

inmuebles; en cambio el contrato de explotación minera únicamente afecta a estos últimos.

- El contrato de explotación minera no constituye un acto de disposición, pues la concesión minera entregada para su explotación se mantiene en el dominio del Titular. Tan solo se cede para su uso y disfrute. Tampoco constituye una forma de arrendamiento, aunque tengan características similares, pues el Operador no podría cumplir con su obligación de devolver la concesión minera al titular, luego de vencido el plazo, en el estado en que lo recibió sin más deterioro que el de su uso ordinario, conforme lo establece el art. 168, inciso 10, del Código Civil.
- El arrendatario puede subarrendar el bien, con asentimiento escrito del arrendador (art. 1692 del Código Civil); en cambio, el Operador que está explotando una concesión o parte de ella no podrá subcontratar a su vez con terceros sobre dicha concesión o parte de ella (art. 170 de la LGM, de aplicación supletoria).

ii. Similitudes:

- Ambos derechos pueden ser transferidos a un tercero, que se registrará por las reglas de la cesión de posición contractual.
- Existe en ambos la obligación del locatario y Titular de garantizar el uso y goce del bien al arrendatario y Operador, respectivamente. En el caso de la explotación minera con mayor énfasis puesto que la extracción de minerales conlleva un beneficio directo al Titular, cuando se pacta como contraprestación

una parte de los minerales extraídos.

- Ambos contratos nacen por el acuerdo de voluntades, es decir son un contrato.
- El derecho que pesa sobre ambos contratos son transmisibles por herencia.
- Por su naturaleza, tanto el arrendamiento como la explotación minera son actos a título oneroso.

C) EL CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA Y LA CESIÓN MINERA:

i. Diferencias:

- El contrato de cesión minera está regulado expresamente en los arts. 166 al 171 de la LGM y 135 y 136 del Reglamento de Diversos Títulos de la LGM, rigiéndose además por los principios y consideraciones generales de dicha Ley; por su parte, el contrato de explotación minera artesanal se rige por la Ley 27651 y el D.S. N° 013-2002-EM, pero también por los mismos principios y consideraciones generales de la LGM.
- En cuanto a las partes intervinientes, en el contrato de explotación minera son el Titular y Operador; en la cesión minera son el cedente (titular de la concesión) y el cesionario.
- La finalidad de la explotación minera es únicamente extraer minerales, salvo que también se pacte el derecho a la exploración; en la cesión minera, se otorgan necesariamente ambos derechos y todos los demás derechos y obligaciones inherentes a la concesión minera.

- En la cesión minera el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones del cedente, es decir se comporta como si fuera el titular de la concesión. Existe un desprendimiento de este último en su derecho. En el contrato de explotación el Operador tan solo adquiere el derecho a extraer minerales (y el de explorar, eventualmente), no habiendo una sustitución de los demás derechos y obligaciones.
- La cesión se otorga siempre sobre la totalidad de la concesión minera; en cambio, la explotación puede otorgarse también sobre una parte de la misma, con lo cual respecto de esta puede celebrarse varios contratos de exploración, pero en diferentes áreas bien delimitadas y no superpuestas.
- Por la cesión, el cesionario generalmente está obligado a pagar los derechos de vigencia y/o penalidad de la concesión cedida; en cambio en la explotación minera, esta obligación siempre recae sobre el Titular, el cual, inclusive, puede ser el cesionario.
- La cesión puede ser otorgada por cualquier persona titular de la concesión; la explotación no en todos los casos, pues un minero artesanal, titular de la concesión, no puede celebrar contratos de explotación sobre ella.
- Conforme al art. 171 de la LGM, el contrato de cesión minera se resuelve por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Título Sexto, Capítulo I de dicha Ley, referidas a la obligación de trabajar y hacer producir la concesión minera, el pago del derecho de vigencia y/o penalidad, así como el cumplimiento de la normatividad legal minera vigente y los estándares mineros y ambientales, los permisos propios para realizar actividad minera en

general, además de aquellas causas que se hubiesen pactado en el contrato. El contrato de explotación, por su parte, se resuelve generalmente por causales expresamente pactadas por las partes en el contrato, aunque el art. 19 de la Ley 27651 ha fijado como causal de resolución el incumplimiento de las normas ambientales por parte del Operador.

- En cuanto a los requisitos para su inscripción, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros ha fijado que el contrato de cesión minera (art. 32), cuando menos debe contener la siguiente información: a) la cesión que el titular hace de su derecho minero, como cedente, al cesionario; b) la sustitución del cesionario en todos los derechos y obligaciones del cedente; c) la compensación que abonará el cesionario al cedente; d) el plazo de la cesión. Mientras que los contratos de explotación (art. 34) a que se refiere la Ley 27651, cuando menos, debe tener la siguiente información: a) en caso que el acuerdo o contrato sea sobre parte del área del derecho minero, deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM, además de otras referencias de ser el caso; y, b) la contraprestación pactada.

ii. Semejanzas:

- Ambos son contratos mineros que se rigen por los principios y disposiciones generales de la LGM y supletoriamente por el derecho común.
- Ambos contratos podrán ser transferidos en su totalidad a un tercero, con el consentimiento expreso del Titular o cedente, según el caso, en cuyo caso se regirán por la reglas de la cesión de posición contractual.

- Tanto el cesionario como el Operador que estén operando una concesión o una parte de ella, según el caso, no podrán a su vez celebrar con terceros contratos de cesión minera o de explotación sobre dicha concesión o la parte. Es decir, están prohibidos de subcontratar.
- Por su naturaleza ambos contratos tienen un plazo de duración determinado, aunque la ley no fija un plazo fijo, por lo que podrían ser de duración indeterminada; lo cierto es que no les serían aplicables los plazos máximos legales del arrendamiento y del usufructo.
- En ambos contratos se otorgan los derechos de usar y disfrutar la concesión minera, y se inscriben como cargas en la partida electrónica de aquella.
- Ambos contratos pueden coexistir, pero también pueden ser incompatibles. En el primer caso cuando el titular de la concesión celebra contrato de cesión minera con el cesionario, y este, a su vez, con el Operador, con consentimiento de aquel y dentro del plazo de la cesión; lo que es perfectamente válido. En el segundo caso, el titular de la concesión no podrá celebrar al mismo tiempo ambos contratos, puesto que en virtud de ellos se otorgan obligatoriamente los derechos de explotación y exploración, este último cuando así se ha pactado en el contrato de explotación.

2.7. Extinción del contrato

Además de las causales que pacten las partes en virtud de su libertad contractual, el contrato de explotación minera puede extinguirse por:

- A) **VENCIMIENTO DEL PLAZO:** Constituye la forma más usual de extinguir la relación jurídica entre el Titular y el

Operador. El contrato de explotación es por su naturaleza un acuerdo temporal o ad tempus (p. ej.: tres, cinco, diez, veinte años, etc.) con cuya expiración se extingue; no obstante, como hemos visto, existen causales que extinguen la concesión minera, siendo la más usual la caducidad por el no pago de los derechos de vigencia o penalidad; por tanto, cualquiera fuese el plazo asignado a la duración del contrato, este se extingue por dichas causales, acaecidas antes de ese término.

- B) **NO EXPLOTAR:** Cuando el Operador no inicia labores de explotación o exploración, si también fuere el caso, en el área autorizada a partir de la fecha pactada en el contrato (que puede ser desde su celebración, cuando se obtengan los permisos administrativos necesarios, a partir de cierto monto de inversión, u otra modalidad), el contrato se resolverá automáticamente. Esta absoluta falta de aprovechamiento de la concesión minera constituye una sanción para el Operador que no explota el yacimiento, quien tiene la obligación de hacer producir la mina, pues las utilidades obtenidas por los minerales extraídos benefician al Titular, cuando así se haya pactado; inclusive la producción de sustancias minerales es una obligación para con el Estado, caso contrario se generaran penalidades anuales, y si continuase con el incumplimiento, se declarará la caducidad de la concesión.

- C) **TRANSMITIR EL DERECHO SIN AUTORIZACION DEL TITULAR:** La regla es que el Operador no podrá transmitir íntegra o parcialmente su derecho de explotación, sin autorización previa o simultánea del Titular. Si no mediare esta anuencia, el contrato se resolverá por dicha causa.

El Operador tampoco podrá enajenar la concesión minera dada en explotación, pues no cuenta con facultades de disposición, de hacerlo constituye no solo un abuso de derecho sino también un acto jurídico nulo. Solo podrá transmitir sus derechos de uso y goce, con permiso del titular.

- D) CONSOLIDACIÓN: Otra de las formas de extinción del contrato de explotación minera es la consolidación, que opera de forma automática o *ipso iure*. Ocurre cuando en la misma persona se reúne las calidades de Titular y Operador. Una hipótesis es el caso de que este último adquiere la titularidad de la concesión minera objeto de explotación bajo cualquier modalidad contractual: transferencia, donación, dación en pago u otro acto jurídico *inter vivos*; incluso *vía mortis causa*, cuando el Operador resulta heredero o legatario. Sin embargo, la otra hipótesis contraria puede ser discutida o por lo menos difícil de suceder: la adquisición del derecho de explotación por el Titular de la concesión, determinado la consolidación en este.
- E) POR EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN: Esta es una causal de resolución propia de un contrato minero, por cuanto la vigencia de este se supedita a la vigencia de la concesión minera objeto del contrato, y por tanto el derecho del concesionario.

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación (arts. 58 y ss. de la LGM). La hipótesis más común de extinción es la caducidad que se produce por el no pago oportuno del derecho de vigencia y/o de la penalidad durante dos años consecutivos; el abandono, por incumplimiento del interesado de las normas del procedimiento minero aplicables al título en formación; la nulidad, por haber

sido formuladas por persona inhábil, por ejemplo por el Presidente de la República; la renuncia, por la dejación voluntaria y expresa de la concesión, siendo suficiente la solicitud que presente el titular; y la cancelación, cuando existe superposición a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable. La consecuencia de la extinción es la reversión de la concesión al Estado como su detentador originario.

- F) **POR TERMINARSE LOS MINERALES:** Siendo la finalidad del contrato la extracción de minerales, no tendría razón de ser mantenerlo vigente cuando se han extinguido todos los minerales que yacían en el área de explotación, lo que implica la pérdida absoluta del valor económico de la misma. También se puede dar el caso que el mineral vaya perdiendo su potencia o ley de tal modo que ya no pueda obtenerse los provechos que inicialmente se proyectaron, en tal caso también podría ser susceptible de resolución.

Cabe preguntarnos si la destrucción total de la concesión minera puede ser causal de resolución. Esta es una hipótesis que difícilmente vaya ocurrir, aunque no es improbable (puede darse el caso que los minerales se encuentren diseminados en las inmediaciones de la superficie, y precisamente la parte otorgada en explotación se destruya por causa de huaycos o deslizamiento de la tierra). Empero consideramos que cuando se habla de destrucción del bien significa la desaparición total del valor económico de bien, en este caso de los minerales, que lo hace inapto para obtener provecho explotándolo.

- G) **MUTUO DISENSO:** Fundamentándose en el libre ejercicio de su autonomía privada (libertad contractual),

el Titular y Operador pueden dejar sin efecto, extinguir, ponerle fin a la relación jurídica que los mantenía vinculados en virtud del contrato de explotación minera celebrado anteriormente. Esta causal tiene como único requisito que todas las prestaciones a que estaban obligadas ambas partes no se hayan ejecutado completamente, caso contrario no podrá resolverse.

- H) **INCUMPLIMIENTO DEL OPERADOR MINERO DE LAS NORMAS AMBIENTALES:** Esta constituye una causal especial para los casos de explotación minera artesanal regulada en el art. 19 de la Ley 27651. Debe ser comprobado por la autoridad minera competente. Sin perjuicio de ello, el Titular queda obligado a denunciar al Operador ante dicha autoridad por los daños causados al ambiente por la ejecución incorrecta de sus operaciones.
- I) **POR RESOLUCIÓN JUDICIAL:** El Titular puede recurrir al juez cuando advierta alguna infracción del Operador a los acuerdos pactados en el contrato de explotación, a fin que lo regule el uso o explotación de la concesión (art. 1017 del Código Civil). Por ejemplo cuando el Operador transfiera la concesión minera, deteriore las labores mineras previamente ejecutadas por el Titular tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales (bocas de mina, galerías, chimeneas, caminos, etc.) o destruya los bienes muebles de propiedad del concesionario previamente asignados y de modo permanente al fin económico de la concesión (rieles, carros mineros, winches tolvas, etcétera); no efectúe las reparaciones ordinarias a la mina; o el caso de que no explote la mina en la forma normal y acostumbrada de acuerdo a las reglas, técnicas y procedimientos de la industria minera; entre otras; en cuyos casos el juez

puede declarar la extinción del contrato. Sin embargo, en la ocurrencia de estos supuestos, las partes previamente pueden llegar a un acuerdo, conciliación o transacción, no siendo necesario recurrir a la vía judicial.

Existen otras causales de resolución del contrato de explotación minera que podrían pactarse por las partes; y otras pueden darse por las circunstancias de ejecución del mismo. Por ejemplo, ¿la transferencia por el titular de su concesión extinguirá el contrato? Consideramos que no, por cuanto es una facultad del que goza todo propietario, pero el adquirente tendrá que soportar la explotación por constituir una carga que afecta la concesión.

2.8. Efectos jurídicos de la extinción

La consecuencia lógica y primordial de la extinción del contrato de explotación minera es el restablecimiento del dominio de toda la concesión, o de la parte otorgada en explotación, a su titular en el estado en que se encuentre, con todas sus partes integrantes (labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de las sustancias minerales, p. ej. galerías, socavones, túneles, chimeneas, etc.) y accesorias en caso hayan formado parte del contrato (bienes aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión, p. ej. rieles, carros mineros, winches, etc.). En el caso de terminación de los minerales, aun cuando estos no existan, igualmente opera la devolución.

En el caso particular de la consolidación en favor del Operador no hay restablecimiento del dominio al Titular sino que este se queda en favor de aquel.

Debe exceptuarse el caso de extinción de la concesión que implica la pérdida de titularidad del concesionario y por consiguiente su reversión directamente al Estado.

2.9. Importancia

La importancia de la explotación de los yacimientos mineros debe ser vista desde dos perspectivas fundamentales: económica y social. La primera se concreta en la generación de riqueza no solo para quien explota directamente la mina (Operador), convirtiéndose en propietario de los minerales extraídos, sino también para el Titular (concesionario) a quien se le compensa por el uso de su concesión. De igual manera resulta provechoso para el Estado a quien se le debe retribuir económicamente por el aprovechamiento de los recursos minerales –de los cuales es titular dominial en representación de la Nación– el cual se materializa en el pago de regalías, canon y de los derechos de vigencia por el mantenimiento de la concesión minera. Con los recursos económicos obtenidos, el Estado puede hacer frente a las distintas obligaciones de carácter económico, social y ambiental dentro de la circunscripción territorial donde se lleva a cabo la explotación y a la sociedad en general (aspecto social). Recordemos que el aprovechamiento de los recursos minerales debe realizarse dentro de un marco de interés social y necesidad pública.

Para el caso de la minería artesanal también se manifiesta esta doble perspectiva, pues la celebración de este contrato conlleva un beneficio económico no sólo al Operador y de sus familias, como medio de sustento, sino también para las poblaciones aledañas al área de explotación, que son las más apartadas y deprimidas del país, constituyéndose en polos de desarrollo. Desde luego su importancia también radica que en constituye un instrumento legal destinado a contribuir con el proceso de formalización minera.

En concreto, todo el proceso minero se fundamenta en el INTERÉS ECONÓMICO del explotador. Este elemento

constituye la máxima expresión para aquel que, de mutuo propio o por medio de otro, agarra un pico y lampa para extraer minerales. Evidentemente nos estamos refiriendo al elemento interno del propósito. La razón personal del concesionario. Porque como se ha dicho las materias primas depositadas en su fuente natural, mientras no sean extraídas por un particular, son patrimonio de la Nación, lo que implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, cuya salvaguarda corresponde al Estado como soberano pleno y total en su aprovechamiento; y es a partir de esta expresión de dominio que se activa un INTERÉS SOCIAL no solo para la localidad de donde se extrae el mineral sino para la sociedad en su conjunto. Este fundamento social trae consigo la atribución del Estado de controlar y fiscalizar que las actividades mineras extractivas se lleven a cabo respetando el medio donde se ejercen, así como de exigir a los particulares una contribución económica por el aprovechamiento de los recursos minerales. Aunque este interés social también lleva implícito un interés económico del Estado que se concreta en tener recursos para ejecutar obras públicas en beneficio de la población.

2.10. Requisitos para su inscripción

En virtud del art. 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, el acuerdo o contrato de explotación a que se refiere la Ley 27651, para su inscripción debe contener cuando menos la siguiente información:

- En caso que el contrato sea sobre parte del área del derecho minero, debe identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas U.T.M., además de otras referencias de ser el caso. El art. 21 del D.S. N° 013-2002-EM es más específico en este caso al señalar que de resultar insuficientes las coordenadas U.T.M.

para delimitar la zona objeto de explotación exclusiva a favor del minero artesanal deberá indicarse, en calidad de límites, la cota superior e inferior, con relación a los metros sobre el nivel del mar, de cada zona de explotación.

- La contraprestación pactada.

Si bien son estos los requisitos mínimos que debe contener el contrato de explotación minera para su acceso al registro, no obsta que se incluyan los otros elementos que hemos señalado tales como el objeto del contrato, la finalidad, el plazo, obligaciones y derechos de las partes contratantes, cláusulas expresas de resolución, las condiciones de la explotación, la declaración que el Titular de la concesión no tiene la condición de minero artesanal, entre otros que convengan en incluir las partes.

Además en virtud de los arts. 104 y 163 de la LGM, y del principio registral de titulación auténtica⁹⁷, el contrato de explotación minera, y todos los actos y derechos posteriores vinculados a él, deben constar en escritura pública para su inscripción en la partida abierta para la concesión minera en el Registro de Derechos Mineros, y pueda tener eficacia y validez frente al Estado y terceros. Deben abonarse además las tasas registrales correspondientes por concepto de calificación e inscripción. Dicha escritura pública que constituye título fehaciente será calificado⁹⁸ conforme a las reglas especiales

97 Art. III del Reglamento General de los Registros Públicos: "Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario. (...)".

98 La calificación registral consiste en una labor técnico jurídica mediante el cual el registrador (o el Tribunal Registral, en su caso) examina integralmente las formalidades o solemnidades extrínsecas del documento y el acto o contrato contenido en este cuya inscripción o anotación se solicita a efectos de verificar si reúne o no los presupuestos legales necesarios para su acceso al registro. Es decir, se evalúan tanto el aspecto formal o externo como material o interno del título. Dicho evaluación puede ser en forma positiva cuando este reúna los aspectos formales y materiales exigidos, accediendo al registro sin ningún problema; en cambio, será negativa cuando el título presentado no cumple con los requisitos de forma y de fondo para su inscripción porque adolece de defectos subsanables o insubsanables, los que determinarán la observación o liquidación, en el primer caso, y tacha, en el segundo.

contenidas en el Reglamento del Registro de Derechos Mineros, en concordancia con las señaladas en el Reglamento General de los Registros Públicos.

Cabe señalar que el Registro de Derechos Mineros es un registro jurídico que forma parte del Registro de Propiedad Inmueble, a cargo de los Órganos Desconcentrados de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en el cual se inscriben las concesiones mineras y los actos, contratos y derechos vinculados a ellas a que se refiere el Reglamento del Registro de Derechos Mineros y demás disposiciones legales pertinentes.

III. ALGUNAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL SOBRE CONTRATOS DE EXPLOTACION MINERA

Los pronunciamientos de la segunda instancia registral sobre los contratos de explotación minera, particularmente la artesanal, han sido profusos en los últimos 4 años, a causa –sin duda– de las acciones llevadas a cabo por el Estado en este tiempo en materia de interdicción de la minería ilegal y la formalización de la minería informal.

En efecto, recordemos que uno de los pasos para la formalización de la actividad minera de la pequeña minería y minería artesanal, conforme al art. 4 del Decreto Legislativo 1105, es la acreditación alternativa de titularidad del derecho minero mediante contratos de cesión o de explotación mineras debidamente inscritos en los registros públicos. Lo cual, evidentemente, obligaba al sujeto de formalización

La calificación registral, conforme al primer párrafo del art. 2011 del Código Civil, comprende la verificación de la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, de sus antecedentes (títulos archivados) y de los asientos registrales. En virtud de esta disposición, el registrador tiene la facultad de denegar la inscripción de aquellos títulos que no reúnan dichos requisitos, formulando las correspondientes observaciones, liquidaciones o tachas. Sus alcances se encuentran descritos en el art. 32 del Reglamento General de los Registros Públicos y las reglas o límites en el art. 33.

acudir al registro a fin de registrar su derecho y poder acreditarlo ante la autoridad minera competente. Por ello, el número de solicitudes de inscripción se ha visto incrementado y, en consecuencia, susceptibles de apelación ante la segunda instancia registral.

En ese sentido, en esta parte del trabajo abordaremos de manera resumida las cuestiones más importantes que se ha venido dando producto de la calificación negativa del registrador y que el Tribunal Registral ha tenido que resolver.

3.1. Para inscribir un contrato de explotación minera es requisito que obre registrada la concesión minera

El petitorio es un pedido o solicitud ante la autoridad minera competente (INGEMMET o DREM) que da inicio al procedimiento administrativo para obtener una concesión minera, el cual otorga tan sólo un derecho real expectativo o en formación que tendrá existencia jurídica cuando se otorgue el título definitivo de concesión. En ese sentido, el petitorio minero no da derecho a realizar actividades de exploración y explotación de minerales sino es recién con dicho título que el Estado habilita al concesionario un derecho real concreto para realizar exclusivamente actividades mineras de exploración y explotación de los recursos minerales concedidos que se encuentren dentro de una superficie debidamente delimitada, conforme a lo establecido en el título y las leyes vigentes, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan, conforme lo han dispuesto los arts. 9 y 27 de la LGM.

A su vez, el art. 18 del D.S. N° 013-2002-EM establece que “*por el acuerdo o contrato de explotación el titular de un derecho minero autoriza a personas naturales o jurídicas a desarrollar actividad minera artesanal para extraer minerales en una parte o en el área total de su concesión minera, a cambio de una contraprestación*”.

Por tal motivo, no se puede inscribir un contrato de explotación minera en una partida abierta para un petitorio minero, sino que previamente debe inscribirse la concesión minera objeto del contrato y posteriormente dicho contrato (resoluciones n.ºs 317-2013-SUNARP-TR-T de 02 de agosto de 2013 y 290-2013-SUNARP-TR-T de 12 de julio de 2013).

3.2. ¿Se necesita de la intervención del cónyuge del Operador Minero para suscripción del contrato de explotación minera?

El Tribunal Registral ha señalado mediante las resoluciones n.ºs 1182-2012-SUNARP-TR-L de 15 de agosto de 2012, 374-2014-SUNARP-TR-A y 368-2014-SUNARP-TR-A, ambas de 18 de julio de 2014, y 361-2014-SUNARP-TR-A de 17 de julio de 2014, que no se requiere la intervención del cónyuge del contratante a favor de quien se ha constituido el contrato de explotación minera, pues este contrato no constituye un acto de adquisición, disposición o gravamen de un bien inmueble. Se fundamenta en el art. 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, concordante con el art. 315 del Código Civil, que señalan que cuando se trate de la inscripción de los actos o contratos de adquisición, disposición o gravamen de una concesión que tenga la calidad de bien social, se requiere la intervención conjunta de los cónyuges.

Se señala que, de acuerdo a la naturaleza el contrato de explotación minera, el titular del derecho minero únicamente autoriza y aprueba el desarrollo de la actividad extractiva de minerales en toda o parte de su concesión a favor de un tercero, quien por su lado no adquiere el derecho que le otorga el titular sino tan solo se encuentra autorizado ejercer labores de explotación de minerales (del cual sí es titular y lo puede disponer), sujeto a la normatividad minera y ambiental;

consecuentemente, al no tratarse de un acto de disposición, no se requiere la intervención del cónyuge.

Sin embargo, a nuestro entender si bien el contrato de explotación no constituye un acto de transferencia o adquisición de la concesión minera o parte de ella, si constituye estrictamente una carga que es asimilable al gravamen⁹⁹, y por tanto cae dentro del supuesto de los art. 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros y el art. 315 del Código Civil, requiriéndose la intervención de ambos cónyuges. Con mayor razón en el caso del cónyuge del titular minero que con la entrega de su concesión para su explotación por otro, está autorizando el consumo de los minerales explotados, los cuales una vez terminados la concesión minera dejará de tener valor económico, y como tal el patrimonio del titular habrá disminuido.

3.3 El Titular de la concesión minera que tiene la calidad de minero artesanal no puede celebrar contratos de explotación minera.

El art. 24 del D.S. N.º 013-2002-EM establece prohibiciones para celebrar contratos de explotación minera, disponiendo que *“no se celebrarán acuerdos o contratos de explotación en casos de invasiones a derechos mineros de terceros, con denuncias pendientes de resolver. Los acuerdos o contratos de explotación tampoco podrán celebrarse sobre derechos mineros pertenecientes a productores mineros artesanales”*.

Por el contrario, en caso un productor minero artesanal celebre contrato de explotación minera, este devendrá en nulo

⁹⁹ El propio Tribunal Registral ha señalado que *“gravamen y carga reales constituyen una sola categoría jurídica de situación pasiva en la que se encuentra el titular de un derecho real respecto del titular de otro derecho real que recae sobre el mismo bien, que determina que el sujeto pasivo soporte o sufra las consecuencias del ejercicio de su derecho por parte del sujeto pasivo”* (resolución n.º 137-2007-SUNARP-TR-T de 19 de junio de 2007).

por la falta de capacidad del sujeto, de conformidad con el art. 2019 inciso 1 del Código Civil.

Por tal motivo, considerando que existe prohibición expresa establecida en la ley que regula este tipo de contrato debe el registro tener certeza de que el contrato de explotación minera a inscribir no se encuentra transgrediendo la norma prevista en el citado art. 24; por lo que, además de los requisitos que establece el art. 34 del citado Reglamento, constituye requisito para la inscripción de un contrato de explotación minera, la acreditación de que el titular de la concesión no tiene la calidad de minero artesanal.

La acreditación puede efectuarse mediante la inserción en el contrato de una clausula declarando el titular que no tiene la condición de minero artesanal; ajuntando declaración jurada del titular con firmas legalizadas por notario; o presentando la constancia emitida por la Dirección de Formalización Minera del MINEM en donde se señale que el titular no tiene dicha calificación. Cabe señalar que mediante las resoluciones n.ºs 299-2015-SUNARP-TR-T de 01 de junio de 2015 y 248-2014-SUNARP-TR-A de 15 de mayo de 2014 pareciera entenderse que la única forma de acreditar es mediante este último documento, sin embargo consideramos que las dos primeras son totalmente válidas.

Asimismo debe tenerse presente que si quien celebra contrato de explotación es el cesionario, la acreditación de que no tiene la condición de minero artesanal debe recaer en este, más no en el titular de la concesión, ello por cuanto en virtud del contrato de cesión regulado en el art. 166 de la LGM, el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones del cedente (resoluciones n.ºs 1152-2015-SUNARP-TR-L de 12 de junio de 2015 y 299-2015-SUNARP-TR-T de 01 de junio de 2015 y 248-2014-SUNARP-TR-A de 15 de mayo de 2014).

Cabe señalar que este criterio al ser reiterado podría ser sometido a debate en un pleno registral para su eventual aprobación como precedente de observancia obligatoria, conforme al art. 158 del Reglamento General de los Registros Públicos.

3.4. ¿Es necesario que se adjunte declaración jurada del titular de la concesión minera, en la que indique que el área otorgada en explotación no se superpone con otras otorgadas de la misma concesión?

Respecto a este punto no existe un criterio uniforme del Tribunal Registral, lo cual, desde ya, amerita la convocatoria a un pleno registral extraordinario para que se discutan ambos criterios y se adopte el que debe prevalecer, conforme lo establece el último párrafo del art. 32.b.2 del Reglamento General de los Registros Públicos, pues la finalidad de esta norma registral es uniformizar la jurisprudencia registral y evitar la existencia de criterios contradictorios al interior de dicho Tribunal, de tal modo que los administrados tengan la plena certeza del resultado final de su solicitud.

En efecto, uno de los puntos controvertidos planteados en la resolución n.º 1182-2012-SUNARP-TR-L, fundamento 8, fue si correspondía acompañar declaración jurada del titular señalando que el área otorgada en explotación no se superpone con otras. La Tercera Sala Registral de Lima señaló que la normativa actual (arts. 21 del D.S. 013-2002-2002-EM y 34 del Reglamento del Registro de Derechos Mineros) no exige declaración jurada alguna ni que el área tenga que ser precisada en hectáreas sino solo su delimitación mediante coordenadas UTM, siendo un exceso cualquier requerimiento adicional.

Por otro lado, mediante las resoluciones n.ºs 112-2013-SUNARP-TR-A de 14 de marzo de 2103 y 248-2014-SUNARP-TR-A, se

validó la necesidad de presentar la citada declaración jurada con firma legalizada a efectos de brindar mayor protección y cautela a los derechos inscritos de terceros.

Consideramos que no es necesario exigir la mencionada declaración jurada por cuanto, en la medida que el Titular celebra contratos de explotación sobre una parte de su concesión, está asumiendo la responsabilidad de que dicha área no se superpone con ninguna otra ni afecta derechos de terceros; es una situación que escapa totalmente a la calificación registral.

3.5. El cesionario de una concesión minera sí puede celebrar contratos de explotación sobre la misma

Conforme al art. 166 de la LGM, el cesionario adquiere por virtud del contrato de cesión minera todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente, y este se aparta de ellos por el tiempo que dure la cesión; norma similar al art. 32.b del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros que establece como uno de los requisitos para la inscripción del contrato de cesión minera la declaración de que el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones del cedente. A su vez, el art. 170 de dicha ley establece que el contrato de cesión minera podrá ser trasferido en su totalidad a un tercero, con el consentimiento expreso del cedente.

De acuerdo a las disposiciones citadas, el cesionario está habilitado para celebrar todo tipo de actos y contratos necesarios para la actividad minera de la concesión, como el caso de contratos de explotación, exigiéndose como dos únicos requisitos: que el cedente titular de la concesión objeto de explotación lo autorice previa o simultáneamente, y que no exceda el plazo de vigencia de la cesión (resolución n.º 1182-2012-SUNARP-TR-L).

3.6. No es necesario que para la inscripción de un contrato de explotación minera se adjunte “Declaración de Compromisos” vigente expedida por la autoridad competente

La Declaración de Compromisos, según lo regulado en el Decreto Legislativo 1105, es un documento mediante el cual una persona, natural o jurídica, que va a iniciar un proceso de formalización, declara que su actividad minera se llevará a cabo, entre otros, dentro de los parámetros de respeto a las normas ambientales y sociales. Con su presentación ante el gobierno regional competente, se considerará iniciado en el proceso de formalización. Una vez presentada dicha declaración, el sujeto de formalización debe cumplir con acreditar aquellos requisitos necesarios para culminar aquel proceso, entendiéndose que cada paso es un requisito del anterior, sin perjuicio de que algunos pudieran tramitarse de manera simultánea.

Entonces, de acuerdo a lo señalado, la Declaración de Compromisos es un requisito destinado al proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal que se lleva a cabo ante una autoridad regional y la cual debe ser inscrita en el Registro Nacional de Declaración de Compromisos a su cargo, generándose con su presentación un procedimiento administrativo especial; más no es un requisito exigido para la inscripción del contrato de explotación sobre la concesión minera llevado a cabo en el Registro de Derechos Mineros de la SUNARP, tampoco es un requisito de validez de dicho contrato.

Por el contrario, lo que sí es obligatorio para efectos de cumplir con el proceso de formalización es que el contrato de explotación se encuentre inscrito en el registro de la SUNARP, tal como exige el art. 6 del mencionado decreto legislativo. No le compete a la entidad registral verificar que los mineros

artesanales cumplan con todos los pasos de la formalización, pues la ley no le ha asignado esa facultad fiscalizadora.

En concreto, no es requisito para la inscripción de un contrato de explotación minera a favor de un minero artesanal, que se adjunte la “Declaración de compromisos” vigente expedida por autoridad competente (resolución n.º 1714-2014-SUNARP-TR-L de 10 de setiembre de 2014).

3.7. No es necesario que se presente plano suscrito por perito minero para efectos de identificarse el área otorgada mediante contrato de explotación

Hemos anotado que el actual art. 34 del Reglamento del Registro de Derechos Mineros exige como requisitos mínimos para la inscripción del contrato de explotación a que se refiere la Ley 27651, en caso el acuerdo sea sobre una parte del área del derecho minero, deberá identificarse dicha área mediante una poligonal cerrada precisada en coordenadas UTM, además de otras referencias del caso, como las cotas superior e inferior con respecto al nivel del mar; y la contraprestación pactada.

Sería un exceso solicitar el cumplimiento de un requisito que no ha previsto la norma, como el caso de un plano suscrito por perito minero. La determinación del área por coordenadas UTM resulta por lo demás suficiente para la identificación del área a explotar. Reiteramos que, en caso la explotación verse sobre una parte de la concesión, será de exclusiva responsabilidad del otorgante del derecho que esta no se superponga a otras áreas ni afecte derechos de terceros.

En suma, cuando el contrato de explotación se celebra sobre parte del área del derecho minero, será suficiente identificar

dicha área mediante una poligonal cerrada precisando las coordenadas UTM, no requiriéndose plano adicional (resoluciones n.ºs 119-2013-SUNARP-TR-A del 20 de marzo de 2013 y 112-2013-SUNARP-TR-A de 14 de marzo de 2013).

3.8. No existe impedimento legal para que una asociación celebre contratos de explotación minera como Operador Minero

En virtud del art. 5 del D.S. N.º 013-2002-EM, un *“Productor Minero Artesanal puede ser una persona natural o una persona jurídica o persona jurídica conformada por personas naturales, o por cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras, que se dedican habitualmente y como medio de sustento a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos.”* De lo expuesto se tiene que no existe limitación legal alguna para que una asociación pueda actuar como productor minero artesanal, y por ende, podrá realizar actividades como Operador Minero en un contrato de explotación (resolución n.º 884-2013-SUNARP-TR-L de 29 de mayo de 2013).

Debemos hacer hincapié que en caso la asociación actúe como Titular en el contrato de explotación, no debe tener la condición de minero artesanal conforme al art. 24 de D.S. N.º 013-2002-EM.

3.9. Un juez de paz no tiene atribuciones para extender escrituras públicas sobre contratos de explotación minera

De conformidad con el art. 17 de la Ley 29824 –Ley de Justicia de Paz–, que regula expresamente los actos que son de su

competencia dentro de su función notarial, concordante con el art. 59 de su Reglamento, los jueces de paz se encuentran facultados –entre otros actos– para extender únicamente escrituras públicas sobre transferencia posesoria de bienes de un valor de hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, siempre que se ubiquen dentro de su jurisdicción; y no sobre otro tipo de contratos, como es el caso de contratos de explotación minera (resolución n.º 1617-2015-SUNARP-TR-L de 19 de agosto de 2015).

Bibliografía Consultada

- A) AGUADO MARTINEZ, Miguel Ángel. “*La concesión minera. Jurisdicción y procedimiento*”, En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, 2009.
- B) ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Derecho Ambiental*, Gráfica Bellido, Lima 2004.
- C) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984: Los Derechos Reales*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima 2006.
- D) BASADRE AYULO, Jorge. *Derecho Minero Peruano*, 6ta. edición, Grijley EIRL, Lima 1996.
- E) BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*, 5ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima 2013.
- F) CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, común y foral: Derecho de Cosas*, vol. II, 12va. edición, Reus, Madrid 1978, revisada y puesta al día por Marín Pérez, Pascual.
- G) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*, tomo II, 2da. edición, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1966.

- H) CASTILLO HERNANDEZ, José Abel. *“La regulación del contrato de explotación en los regímenes vigentes de formalización minera”*. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 15, 2015.
- I) CUADROS VILLENNA, Carlos. *Derechos Reales*, 1ra. edición, Editora Fecat, Lima 1995.
- J) DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe N° 167: *Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú, 2012-2014*, primera edición, Lima, diciembre 2014 Lima.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“Comentario al artículo 1351 del Código Civil”*. En VVAA. Código Civil comentado, tomo VII, 1ra. edición, Gaceta Jurídica, Lima 2003.
 - DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7ma. edición, Editorial Tecnos, Madrid 2001.
 - FORNO CASTRO POZO, Xenia. *“El Título Minero como Acto Administrativo Habilitante”*. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, 2009.
 - GARCIA MONTUFAR, Guillermo y FRANCISCOVIK INGUNZA, Militza. *Derecho Minero*, 2da. Edición, Gráfica Horizonte, Lima 2002.
 - GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*, Tomos I y II, 3ra. Edición, Jurista Editores, Lima 2013.
 - HARO BOCANEGRA, Ivan. *“Las Anotaciones Preventivas de Petitorios Mineros. Comentarios al primer acuerdo plenario registral sobre derechos mineros y su incidencia en el tráfico jurídico patrimonial”*. En: Actualidad Civil, N° 24, Instituto Pacífico, Lima, julio 2016.
 - HARO BOCANEGRA, Ivan. *“Reglamento de Inscripciones de*

Bienes Vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Comentarios a la luz de las acciones de interdicción de la minería ilegal”, publicada en: www.derechoycambiosocial.com. (Revista Electrónica de Derecho), el 01.10.2015. Luego se publicó una versión mejorada en: Actualidad Civil, N.º 18, Instituto Pacífico, Lima, diciembre 2015.

- HARO BOCANEGRA, Ivan. “*Restricción a la facultad de disposición en el derecho de propiedad. A propósito de un precedente de observancia obligatoria en materia registral*”, publicado en: www.derechoycambiosocial.com. (Revista Electrónica de Derecho), el 01.07.2015.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. “*El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano*”. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 14, 2014.
- IPENZA PERALTA, César A. *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, 1ra. edición, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima 2012.
- LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil IV: Tratado de los Derechos Reales*, vol. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires 1944.
- LASTRES BÉRNINZON, Enrique. “*Los contratos mineros*”, En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, 2009.
- MARTINEZ APONTE, Humberto. “*La Concesión Minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación*”. En: Advocatus, revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 21, 2010.
- MAZEUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*,

- volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1960, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario minero 2014*, 1ra. edición, Lima, marzo 2015.
 - MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Guía para los Pequeños Mineros y Mineros Artesanales. ¿Qué debo saber para ejercer actividades mineras formalmente?*, 2da. edición, Lima 2011.
 - ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. *Informe 2014: Fiscalización Ambiental a la Pequeña Minería y Minería Artesanal. Índice de cumplimiento de los gobiernos regionales*, primera edición, Lima, junio 2015.
 - PACHAS PEREZ, Diego. “*La Exploración minera en el Perú: Un breve alcance sobre las principales autorizaciones para el desarrollo de un proyecto de exploración en el Perú*”. En: Derecho & Sociedad, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.
 - PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Derecho Civil – parte A*, vol. III, Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, México 1997.
 - PIUG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español: Derechos Reales*, tomo III, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976.
 - SALAZAR NIÑO, Elvis. “*La concesión minera y el derecho de aprovechamiento. Buscando el equilibrio entre lo público y lo práctico*”. En: Derecho & Sociedad, editado por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.
 - SUNARP. *Compendio de Reglamentos y Directivas de carácter registral 2001-2007*, primera edición, editado por Dirección Técnica Registral – Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima, mayo 2006.
 - TEJADA GURMENDI, Jaime. “*Régimen legal de la titulación minera en el Perú*”. En: Derecho & Sociedad, editado por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.

- TEJADA GURMENDI, Jaime. “*Régimen de obligaciones de la concesión minera (amparo minero)*”. En: Derecho & Sociedad, editado por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, 2014.
- TONG GONZALES, Francisco y MONTERO ALVARADO, Fernando. “*Sobre la problemática de obtener derechos superficiales para el desarrollo de actividades mineras*”. En: Revista de Derecho Administrativo, editado por alumnos del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 14, 2014.
- TORRES ALVAREZ, Hernán. “*Exploración minera, compañías mineras junior y aspectos a tomar en cuenta para su promoción*”. En: Ius et Veritas, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, 2015.

MÁS ALLÁ DE LA SEGURIDAD JURÍDICA “LAS SUPERFICIES LIMITADORAS DE OBSTACULOS”

Nilton Demetrio Paredes Lopez



Sumario: Más Allá De La Seguridad Jurídica “Las Superficies Limitadoras De Obstaculos”. Análisis del Reglamento de la Ley 27261. Presentación al Registro. Objeto de la Inscripción. Más allá de la seguridad jurídica. Conclusiones. Bibliografía.

Las superficies limitadoras, como su nombre lo dice, son superficies imaginarias, que limitan las alturas mínimas que tiene las aeronaves en una supuesta frustración de un aterrizaje o de colaje a la pista principal del aeropuerto y que obedecen a los estudios técnicos aeronáuticos para cada aeropuerto, las cuales deben ser inscritas como cargas en las partidas de los predios que se encuentren dentro de dichas superficies.

Es ahí donde el registro debe otorgar la seguridad jurídica que los predios que se inscriban sobre todo en fábricas no deben exceder las alturas mencionadas en las cargas, dependiendo de su ubicación y así el registro contribuye con la seguridad en la planificación física y el ordenamiento territorial, previendo que no se formalice edificaciones que no cumplan

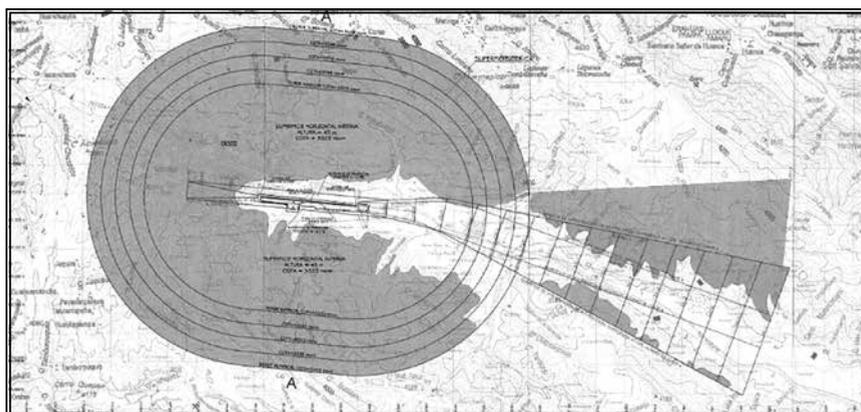
con las normas y puedan causarse posibles desgracias, entre los aviones que aterrizan y edificios de grandes alturas.

Más allá de la Seguridad Jurídica “Las Superficies Limitadoras de Obstáculos”

Conforme a lo dispuesto en el Art. 32 de la Ley 27261 Ley de Aeronáutica Civil del Perú, la Dirección General de Aeronáutica Civil determinará las superficies limitadoras de obstáculos de cada aeródromo público existente o que se construya o modifique, disponiendo su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

También conforme a lo señalado en el Art. 52 del Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 050-2001-MTC, las superficies limitadoras de obstáculos definen el espacio aéreo que debe mantenerse libre de obstáculos alrededor de los aeródromos para que puedan llevarse a cabo con seguridad las operaciones aéreas, dichas superficies marcan los límites hasta donde los objetos pueden proyectarse en el espacio aéreo, por lo que ningún obstáculo debe sobrepasarlas.

Gráfico N° 01: Plano de la Superficie Limitadora del Aeropuerto Velasco Astete en Cusco



Entre las directivas que la Sunarp no existe una directiva específica sobre las superficies limitadoras de obstáculos, que regule procedimiento y requisitos de calificación registral sobre este determinado acto, como si existe en el caso de las inscripciones de las Áreas Naturales protegidas cuya normativa es la Directiva N° 01-2012-SUNARP/SA, aprobada mediante Resolución N° 028-2012-SUNARP/SA, por lo que solo el registrador y el área de Catastro se limitan a las normas generales y a la Ley de Aeronáutica Civil.

Análisis del Reglamento de la Ley 27261

Art. 51: Capítulo II Limitaciones a la Propiedad Privada

“Las construcciones o instalaciones en los terrenos adyacentes y circundantes a los aeródromos, así como los obstáculos que constituyen peligro para el tránsito aéreo están sujetos a las limitaciones a la propiedad privada establecidas en la Ley y en el presente Reglamento.

Para tales efectos y dentro de las áreas cubiertas por las superficies limitadoras de obstáculos quedan prohibidas plantaciones, construcciones, instalaciones de líneas eléctricas, teleféricos, telefónicas, incluyendo torres para servicios de radio, radar, televisión telefonía inalámbrica, carreteras y en general cualquier obra u objeto que afecte la seguridad de las operaciones aéreas”.

Art. 52: “Las superficies limitadoras de obstáculos definen el espacio aéreo que debe mantenerse libre de obstáculos alrededor de los aeródromos para que puedan llevarse a cabo con seguridad las operaciones aéreas. Dichas superficies marcan los límites hasta donde los objetos pueden proyectarse en el espacio aéreo, por lo que ningún obstáculo pueden sobrepasarlas.”

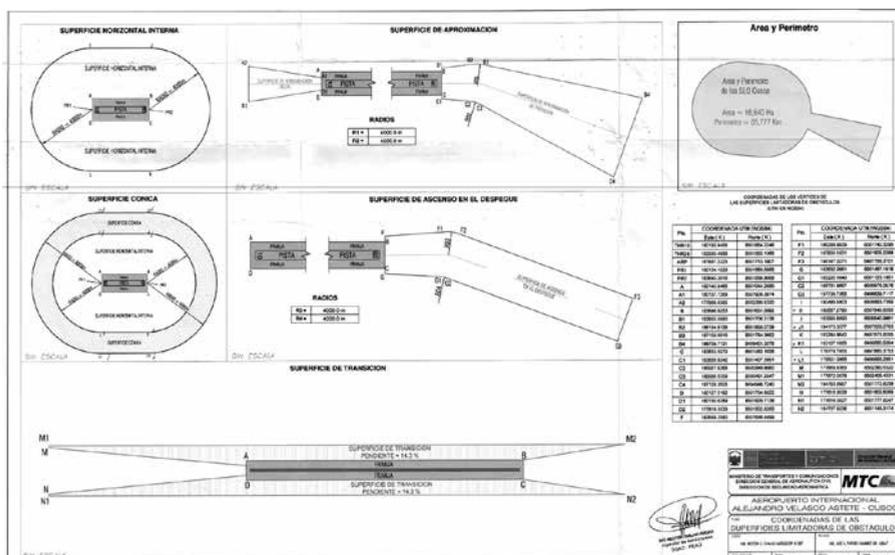
Art. 54. “Para la ejecución de obras dentro de las áreas sujetas a limitaciones a la propiedad privada, se requiere de autorización previa

de la DGAC. Los gobiernos regionales, locales y otras autoridades no pueden, bajo responsabilidad, otorgar licencias de construcción ni permitir o ejecutar obras sin dicha autorización.

Presentación al Registro

Como ya mencione no existe una directiva que regule la presentación de dicho título, por lo que el usuario solo presenta la Resolución Directoral del MYC que aprueba el expediente de determinación de Superficies Limitadoras de obstáculos de un determinado Aeropuerto, acompañado por el plano y memoria descriptiva, además de la solicitud, copia de DNI y formulario registral de inscripción de título.

Gráfico N° 02: Plano de la Superficie Limitadora de despegue y aterrizaje



Objeto de la Inscripción

Debo aclarar que lo que se pretende inscribir son las cargas en los predios ubicados dentro de las superficies limitadoras de obstáculos y para ello es necesario, saber y presentar cuales son los predios afectos y sus correspondientes datos como: partidas y áreas afectadas, además del gráfico de superposición; datos que no se presentan en la actualidad y son necesarios para la inscripción.

Problemática:

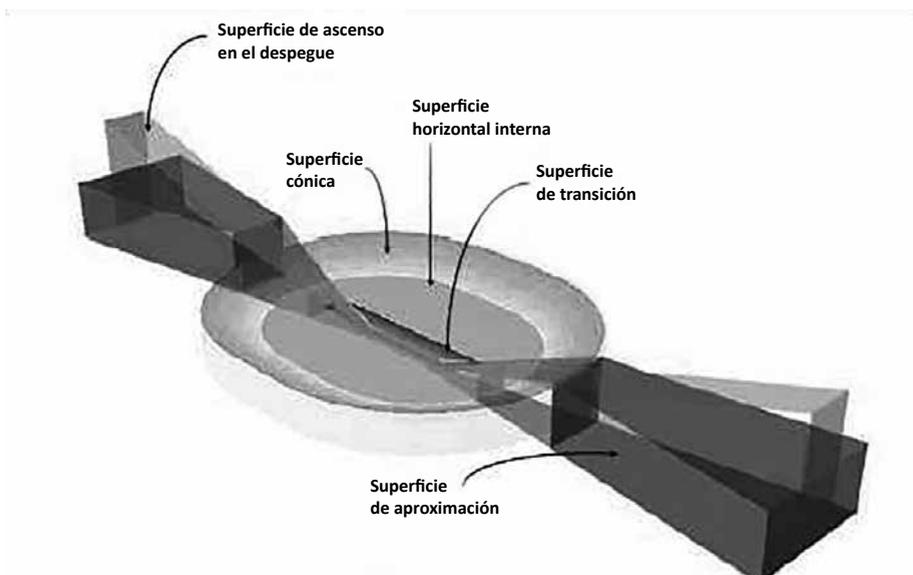
Es evidente que la MTC no podría conocer cuáles son los predios inscritos que están afectos a dichas superficies por ende este dato no es colocado en el expediente, pero como podría el registrador realizar las inscripciones de cargas si no le dan el dato de las partidas que están siendo afectadas.

Solo el área de catastro podría determinar que predios y partidas están siendo afectas por estas superficies limitadoras mediante su Base Gráfica Registral, pero según la Directiva N° 003-2014-SUNARP-SN, aprobada por Resolución N° 189-2014-SUNARP/SN, sobre actos inscribibles en el registro de predios que requieren informe técnico previo del Área de Catastro... , no se precisa el acto de superficie limitadora de obstáculos, por lo que esta oficina no tendría por qué emitir dicho informe a menos que la DTR emita una Resolución previa coordinación con las zonas registrales, de lo cual a la fecha no se tiene conocimiento de alguna.

Para el caso del Aeropuerto de Chincheros en Cusco, se ha realizado primero una Búsqueda Catastral para determinar los predios afectados por estas superficies, llegando a contabilizar más de 14,000 partidas registrales, sobre las cuales se deberá en primera instancia bloquear las partidas a fin de que ningún otro título se inscriba antes que el título de las superficies ya ingresado, luego se procederá a realizar los asientos de inscripción en cada una de ellas.

Solo el hecho de que el área de catastro detecte los predios inscritos en el ámbito de las superficies limitadoras de obstáculos ya es un trabajo de mucho esfuerzo y uso de recursos, considerando que las bases gráficas registrales están aún en construcción y el ámbito de dichas superficie son gigantescos como el aeropuerto Velasco Astete que abarca 16,640 Has con un perímetro de 65,777 Km, por otro lado el registrador tendría que realizar inscripciones en más de 14,000 para el caso del aeropuerto de Chincheros, que tiempo nos llevaría a realizar dicha inscripción sin aplicaciones informáticas que nos ayuden a acelerar los procesos.

Gráfico N° 03: Vista en 3D de las superficies Limitadoras de Obstáculos



Más allá de la seguridad jurídica

Si bien es cierto que la función del registro dar seguridad jurídica a los predios que se inscriben, en este caso estamos frente a una inscripción que no solamente brinda seguridad jurídica, sino que contribuye a la seguridad de las personas y los predios, siendo un ente que filtra las inscripciones que pueden causar un peligro y riesgo a la población en general, detectando las inscripciones básicamente de fábricas que podrían superar las alturas máximas permitidas y las instalaciones especiales como podría ser un teleférico.

El crecimiento desmedido de las ciudades en ocasiones puede provocar que la seguridad de las operaciones aeroportuarias se vea rebasada, para evitar esta situación, es indispensable mantener un monitoreo constante de los obstáculos que se encuentren en las trayectorias de aproximación y despegue, y en los alrededores de los aeropuertos, en dicho sentido el registro puede realizar una contribución muy importante a través de la calificación de dichos expedientes.

Hay que destacar que actualmente existen títulos pendientes de inscripciones en todas las zonas registrales, en la Zona Registral N° X – Sede Cusco esta en vigencia el título 18574 del 2015 sobre la inscripción de superficies limitadoras de obstáculos del Aeropuerto de Alejandro Velasco Astete y el título 19955-2015 del Aeropuerto Internacional de Chinchero con lo cual el registro tendrá una base gráfica registral que ayude a que los nuevos predios que se pretendan inscribir o los ya están inscritos, no se inscriban con fábrica que sobrepasen las alturas máximas permitidas, poniendo en riesgo a las personas y sus predios.



Conclusiones

- La Sunarp debe aprobar una directiva que regule la calificación y requisitos para la inscripción de las Superficies Limitadoras de Obstáculos.
- Se debería realizar convenios específicos con el Ministerio de Transporte debido a la gran carga de trabajo que genera la calificación e inscripciones de los predios y las partidas a fin de que aporten con recursos.
- Se debe proponer la creación de aplicaciones informáticas para la calificación masiva de estas inscripciones



Correo electrónico:

nparedes_cusco@sunarp.gob.pe y niltonparedeslopez@gmail.com

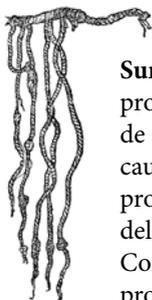
Bibliografía

- Decreto Supremo N° 050-2001-MTC (Reglamento de la Ley 27261)
- La Directiva N°03-SUNARP/SN, la cual precisa los actos inscribibles en el Registro de Predios y en otros Registros que requieran informe previo del área de catastro para acceder a su inscripción.
- La Directiva N°002-2014-Sunarp-SN Directiva que regula la emisión de los informes técnicos de las solicitudes de Búsquedas Catastrales
- Ley 27261 Ley de Aeronáutica Civil del Perú.
- Resolución Directoral N° 279-2010-MTC/12 (aprobación de expediente para superficie limitadora de obstáculos del aeropuerto Teniente FAP Alejandro Velasco Astete en Cusco).

Autorizo expresamente a la Sunarp para que publique y difunda la presente ponencia

EL PROCEDIMIENTO DE PUBLICIDAD FORMAL

Max Adolfo Panay Cuya



Sumario: Introducción. I. El procedimiento administrativo y el procedimiento de publicidad formal. II. Actuaciones en el procedimiento de publicidad formal. III. El procedimiento de publicidad formal como cauce para obtener información de los Registros Públicos. IV. Sujetos en el procedimiento de publicidad formal. V. Inicio del procedimiento a solicitud del interesado. VI. Tramitación de la solicitud de publicidad formal. VII. Conclusión del procedimiento de publicidad formal. VIII. Modalidades de procedimientos de publicidad formal. IX. Conclusiones

Introducción

En el marco del Sistema Nacional de los Registros Públicos, las disposiciones normativas mencionan la prestación de los servicios de inscripción y publicidad registral sobre los actos y contratos en los Registros. Dichos servicios son brindados en la Oficina Registral conforme a la competencia por materia y territorio -artículo 10 de la Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos, Ley 26366 (1994) y artículo 81 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunarp, Decreto Supremo 012-2013-JUS (2013)-.

Es necesario precisar que el servicio de publicidad registral que brinda el servidor responsable en la Oficina Registral, es lo que la doctrina ha señalado como publicidad “formal”, término que fue adoptado por el Reglamento General de los Registros Públicos del año 2001, continuado en el vigente TUO del Reglamento General de los Registros Públicos –artículo II del Título Preliminar (Resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012)– y en el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral –artículo 6 (Resolución 281-2015-SUNARP-SN, 2015)–. Esto es la manifestación o el documento emitido por el servidor responsable que garantiza al interesado conocer de manera efectiva la información contenida en los Registros Públicos.

La publicidad “formal” es uno de los dos elementos inescindibles de la publicidad registral; el otro es lo que la doctrina señala como publicidad “material” (que también es adoptado en el artículo 4 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral):

Por una parte la publicidad produce ciertos efectos sustantivos (constitutividad, oponibilidad a terceros, seguridad del tráfico), y una mirada desde este ángulo es denominada *publicidad material*; por otra parte, el legislador, para lograr esos fines, organiza un sistema en el que se emplea ciertos instrumentos o herramientas publicitarias que reciben el nombre de la *publicidad formal*. (Moisset de Espanés, 2015, p. 311)

El presente trabajo describe, en líneas generales, el trámite del servicio de publicidad formal a través de los procedimientos formalizados en el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, con exclusión del procedimiento no presencial que corresponde al Servicio de Publicidad Registral en Línea. En ese sentido, se relatan las disposiciones generales del procedimiento, así como las relacionadas con los procedimientos presenciales con solicitud verbal y con solicitud escrita comprendidas en el Título III del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, que estará vigente a partir del 30 de junio de 2016.

Finalmente, en una economía social de mercado es importante tener en consideración que los ciudadanos, en calidad de operadores y consumidores en el mercado, son los principales beneficiarios de la actividad de los Registros Públicos que proporcionan seguridad jurídica a la sociedad en general y al mercado en particular (Rajoy, 2005).

I. El procedimiento administrativo y el procedimiento de publicidad formal

1. El procedimiento administrativo

Para exponer el régimen del procedimiento de publicidad formal, previamente se requiere describir la regulación del procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a técnica legislativa, la Ley del Procedimiento Administrativo General ha agrupado en Títulos diferentes la regulación del procedimiento administrativo y el acto administrativo; en el Título I están los artículos que contienen disposiciones normativas “Del régimen jurídico de los actos administrativos” y en el Título II están los artículos que contienen las disposiciones normativas “Del procedimiento administrativo”. Sin embargo, Brewer-Carías (2011, pág. 56) comenta que –al igual que otras leyes en América Latina– la Ley del Procedimiento Administrativo General comprende todo el “proceso de producción” de los actos administrativos, y por tanto, entiende que la ley peruana básicamente regula el régimen jurídico del acto administrativo.

En el Título II de la Ley del Procedimiento Administrativo General –artículo 29– consta la siguiente definición: “Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de

actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados” (Ley 27444, 2001). Esta concepción legal del procedimiento debe ser interpretada conforme a los siguientes principios:

- a) Debido procedimiento administrativo –previsto en el punto 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General–: los actos y diligencias deben garantizar el derecho de defensa del administrado, facultándolo para exponer argumentos, ofrecer y producir pruebas, así como obtener una decisión motivada.
- b) Razonabilidad –previsto en el punto 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General–: Las decisiones de la autoridad administrativa se adoptan manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Al respecto, la doctrina nos recuerda que el debido procedimiento y la razonabilidad son expresiones del derecho a un debido proceso (Espinosa-Saldaña Barrera, 2011) (Landa, 2002).

Asimismo, el debido procedimiento administrativo tiene reconocimiento en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (2012). Al procedimiento administrativo es aplicable el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, y por ende, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales, bajo la siguiente justificación:

El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional. (Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César José Hinostroza Pariachi, sentencia del 16 de enero de 2012, fundamento 14)

En ese sentido, el procedimiento administrativo es el medio o instrumento que tiene la Administración para cumplir dos importantes mandatos: de ejecución, dirigido a la aplicación de la ley; y de protección, dirigido al resguardo del derecho de los administrados (Blanke, 2011). Nuestra legislación sigue similar derrotero, la Ley del Procedimiento Administrativo General –artículo III del Título Preliminar– tiene la finalidad de establecer el régimen de la administración pública para que su actuación sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados en el marco de la Constitución y las leyes.

2. Clasificación legal de los procedimientos administrativos

En la Ley del Procedimiento Administrativo General se adoptan los siguientes criterios de clasificación del procedimiento administrativo: El primer criterio, el procedimiento administrativo común y los procedimientos especiales regulados por ley expresa y conforme a la singularidad de la materia –artículo II del Título Preliminar–; el segundo criterio, los procedimientos administrativos promovidos a instancia del

administrado y los procedimientos administrativos promovidos de oficio –artículo 103–; y el tercer criterio, los procedimientos administrativos promovidos a instancia del administrado se clasifican en –artículo 30–: a) de aprobación automática, y b) de evaluación previa (con silencio positivo o negativo), encomendando en ambos casos que los procedimientos consten en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de la entidad. Finalmente, dentro del primer criterio, en el Título IV de la misma Ley se han establecido las reglas para los siguientes procedimientos administrativos especiales: el procedimiento administrativo trilateral y el procedimiento administrativo sancionador.

3. El procedimiento de publicidad formal como procedimiento administrativo especial

La Ley del Procedimiento Administrativo General tiene los siguientes enunciados normativos –numerales 2 y 3 del artículo II del Título Preliminar– que merecen tener en consideración: de un lado, “Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto”; y de otro lado, “Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley” (Ley 27444, 2001).

Para una mejor comprensión de sus alcances, se propone la siguiente interpretación de los enunciados normativos:

- a) En las actuaciones necesarias para la aprobación del reglamento del procedimiento especial.- La autoridad

administrativa tiene el deber de reglamentar el procedimiento especial de acuerdo con los principios administrativos, garantizando los derechos del administrado y protegiendo el interés general en la relación Administración-administrado. Si la singularidad de la finalidad de los intereses públicos lo requiere, la autoridad administrativa podrá reglamentar el procedimiento especial apartándose de los principios administrativos, pero garantizará los derechos del administrado.

- b) Una vez en vigor las disposiciones reglamentarias del procedimiento especial.- La relación entre las disposiciones normativas de la Ley del Procedimiento Administrativo General y las contenidas en el reglamento del procedimiento especial es la siguiente:
 - b.1) La Ley del Procedimiento Administrativo General se aplica supletoriamente (es decir, en las materias sin regulación especial) en el procedimiento especial.
 - b.2) La Ley del Procedimiento Administrativo General se aplica complementariamente (es decir, para completar el sentido de la regulación especial) en el procedimiento especial, sobre las materias que carecen de regulación expresa incompatible.

Conforme a los criterios legales de clasificación de los procedimientos administrativos y la propuesta de interpretación planteada, ¿dónde se incardina el procedimiento de publicidad formal?

El procedimiento de publicidad formal es el procedimiento administrativo especial dictado por una entidad de la Administración Pública del Poder Ejecutivo: La Sunarp como rectora del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Ley

26366, 1994). Este procedimiento especial pertenece a un sistema funcional –artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo– destinado a asegurar el cumplimiento de la política registral nacional –política pública– de tener una instancia que otorgue o reconozca determinados derechos de los particulares para el desarrollo de actividades económicas y sean oponibles a los distintos sujetos del sector público o privado (Ley 29158, 2007).

El otorgamiento o reconocimiento de los derechos de los particulares en los términos antes expuestos se consigue mediante el ejercicio de las funciones de inscripción y publicidad registral (formal). Tratándose de esta última función, es el conjunto de actividades que realiza el servidor responsable y el Tribunal Registral (en primera y segunda instancia, respectivamente) dentro del procedimiento de publicidad formal destinadas a que el interesado obtenga la información de los Registros Públicos a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Si el procedimiento administrativo es el conjunto de actuaciones de la administración y del administrado, ordenadas según la normativa dictada específicamente por cada entidad de la administración pública, destinadas a obtener el pronunciamiento de la entidad que vincula al administrado; el procedimiento de publicidad formal es el conjunto de actuaciones destinadas a que el interesado obtenga la información de los Registros Públicos a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Finalmente, afirmar que el procedimiento de publicidad formal es un procedimiento especial no es óbice para indicar que tiene las siguientes características: es iniciado a solicitud de parte, de evaluación previa por la entidad y con silencio administrativo negativo –artículo 18 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral– (Resolución N° 281-2015-SUNARP/SN, 2015).

II. Actuaciones en el procedimiento de publicidad formal

En el Título III del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral se establecen las actuaciones dentro del procedimiento de publicidad formal. Se propone agruparlas de la siguiente manera: de una parte, como actuaciones del interesado están la solicitud de publicidad registral, el desistimiento del procedimiento, la variación de la forma de la publicidad registral solicitada, la subsanación de la observación, entre otras; y de otra parte, como actuaciones de la administración están la inadmisibilidad de la solicitud de publicidad, la observación al pedido, la denegatoria de la solicitud de publicidad, la declaración de abandono del procedimiento, la conclusión del procedimiento por causa sobrevenida que imposibilita el pronunciamiento, entre otras.

En general, las actuaciones están desarrolladas en el presente trabajo dentro de las fases de iniciación, tramitación y conclusión del procedimiento de publicidad formal.

III. El procedimiento de publicidad formal como cauce para obtener información de los Registros Públicos

Las actuaciones en el procedimiento de publicidad formal permiten al interesado obtener la información que consta en los Registros Públicos: primordialmente, la información contenida en la partida registral, y en general, la información contenida en los documentos del archivo registral –artículo 6 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

En cuanto a la información contenida en la partida registral, se refiere a los actos o derechos que constan en el asiento registral en soporte electrónico: el asiento registral con firma electrónica y/o digital, o el asiento registral elaborado primigeniamente en soporte papel (ficha o tomo) con imagen digitalizada y que

informáticamente conforma la partida electrónica. Como regla general, la partida registral es un documento en soporte electrónico (partida electrónica).

Cuando el reglamento hace mención al archivo registral, se trata de la información contenida en los siguientes documentos señalados en el artículo 108 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012):

- a) El título que es la causa o sustento de la inscripción del acto o derecho, que puede constar en soporte papel o electrónico (por ejemplo: título con imágenes digitalizadas, título con firma digital).
- b) La solicitud de inscripción denegada por la instancia registral, que puede constar en soporte papel o electrónico (por ejemplo: título con imágenes digitalizadas, título con firma digital).
- c) El índice organizado en medios informáticos y, de acuerdo a la antigüedad, el organizado en soporte papel conforme a la técnica anterior.
- d) El asiento de presentación organizado en medios informáticos y, de acuerdo a la antigüedad, el organizado en soporte papel conforme a la técnica anterior.

Resulta claro que la partida registral también conforma el archivo registral, pero la particularidad en relación con los otros documentos del archivo registral consiste en que la partida registral es la “unidad de registro” –artículo 6 del mencionado TUO del Reglamento General de los Registros Públicos– y contiene la información de los actos y derechos que han accedido al Registro, así como la información relativa a los otros documentos que conforman el archivo registral (con excepción de la solicitud de

inscripción denegada). Un ejemplo de la partida registral como “unidad de registro” es el siguiente: en la partida de un registro de bienes consta el asiento de inscripción con la información de quien es el propietario del bien, así como los datos que permiten identificar el título que sustenta la inscripción y el asiento de presentación. Además, el índice extrae la información contenida en dicha partida registral por medio de datos estructurados en el sistema informático. Sobre la base de la organización del Registro, la partida registral está en un peldaño especial o primordial respecto a los demás documentos contenidos en el archivo registral.

A mayor abundamiento, la publicidad formal gira en torno a la información relacionada, primordialmente, con el acto (o derecho) inscrito o anotado en la partida registral. La inscripción o anotación está sustentada en el título, cuyo dato aparece en la partida registral. El título es presentado al Registro y su constancia del orden de ingreso es mediante el asiento de presentación en el diario de la Oficina Registral, cuyo dato también aparece en la partida registral. Finalmente, los índices informan sobre el número de partida registral, así como determinados elementos de los actos o derechos contenidos en la partida registral (siempre que conformen los datos estructurados en el sistema informático).

IV. Sujetos en el procedimiento de publicidad formal

1. El servidor responsable

El servidor responsable en el procedimiento de publicidad formal tiene la competencia para impulsar de oficio, tramitar y brindar la publicidad formal simple y certificada.

¿Quién es el servidor responsable? En principio, puede ser el cajero, el certificador, el abogado certificador o el registrador –artículo 2 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Dependerá de la clase de publicidad formal –artículos 16, 42 y 52 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral– que solicite el interesado para individualizar quién es el servidor responsable:

- a) El certificado literal, en principio, es emitido por el certificador; y también puede ser efectuarlo el abogado certificador y el registrador.
- b) El certificado compendioso es emitido por el registrador o el abogado certificador.
- c) La copia informativa o la boleta informativa, en principio, es manifestada o dada a conocer por el cajero; y también puede efectuarla el abogado certificador y el registrador.
- d) La búsqueda a través de los índices informatizados es manifestada o dada a conocer, en general, por el servidor responsable a quien se le encarga su elaboración.
- e) La visualización o la exhibición es manifestada o dada a conocer, en general, por el servidor responsable a quien se le encarga facilitar o poner a disposición el servicio en la Oficina Registral.

Por lo general, la tramitación y emisión de la publicidad formal corresponde a un solo órgano (servidor responsable) y, a veces, es requerida la colaboración de otro órgano. Esta colaboración puede ocurrir si el certificador o el abogado certificador, al elaborar la publicidad formal, advierte algún asiento registral sin firma, pero verifica que en el título archivado que lo sustenta consta la anotación de inscripción suscrita por el registrador.

En el supuesto de colaboración de otro órgano antes descrito,

participan en el procedimiento el certificador o el abogado certificador (servidor responsable) y el Jefe de la Unidad Registral, quien designará al registrador que conocerá la regularización del asiento registral sin firma, y de esa manera, viabilizará que el certificador o abogado certificador, según corresponda, emita la publicidad formal –inciso a) del artículo 32 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Resta precisar que la disposición reglamentaria no alude expresamente al Jefe de la Unidad Registral, sino utiliza la expresión genérica “área registral”. Téngase presente que la regularización de asientos registrales sin firma está contemplado en el artículo 71 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos que determina lo siguiente: el registrador que advierte la deficiencia (asiento registral sin firma) es quien tiene la competencia para efectuar la regularización, empero no considera si la deficiencia es advertida por el certificador o abogado certificador.

En ese sentido, se estima que corresponderá al registrador del “área registral” efectuar la regularización del asiento sin firma en la partida registral y el Jefe de Unidad Registral participa en el momento de determinar o designar al registrador en el caso concreto, de acuerdo con su función de organizar la prestación de los servicios registrales –inciso l) del artículo 80 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunarp¹–.

Claro está, si el servidor responsable es registrador, la participación de la Unidad Registral no es necesaria porque directamente puede extender el asiento de regularización antes de expedir la publicidad formal –inciso b) del artículo 32 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

1 Aprobado por Decreto Supremo 012-2013-JUS, del 14 de octubre de 2013.

Otra situación de colaboración de algún órgano en el procedimiento de publicidad formal está en el Registro de Predios, específicamente, en la emisión del certificado de búsqueda catastral; por cuanto, en el procedimiento existe la colaboración del área de catastro para la emisión del informe técnico que permite al registrador o el abogado certificador (servidor responsable) brindar la publicidad formal –artículo 85 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

2. Los interesados

Los interesados pueden solicitar sin expresión de causa que se brinde la publicidad formal –artículo 7 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–. Sea un Registro de bienes o de personas a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, los interesados solicitan la publicidad formal por diversos motivos que no son materia de evaluación por el servidor responsable.

A manera de ejemplo: En el registro de bienes, el titular registral del bien mueble o inmueble requiere de un certificado positivo de propiedad para acreditar dicho derecho en el procedimiento administrativo, en el proceso judicial o en cualquier relación entre privados. Respecto al registro de personas, la persona jurídica requiere el certificado de vigencia de poder para acreditar las facultades de representación en el procedimiento administrativo, en el proceso judicial o en cualquier relación entre privados; o el apoderado requiere el certificado de vigencia de poder para acreditar las facultades de representación en el procedimiento administrativo, en el proceso judicial o en cualquier relación entre el poderdante y los privados. Estas causas o motivaciones no las evalúa el servidor responsable de brindar la publicidad formal.

Asimismo, los interesados pueden participar en el procedimiento a través de un representante: a) en caso de persona natural puede ser el poder general formalizado mediante simple designación de persona cierta en el escrito o por carta poder con firma del administrado; b) en caso de persona jurídica a través de sus representantes legales, quienes actúan premunidos de los respectivos poderes –artículo 53 y numeral 115.1 del artículo 115 de la Ley del Procedimiento Administrativo General–.

De otra parte, no es la totalidad de la información contenida en los distintos registros la que puede obtener cualquier interesado, sino aquella que no está prohibida de brindarse y la que no está protegida por el derecho a la intimidad. En tales casos, no es suficiente la capacidad jurídica y se requiere de una aptitud especial denominada “legitimación”, esto es, una especial posición del interesado respecto de la publicidad registral que se expedirá como resultado del procedimiento (González Pérez, 2000).

Así, los legitimados para solicitar la publicidad formal información protegida por el derecho a la intimidad son: a) el titular de la información protegida con el derecho a la intimidad, b) el representante con poder especial del titular de la información protegida, c) el representante legal en caso de menores de edad o incapaces, d) las personas autorizadas con resolución firme.

¿Cuál es la información protegida por el derecho a la intimidad? Por ejemplo, aquella que puede estar relacionada con las siguientes causales: de invalidez del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos; de interdicción o inhabilitación de las personas naturales; de pérdida de la patria potestad; de desheredación o indignidad; entre otras. No obstante, están exceptuados de legitimación en los casos de materia penal,

de seguridad pública o defensa nacional, o los funcionarios que requieran la información para el cumplimiento de sus funciones –artículos 76 y 77 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Respecto a la norma que prohíbe brindar publicidad formal, es la contenida en el artículo 109 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral: No puede expedirse publicidad formal en el Registro de Testamentos mientras no se extienda el asiento de ampliación de testamento o se acredite el deceso del testador. El legitimado para solicitar la publicidad formal es el testador mediante escrito con firma certificada notarialmente o autenticada por fedatario de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Dicha prohibición reglamentaria tiene correspondencia con la prohibición legal al notario de informar el contenido o existencia del testamento mientras viva el testador –artículo 71 del Decreto Legislativo del Notariado– (Decreto Legislativo 1049, 2008), sin embargo, en la práctica resulta difícil que su aplicación consiga la finalidad de la norma. Por ejemplo, si existe inscrito el otorgamiento de un testamento, la eventual presentación de una solicitud de certificado positivo en el Registro de Testamentos tendrá como consecuencia el pronunciamiento del servidor responsable denegando el pedido por causa no imputable al interesado; y en ese sentido, ese pronunciamiento implica que el interesado tenga conocimiento de la existencia de la inscripción del otorgamiento de testamento.

V. Inicio del procedimiento a solicitud del interesado

El procedimiento de publicidad formal se inicia a instancia de parte, es decir, el acto inicial es la solicitud de publicidad y su presentación por el interesado genera en el servidor responsable el deber de tramitar el procedimiento.

1. La solicitud de publicidad formal

La solicitud de publicidad formal –artículos 24 y 26 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral– debe contener los siguientes requisitos:

- a) Datos de identificación de solicitante.- El nombre, así como el tipo y número de documento oficial de identidad. Opcionalmente, puede indicar el correo electrónico o el número de teléfono móvil.
- b) Datos de individualización de la publicidad formal.- La clase publicidad registral; el Registro y la Oficina Registral; el número de partida registral, matrícula, placa única nacional de rodaje, título archivado, u otros, según corresponda; y en general, los datos necesarios para brindar la publicidad formal. Por ejemplo, el nombre de la persona natural o la denominación social de la persona jurídica.
- c) Abono del derecho registral exigido para la presentación de la solicitud de publicidad formal.

La regla general consiste en que el interesado solicita o pide una publicidad formal (simple o certificada), y como excepción, es posible pedir la emisión de varios ejemplares de la misma. Por el contrario, tratándose de una entidad de la Administración Pública es posible acumular varias peticiones de publicidad formal; y si hubiera convenio de cooperación interinstitucional, la entidad de la Administración Pública podrá solicitar la publicidad formal conforme a lo establecido en dicho convenio –artículos 21 y 22 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

2. Lugar de presentación de la solicitud de publicidad formal

En principio, en el procedimiento presencial, la solicitud (verbal o escrita) de publicidad formal es presentada ante el cajero de la Oficina Registral donde pertenece el registro de bienes o de personas cuya información ha sido requerida por el interesado –artículos 39 y 53 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Lo antes manifestado es necesario enfatizar, porque todos los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos no se encuentran en todas las Oficinas Registrales. A manera de ejemplo: el Registro de Derechos Mineros solo existe en las Oficinas Registrales de Lima, Trujillo, Huancayo, Cusco, Madre de Dios y Arequipa²; el Registro de Buques, Embarcaciones Pesqueras y de Naves solo existe en las Oficinas Registrales de Tumbes, Sullana, Piura, Chiclayo, Iquitos, Yurimaguas, Trujillo, Pucallpa, Chimbote, Lima, Puerto Maldonado, Pisco, Mollendo, Ilo, Puno³.

Con el propósito de facilitar a los interesados la presentación de las solicitudes de publicidad formal sin necesidad de acudir a la Oficina Registral donde se encuentra la información requerida, existen las siguientes disposiciones normativas: Las que atribuyen competencia nacional para determinadas formas de publicidad formal (simple o certificada), así como las que regulan el trámite de oficina receptora y oficina de destino cuando no exista la competencia nacional.

2 Cfr.: Resolución 100-2000-SUNARP-SN, del 25 de mayo de 2000 y Resolución 174-2012-SUNARP-SN, del 05 de julio de 2012.

3 Cfr.: Anexo "A" de la Resolución 022-2012-SUNARP-SA, del 28 de enero de 2012.

En efecto, en los casos de competencia nacional, la solicitud (verbal o escrita) de publicidad formal puede ser presentada ante el cajero de cualquier Oficina Registral y el servicio es brindado directamente en dicha Oficina Registral. La competencia nacional –artículos 15, 19 y 61, así como la Undécima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral– ha sido establecida para brindar la siguiente publicidad formal:

- a) Respecto a todos los Registros: La búsqueda a través de los índices informatizados; la boleta informativa; la copia informativa o el certificado literal de partida registral o título archivado (siempre que el sistema informático lo permita); y la visualización de partida registral o título archivado (siempre que el sistema informático lo permita).
- b) Respecto a determinados Registros: El certificado positivo o negativo en los Registros de Sucesiones Intestadas, Personal, Personas Jurídicas, Propiedad Inmueble y Propiedad Vehicular; el Certificado Registral Inmobiliario – CRI en el Registro de Predios; el Certificado Registral Vehicular – CRV en el Registro de Propiedad Vehicular; el certificado de cargas y gravámenes en los Registros de Propiedad Inmueble, de Aeronaves y de Embarcaciones Pesqueras; y el certificado de vigencia de poder en los Registros de Personas Naturales y Jurídicas.

Cuando la publicidad formal requerida es un certificado literal o compendioso (no comprendido dentro de la competencia nacional antes señalada) que pertenece a una Oficina Registral distinta a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud, seguirá el trámite entre oficina receptora y oficina de destino previsto en la Directiva que regula el servicio registral de competencia nacional para otorgar prioridad registral y su

aplicación para trámites de oficinas receptoras y de destino –artículo 19 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Así, la Oficina Registral que recibe la solicitud de publicidad formal actúa como oficina receptora y envía copia de la solicitud mediante facsímil u otro medio análogo a la oficina de destino, la misma que procederá a atender y remitir el certificado correspondiente a la oficina receptora por correo certificado. En los casos que se requiera el pago de un mayor derecho registral, la oficina de destino remitirá la publicidad formal solicitada con la indicación, para la oficina receptora, de recibir el pago del mayor derecho antes de su entrega al interesado (Resolución 330-2004-SUNARP-SN, 2004).

De otra parte, si el interesado de solicitar la publicidad formal es alguna entidad de la Administración Pública, resulta de aplicación las siguientes reglas especiales sobre el lugar de presentación: la presentación de la solicitud se efectúa en la oficina de trámite documentario, o la que haga sus veces, de cualquier Oficina Registral. Posteriormente, se evalúa la solicitud para determinar cuáles son las Oficinas Registrales a donde pertenecen los registros cuya información es requerida, y de esa manera, enviarla para obtener la publicidad formal.

Estas reglas especiales podrían ser interpretadas en el sentido que la entidad de la Administración Pública tiene preferencias frente al interesado que es un privado, empero no es exacto porque el detalle para desestimar la preferencia aludida está en considerar plazo diferenciado. En efecto, el plazo se incrementa en diez (10) días hábiles adicionales al plazo previsto para la emisión de la publicidad formal requerida –artículo 21 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Claro está, no se advierte impedimento o prohibición para que la entidad de la Administración Pública decida solicitar la publicidad formal cumpliendo las reglas generales previstas en el Título III del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral a fin de beneficiarse con los plazos establecidos, por ejemplo, en el procedimiento de solicitud verbal con atención inmediata.

3. Rechazo de la solicitud de publicidad formal

El cajero debe rechazar de plano la presentación de la solicitud de publicidad formal si ocurre alguno de los siguientes supuestos: a) la solicitud no contiene los datos de identificación del interesado o los datos de individualización de la publicidad formal requerida; b) la solicitud contiene más de una clase de publicidad formal; y c) No se abone del derecho registral exigido para la presentación de la solicitud de publicidad formal –artículo 26 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

VI. Tramitación de la solicitud de publicidad formal

El servidor responsable debe promover toda actuación que fuese necesaria para la tramitación de la solicitud de acuerdo con el impulso de oficio del procedimiento previsto en el artículo 145 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444, 2001).

El servidor responsable tiene como función la evaluación de la información contenida en el Registro para extraer o resumir determinado hecho o acto; o reproducir (total o parcialmente) los documentos del archivo registral y, cuando corresponda, dejando constancia de la fidelidad del contenido.

En la medida que la finalidad del procedimiento es conocer la información contenida en el Registro a través de la obtención de

la publicidad formal (simple o certificada), no es necesario que el interesado deba acreditar hechos relevantes al servidor responsable, presentando pruebas. Por ejemplo, Luis Díez-Picazo (2007) –sobre la base de lo mencionado por Ramón Roca Sastre– indica que las certificaciones son traslados de un documento original obrante en un Registro. Dicho en otro giro, el servidor responsable de brindar la publicidad formal previamente debe efectuar la evaluación respecto a la información contenida en el Registro: en especial, de la partida registral, y en general, del archivo registral, según corresponda a la forma de publicidad formal que estrictamente ha solicitado el interesado. En este orden de ideas, el trámite de una audiencia tampoco resulta necesario en el procedimiento.

La facultad de contradicción del interesado en todo procedimiento de publicidad formal está presente mediante el recurso administrativo de apelación –artículo 114 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral– y, en el caso de emisión de certificados compendiosos, adicionalmente mediante el pedido de aclaración por error en el contenido del certificado –artículo 73 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

En el procedimiento de publicidad formal la presentación de informes no es habitual y ocurre de manera específica para la emisión del certificado de búsqueda catastral en el Registro de Predios, en donde, se requiere el informe técnico del área de catastro –artículo 86 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

El servidor responsable formula esquela de observación respecto a lo solicitado por el interesado cuando ocurre alguno de los siguientes supuestos: a) no es posible expedir la publicidad formal porque es necesario que el interesado proporcione información adicional; b) el resultado de la evaluación efectuada por el servidor responsable se enmarca dentro de los casos en donde el interesado puede variar la solicitud de publicidad formal; y c) existe un mayor derecho

registral a pagar, siempre que pueda determinarse –artículo 28 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Cabe recordar que, conforme con la regla general de celeridad en el procedimiento, en una sola decisión se dispone el cumplimiento de todos los trámites necesarios que por su naturaleza corresponda, siempre que no se encuentren entre sí sucesivamente subordinados para su cumplimiento –numeral 2 del artículo 148 de la Ley del Procedimiento Administrativo General–. Por tal motivo, solamente puede formularse otra observación por hechos nuevos o si se funda en el requerimiento de pago de una mayor derecho registral al interesado que, en principio, no pudo ser determinado por el servidor responsable –artículo 28 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

De otra parte, el interesado está facultado a variar la solicitud de publicidad formal solamente para adecuar su pedido al resultado de la evaluación efectuada por el servidor responsable. Esta variación se circunscribe a los siguientes casos: a) originalmente solicitó un certificado de vigencia y posteriormente es variado por un certificado de no vigencia; b) originalmente solicitó un certificado positivo y posteriormente es variado por un certificado negativo; y c) originalmente solicitó un certificado negativo y posteriormente es variado por un certificado positivo –artículo 27 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

Como dinámica de las figuras de la observación por el servidor responsable y la variación de la solicitud de publicidad formal por el interesado, se propone el siguiente ejemplo: El interesado solicita el certificado positivo de propiedad de “X” en el Registro de Predios de la Oficina Registral de Lima. El abogado certificador formula observación porque, de la evaluación efectuada, advierte la existencia de varios “X” con diferentes números de documentos oficiales de identidad y, para brindar la publicidad formal, deberá

precisarse el número de documento oficial de identidad. El interesado subsana indicando el número de documento oficiales de identidad “Y”, pero ha ocurrido como hecho nuevo que “X” con el número de documento oficial de identidad “Y” ha dejado de ser propietario del predio. En consecuencia, el servidor responsable formula segunda observación, debido a que, nos encontramos dentro del supuesto en donde el interesado puede variar su solicitud de certificado positivo por un certificado negativo.

También forma parte de las particularidades del procedimiento de publicidad formal la colaboración que puede proporcionar el Jefe de la Unidad Registral en un supuesto muy concreto: si el certificador o abogado certificador advierte algún asiento registral sin firma, pero en el título archivado (que es el sustento del asiento) consta la anotación de inscripción suscrita por el registrador. La participación del Jefe de la Unidad Registral consiste en disponer quien será el registrador que extenderá el asiento de regularización en la partida registral –inciso a) del artículo 32 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

En la parte relacionada con los sujetos en el procedimiento de publicidad formal se había comentado que la disposición reglamentaria contenida en el artículo 32 determina la actuación del certificador o abogado certificador de verificar que el título archivado tiene la anotación de inscripción suscrita y luego comunicar al área registral. Siendo el caso que solamente se establece una prórroga automática de tres (03) días adicionales, debería entenderse que el trámite de regularización de asientos registrales sin firma con participación del Jefe de la Unidad Registral está limitada a las solicitudes de publicidad formal sobre información contenida en el archivo registral de la Oficina Registral en donde fue presentada dicha solicitud.

VII. Conclusión del procedimiento de publicidad formal

El procedimiento de publicidad formal concluye:

- a) Con el pronunciamiento sobre el fondo: mediante la publicidad formal.
- b) Sin el pronunciamiento sobre el fondo: mediante la denegatoria de la solicitud de publicidad formal por causas no imputables al interesado (por ejemplo, la reconstrucción del título archivado o de la partida registral cuya competencia tiene la Unidad Registral) o cuando el servidor responsable estima que no ha sido subsanada la observación; la declaratoria abandono cuando el interesado no presente la subsanación de la observación o no pague el derecho registral en el plazo de treinta (30) días contados desde el día siguiente de su notificación; la declaración de desistimiento del procedimiento; la declaración de conclusión por causas sobrevenidas que determinan la imposibilidad de continuar con el procedimiento –artículo 37 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral–.

VIII. Modalidades de procedimientos de publicidad formal

En el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral –artículo 23– constan las siguientes modalidades del procedimiento de publicidad formal: a) De forma presencial en las Oficinas Registrales mediante una solicitud verbal (de atención inmediata o sujeta a plazo) o una solicitud escrita; y b) De forma no presencial a través del Servicio de Publicidad Registral en Línea (SPRL).

1. El procedimiento presencial con solicitud verbal y atención inmediata

Dentro de los procedimientos seguidos en forma presencial, el mayor referente de la simplificación de etapas está en el procedimiento con solicitud verbal del interesado y atención inmediata, a través del cual, el interesado obtiene la publicidad formal directamente del servidor responsable sin mediar plazo entre la solicitud verbal y la obtención del servicio (inmediación).

La Resolución 256-2014-SUNARP-SN, del 22 de octubre de 2014, es el antecedente próximo del procedimiento presencial con solicitud verbal y atención inmediata, puesto que, en su oportunidad, consideró las siguientes reglas para expedir la publicidad formal: a) Al cajero de la Oficina Registral se solicitada verbalmente la boleta informativa del Registro de Propiedad Vehicular, así como la copia simple (actualmente, copia informativa) y literal (actualmente, certificado literal) de la partida registral de los demás Registros; y b) El Jefe Zonal designa al cajero como certificador, y de esa manera, atribuye la competencia para expedir la copia literal (actualmente, certificado literal) de la partida registral.

Respecto a la copia simple (actualmente, copia informativa) de la partida registral, cabe recordar que era proporcionada de manera inmediata por el cajero de la Oficina Registral utilizando el sistema informático, luego de haber recibido la solicitud de publicidad formal por escrito (esto es, el formulario de solicitud de publicidad registral aprobado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos), así como los derechos registrales. Por consiguiente, la novedad de la resolución en dicho trámite consistió en señalar que la solicitud era verbal para la atención.

En la parte considerativa de la resolución se señalan los hechos que motivaron la decisión administrativa de establecer mejoras en el trámite. La obtención de la copia simple (actualmente, copia informativa) y literal (actualmente, certificado literal) de la partida registral requería la presentación de la solicitud por medio de un formulario –en soporte papel– que debía ser completado por el interesado. Esa actuación generó los siguientes problemas: dificultades en la forma de completar el formulario; demora por largas filas para recabar el formulario; demora por largas filas para entregar su solicitud y efectuar el pago de derechos registrales.

En resumen, en el rediseño del trámite en el área de caja fue sustituida la presentación de la solicitud escrita (mediante formularios completados manualmente) por la solicitud verbal, y además, se estableció que directamente el cajero expida la copia literal (actualmente certificado literal) de la partida registral, sin perjuicio de la copia simple (actualmente, copia informativa) que también proporcionaba a los interesados.

El Reglamento del Servicio de Publicidad Registral establece un procedimiento con mayor contenido que los considerados en la Resolución 256-2014-SUNARP-SN. A continuación se muestra sus alcances.

La publicidad formal simple que brinda el cajero dentro del procedimiento presencial con solicitud verbal y atención inmediata es la siguiente:

- a) La copia informativa de partida registral de cualquier Registro (pertenezca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–), siempre que no exceda, en principio, de treinta (30) páginas –artículo 43–.

- b) La boleta informativa de los Registros cuyo sistema informático contiene data estructurada –artículo 15–, pertenezcan o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–. Es el caso del Registro de Propiedad Vehicular, así como el Registro de Predios pero limitado a la partida registral generada en el sistema SARP⁴ del ex Registro Predial Urbano.

La publicidad formal certificada que brinda el cajero dentro del procedimiento presencial con solicitud verbal y atención inmediata es únicamente el certificado literal de la partida registral de cualquier Registro (pertenzca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–), siempre que no exceda, en principio, de diez (10) páginas –artículo 45–.

Tratándose del certificado literal de la partida registral, el Jefe de la Zona Registral debe disponer que se designe al cajero como certificador –artículos 41 y 42– para que tenga la atribución de emitir dicho certificado.

Si bien es cierto que, en principio, la cantidad de páginas que no debe exceder en la partida registral es de treinta (30) o diez (10) para que el cajero brinde directamente la copia informativa o el certificado literal, respectivamente; también lo es que el Jefe Zonal, o la persona en quien este delegue, puede disponer que la cantidad de páginas de la partida registral sea mayor o menor con el propósito de propender a reducir el tiempo de atención del servicio –Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final–.

El procedimiento con solicitud verbal y atención inmediata se caracteriza por la intermediación entre el servidor responsable y el interesado. El cajero recibe la solicitud verbal del interesado,

4 “Sistema Automatizado del Registro Predial”.

ingresa en el sistema informático los datos de identificación del solicitante e individualización de la publicidad formal, y cerciora la factibilidad de brindar el servicio. Luego, el cajero imprime el reporte preliminar y requiere al interesado la confirmación de lo peticionado. El interesado suscribe el reporte en señal de conformidad y paga el derecho registral. Para concluir, el cajero brinda la publicidad formal.

Conforme a las actuaciones antes descritas, en el procedimiento con solicitud verbal del interesado y atención inmediata, el cajero brinda la publicidad formal directamente sin necesidad de derivarlo a otra área de la Oficina Registral, o en otras palabras, el procedimiento empieza y culmina en la misma caja –artículo 43–.

Finalmente, en el procedimiento con solicitud verbal existen las siguientes situaciones que provocan la modificación de la atención inmediata por la sujeta a plazo –artículo 46–: a) la información contenida en el sistema informático no está disponible; b) no existen medios informáticos para expedir la publicidad formal; c) se advierte en la partida registral la existencia de un asiento registral sin la firma del registrador; y d) la partida registral excede de la cantidad de páginas establecidas en el reglamento o la cantidad de páginas indicadas por el Jefe Zonal (o la persona en quien este delegue), de acuerdo con la facultad establecida en la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final.

2. El procedimiento presencial con solicitud verbal y atención sujeta a plazo

Conforme al Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, a continuación se describe los alcances del procedimiento presencial con solicitud verbal y atención sujeta a plazo.

El servidor responsable, en el procedimiento presencial con solicitud verbal y atención sujeta a plazo, brinda la siguiente publicidad formal:

- a) La búsqueda a través de los índices informatizados de cualquier Registro (pertenezca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–).
- b) La visualización de partida registral o título archivado que conste en soporte digital de cualquier Registro (pertenezca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–).
- c) La exhibición de título archivado, que conste en soporte papel, de cualquier Registro que pertenezca a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 15 y 19–.
- d) La copia informativa del título archivado, que conste en soporte papel, de cualquier Registro que pertenezca a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud – Undécima Disposición Complementaria, Transitoria y Final–.
- e) La copia informativa del título archivado, que conste en soporte digital, de cualquier Registro (pertenezca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–).
- f) La copia informativa de partida registral de cualquier Registro (pertenezca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–), siempre que ocurra alguno de los supuestos establecidos en el artículo 46 que no permita la atención inmediata.

- g) La boleta informativa de los Registros cuyo sistema informático contiene data estructurada –artículo 15–, pertenezcan o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–, y siempre que ocurra alguno de los supuestos establecidos en el artículo 46 que no permita la atención inmediata.

La publicidad formal certificada que brinda el servidor responsable dentro del procedimiento presencial con solicitud verbal sujeta a plazo es la siguiente:

- a) El certificado de vigencia de poder de cualquier Registro de Personas Jurídicas (pertenezca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículos 19 y 61–).
- b) El certificado literal del título archivado, que conste soporte papel o digital, de cualquier Registro que pertenezca a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud – artículo 47–.
- c) El certificado literal de partida registral de cualquier Registro (pertenezca o no a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud –artículo 19–), siempre que ocurra alguno de los supuestos establecidos en el artículo 46 que no permita la atención inmediata.

Conforme se ha comentado, la cantidad de páginas que debe contener la partida registral según lo prevé el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral (para determinar si la atención es inmediata o sujeta plazo) puede ser variada por el Jefe Zonal, o la persona en quien este delegue, con el propósito de propender a reducir el tiempo de atención del servicio – Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final–.

El procedimiento con solicitud verbal y atención sujeta a plazo, en principio, se caracteriza por brindar publicidad formal en el mismo día en que ha sido solicitada por el interesado: la búsqueda a través de los índices informatizados debe ser brindada en el plazo de dos (02) horas, y la vigencia de poder del Registro de Personas Jurídicas debe ser emitida en el plazo de tres (03) horas –artículos 48 y 49–. En la práctica, también ocurre respecto a la visualización de la partida registral, la exhibición de título archivado, la copia informativa de la partida registral, y por lo general, sobre los servicios en donde la herramienta informática facilita su atención en el mismo día en que ha sido solicitado.

Aunque no consta en forma expresa la manera de recepción de la solicitud verbal, no existe inconveniente en asimilar lo establecido en la solicitud verbal que tiene atención inmediata con la regulación contenida en el artículo 52. El cajero recibe la solicitud verbal del interesado, ingresa en el sistema informático los datos de identificación del solicitante e individualización de la publicidad formal. Luego, el cajero imprime el reporte preliminar y requiere al interesado la confirmación de lo peticionado. El interesado suscribe el reporte en señal de conformidad y paga el derecho registral. Para concluir, el requerimiento es enviado al servidor responsable para la evaluación respectiva, cuyo resultado es enviado a mesa de partes, o de lo contrario, se facilita al interesado las herramientas que permitan la visualización o exhibición en la Oficina Registral, según corresponda.

En cuanto al certificado de vigencia de poder del Registro de Personas Jurídicas, se establece los siguientes requisitos para que pueda ser brindado por el registrador o abogado certificador en el plazo de tres (03) horas –artículo 49–: a) La solicitud de publicidad formal debe ser presentada antes del mediodía; b) La extensión de la partida registral no excede las

diez (10) páginas; c) No existe título pendiente de inscripción; d) La persona jurídica debe ser una sociedad regulada por la Ley General de Sociedades, Ley 26887, o una empresa regulada por la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Decreto Ley 21621; e) La información solicitada no está contenida en tomos o fichas registrales.

3. El procedimiento presencial con solicitud escrita

Conforme al Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, a continuación se describe los alcances del procedimiento presencial con solicitud escrita.

El procedimiento presencial con solicitud escrita se aplica en los siguientes casos –artículos 25 y 54–:

- a) Cuando la publicidad formal simple o certificada no le corresponda ser brindada en el procedimiento presencial con solicitud verbal (atención inmediata o sujeta a plazo, indistintamente).
- b) Cuando el interesado presente más de una solicitud de publicidad formal, a pesar que las distintas formas de publicidad formal –individualmente consideradas– estén previstas para el procedimiento presencial con solicitud verbal (atención inmediata o sujeta a plazo, indistintamente).

El procedimiento presencial con solicitud escrita para obtener la publicidad formal se caracteriza por su inicio mediante un formulario de solicitud completado por el interesado y presentado al cajero de la Oficina Registral, de acuerdo con los criterios del lugar de presentación expuestos en el numeral 2, punto VI del presente trabajo.

El cajero recibe el formulario de solicitud de publicidad formal, ingresa en el sistema informático los datos de identificación del solicitante e individualización de la publicidad formal, luego, el interesado paga el derecho registral. El cajero entrega la copia del formulario con la constancia de presentación y pago de los derechos registrales. El servidor responsable evalúa la solicitud del interesado y brinda la publicidad formal.

Cuando la publicidad formal requerida es un certificado literal o compendioso (no comprendido dentro de la competencia nacional antes señalada) que pertenece a una Oficina Registral distinta a la Oficina Registral en donde es presentada la solicitud, seguirá el trámite entre oficina receptora y oficina de destino, y además, corresponderá ser tramitado como un procedimiento con solicitud escrita.

IX. Conclusiones

- El procedimiento es el cauce para que el interesado obtenga la información de los Registros que integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos a través de la publicidad formal (simple o certificada). Se trata de un procedimiento administrativo especial.
- Algunas de las características que hacen “especial” al procedimiento de publicidad formal son las siguientes: En la fase de inicio, el rechazo de plano de una solicitud de publicidad formal; en la fase de trámite, no es necesaria la presentación de pruebas para acreditar hechos relevantes (porque los hechos relevantes se encuentran en los documentos del archivo registral) ni la realización de audiencia; y en la fase de conclusión, la posibilidad de solicitar aclaraciones por temas sustantivos respecto al contenido de los certificados compendiosos.

- En los casos que está prohibido brindar determinada información de los Registros Públicos o está protegida por el derecho a la intimidad, se requiere que el interesado esté legitimado para solicitar la publicidad formal.
- El interesado está facultado a variar la solicitud de publicidad formal solamente para adecuar su pedido al resultado de la evaluación efectuada por el servidor responsable. Esta variación se circunscribe a los siguientes casos: a) originalmente solicitó un certificado de vigencia y posteriormente es variado por un certificado de no vigencia; b) originalmente solicitó un certificado positivo y posteriormente es variado por un certificado negativo; y c) originalmente solicitó un certificado negativo y posteriormente es variado por un certificado positivo.
- El servidor responsable tiene como función evaluar la información contenida en el Registro para extraer o resumir determinado hecho o acto; o reproducir (total o parcialmente) los documentos del archivo registral y, cuando corresponda, dejando constancia de la fidelidad del contenido.
- En el procedimiento presencial con solicitud verbal y atención inmediata, se obtiene la publicidad formal del servidor responsable sin mediar plazo entre la solicitud verbal del interesado y la obtención del servicio (inmediación entre el servidor responsable y el interesado).
- El procedimiento presencial con solicitud verbal y atención sujeta a plazo, en principio, se caracteriza por brindar publicidad formal en el mismo día en que ha sido solicitada por el interesado.
- La publicidad formal gira en torno a la información relacionada, primordialmente, con el acto (o derecho) inscrito o anotado en

la partida registral; sin perjuicio que también pueda requerirse del título que sustenta la inscripción o anotación, del asiento de presentación que dio inicio al procedimiento de inscripción registral, o la información –a través de los índices– como el número de partida registral y determinados elementos de los actos o derechos contenidos en la partida registral (siempre que conformen los datos estructurados en el sistema informático).

Referencias Bibliográficas

- Blanke, H.-J. (Noviembre de 2011). La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y apreciación. *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. (P. Aberastury, & H.-J. Blanke, Edits.) Buenos Aires: EUDEBA; Fundación Konrad Adenauer.
- Brewer-Carías, A. R. (2011). La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (Ley 27444). *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*(67), 47-76.
- Diez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Vol. III). Madrid: Thomson-Civitas.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (Octubre de 2011). Principios del procedimiento administrativo: un balance crítico. *Ley del Procedimiento Administrativo General. Diez años despues*. (D. Zegarra Valdivia, & V. Baca Oneto, Edits.) Lima, Perú: Palestra.
- González Pérez, J. (2000). *Manual de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- Landa, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*(8), 445-461.

Moisset de Espanés, L. (2015). *Publicidad Registral*. Lima: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Rajoy, E. (2005). *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*. Madrid, España: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

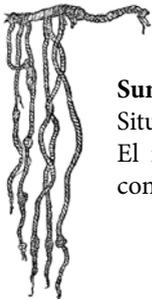
Tribunal Constitucional. (16 de Enero de 2012). *Tribunal Constitucional de la República del Perú*. Recuperado el 02 de marzo de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>

Normas:

- Ley 26366, Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos como ente rector.
- Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- Decreto Supremo 012-2013-JUS, Reglamento de Organización y Funciones de la Sunarp.
- Resolución 126-2012-SUNARP/SN, TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.
- Resolución 281-2015-SUNARP/SN, Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL NUEVO REGLAMENTO DEL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL

Daniel Tarrillo Monteza



Sumario: I. Cuestión previa: Algo más sobre el derecho a la intimidad. II. Situación anterior al reglamento del servicio de publicidad registral. III. El interés debidamente fundamentado. IV. Análisis de las disposiciones contenidas en el NRSP. V. Epílogo.

Introducción

Mediante la Resolución N° 281-2015-SUNARP/SN del 30/10/2015, se emitió el nuevo reglamento del servicio de publicidad registral (en adelante NRSP), cuyo objetivo ha sido y es unificar las diversas técnicas y criterios que se ejercían en el mencionado servicio, y que carecían de parámetros uniformes o normativa suficiente para la aplicación adecuada de una de las garantías y presupuestos del sistema registral peruano. Es decir, es un esfuerzo más que valioso a efectos de la tan ansiada predictibilidad.

Ahora bien, es fácil de inferir que esta regulación responde a la necesidad de la ciudadanía de acceder de forma rápida y ordenada a la publicidad registral. No obstante ello, conviene preguntarnos una vez más si solo basta la mera solicitud sin expresión de causa a efectos de obtener los archivos y/o datos que guarda el Registro, en la generalidad de los casos que pudiesen acontecer.

Efectivamente, la publicidad registral brinda seguridad jurídica en las operaciones que se realizan en el tráfico comercial, puesto que como señaló la Exposición de Motivos de la Primera Ley Hipotecaria Española (1861), al respecto de los defectos del sistema inmobiliario anterior a la creación del Registro: *“(esas legislaciones) están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales.”*

Tenemos entonces que la publicidad registral busca exteriorizar las situaciones que los particulares han depositado en los archivos del Estado para proteger su patrimonio y a su vez contratar con seguridad jurídica. Ahora bien, cabe la pregunta ¿hasta qué punto debe realizarse este otorgamiento de la información de modo ampliamente fluido? O también, ¿existe algún límite razonable que el Estado puede implementar para frenar un posible atentado contra los derechos de la personalidad?

El NRSP ha puesto en relieve la existencia de dicho límite: la intimidad. Un concepto que había sido dejado de lado en el ámbito registral, pues contaba apenas con una normativa incipiente en su tratamiento. Hoy en día, contamos con un reglamento del servicio de publicidad que regula en un capítulo el modo de afrontar este conflicto.

Entonces, en este trabajo nos centraremos en analizar la regulación planteada por el nuevo reglamento en el tema de la intimidad.

I. Cuestión previa: Algo más sobre el derecho a la intimidad.

Comencemos con la idea que tenemos el común de las personas sobre la expresión “*derecho a la intimidad*”. Esta locución entendida en su mínimo aspecto se relaciona con el ámbito de la esfera de la personalidad ajena a las injerencias e intromisiones de los extraños.

Internémonos en el campo conceptual. Podemos alcanzar un concepto del derecho a la intimidad como “*un derecho subjetivo, referido a un ámbito propio y constitutivo del ser humano y presupuesto para la libre realización de la personalidad, donde se cautela la memoria, pensamientos, sentimientos, emociones y corporeidad y en cuya manifestación a los demás se ejerce legítimo autocontrol*”. (VASQUEZ, 1998, pág. 46)

De otro lado, Espinoza Espinoza define a la intimidad como “*(...) una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual y familiar de privacidad de la persona, conformados por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostentibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desea que no sean conocidos por los demás, porque de serlo, sin su consentimiento, le ocasionarían incomodidad y fastidio*”. (El subrayado es nuestro) (ESPINOZA ESPINOZA, 2012, pág. 526)

Es decir, la intimidad tiene un doble carácter, por un lado supone un “*derecho a*” en favor del titular y por el otro, implica un “*deber de*” a cargo de los terceros.

De las definiciones expresadas en el apartado anterior, desprendemos que el derecho a la intimidad posee dos vertientes, una de carácter subjetivo, que proviene del interior de la persona. Como lo manifestó el autor Espinoza Espinoza, la persona considera que cierta información no debe salir de su esfera puesto que ocasionaría fastidio, incomodidad o desagrado.

No obstante, debemos tener en cuenta también el carácter objetivo del derecho a la intimidad. Como lo mencionamos, estamos ante un derecho directamente proporcional con el contexto socio cultural donde se desarrolla, consecuentemente, el Estado y la sociedad considera unos temas que deben ser guardados en la esfera de cada individuo.

La evolución del derecho a la intimidad hace que éste se configure como permeable, dado que en aras de la solidaridad con el resto de hombres o de la comunidad se pueda introducir el Estado o un particular -con la autorización del Estado- por aplicación del interés general.

Atrás quedó el concepto acuñado por el autor británico Cooley, el mismo que expresaba que *“el hombre más pobre puede, en su casa, desafiar a todas las fuerzas de la Corona. Esa casa puede ser endeble, su tejado puede derrumbarse, el viento puede soplar en su interior, la tormenta puede entrar, la lluvia puede entrar. Pero el rey de Inglaterra no puede entrar, sus ejércitos no se atreverán a cruzar el umbral de la arruinada morada”*. (COOLEY, 1898, pág. 33)

Estamos aquí entonces ante la clave de todo conflicto del derecho a la intimidad y las libertades personales: encuadrar los supuestos que calcen en cada uno de los conjuntos: el conjunto de datos estrictamente personales dentro de la esfera de la privacidad, o el conjunto de datos cuya información es de importancia manifiesta para el Estado, sea por temas de interés nacional o fluidez de la riqueza.

II. Situación anterior al reglamento del servicio de publicidad registral.

Ya hemos visto entonces que existe un conflicto entre el derecho a la intimidad y la publicidad registral. Antes del vigente reglamento de publicidad registral, la normativa era poco clara al respecto.

La Constitución de 1993 es clara al brindarnos con parámetros generales la protección a la intimidad personal, dejando en teoría para la legislación ordinaria el desarrollo de los parámetros a seguir por las entidades estatales al momento de brindar la información que obra en sus bases de datos:

“Artículo 2 numeral 5.- A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.”

El TUO del Reglamento General de los Registros Públicos -emitido mediante Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN, publicado el 19/05/2012- señala en su artículo 128 lo siguiente:

“Artículo 128.- Acceso a información que afecta el derecho a la intimidad

La persona responsable del registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral, con excepción de las prohibiciones expresamente establecidas en otras disposiciones.

Cuando la información solicitada afecte el derecho a la intimidad, ésta sólo podrá otorgarse a quienes acrediten legítimo interés, conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.”

Conforme apreciamos, según nuestra normativa registral, se ha planteado como excepción la acreditación del legítimo interés, siendo *a priori* deber del Registrador o Certificador expedir la publicidad registral.

Adelantamos que la noción de legítimo interés no es compatible con la figura planteada en la norma. Para ello debemos utilizar la expresión del interés debidamente fundamentado. (Concepto que analizaremos con mayor amplitud en el siguiente apartado)

Conviene indicar que el legislador registral ha previsto que en ciertas situaciones la expedición de publicidad formal puede incluir datos lesivos a la intimidad y porque el interés del solicitante puede no extenderse a la totalidad de los extremos contenidos en el asiento, es por lo que la determinación del medio de llevar a cabo la publicidad formal no puede depender en exclusiva de la decisión del solicitante.

Siguiendo con este orden de ideas, estamos frente a una situación carente de regulación, puesto que si bien es cierto el legislador ha tenido en cuenta la posibilidad de que se afecte el derecho a la intimidad, el único supuesto planteado expresamente es el artículo 46 del vigente Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos y de Sucesiones Intestadas:

“Artículo 46.- Prohibición de expedir certificados en el Registro de Testamentos.

No se podrán expedir manifestaciones de las partidas registrales ni certificados referentes a inscripciones en el Registro de Testamentos mientras no se produzca el deceso del testador, salvo que éste lo solicite mediante escrito con firma legalizada notarialmente o autenticada por fedatario de la SUNARP.”

Vemos el supuesto de la prohibición de otorgar inscripciones del Registro de Testamento, mientras no se produzca el fallecimiento del testador. No obstante, es preciso afirmar que entendemos esta restricción como una negativa categórica a otorgar cualquier información del Registro de Testamentos.

De otro lado, el Memorándum Múltiple N° 038-2011-SUNARP-ZRN°IX/GPJN del 29/09/2011, intenta regular en el ámbito de la Zona Registral N° IX - Sede Lima, uno de los tantos puntos que muestran el conflicto que otorga el título a la presente investigación. Nos referimos al caso de la publicidad de las inscripciones de tutor o curador, extendiéndose al título archivado.

“En tal sentido, se les comunica que, en tanto se regulen las disposiciones específicas sobre la materia, todos los servicios de publicidad de las inscripciones de tutor o curador (persona que nombra a su curador, curadores sustitutos o tutor), inclusive la publicidad de título archivado (...)”

En este documento se resalta una valiosa causal de restricción que prohíbe la publicidad de una representación de tutela o curatela que no ha entrado en vigencia a la fecha. Haciendo un símil con la normativa de testamentos, cuando la persona fallezca, la publicidad podrá ser remitida sin mayor obstáculo.

De otro lado, también tenemos a la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, normas que regulan el llamado *“dato sensible”*:

Ley de Protección de Datos Personales. (Ley N°29733, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 3 de julio del 2011)

Artículo 2 numeral 5: 5. Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

Esta norma nos hace mención a la afiliación sindical como dato sensible. Sabemos que en el Registro de Personas Jurídicas, los sindicatos son objeto de inscripción, constando en la partida los miembros del consejo directivo, y más aún, en los títulos archivados consta toda la relación de los afiliados.

Tema de particular relevancia, puesto que no podría darse una publicidad amplia si la norma considera como sensible este tipo de información.

Particularmente, somos de la opinión que la afiliación sindical no puede ser considerada como un dato sensible, ni mucho menos un dato de potencial lesivo al derecho a la intimidad. Sin embargo, la mencionada norma opta por considerarla dentro del grupo de información de especial cuidado catalogada como “dato sensible”, debido al tratamiento equivocado que pueden hacer de esta información las empresas que disgustan de esta calidad de sus empleados.

El Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, Aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 22 de marzo del 2013, adiciona como datos sensibles los siguientes:

“Artículo 2. Definiciones.

(...) 6. Datos sensibles: Es aquella información relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad.”

Como vemos, el Reglamento nos indica un nuevo supuesto de información que obra dentro del archivo registral, regulada como “dato sensible”. En los casos de interdicción, muchas veces el sujeto es declarado interdicto a causa de una tara o enfermedad de la salud física o mental.

Tenemos que mencionar que si bien es cierto, esta norma es de ayuda al momento de la calificación de la información, bajo ninguna óptica puede ser tomada como una de carácter *numerus clausus*. En este punto, el Reglamento es de utilidad, al mencionar como información con carácter de “dato sensible” a *otras análogas que afecten su intimidad*.

Hemos visto los supuestos de datos sensibles otorgados por la Ley y su Reglamento, veamos que establece respecto a su tratamiento. La Ley, en su artículo 13.6 señala: *“En el caso de datos sensibles, el consentimiento para efectos de su tratamiento, además, debe efectuarse por escrito. Aun cuando no mediara el consentimiento del titular, el tratamiento de datos sensibles puede efectuarse cuando la ley lo autorice, siempre que ello atienda a motivos importantes de interés público.”*

Esto se armoniza con el interés debidamente fundamentado que debe acreditar el solicitante en caso tengamos al frente un *“dato sensible”*, que son un listado de datos cuya publicidad se considera una intromisión a la intimidad personal.

III. El interés debidamente fundamentado.

A efectos de otorgar información, debemos atender a la calidad o cualidad que adopta el receptor que solicita la información que podría afectar la intimidad de la persona. Este carácter responde al interés que posee respecto a esa información.

El interés descrito ha sido llamado *“legítimo”*, *“justificado”* o *“conocido”*. El interés legítimo es una figura que ha sido recogida en nuestro artículo VI del Título Preliminar del Código Civil: *“Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.”*

Espinoza Espinoza critica lo establecido en este artículo, manifestando que *“(…) se están confundiendo categorías materiales y procesales. El legítimo interés es una categoría jurídica distinta del interés procesal (estado de necesidad por el cual se recurre al órgano jurisdiccional del Estado) y de la legitimidad para obrar (correspondencia entre*

la situación jurídica material y la situación jurídica procesal). (ESPINOZA ESPINOZA, Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial), 2003, pág. 300)

Concordamos con esta línea del autor nacional, el legítimo interés es una *“situación de ventaja inactiva que se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). El titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional. Caso contrario se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés.”*

Debemos considerar entonces que estamos dentro del ámbito administrativo siendo que el sujeto titular del interés legítimo es aquél quien tiene interés en acceder a la información de la base de datos de los Registros Públicos, dado que cumplió con los requisitos, entre ellos -bajo nuestra propuesta- el señalar la causa que motiva su deseo de acceder a la información.

En otras palabras el legítimo interés en nuestros casos será el interés del ciudadano en acceder a la información registral, sin guardar correspondencia con la invocación de una calidad particular que lo configure como titular de la pretensión ante la Administración Pública.

De otro lado, el interés conocido responde a una situación que la sociedad o el ordenamiento reconoce como otorgante de mérito para la solicitud, en otras palabras, reconoce que por un determinado tipo de situaciones se genera una permisibilidad en el ingreso de un tercero en las bases de datos que contienen datos personales.

En palabras de Martínez Santiago, *“si bien es cierto que la publicidad absoluta no me parece un criterio defendible, de hecho limitaciones de la misma se encuentran en casi todas las modernas legislaciones (así parágrafo 12 de la GBO alemana y artículo 970 del Código Civil*

suizo), sí me parece criticable lo ambiguo de la técnica legislativa. Como señala Buenaventura Camy “la frase ‘quienes tengan interés conocido’ introduce un elemento repudiable, timorato, casi farisaico, que no ha sido causa del desprestigio de la institución debido a la laxitud de su interpretación (...) el interés en la consulta nunca podrá ser ilegítimo, pues a lo sumo podrá darse ese calificativo a la finalidad remota a la que la consulta pueda ir dirigida (...) hay que hacer desaparecer esa exigencia”. (MARTINEZ SANTIAGO, 1998)

Siguiendo esta línea, decir que una persona invoca un interés conocido sería desnaturalizar y abstraer una situación que en virtud del derecho que se pretende proteger, como es la intimidad, requiere un análisis del caso concreto. Es por ello que los términos adecuados serían la expresión de un interés justificado o fundamentado.

El término para calificar el interés es diverso. Por ejemplo, la expresión “justificado” es utilizada en la legislación paraguaya en el Código de Organización Judicial, Ley 879/81, en su artículo 328 dispone: “*El Registro será público para el que tenga interés justificado en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos*”.

No obstante, el término “justificado” necesita de una idea anterior a su nacimiento, la cual es la calidad de “fundamentado”. En efecto, debe fundamentarse un argumento a efectos de tildarlo o calificarlo de justificado. Ahora bien, preferimos llamar a este interés como “*debidamente fundamentado*”, puesto que el vocablo “justificado” implicaría darle un calificativo que deberá ser proveído por el funcionario administrativo, con lo que la expresión que optamos resulta más adecuada.

Consecuentemente, a partir de lo desarrollado, concluimos que la expresión más adecuada para catalogar al interés que debe expresarse o invocarse en las solicitudes de inscripción es el de “debidamente fundamentado”.

IV. Análisis de las disposiciones contenidas en el NRSP.

En primer lugar, el NRSP contiene en el Título V disposiciones sobre la información protegida por el derecho a la intimidad (Arts. 75°, 76°, 77° y 78°). Además, no debemos pasar por alto que el Art. 109° del citado reglamento ha establecido al igual que el Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas, la prohibición de expedir publicidad sobre testamentos mientras no se acredite el fallecimiento del testador o el mismo testador brinde su consentimiento respecto a la emisión de la publicidad.

Entonces, procedamos al análisis de estos cuatro artículos.

Artículo 75.- Límites a la solicitud de publicidad formal: *No se podrá brindar publicidad registral cuando exista una norma prohibitiva o la información solicitada es protegida por el derecho a la intimidad.*

La mencionada disposición es una regla general, que reafirma lo señalado también el Art. 128° del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. La excepción a esta regla es tratada en el Art. 77° del NSRP, el cual analizaremos con posterioridad.

Artículo 76.- Información protegida por el derecho a la intimidad: *Para efectos de brindar la publicidad formal, de manera enunciativa, son considerados información protegida por el derecho a la intimidad los siguientes:*

- a) Las causales de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos.*
- b) Las causales de interdicción o inhabilitación de las personas naturales.*
- c) Las causales de pérdida de la patria potestad.*
- d) La condición de adoptado.*

- e) *Las causales del inicio del procedimiento concursal de las personas naturales.*
- f) *La calidad de hijo extramatrimonial o el reconocimiento en un testamento.*
- g) *Las causales de desheredación y/o indignidad.*

El Art. 76° del NSRP señala una serie de casos donde no se podrá brindar publicidad registral, claro está, se enfatiza que es de manera enunciativa, es decir, no solo se limitan a estos casos la información protegida por el derecho a la intimidad.

El supuesto a) del citado artículo es claro, el dato señalado pertenece a la esfera íntima de los cónyuges o ex cónyuges, según sea el caso, no pudiendo ser divulgado a terceros en general.

El supuesto b) del citado artículo también puede resultar lesivo puesto que la causal de interdicción muchas veces concierne a un tema familiar. Asimismo, en cuanto a la causal de inhabilitación, solo es relevante para terceros la condición de inhábil mas no la causal.

El supuesto c) también puede afectar el derecho a la intimidad, pues solo resulta esencial para efectos de conocimiento a la sociedad, la pérdida de patria potestad, mas no la causal.

Los supuestos d) y f) resaltan que la condición de adoptado o hijo extramatrimonial en nada alteran el status de hijo que pudiese ostentar una persona.

Una vez más en el supuesto e) vemos la protección a la intimidad de las personas naturales, pues la causal del procedimiento concursal no es una información que deba ser expuesta a terceros.

Finalmente en el supuesto g) señala información sobre alguna cualidad de la persona desheredada o indigna, cualidad que no corresponde ser incluida dentro de la publicidad.

Lo que resulta claro de este listado es que difícilmente encontremos presente esta información en asientos extendidos en la última década. El problema surge en la exhibición o copias de los títulos archivados que hayan generado los asientos que bien pueden haber excluido información lesiva a la intimidad. Ante ello, el encargado de archivo debe negar incluso la exhibición de dichos títulos, y solo deberá brindarse publicidad bajo los supuestos de los artículos siguientes.

Artículo 77.- Sujetos legitimados para solicitar información protegida por el derecho de intimidad

Los documentos contenidos en los títulos archivados relacionados con información protegida por el derecho a la intimidad, solo puede ser objeto de exhibición, visualización, copia informativa o certificado literal cuando el solicitante es titular de la información protegida.

En el certificado compendioso no se deja constancia de la información protegida por el derecho a la intimidad. Dicha limitación también comprende los casos en que se efectúe la transcripción literal del asiento.

La información protegida por el derecho a la intimidad también puede ser solicitada por el representante del titular con poder especial, el representante legal en caso de menores de edad o incapaces, o aquellas personas autorizadas por resolución judicial firme.

Las limitaciones al acceso de la publicidad formal señaladas en los párrafos precedentes, no son aplicables en los casos de desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito, de seguridad pública o defensa nacional o a los funcionarios públicos que para el cumplimiento de sus funciones requieran dicha información. Para tal efecto, el interesado deberá seguir el procedimiento presencial con solicitud escrita.

El Art. 77° incluye varios supuestos. Comencemos por los dos primeros párrafos, resalta que no podrá brindarse publicidad alguna en los casos que el solicitante no sea el titular de la información que atentaría contra la intimidad. Asimismo, deja en claro que de

tratarse de un certificado compendioso o transcripción literal del asiento, no se debe incluir la información aludida. No obstante, en el caso de los títulos archivados estamos ante un pequeño vacío, que podría remediarse con una transcripción del mismo omitiendo la información sensible. Es de puntualizar que este trámite por su misma naturaleza debe ostentar un plazo especial.

A continuación el mismo artículo señala un listado de las personas diferentes al titular de la información, legitimadas para solicitar la publicidad registral. En primer lugar, indica a las personas que son representantes, ya sean voluntarios o legales (curadores, tutores o padres), así como a las personas autorizadas por resolución judicial.

Asimismo, incluye tres supuestos para el trámite de personas distintas al titular de la información, y que no sean representantes ni autorizados judicialmente, para acceder a la información. En los dos primeros *-casos de desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito, de seguridad pública o defensa nacional-* no se especifica que el solicitante deba ser funcionario público, por lo que podría inferirse que podrá exclamar como interés debidamente fundamentado estos supuestos a efectos de acceder a la información. Es pertinente agregar que dicha afirmación deberá ser evaluada por el registrador o abogado certificador.

Respecto a la otra causal, “(...) *a los funcionarios públicos que para el cumplimiento de sus funciones requieran dicha información (...)*”, resulta evidente que dicha solicitud deberá ser tramitada por el mismo funcionario o su(s) dependiente(s), esgrimiendo el motivo para recabar dicha información.

Es importante haber incorporado supuestos que desarrollarían lo establecido en el Art. 128° del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. Recordemos que señala este apartado que la información que atente contra la intimidad solo será emitida a

quienes acrediten legítimo interés. Es decir, el llamado “legítimo interés” (o según la postura que hemos asumido “interés debidamente fundamentado”) solo se corresponde con estos tres supuestos.

Consideramos que dicha postura puede ser mejorada, pues debió indicarse que estos casos son a modo enunciativo. No comparto el criterio que sea un listado de casos a modo “*numerus clausus*”, debemos dejar también la posibilidad de esgrimir algún interés distinto en la solicitud de publicidad registral. Será labor del registrador o abogado certificador la evaluación de los intereses esgrimidos.

Artículo 78.- Información solicitada por sujeto no legitimado

La persona que no tenga la condición de sujeto legitimado debe acreditar el consentimiento previo del titular del derecho de intimidad. Para tal efecto debe seguir el procedimiento presencial con solicitud escrita y adjuntar el documento en el que obre dicho consentimiento con firma certificada por notario o autenticada por fedatario de la oficina registral de la Sunarp.

Este último artículo regula el procedimiento ante una persona distinta a las señaladas en el Art. 77° del NRSP. Como bien mencionamos, al tratarse de un listado *numerus clausus*, no corresponde que un tercero que no se encuadre en uno de los supuestos del citado artículo solicite dicha información. Entonces, solo será viable cuando tenga el consentimiento del titular del derecho a la intimidad.

V. Epílogo.

Hemos podido observar entonces que la precaria regulación del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos ha quedado superada y ha sido complementada por el NRSP.

Asimismo, a partir de lo desarrollado, podemos afirmar que el nuevo reglamento de publicidad registral es un avance significativo

en cuanto a la protección del derecho a la intimidad frente a la libertad de información manifestada a través de la publicidad registral. No obstante, consideramos que el listado *numerus clausus* constituye un exceso en cuanto a la expedición de la publicidad de la información.

Bibliografía

- COOLEY, T. M. (1898). Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América. (Segunda ed.). (J. Carrié, Trad.) Buenos Aires: Jacobo Peuser.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2003). Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. (Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2012). Derecho de las Personas. Lima: Grijley.
- MARTINEZ SANTIAGO, J. M. (1998). En torno a la publicidad registral inmobiliaria. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 155.
- VASQUEZ, A. (1998). Conflicto entre Intimidad y Libertad de Información. La experiencia europea. Lima: Universidad San Martín de Porres.

LA PUBLICIDAD EN EL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS

Karina Massiel Sánchez Sánchez

A menudo vemos que se constituyen diversos tipos de empresas (E.I.R.L.), sociedades (S.A., S.A.A, S.A.C, S.R.L.), cooperativas, colegios profesionales, comunidades campesinas, OSB, CLAS, etc.; es decir, un sinnúmero de personas jurídicas; por lo que, cabe preguntarnos **¿Qué tan importante es la publicidad registral en la esfera de estas personas jurídicas?**. Es innegable que la publicidad registral juega un rol de vital importancia para las transacciones comerciales, pues facilita y reduce los gastos en la contratación. **¿pero desde cuándo hacemos uso de la publicidad registral?**.

Para responder esta pregunta debemos remontarnos al Código de Comercio de 1902, el cual implantó las figuras jurídicas de registro y publicidad, disponiendo que en todas las capitales de departamento y provincias litorales, se abriría un registro mercantil compuesto de principalmente por dos libros independientes: 1) Los comerciantes particulares y 2) Las sociedades. Dando la posibilidad de que se aperture un tercer libro en las provincias que brinde un servicio de navegación, denominado inscripción de buques.

La inscripción era potestativa para los comerciantes particulares, pero obligatoria para las sociedades constituidas durante la vigencia de dicho código. El término publicidad del registro mercantil, implicaba al igual que en el sistema registral actual, el dar a conocer a quienes lo soliciten las noticias que figuraban en la hoja de inscripción, permitiendo al Registrador expedir en forma literal testimonio de todo o parte de lo que aparezca en la hoja de inscripción del comerciante a quien lo pida en solicitud firmada. Como se podrá apreciar, hablando del término publicidad no existe una marcada distinción con lo regulado en el sistema actual, pues la finalidad de dicha publicidad era y es la exteriorización continuada y organizada de una determinada situación jurídica con la finalidad de generar cognoscibilidad con efectos jurídicos respecto de terceros.

Esta cognoscibilidad, a decir de Manzano Solano (2008), “Implica no solo la posibilidad de conocer, sino también la presunción de conocimiento por todos del contenido registral. La cognoscibilidad legal sustituye al conocimiento efectivo y las consecuencias jurídicas se producen independientemente de que se dé, o no se dé, ese conocimiento de hecho”¹.

Para Salvatore Pugliatti (1957), “El fundamento de la publicidad se encuentra en dar pública cognoscibilidad de determinados hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica, de tal manera que cualquier interesado puede conocer esta información; y asimismo la publicidad sirve para resolver los conflictos”²

Hay que precisar que la publicidad registral es de dos clases, una de carácter material, que implica sin admitir prueba en contrario, el conocimiento del acto inscrito o anotado y otra de carácter formal, que es aquella por la cual se facilita el acceso al registro como institución, permitiendo visualizar y obtener la reproducción de los documentos que obran en los títulos archivados y partidas registrales que se hayan generado ³.

1 MANZANO SOLANO, Antonio y MANZANO FERNANDEZ, María Del Mar, “Instituciones del Derecho Registral Inmobiliario”, Madrid, 2008, pág. 40

2 PUGLIATTI, Salvatore. La trascrizione. La pubblicità in generale, Giuffrè Editore, Milán 1957, Tomo I, pág. 268.

3 Principios I y II del Título Preliminar del T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por la Resolución N° 126-2012-SUNARP/SN del 19/5/2012.

La publicidad registral está presente en todas las etapas de la persona jurídica, incluso antes de su constitución formal; pues, hacemos uso de ella para adoptar la denominación o razón social de la persona jurídica que se encuentra en formación y tenemos la posibilidad de reservar ese nombre a fin que otras personas tomen conocimiento de que tenemos prioridad en el uso, y con ello las obligamos a modificar la denominación social que habían pensado.

El Registro de Personas Jurídicas dota de personería jurídica a las sociedades, asociaciones, comités, fundaciones, entre otros, y hace público el reconocimiento de las personas jurídicas cuya inscripción se origina en otros registros, como es el caso de las comunidades campesinas, cuyo reconocimiento depende de las Direcciones Agrarias; de las Cooperativas, las cuales se inscriben previamente en el registro a cargo del Gobierno Regional competente, los sindicatos, etc.

La publicidad registral, constituye una herramienta destinada a generar confianza, el hecho que en el artículo 2012° del Código Civil, se establezca que se presume sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, es la llave para acceder a la publicidad. En la esfera de las personas jurídicas, más que en otros registros, es importante acceder no solo a la publicidad de las inscripciones, sino también a la información que obra en los respectivos títulos archivados, ello no significa que debemos desconfiar de la calificación efectuada por el Registrador, sino que implica un deber de diligencia. El registro pone en nuestras manos toda la información posible para que al momento de contratar, las reglas del juego sean claras. Imaginemos que vamos a celebrar un contrato con la empresa “X”, la cual es una S.R.L. e indica que cuenta con un capital importante por lo que nos solicita le otorgaremos un crédito por un millón de dólares, para explotar uno de sus inmuebles, respecto del cual se constituirá hipoteca a nuestro favor. Lo primero que debemos hacer es preguntar el número de la partida registral y oficina en la cual se encuentra inscrita, para poder verificar la representación legal invocada y el alcance de

las facultades otorgadas al representante de la empresa con quien vamos a contratar, o sino, solicitamos una búsqueda de nombre y en pocos minutos obtendremos el número de la partida registral y oficina competente para obtener la información antes detallada. **¿Qué pasaría si en la partida registral se encuentra extendido un asiento donde figura una fusión por absorción?** En mi opinión, teniendo en cuenta que al reorganizarse una sociedad se otorga un derecho de oposición a los acreedores e integrantes de las personas jurídicas, deberíamos verificar el título archivado para tener certeza de que no se presentaron oposiciones dentro del plazo previsto por ley que puedan afectar o disminuir el capital de la sociedad (pues algún socio podría solicitar la separación) y a su vez verificar los alcances del proyecto de fusión aprobado.

Supuesto 1: ¿Qué pasaría si detectamos que los avisos del acuerdo de fusión se efectuaron, respecto de una de las personas jurídicas que participan en la fusión, en un diario distinto al del domicilio de la sociedad, encargado de la inserción de los avisos judiciales, teniendo en cuenta que las sociedades domicilian en la provincia de Ica?

Supuesto 2: Si quisiéramos celebrar un contrato de compra venta con una cooperativa, porque estamos interesados en adquirir un inmueble y al revisar el título archivado vemos que en la parte final consta una oposición al acuerdo adoptado, referido al otorgamiento de facultades para que nos transfieran el inmueble, sustentándose la oposición en que el acuerdo es contrario a los intereses de la persona jurídica, pero figura inscrito y aún no ha transcurrido el plazo legal previsto para interponer una impugnación judicial, ¿consideran ustedes que deberíamos celebrar la compra venta?, ¿sería suficiente con la inscripción del acuerdo?

Si revisamos la Ley General de Sociedades, veremos que en el artículo 43° se ha dispuesto que con excepción de las sociedades domiciliadas en las provincias de Lima y Callao, las publicaciones deben ser efectuadas en el periodo del lugar del domicilio de la sociedad encargado de la inserción de los avisos judiciales y en el artículo 38° se establece que

los acuerdos adoptados con omisión de los requisitos de publicidad establecidos en dicha ley son sancionados con nulidad. Por otra parte, con relación al supuesto 2, referido a la oposición del acuerdo adoptado por una cooperativa, hay que tener en cuenta que la ley ha establecido un plazo de treinta días para la caducidad de la impugnación judicial⁴.

Imaginemos que celebramos el contrato de crédito con la sociedad absorbente y se inscribe en el Registro de Predios nuestro derecho como acreedor. De igual forma celebramos el contrato de compra venta antes que concluya el plazo de caducidad para la interposición de la impugnación judicial del acuerdo adoptado por la cooperativa

¿Creen que podríamos invocar la buena fe si en vía judicial se demanda declarar la nulidad del acuerdo de fusión de las sociedad “J” y “X” y a consecuencia de ello, la nulidad de todos los actos celebrados por la sociedad absorbente?, ¿Consideran que si se interpone la acción judicial por la impugnación, demandando la nulidad del acuerdo de transferencia y otorgamiento de poderes adoptado por la cooperativa, podríamos mantener nuestro derecho de propietarios del inmueble adquirido en virtud del acuerdo que aparentemente es nulo?. ¿Qué pasaría si una vez declarada la nulidad del acuerdo adoptado por la cooperativa, se interpone una demanda de mejor derecho de propiedad por el inmueble transferido por el apoderado cuya representación fue declarada nula?. Recordemos que el artículo 2014° del Código Civil establece respecto del principio de buena fe pública registral, lo siguiente: 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, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del

4 Artículo 143 de la Ley General de Sociedades, de aplicación a las cooperativas en mérito de lo señalado en el artículo 116° del D.S. N° 074-90-TR.

tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro". He resaltado las palabras "asientos registrales" y "títulos archivados", para que vean que no basta con la información que publicita la partida registral, sino que debemos además tener certeza de que en el respectivo título archivo no existen indicios o pruebas que en un futuro afecten la validez del acto que ha sido inscrito. Hay que recordar que la inscripción no convalida el acto y que la buena fe es una presunción *iuris tantum*, he ahí la importancia de la publicidad. Si no tuviéramos la oportunidad de acceder directamente a la información que maneja el registro, la seguridad jurídica estaría en riesgo.

La SUNARP como entidad encargada de inscribir y publicitar actos, contratos, derechos y titularidades, se ha preocupado por poner al alcance de todos la información que maneja, de forma tal que podamos acceder a ella en forma oportuna en todo el país, incluso sin necesidad de estar presente en una oficina registral, pues la información también se puede obtener de manera virtual; por lo tanto, si tenemos a nuestra disposición esa facilidad, hagamos uso de ella.

Piensen qué pasaría si no existiera el Registro, ¿**acaso se podría contratar con rapidez?**. Obviamente no, si aun contando con el registro y teniendo la información a la mano no tenemos una certeza absoluta al momento de contratar, qué sería de nosotros si para celebrar un contrato de cualquier naturaleza tuviéramos que revisar los libros de actas y libros contables de las personas jurídicas. De seguro habría que recurrir a profesionales especialistas que se encarguen de calificar la información y emitan luego un informe situacional, con lo cual cada contratante decidiría si le es o no conveniente cerrar el trato. Una situación así nos dejaría con la idea de que contratar es costoso y engorroso, incrementando la informalidad, generando un clima de inseguridad. Este es otro aspecto que facilita la SUNARP, ya que no tenemos que ser especialistas para cerrar un trato, basta con leer lo que el asiento de inscripción publicita para tener una idea clara de lo acordado y si queremos profundizar en el tema, podemos revisar los documentos que conforman el título archivado.

La publicidad en el registro de personas jurídicas, es en buena cuenta un círculo de derechos, representaciones y capitales que están en giro constante para hacer más fácil el tráfico jurídico, lo que finalmente redundará en la economía de nuestro país. Las ventajas que nos otorga son la seguridad (traducida como confianza), certeza, pues si tenemos pleno conocimiento de la información que guarda el registro será difícil que se cuestione el derecho que hemos ganado; oportunidad, porque la información que maneja la SUNARP está al alcance de todos en el más breve plazo posible y economía, porque se reducen los gastos de las transacciones.

De todo lo dicho se concluye que la publicidad registral del Registro de Personas Jurídicas constituye un soporte para la SUNARP y para el Estado, ya que cuando hablamos de contratación no solo nos referimos a la actividad privada sino también a la actividad pública. Recordemos que el Estado contrata con privados y se vale de la publicidad registral para poder determinar la existencia, solvencia y estabilidad de las personas jurídicas que participan en un proceso de licitación. En conclusión, podríamos decir que la publicidad registral en el Registro de Personas Jurídicas es un elemento de la seguridad jurídica.

La SUNARP, en su afán de seguir contribuyendo en generar seguridad jurídica mediante la publicidad, ha emitido la Resolución N° 281-2015-SUNARP/SN, expedida el 30/10/2015, aprobando el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, en el cual se detallan entre otros aspectos, las características y formas de obtener la publicidad formal que brinda el registro, conceptuando en qué consiste la publicidad formal simple (aquella obtenida a través de la exhibición de los títulos archivados, la visualización de partidas y títulos archivados que consten en formatos digitales, copias informativas, búsquedas en los índices informatizados necesarios para adoptar en forma correcta una denominación, averiguar el número de una partida registral y la boleta informativa) y la publicidad formal certificada, que es la obtenida a través de los certificados literales (reproducción total o parcial de los documentos que conforman el título archivado) y certificados

compendiosos (consisten en la expedición de un extracto, resumen o indicación de determinada circunstancia que conste en la partida registral, tales como la titularidad, gravamen, carga, nombramiento, revocación u otro dato), precisando entre otros aspectos la competencia y plazos para obtener la información. Lo que se busca es establecer un orden para el acceso y difusión de la información que maneja el registro, para brindar una mejor atención al usuario.

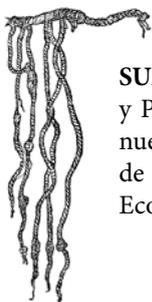
La publicidad registral en el Registro de Personas Jurídicas es el medio destinado a hacer notoria una situación jurídica. La publicidad no es un principio registral pues no es una característica del registro sino su razón de ser. No podríamos hablar de inscripción sin publicidad ya que ellas están ligadas, pues para hacer posible que todos tengan conocimiento de una inscripción debe existir el medio que permita su difusión. Las personas jurídicas no son ajenas al término publicidad, pues hacen uso de ella a través de la convocatoria para la celebración de sus reuniones, pero la diferencia con la publicidad registral es que mientras en la publicidad interna que ellas realizan, solo se ven involucrados los miembros de la persona jurídica, en la publicidad externa, que es la que brinda el registro, se garantiza que sea público el acuerdo adoptado, la situación patrimonial y legal que afecta a estas personas jurídicas y que son relevantes para quienes deseen celebrar con ellas un contrato de cualquier naturaleza.

Bibliografía

- Código de Comercio (1902,1 de julio). (En línea). Lima. Disponible en: <http://galvezconsultores.com/pdf-normas/CODIGO%20DE%20COMERCIO.pdf>.
- Delgado A. (1999). La Publicidad Jurídica Registral en el Perú: Eficacia material y Principios Registrales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid: pág. 113.
- Gonzales, J, et al. (2014), Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, tomo x, Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gonzales, G. (2013), Derecho Registral y Notarial, Tomo I, Lima: Jurista Editores E.I.R.L, Tercera Edición, págs. 84 al 95.
- Gonzales, G. (2010), La Nueva Doctrina del Derecho Registral, Lima: Jurista Editores E.I.R.L, pág.46 al 56.
- La evolución histórica del derecho Mercantil y su concepto. (En línea). Disponible en: <http://repositorio.ual.es:8080/jspui/bitstream/10835/1199/1/LA%20EVOLUCI%C3%93N%20HIST%C3%93RICA%20DEL%20DERECHO%20MERCANTIL%20Y%20SU%20CONCEPTO%20-%20Carlos%20Vargas%20Vasserot.pdf>.
- Moisset de Espanes, L. (2004) La Publicidad Registral, Lima: Palestra Editores, pag.43.
- Reglamento del Servicio de Publicidad Registral (2015, 30 de octubre), (En línea), aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 281-2015-SUNARP/SN. Disponible en: <file:///C:/Users/Juan%20Carlos/Downloads/Central%20Resoluci%C3%B3n%20281-2015-SN.pdf>
- T.U.O. aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP-SN

“EL OBJETO DEL REGISTRO Y LOS NUEVOS RETOS DESDE EL NUEVO REGLAMENTO DE PUBLICIDAD REGISTRAL DEL PERÚ”

Jorge Luis Almenara Sandoval



SUMARIO: I. Razón – Fuente del Registro. II. Publicidad Material y Publicidad Formal. III. El objeto del Registro y las disposiciones del nuevo Reglamento del Servicio de Publicidad Registral. IV. Los Efectos de la Publicidad Registral en Línea. V. Publicidad Formal, Desarrollo Económico y Nuevos Desafíos. VI. Conclusiones.

I. Razón – Fuente del Registro

Es necesario empezar señalando que la publicidad más que un principio, como muchos doctrinarios señalan, constituye la razón de ser de los Registros; se expresa como un medio de solución a los diferentes problemas que enfrenta especialmente el Derecho de Propiedad, desde su forma de adquisición, hasta las consecuencias que acarrea nuestro deficiente sistema jurídico y la forma de protección de tan importante derecho; es decir, que se constituye en la herramienta más eficaz para la seguridad del comercio jurídico.

La publicidad registral es 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, en relación de cierto tipo de bienes perfectamente identificables e individualizables.

Implica la “cognoscibilidad” legal de la situación jurídico – real; así:

Para entablar cualquier relación jurídica se requiere el máximo de certeza sobre sus presupuestos: si se va a comprar, que el vendedor es dueño, que las cargas que pesan sobre la cosa son las que manifiesta el vendedor; si se va a contratar con una sociedad, que ésta tiene un determinado capital, y que la persona que actúa en nombre de ella tiene facultades de representación; si se va a aceptar una herencia, que el nombramiento se ha hecho en un testamento no revocado; incluso, que si se va a contraer matrimonio, la otra persona tiene capacidad para ello... Los ejemplos podrían multiplicarse. Para adquirir esa certidumbre, los particulares pueden emprender averiguaciones –que en algunos casos serán largas, trabajosas y costosas–. Pero el Estado, para satisfacer esa necesidad de certidumbre, organiza la publicidad. A través de la publicidad se hacen innecesarias las averiguaciones. El Estado hace públicos esos datos cuyo conocimiento se requiere para entablar las más diversas relaciones jurídicas (Pau Pedron, 1995, p. 17).

Es ineludible el conocimiento de una determinada situación jurídica para celebrar actos jurídicos, contratar o asumir obligaciones por parte de los individuos en una sociedad (persona natural o jurídica) con el único fin de satisfacer sus necesidades; y siendo objetivos de interés público que persigue el Estado la satisfacción de necesidades de la población, la asignación de derechos y la vigilancia del correcto funcionamiento del mercado, entre muchos; es que éste se halla obligado, por su labor económica subsidiaria, a organizar el marco jurídico de la publicidad; es así como nace el Registro.

Como bien lo menciona el autor italiano Salvatore Pugliatti, la publicidad existe para tutelar el interés a la notoriedad de ciertos hechos jurídicos, y es a decir de otro italiano Pietro Trimarchi, que el sistema jurídico reconoce que hay un interés general en que determinados hechos sean conocibles por cualquiera (Como se citó en Gonzales Barrón, 2008).

Es en ese sentido que el Estado busca satisfacer la necesidad de información a través de la publicidad de datos relevantes a través de los Registros Públicos; entonces, fácilmente apreciamos que el objeto del Registro o la razón-fuente de éste es la Publicidad.

Los Registros Públicos nacen para brindar la máxima transparencia y certeza sobre determinadas situaciones jurídicas con la finalidad de otorgar seguridad jurídica (con justicia) al tráfico jurídico-patrimonial; es en esa línea que la publicidad se organiza mediante políticas legislativas basadas en hacer efectivo el conocimiento de las situaciones jurídicas (verdad oficial), en su caso, la condición jurídica de los bienes, de tal forma que se pueda impedir transferencias o cargas ocultas que afecten a terceros adquirentes, lo cual paralizaría el comercio y la circulación de la riqueza.

Entonces tenemos, como bien lo define la doctrina, que la publicidad registral es la exteriorización continuada y organizada de los derechos y actos inscritos o anotados, a fin de hacerlos cognoscibles a los terceros. La publicidad registral tiene como finalidad otorgar seguridad jurídica a los terceros constituyendo en algunos casos, la existencia misma del derecho o acto registrable. En ese orden de ideas, es prudente señalar que la PUBLICIDAD JURÍDICA busca la SEGURIDAD JURÍDICA, y entre ambos se desarrollan principios más o menos semejantes y por lo tanto más o menos diferentes, pero con dicho fin, de constituirse en un mecanismo eficaz de publicidad y por tanto de oponibilidad de derechos reales.

II. Publicidad Material y Publicidad Formal

La institución Registral (SUNARP) está destinada a otorgar seguridad jurídica a los derechos (su finalidad), ya sea para defender la adquisición realizada, ya sea para consolidar las transmisiones por realizarse; conocida como seguridad estática la primera, y seguridad dinámica la segunda.

Los efectos jurídicos que cada sistema registral proporcione a la inscripción, es decir, la forma como se expresa la publicidad, permitirá caracterizar y evaluar el nivel de seguridad jurídica con que se cuenta. En tal sentido, la rigurosidad de la calificación registral exigida, igualmente, se constituye en un elemento importante en la tarea expresada.

Aunque, en general, se inscriben actos, lo que se publican son situaciones: se inscribe una compraventa, pero se publicita la propiedad del comprador; se inscribe el nombramiento de administrador, pero se publican sus facultades representativas; se inscribe un aumento o reducción de capital, pero se publica la cifra del capital que en cada momento tiene la sociedad; se inscribe una sentencia de incapacitación, pero se publica una situación de incapacidad. Lo que interesa a los terceros no es el acto en sí mismo; les interesa si ha producido efectos y si estos efectos perduran. El paso del acto a la situación –que es el mismo paso del documento a la inscripción– exige una previa determinación oficial de la efectiva producción de la situación jurídica. Esa determinación implica, por una parte, el control de legalidad del acto, por otra parte, la adecuación del acto que se inscribe a la situación anteriormente publicada (Pau Pedron, 1995, p. 17 y 18).

La publicidad es el rasgo característico de todo sistema registral. En mayor o menor medida, todos los sistemas registrales buscan exteriorizar

derechos y situaciones jurídicas oponibles o trascendentes para terceros, con el objeto de facilitar la contratación. En nuestro sistema, la publicidad adquiere dos ámbitos que resultan complementarios entre sí: la publicidad material y la publicidad formal.

La seguridad jurídica que ofrece el Registro se materializa a través de la publicidad registral; “La publicidad en sentido jurídico es la exteriorización continuada de un hecho, situación o relación jurídica para producir cognoscibilidad general o posibilidad de conocer” (Gonzales Loli, 2002, p. 22-24). A decir de García García, se trata de la exteriorización que realiza el Registro en oposición a la clandestinidad, manifestación que prevalece frente a los terceros en caso de discrepancia con la realidad objetiva. Es continuada porque es permanente, es decir, la publicidad es proporcionada sin intermitencia hasta que se produce su cancelación. Es una exteriorización organizada porque se brinda por medio de una institución jurídica que ordena y agrupa la información más relevante de los actos o contratos para conocimiento de los terceros –el Registro–. La exteriorización, asimismo, tiene por finalidad producir cognoscibilidad general, vale decir posibilidad de conocimiento (no conocimiento efectivo); de tal suerte que nadie puede alegar desconocimiento de lo que publica el Registro, pues siempre todos tienen la oportunidad de acceder a su contenido. Y, finalmente, la exteriorización origina efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada, esto es, produce efectos constitutivos, conformadores, de oponibilidad, de prioridad, de legitimación, de fe pública (Como se citó en Gonzales Loli, 2002); esta es la Publicidad Material.

La misma es definida por la normatividad registral de la siguiente manera:

Artículo I: Publicidad Material. El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de

inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie.

El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo. (Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos)

Por su parte el **REGLAMENTO DEL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL** señala adecuadamente lo siguiente:

Artículo 4º Publicidad Material: La publicidad material alude a los efectos que derivan de la inscripción o anotación registral previstos en el presente reglamento y otras disposiciones legales. Tales efectos presuponen la calificación registral de los derechos y actos inscritos o anotados.

Artículo 5º Efectos de la Publicidad Material:

- a) Efecto Cognoscibilidad: El contenido de la partida registral afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo, salvo disposición en contrario.
- b) Efecto de Inoponibilidad: Los actos o derechos no inscritos ni anotados en el registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el registro.
- c) Efecto legitimador: El titular registral se encuentra legitimado para actuar conforme al contenido de la inscripción registral.

Es la cognoscibilidad o posibilidad de conocer que emana directamente de ella. Es decir, lo que busca la publicidad material es que las personas tengan tan solo la posibilidad de conocer – cognoscibilidad general–. Ello significa que los terceros por tener la posibilidad de conocer las situaciones jurídicas publicadas, se

verán afectados por ellas, aun cuando no las hubieran conocido efectivamente.

La cognoscibilidad legal (general), sustituye el conocimiento efectivo y las consecuencias jurídicas se producen independientemente de que se dé o no ese conocimiento de hecho. Garantizando el tráfico con preferencia al derecho subjetivo. De tal manera que los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia, porque siempre tuvieron la posibilidad de conocer o de saber; a la inversa, aquello que no esté publicado no debe perjudicarlos ni oponérseles por cuanto nunca tuvieron la posibilidad de conocerlo.

“La publicidad material se concreta en los principios registrales recogidos por cada Sistema, de modo tal que éstos determinarán cómo y cuándo el perjuicio y la oposición operan” (Delgado Scheelje, 1999, p. 111-127).

Ahora bien, la publicidad material como posibilidad de conocer tiene que desplegarse en el orden fáctico, en los hechos, es decir, está referida a todos aquellos medios físicos mediante los cuales los terceros pueden acceder al conocimiento efectivo de lo publicado por el Registro, de forma tal que no puede haber cognoscibilidad general o posibilidad de conocer si no hay posibilidad de acceder a su conocimiento efectivo.

La publicidad formal, en cambio, es el complemento inexorable de la publicidad material, si bien los postulados de la publicidad material suponen un conocimiento total del Registro, lo cierto es que en los hechos nadie lo conoce pues lo que se tiene es sólo una posibilidad de conocimiento que en doctrina se denomina cognoscibilidad general. Mediante la publicidad formal hacemos efectivo, para cada caso específico, esa posibilidad de conocimiento obteniendo información concreta del registro.

Con la publicidad formal no nos quedamos solamente en la mera presunción de conocimiento, sino que con ella accedemos efectivamente al contenido de las partidas registrales.

El fundamento básico de la publicidad formal radica en el derecho que toda persona tiene de solicitar sin expresión de causa documentos e información del contenido del Registro, lo que en otras palabras importa que el Registro no podrá mantener en reserva la información de su archivo registral, salvo las excepciones expresamente establecidas en otras disposiciones o cuando se afecte el derecho a la intimidad.

Así, el nuevo **REGLAMENTO DEL SERVICIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL**, al respecto, señala lo siguiente:

Artículo 6º Publicidad Formal: La publicidad formal se brinda a través de medios electrónicos o en soporte papel, garantizando el acceso a toda persona al contenido de la partida registral y, en general, de la información del archivo registral.

Operativamente, la publicidad formal, se otorga en forma directa a través de las manifestaciones (publicidad formal simple) de las partidas registrales o exhibición de títulos que integran el archivo registral, y en forma indirecta a través de las diversas certificaciones (publicidad formal certificada) expedidas por el funcionario registral. Las certificaciones, a su vez, pueden ser literales y compendiosas. Las primeras se expiden mediante la impresión de la totalidad o parte de la partida registral, o de los documentos que dieron mérito para extenderlos, mientras que las segundas contienen un extracto, resumen o indicación de determinadas circunstancias del contenido de las partidas registrales. Estas últimas comprenden los certificados positivos, negativos, de vigencia, entre otros.

En suma, a través de la publicidad formal se puede certificar cualquier circunstancia que obre en el registro, debiendo tenerse en

cuenta que siempre cabe la posibilidad que dentro de los certificados compendiosos se pida la acreditación de un detalle particular de la inscripción. De otro lado, el Registro no puede negarse a emitirlo, pero deberá tomar cuidados a fin de que la información certificada no genere confusión.

Si generan confusión a los terceros, se estaría vulnerando la finalidad del Registro, esto es, ser un mecanismo de seguridad jurídica para la protección de los derechos de los terceros, pues el Registro surge precisamente en respuesta a una necesidad de brindar información cierta y exacta a éstos.

III. El Objeto del Registro y las Disposiciones del nuevo reglamento del Servicio de Publicidad Registral

Así, ante esta necesidad de conocimiento surge el Registro bajo administración del Estado (SUNARP) cuya finalidad principal o la razón de ser de su existencia es otorgar publicidad jurídica, y a partir de dicho fin supremo del Registro es que se organiza un sistema de principios jurídicos y creaciones tecnológicas que tiendan a que se cumpla dicho fin supremo de la publicidad registral otorgando lo que esta busca: seguridad jurídica en la contratación.

Por Ley 26366 del 14.10.1994 se crea en el Perú el *Sistema Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)* con la finalidad de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran; es gestionado por la *Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)* como organismo descentralizado y autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de Registros Públicos, con personería jurídica de Derecho Público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

La SUNARP dicta las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos estando encargada de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la **inscripción y publicidad** de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional.

Ahora bien, con la inscripción se facilita la prueba de las titularidades de las personas, en el sentido que brinda información relevante a los contratantes y asegura la eficacia de las adquisiciones efectuadas. Siendo este el fundamento, no podemos ser ajenos a la necesidad de que la publicidad sea más accesible a la sociedad, lo que implica políticas institucionales que reduzcan tiempos y costos al ciudadano; lo que llevaría a que la seguridad jurídica, como finalidad del Registro, se cumpla plenamente.

En razón de que la publicidad formal debe permitir que los actos o derechos inscritos sean cognoscibles a través de documentos que constan en soporte papel o por medios electrónicos, y asimismo, garantizar el acceso a toda persona al contenido de la partida registral y de toda información que forme parte del archivo registral; era necesario que la entidad registral aplicara la predictibilidad en los servicios de publicidad, haciendo que en todas las oficinas registrales los procedimientos para brindar publicidad formal sean uniformes y establecer medidas eficientes y disposiciones legales que permitan la mayor y mejor atención de los requerimientos de publicidad efectuadas por los usuarios.

Es así como el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral nace para dar respuesta a estas necesidades, con el objetivo de brindar una adecuada publicidad de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, a través de una, también, adecuada herramienta, ordenada y sistematizada; que haga accesible la previsión, por medio de los servicios de publicidad, a través del conocimiento efectivo de lo que el Registro ha incorporado mediante la inscripción.

Y es que si bien es cierto, tal como ha quedado dicho, la inscripción en el registro del derecho de propiedad dota de seguridad jurídica al ejercicio del mismo, también lo es que es importante que la legislación cree las condiciones suficientes para que la seguridad jurídica esté del mismo modo presente en el procedimiento previo a la inscripción, sobre todo si se considera que de lo que se trata es que el contenido de la inscripción sea fiel reflejo de la realidad. (Expediente N° 0016-2002-AI-TC, publicada el 15 de mayo de 2003).

Como ya se advirtió anteriormente, uno de los aspectos resaltantes del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral es la incorporación de disposiciones relativas a los efectos de la publicidad material acorde con el Código Civil incidiendo en la predictibilidad en las decisiones registrales. Así mismo, tenemos el otorgamiento de disposiciones generales aplicables a todos los Registros Públicos; con lo que se uniformiza procedimientos y normatividad dispersas.

Se precisa el alcance de la publicidad registral formal, a la exteriorización de la información que corresponde únicamente a los documentos que integran el archivo registral, debido a que se trata de documentación vinculada a la extensión de asientos registrales que producen efectos jurídicos en el tráfico económico, a través de la aplicación de los principios registrales como la legitimación, fe pública, oponibilidad, prioridad, entre otros. Estableciendo, en ese sentido, que las fuentes documentarias para brindar el servicio de publicidad formal son: el asiento registral donde consta el acto o derecho inscrito; la partida registral; el título archivado; los índices informatizados conformados por la data almacenada o estructurada en el procedimiento registral de inscripción; la solicitud de inscripción denegada con las respectivas esquelas de observación, liquidación y tacha, según corresponda, y otros, de acuerdo a la especialidad de cada registro.

Indicándose que el título que se encuentra en trámite no es fuente documentaria para brindar el servicio de publicidad formal; es decir el Reglamento no ha previsto regular aquellas otras fuentes de información que el registro produce como consecuencia de procedimientos administrativos especiales o generados por su propia base de datos, los cuales también son solicitados por los usuarios; pero que merecen tratamiento distinto.

Desarrolla una didáctica clasificación de la publicidad formal, describiendo y distinguiendo a la publicidad formal simple, que es informativa, sin suscripción del servidor responsable, que comprende la exhibición, visualización, copia informativa, búsqueda en los índices y boleta informativa; y a la publicidad formal certificada, que constituye instrumento público y da fe de la información, suscrita por funcionario, y comprende el certificado literal y el certificado compendioso, éste último a su vez está comprendido por el Certificado Registral, el Certificado de cargas y gravámenes, Certificado positivo, Certificado negativo y Certificados de vigencia.

A su vez se distinguen tres modalidades en la atención de los pedidos efectuados por los administrados, y tenemos los siguientes: el procedimiento con solicitud verbal, que es de atención inmediata o en plazo prudencial; el procedimiento con solicitud escrita, que se encuentra sujeta a plazo; y, el procedimiento en línea, a través del Servicio de Publicidad Registral en Línea (SRPL).

Todas esas innovaciones elaboradas con la finalidad de simplificar y facilitar la atención de los servicios de publicidad formal a los administrados, se complementan con la incorporación de nuevos medios de información, nuevos formatos o formularios de solicitud de publicidad registral.

4. Los Efectos de la Publicidad Registral en Línea

La Publicidad Registral en Línea se ha convertido en un medio inmediato y de fácil acceso para el usuario, además que ha permitido la consulta del contenido de las partidas registrales y de los títulos archivados sin el riesgo de la adulteración, pérdida o deterioro.

El acceso directo al Registro consiste en permitir a los interesados que efectúen personalmente sus indagaciones sobre los documentos archivados o las fichas registrales. Por lo general, sólo se admite en los sistemas más primitivos, pues produce graves inconvenientes, tanto para quien debe efectuar la búsqueda en el propio recinto del Registro, indagando en sus archivos, para extraer los datos que considere necesarios, o copiar íntegramente algunos documentos, cuanto para el propio Registro, que al poner las constancias originales al alcance de terceros, corre el riesgo de que –aun sin que medie mala fe– se deterioren documentos de importancia (Moisset de Espanés, 2015, p. 327).

La publicidad en línea también ha permitido solucionar contradicciones existentes entre la normatividad del Código Civil y la Ley del Procedimiento Administrativo General, y marca un avance importante de los Registros Públicos como Sistema Nacional. En dicho caso podemos mencionar lo siguiente:

El artículo 2033° del Código Civil, señala que, “Las inscripciones se hacen en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles, si fuera el caso”.

Según lo detallado, los actos a que se refiere el artículo 2030°, se inscriben obligatoriamente en: - El Registro correspondiente al domicilio de la persona interesada, y - En el lugar de ubicación de los bienes inmuebles.

La pregunta es, ¿en la actualidad tal fundamentación tiene vigencia?

El artículo h) del artículo 32° del Reglamento General de los Registros Públicos, señala que, “El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán: h) Efectuar la búsqueda de los datos en los índices y partidas registrales respectivos, a fin de no exigirle al usuario información con que cuenten los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos”.

Esta norma no hace más que recoger lo señalado por el artículo 40.1) de la Ley 27444, según la cual, “Para el inicio, prosecución o conclusión de un procedimiento, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga: 40.1.1) Aquella que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado (...)”.

En tal sentido queda prescrito que si una entidad posea información relativa que sirva a otro trámite que se efectúe, no podrá requerirla nuevamente al administrado, ya que ello encarecerá los costos de transacción cuya reducción es uno de los objetivos de la SUNARP.

En tal sentido, encontramos una colisión entre el artículo 40.1.1) de la Ley 27444 y la segunda parte del artículo 2033° del Código Civil, siendo que por temporalidad (vigencia en el tiempo), debe entenderse que esta segunda parte ha quedado derogada, ya que en la actualidad el Sistema Nacional de los Registros Públicos cuenta con sistemas informáticos interconectados, que permite que no solo los funcionarios del Registros pueda acceder a la información de

partidas registrales a nivel nacional, sino también que los propios administrados puedan hacerlo a través de la publicidad registral en línea o publicidad registral compendiosa.

En tal sentido, debe entenderse que el inciso h) del artículo 32° del Reglamento General de los Registros Públicos tiene sustento de rango legal que se origina en la Ley 27444, artículo 40.1.1).

Podemos soslayar el hecho que los diversos Registros del país constituyen un sistema nacional que se encuentra en proceso de unificación e integración. En efecto, por mandato de la Ley N° 26366 se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos, cuyo artículo 1° estableció que su finalidad es “mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran”. Siendo así, resulta plenamente aplicable el artículo 40.1. de la Ley N° 27444, conforme al cual no debe exigirse la presentación de documentos que obren en los archivos de las Oficinas Registrales.

En el mismo sentido, debe precisarse que las oficinas registrales son conformantes de un sistema, SINARP, y cuando se verifica que existe una sucesión intestada registrada en una oficina diferente a la que se solicita algún certificado negativo de sucesión, no es procedente la expedición de dicho certificado pues ello admitiría la duplicidad de sucesiones intestadas, lo que atentaría contra la seguridad jurídica para los usuarios, esto es, contra una de las garantías establecidas por el sistema Nacional de los Registros Públicos.

Es así, que la implementación del sistema de información o publicidad en línea permite, en la actualidad a las instancias registrales, tal como a los administrados, consultar información sobre las inscripciones de los distintos registros efectuados en todo el país, circunstancia que amplía en los hechos, las posibilidades de realizar una calificación registral que comprenda dicha información.

V. Publicidad Formal, Desarrollo Económico y Nuevos Desafíos

En la Declaración de Lima del 24 de mayo del año 2007 para el Sistema Registral Iberoamericano, ya se advertía de la importancia de contar con un Registro seguro, pero al mismo tiempo ágil y eficaz, lo cual queda traducido en una publicidad, tanto material como formal, investida de todas las garantías que un sistema registral pueda proveerle.

“El Registro, en tanto ‘**dinamizador del tráfico jurídico**, debe otorgar la máxima protección a los titulares registrales y a los terceros’, para lo cual dicha protección debe ‘comportar la necesaria declaración de que los derechos inscritos constituyen la verdad oficial de las titularidades publicadas y que lo no inscrito no afecta a los terceros’...”¹

De las características advertidas del Derecho Registral, consideramos que las más importantes y las que repercuten directamente en el desarrollo económico de los pueblos es la que señala que el Derecho Registral es un derecho **protector** del tráfico jurídico inmobiliario y de otros negocios jurídicos y la que señala que es un derecho **legitimador** de situaciones jurídicas.

Nuestro sistema jurídico busca que los actos jurídicos y contratos sean eficaces, a fin de los particulares puedan satisfacer sus más variadas y distintas necesidades de orden social y personal, en la medida que se trate de intereses privados considerados socialmente dignos y legítimos, y por ello mismo merecedores de tutela legal (Taboada Córdova, 2002, p. 26).

¹ Alvaro Delgado Scheelje, resaltando la importancia de la Declaración de Lima del 24 de mayo del año 2007 para el Sistema Registral Iberoamericano, en su calidad de Superintendente Adjunto de los Registros Públicos del Perú.

Los dos principios señalados son los efectos que producen las funciones naturales y básicas del sistema registral que son: la Inscripción y la Publicidad, que tiene como correlato final la de procurar dar seguridad jurídica. Ahora bien, el funcionamiento de estas funciones: Inscripción, Publicidad y Seguridad Jurídica para que cumplan su rol promotor del desarrollo deben ir de la mano con un Estado Moderno y eficiente.

La protección se centra en la seguridad jurídica que brinda el registro a las personas que realizan transacciones de inmuebles o de cualquier otra índole amparándose en la fe que brinda el registro. A esta seguridad la doctrina registral la denomina seguridad dinámica en contraposición de la seguridad estática sustentada en el principio de legitimación registral, que protege a las personas que inscriben sus derechos o actos en el registro, hasta que haya otro título modificatorio o el juez declare su invalidez.

Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público, el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo. (Expediente N° 0016-2002-AI-TC, publicada el 15 de mayo de 2003).

Por ello consideramos que dentro de nuestro sistema jurídico contamos con las herramientas registrales fundamentales para generar el desarrollo de nuestro país, pero que no se cristalizan al cien por ciento porque se necesitan otros factores de carácter exógenos al sistema registral que también funcionen bien. Una de esas herramientas la constituye el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

En ese orden de ideas, es importante mencionar el apoyo informático, teniendo en cuenta que la publicidad es el rasgo característico

de todo sistema registral –en mayor o menor medida, todos los sistemas registrales buscan exteriorizar derechos y situaciones jurídicas oponibles o trascendentes para terceros con el objeto de facilitar la contratación–. En nuestro sistema, la publicidad adquiere dos ámbitos que resultan complementarios entre sí: la publicidad materia y la publicidad formal.

La primera constituye el sustento conceptual de todo el sistema registral que se traduce en la presunción absoluta de que toda persona conoce el contenido de las inscripciones (artículo 2012° del Código Civil). En virtud de este principio, los terceros se verán afectados o perjudicados por las situaciones jurídicas publicadas aun cuando no hubieran accedido a su conocimiento efectivo. La publicidad formal es el complemento inexorable de la publicidad material. Si bien los postulados de la publicidad material suponen un conocimiento total del Registro, en los hechos nadie lo conoce, pues lo que se tiene es sólo una posibilidad de conocimiento que en doctrina se denomina cognoscibilidad general. Es recién con la publicidad formal que hacemos efectiva, para cada caso específico, esa posibilidad de conocimiento, obteniendo información concreta de las partidas registrales.

Dado que los destinatarios naturales del registro son los terceros, generalmente legos en Derecho, que utilizan la información registral para tomar decisiones adecuadas al momento de contratar, resulta imperioso que la publicidad formal se expida con la mayor claridad posible y en términos que no dejen dudas sobre el sentido de los asientos. Es por esta razón que se dispone que en los casos en que la certificación sobre determinados asientos pueda inducir a error respecto al contenido de la partida, el Registrador o el Certificador debidamente autorizado está en la obligación de aclararla, haciendo la correspondiente explicación en forma compendiosa o copiando literalmente lo que aparezca en otros asientos o partidas registrales.

En ese sentido, la informática es una herramienta que está al servicio de las necesidades del área registral y, no a la inversa. Como elemento de ayuda, el sistema informático debe satisfacer las exigencias de los procedimientos registrales y la necesidad de brindar publicidad clara a los interesados; de no logrado, el Registrador está autorizado para apartarse de la modalidad implementada y cumplir de mejor manera dicho cometido.

Es por ello, que como nuevo desafío debe considerarse analizar la herramienta informática a fin de hacer viable la labor de publicidad.

La información es coleccionable, almacenable o reproducible. Se utiliza para tomar decisiones, conduce también a conclusiones acertadas o equivocadas, puesto que puede ser interpretada de diversas formas por distintos individuos, dependiendo de muchos factores subjetivos y del contexto en que se encuentra la persona que la recibe e interpreta (Carranza Torres, 2013).

“La informática, y su irrupción en el mundo del derecho, es un ejemplo de los cambios sociales que provocan los progresos técnicos, y la necesidad que tiene el mundo de hacer frente a las exigencias de una realidad que se ha transformado” (Moisset de Espanés, 2015, p. 405).

Bibliografía

American Psychological Association. (2010). *Manual de publicaciones de la American Psychological Association* (3a ed.). México: Manual Moderno.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Nulidad del Acto Jurídico. Segunda Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2002.

DELGADO SCHEELJE, Alvaro. “La publicidad registra!” En: Revista Critica de Derecho Inmobiliario, Año LXXV. Núm. 650. Madrid, Enero-Febrero 1999

GONZALES BARRON, Gunther. Introducción al Derecho Registral y Notarial. Jurista Editores. Segunda Edición, Lima, 2008.

GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, 2002.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Publicidad Registral. SUNARP 1º Edición. Lima. 2015

PAU PEDRON, Antonio. Curso de Práctica Registral. Lectura No. 1 La Publicidad y Los Registros. UPCO, Madrid, 1995.

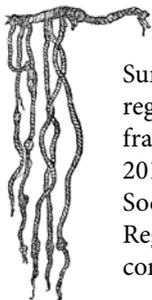
http://ponce.inter.edu/cai/manuales/Citar_fuentes_APA_6ta.pdf

www.derechoycambiosocial.com, Revista 026, Gunter Gonzales Barrón, Constitución y Principios Registrales

<http://derechonotarialyregistral.weebly.com>, Hidelbrando Jiménez Saavedra. CURSO DE DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL (Parte General)

LA INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS FRAUDULENTOS EN LOS REGISTROS PÚBLICOS Y LA PÚBLICIDAD REGISTRAL EN EL PERÚ

Jesús David Vásquez Vidal.



Sumario: I. Introducción: Planteamiento de la Cuestión. II. Los principios registrales ante el problema de la inscripción de los documentos fraudulentos. III. La redundante modificación de los artículos 2013° Y 2014° del Código Civil. IV. La Incomprensión Radical del “Fenómeno Social” de los actos fraudulentos y su vinculación con la Publicidad Registral. V. Conclusión: Una propuesta heterodoxa y socialmente contextualizada.

“El jurista, en el momento en que se convierte en historiador y sociólogo, o el historiador o sociólogo cuando se adueñan de instrumentos típicos del análisis de juristas, amplían su habitual disertación y ceden a una instancia de enriquecimiento cultural llevando adelante una sincera y sentida voluntad de ser primordialmente y antes que nada productores de ciencia.”

Paolo Grossi, “Historia del derecho de propiedad”¹.

1 GROSSI, Paolo, “Historia del derecho de propiedad: La irrupción del colectivismo en la conciencia europea”, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1986, p. 27

“Me propongo mostrar a ustedes cómo es que las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimientos.”²

Michael Foucault.

I. Introducción: Planteamiento de la Cuestión.

Desde hace algún tiempo se percibe una profunda preocupación por las instituciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico y, particularmente, por aquellas que conforman el sistema registral. Esto se ha visto reflejado en los denodados esfuerzos de las diversas entidades estatales implicadas en este específico campo jurídico por crear instrumentos jurídicos y tecnológicos que aporten mayor seguridad, predictibilidad, transparencia y eficiencia al sistema registral en su conjunto. Sin embargo, no ha faltado quien sostenga que el íntegro sistema registral se encuentra gravemente enfermo y que, inclusive, ya se han normalizado las vergonzosas situaciones en las que delincuentes, organizados en verdaderas bandas, se aprovechan de de las reglas jurídicas especiales que conforman los pilares de la pública registración (protección del tercero de buena fe, legitimación y oponibilidad), para despojar ilícitamente de sus bienes a los ciudadanos a través de actos fraudulentos³, lo cual ha sido motivo de escándalo pero también de reflexión. Esto por una sencilla pero inquietante pregunta: ¿Como se han podido materializar fraudes utilizando a las instituciones creadas para

2 FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, Barcelona, 2010, p. 12

3 “En el Perú, hoy, existe un mercado de falsificaciones en donde terceros de “buena fe” compran inmuebles a rio revuelto, con la obtención de ganancias extraordinarias, producto del boom inmobiliario que empuja los precios al alza, lo que obviamente incentiva este mercado ilícito, máxime si el fraude termina siendo convalidado.” GONZALEZ Barrón, Gunther, “La falsificación: Nuevo modo de adquirir la propiedad. Crítica a los tribunales que amparan al tercero que nace del fraude inmobiliario”, Gaceta Editorial, Lima, 2015, p. 11

garantizar la seguridad y la buena fe en las transferencias de bienes, derechos y titularidades?

Para explicar lo que ha sucedido en el Perú durante los últimos años y cómo la seguridad jurídica de las transacciones económicas que ofrece el sistema registral se ha puesto en entre dicho, debemos descender en nuestro análisis y fijarnos en las personas. Quiero decir en los sujetos a través de los cuales pasan las normas jurídicas para crear comportamientos, relaciones, hábitos y estrategias. En efecto, nos inclinamos a pensar -muy preliminarmente desde luego- que son las personas -verdaderos agentes en un determinado campo social⁴ - las que crean sus hábitos de conducta, en función a sus particulares posiciones y a las reglas que rigen el juego de intercambio de bienes en el entramado de relaciones sociales y económicas en las que están inmersas. Lo que significa que debemos abordar con mucha cautela el estudio de las reglas jurídicas que se implementan para una sociedad, por más técnicas o sofisticadas que puedan ser, ya que en última instancia el poder para producir o reproducir hábitos de conducta ajustados o no a los valores éticos y normativos que defiende el Estado, no depende sólo de la imposición de una regla sino del contexto social específico en el que va a operar.

En otras palabras, una disposición normativa (como la regla jurídica de la protección registral al tercer adquirente de buena

4 Utilizamos la definición de campo social aplicable al derecho pensada por Pier Bourdieu, respecto a la cual hace referencia GARCÍA Villegas, en los siguientes términos: “El derecho es un campo social -conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones de actores sociales que compiten por poder o capital- en el cual los participantes luchan por la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos.”, “Sociología y crítica del derecho”, Fontamara, México D.F., 2010, p. 236. El mismo Bourdieu señala de manera mucho más general al campo como un concepto abierto al ser utilizado empíricamente en un contexto social singularizado. Empero ensaya la siguiente definición genérica: “Un campo puede ser definido como una red o configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones están objetivamente definidas, en su existencia y en las determinaciones que imponen sobre sus ocupantes, agentes o instituciones, por su situación presente y potencial (situs) en la estructura de distribución de especies del poder (o capital) cuya posesión ordena el acceso a ventajas específicas que están en juego en el campo, así como por su relación objetiva con otras posiciones (dominación subordinación, homología, etcétera).”, “Una invitación a la sociología reflexiva”, Siglo XXI Editores, Argentina, 2005, p.150

fe⁵ u otra de similar catadura) cuando es impuesta en un contexto social particular, no va a generar solamente las conductas que el legislador esperaba. Esto, precisamente, por la diversidad de posiciones y roles que asumen los sujetos dentro de un campo social. Esto implica que una misma disposición normativa puede crear, al pasar a través de los agentes sociales, diversas clases de hábitos de conducta y estrategias de comportamiento, que algunas veces podrían ser abiertamente contrarias a los valores y principios que el Estado -a través del su Derecho objetivo- pretende defender.

En efecto, una misma regla jurídica puede generar distintos hábitos de conducta según el específico campo social⁶ en que se la ponga a funcionar. Así, por ejemplo, una norma jurídica que opera “adecuadamente” en una sociedad europea o norteamericana, al ser importada e impuesta a una sociedad de un país latinoamericano no necesariamente va a generar las mismas conductas en los individuos que la componen⁷ o, por lo menos, no únicamente las

-
- 5 Sobre el particular tenemos, por ejemplo, que en el derecho occidental se han estructurado diversos sistemas de aseguramiento de derechos a los adquirentes de los mismos, esto es sistemas basados en la protección anticipada del tercero adquirente de buena fe basado en la inscripción en un registro público de bienes, tal como los denominados sistemas registrales constitutivos (el alemán, por ejemplo, que condiciona la validez de la adquisición a la inscripción), los sistemas no constitutivos pero con protección al tercer adquirente registral de buena fe (como el sistema español). En ambos, casos el registro sirve para oponer derechos y asegurar las adquisiciones en el tráfico inmobiliario; sin embargo, de acuerdo a las especificidades de las sociedades en las que estas reglas están inmersas crean hábitos de conducta precisamente por que toda regla jurídica debe pasar por un proceso previo de especificación o localización a la sociedad en la que pretende insertarse. Empero una importación pura y dura de un regla o un sistema puede causar severas discontinuidades o inclusive alentar actos y conductas fraudulentas. Respecto a los sistemas de aseguramiento de derechos desde una perspectiva comparativa, puede consultarse: DE ANGULO Rodríguez, Luis, CAMACHO De Los Ríos, Javier y CASTILLA Cubillas, Manuel, “Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro”, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003
- 6 Para Bourdieu “(...) un campo puede ser definido como una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones están objetivamente definidas en su existencia y en las determinaciones que imponen sobre sus ocupantes, agentes o instituciones, por su situación presente y potencial (situs) en la estructura de distribución de especies del poder (o capital) cuya posesión ordena el acceso a ventajas específicas que están en juego en el campo, así como por su relación objetiva con otras posiciones (dominación, subordinación, homología, etcétera).” BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loïc, “Una invitación a la sociología reflexiva”, Siglo XXI Editores, Avellaneda, 2005, p. 150.
- 7 A mayor abundamiento, puede verse la obra de MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz. M. (coord.), “Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo”, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, en la que se analiza desde un punto de vista comparativo, los distintos sistemas de transferencia de la propiedad consagrados en las distintas legislaciones europeas y, también, sus sistemas registrales, cuya influencia en la construcción de nuestro propio sistema es, a todas luces, innegable. Además, para una mejor comprensión del fenómeno ya descrito en la nota 1 de este trabajo merece recordarse el concepto de *legal transplant* (transplante jurídico o legal) acuñado por Alan WATSON quien lo define como “*the moving of a rule (...) from one country to another, or from one people to another*” (“el traslado de una norma (...) de un país a otro o de un pueblo a

esperadas por el legislador si no ha utilizado una correcta técnica legislativa. Podríamos encontrar específicas respuestas sociales que no se vislumbraron en el lugar de importación y creación de la regla jurídica. Respuestas de los agentes que podrían lindar con lo ilegal o delictivo, inclusive.

Lo anterior se explica, precisamente, porque el precepto normativo –como un verdadero canon de juego social impuesto por el poder estatal sobre la sociedad- tiene la potencialidad de crear prácticas eficientes y correctas o, también fraudulentas y corruptas, si no se ha prestado la adecuada atención al contexto social en el que va a operar, lo que implica un deber de localización de toda regla jurídica que se pretenda traer de otras latitudes a nuestro país. Esto es, la obligación de adecuarla y contextualizarla tomando en cuenta fundamentalmente los factores sociales de los que va a depender su correcta aplicación o uso, lo que impone a quien pretenda introducir una modificación legislativa la tarea de fijarse primordialmente en su sociedad y en las prácticas sociales concretas que operan o pueden operar en la vida real (y no solamente en las previsiones dogmáticas o burocráticas que puedan hacerse desde un escritorio).

Por esta razón, modificar unas reglas jurídicas –como las de los artículos 2013° y 2014° de nuestro Código Civil- para evitar prácticas antisociales o delictivas vinculadas a la actividad de los registros públicos, podría ser un paso importante para descintetizar algunos comportamientos fraudulentos o corruptos, empero antes deberá entenderse en todos sus aspectos o dimensiones la dinámica del campo social específico en la cual funciona e identificar los hábitos de conducta que se han generado en los agentes que intervienen en el mismo. Esto, permitiría que cualquier reforma legal que se realice

otro distinto”) tal como lo recuerda Pierre LEGRAND, su más importante *contradictor* (“*The impossibility of legal transplants*”, en 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 112, disponible en: www.pierre-legrand.com/transplants.pdf). La respuesta de Watson a las objeciones de Legrand, a su vez, pueden leerse en: “*Legal transplants and European Private Law*”, en *Electronic Journal of Comparative Law*, 2, 2000, disponible en: www.ejcl.org/44/art44-2.html

tenga la eficacia social que se busca y así reducir significativamente las prácticas mafiosas o delincuenciales que privan ilícitamente de sus derechos a quienes confiaron la protección y seguridad de sus bienes al Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Esta es, precisamente, la finalidad del presente ensayo. Esbozar los posibles contornos de un específico campo socio - jurídico vinculado a la actividad de los Registros Públicos, para formular solamente una hipótesis de solución global a uno de los problemas que aqueja la razón de ser de la pública registración en el Perú, a saber, el problema de las prácticas delictivas que han instrumentalizado a la pública registración para consolidar despojos socabando la seguridad jurídica en la adquisiciones de derechos que, precisamente, ofrecen y protegen las entidades estatales que conforman el sistema registración.

No podemos dejar de mencionar, en este orden de ideas, que en los últimos años, se ha evidenciado una eufórica preocupación legislativa y reglamentaria por el apremiante problema antes descrito, lo que ha desembocado en una de las reformas más firmemente esperadas y aplaudidas, materializada con la promulgación de la Ley N° 30313 que regula la oposición al procedimiento registración en trámite y la cancelación del asiento registración por suplantación de o falsificación de documentos y que, además, modificó los artículos 2013° y 2014° del Código Civil. Veremos, a través del presente ensayo, si la modificación legislativa operada con dicha norma, así como con el resto de normas que han sido emitidas sobre la materia ha logrado su cometido o, si de lo contrario, ha caído irremediamente en los peores vicios del “reformismo legal burocratizado”.

II. Los principios registrales ante el problema de la inscripción de los documentos fraudulentos.

Iniciemos por desentrañar el corazón central del problema, a saber, el grave perjuicio individual (para el propietario de un bien) y social (por la inseguridad generalizada en el tráfico inmobiliario)

que causan las inscripciones registrales realizadas en mérito a documentos fraudulentos.

Ahora bien, unos de los supuestos más conocidos de inscripción realizada en base a una instrumentos fraudulento es aquel que se da en base a un instrumento público falsificado o a uno auténtico que, sin embargo, fue otorgado por un suplantador de la identidad del verdadero propietario, en ambos casos el propietario original perjudicado (quien inclusive podría ser también el titular registral), se encuentra en total estado de indefensión frente a las mafias que llevan a cabo esta clase de actos delictivos, por cuanto luego de inscribir su titularidad en un registro público de bienes, como el Registro de Propiedad Inmueble, nada puede hacer para evitar ser identificado y seleccionado como una potencial víctima, quedando, literalmente, a merced de aquellas organizaciones delictivas.

En efecto, si un suplantador de identidad logró pasar el filtro del control notarial y compareció ante un notario otorgando un acto enajentivo de la propiedad, nada podrá hacer el registrador al calificar un instrumento que es formalmente “auténtico”. Mientras, que en el caso del instrumento público falso (parte notarial falsificado de una compra venta por ejemplo), si la adulteración resulta imperceptible para el registrador y logra pasar el filtro de la calificación registral, el titular registral del derecho nada podrá hacer para impedir la inscripción -si es que no se entera a tiempo del trámite de la solicitud de inscripción del documento fraudulento o de la inscripción ya realizada, lo cual resulta muy probable por el expeditivo plazo de calificación e inscripción que se ha impuesto a las denominadas compraventas “simples” de predios inscritos⁸.

8 Es suficiente recordar el Art. 4.1 de la Directiva N° 009-2009-SUNARP/SN (“Directiva de acciones para optimizar los servicios registrales”) aprobada por Resolución N° 327-2009-SUNARP/SA publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 22 de octubre de 2009, que a la letra dice: “4.1 Calificación Registral en 48 horas: **Los títulos que contengan los actos o derechos que se detallan a continuación, serán calificados en el plazo máximo de 48 horas**, computadas desde su ingreso por el Diario. El mismo plazo rige para la calificación de los reingresos respectivos, por subsanación o pago de mayor derecho. **Ellos son: a) En el Registro de Predios: Compraventa**, hipoteca, numeración de finca, cancelación de hipoteca. **Siempre que estén referidos a un solo predio** (el resaltado es nuestro)”.

Sin embargo, la inscripción realizada en base a un instrumento fraudulento, en sí misma, no implica, todavía, ninguna ventaja para quien figura registralmente como nuevo titular del derecho ni mucho menos para el verdadero propietario, toda vez que la inscripción en realidad no tiene ninguna causa que la sustente al haber sido hecha en base aun acto que adolece de una causal radical de nulidad que es la ausencia de manifestación de voluntad del agente. Por lo que, el propietario o titular del derecho, podría solicitar declaración de nulidad del acto fraudulento (por falsedad material o suplantación) y, conseguir, sin ningún problema la cancelación –judicial o administrativa- del asiento de inscripción, máxime si la inscripción de un acto jamás sana los vicios que puede contener. Si esto es así, por qué se ha convertido este problema –inscripciones en base a documentos fraudulentos- en uno de los principales dolores de cabeza del sistema registral peruano.

La respuesta se encuentra, precisamente, en los hábitos de conducta que las normas registrales de protección a los terceros adquirentes han generado en las mafias que actualmente operan despojando a los propietarios de inmuebles inscritos. Pongamos un ejemplo que nos permita ilustrar de manera sencilla, cómo funcionan algunas de estas operaciones de despojo y, además, pueda explicar por qué resultan de vital importancia las normas registrales para el éxito de este tipo de prácticas aberrantes.

Comencemos por lo más básico, una organización delictiva individualiza un inmueble de considerable valor del que desean apropiarse. Primero, para identificar quién es el propietario, acudirán al Registro de Propiedad Inmueble, el cual les proporcionará la identidad de la víctima, a continuación, tendrán entre otras dos alternativas: (i) la suplantación de la identidad del propietario en una notaría, en un acto de disposición a título oneroso, o (ii) falsificar un parte notarial que contenga un supuesto acto de enajenación. Para este ejemplo, descartaremos la intervención dolosa del notario o del

registrador –en la suplantación o en la calificación del documento falso, respectivamente- asumiendo que en cualquier caso fueron “sorprendidos” y su actuar sea meramente culposo. Una vez inscrito el instrumento fraudulento, y sustituido el titular registral del derecho por otra persona, a saber, el testaferro de la organización delictiva, este volverá a transferir el bien, ahora si mediante un instrumento absolutamente auténtico, hasta llegar a un sub-adquirente que esté lo suficientemente alejado de la mafia, para que resulte casi imposible demostrar su implicación en todo el procedimiento de despojo, o bien, hasta una persona que verdaderamente desconozca el origen ilegítimo del derecho de su transferente.

¿Y por qué esta clase de operaciones se configuran regularmente así? La respuesta es muy sencilla. Porque las organizaciones delictivas conocen muy bien las reglas de juego del campo jurídico de las transferencias inmobiliarias basadas en la publicidad registral. En efecto, conocedores de que un documento fraudulento (por ser falsificado o derivar de una suplantación de identidad) adolece de un vicio de tal magnitud que lo priva radicalmente de efectos, como es la nulidad por falta de manifestación de voluntad del agente previsto en el inciso 1 del artículo 219° del Código Civil⁹, y que la inscripción no “sanea” o “convalida” tales vicios, requieren de una norma excepcional para consolidar el desplazamiento patrimonial que pretenden en perjuicio del propietario verdadero. Siendo una de estas normas excepcionales, precisamente, el artículo 2014° del mismo código sustantivo. Empero, para que entre a operar este dispositivo legal, se requiere que quien logró inscribir una “transferencia” en base a un instrumento fraudulento absolutamente nulo, lo transfiera a su vez a otra persona que desconozca el defecto que viciaba el acto adquisitivo de su transferente, es decir, un tercero registral de buena fe a título oneroso con derecho inscrito.

9 Artículo 219° Inc. 1 del Código Civil de 1984.- El acto jurídico es nulo: / 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

Entonces, en la estrategia de juego –lamentablemente exitosa en muchos casos- diseñada por estas organizaciones delictivas la regla central que incentiva sus conductas es, precisamente, la cobertura legal que otorga el artículo 2014° y que ha sido extendida desproporcionadamente hasta los supuesto de falsedad documentaria en perjuicio del propietario real.

Esta misma lógica puede aplicarse a todos a aquellos casos en los que la protección del tercer adquirente de buena fe consolidará el iter formativo del derecho de quien compra a alguien que había logrado inscribir su derecho en base a un instrumento fraudulento, esto en perjuicio del verdadero propietario. Así por ejemplo, cuando, un tribunal arbitral autorizado para ejecutar sus propios laudos¹⁰ ordene la adjudicación a favor del actor que ha triunfado en un supuesto juicio y, luego, se descubra que el arbitraje fue fraudulento por que nunca existió el contrato, el convenio arbitral o, siquiera, el procedimiento arbitral, de nada le servirá al actor haber inscrito su supuesta “titularidad”, toda vez que cuando el arbitraje sea anulado o se descubra la falsedad material del laudo, se cancelará judicial o administrativamente el asiento de inscripción que publicitaba su adquisición. Por esta razón, una vez lograda la inscripción de la transferencia decretada en sede arbitral, inmediatamente lo transferirá onerosamente a una tercera persona, quien inscribirá su adquisición para alcanzar la protección (y los propios efectos adquisitivos a non dómimo) que operan al aplicarse el artículo 2014°.

También sucede lo mismo cuando se inscribe una transferencia inmobiliaria ordenada por un liquidador en el marco de la disolución y liquidación regulada por la Ley General del Proceso Concursal, siendo que en este caso inclusive pueden levantarse

10 Debemos recordar que de conformidad con el artículo 67° del Decreto legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus propios laudos, con el sólo límite del las situaciones en las que se requiera el uso de la fuerza pública, cuando “(...) medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.”

la cargas y gravámenes que puedan pesar sobre el inmueble enajenado¹¹. Si se descubre el fraude a tiempo, sea por que la orden del liquidador haya sido falsificada o, por que el proceso concursal sea en sí mismo fraudulento o nunca haya existido, podrá cancelarse el asiento de inscripción en sede judicial o administrativa. Por esta razón, una vez inscrita la transferencia fraudulenta ordenada por el “liquidador” y levantados los gravámenes que pesaban sobre el inmueble, inmediatamente el comprador o adjudicatario -con derecho inscrito registral- lo transferirá a un tercero a título oneroso y de buena fe, y será en el momento de esta inscripción el punto culminante del proceso formativo del derecho a favor del tercero y la irreparable pérdida en la esfera patrimonial del verdadero propietario o de los acreedores cuyos gravámenes han sido cancelados.

Otros supuestos de fraudes inmobiliarios podrían configurarse si es que se hace uso de un poder festinado fraudulentamente, esto es si el instrumento que lo contiene adolece de falsedad material o ha sido obtenido a través de una suplantación. En estos casos, la protección que otorga nuestra legislación civil a quien contrató de buena fe y a título oneroso con el falso apoderado, pero con poder inscrito, es un poco más limitada por cuando el artículo 2038° CC prescribe que el contratante-adquirente conservará su adquisición aun cuando el poder haya sido modificado o extinguido (entiéndase revocado por cualquier causa) extraregistralmente, situaciones que no se presentan en los supuestos de poder falso, ya que aquí nunca existió el acto de apoderamiento. Empero, al igual que en los casos anteriores el contratante que adquirió registralmente gracias al poder falso lo volverá a transferir para alcanzar, ahora sí, a favor del subsiguiente tercero la protección inmutable que ofrece -nuevamente- el artículo 2014.

¹¹ De acuerdo con el artículo 83.2 de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, son atribuciones y facultades del Liquidador: “g) Solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del deudor, siendo título suficiente para esto la presentación del contrato de transferencia y el Convenio de Liquidación debidamente inscrito en los Registros Públicos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 78;”

Explicada de esta manera tan concisa el *modus operandi* genérico de este tipo de operaciones delictivas –entre otras que solamente podría determinarse a través del estudio de una abundante casuística– que logran despojar definitivamente de sus bienes a los legítimos propietarios, cabe formularnos algunas interrogantes encaminadas a responder si la Ley N° 30313 tendrá la capacidad de impedir –o, cuando menos, desincentivar abstractamente– las prácticas sociales delictivas descritas en los párrafos anteriores. Anticipamos, sin caer en un pesimismo extremo desde luego, que el procedimiento de oposición al procedimiento registral y cancelación administrativa de asientos registrales, así como las reformas legislativas planteadas por la norma en cuestión, no serán totalmente útiles para impedir la aparición de los casos de despojos materializados en base la inscripción de documentos fraudulentos. Veamos.

III. La redundante modificación de los artículos 2013° Y 2014° del Código Civil.

Ante el problema descrito en el numeral anterior, el legislador con el loable propósito de impedir las inscripciones registrales realizadas en base a documentos fraudulentos ha aprobado un procedimiento de oposición al procedimiento registral y ha otorgado a la SUNARP la facultad de cancelar los asientos registrales que se hayan realizado en base a documentos fraudulentos. Asimismo ha modificado, entre otras normas, los artículos 2013° y 2014° del Código Civil, por lo que resulta importante poner en evidencia las diferencias que existen entre los textos originales y nuevos de dichos dispositivos legales, para tratar de identificar la importancia y la función de las modificaciones que se habrían introducido en los mismos. Veamos: Una primera impresión derivada del análisis de los párrafos resaltados en el cuadro anterior podría hacernos creer que la modificación ha sido radical y profunda, sobre todo cuando se alude –de manera rimbombante y categórica– a la “cancelación

del asiento registral” en sede administrativa cuando aquel se haya generado en mérito a un instrumento fraudulento (sea por falsedad

Código Civil de 1984 (texto original)	Código Civil de 1984 (modificado por la Ley N° 30313)
<p>Artículo 2013°.- Principio de legitimación</p> <p>El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.</p>	<p>Artículo 2013°. Principio de legitimación</p> <p>El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por <u>las instancias registrales</u> o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.</p> <p><u>El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.</u></p> <p><u>La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.</u></p>
<p>Artículo 2014°.- Principio de Buena Fe Registral</p> <p>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.</p> <p>La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.</p>	<p>Artículo 2014°. Principio de buena fe pública registral</p> <p>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, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los <u>asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.</u></p> <p>La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.</p>

documentaria o suplantación de identidad) o cuando –de manera terminante– se afirma que la “inscripción no convalida los actos nulos o anulables”. La pregunta en este punto es: ¿Cuándo una inscripción ha convalidado un acto nulo? La respuesta es simple: NUNCA, porque las inscripciones dentro de nuestro sistema registral no pueden sanar o convalidar un acto viciado, esto tanto antes como después de la modificación legislativa de marras. Por lo que tal expresión resulta en todo caso muy pomposa pero sustancialmente vacía.

De otro lado, la cancelación administrativa del asiento de inscripción solo operará cuando el asiento de inscripción que se pretenda cancelar sea el de la primera transferencia, es decir, el asiento generado como consecuencia del instrumento fraudulento en cualquiera de sus supuestos. No obstante, como ya hemos explicado, que falsificador o suplantador en su sano juicio será lo suficientemente ingenuo para, luego de lograr una inscripción con un documento fraudulento, quedarse en total inactividad esperando que su asiento sea cancelado por las instancias registrales o judiciales. Esto, precisamente, porque este tipo de organizaciones conocen bien que la inscripción no convalida su supuesta “adquisición” dado que su acto fraudulento se declarará nulo aunque esté inscrito, por lo que siempre requerirá la intervención de un subsiguiente adquirente de “buena fe a título oneroso con derecho inscrito” para que se materialice el desplazamiento patrimonial en perjuicio del verdadero propietario.

En este punto, vale la pena hacer una aclaración. En la primera transferencia –siempre a todas luces nula– interviene formalmente el propietario (sea porque ha sido suplantado o porque su nombre figura en el instrumento falsificado) y el primer “adquirente” quien, evidentemente, no adquiere nada, ya que el acto es nulo aun cuando su “título” se encuentre inscrito. Empero, en la segunda transferencia intervendrá (ahora sí) el propietario inscrito (digamos el testaferro de la mafia) y el tercer adquirente de buena fe a título oneroso. Esta

segunda transferencia y los instrumentos que la documentan son absolutamente auténticos, razón por la cual la inscripción que se haga en mérito a estos recaudos, estará fuera del alcance de las facultades “cancelación” de asientos otorgada a la entidad administrativa, ya que, el asiento se ha extendido en base a un documento verdadero. Entonces, todo el procedimiento de cancelación administrativa del asiento está ideado y diseñado para cancelar los actos de disposición fraudulentos realizados por falsificadores o suplantadores, siempre que no hayan completado la cadena transmisiva y no para aquellos – la mayoría – que hayan transferido sucesivamente la propiedad sobre los bienes hasta alcanzar a un tercero registral de quien no pueda demostrarse su mala fe.

Por último, extender la publicidad registral al asiento de inscripción y al título archivado resulta – para el propósito de frenar los despojos realizados en base a actos fraudulentos inscritos – una redundancia o, peor aún, un verdadero despropósito. Una redundancia porque ya desde hace buen tiempo nuestros tribunales judiciales vienen interpretando el 2014° en el sentido que la publicidad alcanza al instrumento que dio mérito a la inscripción, como no puede ser de otra forma al estar el archivo registral a disposición de cualquier persona¹². Pero resulta también un despropósito, porque si se ha

12 Al respecto en la Casación N° 3088-06-Lima, publicada con fecha 01 de octubre de 2007 en separata especial de El Peruano, se expresa lo siguiente: “(.) Sexto: Que, esto determina que forma parte de la publicidad de los registros públicos, los títulos archivados, lo que guarda concordancia con el artículo 160 del Reglamento antes citado, por que como el asiento registral es solamente un resumen en el que consta el título que da origen al asiento, dicho título está a disposición de toda persona, por que forma parte del asiento y de la publicidad de los registros. Séptimo: Que, es por ello y a fin de asegurar la buena fe registral no solo es necesario leer el resumane del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen (...)”. A mayor abundamiento, nuestro Supremo Colegiado ha sostenido en el décimo considerando de la Casación N° 2626-2012-JUNÍN, publicada con fecha 02 de enero de 2014 en el mismo diario oficial, lo siguiente: “Que, sin embargo, la entidad financiera recurrente sostiene estar protegido por el Principio de la Buena Fé (sic) Registral, y que el Colegiado ha realizado una indebida interpretación del mismo. Conforme se ha establecido en reiterada jurisprudencia emitida como es el caso de la Casación número seiscientos noventa y cinco – noventa y nueve- Callao, se tiene que para que se configure la especial protección que brinda este Principio se requiere: a) que el adquirente lo haga a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe; c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar; d) que el adquirente inscriba su derecho; y e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, o rescindan el derecho del otorgante. En este sentido y a fin de asegurar la buena fé (sic) registral no sólo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dió (sic) origen, pues la presunción absoluta de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones implica el conocimiento tanto del asiento registral como de los títulos y documentos que lo sustentan y que se encuentran archivados en los Registros Públicos (...)” (el resaltado es nuestro).

suplantado la identidad de una persona y ni siquiera el notario, que ha tenido físicamente al suplantador en su despacho, ha podido darse cuenta del “vicio” y ha dado fe pública de que el suplantador es el verdadero propietario, como así el adquirente que fue a leer un documento (el título archivado) podrá darse cuenta de tal “vicio”. Pues resulta algo imposible para cualquier persona razonable. Mientras que, en cuanto al documento falso, si el registrador que es un especialista profesionalmente calificado para verificar la autenticidad del documento¹³ – aunque en realidad muchas veces haga un trabajo bastante artesanal¹⁴– no ha podido darse cuenta de la falsedad del instrumento, como así a una persona que no tiene ni los medios técnicos ni la experiencia en la calificación de documentos se le va a exigir que reconozca la falsedad de un instrumento que ha pasado el filtro de un profesional en la materia. Entonces extender los efectos de la publicidad registral al título archivado resulta, en el mejor de los casos, el reconocimiento de un

13 En ese sentido, el Tribunal Registral a través de la relativamente reciente Resolución N° 420-2015-SUNARP-TR-L del 27 de febrero de 2015, ha sostenido – como en otras tantas oportunidades – que: **“Dentro de los alcances de la calificación del Registrador se encuentra la verificación de la autenticidad del documento debiendo entenderse por ésta la verificación de las firmas y sellos de notarios, jueces y funcionarios administrativos, así como la competencia del funcionario a la fecha en que se expidió el traslado o certificó la firma o el documento y que el documento auténtico no haya sido adulterado con posterioridad a la expedición del traslado”** (el resaltado es nuestro); esto último, aun cuando la propia segunda instancia registral, ya hace buen tiempo (nos referimos a la Resolución N° 124-A-2006-SUNARP-TR-L del 01 de marzo de 2006), había precisado razonablemente que: **“Al Registrador no le es posible ni le compete verificar el parecido entre una y otra firma, no requiriéndose de un examen detenido de ello; esta afirmación se sustenta en que el Registrador no es perito grafotécnico, por lo tanto el examinar el parecido entre una y otra firma no se encuentra dentro de su competencia”** (el resaltado es nuestro).

14 En cuanto a los instrumentos “tecnológicos” e “informáticos” de los que se ha dotado a los registradores públicos para la identificación de documentos falsificados, da cuenta la Directiva N° 005-2015-SUNARP/SN, que regula los alcances del módulo denominando “Sistema Notario”, publicado el 21 de abril de 2015 en el diario oficial El Peruano. Este denominado “Sistema Notario” no es otra cosa que una aplicación informática que incorpora información relativa a los dependientes, sellos y firmas de los notarios, que se pone a disposición de los registradores con la finalidad de “contrarrestar el riesgo de la presentación de documentos notariales falsificados”. En los hechos, esta herramienta le permitirá visualizar al registrador en la pantalla de su ordenador las “firmas” y “sellos” que el mismo notario ha ingresado al sistema como suyos y compararlos visualmente (es decir, “a ojo de buen cubero”) con los “sellos” y “firmas” que constan en el parte notarial que ha sido presentado y si ambos se parecen lo suficiente se considerará auténtico el documento, además, quedará eximido de responsabilidad aunque haya inscrito un documento falso, tal como expresamente el numeral 5.8. de la Directiva en cuestión, según la cual los servidores y funcionarios de la Sunarp quedarán eximidos de responsabilidad: “b) Por extender el asiento de inscripción o cancelación basado en documento falsificado o adulterado, siempre que la falsedad o la adulteración no se desprenda de manera evidente de la comparación del documento con la información contenida en el módulo “Sistema Notario”.” Lo que esta directiva parece olvidar es que en la falsificación documental, el documento falso resulta ser lo más exactamente parecido al original e imperceptible a una mera comparación “visual” (siendo este precisamente el objetivo del falsificador). Razón por la cual, la ayuda que puede prestar este “Sistema Notario” a efectos de la identificación de un documento falso resulta muy limitada y, solamente nos sirve para confirmar que la labor del registrador en la verificación de la autenticidad del documento sigue siendo artesanal.

desarrollo jurisprudencial consolidado, pero que en el contexto de impedir los perjuicios causados por la inscripción de documentos fraudulentos resulta evidentemente inútil.

IV. La Incomprensión Radical del “Fenómeno Social” de los actos fraudulentos y su vinculación con la Publicidad Registral.

Nada se va solucionar imponiendo un procedimiento de oposición al trámite de solicitudes de inscripción basadas en documentos fraudulentos, procedimiento para cuya existencia bastaba un poco de sentido común y no una disposición normativa expresa, o la cancelación administrativa para los casos cuando ya se haya realizado la inscripción registral, por cuanto -como se ha explicado-, las mafias de delincuentes especializados en estas operaciones, siempre efectúan las transferencias necesarias para llegar hasta un tercero registral de buena fe a título oneroso (o por lo menos uno que aparente serlo y sea sumamente difícil demostrar su complicidad o conocimiento del origen ilícito del primer acto de transferencia).

Cabe interrogarse, sin embargo: ¿Por qué se ha dado una norma que en el fondo resulta muchas veces inútil para el propósito que pretendía? La respuesta salta a la vista: por la incomprensión del fenómeno social de esta clase de despojos jurídicamente amparados en las propias normas de nuestro sistema registral, esto es, del campo socio-jurídico donde se desenvuelven los agentes¹⁵ que intervienen en él (propietarios, notarios, registradores, abogados, terceros adquirentes, propietarios y mafias) y los hábitos de conducta que

15 Al respecto vale la pena mencionar que, como sostiene García Inda: “El derecho, desde esa perspectiva, no constituye sino el resultado de las luchas que desarrollan entre agentes especializados, en competencia por el monopolio del capital jurídico, esto es en concurrencia por el derecho a decir qué es lo que dice el derecho. En realidad no se trata sino de más de las fantasías sociales que, rodeadas de prestigio y misterio, esconden, bajo estertérgias de universalización, als relaciones de dominación que traducen el formas jurídicas.” GARCÍA INDA, A., “La Razón del derecho entre habitus y campo”, en: BOURDIEU, Pier, Poder, derecho y clases sociales, Editorial Descleé de Bruwer S.A., Bilbao, 2000, p.39

las reglas del campo crean y las estrategias que se plantean para apropiarse del capital que buscan, esto es definir quién se mantiene en la posición dominante para aprovecharse económicamente del bien esgrimiendo la titularidad definitiva del derecho de propiedad sobre el mismo. Entonces, hasta que no se realice un estudio que abarque todas las aristas e implicaciones jurídicas y sociales del problema, estudiando una gama suficientemente amplia de casos que se hayan configurado en la vida real, seguiremos hundidos en un fango de disposiciones normativas y reglamentarias (reglas de oposiciones, alertas registrales¹⁶, inmovilizaciones de partidas de predios inscritos¹⁷, bloqueos por presunta falsificación de documentos¹⁸, etc.) que – quiérase o no – seguirán permitiendo y alentando hábitos y estrategias aberrantes, pero lamentablemente exitosas e impunes.

De otro lado, la excesiva creatividad del legislador para crear controles con el fin de evitar la inscripción de actos fraudulentos, está llevando en muchos casos a imponer restricciones excesivamente onerosas que están encareciendo injustificadamente el acceso al sistema registral a toda clase de actos, aún cuando el riesgo de una inscripción fraudulenta sea mínimo o inexistente. Así por ejemplo, tenemos que se ha extendido la denominada presentación cautiva de instrumentos notariales a toda clase de actos –sin importar su naturaleza- exigiéndose que sean presentados al diario del registro solamente por el mismo notario o sus dependientes y, excepcionalmente, por un tercero expresamente autorizado en el mismo traslado notarial, además de haber sido ingresado su nombre en el denominado “Sistema Notario” que administra la SUNARP¹⁹,

16 Directiva N° 006-2013-SUNARP/SN, aprobada por Resolución N° 170-2013-SUNARP/SN, publicada en el diario oficial el Peruano con fecha 18 de julio de 2013.

17 Directiva N° 008-2013-SUNARP/SN, aprobada por Resolución N° 314-2013-SUNARP/SN, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 26 de noviembre de 2013.

18 Directiva N° 001-2012-SUNARP/SN, aprobada por Resolución N° 019-2012-SUNARP/SN, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 29 de febrero de 2012.

19 Véase la Séptima disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo N° 1049 del Notariado, modificada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1232, publicado el 26 septiembre 2015.”

lo que evidentemente agrava y generaliza un control adicional que únicamente debería hacerse en supuestos excepcionales, configurándose toda clase de absurdas situaciones²⁰.

Asimismo, la creación de monopolios u oligopolios de hecho para la formalización notarial de actos de disposición sobre predios de propiedad de personas naturales, quienes únicamente pueden otorgarlos ante los notarios de la provincia donde se encuentre ubicado su predio, perjudica gravemente los derechos de todo consumidor de servicios notariales y los somete al peligro de ser víctimas de prácticas monopólicas²¹.

V. Conclusión: Una propuesta heterodoxa y socialmente contextualizada.

Probablemente la solución al problema social que nos hemos planteado en el presente ensayo no esté tan alejada, ni sea de difícil elucubración, ya que algún autor correctamente la ha sostenido en términos claros. En ese sentido, ya es hora de establecer que los asientos de inscripción realizados en base a documentos fraudulentos (esto es en base a un documento falso u obtenido

20 Así nos toparemos con observaciones que objetan la constitución de una EIRL o una asociación civil, solo por que el presentante –aun cuando es el titular de la empresa o el presidente del Consejo Directivo de la asociación– no están autorizados en el Sistema Notario que administra la SUNARP. Lógicamente el costo por este servicio adicional de presentación o “autorización a tercero”, está siendo cargado al público usuario, como no podía ser de otra manera.

21 Esto se desprende de la denominada nulidad formal de las escrituras y certificaciones de actos de disposición (entiéndase de enajenación y gravamen) otorgadas ante un notario cuya competencia territorial esté fuera de la provincia donde se encuentra ubicado el predio objeto del acto en cuestión, que está prevista en los artículos 123-A y 123-B del Decreto legislativo del Notariado, los mismo que fueron incorporados por por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1232, publicado el 26 septiembre 2015. Lo que no encuentra una justificación clara es por qué la limitación solamente comprende los actos de disposición celebrados por personas naturales sobre sus predios y no por personas jurídicas, máxime si los actos en cuestión serían estructuralmente idénticos. Salvo la excepción de aquellos actos mortis causa, como testamentos, los cuales podrían ser otorgados ante cualquier notario, independientemente de su ámbito de competencia territorial, y de aquellos actos que afecten simultáneamente varios predios ubicados en diferentes provincias, donde la competencia notarial sería alternativa. Finalmente, también queda claro que se ha tratado de beneficiar a las empresas del sistema financiero al excluir de esta limitación territorial, para la formalización del acto de disposición, cuando se trate de operaciones de arrendamiento financiero y fideicomiso que afecten predios de personas naturales, las cuales podrían formalizarse en cualquier provincia. Como puede apreciarse los verdaderamente perjudicados son las personas naturales –nuevamente los consumidores de a pie– quienes para formalizar sus actos de disposición sobre sus predios tienen muy pocas opciones (mejor dicho muy pocos notarios).

mediante la suplantación de identidad del otorgante) no gozan del beneficio que otorga la pública registración. Esto es, que cuando en la cadena de transferencias se advierte que un propietario haya sido despojado a través de la inscripción de un instrumento fraudulento, no se proteja la adquisición de tercero registración de buena fe a título oneroso, esto es que siempre prevalezca el propietario verdadero, asegurándole la protección absoluta de su derecho.

Empero, si el tercero es realmente de buena fe y a título oneroso, resultaría injusto que asuma el perjuicio que implica la pérdida de un activo cuya adquisición el sistema registración le garantizaba, al publicitar de manera indebida una titularidad (la del delincuente) que eventualmente iba a decaer. Entonces, si el sistema registración permitió que ingrese, a sus registros de bienes, la modificación de una titularidad derivada de un acto fraudulento, tendría que asumir la responsabilidad económica por el daño infligido al no haber realizado la labor de depuración de los títulos que justifica su existencia y por la que cobra un impuesto²². Esto último, se lograría creando un sistema de seguro público basado en un sistema de responsabilidad objetivo, que le otorgue al tercer adquirente de buena fe a título oneroso una seguridad económica subsidiaria²³

22 Situación que, precisamente, llama la atención de GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán, “La inmovilización temporal de predios ¿Es solución o degradación?”, en *Actualidad Jurídica*, N° 241, Gaceta Jurídica, diciembre, 2013, pág. 37, quien a propósito de la Directiva N° 008-2013-SUNARP-SN ha sostenido que: “(...) el costo del fracaso registración, lo asume el ciudadano que debe pagar una escritura pública y una inscripción adicional; es decir, la falla del Estado lo asume el privado. En tal contexto, y si hubiese un mínimo de lógica, todas las inscripciones sobre inmuebles tendrían que ser gratuitas, pues nada aseguran, y sólo debería cobrarse por la inmovilización”.

23 Si bien, en nuestra sociedad y especialmente en el campo del sistema registración peruano esta propuesta parezca muy heterodoxa, debemos tener presente que los sistemas de seguros para brindar una protección económica subsidiaria no son ajenos a otros sistemas en el mundo, y no vamos a referirnos a algún país de economía emergente en donde se estén realizando toda clase de experimento y reformas “estructurales”, sino que nos referimos al más grande y poderoso mercado inmobiliario, cuyo descalabro hizo tambalear a la economía del planeta entero. Estamos refiriéndonos al mercado inmobiliario norteamericano el mismo que funciona sustancialmente basado en la protección económica subsidiaria del adquirente de derechos inscritos. Sobre el particular claramente se ha escrito: “Una manifestación de esta necesaria búsqueda de mecanismos de seguridad privada la encontramos en el seguro de títulos norteamericano, que es precisamente la respuesta de los particulares ante el tratamiento jurídico con el que se regula el mecanismo de transmisión de derechos inmobiliarios en EEUU. Se trata al menos de trocar la seguridad jurídica –que deberían aportar las leyes– por una seguridad económica subsidiaria bajo forma de indemnización, es decir sustituir la prevención de un daño por su previsión indemnizatoria (...)”. DE ANGULO Rodríguez, Luis, CAMACHO De Los Ríos, Javier y CASTILLA Cubillas, Manuel, “Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro”, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, p. 19

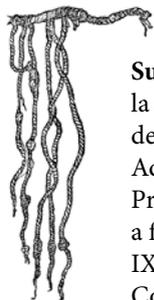
en el caso que su derecho se extinga o modifique, esto es una indemnización que le asegure la recuperación de su inversión.

Sin embargo, lo anteriormente dicho no será más que una mera elucubración teórica o dogmática, si es que para acometer la reforma no se realiza previamente un extenso estudio de la multiplicidad de casos en los cuales las normas registrarles han sido instrumentalizadas para consolidar fraudes inmobiliarios o de similar índole. Además, determinar a través de índices cual ha sido repercusión, utilidad y eficacia de los diversos controles registrales y notariales creados para evitar la configuración de esta clase prácticas que lesionan las finalidad primera y última del sistema registral, a saber, la seguridad jurídica del trafico de bienes, titularidades y derechos que se basan el la publicidad registral²⁴.

24 Respecto a los fines últimos de la publicidad registral como correctamente sostiene Valpuesta: "(...) no cabe duda de la importancia de la publicidad registral, ni se discute su trascendencia en la conformación de un mercado inmobiliario que transmita confianza a los inversores y a los adquirentes de derechos reales. Lo que se cuestiona es la absolutividad del discurso que impide tener en cuenta otros tipos de intereses que los representados por la seguridad del mercado: un discurso, así mismo, que se aleja de la lógica del sistema, entendida esta como la expresión de la idea de justicia que se quiere realizar, y que ha de responder al cambio constitucional." VALPUESTA Fernández, Rosario, "Publicidad Registral, seguridad del mercado y Estado Social", En: Anuario de Derecho Civil, España, 2005, p. 1552

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO Y EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA DEL TITULAR REGISTRAL.

Carmen Giuliana Vilchez Paredes



Sumario: I. Consideraciones Generales. II. La prescripción adquisitiva en la antigüedad. III. Teorías sobre la Prescripción Adquisitiva. IV. Concepto de la Prescripción Adquisitiva. V. La Desjudicialización de la Prescripción Adquisitiva de Dominio: Prescripción Judicial, Prescripción Notarial, Prescripción Administrativa. VI. Prescripción Notarial. VII. Prescripción a favor de quien tiene Título de Dominio. VIII. El debido procedimiento. IX. Inscripción de la Prescripción Adquisitiva de Dominio. Aportes y Conclusiones. Bibliografía.

I. Consideraciones Generales

La Ley N° 27157 establece varios procedimientos para el saneamiento de la propiedad inmobiliaria, dentro de ella se encuentra regulado el procedimiento de Prescripción Adquisitiva de Propiedad Inmueble a cargo de los notarios públicos, toda vez que esta ley considera que dicho proceso es no

contencioso. Sin embargo, revisando el Código Procesal Civil, el procedimiento de prescripción adquisitiva está considerado como un procedimiento contencioso. En este contexto, es de capital importancia establecer ¿Cuál es la naturaleza jurídica del proceso de prescripción adquisitiva de la propiedad inmueble?

Con la vigencia de la Ley 27157, quien adquiere la propiedad por prescripción adquisitiva puede solicitar o demandar que se le declare propietario en la vía notarial o judicial según le convenga, de existir oposición en el trámite notarial, el propietario que desea ser declarado propietario por prescripción sólo le queda acudir al proceso judicial.

En el ámbito notarial, el notario no tiene las mismas facultades que un juez, por ejemplo no puede declarar la prescripción corta, toda vez que el notario no tiene función jurisdiccional de decidir si el prescribiente actuó de buena fe, tampoco puede analizar la característica de justo título.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que tanto la Ley 27157 y la Ley 27333 han establecido que el procedimiento notarial de Prescripción Adquisitiva concluye a favor del solicitante, siempre que no exista oposición durante su proceso, ya que de existir, se habría convertido en contencioso siendo el único competente el Juez.

Para garantizar el debido proceso durante el proceso de prescripción adquisitiva en sede Judicial, el Código Procesal Civil ha regulado la intervención obligatoria del Ministerio Público y ha establecido la consulta al superior jerárquico, situación que no se estaría garantizando en el procedimiento notarial, de igual forma ha establecido en el artículo 123 del Código mencionado, que los efectos de la cosa juzgada no alcanzan a quienes no han intervenido en el proceso, por tal razón en la medida que no fue notificado el titular registral la sentencia de prescripción adquisitiva no será inscrita, igual trato debe recibir la declaración de prescripción notarial.

En muchos procesos de prescripción adquisitiva notarial no se ha notificado al titular registral, por diversas causas entre ellas porque el solicitante realmente no conoce el domicilio o conociendo, señala desconocerlo por temor a que el propietario formule oposición o porque éste se encuentra en el extranjero. En el trámite judicial, ante esta situación la notificación se realiza por edictos o se diligencia la notificación al extranjero respectivamente; sin embargo, en sede notarial se considera que las publicaciones del procedimiento en los diarios suple la notificación por edicto o la notificación en el extranjero, situación que atenta contra el debido proceso.

El hecho que no se le notifique al propietario contra quien se va a prescribir, le da a éste la opción de cuestionar judicialmente el proceso de prescripción con muchas posibilidades de anularlo, con lo cual se pone en riesgo la estabilidad y seguridad jurídica.

Si bien existe un grupo de notarios que notifican al propietario contra quien se va a prescribir en el inmueble a prescribir, en el domicilio que señala el solicitante, en el domicilio que figura en el Reniec y en el domicilio fijado en el título de propiedad, esta práctica no está siendo observada por la mayoría de ellos, situación que debe analizarse para ver si a nivel normativo esta práctica sea obligatoria para todos los notarios. Asimismo, existen países donde el plazo de prescripción es mayor cuando el demandado es ausente, situación que debe también garantizarse cuando se trata de un domiciliado en el extranjero.

Otro tema, que es de capital importancia es el de la anotación de la solicitud de prescripción. Algunos notarios y el Tribunal Registral, consideran que la anotación de la mencionada solicitud solo tiene por finalidad reservar la prioridad, por lo que no es requisito previo para la inscripción de la declaración de prescripción adquisitiva notarial. Un análisis preliminar de esta institución nos hace pensar que la naturaleza de la anotación de dicha solicitud no es sólo de reservar la prioridad, sino un mecanismo de publicidad y por tanto

parte del debido proceso de prescripción en sede notarial, tanto es así que el literal c) del artículo 5 de la Ley 27333 lo regula como parte de la publicidad.

En el proceso de prescripción adquisitiva notarial se debe tener varios mecanismos de publicidad con la finalidad de que las personas perjudicadas con dicho procedimiento se enteren de su trámite y de ser el caso formulen oposición, por ello la anotación de la solicitud en el Registro no sólo tiene por finalidad reservar la prioridad, sino que es parte de la publicidad que garantiza el debido proceso.

Con todo lo señalado, podemos señalar que en el procedimiento de prescripción adquisitiva notarial no se estaría respetando el debido proceso, lo que da la posibilidad que el afectado puede pedir la nulidad de dicho procedimiento con grandes posibilidades de que se declare fundada la demanda, esto pone en riesgo la estabilidad y seguridad jurídica.

II. La prescripción adquisitiva en la antigüedad:

A modo de conceptualizar la prescripción adquisitiva de dominio, veamos algunos alcances como fue concebida anteriormente:

En el Derecho Romano la propiedad y la posesión eran vistas como las dos caras de una misma moneda; la primera era el poder jurídico y la segunda, el poder fáctico, de hecho. La posesión era protegida porque conducía a la usucapión, vale decir, a la propiedad¹.

La institución de la prescripción adquisitiva tenía por finalidad otorgar la propiedad a aquel que no detentaba tal situación jurídica o que haya recibido el bien de alguien que no era el legítimo propietario. El elemento esencial, además del transcurso del tiempo era la buena fe.

¹ Ramírez Cruz, E. M. (s.f.). "Ese dolor de cabeza llamado 'Usucapión' a propósito del pleno casatorio". *Diálogo con la Jurisprudencia*, 55-59.

Podemos entender entonces que desde la época romana ya se entendía por prescripción adquisitiva como la vía idónea para adquirir la propiedad después de ejercer la posesión por un periodo de tiempo. Como se aprecia desde la antigüedad, la institución de la prescripción existió a fin de otorgar la calidad de propietario sobre alguna cosa (que principalmente estaba delimitada para los inmuebles) a quien no era considerado como tal, es decir, darle seguridad jurídica a esa situación de ficción.

III. Teorías sobre la Prescripción Adquisitiva

Las teorías que se presenta en materia de prescripción están referidas a la posesión misma y a la protección de la posesión las que vamos a describir a continuación:

3.1. TEORIAS SOBRE LA POSESIÓN:

Estas teorías tratan de explicar cuando una detentación se convierte en posesión, lo que es lo mismo decir, cuando estamos ante una posesión. Las posturas que se presentan son la de Savigny y de Ihering:

a) TEORÍA DE SAVIGNY.

A esta teoría también se le denominó subjetiva por considerar al *ánimus domini* un elemento esencial. Está representado por Savigny quien construye su teoría a partir de sus estudios del Derecho Romano.

Savigny, sostiene que la posesión requiere de dos elementos: el *corpus* y el *ánimus domini*. Si no hay *corpus* o *ánimus domini* no hay posesión, de tal manera que deben concurrir ambos elementos para configurar posesión.

El *corpus*, es el elemento material, la sujeción efectiva. Se reconoce cuando la persona se encuentra en contacto directo de la cosa. Poco a poco se va espiritualizando la posesión. El otro elemento es *el ánimus domini* que consiste en la intensión de conducirse respecto al bien como si fuera su propietario, ejerciendo todas las facultades que le corresponde al propietario y no reconociendo a alguien como éste².

Si la persona tiene el *corpus* pero no tiene el *ánimus*, entonces no existe posesión, sino tenencia sin *ánimus domini*.

b) TEORÍA DE IHERING

Ihering construye su teoría en la crítica que formula a la de Savigny.

Para esta teoría, no es elemento esencial la posibilidad física que tiene el sujeto sobre la cosa, sino un elemento externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres.

Dice que la posibilidad física no existía como elemento en roma, toda vez que una persona podría adquirir cosas lejanas. Lo importante aquí estriba en que la persona realice un aprovechamiento económico y se conduzca respecto del bien como si fuera un diligente propietario.³

IV. Concepto de la Prescripción Adquisitiva:

Según el autor Eloy Zea Rocha “La prescripción conforme a los principios de la legislación universal, es un modo de adquirir el

2 DERECHOS REALES: SAVIGNY VS IHERING, disponible <http://derechosrealesdued.blogspot.pe>

3 EL “CORPUS” Y EL “ANIMUS”: La polémica Savigny-Ihering. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar>

dominio por hechos y voluntad propia, independientemente de la cooperación ajena. A primera vista, la prescripción parece enemiga de la propiedad y autorizada sólo para amparar el despojo; pero cuando se la examina con algún detenimiento, se halla en ella el apoyo más firme del dominio y la garantía más segura de la propiedad.”⁴

Por medio de la prescripción adquisitiva se consolida la situación jurídica del poseyente que pasa a ser propietario de algún bien mueble o inmueble, ya sea porque el anterior propietario renunció o abandonó su propiedad o simplemente nunca existió.

Una de las finalidades de la prescripción adquisitiva es propiciar la paz social y otorgar estabilidad a las relaciones jurídicas que de otro modo serían inciertas en el tiempo, o que constituye una presunción de pago o una presunción de abandono del derecho, o una sanción por la negligencia del titular⁵.

Asimismo, podemos mencionar que la prescripción, lejos de presentarse como una enemiga de la propiedad, es su salvaguardia más necesaria y la garantía más preciosa para la conservación de los derechos. Sin esta salvaguardia, sin esta seguridad, ni la propiedad podría subsistir, ni los derechos tendrían certidumbre⁶.

Por otro lado, el interés de la sociedad de consolidar o perfeccionar el derecho de la propiedad hace necesaria la regulación de esta institución jurídica que tiene su base en el transcurso del tiempo que transforma una situación de hecho en derecho, la posesión en derecho de propiedad.

Entonces, la prescripción, de manera general, contribuye a la paz social en justicia y a la adecuada funcionalidad del Derecho Civil. Además, con la prescripción adquisitiva de dominio se logra

4 Zea Rocha, Eloy “Necesidad de la posesión para prescribir” Imprenta de “La Luz”, Bogotá. 1922. P.7.

5 Thomas Arias, A. E. (2003). “Nuevo Régimen de Prescripción Civil”. *Vniversitas*, 211-230

6 Zea Rocha, Eloy “Necesidad de la posesión para prescribir” Imprenta de “La Luz”, Bogotá. 1922. P.8.

incorporar los bienes al mercado para su circulación y generación de riqueza, y precisamente la justificación radica en que un bien no puede ser un elemento inerte e inútil, sino que tiene que estar al servicio de quien lo explota y conduce, convirtiéndolo en un objeto dinámico en el mercado.⁷

V. La Desjudicialización de la Prescripción Adquisitiva de Dominio: Prescripción Judicial, Prescripción Notarial, Prescripción Administrativa.

La prescripción adquisitiva de dominio, años atrás, solo podía ser solicitada ante los órganos jurisdiccionales, lo que conllevaba a un incremento de la carga procesal, de la mano con una innecesaria dilatación de los procesos, por lo que, el legislador se vio en la necesidad de establecer otras vías igualmente idóneas en las cuales también se pueda dilucidar asuntos de prescripción adquisitiva. Es así como surge la prescripción adquisitiva vía notarial y la prescripción adquisitiva vía administrativa.

A este proceso de creación de nuevas vías procedimentales en las cuales se ventilen temas de prescripción adquisitiva se le conoce como el fenómeno de la desjudicialización de la prescripción adquisitiva de dominio, el cual ha sido explicado por diferentes autores, entre los cuales está por ejemplo Doris Palmadera quien afirma que “En la actualidad, quien acredite una posesión continua, pacífica y pública como propietario por diez o más años puede solicitar al juez, notario o a la Cofopri que lo declare propietario del predio que ocupa e inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad Inmueble o en el Registro Predial, según el caso. Y si de predios rurales se trata, podrá acudir al Registro de la Propiedad Rural y gestionar su reconocimiento como propietario del terreno

⁷ Trebejo Peña, F. (2005). “Prescripción adquisitiva y formación de título supletorio notarial: respuesta a la ¿sobrecarga? procesal del Poder Judicial”. Ica.

que explota, con el beneficio de que el plazo de posesión requerido para esta clase de predios se reduce a tan solo cinco años.”⁸

Es así que se crea la Ley N° 27157 “Ley de Regularización de Edificaciones y del Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, a través de la cual se le otorga facultades a los notarios para que conozcan los procedimientos de prescripción adquisitiva siempre que se cumplan con tres requisitos imprescindibles: que el inmueble sea urbano; que dicho inmueble esté inscrito en Registros Públicos y; que sobre él exista o no edificación.

Al respecto, con la dación de la Ley No. 27157 se terminó con el monopolio judicial de este procedimiento otorgándosele a los notarios esta posibilidad si se cumplen los siguientes requisitos: a) el inmueble es urbano; b) debe estar inscrito en los Registros Públicos; c) sobre el inmueble puede o no existir construcción. De configurarse dichos supuestos la solicitud podrá ser presentada ante cualquier notario de la provincia en que este situado el inmueble. Otorgándole competencia a los notarios públicos de la provincia en que está ubicado el inmueble materia de prescripción adquisitiva para que conozca del procedimiento.

Tal es así que, la facultad que dota la Ley N° 27157 a los notarios, se ve reflejada en la posibilidad de que quien invoque su derecho de propiedad adquirido por prescripción, podrá alegar dicho derecho mediante una declaración notarial unilateral; y no solo ante un órgano jurisdiccional. La persona que busca beneficiarse de la prescripción debe alegarla, o sea debe citar, manifestar, mediante un acto o declaración de voluntad, el hecho de su posesión sobre un bien y el tiempo transcurrido, como prueba evidente de su propósito o deseo de hacer uso del derecho de dominio, adquirido con la prescripción cumplida. La doctrina señala que la prescripción adquisitiva siempre se ejerce a través de una demanda.

8 Palmadera Romero, Doris. “La Regresiva desjudicialización de la Prescripción Adquisitiva de dominio como mecanismo para formalizar la propiedad informal” Gaceta Jurídica.

No obstante, este proceso de desjudicialización, explica la doctrina, no ha sido aceptado de la mejor manera por los órganos jurisdiccionales, quienes en su mayoría, son del criterio de que la prescripción adquisitiva requiere, imprescindiblemente de una resolución judicial consentida que declare la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, lo que no conlleva a otra cosa que al desaliento de la explotación de los inmuebles por parte de los poseedores.

Esta realidad ha sido explicada por diversos doctrinarios, así por ejemplo Ana Escalante, describe dicho contexto de la siguiente manera: “(...) podemos decir que lamentablemente con contadas excepciones, los jueces son del criterio que la prescripción adquisitiva necesita de declaración judicial; el argumento de los Órganos Jurisdiccionales para desestimar la prescripción adquisitiva es que el poseedor no tiene sentencia judicial consentida que demuestre que adquirió el inmueble por usucapio, sin darse cuenta que es así como desalientan la explotación de los inmuebles por parte de los poseedores, pues que incentivo tendrían para cuidar e introducir mejoras en una inmueble si después de un tiempo el propietario negligente logrará la restitución del inmueble mediante la acción del desalojo o la reivindicación.”⁹

De lo señalado por la citada autora se colige pues, que lo único a lo que conlleva la negativa de aceptar la desjudicialización de la prescripción adquisitiva es al desincentivo de la formalización de la propiedad y al desaliento de la explotación de los predios por parte de quienes vienen poseyendo estos por una largo tiempo sin que los propietarios hayan interrumpido nunca su posesión para reclamar el bien de su propiedad.

Ahora bien, pese a la negativa de los órganos jurisdiccionales de aceptar este proceso de desjudicialización de la prescripción adquisitiva de dominio, el mismo se ha venido llevando a cabo y

⁹ Guevara & Asociados. (2016). *Prescripción Adquisitiva*. Disponible en: <http://guevaraestudio.com/index.php?vJubila=PrescripcionAdq>

esto se ve reflejado en el otorgamiento de facultades a los notarios y a Cofopri, según sea el caso.

VI. Prescripción Notarial

Como se ha venido explicando en el acápite anterior, la prescripción notarial surge como consecuencia de un proceso de desjudicialización de la prescripción adquisitiva de dominio, a través del cual se le otorga competencia a los notarios, con la creación de la Ley N^a 27157 “Ley de Regularización de Edificaciones y del Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común”, para que ellos también conozcan los procedimientos de prescripción adquisitiva, cuando se trata de su modalidad larga y; siempre que cumplan con tres presupuestos: que el predio sea urbano; que esté inscrito en Registros Públicos y; que cuenten o no con edificación. Sin embargo, hay quienes critican la labor de los legisladores, por haberle otorgado más funciones a los notarios públicos, no obstante, es necesario resaltar que las nuevas funciones que les han sido asignadas a los notarios no son de carácter ilimitado.

VII. Prescripción a favor de quien tiene Título de Dominio:

En la resolución N^o 3 de fecha 23/04/1998, dictada en el Expediente 3992-97 la Tercera Sala de la Corte Superior de Lima conformada por los vocales CARRION LUGO, CARBAJAL PORTOCARRERO y PALACIOS TEJADA declara que: “Que, resulta jurídicamente imposible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva si se afirma haber adquirido ésta por contrato de compraventa”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima que expidió la resolución de fecha 16/05/1995 en el EXPEDIENTE 4301-94 donde sostiene que: “...teniendo la calidad de propietario por instrumento privado, no funciona la

pretensión por acción prescriptiva de dominio a tenor del artículo novecientos cincuenta del Código Civil vigente..”

Como vemos, a nivel judicial se desestiman las prescripciones adquisitivas de dominio solicitadas por quienes han adquirido la propiedad mediante contrato privado, esta situación, también puede considerarse para el proceso notarial, a partir del artículo 7 de la Ley 27157.¹⁰

VIII. El debido procedimiento

8.1 NOTIFICACIONES EN EL PROCESO DE PRESCRIPCIÓN

En principio debe tenerse en claro que la notificación es “un acto de comunicación procesal, por el cual se pone en conocimiento de las partes y demás interesados las providencias judiciales para materializar el derecho de defensa, es por ello que se afirma que la notificación constituye una exigencia del contradictorio, sin el cual se afectaría el debido proceso y la igualdad de las partes (...)”¹¹ Como sabemos la notificación, debe cumplir con ciertas formalidades, pues las actuaciones públicas deben probar su legalidad por sí mismas, lo que obliga a que dicha diligencia se ajuste a los lineamientos legales, como el único medio de que su eficacia se encuentre asegurada y surta todos sus efectos, además de que salvaguarda la garantía de seguridad jurídica del particular, al asegurar que se entere de un proceso en su contra.

10 Artículo 7.- De la inscripción cuando el terreno está registrado Para la inscripción del derecho de propiedad de los departamentos se debe presentar el Formulario Registral, acompañado del título de propiedad que puede ser escritura pública, minuta, adjudicación o cualquier otro documento público o privado de fecha cierta que lo pruebe. A falta de título de propiedad, o cuando el terreno está inscrito a nombre de persona diferente al vendedor, el poseedor debe demostrar posesión continua, pacífica y pública como propietario durante 10 (diez) años.

11 Ledesma Narváez, Marianela. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Respecto a las notificaciones en el proceso de prescripción, se indica lo siguiente:

Se notifica al titular registral, a los testigos y a los colindantes sobre la admisión de la solicitud.

Así, debe tenerse en cuenta que en la prescripción adquisitiva notarial, “la notificación personal se realiza mediante oficio del notario dirigido al emplazado, y se acompaña copia de la solicitud y anexos”. (Decreto Supremo N° 001-2009-VIVIENDA, 2009)

Un punto de suma importancia es que las notificaciones personales se efectúan únicamente cuando se conoce las direcciones de los destinatarios y de los colindantes, caso contrario se deberá efectuar la notificación mediante edictos. Sin embargo esta modalidad se refuta excepcional y solo debe aplicarse cuando no haya posibilidad alguna de ubicar al sujeto, lo que en la actualidad es poco usual en atención a la consultas de Reniec, RUC, teléfonos, entre otros¹²

Asimismo, se establece que los notarios deben efectuar las publicaciones en el diario oficial y en otro de circulación nacional, por un intervalo de tres días entre cada una de ellas; pues el notario se encuentra en la obligación de fijar carteles en los lugares más visibles de la edificación cuyo saneamiento se solicita.

No es necesario que se acredite documentalmente la dirección domiciliaria del demandado, porque debe tenerse presente que la legislación no prevé tal exigencia, ya que ello implicaría una limitación a la tutela judicial efectiva; no obstante, el Juez durante la tramitación del proceso

12 (Gonzales Barrón G. H., La Usucapión- Fundamento de la prescripción adquisitiva de dominio, 2011, págs. 238-239)

puede disponer las medidas conducentes a garantizar el emplazamiento, tales como: solicitar informe al Reniec, Migraciones e INPE y realizar habilitaciones de día y hora para la notificación personal.

Es preciso recordar que el acto de notificación se encuentra regulado por nuestro Código Procesal Civil, y puede efectuarse tanto respecto de persona con domicilio conocido (artículo 155 al 164 del CPC) y de aquellas personas que tienen domicilios desconocidos o de cuya existencia no se tiene certeza (artículo 165 CPC). En el primer caso, debe realizarse de manera personal y directa, mientras que en el segundo caso, se efectúa a través de la denominada “notificación por edictos”, es decir, la publicación de avisos en el diario oficial *El Peruano* y en otro diario de mayor circulación.

8.2. DERECHO DE DEFENSA

La defensa en un sentido lato, se entiende como aquel derecho, reconocido constitucionalmente, que tiene toda persona, de solicitar ante un órgano de justicia, una solución justa ante un determinado litigio. Aquí se presenta el problema del individuo a quien supuestamente se le ha lesionado un derecho, por lo que deberá recurrir a la justicia para efectuar su reclamo, conforme a una garantía constitucional que va avalar dicha reclamación¹³.

Asimismo, según lo señalado por el Tribunal Constitucional¹⁴, El derecho de defensa se proyecta como

13 (Cuba Pachas, Esteban Aguirre, Faloni Loayza, Rodriguez Ramirez, & Melgarejo Lopez, 2001, pág. 63)

14 Al respecto, este Colegiado Constitucional ha sostenido que “(...) el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra” (TC 0649-2002-PA/TC, 2002).

un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

El constitucionalista Enrique Bernales Ballesteros¹⁵, señala que el derecho de defensa cuenta con tres características: Es un derecho constitucionalmente reconocido, cuyo desconocimiento invalida el proceso;

Convergen en él una serie de principios procesales básicos: la inmediatez, el derecho a un proceso justo y equilibrado, el derecho de asistencia profesionalizada y el derecho de no ser condenado en ausencia y ;

El beneficio de la gratuidad.

Sobre el particular, es necesario recalcar que la CAS. N° 0772-99-Ica, indico:

Además de los requisitos generales que contempla nuestro ordenamiento procesal, la demanda de prescripción adquisitiva de dominio debe cumplir con otros requisitos especiales como son: indicar la fecha y forma de adquisición de los bienes y la persona que tenga inscritos derechos sobre el bien. Todo ello en razón a que dirigiendo la demanda de prescripción adquisitiva de dominio al demandado, propietario del predio materia de litis, se le asegura el ejercicio de su derecho de defensa (CAS. N° 0772-99-Ica, 2002)

En este sentido, debe entenderse que el procedimiento de prescripción adquisitiva es considerado como un medio de defensa que puede hacerse valer como un medio de excepción.

15 Bernales Ballesteros, E. (1996). *La Constitución de 1993*. Lima: CIEDLA.

IX. Inscripción de la Prescripción Adquisitiva de Dominio:

Cuando el inmueble se encuentra inscrito, el título que contiene la declaración de propietario por prescripción adquisitiva se inscribe con el consentimiento del titular registral o al acreditar que el titular ha sido vencido en proceso judicial, esto de conformidad con la garantía establecida en el inciso c) del artículo 3 de la Ley 26366.

Cuando el predio no se encuentra inscrito o es necesario su independización, el reglamento de Inscripciones, exige adicional al título de dominio la presentación de plano catastral a la que alude el D.S. 002-89-JUS, plano que además, debe estar georeferenciado a la Red Geodésica Nacional de conformidad con el artículo 18 del mencionado Reglamento.

De conformidad con el artículo 2018 del Código Civil, “Para la primera inscripción de dominio, se debe exhibir títulos por un período ininterrumpido de cinco años o, en su defecto, títulos supletorios”. Como señala este artículo, salvo los títulos supletorios, los títulos que van dar mérito a la primera inscripción de dominio son aquellos que al menos cuentan con cinco años, por tanto debemos preguntarnos si el título de dominio por prescripción adquisitiva ¿también tiene que tener un plazo de cinco años, o es posible inscribir antes que la sentencia tenga cinco años?.

La prescripción adquisitiva de dominio se inscribirá en los Registros Públicos, en el registro de propiedad inmueble, siempre que se cumpla con los requisitos que la normativa legal vigente exige, con la finalidad de salvaguardar la estabilidad jurídica. Así lo han manifestado diversos autores en la doctrina jurídica.

La inscripción de Prescripción Adquisitiva de Dominio, deberá de realizarse cumpliendo con todos los requisitos de acuerdo a la normatividad Legal vigente y contener toda la documentación necesaria, con el fin de garantizar la estabilidad y el disfrute de

los derechos de las personas, desde la adquisición de los mismos, pasando por la transmisión de esos derechos, hasta su extinción.

Ahora bien, conforme al artículo 952 del CC y artículo 5 literal i de la Ley N° 27333, la sentencia constituye título suficiente para la inscripción de propiedad adquirida por prescripción adquisitiva, la sentencia que declara la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio o el instrumento equivalente, constituyen títulos suficientes para la inscripción de propiedad en el registro de propiedad inmueble, a favor de nuevo dueño y, para la cancelación de respectivo asiento en favor del antiguo propietario.

Los aspectos que los registradores deben tener en cuenta para la calificación de los títulos concernientes a prescripción adquisitiva de dominio son, primero el emplazamiento al o a los titulares registrales y, segundo, la adecuación de las características del predio al antecedente registral, pues en la calificación de los títulos que declaren adquirido el derecho de propiedad por prescripción, las instancias registrales deben verificar que el o los titulares registrales hayan sido debidamente emplazados o notificados con el procedimiento seguido, aspecto que resulta exigible igualmente en virtud de lo preceptuado en el literal a) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos, sobre calificación de adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción. De conformidad con esta norma, tratándose de actos inscribibles en el Registro de Predios, se verificará la adecuación en lo que respecta a la coincidencia del compareciente en el título con el titular registral, así como la adecuación en cuanto al predio objeto del acto o derecho a inscribir.

Asimismo tenemos que para la inscripción de la Declaración Notarial, el Artículo 7° de la Ley 27333 señala que las regularizaciones tramitadas al amparo de la Ley N° 27157 y de la primera citada Ley, no

será exigible para su inscripción en el registro la previa autorización administrativa o municipal de subdivisión o independización del terreno. Estableciendo que el Registro, por el solo mérito del acto de regularización, procederá a la desmembración o segregación de las unidades inmobiliarias objeto de la regularización.

Esto significa que se entendió que era importante sanear la titularidad y que la seguridad jurídica no era un elemento que se encontrara en riesgo con la actuación notarial, puesto que se parte del supuesto que éste tiene todas las condiciones y atributos para que cumpla bien su función incluso en esa misma línea se le restringe la determinación de las responsabilidades a nivel de la Ley 27333 ya que el Notario tiene reglas y controles contenidas en el Decreto Legislativo del Notariado y su reglamento.

Aportes y Conclusiones:

- La prescripción adquisitiva es un instrumento que contribuye al saneamiento de la propiedad, que trae como consecuencia la seguridad jurídica para el adquirente por prescripción y la incorporación de dicho derecho como activo circulable en el mercado.
- En la medida que el proceso de declaración de propiedad por prescripción es un proceso no contencioso, pero que puede convertirse en contencioso, ha sido posible que el Estado otorgue esta competencia a los notarios y a funcionarios administrativos, quienes puede declarar la propiedad en tanto no exista oposición.
- Se recomienda fortalecer la legislación de la prescripción, introduciendo modificaciones para superar las deficiencias y vacíos legales que presenta, teniendo en cuenta las opiniones y criterios de los registradores públicos y notarios.

- Al modificar la legislación se debe establecer que las normas y formalidades establecidas para la prescripción adquisitiva son de obligatorio cumplimiento.
- Los notarios deben cumplir escrupulosamente las normas y formalidades establecidas en la legislación con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y el debido procedimiento notarial. Asimismo, el notario debe garantizar una adecuada publicidad del procedimiento con la finalidad de que la persona que se crea afectada injustamente con la prescripción formule su oposición.

Bibliografía

- Casación N° 672-2001-Lima. P 7907.* Diario Oficial El Peruano: 05 de Noviembre de 2001.
- Decreto Legislativo N°. 1049. DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO. Lima: Diario Oficial El Peruano, 26 de Junio de 2008.
- Decreto Legislativo N°. 295. CÓDIGO CIVIL. Lima: Diario Oficial El Peruano, 24 de Julio de 1984.
- Gonzales Barron, Gunther. *Derechos Reales*. Primera edición. Lima: Jurista editores, 2005. pág. 484.
- Guevara & Asociados. (2016). *Prescripción Adquisitiva*. Disponible en: <http://guevaraestudio.com/index.php?vJubila=PrescripcionAdq>
- Ley N°. 27157. Ley de Regularización de Edificaciones, del procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. Lima: Diario Oficial El Peruano, 20 de Julio de 1999.

Precedente aprobado en el XXVII Pleno del Tribunal.
*EMPLAZAMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA
DE DOMINIO*. Diario Oficial El Peruano, Lima: 01 de Marzo
de 2008.

Ramirez Cruz, E. M. (s.f.). “Ese dolor de cabeza llamado ‘Usucapión’
a propósito del pleno casatorio”. *Diálogo con la Jurisprudencia*,
55-59.

Rueda Perez. “*La función notarial en la economía de mercado*”.
Madrid: Revista Jurídica del Notariado. Enero – Marzo, 1998.
Pag. 103

Sagastegui Urteaga, Pedro. *Título Supletorio & Prescripción
Adquisitiva en la Vía Notarial*. Lima: Librería y distribuciones
jurídicas, 2006.

Thomas Arias, A. E. (2003). “Nuevo Régimen de Precipción Civil”.
Vniversitas, 211-230

Trebejo Peña, F. (2005). “*Prescripción adquisitiva y formación de
título supletorio notarial: respuesta a la ¿sobrecarga? procesal
del Poder Judicial*”. Ica.

Zea Rocha, Eloy “Necesidad de la posesión para prescribir” Imprenta
de “La Luz”, Bogotá. 1922. P.7.

NECESIDAD DE UNIFORMIZAR LA REGULACIÓN DE LA ASAMBLEA DE RECONOCIMIENTO PARA VIABILIZAR LA INSCRIPCIÓN DE UNO O MÁS CONSEJOS DIRECTIVOS

Gilmer Marrufo Aguilar



Sumario: Introducción. I. Desarrollo. II. Conclusiones. Bibliografía

Introducción

Las personas jurídicas para realizar los fines que motivaron su origen o constitución requieren contar con órganos¹ que lo representen en la gestión y ejecución de los acuerdos adoptados, así como para su interrelación con los demás sujetos de derecho.

En efecto, los terceros para vincularse con una determinada persona jurídica, necesitan conocer quiénes son sus representantes, para cuyo efecto Sunarp² constituye la institución que brinda seguridad jurídica a través de los servicios de inscripción y publicidad.

1 Rocha Ochoa, Cesáreo. Manual de Introducción al Derecho. Lecciones Editorial Universidad del Rosario, p. 256.

2 Resolución N° 346-2015-SUNARP/SN: Misión de la Sunarp: Inscribir y publicitar actos, contratos, derechos y titularidades de las personas de manera oportuna, inclusiva, transparente, predecible y eficiente.

La inscripción de consejos directivos puede hacerse mediante la acreditación del proceso eleccionario, o a través de una asamblea de reconocimiento; aunque en este último supuesto, la normatividad vigente, artículo 66° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (en adelante RIRPJ) exige que se trate de dos o más periodos vencidos, lo que implica que no es procedente el reconocimiento de un solo consejo directivo.

La Asamblea de Reconocimiento es un mecanismo que permite regularizar los consejos directivos no inscritos y consecuentemente reestablecer la exactitud registral; sin embargo, conforme demostraremos a continuación, su tratamiento jurisprudencial y reglamentario ha sido disímil.

Así, surge la necesidad de uniformizar el tratamiento de la Asamblea de Reconocimiento para la inscripción de uno o más periodos de órganos directivos electos y no inscritos, a partir del análisis del artículo 66° del RIRPJ³, al haberse advertido que el citado precepto reglamentario, excluye el reconocimiento para la inscripción de un solo consejo directivo, pues exige que se trate de dos o más periodos eleccionarios vencidos, lo cual ha conllevado a las instancias registrales a establecer que para la procedencia de la asamblea de reconocimiento es necesario que existan al menos tres consejos directivos, dos con periodo vencido y el tercero vigente a la fecha de la convocatoria.

Es por ello, que propondremos la necesidad de la modificación del artículo 66° de dicho Reglamento, a fin de admitir la inscripción del reconocimiento desde un periodo eleccionario del consejo directivo; máxime si la regulación vigente difiere según el tipo de persona jurídica, como ocurre por ejemplo en el numeral 5.14.1 de la Directiva N° 005-2013-SUNARP/SN aprobada mediante Resolución N° 122-2013-SUNARP/SN, aplicable a las Comunidades Nativas, según la cual es admisible el reconocimiento de uno o más consejos directivos;

3 Aprobado mediante Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN, publicada el 19.02.2013.

sin embargo, no ocurre lo mismo cuando nos encontramos frente a una organización social de base, una comunidad campesina u otra persona jurídica regida por el RIRPJ.

I. Desarrollo

Las personas jurídicas sin fines lucrativos generalmente cuentan en su estructura básica con un órgano deliberante para la adopción de los acuerdos de mayor relevancia (asamblea general); así como con un órgano de administración y representación (consejo directivo u órgano equivalente)⁴ elegido por la asamblea.

La inscripción de los consejos directivos, puede realizarse a través de la acreditación del “acto eleccionario” o a través de una “asamblea de reconocimiento”; sin embargo, en este último supuesto, el RIRPJ⁵, ha previsto:

“Artículo 66.- Convocatoria y requisitos del acta de la asamblea general de reconocimiento de elecciones, reestructuraciones y demás actos.

La inscripción de la asamblea general de reconocimiento a que se refiere este artículo sólo procede para regularizar dos o más periodos eleccionarios vencidos. La convocatoria será efectuada por el último presidente o integrante elegidos no inscritos, dentro de la vigencia de su periodo de funciones. (...)”

Del citado precepto reglamentario, notamos que la asamblea de reconocimiento sólo procede para regularizar dos o más periodos

4 MARRUFO AGUILAR, Gilmer. Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias. Algunas Innovaciones en la calificación registral: En Fuero Registral. Dic. 2009, Año X, Nro. 6, p. 246.

5 El derogado Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias, reguló en los siguientes términos: “Artículo 63.- Convocatoria y requisitos del acta de la asamblea general de reconocimiento de elecciones, reestructuraciones y demás actos vinculados no registrados. La inscripción de la asamblea general de reconocimiento a que se refiere este artículo sólo procede para regularizar dos o más periodos eleccionarios. La convocatoria será efectuada por el último presidente o integrante elegidos no inscritos, aunque hubiere vencido el periodo para el que fueron elegidos”.

eleccionarios vencidos, *ergo*, no es inscribible el reconocimiento de un solo periodo eleccionario del consejo directivo.

Además, se precisa que dicha asamblea será convocada por el último presidente o integrante del consejo directivo facultado⁶ para dicho efecto, dentro de la *vigencia* de su periodo de funciones.

Entonces, la inscripción de la asamblea de reconocimiento, mínimamente requerirá de tres periodos eleccionarios, pues los dos primeros serán periodos vencidos, en tanto, que el tercer periodo corresponderá al presidente convocante *vigente* en sus funciones al momento de la convocatoria.

De otro lado, es de advertir que la asamblea de reconocimiento presenta una regulación diferenciada en la normatividad vigente, como pasamos a detallar:

Resolución N° 122-2013-SUNARP/SN⁷ que aprueba la Directiva N° 05-2013-SUNARP/SN aplicable a las **Comunidades Nativas**, cuyo numeral 5.14 establece:

“5.14 Asamblea General de Reconocimiento: En caso se hayan producido elecciones de juntas directivas que no fueron inscritas oportunamente en los Registros Públicos, se establecerá la exactitud registral mediante una asamblea general de reconocimiento, debiendo tenerse en cuenta en la calificación lo siguiente:

5.14.1 La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos eleccionarios”. (...)

⁶ Por ejemplo, el vicepresidente u otro integrante del consejo directivo debidamente facultado conforme al estatuto o ley aplicable.

⁷ Compendio de Reglamentos y de Directivas de carácter registral 2001-2016. Sunarp, mayo 2016, p. 302.

Resolución N° 343-2013-SUNARP/SN⁸ que aprueba la Directiva N° 010-2013-SUNARP/SN aplicable a las **Comunidades Campesinas**, cuyo numeral 5.15 prevé:

“5.15 Asamblea General de Reconocimiento: Los acuerdos de la Comunidad Campesina no registrados en su oportunidad, podrán acceder al registro a través de su reconocimiento en una asamblea general, debiendo tenerse en cuenta en la calificación lo siguiente:

5.15.1 La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos electorarios vencidos”. (...)

Resolución N° 356-2013-SUNARP/SN⁹ que aprueba la Directiva N° 011-2013-SUNARP/SN aplicable a las **Organizaciones Sociales de Base**, cuyo artículo 5.10 preceptúa:

“5.10 Asamblea General de Reconocimiento: Los acuerdos de las Organizaciones Sociales de Base no registrados en su oportunidad, podrán acceder al registro a través de su reconocimiento en una asamblea general, debiendo tenerse en cuenta en la calificación lo siguiente:

5.10.1 La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos electorarios vencidos”. (...).

De la normativa glosada, advertimos que en el caso de las Comunidades Nativas, procede la inscripción de la asamblea de reconocimiento en la cual conste el acuerdo de reconocer incluso un

8 Compendio de Reglamentos y de Directivas de carácter registral 2001-2016. Sunarp, mayo 2016, p. 354.

9 Compendio de Reglamentos y de Directivas de carácter registral 2001-2016. Sunarp, mayo 2016, p. 375.

solo consejo directivo (Directiva N° 005-2013-SUNARP/SN); sin embargo, tratándose de Organizaciones Sociales de Base (Directiva N° 011-2013-SUNARP/SN)¹⁰ y de Comunidades Campesinas (Directiva N° 010-2013-SUNARP/SN), para la inscripción del reconocimiento de consejos directivos será necesario que existan al menos dos periodos electorarios, uno vencido y el segundo vigente al momento de la convocatoria de la asamblea de reconocimiento, lo cual no se condice con el Principio de Uniformidad previsto en el numeral 1.14 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Procedimiento Administrativo¹¹.

Ante la existencia de una regulación disímil de la asamblea de reconocimiento para las organizaciones sociales de base, las comunidades campesinas y nativas, así como para las demás personas jurídicas que se rigen por el RIRPJ; es necesario sugerir reformas en aras de encontrar una coherencia normativa que facilite el acceso de las inscripciones conforme a la filosofía que inspira el artículo 31¹² del Reglamento General de los Registros Públicos.

La inscripción registral de los consejos directivos de una persona jurídica, tiene efectos declarativos, pues la validez de la elección emana de un proceso electorario realizado con los requisitos legales y estatutarios aplicables a dicho proceso; como tal, resulta factible que existan consejos directivos electos, pero que no hayan sido registrados oportunamente; sin embargo, en tal supuesto los directivos electos no podrán estar comprendidos en los alcances de la oponibilidad que surge de la inscripción registral; y además surgirán dificultades para su vinculación con terceros, en tanto éstos, requieren de la

10 Resolución N°1448-2015-SUNARP-TR-L del 22.07.2015: "ASAMBLEA DE RECONOCIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES DE BASE: De conformidad con la Directiva N° 011-2013-SUNARP/SN la asamblea de reconocimiento de las juntas directivas de las organizaciones sociales de base pueden reconocer uno más periodos vencidos, no siendo de aplicación el artículo 66 del Reglamento de Personas Jurídicas".

11 1.14. Principio de uniformidad.- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

12 Resolución 126-2012-SUNARP/SN: Art. 31.- (...) En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.

información oficial que permita realizar transacciones protegidos de la seguridad que brinda la publicidad del Registro.

La falta de inscripción de los consejos directivos puede obedecer a distintos motivos, entre ellos, por ejemplo no contar con los libros necesarios para asentar sus acuerdos, ya sea porque no disponen de los libros en el momento de llevar a cabo la asamblea o porque éstos han sido extraviados o eventualmente porque los anteriores directivos se niegan a entregarlos. Ante estas situaciones surge la imposibilidad de acreditación del o los procesos electorarios existentes, como tal, se justifica el reconocimiento de la elección de consejos directivos para su inscripción, siendo indiferente el número de procesos electorarios que se reconozcan; pues el reconocimiento esencialmente constituye un medio de prueba para la acreditación de la existencia de un hecho, acto u objeto, en este caso, la existencia de elección de uno o más periodos electorarios de concejos directivos.

Esta problemática inicialmente fue abordada por la jurisprudencia registral, que desarrolló la denominada “asamblea de regularización” como mecanismo para viabilizar la inscripción de los consejos directivos que no habían sido registrados oportunamente.

Posteriormente, dicho criterio jurisprudencial fue reglamentado en la Resolución N° 202-2001-SUNARP/SN, como mecanismo alternativo para la inscripción de consejos directivos.

Finalmente, este criterio fue acogido en el artículo 63° del derogado Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias¹³ y actualmente el artículo 66° del vigente RIRPJ¹⁴, lo regula como Asamblea de Reconocimiento, estableciendo algunas variantes a los criterios asumidos inicialmente.

13 Aprobado mediante Resolución N° 086-2009-SUNARP/SN.

14 Aprobado mediante Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN.

De esta manera, distinguimos tres momentos de la asamblea de reconocimiento inicialmente denominada asamblea de regularización.

1) Asamblea de Regularización conforme al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Registral:

En esta fase inicial, ante la problemática existente para la acreditación de los procesos electorarios, la segunda instancia registral, desarrolló criterios jurisprudenciales para permitir la inscripción de los consejos directivos no registrados oportunamente; destacando que ante la imposibilidad de acreditar elecciones realizadas, podía acudir a la asamblea regularización.

La “asamblea de regularización” constituyó un acierto, por cuanto, facilitó el acceso al Registro de los consejos directivos, aunque su denominación, no resultaba adecuada, pues el propósito de ésta no era la regularización de *elecciones*, sino la regularización de la *inscripción* de los consejos directivos electos y no registrados oportunamente, a fin de reestablecer la exactitud registral¹⁵.

Al respecto, el Tribunal Registral se pronunció en los siguientes términos:

Resolución N° 257-99-ORLC/TR del 30.09.1999¹⁶ :
“Regularización de Inscripción de Consejos Directivos: Una asamblea válidamente convocada y celebrada con el quórum requerido puede adoptar el acuerdo de regularizar las elecciones

¹⁵ Reglamento General de los Registros Públicos: Artículo 75.- Definición de inexactitud registral: Se entenderá por inexactitud del Registro todo desacuerdo existente entre lo registrado y la realidad extrarregistral.

¹⁶ JURISPRUDENCIA REGISTRAL. SUNARP – Registros Públicos Lima y Callao. Vol. IX – Año IV, p. 343

de los consejos directivos correspondientes a periodos anteriores a fin de que éstos tengan acogida registral, supuesto en el que no se requiere presentar el aviso de convocatoria ni la relación de asistentes a cada asamblea eleccionaria cuya regularización se acuerda, para lo cual se requiere que la elección de los referidos consejos se haya realizado conforme al estatuto”.

Resolución N° 093-2000-ORLC/TR del 06.04.2000¹⁷:
“Regularización de consejos directivos anteriormente elegidos (...): Tratándose del supuesto de asociaciones que no cuentan con la documentación donde constan los acuerdos que se pretenden inscribir, puede subsanarse presentándose copia certificada por el notario del acta de la asamblea general en la que se regularicen las elecciones anteriormente realizadas, para lo cual debe indicarse la fecha en que se celebraron y la conformación de el o los consejos directivos elegidos, siempre que ésta se trate de una asamblea válidamente convocada y celebrada con el quórum requerido, y que las elecciones se hayan venido realizando regularmente conforme al estatuto”. (...).

2) Resolución N° 202-2001-SUNARP/SN:

Dada la trascendencia que tuvo el criterio jurisprudencial adoptado en las resoluciones glosadas, la SUNARP consideró conveniente establecer criterios generales de la denominada asamblea general de regularización, a fin de dar uniformidad a los criterios de calificación registral y asegurar el ejercicio de una correcta y eficiente función registral. Así el artículo 2° estableció:

“Artículo 2°.- En caso de elecciones de consejos directivos no inscritos, se restablecerá la exactitud registral, mediante asamblea general de regularización.

17 JURISPRUDENCIA REGISTRAL. SUNARP – Registros Públicos Lima y Callao. Vol X – Año V, p. 340

Para la calificación registral de la asamblea general de regularización se deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a) *Se entenderá como válida la convocatoria efectuada por el presidente o por el integrante designado por el consejo directivo, conforme a la ley o el estatuto, aunque no se encuentre inscrita la elección de los integrantes de dicho órgano de gobierno.*
- b) *El Registrador exigirá la copia certificada del acta de la asamblea general de regularización y los demás documentos que considere necesarios para su calificación. No se requiere la presentación de copias certificadas ni otra documentación referida a las asambleas en las que se acordó las elecciones que son materia de la regularización.*
- c) *En el acta de la asamblea general de regularización deberá constar:*
 1. *El **acuerdo de la asamblea de reconocer las elecciones anteriores no inscritas**, inclusive respecto al órgano o integrante del mismo que convoca la asamblea general de regularización.*
 2. *La indicación del nombre completo de todos los integrantes del órgano de gobierno elegido y su período de funciones.*

La conformación y período de funciones deberá guardar concordancia con las disposiciones legales y estatutarias aplicables a la asociación o comité, según corresponda.”

Notamos así, que el artículo 2° precisó que el acuerdo a adoptarse en la “asamblea de regularización” es el de reconocer las elecciones de los anteriores consejos directivos; no obstante, siguió denominándola “asamblea de regularización” cuando en estricto se trataba de una “asamblea de reconocimiento de elección de consejos directivos no inscritos”.

En este contexto, surgió la siguiente interrogante:

¿A través de la asamblea de regularización, es factible la inscripción del reconocimiento de un solo periodo eleccionario del consejo directivo?

Sobre el particular, las instancias registrales no tenían un pronunciamiento uniforme, así en la primera instancia registral, algunos registradores denegaban el reconocimiento de un solo consejo directivo, pues consideraban que dicha asamblea se justificaba en tanto se trate de dos o más consejos directivos; la razón de la denegatoria se sustentó fundamentalmente en la expresión literal del literal c.1 del citado artículo 2° (*El acuerdo de la asamblea de reconocer las elecciones anteriores no inscritas*), donde se hacía alusión a elecciones anteriores no inscritas, esto es, al utilizarse una expresión en plural, se consideró que no sería factible la inscripción del reconocimiento de un solo consejo directivo.

Por su parte, el Tribunal Registral admitió el reconocimiento de un solo periodo eleccionario en la asamblea de regularización, como se aprecia de las siguientes resoluciones:

Resolución N° 131-2006-SUNARP-TR- del 26.07.2006:
ASAMBLEA DE REGULARIZACIÓN: *A través de la Asamblea de Regularización es posible inscribir el **reconocimiento de la elección de un solo consejo directivo**, siempre que exista la secuencia encadenada con relación al antecedente registral. En tal caso, no corresponde exigir documentación relativa al proceso eleccionario.*

Resolución N° 010-2009-SUNARP-TR-A de 1/9/2009:
ASAMBLEA DE REGULARIZACIÓN. *“En la asamblea de regularización realizada al amparo del art. 2 de la Resolución*

*N° 202-2001-SUNARP/SN, no se elige a los miembros de la junta directiva, sino que **se reconoce la elección del o de los consejos directivos anteriores no inscritos**. Asimismo, la conformación y período de funciones de los consejos directivos reconocidos deberá guardar concordancia con las disposiciones legales y estatutarias aplicables a la asociación”.*

3) Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas.

Este texto reglamentario, incorpora los criterios de calificación a seguir en la calificación de actos inscribibles provenientes de personas jurídicas distintas a las sociedades y empresas individuales de responsabilidad limitada.

En los artículos 65° y 66°, se reglamenta la Asamblea de Reconocimiento, en los siguientes términos:

“Artículo 65.- Asamblea general de reconocimiento: Los acuerdos de la persona jurídica no registrados en su oportunidad, podrán acceder al Registro a través de su reconocimiento en una asamblea general. El Registrador exigirá sólo la presentación del acta de la asamblea general de reconocimiento y los demás instrumentos relativos a ésta que considere necesarios para su calificación, no requiriéndose la presentación de otra documentación referida a las asambleas en las que se acordaron los actos materia de reconocimiento, y en el supuesto de presentarse no serán objeto de calificación y se ordenará su devolución”. (...)

“Artículo 66.- Convocatoria y requisitos del acta de la asamblea general de reconocimiento de elecciones, reestructuraciones y demás actos:

*La inscripción de la asamblea general de reconocimiento a que se refiere este artículo sólo **procede para regularizar dos o más periodos eleccionarios vencidos**. La convocatoria será efectuada por el último presidente o integrante elegidos no inscritos, dentro de la vigencia de su periodo de funciones. (...)*

El Reglamento vigente amplía la posibilidad de reconocer no solo los actos relativos a materia eleccionaria, sino también otros actos, lo que sin duda resulta un acierto; sin embargo, con la vigente normatividad reglamentaria (art. 66°) queda proscrita la posibilidad de la inscripción del reconocimiento de un solo periodo eleccionario del consejo directivo, pues taxativamente se exige que se trate de dos o más periodos eleccionarios vencidos.

Así, las instancias registrales, a la luz del citado precepto reglamentario (artículo 66°) deniegan la inscripción del reconocimiento no sólo de un periodo eleccionario del consejo directivo, sino incluso de dos periodos, pues conforme se evidencia de los siguientes pronunciamientos, exigen al menos dos periodos vencidos y uno vigente:

Resolución N° 1427-2016-SUNARP-TR-L del 14.07.2016:
“ASAMBLEA DE RECONOCIMIENTO: *Procede la asamblea general de reconocimiento de órganos directivos cuando se reconocen como **mínimo dos periodos eleccionarios vencidos y uno vigente** perteneciente al órgano convocante a la asamblea*”.

Resolución N° 1215-2015-SUNARP-TR-L del 19.06.2016:
“RECONOCIMIENTO DE ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN: *De acuerdo al artículo 66 del vigente Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídica, el acuerdo de reconocimiento de órganos de administración sólo procede para regularizar dos o más*

periodos electorarios vencidos, por lo que no procede la inscripción del reconocimiento de un periodo vencido y otro por vencer.

La exigencia de dos periodos vencidos como mínimo para la procedencia de la regularización, importa que los órganos de administración de dichos periodos no se encuentren vigentes en sus funciones, siendo insuficiente que solamente se encuentren elegidos y no inscritos en su momento”.

Resolución N° 2159-2013-SUNARP-TR-L del 20.12.2013:
“RECONOCIMIENTO DE CONSEJO DIRECTIVO: Según se desprende de lo normado en el artículo 66 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, la asamblea general de reconocimiento sólo procede para regularizar dos o más periodos electorarios vencidos.”

Entonces, si bien la asamblea de reconocimiento prevista en el artículo 66° del RIRPJ, constituye una alternativa válida para la inscripción de consejos directivos electos; sin embargo, condiciona su aplicación a dos o más periodos electorarios vencidos y uno vigente al momento de la convocatoria.

Ahora bien, estas organizaciones no siempre inscriben sus consejos directivos de manera oportuna, sino que aun cuando han llevado a cabo elecciones de sus directivos, éstos no han sido registrados por razones diversas.

Ante esta situación, la asamblea de reconocimiento en su origen propendió a restablecer la exactitud registral, esto es, concordar lo expresado en la partida registral y la realidad extra registral, sin embargo, según el texto reglamentario vigente (artículo 66) sólo pueden acogerse a este supuesto las personas jurídicas que tienen dos o más periodos electorarios vencidos y uno vigente no inscritos; de manera que excluye de su ámbito a las personas jurídicas que cuentan con un solo consejo directivo electo y no

inscrito vigente, postergando innecesariamente la inscripción de dicho consejo directivo a un momento posterior en el cual puedan contar con el número de consejos directivos requeridos para acogerse al presupuesto del reconocimiento de los procesos electorarios realizados, lo cual resulta desproporcionado, pues se admite el reconocimiento de varios periodos electorarios del consejo directivo, pero no de uno solo¹⁸.

II. Conclusiones:

Por tales fundamentos, consideramos ineludible la necesidad de plantear una modificación al artículo 66 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas a fin de viabilizar la inscripción del ***reconocimiento incluso desde un periodo electorario del consejo directivo***.

TEXTO VIGENTE del art. 66 del RIRPJ	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN al art. 66 del RIRPJ
<p><i>“Artículo 66.- Convocatoria y requisitos del acta de la asamblea general de reconocimiento de elecciones, reestructuraciones y demás actos.</i></p> <p><i>La inscripción de la asamblea general de reconocimiento a que se refiere este artículo sólo procede para regularizar dos o más periodos electorarios vencidos. La convocatoria será efectuada por el último presidente o integrante elegidos no inscritos, dentro de la vigencia de su periodo de funciones.” (...).</i></p>	<p><i>“Artículo 66.- Convocatoria y requisitos del acta de la asamblea general de reconocimiento de elecciones, reestructuraciones y demás actos.</i></p> <p><i>La inscripción de la asamblea general de reconocimiento a que se refiere este artículo procede para regularizar uno o más periodos electorarios. La convocatoria será efectuada por el último presidente o integrante electo no inscrito, dentro de la vigencia de su periodo de funciones.” (...).</i></p>

18 Al respecto, téngase en cuenta el aforismo jurídico: *Quien puede lo más puede lo menos*.

Asimismo, en aras de uniformizar el tratamiento de la asamblea de reconocimiento para las Organizaciones Sociales de Base (OSB) y las Comunidades Campesinas, en los mismos términos establecidos para las Comunidades Nativas, proponemos la modificación de las Directivas 010-2013-SUNARP/SN y 011-2013-SUNARP/SN:

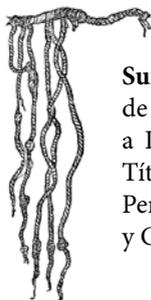
<p>TEXTO VIGENTE del numeral 5.15 de la Directiva N° 010-2013-SUNARP/SN</p>	<p>PROPUESTA DE MODIFICACIÓN al numeral 5.15 de la Directiva N° 010-2013-SUNARP/SN</p>
<p><i>“5.15 Los acuerdos de la Comunidad Campesina no registrados en su oportunidad, podrán acceder al registro a través de su reconocimiento en una asamblea general, debiendo tenerse en cuenta en la calificación lo siguiente:</i></p> <p><i>5.15.1 La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos electorarios vencidos”. (...).</i></p>	<p><i>“5.15 Los acuerdos de la Comunidad Campesina no registrados en su oportunidad, podrán acceder al registro a través de su reconocimiento en una asamblea general, debiendo tenerse en cuenta en la calificación lo siguiente:</i></p> <p><i>5.15.1 La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos electorarios”. (...).</i></p>
<p>TEXTO VIGENTE del numeral 5.10 de la Directiva N° 011-2013-SUNARP/SN</p>	<p>PROPUESTA DE MODIFICACIÓN al numeral 5.10 de la Directiva N° 011-2013-SUNARP/SN</p>
<p><i>“ 5.10 Asamblea General de Reconocimiento</i></p> <p><i>Los acuerdos de las Organizaciones Sociales de Base no registrados en su oportunidad, podrán acceder al registro a través de su reconocimiento en una asamblea general, debiendo tenerse en cuenta en la calificación lo siguiente:</i></p> <p><i>5.10.1 La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos electorarios vencidos;” (...).</i></p>	<p><i>“ 5.10 Asamblea General de Reconocimiento</i></p> <p><i>Los acuerdos de las Organizaciones Sociales de Base no registrados en su oportunidad, podrán acceder al registro a través de su reconocimiento en una asamblea general, debiendo tenerse en cuenta en la calificación lo siguiente:</i></p> <p><i>5.10.1 La inscripción de la asamblea general de reconocimiento procede para reconocer uno o más periodos electorarios.” (...).</i></p>

Bibliografía:

- Aliaga Huaripata, Luis A. Las Asociaciones. Análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial, Gaceta Jurídica 2009.
- Compendio de Reglamentos y Directivas de carácter registral 2001-2016. Sunarp. Mayo 2016.
- JURISPRUDENCIA REGISTRAL. SUNARP – Registros Públicos Lima y Callao. Vol IX – Año IV.
- JURISPRUDENCIA REGISTRAL. SUNARP – Registros Públicos Lima y Callao. Vol X – Año V.
- Marrufo Aguilar, Gilmer. Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias, Algunas Innovaciones en la calificación Registral. En: Fuero Registral, revista de doctrina y jurisprudencia registral. Año X N° 6.
- Rocha Ochoa, Cesáreo. Manual de Introducción al Derecho. Lecciones Editorial Universidad del Rosario.

“IMPORTANCIA DE LA CALIFICACIÓN Y SEGURIDAD JURIDICA EN LAS ACTAS Y CONSTANCIAS EN EL REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS”

Liliana Colque Carcausto



Sumario: Introducción. I. ¿Qué es una Persona Jurídica?. II. Importancia de Inscripción en el registro de Personas Jurídicas. III. Segundos Actos a Inscribir en el Registro de Personas Jurídicas. IV. Formalidades de Título y Aspectos a Calificar en los Segundos Actos en el Registro de Personas Jurídicas. V. Problemática en Torno a las Formalidades del Acta y Constancias de Convocatoria y Quórum. VI. Bibliografía.

Introducción

Constituye finalidad del Sistema Registral Peruano, otorgar seguridad jurídica respecto de los actos, derechos y titularidades que se inscriben y publicitan en el Registro.

De igual forma el artículo 3 de la Ley 26366 “Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos” establece en su inciso c), que constituye una de las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos: “La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro”.

Es a través de la publicidad que otorga el Registro, que se podrá generar un clima de seguridad para los terceros que celebren contratos u otorguen actos jurídicos, amparados en dicha publicidad.

En relación a los títulos que ingresan al Registro para su inscripción, la regla general consagrada en el artículo 2010 del Código Civil establece que: “La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria”. En concordancia con tal disposición, el artículo III del Título Preliminar del Texto Unico Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos establece en su primer párrafo: “Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario(...)”

Como se podrá ver, se ha establecido como regla general para su ingreso y acogida registral, se requiere que el título que sustenta o contiene el acto, derecho o titularidad materia de inscripción conste en instrumento público; salvo que por norma se establezcan excepciones a tal principio.

Es en el Registro de Personas Jurídicas donde ésta excepción al principio de titulación auténtica, se aplica para algunos casos de constitución, así como para la mayor parte de los segundos actos propios de las personas jurídicas no societarias, fundamentalmente que emanan de la propia voluntad de tales entidades y que requieren inscripción, exceptuando aquellos que implican modificación del acto constitutivo, y en el que la ley a aplicar requiere formalidad por instrumento público.

Es en éste tema que el Registro de Personas Jurídicas ha tenido que atravesar por un camino bastante arduo en la unificación de los requisitos a presentarse para la calificación de los mismos, así como para dotar de seguridad a los acuerdos de los órganos colegiados propios de las personas jurídicas no societarias.

En tal sentido, el propósito de éste artículo es realizar un análisis de la importancia de la inscripción, formalidades, aspecto a calificar

y problemas que se han suscitado y aún a la fecha se suscitan con la presentación de documentos extraprotocolares, así como documentos privados, para su calificación por parte del Registrador del Registro de Personas Jurídicas.

I. ¿Qué es una Persona Jurídica?

En nuestro ordenamiento legal, el derecho de asociación, ha sido reconocido por la Constitución Política del Perú, al establecer en su artículo 2 inciso 13 que toda persona tiene derecho a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley.

A decir de **Mario Seoane (2005, p. 37)** “La persona jurídica es una creación del hombre a través del derecho para ordenar y dar una estructura a las diversas formas de organizaciones sociales, de tal modo que la entidad constituida asuma en forma unitaria derechos y obligaciones”¹.

Por otro lado, **Gunther Gonzales (2012, p. 891)** señala: “La persona jurídica puede definirse como un ente formal, técnico-jurídico, reconocido por el sistema legal, con capacidad de actuación independiente para asumir derechos y obligaciones; y cuyo substrato se encuentra en el conjunto de personas que se agrupan en forma organizada para la búsqueda de un fin determinado (lícito)”

A diferencia de la persona natural o física, la persona jurídica es una creación o ficción del Derecho, por la cual se otorga vida a un colectivo de personas que se reúnen con la finalidad de realizar actividades comunes irrogadas a dicho colectivo, el mismo que resulta siendo una persona diferente de sus componentes.

1 SEOANE, Mario. Personas Jurídicas. Principios generales y su regulación en la legislación peruana. Pág. 37.

De igual forma la manifestación de la voluntad de la persona jurídica, se materializa a través de los acuerdos adoptados por sus órganos colegiados, ya se trate de asambleas generales, consejos directivos, directiva comunal, por citar algunos. Pero la toma de decisiones al interior de dichos órganos, requerirá de determinadas solemnidades y formalidades para considerar que constituyen acuerdos válidos, tales como: la existencia de una convocatoria para la celebración de la sesión, la presencia de un número de asistentes (miembros del órgano que sesiona) que pueda determinar la instalación válida del órgano, un número mínimo de votos a favor de las propuestas planteadas que conlleve que el acuerdo ha contado con el respaldo de la mayoría de sus integrantes y es determinante de la voluntad de la persona jurídica; así como los documentos que sustenten la existencia válida de tales acuerdos y aspectos formales que determinan su validéz.

II. Importancia de Inscripción en el registro de Personas Jurídicas.

La mayor parte de persona jurídicas además del acto constitutivo contenido en el acta de asamblea general fundacional, requieren para su reconocimiento legal cumplir con la inscripción registral, así lo han establecido diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico. Es con la inscripción de su acto constitutivo en el Registro de Personas Jurídicas que goza de su reconocimiento tanto de la personería jurídica propia, así como de sus representantes erga omnes, de allí la importancia de la función que cumple el Registro en éste tema, lo que también influirá en la seguridad de contratación que realice con terceros, reduciendo costos de transacción.

Citando a **Gunther Gonzales (2012, p. 898)**: “Con el registro se elimina la incertidumbre de conocer si el grupo de personas ha llegado a ser (o no) sujeto de derecho con capacidad propia. Además, los terceros que se relacionan con la persona jurídica pueden

conocer o estar informados sobre los hechos internos de relevancia para juzgar la capacidad, representación y responsabilidad de la persona jurídica en su actuación en el tráfico²”.

Continúa el autor señalando que: “El Registro tiene la misión de facilitar al público el conocimiento de ciertos datos importantes para el tráfico, cuya investigación sería difícil o imposible sin él. En tal sentido, los actos que acceden en el Registro, al igual de lo que ocurre en el ámbito de las sociedades, son los hechos y actos de significación para la responsabilidad del colectivo, entre lo que se encuentra en grado relevante la constitución misma, que constituye el mecanismo a través del cual el grupo se reduce a unidad, con la consiguiente responsabilidad autónoma de éste. Aquí, se advierte claramente que este Registro nace para delimitar el sujeto a quien se le anuda la responsabilidad patrimonial por las relaciones que entable en el tráfico, de tal suerte que se pueda conocer a ciencia cierta si la responsabilidad se imputa a un comerciante individual, a su cónyuge dependiendo del régimen matrimonial, a un colectivo de personas, a una persona moral separada de los socios, etc.”³

De allí la importancia también que los segundos actos que obtienen acogida registral, revistan una formalidad tal que otorgue seguridad e inalterabilidad de los acuerdos adoptados por la persona jurídica, así como su validéz.

III. Segundos Actos a Inscribir en el Registro de Personas Jurídicas.

Como premisa, es necesario precisar que con la inscripción de la constitución de la persona jurídica, el Registro procede a incorporar junto con su creación, el estatuto que contiene las

2 Gonzales Barrón, Gunther. Derecho Registral y Notarial. Tomo I. Pág. 898.

3 Op. Cit. Pág. 898-899

normas que regulan su organización y funcionamiento, así como el nombramiento de sus primeros representantes legales configurados por lo general en un consejo directivo o junta directiva. Cabe resaltar que el estatuto es aprobado por la asamblea general de asociados fundadores, donde éstos en uso de su libertad y dentro del marco normativo, aprueban de manera voluntaria las normas acordes a su realidad (manifestada por el número de integrantes que la componen, las finalidades que persiguen, los medios con los que cuentan) que permitirán que los órganos que la constituyen puedan funcionar sin complicaciones.

Con la inscripción del estatuto de la persona jurídica, el Registro incorpora en la partida registral un extracto de las principales normas que la asamblea general y consejo directivo deberá cumplir para poder sesionar válidamente y adoptar decisiones, esto a través de los acuerdos de sus órganos colegiados, cuando haya la manifestación de voluntad de la mayoría de sus miembros. Es necesario resaltar que al momento de calificar segundos actos en el Registro de Personas Jurídicas, el operador registral extiende la calificación al estatuto que obra archivado, a efectos de poder realizar una calificación integral del título que haya sido presentado. Ahora, ¿cuáles son los segundos actos susceptibles de inscripción en el Registro de Personas Jurídicas que **emanan de la voluntad de la persona jurídica**?. En éste punto es necesario realizar una revisión de lo establecido el artículo 2025 del Código Civil, de lo que se desprende:

- Las modificaciones de la escritura o del estatuto.
- El nombramiento, facultades y celsación de los administradores y representantes.
- La disolución y liquidación.

En concordancia con tal marco normativo, el artículo 2 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, ha establecido los siguientes actos:

- El reconocimiento de persona jurídica constituida en el extranjero.
- El establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculado a éstas.
- El nombramiento de los integrantes de los órganos, de los liquidadores y de los demás representantes o apoderados, su aceptación, remoción, suspensión, renuncia, el otorgamiento de poderes, su modificación, revocación, sustitución, delegación y reasunción de éstos, así como los demás actos comprendidos en sus regímenes.
- La disolución, los acuerdos de los liquidadores que por su naturaleza sean inscribibles y la extinción.

Exceptuando las modificaciones de estatutos o del acto constitutivo que, para el caso de algunas personas jurídicas no societarias requiere la formalidad de escritura pública, y conforme la práctica registral lo refleja, el acto típico cuya inscripción es solicitada en el Registro es el referido al nombramiento, remoción total o parcial de juntas directivas, consejos directivos u otros representantes.

IV. Formalidades de Título y Aspectos a Calificar en los Segundos Actos en el Registro de Personas Jurídicas.

Si nos remontamos a dos décadas atrás, la calificación en el Registro de Personas Jurídicas, de actos como el nombramiento de juntas directivas, remoción de directivos –total o parcial-, por señalar algunos, constituían una labor ardua y que en gran medida quedaba librada a la autonomía y criterio del Registrador, no existiendo criterios de calificación uniformes para la evaluación de tales actos, puesto que la misma sólo tenía como marco general las disposiciones del Código Civil, que en su artículo 2028 del Código Civil proporcionaba el marco normativo en relación al tema que abordamos, al establecer que:

“Artículo 2028.- La constitución de la persona jurídica se inscribe en el registro correspondiente a su domicilio.

No se requiere el otorgamiento de escritura pública para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otorgamiento de poderes. Para su inscripción basta la presentación de copia notarialmente certificada de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo..”

En dicho contexto, lo único claro estaba dado por la presentación del acta de asamblea general, en copia certificada por notario público; sin embargo, la evaluación de otros aspectos relevante como eran: convocatoria, quórum, mayorías e inclusive el propio contenido del acta quedaban librados al criterio del Registrador. Es así, que en muchos casos, era usual que un título de nombramiento de junta directiva resultaba siendo voluminoso, por la presentación de copia certificada del acta de asamblea general –y en muchos de tales casos la redacción manuscrita de tal documento hacía incomprendible a simple vista los acuerdos contenidos-, citaciones de convocatoria con cargos de recepción por cada asociado, o presentación de recibos de las emisoras radiales donde se publicitó la convocatoria, copias certificadas de todo el libro padrón socios, relaciones firmadas de asistencia, entre otros documentos. Todo lo que hacía de la calificación de tales actos una labor sumamente engorrosa.

Posteriormente en el año 2000 la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos emitió la Resolución 331-2001-SUNARP/SN mediante la cual se establecieron criterios uniformes para la calificación registral sobre acreditación de convocatorias y cómputo de quórum en asambleas generales de Asociaciones y Comités. Con tal resolución se dio un gran paso en la labor de unificación de criterios, puesto que se estableció el uso de las declaraciones juradas de convocatoria y quórum para acuerdos de asambleas generales de asociaciones y comités, estableciéndose que la responsabilidad de acreditación de tales circunstancias correspondía en forma exclusiva a los representantes o personas designadas por la ley o el estatuto, no

siendo función del Registrador, quien sólo debería verificar que tales declaraciones hayan sido expedidas por el órgano competente.

Posteriormente mediante Resolución N° 609-2002-SUNARP-SN se extiende los alcances de resoluciones relativas a la aplicación de declaraciones juradas para la acreditación de convocatoria y quórum establecidas en la Resolución N° 331-2001-SUNARP/SN a otras personas jurídicas, como son las Asociaciones Pro vivienda, Cooperativas, Comunidades Campesinas y Empresas Multicomunales. Ambas resoluciones constituyeron un importantísimos elementos en el camino de la unificación de criterios en lo que atañe a acreditación de convocatoria y quórum para asambleas generales, que posteriormente fueron cristalizados en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias aprobado por Resolución N° 086-2009-SUNARP/SN, para finalmente ser considerado en el actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas aprobado por Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN, que en sus artículos 16, 56 y 62, ha previsto las formalidades y requisitos que deben revestir tales constancias. De igual forma el artículo 17 del referido Reglamento ha establecido que el Registrador verificará convocatoria, quórum y mayoría exclusivamente mediante los documentos previstos en este Reglamento.⁴

El otro instrumento importante para la calificación de los segundos actos está constituido por el contenido del acta del órgano colegiado, que en suma contiene un resumen de todo lo acontecido en la sesión y finalmente los acuerdos adoptados, que es lo que sustenta el acto materia de calificación y, a la postre sustenta la inscripción.

4 Artículo 16.-Constancias.

Las constancias previstas en este Reglamento se presentarán en original o insertas en instrumento público protocolar. Las constancias indicarán el nombre completo, documento de identidad y domicilio del declarante. Su contenido debe ceñirse en cada caso a lo prescrito en este Reglamento y se presentarán con firma certificada por notario, juez de paz cuando se encuentre autorizado legalmente, fedatario de algún órgano desconcentrado de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, cónsul peruano, autoridad extranjera competente u otra persona autorizada legalmente para certificar firmas. Las constancias previstas por este Reglamento tienen el carácter de declaración jurada y son de responsabilidad de quienes las expiden.

El Código Civil de 1984 no reguló en ninguno de sus artículos el contenido y formalidades del acta, tal vacío, generó que años atrás se aplicará por analogía las disposiciones de la Ley General de Sociedades, respecto al contenido de tal instrumento. Sin embargo, posteriormente con la aprobación en primer orden del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias aprobado por Resolución N° 086-2009-SUNARP/SN, y actualmente el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas aprobado por Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN, ha regulado el contenido mínimo del acta en su artículo 13.⁵

Respecto a la formalidad para la presentación de las actas se ha establecido como regla que las mismas deben estar certificadas por notario público, juez de paz en los casos establecidos por disposiciones legales.

Finalmente, a efectos de otorgar mayor seguridad sobre la legítima procedencia de las copias certificadas provenientes de notarías, se ha establecido la presentación cautiva de tales instrumentos extra-protocolares, las que como regla deben ser presentados al Registro únicamente por el notario público que certifica las copias, su dependiente acreditado, y en forma excepcional, a solicitud y bajo responsabilidad del interesado, las copias certificadas pueden ser presentadas y tramitadas por persona distinta al notario o sus dependientes. En tal supuesto, el notario al expedir el parte o la

5 Artículo 13.- Contenido mínimo de las actas.

Para la inscripción de los acuerdos contenidos en actas, el Registrador verificará que en éstas se consignen como mínimo la información siguiente:

- a) El órgano que sesionó;
- b) La fecha y hora de inicio y conclusión de la sesión;
- c) El lugar de la sesión, con precisión de la dirección correspondiente;
- d) El nombre completo de la persona que presidió la sesión y de la persona que actuó como secretario.
- e) Los acuerdos con la indicación del número de votos con el que fueron aprobados, salvo que se haya aprobado por unanimidad, en cuyo caso bastará consignar dicha circunstancia; y,
- f) La firma, de quien presidió la sesión y de quien actuó como secretario, y, en su caso, las demás firmas que deban constar en el acta conforme a las disposiciones legales, estatutarias, o a lo que acuerde el órgano que sesione. Tratándose de actas en las que consten procesos electorales conducidos por órgano electoral deberá constar la firma de los integrantes que asistieron, con la indicación de sus nombres.

copia certificada debe consignar en estos instrumentos el nombre completo y número de documento de identidad de la persona que se encargará de la presentación y tramitación; todo ello en mérito de las modificaciones incorporadas en el Decreto Legislativo del Notariado.

En relación al tema, es necesario también recordar que el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas aprobado por Resolución 038-2013-SUNARP/SN, contiene diversas disposiciones que regulan el tema de la formalidad del título que da lugar a la inscripción de los segundos actos que emanan de la voluntad de la persona jurídica, así como la forma de salvar defectos en su redacción o incongruencias en relación al libro que debe contener tales acuerdos. Es así que en los artículos 6 al 16 proporciona reglas generales en relación las formalidades.

4.1 CONVOCATORIA

Es necesario rescatar lo señalado por Mario Seoane (2005, p. 142): “Las asambleas no son órganos permanentes, sólo se reúnen mediante convocatoria. Estas debe ser realizadas de acuerdo con el artículo 85 del C.C. por el presidente del consejo directivo, siempre que su mandato se encuentre vigente en los casos previstos en el estatuto, cuando lo acuerde dicho consejo directivo o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados, sin perjuicio de ello, no es necesaria la convocatoria cuando se encuentran presentes todos los asociados y aceptan tratar los temas objeto de la agenda (asamblea universal)”⁶

Luis Aliaga (2009, p. 53) señala: “La convocatoria se refiere a aquellos mecanismos previstos en el estatuto o la ley para

6 Seoane, Mario. Personas Jurídicas. Principios Generales y su regulación en la legislación peruana. 2005. Pág. 142-143.

hacer de conocimiento de los asociados la futura realización de la asamblea general; a cuyo efecto deben tenerse en cuenta el o los sujetos legitimados para convocar (quien), la forma de comunicación (cómo), la agenda (objeto), los plazos de anticipación (cuándo), el lugar de celebración (dónde), etc. En ese sentido, la convocatoria constituye un requisito fundamental para la debida publicidad de la realización de la asamblea general, del contenido de su agenda y como tal es un instrumento de protección de los derechos de participación de los asociados en la conformación de la voluntad social, cuya inobservancia acarrea la invalidéz de los acuerdos”.⁷

4.2 QUÓRUM

El quórum constituye otro elemento de vital importancia para poder determinar la validéz en la instalación de una asamblea, o sesión de otro órgano colegiado, pues está referido al número mínimo de integrantes que harán posible que se pueda instalar la sesión de dicho órgano de manera válida, y una vez ello, pueda desarrollarse la sesión y arribar a los acuerdos que estimare pertinentes.

Así lo considera Luis Aliaga cuando señala “El quórum puede definirse como el número de asociados mínimo necesario requerido por el estatuto o la ley para la validéz de la instalación de la asamblea general de asociados, según diferentes criterios, tales como el orden de la convocatoria (primera o segunda), la agenda, etc.”⁸

7 ALIAGA HUARIPATA, Luis. Las Asociaciones. Análisis Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial. 2009. Pág. 53

8 P. Cit. Pág. 59

4.3 MAYORÍAS

A decir de Luis Aliaga (2009, pág. 62) “La mayoría puede definirse como el número de votos mínimo necesario requerido por el estatuto o la ley para la validéz de los acuerdos adoptados en la asamblea general de asociados, en función del tema de que se trate.

La asamblea general, reiteramos, como medio de expresión de la voluntad colectiva e individual de los asociados, se rige por el principio mayoritario, es decir, los acuerdos válidamente adoptados por la mayoría obligan a todos sus miembros, incluidos los disidentes y los que no hubieran participado en la misma”⁹

V. Problemática en Torno a las Formalidades del Acta y Constancias de Convocatoria y Quórum

De todo lo expuesto en éste artículo podemos apreciar cuál ha sido el camino que se ha tenido que recorrer en el Registro de Personas Jurídicas para poder realizar la calificación de actos cuyo sustento se halla en documentos extraprotocolares, como son las actas de asambleas generales o de otros órganos colegiados, así como para poder determinar que tales sesiones hayan sido celebradas respetando todos los mecanismos establecidos en su estatuto o en la ley previos y concurrentes con su celebración, es decir, contar con una convocatoria válida, quórum legal, y que los acuerdos arribados hayan contado con el voto de la mayoría que establece su propio estatuto o la ley, de ser el caso.

Se puede apreciar el camino hacia lograr unificación de criterios en cuanto a las formalidades y requisitos que debían revestir los

9 P. Cit. Pág. 62.

documentos presentados al Registro de Personas Jurídicas al solicitar la inscripción de actos de ésta naturaleza, para la calificación de éstos actos, y así lograr predictibilidad en tal evaluación.

Con la aprobación de las diferentes Resoluciones expedidas por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, los Reglamentos de Personas Jurídicas No Societarias y el actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, así como Precedentes de Observancia Obligatoria, se ha uniformizado el contenido mínimo que debe revestir el acta de una persona jurídica no societaria. Elementos básicos e indispensables que nos proporcionan información mínima para corroborar si la sesión se celebró en la jurisdicción del domicilio de la persona, la hora de inicio para posibilitar la verificación de si fue celebrada en primera, segunda o ulteriores convocatorias y por ende determinar la asistencia del quórum legal y estatutario; si las personas que actuaron como presidente y secretario eran las llamadas a asumir tal dirección, la agenda a tratar, la que debe corresponder con la convocatoria, así como los acuerdos arribados, con detalle de la votación para poder verificar que contó con el respaldo de la mayoría de asistentes. Así como la correcta suscripción del acta.

Asimismo, se ha establecido que la convocatoria y quórum sólo pueden ser acreditados a través de las constancias respectivas emanadas por el órgano con atribución de convocatoria legitimado conforme su estatuto, y para el caso de quórum por quien presidió la sesión. De ésta manera se ha simplificado enormemente los tan engorrosos documentos que eran presentados hace algunos años. Tales constancias formuladas en base a la declaración formulada por los representantes de la persona jurídica, quienes en tal calidad son los llamados a dar fe de la tales circunstancias e información, y por tanto asumen la responsabilidad de lo declarado.

Es gracias a tales documentos que se ha permitido el acceso de gran número de inscripciones en temas como nombramientos de juntas

directivas por ejemplo, lo que ha permitido que muchas personas jurídicas reactiven su partida, y cuenten en la actualidad con una representación válida ante terceros, proporcionando de ésta forma seguridad en el desenvolvimiento de las actividades propias del fin de la persona jurídica, así como en la contratación que ésta pueda realizar con terceros.

Sin embargo, no podemos negar también, como contrapartida, que en algunos casos, requisitos tan simples como las constancias, no pueden ser presentados al Registro, puesto que a pesar de haberse realizado la sesión con una convocatoria real efectuada por el presidente del consejo directivo, tal representante se niega a firmar tales constancias, impidiendo de ésta manera que el título pueda acceder al Registro, puesto que a pesar, de ser un documento complementario para la calificación, se torna en realidad en un aspecto fundamental que sustenta el título.

De igual forma, malos dirigentes se apropian de los libros propios de la persona jurídica, fraguando actas de sesiones que no se han realizado y presentando constancias que sustentan tales sesiones fantasma. Si bien, la responsabilidad del contenido de tales documentos corresponde a ellos, es un tema que a la larga genera problemas y atenta contra la seguridad jurídica que tanto resguarda el Registro. Este es un tema que como Sistema Nacional de los Registros Públicos, debe ser evaluado y, siempre en procura de la seguridad jurídica, buscar mecanismos que refuercen y otorguen mayor soporte a la acreditación de acuerdos, convocatoria y quórum de sesiones de órganos colegiados en personas jurídicas.

Bibliografía

ALCA ROBLES, Wuilber Jorge. El Nuevo Reglamento de Personas Jurídicas No Societarias. Primer paso hacia una verdadera seguridad jurídica. Gaceta Jurídica. Lima, 2009.

ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. Las Asociaciones. Análisis Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Lima, 2009.

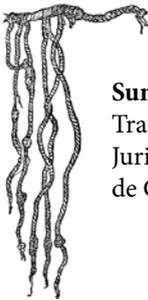
ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. Acuerdos de la asamblea general eleccionaria. Formalidades y publicidad registral. En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Lima, 2007.

GONZALES BARRON, Gunther. Derecho Registral y Notarial. Tomo I. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2012.

SEOANE, Mario. Personas Jurídicas. Principios generales y su regulación en la legislación peruana. Grijley. Lima, 2005.

¿ES REALMENTE POSIBLE TRANSFORMAR UNA ASOCIACIÓN EN UNA SOCIEDAD?, ANÁLISIS DE LA POSICIÓN ASUMIDA POR EL TRIBUNAL REGISTRAL

Zoila María Cano Pérez



Sumario: Introducción. I. Posición del Tribunal Registral respecto a la Transformación de una Asociación en una Sociedad. II. Implicancias Jurídicas Advertidas en la Posición del Tribunal Registral. III. A Manera de Conclusión. Referencias Bibliográficas.

Introducción

Desde el momento de su creación, las personas jurídicas juegan un rol trascendental dentro de nuestra sociedad. Dichas instituciones han sido y son utilizadas como medios que coadyuvan a la consecución de los más diversos fines. De esta manera, se constituyen personas jurídicas con el objeto de formar empresas, clubes deportivos, entidades educativas, centros culturales, grupos religiosos, organismos con fines altruistas, entre otros.

Dada la variedad de objetivos que llevan a las personas a crear este tipo de entidades, los ordenamientos prevén diversas formas jurídicas que pueden ser escogidas por los fundadores al momento de su constitución.

Así, dependiendo del tipo adoptado, cada institución podrá desenvolverse de acuerdo con un régimen legalmente determinado. Con ello, se presume que la elección del modelo asociativo se realiza sobre la base de los intereses y proyecciones iniciales de quienes lo fundan.

No obstante, con el pasar de los años, las personas jurídicas sufren variaciones. Producto de su desarrollo e interrelación con terceros, estas presentan nuevas necesidades, reformando sus intereses y objetivos, lo cual las lleva a realizar ciertos cambios: aumentan y/o disminuyen la cifra de su capital, cambian de nombre, modifican su objeto y fin social, entre otros. Asimismo, se reorganizan, fusionan, escinden y/o transforman, acomodando su estructura legal con la intención de lograr sus objetivos de una forma más eficiente.

Dentro de este marco, la transformación es una de las manifestaciones de la reorganización social mediante la cual una persona jurídica cambia de tipo legal manteniendo su existencia. La transformación es reconocida como herramienta legal en varios países del mundo, recibiendo diferentes tratamientos dependiendo del lugar donde se lleve a cabo. Algunas legislaciones establecen pautas específicas para su puesta en práctica, y otras facultan a los miembros de las personas jurídicas a ejecutarla de la manera que resulte más conveniente para sus intereses. Por lo general, su aplicación ha estado limitada al ámbito societario, sin embargo, dados los cambios en la economía y el desarrollo comercial, desde hace algunos años existe una tendencia a hacerla extensiva a todas las personas jurídicas en general.

En este contexto, el ordenamiento legal peruano se ha mostrado proclive a la aplicación de este modo de reorganización a todas las personas jurídicas nacionales. Así, en el artículo 333 de la LGS establece que:

“Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica”

No obstante la claridad en la redacción de la norma, en ciertos casos específicos, existen marcadas discrepancias respecto a la aplicación del segundo párrafo de este dispositivo legal. Así, por un lado para un sector de la doctrina (en su mayoría juristas con formación civilista) no resulta del todo coherente que una entidad sin fines de lucro pase a ser una persona jurídica con finalidad lucrativa ya que implicaría desnaturalizar su esencia. De otro lado, para otro sector de la doctrina (abogados vinculados a asuntos comerciales) es totalmente posible la transformación de una asociación en una sociedad, lo cual responde a las exigencias del mercado y constituye una alternativa eficiente para el desarrollo de las instituciones en beneficio general.

Finalmente, si bien no en calidad de precedente de observancia obligatoria, la poca jurisprudencia registral que se ha generado al respecto plantea una alternativa que intenta conciliar ambas posturas, admitiendo tal transformación con la previa liquidación del patrimonio y la transferencia del haber neto resultante a otra entidad análoga definida en el Estatuto. Con ello, el Tribunal Registral habría creado un nuevo concepto: *“una transformación con previa liquidación del patrimonio”*, exigiendo requisitos que la Ley no establece.

En este contexto, resulta necesario ahondar en el análisis de si, en nuestro país, realmente es posible transformar una asociación en una sociedad, evaluando su pertinencia, viabilidad jurídica y eficiencia a fin de plantear una interpretación acorde a nuestra legislación; con la finalidad de mitigar la incertidumbre jurídica que existe sobre el tema.

I. Posición del Tribunal Registral respecto a la Transformación de una Asociación en una Sociedad

El Tribunal Registral, desde la emisión de la Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T, de fecha 06 de agosto de 2004, ha adoptado un criterio uniforme respecto a la posibilidad de la transformación de la asociación en una sociedad, que si bien no constituye un precedente de observancia obligatoria, direcciona el criterio de los Registros Públicos en esta materia.

Así, la Cuarta Sala del Tribunal Registral en la Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T, admite la transformación de una asociación de transportistas en una sociedad anónima cerrada, argumentando: *“en estas circunstancias el patrimonio de la asociación es intangible, de tal suerte que para su transformación deberá dársele el destino previsto para la eventualidad de su liquidación. Por tanto, al faltarles el capital necesario para operar como sociedad mercantil, los socios deberán inevitablemente aportar para el capital inicial, sin perder de vista el tipo societario de que se trate. En el título apelado, los socios han aportado dinero en efectivo, el cual ha sido depositado en su totalidad en una institución bancaria; en consecuencia, se ha satisfecho este requisito.*

(...) por otro lado, queda pendiente el asunto sobre el destino final del patrimonio existente, cuya cuantía debe constar en el balance de transformación de la asociación al día anterior a la fecha de la escritura pública correspondiente, en aplicación del artículo 339 de la Ley. El balance únicamente refleja el estado del patrimonio, es decir, el haber neto en un momento dado. Este patrimonio neto puede estar formado por bienes muebles e inmuebles, los cuales deben ser entregados a las personas designadas en el estatuto de la persona jurídica en proceso de transformación. De acuerdo al artículo 98 del Código Civil, el patrimonio neto debe pasar a las personas o instituciones con fines análogos a la asociación. En

consecuencia, cuando se trata de una asociación, en la escritura pública de transformación tendrá que precisarse el destino final dado a los mismos, según como se haya estipulado en el estatuto.” Con este mismo criterio, el Tribunal Registral en la Resolución N° 633-2004-SUNARP-TR-L, señala que si bien *“El patrimonio de la asociación es intangible, no obstante esta circunstancia no se constituye en una barrera infranqueable que impide de manera absoluta la transformación. En este supuesto, al patrimonio de la asociación debe dársele el destino previsto en su estatuto para el caso de su eventual liquidación y los nuevos aportes para el capital inicial de la sociedad mercantil.”*

Comentando estas resoluciones Espinoza (2012), refiere que resulta curiosa la posición que asumen los vocales del Tribunal Registral, que admiten la transformación de una asociación de transportistas en una sociedad anónima cerrada, siempre y cuando se aplique el “patrimonio neto” a lo acordado en el estatuto de la asociación y que los (ahora) socios hagan un nuevo aporte, ya que el patrimonio de la asociación no puede ser trasladado. Agrega que, no cabe la situación que se configure un “haber neto resultante”, ya que no hay liquidación del patrimonio y por consiguiente, tampoco la posibilidad de aplicarlo a lo previsto en el estatuto. Los vocales del Tribunal Registral al crear la nueva figura de “transformación con liquidación patrimonial” han advertido que al transformarse la asociación en sociedad (y transferir el íntegro de su patrimonio) se estaría desvirtuando su original finalidad no lucrativa y contraviniendo el mandato imperativo del Art. 98 del Código Civil, por ello, en los hechos no admiten la transformación sino la extinción de la asociación para poder crear una sociedad.

No obstante, en la resolución N° 1317-2013-SUNARP-TR-L¹ de fecha 14 de Agosto de 2013, el Tribunal Registral continua con

1 Uno de los últimos pronunciamientos del Tribunal Registral sobre el tema.

el criterio asumido en las anteriores resoluciones afirmando que *“en tanto no existe impedimento legal para la transformación de una asociación civil en sociedad anónima, ello tendrá acogida registral, siempre que los bienes que conforman el patrimonio de la asociación sean destinados al fin contemplado en el estatuto, en aplicación analógica de lo previsto en el artículo 98 del Código Civil, salvo no exista haber neto remanente”*.

II. Implicancias Jurídicas Advertidas en la Posición del Tribunal Registral

En este punto es importante analizar la posición del Tribunal Registral a partir de las definiciones doctrinarias y legales de las figuras jurídicas involucradas: transformación, asociación y sociedad.

2.1. De la Definición de Transformación:

Para RIPERT (como se citó en Richard y Muiño, 1997) transformar, en derecho societario, implica el cambio por una sociedad de su tipo social, o sea, su regulación constitutiva, sin alterar su personalidad, normalmente exigido por razones técnico-económicas para un mejor cumplimiento del objeto social. Es decir, lo único que cambia es la forma societaria (su tipo), sin que cese una sociedad y comience otra. Afirma que en la transformación de la sociedad subsiste la persona moral: “el patrimonio se transmite íntegramente o mejor dicho, no hay transmisión sino simple modificación en el modo jurídico de explotación. (p. 820)

Ricardo Beaumont Callirgos (1998) refiere que la transformación es un medio legal que permite cambiar la forma de la persona jurídica evitando el largo camino que significaría acordar la disolución de una, liquidar su patrimonio y registrar su extinción para luego, recién

entonces, fundar o constituir la deseada. Refiere que se trata de un puente o camino que permite mudar de un status legal, a otro, en forma directa, y por supuesto, sin cambio de la personalidad jurídica. (p.639)

Para Ulises Montoya Manfredi (2004) la transformación es el acto por el cual se cambia la estructura jurídica de una sociedad evitando un proceso dilatado y costoso que puede afectar el crédito de la compañía, como es el de disolver la sociedad existente y crear otra nueva.(pp. 363-364)

Al respecto, Roberto Mantilla Molina (2001) afirma que desde el punto de vista doctrinal, si lo que, en esencia, justifica la personalidad de las sociedades es la existencia de un patrimonio destinado a un fin, no sería lógico considerar extinguida una persona y creada otra, si subsisten el mismo patrimonio y el mismo fin. (p. 243)

Entonces, de los argumentos expuestos, debemos considerar que la transformación conlleva a la subsistencia de la misma persona jurídica, con las mismas personas como socios (o asociados), y con el mismo patrimonio; la transformación sólo implica un cambio de forma jurídica; es decir, hay dos elementos básicos que necesariamente se mantienen en toda transformación: el patrimonio y los asociados, aunque, se respeta el derecho de separación de socios. Este es el precepto que ha sido recogido en el último párrafo del Art. 333 de la Ley de Sociedades según el cual *“la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica”*.

Si la persona jurídica no cambia entonces las relaciones jurídicas de las que es parte no varían, tanto si es deudora o acreedora como si es titular de derechos reales o de otro tipo. Tales relaciones jurídicas se mantienen tal cual fueron pactados originalmente. He allí, precisamente, la utilidad

práctica y la funcionalidad del concepto de transformación. Recordemos que el patrimonio está compuesto por activos y pasivos, es decir obligaciones, deudas, créditos, etc. que deben mantenerse en las mismas condiciones señaladas en los contratos originales de los cuales emanan.

Así, la idea de la transformación es que las relaciones jurídicas que la organización a transformarse tenga se mantienen en el tiempo, pues no tienen por qué variar. El simple cambio de forma no afecta pues a las relaciones jurídicas de que sea titular la sociedad transformada: cambia el tipo y permanece el sujeto de derecho.

Ahora bien, de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Registral en las resoluciones antes citadas; se aprecia que, para que opere la transformación se exige que las obligaciones asumidas por la asociación se den por vencidas y se paguen antes del vencimiento del plazo, o que los bienes de los cuales la asociación sea titular se adjudiquen y se transfieran; es decir, obliga a la asociación a iniciar un procedimiento de liquidación. Este es un procedimiento equivocado; toda vez que, en la transformación no hay liquidación, eso se deduce de su propia definición, como ya quedó explicado anteriormente. Esta exigencia no se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico; puesto que, contraviene a la doctrina asumida en la figura de la transformación. La solución propuesta por el Tribunal Registral no involucra una transformación, en realidad se trata de una liquidación (extinción en la práctica) de una persona jurídica y la constitución de una nueva.

2.2. Del Impedimento Legal: Análisis de los Artículos 80, 91 y 98 del Código Civil

De admitirse la transferencia del patrimonio de la asociación al capital social de la sociedad resultante de la transformación, se vulneraría los artículos 80, 91 y 98 del Código Civil, que prohíbe que los asociados se distribuyan las ganancias y/o el haber neto resultante de la liquidación. Así pues, analicemos cada uno de los dispositivos legales antes citados para determinar sus alcances.

*“Artículo 80: La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común **persigue un fin no lucrativo**.” (el subrayado y negritas es nuestro).*

Para nuestro caso, de esta definición nos interesa delimitar de manera clara lo que entendemos por “fin no lucrativo”, pues no pocas veces se ha llegado a interpretaciones erróneas. Así pues, el que una persona jurídica sea o no lucrativa no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus miembros se relacionen con ella; esto es, si buscan en la realización de las actividades un beneficio propio a través del reparto de utilidades, será lucrativa; pero si buscan conseguir fondos para dedicarlos a realizar su fin social, será no lucrativa. Por ejemplo, si una asociación tiene por fin difundir la cultura jurídica organizando eventos académicos, es lógico que dicha asociación cobre por los seminarios, cursos o congresos organizados a precios que le permitan tener suficientes excedentes para seguir organizando dichos eventos. En este caso, la asociación no podrá repartir los excedentes generados entre sus miembros, pero sí podrá dedicarlos a continuar difundiendo la cultura jurídica.

Es así que, la asociación, al perseguir un fin no lucrativo, podrá realizar actividades económicas que generen excedentes, pero no podrá repartirlos entre sus miembros sino que habrá de destinarlos a alcanzar su fin².

“Artículo 91: Los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones.”

Conforme a este dispositivo legal, considerando que los aportes de los asociados pasan a formar parte del patrimonio de una persona distinta a sus miembros, entregados o efectuados los aportes, los asociados no tendrán derecho a pedir reembolso alguno. Es así que, uno de los rasgos que definen a la asociación es que inclusive a su disolución, el haber neto resultante puede ser entregado a cualquier persona natural o jurídica, pero de ninguna manera a quienes hayan sido sus integrantes. En este sentido, aunque el patrimonio se forma con las aportaciones y cuotas de los socios, no es, en principio, propiedad expectante de ellos, pues cuando se disuelve la asociación – a diferencia de las sociedades-su destino habitual no es el reparto entre los socios.

“Artículo 98: Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.”

² De este mismo criterio es el Tribunal Registral según lo expuesto en la Resolución: 079-2016-SUNARP-TR-L de 15/01/2016. FINES NO LUCRATIVOS: *Los fines no lucrativos de una asociación determinan que sus integrantes no puedan repartirse las utilidades o ganancias obtenidas como consecuencias de sus actividades ni que éstos tengan derecho al haber neto resultante luego de su disolución; sin embargo, ello no impide que la asociación pueda realizar cualquier tipo de actividad económica o mercantil.*

Este artículo es una consecuencia del principio de que las asociaciones son “personas jurídicas no lucrativas”, y esto significa que “los excedentes” en ningún caso debe ser entregado, ni distribuido entre los asociados. Bajo este contexto, para Gonzales Barrón (2009) el fin no lucrativo es visualizado en dos momentos dentro de la vida de la asociación:

Luego del ejercicio económico anual. Es decir, una vez transcurrido el año de desempeño de la asociación en sus actividades, ésta puede arrojar un balance general positivo. En caso de ser así, estas “utilidades” no son redistribuidas entre los asociados, sino que son incrementadas ejercicio tras ejercicio para el cumplimiento de las finalidades sociales.

Al momento de la liquidación de la asociación. Este es el momento final, cuando tras una declaración de disolución se realiza “la liquidación”, es decir, el pago de los pasivos, hasta obtener un remanente final. En caso de ser éste positivo, en ningún caso se redistribuye entre los asociados, sino que son entregados a las personas designadas en el estatuto, o en su defecto a quien instituya el magistrado competente. (p.476)

En este sentido, entre los principales argumentos existentes en contra de la transformación de asociaciones en sociedades destaca el supuesto hecho de que se atenta contra la “naturaleza” no lucrativa de aquellas. Un sector de la doctrina considera que la adquisición de fin de lucro por parte de una entidad que originariamente carecía de este, constituye una violación a las bases formantes de dichas instituciones. En atención a las normas analizadas se puede afirmar que convertir una asociación en sociedad constituye un acto no acorde a nuestra legislación en la medida que implica la distribución de los bienes del ente no lucrativo entre sus miembros.

De esta misma posición es el Tribunal Registral, que admitiendo la imposibilidad de distribuir el haber neto

resultante de la liquidación del patrimonio de la asociación entre sus miembros, condiciona la posibilidad de transformar una asociación en una sociedad, creando una “transformación con previa liquidación del patrimonio”, pues refiere que la transformación sólo será posible siempre que los bienes que conforman el patrimonio de la asociación sean destinados al fin contemplado en el estatuto, en aplicación analógica de lo previsto en el artículo 98 del Código Civil.

No obstante de acuerdo a lo analizado, la figura creada por el Tribunal Registral no es una transformación, sino una liquidación, disolución y extinción de una persona jurídica y la posterior creación de una nueva.

2.3. La Transformación de Asociación en Sociedades Violenta los Intereses del Estado, el cual otorga a la mayoría de las Asociaciones Beneficios Tributarios

Conforme refiere Salazar Gallegos (2004) en el transcurrir de la vida de una asociación civil, esta adquiere una serie de bienes, recibe donaciones, se ve beneficiada por mecanismos de exenciones de obligaciones tributarias y créditos preferenciales; y es en estos supuestos que su transformación en una sociedad transgrediría los intereses del Estado.

Por sus características (sin fines de lucro) dentro del marco regulatorio del Impuesto a la Renta, el Estado ha concedido Inafectación para las fundaciones y entidades de Auxilio Mutuo (inc. b y c del Art. 18 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta); y una exoneración del impuesto a la renta (Inciso b del art. 19° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta) hasta el 31 de Diciembre del 2018³, a los ingresos que

³ Nuevo plazo establecido según Ley N° 30404, publicada el 30 de Diciembre de 2015.

perciban las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro siempre que estos se dediquen a actividades de beneficencia, asistencia social, educación, cultural, científica, artística, literaria, deportiva, política, gremiales y/o vivienda; siempre que dichos ingresos las destinen a sus fines específicos en el país; no la distribuyan directa o indirectamente entre sus asociados, y que en sus estatutos esté previsto que su patrimonio se destinará (en caso de disolución) a cualquiera de los fines señalado precedentemente; y además deben solicitar su inscripción en la SUNAT.

El incumplimiento de uno de los requisitos dará lugar a presumir sin admitir prueba en contrario, que la totalidad de las rentas han estado gravado con el Impuesto a la Renta.

En lo referido al impuesto general a las ventas (IGV), se sobreentiende que estos tipos de organizaciones obtienen ingresos provenientes de cuotas de asociados, recepción de donaciones, actividades sociales, etc., y por el lado del gasto, sus conceptos se enmarcan en entrega de donaciones, gastos en actividades relacionada a sus fines, es por ello que, algunas de las posibles operaciones que realicen para el desarrollo de sus fines se encuentran descritos como operaciones no gravadas con este impuesto al valor agregado (inciso b), e).1, g) y k) del artículo 2 del TUO de la Ley del IGV).

En este sentido, de admitir la transformación de asociaciones en sociedades se atentaría contra los intereses del Estado, en la medida que esta renunciaría a percibir ciertos ingresos por un propósito que devendría discordante con los fines de la Ley del Impuesto a la Renta. Así, la transformación de la persona jurídica sin fines de lucro en una entidad de tipo societario haría que esta deje de cumplir con los requisitos exigidos por la ley, habiéndose ya favorecido a causa de la

exoneración. Con ello la transformación podría ser realizada para burlar las normas tributarias, utilizando la figura de la asociación como una forma de acumulación de riquezas, las cuales serían posteriormente aprovechadas en el contexto de una actividad lucrativa (teniendo en cuenta que el patrimonio se constituye por bienes tangibles e intangibles).

2.4. Análisis de casos especiales de transformación de Personas Jurídicas sin fines de lucro en Sociedades Autorizadas Expresamente por Ley:

Habiendo quedado explicado hasta este punto que no es procedente jurídicamente la transformación de una asociación a una sociedad mercantil, queda pendiente responder el aparente cuestionamiento a esta tesis por la existencia en nuestro país de casos especiales donde por mandato legal sí resulta procedente la transformación de algunas personas jurídicas sin fines de lucro en sociedades. No obstante, considero que esta situación no hace sino corroborar la tesis planteada, reafirmando que por regla general se encuentra prohibida la transformación de la asociación en una sociedad; resultando por ello necesario que, en casos concretos previamente establecidos, paulatinamente se haya venido expidiendo normas especiales que permite la transformación de algunas personas jurídicas sin fines de lucro en sociedades, teniendo en cuidado incluso de regular en cada caso el procedimiento especial a seguir. Analicemos cada caso.

2.4.1. De las Instituciones Educativas: El artículo 4° de la Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, Decreto Legislativo N° 882, prescribe:

“Las Instituciones Educativas Particulares, deberán organizarse jurídicamente bajo cualquiera de

las formas previstas en el derecho común y en el régimen societario, incluyendo las de asociación civil, fundación, cooperativas, empresa individual de responsabilidad limitada y empresa unipersonal”.

Asimismo, la segunda disposición transitoria de dicha Ley precisa que:

“Las Instituciones Educativas Particulares, bajo el ámbito del Ministerio de Educación, constituidas y autorizadas antes de la vigencia de la presente Ley, se rigen por las disposiciones de ésta.

Dichas Instituciones podrán reorganizarse o transformarse en cualquier otra persona jurídica contemplada en el Artículo 4° de la presente Ley. Mediante Decreto Supremo se establecerá el plazo, procedimiento y condiciones a fin que la indicada reorganización o transformación se considere una distribución para efectos tributarios.”

En efecto, al amparo del Decreto Legislativo N° 882, se ha buscado dar mayor flexibilidad a la prestación de los servicios educativos, permitiendo que tengan carácter lucrativo o no. En este sentido, se franquea y atrae la inversión de recursos al sector educación, otorgando las garantías necesarias para ello, y permeabiliza la posibilidad de generar excedentes que luego puedan ser distribuibles entre aquellos que hayan considerado que emprender empresa educativa en el Perú es un tema rentable, en el más amplio sentido de la expresión. Evidentemente, este criterio se aplica también a las personas jurídicas educativas que, antes de la ley en mención, se constituyeron (bajo la vigencia de la Constitución de 1979) como personas jurídicas sin fines de lucro y que, en virtud

de la actual constitución (que no establece limitación alguna) y segunda disposición transitoria ya citada, tienen la posibilidad de transformarse.

2.4.2. De la Bolsa de Valores: En efecto, la Ley 27649, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores, del 21 de enero de 2002, en su primera disposición transitoria y final, establece que:

“Las bolsas de valores podrán transformarse en sociedades anónimas previo acuerdo de la asamblea de asociados.

El capital social inicial de las bolsas de valores transformadas estará constituido, además de los aportes adicionales que puedan ser necesarios para alcanzar el monto mínimo que corresponda, por la diferencia entre los activos y pasivos reajustados a valores de mercado conforme constan en la contabilidad debidamente sustentados según balance auditado al último día del mes anterior a la fecha de su transformación que elaborarán las bolsas de valores para este efecto, el cual debe ser aprobado por la asamblea de asociados que aprueba la transformación.

Dicha diferencia se destina en su totalidad a integrar el capital de la sociedad transformada, aun en el caso de que exceda del monto mínimo fijado por esta Ley.

El balance de que trata el párrafo anterior deberá contar con un dictamen sin salvedades emitido por dos (2) sociedades de auditoría independientes.

Los asociados de la Bolsa a la fecha del otorgamiento de la escritura pública de transformación reciben por un certificado de participación acciones con derecho de voto.

Los demás titulares de certificados de participación

a dicha fecha reciben acciones sin derecho a voto; de la misma manera se procede con los certificados de participación adicionales de los que pueda ser titular una sociedad agente con autorización de funcionamiento vigente”.

Es en atención a esta norma expresa que la Bolsa de Valores de Lima, que era una asociación, se transformó en una sociedad anónima.

2.4.3. De los Clubes Deportivos de Fútbol Profesional:

Mediante la Ley N° 29504, que promueve la transformación y participación de los clubes deportivos de fútbol profesional en sociedades anónimas abiertas, del 30 de enero del 2010, también se permite la transformación de los clubes deportivos en sociedad anónima. En el artículo 5 se delimita su naturaleza jurídica de la siguiente manera:

“Los clubes deportivos de fútbol profesional se organizan bajo la forma de sociedades anónimas abiertas o asociaciones civiles, conforme a la Ley General de Sociedades y al Código Civil. Se incorporan a la respectiva liga y a la Federación Deportiva Nacional, según lo dispongan los estatutos de estas últimas.

Los estatutos de las sociedades anónimas y de las asociaciones civiles establecen una comisión de ética y una comisión de auditoría. Los miembros de ambas comisiones no pueden desempeñar cargos en el directorio, en la gerencia ni en otras sociedades vinculadas”. (el subrayado es nuestro)

Por otro lado, en el artículo 10 se detalla el procedimiento de la transformación de la siguiente manera:

“Las asociaciones existentes aportan el patrimonio neto de las actuales asociaciones a la nueva personería jurídica a crearse, de modo tal que la asociación se convierte en un socio de la nueva sociedad.

El reglamento determina las acciones necesarias para la valoración y emisión de acciones representativas del capital que correspondan al patrimonio de las asociaciones.

El procedimiento de transformación se efectúa conforme a la Ley General de Sociedades”.

En consecuencia, del análisis de estos dispositivos legales se entiende como refiere Espinoza (2012) que:

- a. La asociación de fútbol no se disuelve.
- b. La asociación se integra a una sociedad anónima
- c. La asociación, en su calidad de socio, aporta todo su patrimonio.

2.4.4. De las Caja Municipales de Ahorro y Crédito:

La decimocuarta disposición transitoria de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, dispuso que las CMAC debían pasar de ser asociaciones civiles a convertirse en sociedades anónimas. Ello, en un plazo que no excediera de doce meses contados a partir de la entrada en vigencia de la mencionada norma (10 de diciembre de 1996) y sin tener que cumplir con el

requisito de pluralidad de accionistas. Su objetivo era el de asegurar la continuidad y solidez de las CMAC y así, conservar a estas en un sistema conjunto de cobertura nacional y la sostenibilidad de este en un mercado más competitivo en el futuro.

La Resolución SBS N° 410-97, Reglamento de la conversión, no determinó cuál era el destino que debía seguir el patrimonio de las entidades sin fines de lucro transformadas. No obstante, en la práctica se hizo efectivo el principio de continuidad de la persona jurídica y con ello la de sus derechos y obligaciones. Así, toda vez que una CMAC era transformada en una sociedad anónima, esta podría conservar en sus arcas los bienes que había adquirido mientras actuó bajo el ropaje del ente no lucrativo.

Respecto a estas excepciones, Juan Espinoza (2012) hace la siguiente interrogante cuya respuesta vale la pena compartir literalmente para la reflexión:

¿Se puede decir que se trata de tantas excepciones que no confirman la regla? En mi opinión, no. Justo porque la regla de prohibición de transformación está contenida en el art. 98 c.c. (si se interpreta teleológicamente) y el art. 333 LGS establece claramente que cabe la transformación “cuando la ley no lo impide”. Esta conclusión es imperativa si se hace una interpretación sistemática de ambos textos legales. En atención a ello, se van dictando paulatinamente leyes que permiten (en casos puntuales) la transformación de asociaciones en sociedades (p. 174).

III. A Manera de Conclusión

El consenso en este asunto parece una tarea titánica; por lo que asumiendo criterio, considero que, el Tribunal Registral orientando su actuar al respeto de nuestra normatividad jurídica debe reflexionar que, en nuestro ordenamiento jurídico no resulta procedente que una asociación se transforme en una sociedad; en la medida que existe el impedimento legal referido en el segundo párrafo del artículo 333 de la Ley General de Sociedades, el cual se encuentra en la propia naturaleza no lucrativa de las asociaciones, establecida en el artículo 80° del Código Civil y complementado además en el contenido de los artículos 91° y 98° de este Cuerpo Legal.

Así, este tipo de reorganización conllevaría que los integrantes de una asociación se beneficien directivamente con el patrimonio de esta persona jurídica, posibilidad prohibida por ley. Entonces, las diferencias estructurales existentes entre ambos tipos de organizaciones, constituyen el obstáculo jurídico que imposibilita que se viabilice la transformación.

Es menester, realizar un análisis integral a nuestra normatividad; comprendiendo que, el impedimento legal preceptuado en el artículo 333 de la Ley General de Sociedades no debe ser necesariamente expreso y literal, sino que dicho impedimento puede inferirse. En efecto, este artículo no debe leerse de manera aislada, sino a la luz de la definición legal de transformación y de las normas del Código Civil, principalmente de los artículos 80, 91 y 98 del Código Civil, los cuales recogen normativamente el elemento no lucrativo de la asociación.

La transformación, con previa liquidación del patrimonio, asumido por el Tribunal Registral en realidad implica extinguir una persona jurídica (la asociación) y crear una nueva (la sociedad); desnaturalizando de esta manera la definición y finalidad de la transformación que supone la permanencia de la misma persona jurídica; y por ende, la subsistencia de sus miembros, derechos, obligaciones y patrimonio (que incluye activos y pasivos).

Finalmente tengamos presente que de admitir la transformación de asociaciones en sociedades se atentaría contra los intereses del Estado, en la medida que esta renunciaría a percibir ciertos ingresos por un propósito que devendría discordante con los fines de las normas tributarias.

Referencias Bibliográficas

- BEAUMONT CALLIRGOS, R. (1998). *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades*. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
- CIEZA MORA, J. (2013). *La Persona Jurídica-Aspectos Problemáticos de su falta de representación*. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
- ELIAS LAROZA, E (2001). *Derecho Societario Peruano-Ley General de Sociedades*. Perú, Trujillo: Normas Legales S.A.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2012) “*Derecho de las Personas*”. 6ta Edición. Tomo II. Perú, Lima: Grijley.
- FERNANDEZ SESSAREGO, (1986). “*Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*”. Perú, Lima: Librería Studium Editores.
- GONZALES BARRÓN, G. (2009). *Código Civil Comentado*. Tomo I. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. (2012). “*Manual de Derecho Societario*”. 2da Edición. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. (2001). *Derecho Mercantil*. México, México: Editorial Porrúa.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises. (2004). “*Derecho Comercial*”. Tomo I. 11ma Edición. Perú, Lima: Grijley.
- RICHARD, E. y MUIÑO, O. (1997) *Derecho Societario. Sociedades Comerciales, Civil y Cooperativa*. Argentina, Buenos Aires, Edit. Astrea.

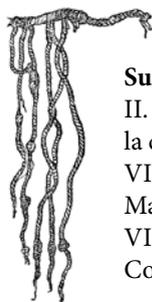
¿Es realmente posible transformar una asociación en una sociedad?, Análisis de la posición asumida por el Tribunal Registral

SALAZAR GALLEGOS, M. (2004) ¿Unificación, transformación, fusión o creación de personas jurídicas? A propósito del caso de la adecuación de instituciones educativas. *Actualidad Jurídica*, Tomo 123. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.

SANTA CRUZ, A. (Agosto 2005). La Transformación de Personas Jurídicas No Lucrativas. Un Ensayo sobre la Posibilidad de transformar una asociación en una sociedad. *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 83.

MAR TERRITORIAL, 200 MILLAS Y CONVENCIÓN DEL MAR. ¿DEBE ADHERIRSE EL PERÚ A LA CONVENCIÓN DEL MAR? APROXIMACIÓN A UN ESTUDIO SOBRE LA CONVENCIÓN DEL MAR Y UN BREVE ANÁLISIS SOBRE LA GEOPOLÍTICA Y EL INTERÉS NACIONAL.

Oswald Ayarza Gómez



Sumario: Introducción. I. Argumentos a favor de la Convención del Mar. II. Breve Reseña Histórica sobre el derecho al mar. III. Lo que establecía la constitución de 1933. IV. Soberanía y Jurisdicción. V. Interés Nacional. VI. La Constitución de 1979 y el concepto de Territorio Marítimo o Mar Territorial. VII. La Constitución de 1993 y la Convención del Mar. VIII. La Bases de toda política es defender los intereses nacionales. IX. Conclusiones.

Palabras Claves: Convención del Mar. Doscientas Millas marinas. Interés Nacional Geopolítica. Mar Territorial.

Introduccion

¿ Cuánto sabemos realmente sobre la Convención del Mar? Con asombro y sin respetar la memoria del gran héroe nacional, una conocida revista¹ no hace mucho publicó una entrevista apócrifa a

1 Revista CARETAS N° 1992. Publicado el 6 de setiembre de 2007. Año LVI. pp. 18-19.

Miguel Grau en la cual le atribuyen afirmaciones a favor de la adhesión a la Convención, que avergonzarían al propio Gran Almirante si estuviera vivo. La manera cómo algunos pontifican sobre el tema, y la importancia nacional que la adhesión a la Convención significa, motiva revisar dicho concepto, pues se trataría de generar una corriente de opinión² pretendiendo convencer a la opinión pública, al ciudadano común y al no especializado sobre las bondades de adherirse³ a una Convención que pudiera no convenir a los intereses de nuestro país.

Por ello, en esta investigación analizaremos⁴ si resulta conveniente para nuestro país adherirse o no a la Convención del Mar; y si la Tesis de las 200 Millas de Bustamante y Rivero ha dejado de ser tesis al incorporarse al derecho nacional como decreto supremo y luego como norma constitucional; para ello analizaremos además las Constituciones de 1933, 1979 y 1993.

Al final de la lectura, usted podrá tener un panorama claro sobre el tema y decidir si está de acuerdo con la posición de quienes pretenden que el Perú se adhiera a la Convención del Mar que establece 12 millas de mar territorial (con lo cual el Perú tendría un mar territorial de 12 millas) o simplemente decide mantener una posición discrepante con ella.

I. Argumentos a favor de la Adhesión a la Convención del Mar.

Argumentos que sustentan la posición para que el Perú se adhiera a la Convención del Mar:

2 Por ejemplo, ahora hasta especialistas en farándula como Fernando Vivas (El Comercio On line, Lun 03.FEB.2014) opinan señalando que es una posición patrioterica no firmar la Convemar (menos distingue entre lo que es firma y adhesión; tampoco que no sean parte de ella EE.UU. Israel, Venezuela, entre otros países).

3 La Convención del Mar (Convemar) estuvo abierta para la firma hasta el 10 de diciembre de 1984 en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Jamaica y, asimismo, desde el 10 de junio de 1983 hasta el 10 de diciembre de 1984 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York (artículo 306 de la Convención). Posteriormente quedó abierta a la adhesión de los demás Estados y entidades mencionadas en el artículo 305 de la misma. Entró en vigor el 16/11/1994, por lo que en sentido técnico, se entiende que cerrado el periodo de firmas, queda únicamente la adhesión.

4 Debemos indicar que la opinión aquí vertida se hace a título personal.

- Se debe firmar la Convención porque cuenta con la adhesión mayoritaria de los países industrializados.
- Las 200 millas aprobada por D.S. N° 781 de 1951 expedida por el presidente José Luís Bustamante y Rivero encierra un problema porque tal tesis era en la fecha de su publicación inimaginable para el derecho internacional clásico que pregonaba la tesis del tiro de cañón o 3 millas. La dificultad de esa tesis surge cuando se trataba de definir en qué consistían esas 200 millas. Si bien Bustamante y Rivero sostuvo en 1954 que las 200 millas señaladas en el decreto supremo era el mar territorial, su Ministro de Relaciones Exteriores (Enrique García Sayán), quien también suscribió la norma, sostuvo que era otra cosa “*que se trataba de una zona especial creada para la protección de determinados recursos naturales que favorecían al Estado*”; al existir en el derecho internacional clásico 2 zonas en el mar (mar territorial y alta mar) era casi imposible sostener una tercera zona⁵. En buena cuenta, esta tesis de las 200 millas tiene un tinte patrioterero siendo errada en sus alcances, lo que ha postergado hasta ahora la adhesión a la Convención del Mar.
- La tesis territorialista de las 200 millas, interesante en la década del '50 es hoy en día no sólo inútil, sino obsoleta y hasta contraproducente.
- La Convención del Mar refleja hoy en día las normas internacionales de otros países en cuanto al mar territorial de 12 millas y a la Zona Económica Exclusiva de 200 millas.

5 Cuando el Presidente Bustamante y Rivero, expidió el decreto supremo que ampliaba a 200 millas el mar territorial y establecía la defensa de sus recursos, existían doctrinalmente 2 conceptos: el mar territorial y alta mar, este último quedaba fuera del mar territorial, de allí que expresara en distintos foros que las 200 millas del decreto supremo eran el mar territorial; por lo que debe haber mucha confusión conceptual en quienes sostienen el argumento de la 3ra Zona a la que denominan zona especial. No existía cuando se expidió el aludido decreto supremo. En realidad, es la Organización de la Unidad Africana, quien en mayo de 1973 (cuando ya se discutía la 3ra Conferencia sobre el Derecho del Mar), la que declara como “Zona Económica de cada Estado a las 200 millas marinas contiguas a sus costas” y que con leves modificaciones es la que ha adoptado la Convención del Mar. Como vemos, la tesis ahora de la tercera zona saldría además del argumento del referido Ministro, de quienes sostienen esta versión muchos años después de la expedición del decreto supremo del mar territorial, y no del presidente Bustamante y Rivero quien ha sido terminante en su posición.

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

- El Perú no ha tenido mar territorial de 200 millas, el Perú ha tenido una zona marítima hasta las 200 millas donde ejerce soberanía y jurisdicción; por lo que el Perú con la Convención del Mar “*gana*” 12 millas de Mar territorial.
- El Perú se encuentra actualmente aislado del sistema internacional del mar, al no formar parte de la Convención, por ello se debe adherir a la Convención, porque otros países también lo han hecho.
- Es más difícil proteger 200 millas que 12 millas.

II. Breve Reseña Historica sobre el Derecho al Mar.

En tiempos antiguos del mundo occidental y conocido⁶, se evitaba viajar más allá de la vista de la costa o por rutas desconocidas pues se pensaba que la tierra era plana y existían monstruos marinos que se comían -literalmente- a las embarcaciones.

En el antiguo derecho romano el mar y la playa conocidos eran comunes a todos. Durante el colonialismo, Venecia, basada en su poderío militar, defendiendo su actividad comercial, asumió soberanía sobre el mar Adriático imponiendo impuestos y tributos a los buques que pasaban por su zona de influencia. De otro lado, el Mar Báltico era compartido por Suecia y Dinamarca mientras Inglaterra reclamaba soberanía sobre el Mar del Norte. En tanto, España y Portugal se disputaban las posesiones del Mar Atlántico y Pacífico que concluyó con la suscripción del Tratado de Tordecillas en 1494⁷.

En esta etapa, imponía sus intereses económicos el más fuerte

6 Más allá de la leyenda conocida en esta parte del mundo sobre el viaje de Túpac Yupanqui a Oceanía que demostraría una antigua vinculación marítima de los antiguos peruanos con el mar, no conocemos documento escrito hasta el momento que lo confirme o que nos permita conocer cuál era la concepción jurídica que tenían los Incas sobre el mar; si bien creemos que tenían una concepción muy distinta a la posición jurídica occidental de Roma en el sentido de un derecho común sobre el Mar.

7 Por el Tratado de Tordecillas en 1494 (actualmente en la provincia de Valladolid, España) firmado entre España y Portugal el 07/06/1494, se repartió entre ambos reinos mediante una línea divisorio lo descubierto y conquistado pocos años antes por sus respectivos navegantes.

económica y militarmente. Los ejércitos y las fuerzas navales creadas se iban fortaleciendo para proteger las actividades económicas y políticas de los Estados. De esta manera, quien tenía una relativa fuerza naval ejercía cierta influencia sobre los demás Estados del mundo: la mayoría de los conflictos se resolvieron en el Mar. La repartición del comercio marítimo por los países hegemónicos en esta época da cuenta de ello.

Un siglo más tarde del Tratado de Tordecillas, Hugo Grocio⁸ a través de su obra *Mare Liberum* (1609) propugnó el derecho a la libre navegación y recogiendo los postulados del derecho romano sostuvo que el mar era objeto de apropiación común a todos para la navegación y propósitos comerciales. Esta teoría fue objetada más tarde por John Selden,⁹ quien en su obra *Mare Clausum* defiende la legalidad del derecho de soberanía de Inglaterra sobre el mar abierto, justificando las posesiones ocupadas, opuesta así a la teoría del derecho natural. Posteriormente, Cornelius Van Bynkershoek¹⁰ en su obra “*Opera Omnia*” estableció como principio que el mar adyacente a las costas quedaba bajo la soberanía del estado costero. De esta manera la franja costera pegada al mar quedaba sujeta a la capacidad de control que el Estado adyacente podía ejercer sobre ella. Así, la posibilidad de defenderla y de aplicar medidas de control soberano se extendían hasta las 3 millas marinas, basada en su famosa tesis de la bala de cañón.

A fines del siglo XIX la descolonización de los países provocó el abandono lento de las pretensiones de dominio de extensos mares y un progresivo ordenamiento pacífico del tránsito en alta

8 Jurista y diplomático holandés (1583-1645). Publicó *Mare Liberum* (mar libre), obra en la que defendió la libertad de los mares frente a españoles e ingleses.

9 John Selden (1584-1654) político y jurista inglés. Publicó *Mare Clausum* obra en la que cuestiona la doctrina de Hugo Grocio y subraya que el uso del mar no es común.

10 Cornelius Van Bynkershoek (Holanda, 1673-1743) escribió “*De Dominio Maris*” y “*Quaestiones juris publici*”. Fue uno de los más importantes pensadores en el desarrollo del derecho del mar. Propuso en particular que los Estados tienen derecho al mar adjunto (adyacente) y que la anchura del mar territorial que debe ser reclamada por el estado costero es de 3 millas o la distancia hasta donde llega o alcanza la bala de cañón. Esta tesis sobre la anchura del mar territorial empezó a ser conocida como la de 3 millas o “bala de cañón”.

mar, siendo en 1882 en que se realiza la Convención de la Haya para la reglamentación de la pesquerías del Mar del Norte, donde se acuerda el registro de los barcos pesqueros. Este es uno de los primeros instrumentos modernos a través del cual los países se ponen de acuerdo sobre las actividades en el mar; el otro sería el establecido en 1893 entre Gran Bretaña y Estados Unidos sobre los “osos marinos” del mar de Bering.

1. La Ruta de Grau en defensa del mar peruano.

Paralelamente, mientras ello ocurría en el mundo, en esta parte del continente se libraba la guerra del pacífico (1879-1883), que enfrentaba a Perú y Chile. Del estudio de la ruta de los paralelos y los planos¹¹ que siguió el “Huáscar” comandado por el legendario Gran Almirante Miguel Grau en la defensa del mar peruano de las diferentes ofensivas navales, se aprecia que la ruta seguida era, por lo general, de 60 a 80 millas paralelas al litoral costero, si bien en algunos casos pudo haber sido menor. Con ello se puede afirmar así, que en nuestro país, la historia moderna en la defensa del mar peruano no era respecto a 3 ó 12 millas como en Europa; empezó con la ruta seguida por Grau y su desplazamiento¹² en defensa del mar peruano que hoy, lleva su nombre.

11 En la comparación de los planos y rutas seguidas por el “Huáscar” en la guerra del pacífico se puede revisar la obra de Melitón Carvajal Pareja. Historia Marítima del Perú. Tomo XI. Vol. 2. Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú. Lima, 2006. Planos, 2, 3, 4, 6, 7.

12 Según Melitón Carvajal Pareja. Ob. Cit. pp. 49 en los registros del Diario de Bitácora del “Huáscar”, las velocidades que alcanzaba éste, fluctuaban entre 9.5 mph (17.60 kph aprox.) a 12.5 mph (23.15 kph), habiendo alcanzado velocidades de hasta 14 mph, (25.93 kph) muy por encima de aquella obtenida en su prueba en 1865. Sí, al igual que ustedes, nos genera un rictus de sorpresa saber que nuestro nave insignia tenía casi una velocidad media de 20 km por hora, de allí que la lección debe ser muy bien aprendida, nunca más debe descuidarse la seguridad de nuestro mar en época de paz pues por falta de previsión e mucha improvisación en el manejo del Estado, desaparecido el “Huáscar” el mar quedó a señorío del enemigo.

2. Nacimiento de una nueva doctrina.

A fines del siglo XIX (Paris, 1894) el Instituto de Derecho Internacional, propuso establecer un límite general de 6 millas marinas al mar territorial, reconociendo la facultad de ampliarlo a 9 millas en caso de guerra.

Posteriormente en el siglo XX, los cambios geopolíticos, la nueva configuración del mapa mundial después de la I guerra mundial y la aparición de nuevos Estados hegemónicos, hicieron que el comercio marítimo se intensificara. De igual modo, las potencias empezaron a involucrarse más en la protección de su comercio y a intensificar la búsqueda de recursos marinos así como la exploración y explotación masiva de combustible fósil en los mares. A partir de allí, se empezó a discutir la necesidad de establecer una extensión de mar territorial común a todos, pues hasta entonces éste empezaba a variar con los intereses económicos de los países, aunque las 3 millas de mar territorial o “*tiro de cañón*” subsistía mayoritariamente como doctrina imperante.

Así, la evolución definitiva del nuevo derecho del mar que se fue forjando en el transcurso de los siglos XIX y XX, tuvo como corolario la “Conferencia de la Haya” de 1930, convocada por la Sociedad de las Naciones con el tema Mar Territorial en la cual algunos países se pronunciaron por el establecimiento de un mar territorial de 12 millas. Aunque no hubo un acuerdo definitivo, la doctrina de las 3 millas que subsistía en la mayoría de países europeos ya empezaba a ser cuestionada por ellos mismos.

Sin embargo, en el medio latinoamericano con la *Declaración de Panamá* de 1939, surgió la tesis de las 300 millas marinas, la cual establecía una zona de seguridad de 300 millas alrededor del continente¹³.

¹³ En realidad, cuando en 1939 estalló la segunda guerra mundial, el presidente Roosevelt convocó a la Primera Reunión de Ministros de Asuntos Exteriores para el 23 de setiembre en Panamá. En la reunión se aprobó una

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

A esta siguió la Resolución VIII sobre *Extensión de Mar Territorial*, de la Segunda Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de La Habana en 1940, y la recomendación del Comité Jurídico Interamericano de 1941 de extender el mar territorial hasta las 12 millas marinas y la Declaración N° 2667 del 28 de setiembre de 1945 del Presidente estadounidense Harry S. Truman quien proclamando los intereses de los Estados Unidos declaró que “*el gobierno de los Estados Unidos considera los recursos naturales del subsuelo y el lecho marino de la Plataforma Continental bajo la Alta Mar, pero contigua a la costa de los Estados Unidos como perteneciente a los EE.UU. y sujetos a su jurisdicción y control*”.

Dicha manifestación dio inicio a una serie de declaraciones unilaterales en Latinoamérica y a una doctrina nueva destinada a explotar ya no únicamente, los recursos pesqueros sino los recursos económicos y mineros de los mares adyacentes a los países costeros dejando de lado la doctrina europea imperante de las 3 millas que, en América -como ya dijimos líneas arriba- había empezado a ser abandonada. La nueva doctrina que se estaba gestando en este continente en relación al mar territorial empezaba a abrirse paso.

Todos estos hechos trajeron como consecuencia una serie de declaraciones de varios países destinadas a reivindicar la soberanía y jurisdicción sobre sus costas adyacentes. Así:

- En México: El 29 de octubre de 1945, el Presidente Ávila Camacho emitió una Declaración destinada a reivindicar la plataforma continental adyacente a sus costas y a proteger

declaración de neutralidad y, a iniciativa de los Estados Unidos se firmó la Declaración de Panamá, que estableció una zona de seguridad de 300 a 1000 millas de ancho alrededor del continente donde no debían cometerse actos de guerra por ninguna de las potencias en conflicto.

todas y cada una de las riquezas naturales descubiertas o no, que se encontraban en ella; la Declaración ordenaba la vigilancia y control de las zonas de protección pesquera necesarias para un aprovechamiento y conservación de sus riquezas.

- En Argentina: El 11 de octubre de 1946, el Presidente Juan Domingo Perón dictó un Decreto por el que se declaran pertenecientes a la soberanía de la Nación, el mar epicontinental¹⁴ y el zócalo continental argentino.
- En Panamá: El 17 de diciembre de 1946, el presidente Enrique A. Jiménez declara que la jurisdicción nacional para los efectos de la pesca en general -en aguas territoriales de la República- se extiende a todo el espacio comprendido sobre el lecho marítimo de la plataforma continental submarina y la pesca que se efectúe dentro de los límites indicados, se considere producto nacional.
- En Chile: El 23 de junio de 1947, el Presidente Gabriel González Videla, proclama la soberanía nacional sobre el zócalo continental, y los mares adyacentes a las costas continentales e insulares del territorio chileno, cualquiera que sea su profundidad y en la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar las riquezas naturales existentes en ellos, y declara la protección y control del Estado hasta una distancia de 200 millas.
- En Perú: El 01 de agosto de 1947, el Presidente José Luís Bustamante y Rivero mediante Decreto Supremo N° 781 (publicado en el diario oficial El Peruano el 11 del mismo mes), declara en su primera cláusula que la soberanía y jurisdicción peruana se extienden a la plataforma submarina o zócalo continental insular, adyacente a las

¹⁴ Es el mar u océano situado sobre la plataforma continental. (Diccionario el pequeño Larousse ilustrado. México. 12ava Edición. 2005, pp. 397).

costa continentales e insulares del territorio nacional. De igual modo, en la cláusula segunda y tercera establece expresamente que la soberanía y jurisdicción nacional se ejercen también sobre el mar adyacente a las costas del territorio peruano a una distancia de 200 millas marinas. Resulta necesario precisar que, en su Quinto considerando, el mencionado decreto supremo establece:

- “*El derecho a proclamar la soberanía del Estado y la jurisdicción nacional sobre toda la extensión de la plataforma o zócalo submarino, así como sobre las aguas epicontinentales que lo cubren y sobre las del mar adyacentes a ellas, en toda la extensión necesaria para la conservación y vigilancia de las riquezas allí contenidas, ha sido declarado por otros Estados y admitido prácticamente en el orden internacional (Declaración del Presidente de los Estados Unidos de América del 28 de setiembre de 1945; Declaración del Presidente de México del 29 de octubre de 1945; Decreto del Presidente de la Nación Argentina del 11 de octubre de 1946; Declaración del Presidente de Chile del 23 de junio de 1947)*”.
- En Costa Rica: El 27 de julio de 1948, la Junta Fundadora de la Segunda República de Costa Rica proclama la soberanía nacional sobre la plataforma submarina, y establece una zona de 200 millas para protección de las riquezas naturales y la pesca marítima; el 2 de noviembre de 1949, la misma Junta Fundadora ratifica su anterior decisión.
- El Salvador: El 14 de septiembre de 1950, El Salvador incluye en su Constitución Política, artículo 7, la siguiente disposición: “*El territorio de la República, dentro de sus actuales límites, es irreductible; comprende el mar adyacente hasta una distancia de 200 millas marinas, contadas desde la línea de la más baja marea, y abarca el espacio aéreo, el subsuelo y el zócalo continental correspondiente*”.

- Honduras, que en las leyes de enero y marzo de 1950, había incorporado a su territorio la plataforma continental y había extendido su jurisdicción sobre el mar adyacente hasta una distancia de 200 millas, confirma esta decisión en enero de 1951.

Es indudable que todas estas declaraciones produjeron una nueva doctrina en el derecho marítimo en Latinoamérica y causaron preocupación en los países europeos por la configuración geográfica propia de dicho continente diferente al nuestro y por los problemas evidentes que surgían al salir de la II guerra mundial.

Sobre el tema del mar territorial peruano, o territorio marítimo se ha creado mucha confusión en los últimos años; y no sabemos si ello se ha debido a una estrategia intencionada o ha sido por una ausencia de criterio y conocimiento. Los especialistas que apoyan la adhesión a la Convención de Mar han expresado ideas desfavorables a los intereses nacionales respecto a la defensa de nuestro territorio marítimo y de sus recursos pesqueros, estratégicos y energéticos, mas aún si hasta antes del referido decreto, el Perú no contaba con un instrumento jurídico normativo que recogiera expresamente la defensa del mar peruano como ahora sí lo cuenta.

Estos especialistas, a través de sus opiniones, comentarios, entrevistas (principalmente a través de los medios escritos de comunicación como periódicos, revistas, etc.) han estado tratando de imponer su punto de vista hacia la adhesión a la Convención, logrando paralizar en la forma, mas no en el fondo la expresión “*mar territorial*” de la Constitución de 1979 y de la Constitución de 1993.

En un país como el nuestro, el desarrollo económico está ligado directamente a la posibilidad de disponer de sus

recursos naturales, energéticos y a la defensa y uso adecuado de los mismos. La importancia que sus más experimentados profesionales defiendan los intereses del país, no sólo está limitada al estudio de los convenios internacionales, sino a que se pondere que cualquier suscripción o adhesión del Estado debe pasar por una debida evaluación en congruencia con los intereses nacionales. No olvidemos que la importancia del mar peruano, por su especial riqueza es de un factor económico tal que genera fuentes de empleo, creación de industrias, inversión nacional, recaudación de impuestos y beneficios para nuestro país, además, aproximadamente el 90% de nuestro comercio exterior se realiza a través de sus aguas; estando ligada a nuestra tradición e historia marítima nacional.

Por ello, resulta necesario recoger lo que dijera Alberto Ulloa Sotomayor¹⁵: *“las limitaciones de un concepto corresponden a la mentalidad jurídica de la necesidades humanas de una época”*. Desde ese punto de vista, es necesario dejar en claro que *“si el objetivo fundamental de la creación del mar territorial ha sido en su momento la defensa del Estado ribereño, hoy es quizá el fundamento menos válido por los cambios operados en la técnica militar y el alcance de los nuevos proyectiles. El motivo de fondo de toda discusión sobre áreas marítimas es económico”*¹⁶.

IV. Lo que Establecía la Constitución de 1933.

La Constitución de 1933¹⁷ en el Título I del Estado, el Territorio y la Nacionalidad, establecía lo siguiente:

- Art. 1º.- El Estado es uno e indivisible.
- Art. 2º.- El territorio del Estado es inalienable.

15 Alberto Ulloa, “Derecho Internacional Público”, Madrid 1957, citado por Hugo Charny. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XIX. Driskill S.A. Buenos Aires, 1984. op. Cit. pp. 87

16 Hugo Charny. Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. pp. 81

17 Las Constituciones del Perú. Domingo García Belaunde. Ministerio de Justicia. Edición Oficial. 1993. 1ra Ed. pp. 377.

Ésta Constitución, no recogía norma alguna sobre el mar territorial, dado que en los años de su promulgación se estaba consolidando una nueva doctrina sobre la anchura territorial que era básicamente impulsada por los países latinoamericanos y que dejaba ya sin sustento la antigua doctrina de los países europeos en relación a las 3 y 12 millas que hasta unos años atrás había sido comúnmente aceptada. Es con posterioridad a su promulgación, que el Presidente José Luís Bustamante y Rivero el 01 de agosto de 1947 expide el mencionado Decreto Supremo N° 751 por el cual se declara la soberanía y jurisdicción sobre las 200 millas marinas peruanas.

Y ello porque no resultaba exacto atribuir a la doctrina de las 3 millas la nota de unanimidad, pues bastaba que haya disidencias en su aceptación para que no pueda aceptarse dogmática y ecuménicamente su calidad de norma universal y obligatoria en el derecho internacional.

Como ya expresamos, hasta antes de la expedición del aludido decreto supremo, no había un instrumento normativo internacional, menos nacional, que fijara el límite marítimo en 3, 12 o 100 millas; el tema era pues básicamente doctrinario y económico. ¿Qué buscaba el presidente Bustamante y Rivero? Proteger, mediante una norma legal interna, los intereses económicos que, como Estado, tenía nuestro país sobre su mar adyacente e incorporarla al derecho nacional, pues hasta aquellos años, no había un instrumento normativo nacional ni internacional que fijara el límite marítimo, de allí la importancia de la incorporación al derecho nacional a través de una norma primero y de un convenio internacional después, de la delimitación de las 200 millas peruanas y la defensa de sus recursos. Posteriormente el ex presidente sostuvo enfáticamente en 1954 que las 200 millas establecidas en el aludido decreto supremo era el “mar territorial”¹⁸. La acción del Estado, de sus políticos, de

18 José Luís Bustamante y Rivero. Las nuevas concepciones jurídicas sobre dominio territorial del Estado y Soberanía Marítima. (Memoria que contiene la Exposición de Motivos del Decreto Supremo expedido por el gobierno del Perú el 1° de agosto de 1947). En: Revista del Foro. SET-DIC 1954. Año XLI. N° 3. pp. 477 y ss.

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

sus intelectuales, de sus profesionales y de su pueblo, consiste en defender tal espacio económico e histórico y no reducirlo.

Para que la referida declaración se publicite y sea reconocida por la comunidad internacional, se efectuó una declaración conjunta con países vecinos, la misma que se materializó en Santiago de Chile en 1952¹⁹, y cohesionó un núcleo importante en la defensa de las 200 millas. Debido a ello, el derecho internacional reconoce los derechos del Perú sobre las 200 millas de mar territorial porque existe *ab initio* e *ipso iure* mucho antes de la entrada en vigencia de la Convención del Mar; reconociéndole, la comunidad internacional derechos anteriores a la Convención; está última que obliga naturalmente, a quienes son parte de ella.

En el referido instrumento público internacional los tres Estados firmantes declaraban que:

“la antigua extensión del mar territorial (...) son insuficientes para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de esas riquezas (...). Como consecuencia de estos hechos los gobiernos de Chile, Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada de uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas”.

En efecto, se reconocen los derechos del Perú porque cuando se expidió el decreto supremo y se suscribieron los convenios

19 La “Declaración de Santiago sobre Zona Marítima”, conocida como “Declaración de Santiago” fue suscrita el 18 de agosto de 1952, por los delegados de Chile, Ecuador y Perú luego de la “I Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur” y se encuentra registrada en la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas desde el 12 de mayo de 1976. Posteriormente en 1980, a la referida declaración se adhirió Colombia. En ese documento los 3 países proclamaron su soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el mar que baña sus costas con el fin de impedir la explotación irracional de los recursos naturales que pongan en peligro la existencia, conservación e integridad de esas riquezas. Argentina proclamó las 200 millas como mar territorial en 1967. Para el derecho internacional la Declaración de Santiago de 1952, constituye el primer pronunciamiento interestatal y conjunto en cuanto al mar territorial.

mencionados no existía una norma internacional preexistente que legislara obligatoriamente sobre el mar territorial. Como dice el jurista argentino Hugo Charny²⁰ *“La Declaración de Santiago tuvo la virtud de otorgar rango internacional a pronunciamientos unilaterales”*.

Más adelante, la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (México, 1956) reconocería que la extensión de 3 millas de raigambre europeo *“es insuficiente y no constituye una norma de derecho internacional. Por tanto, se justifica la ampliación de la zona de mar tradicionalmente llamada mar territorial”*; y reconocía asimismo que *“cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos, geológicos y biológicos (...)”*.

IV. Soberanía y Jurisdicción.

La soberanía se conceptualiza como el derecho que tiene un Estado para ejercer el poder y compeler por la fuerza cualquier amenaza o violación en su contra. Se le atribuye un significado absoluto que excluye otros derechos que no sean los del soberano. La jurisdicción se define como el acto o poder para imponer, precisamente dentro de su territorio, esa soberanía. Tradicionalmente se consideran 3 elementos en la soberanía: Territorio (entendido en sentido lato como tierra, mar y aire), pueblo y poder.

Desde una visión moderna, un Estado compele por la fuerza o el derecho su soberanía y jurisdicción a otros Estados. Si un Estado no es fuerte, no podrá defender su territorio de amenazas externas cuando las circunstancias lo exijan y se quedará en la lírica de las declaraciones y en la mesa de negociaciones. En ambos conceptos, se evoca el derecho y la obligación de cada generación de que el

20 Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XIX. Driskill S.A. Buenos Aires, 1984. pp. 63 y ss.

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

Estado preserve su territorio ante cualquier amenaza contra su integridad. Ante ello deben ser fríos en el análisis, en el diálogo, en la negociación.

Los países desarrollados dan cuenta de la inversión en tecnología y defensa como política de estado en seguridad (Inglaterra, EE.UU. Alemania, Francia, España, Italia, Rusia, China, Corea; y Brasil, Chile, en esta parte del continente); hay en ellos una preocupación constante que ha evitado a la luz de la experiencia, mutilaciones territoriales en su historia. En el caso de nuestro país, con una política de poblamiento, de reforzamiento en educación, carreteras y vías férreas que unan fronteras, se pondría en niveles superiores al que tuvimos antes de 1879; y con ello, se aprendería de la historia. Por ello, si por no prevenir ni escuchar los consejos de estadistas, a los políticos peruanos la guerra del '79 los agarró distraídos en conflictos internos, los de ahora no deben ser jamás émulos de aquellos. Si para trabajar en la administración pública se exige profesionales altamente capacitados y honestos, con mayor razón, a quienes van a representarnos elaborando leyes que beneficien a la nación, se les debe exigir requisitos mínimos de ética y honestidad para su acceso. Ante todo debe primar siempre el interés nacional antes que el particular.

V. Interés Nacional.

En un mundo globalizado, los países tienen diversos intereses. Cada uno hace su propio juego geopolítico. La paz no es duradera como muchos teorizan. Suele ser así cuando se tiene un Estado fuerte y se puede invertir sin preocupaciones. Para el Perú, evitar la guerra y preservar la paz ha sido siempre a expensas del desgarramiento y de la dolorosa pérdida territorial.

En la actualidad, el Perú tiene 1'285,215.60 km². Limita con 5 países y su línea costera tiene una extensión de 3,079.50 Km.; por tanto, somos también, un país costero.

Nuestro país junto a China está entre los primeros países pesqueros del mundo. La pesca artesanal se realiza dentro de las 5 millas marinas pero la gran pesca, la que genera inversión industrial, fuentes de trabajo y exportaciones se realiza dentro de las 20 millas (anchoveta, jurel, caballa, sardina y otros recursos costeros que corresponde al 90% de nuestra pesca); a partir de la milla 10 en el caso del atún y especies acompañantes y a partir de las 20 millas, la de calamar gigante y pota; es decir, estos recursos casi no se encuentran dentro de las 12 millas del mar territorial que establece la Convención del Mar y a la que se pretende se adhiera el Perú.

Adicionalmente a su riqueza pesquera, el Perú posee en su territorio marítimo diversos recursos mineros y energéticos (el petróleo y el gas ubicados dentro de las 200 millas, es fuente de energía presente en nuestro mar).

En sus relaciones con los demás Estados o con los países vecinos, cualquier suscripción o adhesión a Convenios o Tratados internacionales deben ser evaluadas rigurosamente para determinar si se adecua a los intereses nacionales del Estado peruano. Si no son compatibles con los intereses del país, deben ser rechazados, pues la política de un gran Estado se basa en sus intereses permanentes. Es fundamental lo aquí expresado: debe hacerse siempre lo que sea más conveniente al país.

A la fecha, debe tenerse en cuenta cuáles son los intereses del país; el análisis que hacen algunos para persuadir en torno a la adhesión a la Convención del Mar gira en relación a intereses comunes internacionales (básicamente, intereses de otros Estados en detrimento del nuestro). Por ejemplo, en la redacción de la Constitución de 1979 y la de 1993, quienes participaron en su elaboración aprobaron ambos textos sin la expresión “*mar territorial*” como sí lo hizo Ecuador en su legislación²¹, aunque ello, como ya dijimos no significa que lo mismo se haya dicho con otras palabras.

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

VI. La Constitución de 1979 y el Concepto del Territorio Marítimo o Mar Territorial.

Los artículos 97, 98 y 99 del Capítulo III DEL TERRITORIO, de la Constitución de 1979, establecían lo siguiente:

“Art. 97.- El territorio de la República es inviolable, comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

Art. 98.- El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de 200 millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República.

Art. 99.- El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las 200 millas.”

1. El territorio de la República.

Como vemos, el artículo 97 prescribía que: **el territorio** de la República **comprende**: el suelo (...) **el dominio marítimo** y el espacio aéreo que los cubre. Más adelante (artículo 98) va a establecer que el dominio marítimo comprendido en el territorio de la República, es hasta la distancia de 200 millas y sobre el cual el Estado ejerce soberanía y jurisdicción.

En esencia, la lectura fundamental del artículo 97 de la derogada Constitución de 1979, precisaba que el territorio de la República contenía al dominio marítimo. El artículo 98

²¹ Ecuador adecuó su Código Civil en 1970 a la normativa establecida por la Declaración de Santiago, estableciendo en su artículo 628 que “el mar adyacente, hasta una distancia de 200 millas marinas medidas desde los puntos más salientes de la costa continental ecuatoriana (...) es mar territorial y de dominio nacional.”

definía que el dominio marítimo comprendía una distancia de 200 millas. Si el territorio de la república incluía el dominio marítimo y éste es hasta las 200 millas, entonces el territorio marítimo peruano se extendía hasta las 200 millas y como tal, era parte integrante del territorio nacional, siendo éste inalienable e inviolable.

El artículo 98 incorporaba con todo rigor al territorio de la República el dominio marítimo. Pero, ¿por qué no se habló o por qué no se introdujo la palabra “mar territorial” y salió así un confuso artículo que mezcló conceptos?²²

Lo que hicieron fue un desatino total en la Constitución de 1979. Por adelantarse al tiempo, quienes integraban las comisiones de las Naciones Unidas para la futura Convención del Mar introdujeron equívocamente conceptos que se estaban discutiendo en dichas comisiones²³ y los incorporaron al texto final de la Constitución sorprendiendo al país²⁴.

A decir de Domingo García Belaunde²⁵ “*la tesis territorialista*”²⁶, que logró ser introducida en un primer momento (como por ejemplo en el Reglamento de la Asamblea Constituyente sancionada en agosto de 1978, y posteriormente en las dos comisiones de trabajo referidas al Estado y al Territorio y en

22 Según Francisco Chirinos Soto. Diario La Razón on line 25/04/2007, atendiendo a una petición del embajador Miguel Bákula, la Comisión principal de Constitución (1978-1979) excluyó la expresión “mar territorial” de la Constitución que se estaba redactando.

23 Según el diario El Peruano (documento sobre la CONVEMAR publicado 24/11/05, pp. 2), quienes trabajaron y participaron activamente a lo largo de los años ‘70 en la elaboración de la CONVEMAR (Convención del Mar) fueron principalmente Juan Miguel Bákula Patiño y Alfonso Arias Schreiber. Al respecto en 1970 el Perú participó en la conferencias preparatorias de 1971 y 1972 para la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; de igual modo, en 1973 se inició la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para establecer reglas sobre la utilización y aprovechamiento de los mares, las áreas submarinas y los recursos hidrobiológicos y minerales, de la cual surgió la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

24 Como ejemplo de que ninguna persona ni tribunal debe hacer, a pedido, legislaron sub specie legis ferendae anticipando conceptos a la norma constitucional antes de que el Estado hubiera firmado la Convención del Mar o se hubiere adherido a ella; o lo que es peor, antes de que exista, se hubiese sancionado o entrado en vigencia la referida Convención.

25 Constitución y Dominio Marítimo. Instituto Iberoamericano de derecho constitucional (sección peruana). Lima, 2002. pp. 21-22.

26 Este autor adjetiva así a quienes defienden el principio de 200 millas de mar territorial o territorio marítimo recogido por la Constitución de 1979 y 1993. Nosotros diríamos de los que quieren adherirse a la Convención del Mar, y reducir el mar territorial peruano a 12 millas, defienden y mantienen una tesis secesionista.

otra dedicada a los recursos naturales) “*fue al final totalmente abandonada*”.

El mismo García Belaunde²⁷ señala que “*el artículo 98, redactado al parecer en Torre Tagle tuvo un arreglo o redacción que encajaba perfectamente con la situación peruana y con la situación internacional*”.

Queda claro pues que, quienes se opusieron realmente a la incorporación en forma textual de la frase “*mar territorial*” en el texto constitucional de 1979, estaban pensando más en las Comisiones internacionales de las cuales formaban parte y en las que trabajaban, que en los intereses nacionales a los cuales se debían. Se perdió así una primera oportunidad de encriptar en la Constitución, lo que el artículo 97, en el texto de su propia naturaleza, ya decía.

De allí la importancia de mantener como objetivo estratégico la integridad territorial de las 200 millas incorporada a la Constitución de 1979 (y posteriormente a la de 1993 que no ha variado sustancialmente en sus términos). Todos estamos involucrados y tenemos un rol desde la posición que ocupamos en la sociedad y en el Estado de proteger, y prever una adecuada defensa del territorio nacional, esto es, de las 200 millas de territorio marítimo.

2. Mar Territorial.

El mar territorial es el mar que pertenece, que es parte del territorio de un Estado. Es la prolongación del territorio, de allí que se denomine *mar territorial*; es aquél espacio donde un Estado ejerce plenamente su soberanía y jurisdicción. Donde hay una soberanía y jurisdicción restringida, ya no hay mar territorial.

²⁷ Op. Cit. pp. 23.

La Convención del Mar, establece respecto al mar territorial que éste no debe exceder de 12 millas y en el cual cada Estado ejercerá su soberanía y jurisdicción. En las 188 millas restantes, sólo ejercerá algunos derechos de soberanía, de allí que no le denomine mar territorial, sino zona de dominio exclusivo²⁸.

3. ¿Cuántas millas de Mar Territorial tenemos?

Luís Alberto Sánchez (LAS) en un artículo publicado en un diario nacional²⁹ señaló en relación a los artículos 97 y 99 de la Constitución de 1979 que:

“Primero, la Constitución del Estado, al definir el territorio nacional (...) no menciona la expresión “mar territorial” que por consiguiente constitucionalmente no existe; Segundo, cuando se promulgó la Constitución el mar territorial era sólo de 3 millas y en la Convención de abril de 1982 [Convención del Mar³⁰] crece a 12 millas para los firmantes”.

La opinión vertida por Luís Alberto Sánchez (LAS), la citan quienes abogan por la adhesión de nuestro país a la Convención del Mar, “*olvidando*” que el mar territorial en el Perú no era de 3 Millas. Esa era sólo una posición en la doctrina imperante en la época, no recogida en texto nacional ni en Convenio internacional alguno suscrito por nuestro país; por tanto, mal podría afirmarse que antes de la Constitución de 1979 o del D.S. N° 751, el mar territorial peruano era de 3 millas.

Lamentablemente, dicho parecer no fue una feliz expresión de LAS. Pero no se le puede responsabilizar por su desconocimiento, pues no tenía formación jurídica.

28 Si nosotros tenemos un territorio donde no podemos ejercer soberanía y jurisdicción, entonces tenemos cualquier cosa, menos territorio.

29 El Observador. Lima, 20 de marzo de 1983.

30 El paréntesis es nuestro.

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

Responsables son los que basándose en esa afirmación, quieren que el Perú se adhiera a la Convención del Mar y pretenden negar lo evidente: es decir, que el Perú no tiene mar territorial o territorio marítimo de 200 millas. Pontifican en base a dicha opinión, lo que en realidad por su naturaleza, los artículos 97, 98 y 98 de la Constitución de 1979 ya recogían.

Si la Constitución de 1993 ha mantenido básicamente el tenor del texto de su antecesora (los 3 artículos los han unido ahora en uno), y hasta el día de hoy nuestro país no ha firmado ni se ha adherido a la Convención del Mar, preguntamos ¿Cuántas millas marinas de mar territorial tiene actualmente el Perú? ¿tiene un mar territorial de 3 millas? ¿De 12 millas? ¿Cuánto millas de territorio marítimo defiende el Estado peruano? ¿No existe el mar territorial en el Perú de allí el apresuramiento por adherirse a la Convención del Mar?

En realidad, la misma Constitución de 1979, basada en el Decreto Supremo N° 791, resolvió el problema: El mar territorial peruano tiene 200 millas. La tesis de José Luís Bustamante y Rivero, dejó de ser tesis al incorporarse al derecho nacional. La vigente Constitución de 1993, casi sin modificaciones repite el texto de la Constitución anterior de 1979.

VII. La Constitución de 1993 y la Convención del Mar.

1. El territorio y el dominio marítimo en la Constitución de 1993.

El artículo 54 de la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

“Artículo 54.- El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.”

El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de 200 millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por el Estado. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las 200 millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la Ley y con los tratados ratificados por el Estado”.

El artículo bajo comentario, señala que el territorio del Estado comprende al dominio marítimo hasta las 200 millas y, sea sobre tierra o mar, en ambos casos ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio que cobre su territorio.

Conforme a ello, mal haría nuestro país en adherirse a una Convención que establece un mar territorial pleno hasta las 12 millas y una zona económica exclusiva fuera de él, donde se ejercerán *algunos* derechos de soberanía y jurisdicción.

2. El mar territorial y la zona económica exclusiva en la Convención del Mar.

En relación al mar territorial, la Convención del Mar, expresa lo siguiente:

“Artículo 3. Anchura del mar territorial

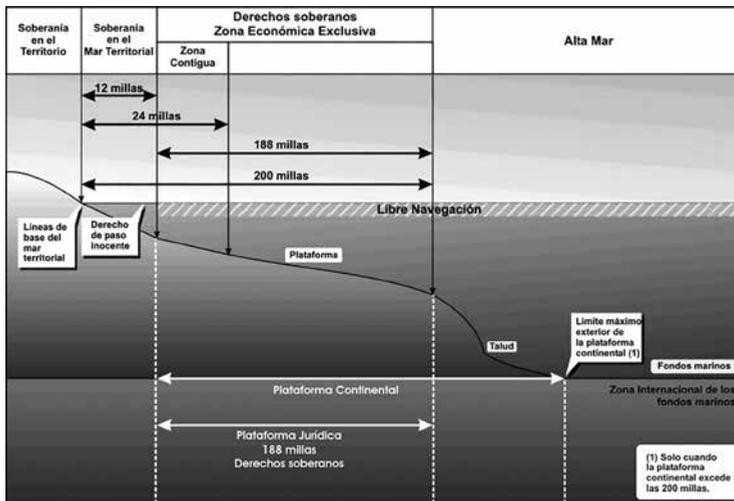
Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención.”
 (...)

El texto es claro y no queda duda alguna. En la Convención del Mar, el mar territorial tiene un límite: 12 millas. Puede tener menos millas, pero no puede exceder dicho límite. No ocurre así en la llamada Zona Económica Exclusiva, que se extiende a partir de la milla 13 hasta la 200. En ella no se establece mar territorial sino sólo se ejercen algunos

Mapa N° 1 **El Mar Territorial en la Convención del Mar**



En el mar territorial:

- Soberanía y Jurisdicción sobre el espacio marítimo y aéreo.
- Paso inocente. Regulaciones del paso.
- Líneas de base recta o normal.
- Delimitación: Línea media equidistante.
- Impedimento de actividades militares y navegación en inmersión.
- Derecho de persecución.

derechos soberanos. A decir de Montoya Chávez³¹ “*se debe considerar que el Estado tiene completo dominio sobre las primeras 12 millas, pero sobre las siguientes 188, sólo capacidad exclusiva de ejercicios de derechos soberanos, básicamente de índole económica.*”

Al respecto, en relación a la zona económica exclusiva, los artículos 55 y 57 de la Convención del Mar, señalan lo siguiente:

La Zona Economica Exclusiva

Artículo 55. Régimen jurídico específico de la zona económica exclusiva

La zona económica exclusiva es **un área situada más allá del mar territorial** adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta parte de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados (...)

Artículo 57. Anchura de la zona económica exclusiva

La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

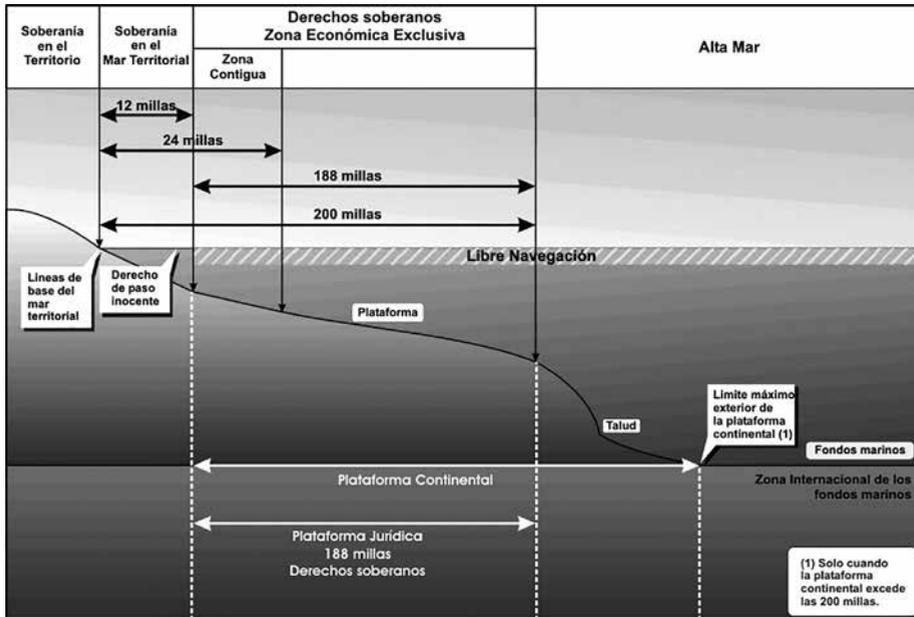
Conforme se aprecia, la zona económica exclusiva no es parte del mar territorial. Puede ser “casi” lo mismo, pero no lo es y ahí sí hay una diferencia muy importante, pues en esta zona (en

31 Víctorhugo Montoya Chávez. La Constitución Comentada. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2005. pp. 752.

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

Mapa N° 2

La Zona Económica Exclusiva



En la Zona Económica Exclusiva:

Soberanía y jurisdicción sobre recursos del mar, del fondo e islas artificiales.

Libre navegación, sobrevuelo, tendido de cables y tuberías submarinas.

Promueve el óptimo aprovechamiento de los recursos y la protección del medio marino.

Declaración de excedentes por el estado costero. Acceso a excedentes.

Tarifas.

Cooperación en investigación científica.

Derecho de persecución a violadores de leyes sobre recursos (Ejemplo: Caso Onassis).

las 188 millas que la separan del mar territorial) se da la libre navegación de las naves de guerra sin autorización; es decir, que a partir de la milla 13 pueden circular libremente barcos, submarinos y cualquier nave de guerra en general sin que exista conflicto alguno; ello no ocurrirá si mantenemos nuestras 200 millas de territorio marítimo sin adherirnos a la Convención.

Es ilustrativo lo que dijera Andrés Aramburú Menchaca³² respecto a la libre navegación en la zona económica exclusiva:

“la libre navegación que principalmente no consiste en la libre navegación de cualquier buque, sino la libre navegación de buques de guerra. Entonces, ¿qué interés tenemos nosotros en (...) renunciar a la protección que nos dan las 200 millas de mar territorial en que el buque de guerra puede pasar por allí, pero pidiendo permiso?”

De igual opinión fue Eduardo Ferrero Costa³³ quien en su intervención en la misma reunión y sobre el mismo tema señaló lo siguiente:

“en el mar territorial hasta las 12 millas hay paso inocente, que no impide el paso, simplemente hay que hacerlo respetando ciertas normas que establece la Convención, y en el caso de los submarinos, estableciendo que estos deben navegar por la superficie mostrando su bandera, lo que no es exigido en el caso de la zona económica exclusiva hasta las 200 millas”.

Conforme a lo expuesto, las 200 millas de mar territorial que tenemos y las 12 millas de mar territorial y la zona de dominio exclusivo que establece la Convención del Mar son conceptos

32 En la intervención que hiciera en la 53ª Sesión (vespertina) de la Comisión de Constitución y Reglamento, del martes 4 de mayo de 1993, cuya versión magnetofónica obra en el libro de Domingo García Belaunde: Constitución y Dominio Marítimo, ya citado, pp. 73

33 Ibidem. pp. 75.

contrapuestos; no queda duda que éstas no respetan el mar territorial incorporado al derecho nacional por el decreto de Bustamante y Rivero, defendido en los convenios pesqueros como la Declaración de Santiago y recogido e incorporado a la derogada Constitución de 1979 como la actual de 1993.

VIII. La Base de toda Política es Defender los Intereses Nacionales.

1. La geopolítica y el territorio peruano.

La geopolítica es la disciplina que estudia la incidencia de los factores geográficos en el destino de un Estado, suministrando criterios útiles para la mejor ocupación del territorio nacional y la explotación de sus recursos, así como las áreas de interés estratégico. Uno de los más importantes aportes efectuados por esta disciplina es el estudio del espacio vital, esto es, aquél espacio considerado necesario para garantizar la supervivencia de un Estado frente a otros. Después de la II Guerra mundial esta disciplina entró en crisis considerándose en desuso en las décadas siguientes.

Sin embargo, se ha reinventado y la encontramos en conceptos como globalización, área de influencia comercial, inversión estratégica, etc., por lo que ha vuelto a ser objeto de estudio desde un nuevo enfoque. La geopolítica pues ha tomado otras dimensiones encontrándola ligada a conceptos económicos, geográficos y políticos: la expansión se da ahora en términos de mercado. La base de toda política exterior es defender los intereses nacionales. La interior: estimular la inversión sin perder de vista, los factores estratégicos.

Las 200 millas de territorio marítimo, que nuestro país por una necesidad económica y estratégica, incorporó al derecho nacional fue un paso extraordinario en la defensa de

los intereses nacionales permanentes del espacio oceánico, consolidando así nuestra frontera marítima.

Si no tenemos la fuerza y la respuesta necesaria como elemento disuasivo³⁴ para defender nuestro territorio, estaremos siempre destinados a perderlo. Cualquier conflicto en la defensa de nuestro territorio debe desarrollarse y resolverse favorablemente en aguas y territorio extranjeros. En efecto, jamás debe resolverse en territorio y mar peruano conflicto alguno. Todo conflicto debe librarse y decidirse en tierra y mares del agresor.

Los conflictos internacionales o la creación de ellos son únicamente los medios a través de los cuales se cumplen objetivos políticos. Así se crearon conflictos contra nuestro país que fueron objetivos políticos de otros países. Hoy los conflictos pueden variar, pero los objetivos no: pueden ser el gas, el agua, la energía o lo que se descubra en el territorio marítimo o terrestre, en el límite de la frontera o al interior de ella.

2. Mutilación territorial y previsiones históricas: diferencia entre político y Estadista.

El Perú, es un país lleno de riquezas y su clase dirigente debe estar a la altura de las circunstancias que les toca vivir; generaciones de hombres no deben ser olvidados: ser previsores de los objetivos políticos de los países cercanos debe ser un trabajo constante. La política exterior pacífica y cordial no debe descuidar lo que debe defender y proteger:

³⁴ Dentro del Eje Estratégico 3: Estado y Gobernabilidad, como objetivo de Seguridad y defensa nacional, se establece como lineamiento de política de Estado: "Garantizar la plena operatividad de las Fuerzas Armadas orientadas a la disuasión, defensa, y prevención de conflictos (...)". En: Plan Bicentenario. Plan Estratégico de Desarrollo Nacional aprobado por D.S. N° 054-2011-PCM del 22.06.2011.

Mar Territorial, 200 Millas y Convención del Mar. ¿Debe adherirse el Perú a la convención del Mar? Aproximación a un estudio sobre la convención del mar y un breve análisis sobre la Geopolítica y el Interés Nacional.

la respuesta firme y contundente frente a pretensiones inaceptables; Igualmente la elaboración de estrategias con el objeto de determinar quien está realmente detrás de cada conflicto³⁵ para denunciarlo.

En 1821 al nacer a la vida republicana el Perú contaba con una extensión cercana a los 3'800,000 Km. hoy tenemos 1'285,215.60 km., hemos perdido 2/3 de nuestro territorio. En poco tiempo, la ausencia de políticas previsoras en el manejo del país (el político piensa en las próximas elecciones, el estadista en las próximas generaciones), generó que no se trabajara mirando el futuro, al desarrollo del país, a los futuros conflictos que podrían ocurrir y a las consecuencias de ello. Así, sin ideas claras, con un descuido total en su defensa y una incesante lucha doméstica, iniciados los conflictos, los gobiernos asintieron la mutilación de grandes extensiones de nuestro territorio.

3. El territorio marítimo o Mar de Grau.

El mar peruano tiene poco más de 626,240 Km.2. de aguas

³⁵ Por ejemplo, Primero: se ha especulado mucho acerca de la participación de Inglaterra en la guerra del Pacífico. Enrique Amayo, en su libro: "La política Británica en la Guerra del Pacífico" (Lima, Editorial Horizonte, 1988, 282 pp.), efectúa un estudio muy documentado llegando a determinar lo crucial que fue la política de intervención Británica en la concepción y resultado del conflicto y de su supuesta "neutralidad"; así en la Pág. 243 señala que: "Gran Bretaña ayudó a Chile durante la guerra del pacífico porque sus intereses coincidían (...)". Segundo: Existe un caso semejante de la política de supuesta "neutralidad" que aplicaba Inglaterra en América continental, casi por la misma época: en el problema de Alabama, Estados Unidos demandó a Gran Bretaña por supuesta violación de la neutralidad durante la guerra civil de los Estados Unidos. En 1872, el tribunal de Arbitraje nombrado por miembros designados por las partes y por otros 3 países ordenó que Gran Bretaña pagara una indemnización que fue cumplida por dicho país. La demanda demostró la eficacia de la diplomática norteamericana y la responsabilidad del Estado demandado.

Mapa N° 3.
EL PERÚ EN 1821 y EN EL 2016³⁶



territoriales, desde su línea costera de 3,079.50 km. de longitud hasta una distancia de 200 millas marinas mar adentro. El mar territorial constituye una región natural más del Perú.

El mar frente a las costas del país ofrece condiciones estratégicas únicas referentes a la biodiversidad y al desarrollo económico. Aquí, el Océano Pacífico alimenta la riqueza de la vida marina producida especialmente por los efectos de la corriente de Humboldt, de aguas frías. Esta corriente, genera una abundante cadena de peces, moluscos, crustáceos y aves guaneras. El guano de las islas fue una de las mayores riquezas del Perú en el siglo XIX, porque las aves guaneras dejaban montañas de desechos orgánicos (guano) que eran altamente cotizados en el mercado internacional. Entre las principales especies del mar peruano

36 Mapa reproducido del material otorgado en el “Diplomado en Seguridad y Defensa Nacional”. MINDEF - UIGV. 2007

están las sardinas, el jurel, la caballa y la merluza; igualmente la anchoveta que se usa además de alimento para producir aceite y harina de pescado, lo que le permite a Perú ostentar los primeros lugares en la pesca marina del mundo³⁷.

De otro lado, en cumplimiento del artículo 54 de la Constitución Política del Perú, mediante Ley N° 28621, publicada el 04 de diciembre de 2005, en el diario oficial “El Peruano” se estableció la Ley de Líneas de Base de Dominio Marítimo del Perú, por el cual se mide la anchura del Mar de Grau hasta la distancia de 200 millas y en la cual el Estado ejerce su soberanía y jurisdicción.

En este orden de ideas, es nuestra obligación desde cualquier posición en que nos encontremos en la sociedad, defender la doctrina del mar territorial o territorio marítimo de las 200 millas incorporado a nuestra legislación, como aquellos que, en el Perú, en distintos foros lo defendieron en forma memorable para beneficio de las próximas generaciones; lo que todo ello significó y significa actualmente para el desarrollo de nuestra sociedad, industria, pesca y seguridad nacional. La historia los guarda en el lugar más alto y sagrado de su memoria.

IX. Conclusiones.

1. La Constitución de 1933, no recogía norma alguna sobre el mar territorial, dado que en el año de su promulgación se estaba consolidando una nueva doctrina sobre la anchura territorial básicamente impulsada por los países latinoamericanos que dejaba ya sin sustento la antigua doctrina europea de las 3 millas o “ tiro de cañón ” que hasta unas décadas atrás era comúnmente aceptada.

³⁷ Según el Examen Mundial de la Pesca y la Acuicultura (FAO, 2008) el Perú ocupa el 2° lugar respecto a la pesca de captura marina y continental en el mundo, después de China.

2. Hasta mediados de la década de 1940, no existía una doctrina uniforme respecto al mar territorial pues variaba con los intereses de los países (por lo general, 12, 10 millas), pero ante nuevas exigencias estratégicas, económicas y políticas que tuvieron como epílogo la II guerra mundial, se desencadenó una profunda revisión del régimen del mar territorial y de los espacios marinos.
3. Algunos especialistas que apoyan la adhesión a la Convención de Mar, glosan opiniones desfavorables a los intereses nacionales, de la defensa de nuestro territorio marítimo y de sus recursos pesqueros, estratégicos y energéticos basados en que con la Convención del Mar se “gana” 12 millas de mar territorial donde antes sólo habían 3, “*olvidando*” que ello era sólo una doctrina europea y que en 1947 con el D.S. N° 781 firmado por el presidente José Luis Bustamante y Rivero, el Perú incorporó a su legislación la nueva tesis que surgió en esta parte del continente en torno a las 200 millas incorporándose más adelante a nuestra Constitución.
4. El presidente Bustamante y Rivero buscaba con ello proteger mediante una norma legal interna los intereses económicos que como Estado tenía nuestro país sobre su mar adyacente e incorporarla al derecho nacional. Posteriormente sostuvo enfáticamente en 1954 que las 200 millas establecidas en el aludido decreto supremo era el mar territorial. La acción del Estado consiste en defender tal espacio y no reducirlo.
5. Para que dicha tesis sea reconocida por la comunidad internacional, se efectuó una declaración conjunta con Chile y Ecuador, la misma que se materializó en Santiago de Chile en 1952, a la que se adhirió posteriormente Colombia en 1980. Debido a ello, la legislación internacional reconoce los derechos del Perú sobre las 200 millas de mar territorial porque ella

existe antes de la Convención del Mar que entró en vigencia el 16 de noviembre de 1994; pues tanto nuestra legislación interna como la “Declaración de Santiago”, son anteriores a la Convención, lo que le otorga reconocimiento internacional y derechos anteriores.

6. Si la Constitución de 1993 ha mantenido básicamente el tenor del texto de su antecesora (los 3 artículos los han unido en uno solo), y hasta el día de hoy nuestro país no ha firmado ni se ha adherido a la Convención del Mar, preguntamos, ¿Cuántas millas marinas de mar territorial tiene actualmente el Perú? ¿tiene un mar territorial de 3 millas? ¿De 12 millas? ¿Cuánto millas de territorio marítimo defiende el Estado peruano? En realidad, como ya afirmamos, la misma Constitución de 1979, basada en el Decreto Supremo N° 791, resolvió el problema: El mar territorial peruano tiene 200 millas. La Tesis de José Luís Bustamante y Rivero, se convirtió así en norma legal (al incorporarse al derecho nacional mediante el decreto supremo aludido) y en norma Constitucional después. La vigente Constitución de 1993, casi sin modificaciones repite el texto de la Constitución anterior de 1979.
7. En la actualidad tenemos 200 millas de mar territorial o territorio marítimo y ello está encriptado en la Constitución de 1993 como lo estuvo en la Constitución de 1979 en sus artículos 97, 98 y 99. Las 200 millas están incorporadas a nuestro territorio de acuerdo al texto del artículo 54 de la actual Constitución y ello es inalienable e inviolable y sobre las cuales nuestro país ejerce soberanía y jurisdicción, por lo que no resulta posible reducir a 12 millas el territorio marítimo o mar territorial sin que ello sea un acto violatorio de la Constitución.
8. La Convención del Mar es una más, entre muchas convenciones existente en el mundo. Algunas tienen sus propios modos de resolver los conflictos entre países signatarios y adherentes; en

otros casos se recurre a la Corte Internacional de Justicia. No es obligatoria la adhesión a todas las Convenciones que se crean. Algunos países son parte de una Convención, de otras no³⁸. Todo depende del interés nacional que prima respecto a los intereses de los demás países de la región o del mundo, pues al suscribir o adherirse a alguna de ellas, se obliga al Estado a las disposiciones que la contiene.

9. El Perú tiene una tradición y una legislación ligada al mar y a las 200 millas de mar territorial. Adherirse a la Convención del Mar es renunciar a ellas y reducir a 12 millas su mar territorial.
10. Los conflictos internacionales o la creación de ellos son los medios a través de los cuales se cumplen objetivos políticos. Hoy los conflictos pueden variar, pero los objetivos no. No se estudia la historia para olvidar sus enseñanzas: se aprende de ellas.
13. Se debe promover la investigación, tecnología y construcción e impulsar la comunicación transversal y horizontal del país a través de ferrocarriles, carreteras, etc., que permitan al Estado, desarrollarse en tiempo de paz.

³⁸ Por ejemplo, Estados Unidos no se ha adherido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, del cual el Perú sí forma parte. Tampoco ha ratificado el Protocolo de Kioto, de 1997 sobre el Cambio climático.

Reseña de los Autores

BENITO ARRUÑADA

Catedrático de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Con anterioridad, tras graduarse por las universidades de Oviedo y Rochester, fue Profesor Titular y Catedrático en las Universidades de Oviedo y León, y John M. Olin *Visiting Scholar in Law and Economics* en la Escuela de Derecho de Harvard. Ha ejercido también la docencia en Francia (París I, Sorbona; y Paris X, Nanterre); en Alemania (Fráncfort); y en España (UAM, Pablo Olavide).

JOSÉ A. TAZZA CHAUPIS

Abogado por la U.P. “Los Andes”-Huancayo. Maestro en Derecho Civil por la Universidad Alas Peruanas. Registrador Público titular de la Zona Registral VIII- Sede Huancayo. Ex Gerente Registral y Ex Jefe de la Zona Registral VIII-Huancayo.

Docente de la Universidad Continental Huancayo. Integrante de la Red de Capacitadores de la Sunarp.

OSWALD AYARZA GÓMEZ

Abogado. Graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con maestría concluida en Gerencia Pública en la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI), ha seguido estudios de “Gerencia en la Administración Pública” (ESAN), “Derecho de la Energía” (PUCP), y cursos de especialización en la Universidad del Pacífico, entre otros programas y cursos. Expositor en eventos en materia registral a nivel nacional, ha integrado diversas comisiones normativas de la Sunarp y Comisiones Consultivas del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Es autor de diversos artículos de investigación jurídica.

JORGE ALMENARA SANDOVAL

Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín. Magíster en Derecho Civil por la Universidad Católica de Santa María. Estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Católica de Santa María. Registrador Público. Vocal suplente del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (2015-2016). Presidente de la Quinta Sala del Tribunal Registral (2015), Coordinador Académico de la Zona Registral N° XII – Sede Arequipa (2013-2015). Miembro de la Red de Capacitadores de la Sunarp. Docente en la Segunda Especialidad en “Derecho Notarial y Registral” de la Universidad Católica de Santa María. Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM, Ponente en diferentes Diplomados y eventos académicos.

GUIDO DAVID VILLALVA ALMONACID

Abogado, con estudios de Post Grado en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Docente Universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Continental y Registrador Público del Registro de Personas Jurídicas. Experiencia en los Registros de Predios, Aeronaves, Embarcaciones Pesqueras, y Buques. Forma parte de la Red de Capacitadores de la Sunarp.

DANIEL TARRILLO MONTEZA

Capacitador Registral. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posgrado en Derecho Registral Mobiliario e Inmobiliario por la Universidad San Martín de Porres. Docente de Derecho Civil en la Universidad Privada del Norte y la Universidad César Vallejo. Asistente Registral de la Zona Registral N° IX - Sede Lima.

IVAN MANUEL HARO BOCANEGRA

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial en Posgrado de la UNT. Técnico Registral en el Registro de Derechos Mineros de la Zona Registral N.º V-Sede Trujillo.

JESÚS DAVID VÁSQUEZ VIDAL

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Registrador Público de la Zona Registral N.º XI – Sede Ica, Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC, especialista en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán.

LILIANA COLQUE CARCAUSTO

Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Estudios de Maestría en Derecho de la Empresa en la Escuela de Post grado de la Universidad Católica de Santa María. Registradora Pública del Registro de Personas Jurídicas en la Zona Registral N.º XII sede Arequipa.

LUIS FERNANDO SÁNCHEZ CERNA

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Maestro en Derecho por la Universidad Privado Antenor Orrego. Egresado del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo. Docente de Pre y Post Grado. Registrador Público. Zona Registral N.º II Sede Chiclayo.

ZOILA MARÍA CANO PÉREZ

Es miembro de la Red de Capacitadores de la Sunarp. Asistente Registral de la Zona Registral N° VII-Sede Huaraz. Se ha desempeñado como Registrador encargado de la Oficina Registral de Casma durante el año 2012. Magister en Derecho por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, con Estudios de Doctorado en Derecho cursados en la Universidad Mayor de San Marcos.

ESBEN LUNA ESCALANTE

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios culminados de la Maestría en Derecho Registral y Notarial en la Universidad de San Martín de Porres. Egresado del Doctorado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Registrador Público Titular de la Zona Registral N° IX - Sede Lima.

NILTON PAREDES LÓPEZ

Ingeniero Geógrafo, por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Maestría Oficial en Tecnologías de la Información Geográfica, por la Universidad de Alcalá de Henares en Madrid – España. Laboró en el Instituto Catastral de Lima – ICL, en la Municipalidad Metropolitana de Lima. Ex Gerente de Catastro de la Sunarp y ex Secretario Técnico del Sistema Nacional de Catastro Predial (SNCP). Docente del Master Universitario Internacional en “Catastro Multipropósito y Avalúos”, en la Universidad de Jaén – España y actual Coordinador Responsable de Catastro de Zona Registral N° X Sede Cusco.

IRVING SANABRIA ROJAS

Abogado por la UNMSM, Registrador Público del Registro de Bienes Muebles de la Zona Registral N°IX – Sede Lima, con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial.

KARINA MASSIEL SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Asistente Registral. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial y estudiante de Doctorado en Derecho en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica.

GIULIANA VÍLCHEZ PAREDES

Asistente Registral de la Zona Registral IX- Lima, abogada por la Universidad Nacional San Cristobal de Huamanga, Estudios concluidos de maestría en Derecho Registral y Estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

GILMER MARRUFO AGUILAR

Abogado por la universidad Nacional Mayor de San Marcos, estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial en la misma universidad. Registrador Público titular y docente universitario. Actualmente Jefe (e) de la Zona Registral N° XI – Sede Ica.

MAX PANAY CUYA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, labora en la Dirección Técnica Registral de la sede central de la Sunarp. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

JORGE ARMANDO E. ROJAS ALVAREZ

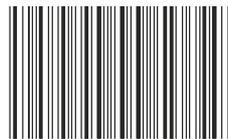
Abogado de la USMP. Egresado de la Maestría en Derecho Registral y Notarial por la USMP. Asistente de cátedra en los cursos de Seminario de Derecho Registral y Seminario de derecho Notarial. Labora en la Dirección Técnica Registral de la Sunarp.

Se terminó de imprimir en los
talleres gráficos de:
Solvima Graf S.A.C.
Jr. Emilio Althaus 406, Of. 301- Lince
Lima - Perú



FUERO REGISTRAL

ISSN 1728-8096



1728-8096