



SON INCONSTITUCIONALES LAS NORMAS QUE PROPUGNAN LA PRIMACÍA DE LA INSCRIPCIÓN POR SOBRE EL NEGOCIO JURÍDICO QUE LE DIO ORIGEN

Gunther Gonzales Barrón (*)

Fecha de publicación: 01/01/2013

1. INTERFERENCIAS ILEGÍTIMAS CONTRA EL PROPIETARIO

La propiedad es un título que compendia un conjunto de posiciones normativas, entre las que se encuentra: “una inmunidad referida al *status normativo* de la cosa (o, más precisamente, de las conductas relacionadas con ella) que no puede ser alterado por los demás: por ejemplo, nadie puede ser privado de la condición de propietario de un cierto bien si no es en determinadas condiciones, por determinado procedimiento y mediante indemnización. Correlativa a esta inmunidad es la incompetencia de los demás para alterar tal *status normativo*”¹.

El Tribunal Constitucional Peruano ha referido que la propiedad es un derecho irrevocable, con lo cual alude a que la ley le otorga un manto de protección o de especial aseguramiento frente a intromisiones extrañas:

(*) Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor de Derecho Civil y Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente es Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Registrador, Notario de Lima, Presidente y Vocal Titular del Tribunal Administrativo de la Propiedad de la Organización de Formalización de la Propiedad (COFOPRI) y Presidente de una Sala del Tribunal Registral.
ggonzales@pucp.pe

¹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid 2006, pág. 49.

“7. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: (...) b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política” (Sentencia de 20 de marzo de 2009, Exp. N° 5614-2007-AA/TC; en el proceso de amparo seguido por Aspíllaga Anderson Hermanos SA contra Instituto Nacional de Desarrollo y Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña).

Nótese que el aseguramiento del derecho no solo puede aplicarse a los casos de intervenciones estatales a través de restricciones ilegítimas o expropiaciones de hecho, sino que también constituye un “escudo” (inmunidad) frente a las intromisiones de terceros o producido por **causas extrañas**. De nada valdría el reconocimiento de la propiedad si es que el sistema podría ser perforado fácilmente por acción de los terceros, o por errores del sistema, que logren alterar, menoscabar o derogar el derecho ajeno, sin necesidad de la voluntad del titular.

En el presente artículo estudiaremos las interferencias ilegítimas realizadas por causa extraña, esto es, por errores de la administración que en algunos casos consuman despojos en contra del propietario por obra de una exagerada (*rectius*: errada) interpretación judicial o administrativa. Esta última no se identifica con las llamadas “extinciones arbitrarias impuestas por el legislador o la administración”, ya que aquí existe actuación pública, ilegal, pero con una voluntad estatal destinada a extinguir el dominio (por ejemplo: una expropiación en la que no se paga la indemnización, o una reversión administrativa que no se funda en causa legal). En cambio, en las “interferencias por causa extraña” hay un simple error que a veces logra el efecto anómalo de despojar al propietario.

2. UNA TÍPICA CAUSA EXTRAÑA DE INTERFERENCIA SOBRE EL PROPIETARIO: LA DISCORDANCIA ENTRE EL TÍTULO (ACTO O NEGOCIO JURÍDICO) Y LA INSCRIPCIÓN

Dentro de las interferencias ilegítimas sobre el propietario, originadas por causa extraña o anómala, se encuentra el tema debatido en el medio jurídico peruano referido a la primacía del título de adquisición o de la inscripción. El problema se presenta, obviamente, cuando los datos del título no coinciden con la inscripción. Por ejemplo, en un contrato de compraventa (inscrito) se señala que el comprador es casado, empero, por error el registrador consigna en el asiento registral que el titular es soltero. Ahora bien, este último, aprovechando tal circunstancia, se apresura en transferir el dominio a un tercero. Aquí queda servido el conflicto.

El tercero dirá que tiene preferencia el solo asiento, por efecto de la seguridad jurídica y para reducir los costos de transacción.

Por el contrario, la parte afectada (cónyuge del comprador) sostendrá que el hecho jurídico productor de la adquisición es el negocio jurídico, y no el asiento registral, por lo que aquél se impone en caso de discordancia.

Un reciente (y apresurado) proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia, trae nuevamente a la actualidad este tema. En efecto, el art. 3º, cuarto párrafo del proyecto N° 4542-2010 señala que la inscripción prevalece sobre el título archivado, y que la publicidad no se extiende a este último². En realidad no entendemos por qué esta cuestión pueda considerarse “de urgencia”, cuando nuestro sistema legal tiene cien años viviendo perfectamente bien con la lógica primacía del acto o negocio jurídico. Parece que algunos burócratas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos quieren utilizar este tema para justificar su permanencia (a los largo de los años y de los gobiernos de muy distinto signo), y con ello darle “seguridad a la contratación”, cuando en realidad solo lograrían darle inseguridad total al sistema jurídico de derecho privado.

El proyecto incurre en errores de todo tipo; por ejemplo, en falsedades, pues señala que: “la norma propuesta no tiene por finalidad modificar normas sustantivas vigentes”. ¿Cómo que, no? Si lo que busca es eliminar el sistema causalista de atribuciones patrimoniales, que se asienta sobre la base de negocios válidos, razonables y lícitos; y por el contrario, pretende introducir un sistema de abstracción exagerado en donde no importa la licitud del negocio. Siendo así, no puede decirse alegremente que “no se modifican normas sustantivas”. ¿O es que se busca engañar al Congreso a efecto que el proyecto se apruebe despreocupadamente?

Por otro lado, no se entiende cómo se dice que la calificación de los registradores está desviada y se cometen excesos a diario³; y sin embargo,

2 “También podrán manifestarse los títulos archivados que dan origen a las inscripciones, sin embargo su conocimiento no enerva los efectos de las inscripciones ni podrán ser tomados en cuenta para contradecirlas en perjuicio de terceros”.

3 Textualmente la exposición de motivos dice: “Uno de los mayores problemas que enfrenta actualmente el Sistema Registral Peruano se encuentra en la calificación que se presenta en algunos casos excesivamente formalista o incluso inconexa (...) Esta situación se agrava si tenemos en consideración que nuestra economía se encuentra en franco crecimiento, lo cual hace que aumente la necesidad de un servicio registral RÁPIDO Y EFICIENTE, lo que no puede acontecer mientras se mantenga un sistema de calificación riguroso que no presta beneficio alguno a la seguridad jurídica, sino simplemente al respeto de la forma por la forma misma”.

en forma simultánea se pretende otorgarle a ese mismo registrador la potestad (inaceptable) de decidir qué se opone a los terceros; por lo que la inscripción terminaría imponiéndose sobre el propio negocio jurídico que le dio origen; esto es, la redacción de un asiento registral que haga un funcionario público puede derogar o alterar los contratos que los particulares han celebrado en virtud de su autonomía privada.

En otras palabras, es curioso que el proyecto desconfíe de los registradores, razón por la que crea los “registradores sustitutos” y, asimismo, “aumenta las salas del tribunal registral”⁴; pero en forma paradójica les atribuye el “poder extraordinario” de fijar qué cosa se opone a los terceros y qué no; además, de que sus errores se sobrepongan a la realidad jurídica, por lo que una simple ficción basada en un asiento registral terminaría arrasando con los derechos adquiridos legítimamente. No existe la más mínima coherencia entre el problema detectado (SUNARP denuncia errores continuos en la calificación) y la solución propuesta (SUNARP busca darle atribuciones extraordinarias a los funcionarios de quienes justamente no confía). ¿En qué quedamos, entonces?

Algo más, la exposición de motivos del proyecto dice que el registro no puede utilizarse para legitimar vicios producidos por falsificaciones o suplantaciones⁵; es decir, se busca poner fin a las irregularidades de los documentos que vienen desde fuera; pero en forma contradictoria se busca salvar los vicios que se originan desde el propio registro. Así, ahora será más difícil falsificar extramuros del registro, pero sí será muy fácil hacerlo desde su interior. Y otra cosa no significa que el error o dolo de un registrador al momento de extender un asiento se convierta en derecho de un tercero, y por consiguiente en el despojo injusto de un propietario. Una contradicción insalvable que habla a las claras de la “lógica” que subyace en este desaguisado de propuesta normativa.

Vale señalar que este párrafo es una **copia de un texto mío**, pero sin citarme, y así ocurre en otras varias partes de este proyecto, lo que de por sí ya es suficiente para descartarlo. **¿Se puede admitir que el Congreso valide un plagio sin cita?**

4 Sigue la exposición de motivos: “En ese mismo orden de ideas, se propone modificar el procedimiento registral a fin de introducir la intervención del vocal único en los casos de apelaciones con poca complejidad. En este caso, no se trata de aumentar una instancia sino de otorgar una solución al usuario permitiéndole acceder a un número mayor de remedios para obtener una decisión favorable. Además, una gran cantidad de observaciones y tachas indebidas podrán ser remediadas en pocos días a través de esta figura y con un trámite simplificado. De esta manera, se logra un remedio efectivo sin necesidad de un mayor gasto presupuestario”.

5 Nuevamente los motivos: “Teniendo en cuenta que el registro, por su naturaleza, no puede ser empleado para legitimar vicios protegidos a través del ropaje de la formalidad, resulta necesario modificar la legislación vigente para salvaguardar el derecho de terceros, sin que esto afecte la esencia misma del Registro”.

En suma, se trata de un nefasto proyecto que ningún Congreso, con un mínimo de conocimiento jurídico, podría aprobar.

3. ÚNICA SOLUCIÓN POSIBLE: MANTENER EL STATU QUO DE PRIMACÍA ABSOLUTA DEL TÍTULO SOBRE LA INSCRIPCIÓN

¿Dónde nace esta idea referida a que una inscripción registral pueda gozar de autonomía con relación al título que es su causa-eficiente? Pues, esta idea se origina en el Derecho alemán, en donde **la transferencia de propiedad opera a través del acuerdo abstracto y la consiguiente inscripción**. El acuerdo abstracto es simplemente una declaración de voluntad común de transferir por una parte y adquirir por la otra; la misma que se halla completamente desligada del negocio causal que lo tenga por base (compraventa, donación, permuta, etc.). Si el negocio causal es nulo, la transferencia de propiedad o de cualquier otro derecho real sigue siendo válida, ya que el acuerdo abstracto se encuentra desligado de su causa. En todo caso, el perjudicado sólo tendrá derecho a una acción de repetición de carácter obligacional (deuda), pero el derecho real se mantendrá inmovible: “Desde el punto de vista de la política jurídica, la actitud del C.c. (alemán) puede justificarse por el deseo de evitar que las eventuales dudas sobre la validez del negocio causal, eficaz sólo inter partes, pudiera dañar la claridad de la situación jurídica real”⁶.

En este sentido, el negocio real abstracto sumado a la inscripción, produce como efecto la transferencia de la propiedad o de cualquier otro derecho real, quedando desligado del negocio causal. Uno y otro tienen vida jurídica independiente y, en consecuencia, dentro de los límites del sistema jurídico alemán, parece (y solo parece) admisible que el “asiento” (constatación de la transferencia de propiedad en vista a un negocio abstracto) se disocie del “título mediato” (negocio causal). Dentro del sistema alemán, el negocio causal (compraventa) vendría a ser el “título mediato”, completamente desligado del negocio abstracto de atribución que se publica a través del “asiento”: “La transmisión de la propiedad, tal como

6 WOLFF, Martin. *Derecho de Cosas*. En: ENNECCERUS- KIPP-WOLFF. *Tratado de derecho civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1971, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Tomo III-1º, pág. 224.

En forma más reciente se explica el fenómeno de la siguiente manera: «Profundamente diversa es la consiguiente reacción contra las transferencias injustificadas en los dos sistemas: en los primeros, estando a la abstracción y, por tanto, la validez del acto de disposición que realiza la transferencia, la tutela de la parte enajenante es confiada a las acciones *lato sensu* recuperatorias de naturaleza personal. En los segundos, en cambio, la falta de causa adecuada determina la invalidez del contrato y, por tanto, de la transferencia por él producido que viene así destruido con efectos relevantes contra los terceros»: PILIA, Carlo. *Circolazione giuridica e nullità*, Università degli Studi di Roma La Sapienza, Giuffrè Editore, Milán 2002, pág. 143.

está moldeada por el ordenamiento jurídico como tipo de acto jurídico negocial, no puede, según nuestro Derecho, contener en sí misma su causa. No existe, según nuestro ordenamiento jurídico, un acto de transmisión de la propiedad por razón de compraventa o de donación, sino solamente el acto de transmisión de la propiedad ‘per se’, es decir, sin consideración a la causa por virtud de la cual se produce la transmisión de la propiedad. En la medida en que el ordenamiento jurídico abstrae de la causa el tipo de acto del negocio de atribución, se designa con razón al negocio, negocio abstracto”⁷.

Por tal razón, **el presupuesto necesario para la existencia de una inscripción desligada del título tendría que ser el negocio real abstracto**. Cuando no se presenta este presupuesto, resulta inviable la pretensión de separar el “título” con respecto a la “inscripción o asiento”. Las grandes diferencias que existen entre el sistema alemán y el peruano (en realidad, la diferencia es generalizada con todos los otros derechos europeos o latinoamericanos) hacen inaplicable en nuestro medio la teoría de la inscripción “sustantiva”⁸.

Sin embargo, bien vistas las cosas, dicha doctrina también se equivoca cuando pretende ampararse en el sistema alemán para importar alegremente teorías o doctrinas. En efecto, NI SIQUIERA EN EL SISTEMA ALEMÁN se puede disociar el asiento registral con respecto del título que le da origen. En efecto, recuérdese que el negocio real abstracto (“yo quiero transmitir y tú quieres adquirir”) se encuentra desligado del negocio causal obligatorio (compraventa, permuta, donación), pero no de la inscripción, cuyo objeto necesario es el negocio abstracto. Es decir, **el asiento registral no puede vivir solo, ni siquiera en Alemania, y el artificio técnico del negocio abstracto** tiene como finalidad que las vicisitudes o patologías del negocio causal (venta, permuta, etc.) no afecten la transferencia del derecho. En suma, en el Derecho germánico existe una trilogía de actos en el proceso de transmisión de derechos; **primero**, el negocio causal (compraventa, permuta, donación) que viene a ser el “título mediato” de la transmisión, pues constituye la base justificativa desde la perspectiva obligacional. En **segundo lugar** viene el negocio abstracto, basado en el anterior, por el cual se declara la voluntad de transmitir y que constituye el

7 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, traducción del alemán de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, pág. 196.

8 El principio de abstracción es característico del derecho alemán, ya que la transmisión de la propiedad opera automáticamente con la celebración del negocio dispositivo jurídico-real independiente de la validez del negocio causal: MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. “La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la *Vormerkung*”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 657, Madrid, enero-febrero 2000, pág. 668.

“título inmediato” de la transferencia. En **tercer lugar** tenemos la inscripción que da publicidad del negocio abstracto y cierra el proceso de transferencia. Nótese que el asiento registral contiene el título inmediato, esto es, el negocio abstracto; por lo que **la inscripción siempre cumple la función publicitaria de un negocio o título transmisivo**. El dato adicional es que esa inscripción sí aparece desligada del título mediato o negocio causal, pero siempre necesita del título inmediato.

En consecuencia, **en el sistema alemán se ha tenido el cuidado de establecer siempre un negocio distinto (abstracto) que justifique la transmisión, y que es materia de la publicidad del registro**. Por tanto, tampoco disocia el hecho (negocio abstracto) de la publicidad (registro), y a lo más, la separación se da con respecto de otro negocio (causal).

Ahora bien, en nuestro país NO EXISTE el negocio abstracto, por lo que éste no es objeto de publicidad; siendo así, si tampoco tiene relevancia el negocio causal (título), entonces cabe preguntarse: ¿qué acto está contenido en nuestras inscripciones? Si el asiento no publica el negocio abstracto (que no existe), ni tampoco el negocio causal (por vivir el asiento desligado de éste, en teoría), entonces la conclusión sería que la inscripción en el Perú NO CONTIENE NINGÚN NEGOCIO. Esa conclusión es absurda. Con razón se dice que en nuestra época es necesario justificar hasta lo obvio. En efecto, no puede existir un derecho (real o de cualquier tipo) sin un título que lo haya originado. ¿O es que el registrador crea el negocio jurídico cuando extiende el asiento? Cómo es obvio que esta afirmación no puede sostenerse, entonces resulta evidente que la tesis queda refutada.

En un sistema jurídico que reconoce los negocios causales como único medio para lograr la transmisión válida de los derechos, entonces el conflicto solo puede resolverse a favor del contrato (título jurídico); y ningún error burocrático puede cambiar esa realidad.

El registro es un instrumento para el logro de objetivos valiosos, pero no es un fin en sí mismo. Se trata de un conjunto normativo dispuesto en orden a la seguridad jurídica de los negocios de adquisición y transmisión de bienes, y en tal sentido tiene carácter meramente instrumental. Por el contrario, postular la preferencia de la inscripción significa convertir al registro en un fin, en la “única verdad”, en creador de realidades ficticias, sobrepuestas, y que llegaría hasta el extremo inaceptable de derogar la realidad de la vida⁹.

⁹ Con toda razón, el gremio notarial ha rechazado el proyecto de ley mediante un informe que concluye con estos duros términos: “El riesgo jurídico y político del proyecto es la devaluación absoluta de los títulos de propiedad porque los propietarios pueden perder sus inmuebles al relajarse en el proyecto injustificada e inaceptablemente la seguridad jurídica de la contratación que se inscribe en el registro; es como si se emitiera billetes circulantes

El registro se convertiría en una especie de caja mágica de la cual podrían nacer situaciones jurídicas, casi de la nada. Eso no es aceptable porque **la publicidad no existe por sí misma, sin que previamente exista un objeto real al cual referirse**. Por tanto, hay dos planos distintos: uno, la publicidad, que necesita imperativamente del hecho porque éste es su objeto; y otra es el hecho, que vive por sí solo, sea con publicidad o sin ella, y que por obvias cuestiones lógicas constituye el concepto-*prius*.

Imaginemos cualquier hipótesis de publicidad y las implicancias de la tesis aquí refutada. Por ejemplo, una ley aprobada y promulgada con relación a la publicación en el diario oficial. Si el asiento prima sobre el título, entonces en caso de discordancia entre la ley y la publicación, ¿debería primar la publicación aunque la ley diga otra cosa! Es decir, el error de tipeo de un corrector podría generar un derecho en contra de la Constitución, la ley y el sentido común. Ya no estaríamos sujetos a la voluntad popular emanada de nuestros representantes elegidos ante el Congreso, sino ante la arbitrariedad de un burócrata de cuarto rango. Pues bien, esa idea tan burda es exactamente igual que sostener la primacía del asiento sobre el título, ya que ello implicaría que la voluntad omnímoda de un registrador –en contra de la ley- se impone sobre la voluntad de los particulares que tienen el derecho sobre los bienes materia de disposición. Entonces, ya no importa que enajene el propietario, sino lo que diga el registrador en un asiento.

La siguiente cita es contundente para rechazar la tesis de la inscripción “fantasma”:

“La transcripción no es, ella misma, título (o modo) de adquisición ni puede hacer surgir ningún derecho (real o personal); tampoco es un elemento del título de transferencia o de adquisición que se agregue a otros elementos del título. Título de adquisición es únicamente el negocio (o acto) en virtud del cual se realiza la adquisición; o sea, es lo que justifica la adquisición misma y que, si es un contrato traslativo (o constitutivo), o un negocio jurídico unilateral (ejemplo, un legado), basta para transferir (o constituir) el derecho. En efecto, la transcripción es un mero procedimiento

(inscripciones) sin respaldo. Todos sabemos lo que pasó a nuestra economía en el primer gobierno de Alan García con semejante inflación y devaluación. Una nueva inflación y devaluación, esta vez la devaluación de los títulos de propiedad, nos dejaría como herencia el segundo gobierno de Alan García”. **Estamos totalmente de acuerdo con este párrafo, especialmente con la parte final.**

exterior al título de adquisición; y –en cuanto procedimiento- debe presuponer ya existente el título”¹⁰.

Desde una perspectiva filosófica, la apariencia de la publicidad no puede sobreponerse a la realidad del hecho que es materia de publicidad. Caso contrario, preguntamos, ¿la noticia que consta en los diarios puede derogar al hecho noticiado?; en otras palabras, ¿cuál es la verdad, la noticia o el hecho? La respuesta cae por su propio peso.

La publicidad y el hecho son situaciones unidas en forma indisoluble, aunque se encuentren en distintos planos¹¹; pues el hecho jurídico es aquel evento que produce consecuencias jurídicas, y se encuentra en el ámbito del “ser” (existe o no); mientras tanto la publicidad es solo un instrumento para dotar de conocimiento general a ese mismo hecho, y se encuentra en el ámbito del “conocer” (lo conozco o no). Por tanto, la publicidad por sí misma no es nada, ya que ésta simplemente existe para dar notoriedad a un hecho determinado. Dentro de esta lógica el hecho jurídico es obviamente el concepto-*prius* (primero, fundamental), al cual sigue la publicidad. En este orden de cosas la publicidad NO PUEDE EXISTIR SIN EL HECHO, ni puede ser diferente a él, ya que la publicidad es un concepto relacional, que se encuentra en relación a un hecho preexistente, al cual le sirve. Es obvio, pues, que la publicidad NUNCA PUEDE REEMPLAZAR O SOBREPONERSE AL HECHO, pues ello implicaría el absurdo lógico consistente en admitir la publicidad sobre el vacío, es decir, sobre nada a qué referirse. Así pues, un evento que sucede en la realidad (hecho) puede ser objeto de narración, como ocurre cuando lo relata un periódico (publicidad), pero jamás la narración (publicidad) podrá modificar o derogar el acaecimiento del evento (hecho), el cual existe por sí mismo, y se encuentra en el mundo del “ser”, de los hechos reales, de las situaciones concretas.

Sobre la primacía del título es imprescindible revisar la siguiente decisión de la segunda instancia administrativa registral, de muy reciente fecha:

“La publicidad y el hecho son situaciones unidas en forma indisoluble, aunque se encuentren en distintos planos; ya que el hecho jurídico es aquel evento que una vez acaecido en el mundo produce consecuencias jurídicas, y se encuentra en el ámbito del <ser> (existe o no); mientras tanto la publicidad es solo un instrumento para dotar de conocimiento general a ese

10 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJEA, Buenos Aires 1979, traducción de Santiago Sentís Melendo, Tomo III, pág. 570.

11 RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe. *Il Registro delle imprese*, Giuffrè Editore, Milán 2002, pág. 132.

mismo hecho, y se encuentra en el ámbito del <conocer> (lo conozco o no). Por tanto, la publicidad simplemente existe para dar notoriedad a un hecho determinado. Dentro de esta lógica el hecho jurídico es obviamente el concepto-prius (primero, fundamental), al cual sigue la publicidad. En este orden de cosas la publicidad NO PUEDE EXISTIR SIN EL HECHO, ni puede ser diferente a él, ya que la publicidad es un concepto relacional, que se encuentra en relación a un hecho preexistente, al cual le sirve. Es obvio, pues, que la publicidad NUNCA PUEDE REEMPLAZAR O SOBREPONERSE AL HECHO, pues ello implicaría el absurdo lógico consistente en admitir la publicidad sobre el vacío, es decir, sobre nada a qué referirse. Así pues, un evento que sucede en la realidad (hecho) puede ser objeto de narración, como ocurre cuando lo relata un periódico (publicidad), pero jamás la narración (publicidad) podrá modificar o derogar el acaecimiento del evento (hecho), el cual existe por sí mismo, y se encuentra en el mundo del “ser”, de los hechos reales, de las situaciones concretas. Por tanto, la inscripción no crea una nueva situación jurídica que sea distinta, lo cual significa que la publicidad no tiene la fuerza de originar por sí sola un hecho que no existe” (Resolución No. 1039-2009-SUNARP-TR-L de 03 de julio de 2009; firmada por los Vocales Gunther Gonzales Barrón y Oscar Escate Cabrel; 10º considerando¹²).

12 Sin embargo, en la misma resolución se produjo un curioso voto en discordia, en donde se encuentran todos los vicios del derecho registral extremista:

“En este sentido, no es que el asiento se encuentre desvinculado del título, se encuentra vinculado a él, pero respecto de terceros prevalece el asiento, ¿por qué?, porque ello no es sino consecuencia de la aplicación de los principios registrales que informan nuestro sistema registral, pues tanto el principio de publicidad, como los principios registrales que constituyen efectos materiales de la publicidad registral: legitimación, fe pública y oponibilidad están referidos a los asientos de inscripción, no al título que los origina” (3º considerando del Voto en Discordia firmado por la Vocal Nérida Palacios León).

El argumento es totalmente errado según explicamos a continuación:

- i) No es cierto que el asiento “prevalece” respecto a terceros, pues con ello se olvida que los principios registrales tienen como función que un título no-inscrito sea inoponible frente a uno inscrito; o que la nulidad de un negocio previo no afecte a un tercero. En este último caso, por ejemplo, **la fe pública solo convalida la falta de poder de disposición del transmitente**, pues en virtud de dicho principio registral se crea la ficción de que el transmitente es propietario, a pesar de la nulidad. No puede traerse a colación normas registrales que no dicen lo que pretenden que se diga.
- ii) Cabe preguntarse, pues, ¿en qué parte del principio de fe pública se dice que las transmisiones operan sobre actos jurídicos vacíos o inexistentes, es decir, que se trata de mera publicidad sin hecho jurídico al cual referirse? Nótese que el art. 2014 CC indica

Los sujetos tienen el derecho fundamental de autorregular sus intereses privados a través de contratos o negocios jurídicos, lo que incluye la disposición de sus bienes; sin embargo, con el sistema de preferencia de la inscripción, un funcionario del Estado tendría la potestad, a través de un error suyo o de una mala interpretación, de CAMBIAR EL CONTRATO O MODIFICAR UNA ADQUISICIÓN O VARIAR EL CONTENIDO DE UNA SENTENCIA JUDICIAL, y solo por el hecho de redactar en mala forma un asiento de inscripción. Ese sistema no existe, ni puede existir, pues atenta contra las bases fundamentales del sistema jurídico que regula a los particulares, y contraviene la misma función del Estado.

El sistema propuesto sería CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN, pues atenta contra la libertad de contratación, contra la propiedad privada y contra la obligatoriedad de las sentencias judiciales. En efecto, la Carta Fundamental no puede ser compatible con un sistema que permite modificar los acuerdos privados, no por las partes sino por obra de

claramente que se protege al tercero a título oneroso que adquiere de **quien en el registro aparece como titular inscrito**. ¿Y cómo aparece este titular inscrito? Pues, evidentemente en mérito a un hecho jurídico adquisitivo, esto es, un título que debe ser oneroso.

- iii) Aquí se pretende sostener lo que la norma NO DICE, esto es, que basta un “título fantasma” para entender que existe título, y por el solo hecho de que existe un error en el asiento registral. Por ejemplo, se inscribe la venta de A en favor de B, pero el registrador por error consigna que el titular es C. Según esta “doctrina”, el título inexistente, ficticio y fantasmal de C se considera “válido” para terceros. Es decir, la NADA produce efectos. O en otras palabras, el error o dolo del registrador se convierte en un curioso “hecho jurídico adquisitivo” que sustenta una adquisición ulterior.
- iv) ¿Y por qué se debe perjudicar a B del ejemplo anterior? Por nada, ya que es inocente respecto al error registral. ¿Y por qué se beneficia al tercer adquirente C? Simplemente porque quiere ahorrarse la molestia de consultar un título archivado. Algo realmente increíble. No solamente se saltan todos los principios jurídicos admitidos, sino además se sanciona al inocente y se premia al negligente que no quiso gastar cuatro soles en la consulta registral.
- v) EN NINGÚN PAÍS DEL MUNDO se puede adquirir, ni inter-partes ni en relación con terceros, sin que exista y sea real el hecho jurídico de adquisición. Por ello se requiere que el transmitente cuente con un título, y el adquirente también. Recomendamos leer bien el art. 2014 CC para evitar lanzar opiniones fuera de foco.
- vi) La razón que justifica la exigencia del título es muy simple: las adquisiciones que protegen la fe pública tienen una base derivativa, es decir, uno adquiere por derivación de la voluntad del transmitente. Hay un dar y un recibir interconectados, en donde uno transmite el derecho que tiene, ni más ni menos, y el otro adquiere ese mismo derecho. Por tanto, el segundo acto adquisitivo (del tercero) está condicionado al acto adquisitivo primero (del titular inscrito); y ello requiere necesariamente de hechos jurídicos reales y ciertos, no de puras fantasías.
- vii) En la opinión criticada se llega al extremo, francamente inconcebible, de que un error o el dolo de un registrador dé lugar a una adquisición derivativa de un tercero (¿derivada de quién?), esto es, que un acto irreal y meramente fantasioso se le repunte como hecho jurídico.

funcionario; o despojar de la propiedad a un titular, que inscribió su título pero el asiento dice otra cosa; y hasta alterar el contenido de una sentencia, pues “el asiento es preferente”. **Por tanto, no solo se trata de un sistema irracional e inhumano, sino claramente inconstitucional a la luz de nuestro ordenamiento.**

En efecto, no es posible sacralizar la actividad del registrador hasta tal punto que su actuación errada o dolosa pueda tener la gravísima consecuencia de MODIFICAR O DEROGAR EL ACTO O NEGOCIO CELEBRADO POR LOS PARTICULARES, por el simple hecho que existe discordancia entre el título y el asiento. Un sistema así implica dar preferencia a la mera forma por el solo hecho de ser tal, o porque el Estado lo decretó de esa manera a través de un funcionario. Con ello solo se logra un ordenamiento formalístico irracional, y que está incluso en contradicción con los postulados liberales que subyacen en las tesis utilitarias, pues la arbitrariedad del Estado prevalece sobre los actos lícitos de los particulares. En efecto, aquí se prefiere la publicidad vacía, sin necesidad del hecho jurídico al cual debe necesariamente referirse.

La postura que da primacía a la inscripción es simplemente inconstitucional, ya que permite una interferencia ilegítima en contra del derecho de propiedad del titular. Esta doctrina ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional:

“7. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: (...) b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y **no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero**, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política” (Sentencia de 20 de marzo de 2009, Exp. N° 5614-2007-AA/TC; en el proceso de amparo seguido por Aspíllaga Anderson Hermanos SA contra Instituto Nacional de Desarrollo y Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña).

Es absurdo pensar que la protección constitucional de la propiedad sea tan débil que un asiento registral “fantasmal”, sin contenido, sin título al cual referirse, pudiese extinguir el dominio. El Tribunal Constitucional es categórico sobre este punto: “su extinción o transmisión (de la propiedad) depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política”.

Por lo demás, el mismo Tribunal ha establecido que el contenido esencial de la propiedad abarca el poder de transmisión del derecho, lo que puede

hacerse a través de títulos jurídicos reconocidos por la ley, tales como la donación o la herencia, por ejemplo. Ello significa que los actos dispositivos solo pueden realizarse por medio de negocios jurídicos causales, que son los únicos a los que el ordenamiento permite consumir el efecto de trasladar un bien del patrimonio de un sujeto al otro (Sentencia de 11 de noviembre de 2003; Exp. N° 0008-2003-AI/TC). Recuérdese que la Constitución de 1993 establece como un derecho fundamental la libre contratación con fines lícitos, esto es, con una causa jurídica expresada, razonable y lícita.

En otro caso, el Tribunal Constitucional señala que la prueba de la propiedad emana del acto o negocio causal (título archivado), y no de una inscripción o de un asiento registral aislado. Es cierto que se trata de una opinión “obiter dicta”, pero ello no impide reconocer que se trata de una doctrina muy valiosa. ¿Qué dirán ahora los que sostienen que una inscripción vive sola y desligada de su título? Aquí la parte pertinente de esta decisión:

“3. (...) En este sentido, cabe señalar que **el derecho de propiedad de los actores sobre el inmueble materia de autos se encuentra fehacientemente acreditado, conforme al título archivado N° 2569**, que dio mérito a su inscripción a fojas 47 del tomo 1076, asiento 25 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, continuando en el tomo 1132 y cuya última anotación está en la partida 11157386 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima. (...)

5. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 70° de la Constitución, el derecho de propiedad garantiza que ninguna persona puede ser privada de su propiedad y que tampoco pueda ser objeto de intromisión o afectación sino solo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago de indemnización justipreciada”

(Sentencia de 3 de agosto de 2009, Exp. N° 022-2007-AA/TC, en el proceso de amparo seguido por Arenera La Molina SA y la Sucesión Aparicio Valdéz).

El tema se encuentra resuelto con el ordenamiento vigente, no solo por la ordenación causalista de las atribuciones patrimoniales (art. 140 CC), sino por el propio ámbito de la calificación registral que expresamente incluye “los antecedentes registrales” (art. 2011 CC), esto es, los títulos que dan origen a las inscripciones. Por tanto, no existe autonomía entre el título y la inscripción, sino lógica y necesaria dependencia a favor del primero.

4. REFUTACIÓN DE CUALQUIER OTRO ARGUMENTO QUE PRETENDA CUESTIONAR LA PRIMACÍA ABSOLUTA DEL TÍTULO SOBRE LA INSCRIPCIÓN

Vamos a desbaratar uno a uno los argumentos por los cuales se sostiene la preferencia del asiento registral sobre el acto o negocio jurídico:

4.1 PRIMERA FALACIA: DEBE PRIMAR EL ASIENTO REGISTRAL POR LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

Se sostiene que el Registro sirve para favorecer a los terceros, es decir, a los que adquieren derechos, y en el caso de conflicto su posición jurídica es privilegiada frente al propietario, ya que se encuentra en juego el principio de seguridad del tráfico o de protección de los terceros adquirentes¹³.

El argumento es totalmente falso.

El jurista alemán Víctor Ehrenberg propuso en 1903 hacer una distinción entre la “seguridad del tráfico o seguridad dinámica” (seguridad, propiamente dicha, en nuestra concepción de las cosas) y la “seguridad de los derechos o seguridad estática” (justicia, para nosotros). Así, la seguridad estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si éste es un propietario legítimo, solo cabe que sea despojado de su derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente¹⁴. Este concepto hizo fortuna y desde ese momento se le ha citado en forma reiterada, incluso en nuestro país, con el fin de justificar los importantes efectos que el Registro produce en beneficio del tercer adquirente de buena fe, en desmedro del propietario.

Así se habla de 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

13 MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado”. En: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 116, Lima, mayo 2008, pág. 74.

14 Cit. GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944*, Madrid 1995, pág. 91.

propietario. En tal caso, se dice, la posición prevaleciente es la del tercer adquirente¹⁵.

En realidad, no existe seguridad estática y dinámica. Eso es un simple juego de palabras sin ningún contenido. Con un ejemplo vamos a demostrar nuestro aserto: supongamos que “A” es propietario inscrito de un predio determinado, sin embargo, éste sufre la falsificación de una venta que nunca realizó a favor de “B”. Luego, “B” transfiere el bien a “C”, quien según la ortodoxia registral resulta contar con un interés prevaleciente al ser un tercero de buena fe (art. 2014 CC). Así, la milonga de la seguridad jurídica dinámica, favorecedora de la circulación de la riqueza y del tráfico patrimonial, conlleva que se tutele la situación jurídica de quien moviliza los bienes a través de la adquisición de los mismos (esto es, se prefiere a “C”), y se perjudica al propietario estático que no crea riqueza (esto es, “A”). Muchos autores se sienten tranquilos con esta explicación y alaban la tesis del germano Ehrenberg, por la cual aducen que el sistema patrimonial debe construirse a partir de la seguridad del tráfico.

Sigamos con nuestro ejemplo. El señor “C” está maravillado con la perfección del sistema jurídico peruano, pues jamás pensó que a pesar que el bien había sido transferido a “B” mediante una escritura pública falsificada, empero, terminó siendo validada. Por su parte, “A” está decepcionado del sistema legal, pues de manera injustificada, y sin tener la culpa del fraude, resultó privado de su titularidad. Pues bien, hasta allí los teóricos de la “seguridad dinámica” se sienten conformes en asegurar las adquisiciones de los terceros que mueven la economía y crean riqueza.

Sin embargo, falta un pequeño detalle: al día siguiente, “C” es objeto de una nueva falsificación a favor del señor “D”, quien seguidamente vende el mismo bien a “E”, el cual sin dudas es un tercer adquirente de buena fe con derecho inscrito en el registro (art. 2014 CC). Inmediatamente “C”, antes maravillado por el sistema legal peruano, invoca que la propiedad es inviolable y que nadie puede ser privado de su derecho por una falsificación. El antes entusiasta defensor de nuestro ordenamiento jurídico-registral, ahora se convierte en su principal detractor.

¿Cómo una persona puede estar a favor y en contra de una misma norma legal? La razón de ello es muy simple: el **antes adquirente**, beneficiado por la seguridad dinámica, resulta ser ahora un **propietario actual**, perjudicado por el concepto de seguridad estática. Es decir, todos los adquirentes se convierten inmediatamente en propietarios, y si en un primer

¹⁵ “El registro nació en el Perú para solucionar problemas de aquella época mencionados, siendo el derrotero a seguir la protección de la **seguridad del tráfico**”: MENDOZA DEL MAESTRO, Op. cit., pág. 74.

momento la regla privilegia a los terceros, sin embargo, cuando se encuentran en un segundo momento, el mismo sujeto pasa a ser propietario y su derecho se vuelve débil y vulnerable frente a un futuro y potencial tercer adquirente. En consecuencia, **la seguridad dinámica favorece hoy al señor “C”, pero mañana fácilmente lo puede perjudicar.**

En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo pierdas. Ningún tercer adquirente se conforma con solo eso; también necesita y requiere tener seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo. Por tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez; pues no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario. Recuérdese que el adquirente de ayer es el propietario de hoy; por tanto, en ambas posiciones requiere de seguridad y justicia.

No basta con la denominada “seguridad del tráfico”, pues también es necesario proteger la “seguridad estática”. En caso contrario, se trataría de dotar de seguridad para un acto jurídico, pero al mismo tiempo se generaría zozobra e incertidumbre durante todo el tiempo de la situación dominical o propietaria. Pues bien, es claro que estamos en presencia de un falso dilema que se desmorona por sí solo.

La doctrina más atenta hace mucho tiempo se dio cuenta de la inexistente dualidad entre ambos “tipos” de seguridad jurídica, pues en realidad se trata de las dos caras de una misma moneda que se encuentran en íntima vinculación e interdependencia¹⁶. En otras palabras, de nada sirve contar con seguridad dinámica si no se tiene seguridad estática.

4.2 SEGUNDA FALACIA: EL ASIENTO REGISTRAL CREA UNA SITUACIÓN JURÍDICA DISTINTA DEL ACTO O NEGOCIO QUE LE DA ORIGEN, POR TANTO, EL PRIMERO TIENE VIDA AUTÓNOMA FRENTE AL SEGUNDO

Un sector de la doctrina española sostiene que el contenido del documento y el contenido de la inscripción son distintos, por lo cual se disocia el “título” (negocio documentado donde consta el acto o negocio”) con respecto al “asiento registral” (situación jurídica o derecho derivado del título). Por tanto, solo este último afecta a los terceros, con lo cual se logra privilegiar exclusivamente el asiento, y el título pierde relevancia¹⁷.

16 BOLÁS ALFONSO, Juan. “La documentación como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil”. EN: BOLÁS ALFONSO, Juan (Coordinador). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1993, pág. 44.

17 Como ejemplo puede citarse el siguiente texto: «Desde el punto de vista de fondo, el acta de inscripción revela la función de la publicidad inmobiliaria. Esa función no es otra que la

En el Derecho peruano no se ha tardado en adoptar esta misma postura en forma poco reflexiva: “el asiento registral de inscripción constituye la materialización natural de toda calificación positiva del título –documento público, al ser extendido por funcionario público en ejercicio de sus funciones y dentro del ámbito de su competencia-, **por lo que es allí donde consta la nueva situación jurídica publicitada, base del tráfico jurídico que reduce los costos de transacción; concluyéndose que el asiento goza de autonomía respecto del título archivado**, en tanto no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”¹⁸.

En tal sentido, el gran jurista VALLET DE GOYTISOLO recuerda que no es lo mismo publicar unos derechos abstraídos de su título, que publicar esos mismos derechos con su título, unidos a él, reflejando su causa, sus fines y sus especiales estipulaciones. El Registro no se limita a decirnos que tal inmueble pertenece a una persona determinada, sino que nos informa que dicha titularidad se ha producido en virtud de tal o cuál negocio jurídico, y es precisamente ese negocio el que tiene acceso al Registro de la Propiedad. El eminente autor español pone como ejemplo la fiducia, en donde la efectividad real del acto traslativo contrasta con la obligación oculta impuesta al adquirente. No obstante ello, si la obligación se inserta en el acto, aquella se causaliza y evidentemente lo afecta. Por tanto, si se publica el negocio fiduciario, el incumplimiento de la obligación deberá generar la ineficacia de la transmisión al tercer subadquirente, ya sea por falta de legitimación del transferente (quien debió formalizar la transferencia sólo con el beneficiario de la fiducia), o

constatación de que se ha producido una determinada situación jurídica, con el fin de reflejarla en el Registro y se produzcan, respecto a ella, los efectos previstos por la ley. De dos precedentes –la situación jurídica previa que consta en el Registro, y el nuevo negocio que consta en el documento presentado- resulta una nueva situación jurídica, que el Registrador, previa comprobación de su legalidad, lleva a los libros registrales. **El contenido del documento y el contenido de la inscripción son distintos**; el primero consiste en un negocio, y el segundo en una situación jurídica. **El primero afecta a las partes, y sólo a ellas (...), mientras que el segundo afecta a los terceros**. Por eso no es exacto decir que la inscripción produce, simplemente, una extensión de los efectos del documento a los terceros. Esto equivaldría a decir que es el negocio el que, una vez inscrito, afecta a los terceros. Y eso no es cierto, por dos razones: primero, porque lo que se inscribe y publica no es un negocio, sino un derecho; y segundo, porque lo que, tras la inscripción, afecta a los terceros, no es el negocio, sino el derecho real inmobiliario derivado del mismo»: PAU PEDRÓN, Antonio. “El acta de inscripción”. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 650, Madrid, enero-febrero 1999, pág. 12-13.

18 ALIAGA HUARIPATA, Luis. “Apuntes sobre el Reglamento del Registro de Sociedades y sus aspectos generales”. EN: *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, No. 6, Lima octubre 2001, pág. 129.

simplemente por mala fe del tercero¹⁹. De esta manera se aprecia claramente que el contenido complejo del negocio jurídico influye en la vida posterior del derecho transmitido (y publicado en el Registro).

En el mismo sentido se expresan LACRUZ y SANCHO, para quienes la inscripción no es un negocio jurídico, y solamente alberga al acto inscribible (título) que, en sentido filosófico, es la causa-eficiente de la inscripción²⁰. Con su natural riqueza de conceptos NUÑEZ LAGOS dice que: “El Registro de derechos, como si dijéramos en química el registro de cuerpos simples, es el resultado del aislamiento, independencia y abstracción de un elemento: el derecho subjetivo de naturaleza real. Sólo se ha producido en el BGB alemán ... en una palabra, **en España, como en las legislaciones latinas, el derecho real nace y vive mezclado o en dependencia de las obligaciones**” ²¹.

Por tanto, el asiento no tiene vida propia porque está conectado causalmente con el título que le dio origen. En nuestro sistema causalista de atribuciones patrimoniales no cabe que el asiento registral publique algo distinto del título. Los sistemas abstractos, como el alemán, pueden justificar en alguna medida una solución legal de este tipo²², pero no el nuestro que es causalista, y aún así debe recordarse que la inscripción germana siempre está conectada a un negocio (abstracto), esto es, a un título. De ello se deduce que no basta hacer una comparación normativa entre sistemas legales de distintos países, pues resulta necesario conocer los fundamentos de cada institución para evitar el error típico de acogerse a

19 VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero”. En: *Estudio de derecho de cosas*, Editorial Montecorvo, Madrid 1985, Tomo I, pág. 278-279.

20 LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*, José María Bosch Editor, Barcelona 1984, pág. 119.

21 NUÑEZ LAGOS, Rafael. *El Registro de la propiedad español*. EN: *Actas del I Congreso del Notariado Latino*, Buenos Aires 1948, pág. 70-71.

22 ROCA SASTRE, Ramón María (*Derecho Hipotecario*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1954, Tomo I, pág. 224) reconoce que la “sustantividad del asiento” se encuentra ligado a la abstracción de los negocios dispositivos, lo cual evidentemente se contrapone al sistema causalista español y peruano: «Lo que expresan los asientos tiene substantividad propia o autónoma, desconectada del título que los produjo, o sea, independientemente de los presupuestos necesarios para la práctica de tales asientos. El pronunciamiento o expresión registral acerca de la existencia del dominio o derecho real respectivo valen por sí mismos con plena abstracción, de momento, de los medios o elementos que provocó el asiento y prescindiendo de si éstos eran válidos o idóneos, e incluso si existieron (...) Puede afirmarse que aquí se produce un juego semejante al de los negocios jurídicos abstractos...». Llama la atención la incongruencia aquí sostenida, ya que el eminente jurista es consciente que la “sustantividad al asiento” no es compatible con el régimen sustantivo español (causalista) de atribuciones patrimoniales.

una doctrina extranjera con fundamentos jurídicos distintos e inaplicables. El trasplante normativo no puede ser automático.

Los contradictores sostienen que el título contiene un acto o negocio de transmisión que una vez inscrito da lugar a una nueva situación jurídica; por tanto, las discordancias que existan entre éste y el título, o las causas de nulidad que aparezcan solo en el título, devienen en irrelevantes para el tercero, por cuanto la inscripción es lo único que tiene eficacia jurídica. Es decir, la inscripción origina una “situación jurídica novedosa”, distinta al título y que puede vivir con independencia de este último. En realidad, debemos tener muy en cuenta que **la publicidad no existe por sí misma, sin que previamente exista un objeto real al cual referirse.**

Por lo demás, en nuestro país NO EXISTE el negocio abstracto, por lo que éste no es objeto de publicidad; siendo ello así, si tampoco tiene relevancia el negocio causal (título), entonces cabe preguntarse: ¿qué acto está contenido en nuestras inscripciones? Si el asiento no publica el negocio abstracto (que no existe), ni tampoco el negocio causal (por vivir el asiento desligado de éste, en teoría), entonces la conclusión sería que la inscripción en el Perú NO CONTIENE NINGÚN NEGOCIO. Esa conclusión es absurda, ya que no puede existir un derecho (real o de cualquier tipo) sin un título que lo haya originado. ¿O es que el registrador crea el negocio jurídico cuando extiende el asiento?

Una tesis ecléctica tampoco vale de nada. O prima el título material o el asiento; pero no se diga –para complacer a todos los auditorios- que estamos ante un sistema “causalista”, pero con “relativa desvinculación de la causa”²³. **Simplemente incoherente**, conforme lo demostramos seguidamente.

Imaginemos cualquier hipótesis de publicidad y las implicancias de la tesis aquí refutada. Por ejemplo, una ley aprobada y promulgada con relación a la publicación en el diario oficial. Si el asiento prima sobre el título, entonces en caso de discordancia entre la ley y la publicación, ¿debería primar la publicación aunque la ley diga otra cosa! Es decir, el error de tipeo de un corrector podría generar un derecho en contra de la Constitución, la ley y el sentido común. Para ESPINOZA ESPINOZA, la

²³ Así lo dice ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*, Gaceta Jurídica, Lima 2008, pág. 514: “Si bien es cierto que el sistema alemán se basa en el principio de abstracción y el peruano es causalista, a nivel registral nacional se presenta un sistema, si se me permite la expresión <híbrido>, en el cual, aunque no haya una desvinculación total del asiento registral y del título, por seguridad del tráfico (lo cual –buena o mala- sería una opción interpretativa), se debería entender que el asiento registral es el signo de conoscibilidad que posibilita individualizar la titularidad de las situaciones jurídicas erga omnes”.

publicación en El Peruano sería el “signo de conocibilidad que posibilita individualizar (...) las situaciones jurídicas”, esto es, el boletín derogaría la propia norma aprobada por el Poder Legislativo. Pues bien, esa idea tan burda es exactamente igual que sostener la primacía del asiento sobre el título, ya que ello implicaría que la voluntad omnímoda de un registrador – en contra de la ley- se impone sobre la voluntad de los particulares que tienen el derecho sobre los bienes materia de disposición. Entonces, ya no importa que enajene el propietario, sino lo que dice el registrador en un asiento.

Filosóficamente, la apariencia de la publicidad **no** puede sobreponerse a la realidad del hecho que es materia de publicidad. Caso contrario, preguntamos, ¿la noticia que consta en los diarios puede derogar al hecho noticiado?; en otras palabras, ¿cuál es la verdad, la noticia o el hecho? La respuesta es obvia.

En tal sentido, resulta falso que la inscripción dé lugar a una “nueva situación jurídica”, lo cual se demuestra en el siguiente ejemplo: si una sociedad anónima decide otorgar un poder, este hecho jurídico es el mismo ya sea que se encuentre inscrito o no; si se inscribe sigue siendo un acto de apoderamiento, y el registro no tiene el efecto taumatúrgico de cambiarle de naturaleza; por tal motivo, no existe una “nueva situación jurídica”; sino que el registro da publicidad del mismo hecho (poder), que no se convierte en otro distinto²⁴. La publicidad no puede tener vida propia, pues se refiere siempre a un hecho; sin éste no hay publicidad. Por tanto, la inscripción no crea una nueva situación jurídica que sea distinta, lo cual significa que la publicidad no tiene la fuerza de originar por sí sola un hecho que no existe.

Se ha tratado de desvirtuar nuestra conclusión de la siguiente manera:

“X emite un negocio de apoderamiento –inscrito en registros- a favor de Y para que transfiera un bien inmueble. En el caso que el día de ayer (sic) X hubiese fallecido y el día de hoy Y transfiere el bien a Z. Si el poder se extinguió el día de ayer, la transferencia ¿es válida? ¿Por qué? (...) La situación real es que el poder se extinguió, pero en estas situaciones concretas

24 Por su parte, las siguientes palabras de la doctrina italiana resultan esclarecedoras: «En el sistema del Código está fuera de toda duda que, allí donde la publicidad tenga como objeto un acto negocial, es el negocio mismo que debe ser inscrito (se piensa, por ejemplo, que requieren la inscripción del poder mercantil, del acto constitutivo de sociedad, de los acuerdos modificativos de estatuto: arts. 2206, 2296, 2300 y 2436 CC Italiano) y no una solicitud que reproduzca su contenido –más o menos integralmente o más o menos fielmente-. (...) A propósito la solución que me limito por ahora a hipotetizar (luego buscaré de argumentar mejor la suposición) es que el archivo sea a todos los efectos parte integrante del registro, así todo aquello que está archivado es (como si fuese) inscrito»: IBBA, Carlo. *La pubblicità delle imprese*, Cedam, Padua 2006, pág. 10-11.

según la configuración del sistema es claro que se protege al tercero que contrató confiando en la información que le brindó la institución registral en el asiento registral, no porque constituya una nueva situación jurídica, sino por la presunción de validez y exactitud que se le otorga”²⁵.

Este párrafo me permite realizar una refutación convincente de la postura contraria:

- En primer lugar, el ejemplo que se utiliza **no tiene relación alguna con nuestro tema**. Así, se dice que el apoderamiento inscrito, sustancialmente extinto, puede subsistir en virtud de la apariencia registral, por lo cual ello demostraría que el asiento registral prevalece. FALSO, pues la protección del tercero se hace sobre la base del negocio de apoderamiento inscrito, y que se constata en un asiento. El ejemplo se refiere concretamente a un acto inscrito (poder) que se enfrenta a un acto no-inscrito (hecho extintivo), pero en ningún caso estamos frente a un acto inscrito que discrepa de su propio asiento. En suma, una curiosa manera de argumentar en donde se utilizan ejemplos que no tienen ninguna vinculación con la materia discutida.

Una hipótesis que sí resulta aplicable a nuestro debate es el siguiente: A otorga poder a B, pero el registrador consigna por error que el apoderado es C; éste se entera y se aprovecha de la circunstancia para vender el predio de A. ¿Alguien puede sostener que C es el apoderado cuando el título material que dio origen al asiento dice otra cosa? Aquí sí estamos en presencia de una diferencia entre título y asiento, y para quienes postulan la primacía de este último entonces se daría la absurda consecuencia que el registrador “creó el poder” (casi podría decirse que él lo otorgó), y que el hecho jurídico pueda derogarse impunemente por obra y gracia de un funcionario público.

- En segundo lugar, el registro no es el “elemento mágico” que modifica las situaciones jurídicas. Lo que ocurre es que existen múltiples circunstancias que el ordenamiento valora como apariencias socialmente significativas (el registro es una de ellas, aunque jurídica y no de hecho) para efecto de proteger a un tercero de buena fe que confía en dicha apariencia. Entonces no es que se trate de una particularidad del registro, ni mucho menos, sino de un fenómeno legal en orden a la protección con seguridad y justicia de los actos de circulación de la riqueza. Por ejemplo, el art. 152 CC protege a aquellos que contratan con apoderados no-inscritos, y con

25 MENDOZA DEL MAESTRO, Op. Cit., pág. 80.

una tutela mayor pues se exige que el poderdante haya comunicado a los terceros la revocatoria a efecto de que ésta sea oponible. Pues bien, ¿qué relación tiene el registro con el art. 152 CC? Ninguna, lo cual demuestra que el registro no es una situación aislada y única del ordenamiento, sino que existen múltiples casos en los cuales la protección del tercero es extra-registral. Siendo ello así, no puede sostenerse que exista “modificación de la situación jurídica” por obra y gracia del registrador y su “labor técnica”. Si ello fuera así, ¿cómo se explicarían los artículos 152, 912, 948, 1542, entre muchos otros en los cuales hay protección al tercero sin la “función técnica de un profesional especialmente preparado”? Conclusión: el registro es una de las apariencias que la ley considera relevante, dentro de ciertas circunstancias y límites, para tutelar a los terceros. Nada cambia en orden al negocio jurídico, que tiene la misma naturaleza.

- En tercer lugar, si bien no viene al tema, debemos llamar la atención respecto del error grosero, sostenido en el ejemplo citado, de sustentar la protección del tercero en el principio de legitimación, al que se denomina de “validez y exactitud”, cuando en realidad estamos claramente ante la hipótesis de tutela general del registro, esto es, de primacía del acto inscrito sobre el no-inscrito (principio de inoponibilidad de los títulos, regulado en este caso en el art. 2038 CC). Por lo demás, el principio de legitimación no hace presumir la “validez”, como equivocadamente sostiene el contradictor, pues en tal caso, los actos no-inscritos debieran suponerse inválidos, lo que simplemente es absurdo.

Es cierto que pueden producirse algunas consecuencias jurídicas especiales por causa de la inscripción (por ejemplo: lo inscrito es preferente a lo no-inscrito), pero eso en ningún modo cambia la naturaleza del hecho jurídico, que sigue siendo exactamente el mismo (un negocio de apoderamiento). La publicidad no puede tener vida propia, pues se refiere siempre a un hecho; sin éste no hay publicidad. Por tanto, la inscripción no crea una nueva situación jurídica que sea distinta, lo cual significa que la publicidad no tiene la fuerza de originar por sí sola un hecho que no existe.

Ni siquiera en el Derecho Alemán la cuestión está tan clara respecto a la supuesta “autonomía” de la inscripción registral. Para eso vamos a seguir los ejemplos que proponen los autores germánicos. Así, según ellos, una hipótesis de inexactitud registral se presenta cuando “P acuerda conceder una hipoteca a A, pero el Registro inscribe por error la hipoteca a favor de

1”26. En tal caso, el error (material, según nuestro ordenamiento) se corrige fácilmente: “la confusión sucedida entre las dos personas se comprueba con una simple comparación entre la inscripción y la solicitud de inscripción. La inscripción solo sería eficaz si P e I celebrasen con posterioridad a la inscripción el acuerdo transmisivo-real”27. Es decir, la rectificación se produce, traducido a nuestro lenguaje, por la sencilla consulta del título archivado. Es más, nótese que la inscripción equivocada no surte efecto alguno, salvo que se celebre un negocio jurídico que subsane o convalide la falta. En tal caso la presunción de exactitud (legitimación) del & 891 es claramente desvirtuada28, por discordancia manifiesta entre título e inscripción, en cuyo caso el Registro procede a la corrección por sí solo, sin necesidad del consentimiento de los afectados. La pregunta que surge es: ¿sin presunción de exactitud (& 891) podría admitirse la aplicación del principio de fe pública registral (& 892) a favor de tercero? La respuesta cae por sí sola.

La falta de ideas es acuciante, y ahora se recurre a argumentos francamente pobres, e incluso abiertamente falsos:

“¿O es que el mismo tipo de publicidad tiene un asiento de inscripción que el que tienen los documentos administrativos presentados y archivados, circulares, documentos con firmas legalizadas, entre otros? ¿Acaso dichos documentos gozan de publicidad erga omnes? Cuando se solicite la inscripción con reserva de la rogatoria de algunos actos contenidos en el mismo y tenga una calificación positiva, ¿tendrán los mismos efectos los actos inscritos que fueron materia de calificación que aquellos que no lo fueron, pero que permanecen en el título archivado?”29.

Hace tiempo se perdió la brújula en el debate jurídico, y hoy casi cualquier cosa se expone. Vamos a contestar punto por punto:

- Cuando nos referimos a la primacía del título, es evidente que este concepto abarca exclusivamente los actos o negocios que constituyen, transmiten o extinguen derechos patrimoniales. En

26 WESTERMANN, Harry y otros. *Derechos Reales*, traducción de la séptima edición alemana a cargo de José María Miquel González y otros, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2007, Tomo II, pág. 945.

27 Ibid., pág. 946.

28 Ibidem.

29 ALIAGA HUARIPATA, Luis y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Posibles modificaciones al libro de los Registros Públicos”. EN: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Número 200, Julio 2010, pág. 139.

ningún caso hablamos de documentos anexos, tales como copias de documento de identidad, declaraciones juradas u otros similares. Es fácil argumentar con FALSEDADES.

- El título que prima sobre el asiento registral es aquel acto o negocio jurídico documentado, generalmente, en instrumento público. Los otros documentos son simplemente “relleno”. A nadie se le va a ocurrir que una fotocopia de DNI es oponible; sino que lo es el contrato de compraventa, de permuta o de donación, ya que cualquiera de ellos son el sustento de la inscripción. Un debate serio exige DECIR LA VERDAD sobre las proposiciones de la parte contraria; esto es, actuar con lealtad. Un contradictor mentiroso no genera ningún respeto y sus “argumentos” terminan convirtiéndose en un boomerang.
- Ahora bien, respecto a la “reserva de inscripción de algunos actos materia del instrumento público”, es necesario acotar que esta hipótesis no debería presentarse en el registro, por lo menos debería ser excepcional, pues un negocio coligado, es decir, en el cual se vinculan varias causas o fines prácticos destinados a un mismo propósito económico, no puede partirse o “descuartizarse” por obra y gracia del registrador, quien no debe permitir esas “reservas”, bajo pena de desnaturalizar la voluntad de las partes, y con ello modificar el negocio querido. Por ejemplo, cuando se estipula una venta con hipoteca, no puede inscribirse uno, y el otro no, pues ello implicaría que el propósito común y único (transferir con garantía) se frustre. Igual acontece con una donación de dos padres a favor de su hijo, pero manteniendo el usufructo en beneficio de aquellos. No puede inscribirse la donación, y “reservarse el usufructo”, ya que tal situación cambia totalmente, en forma arbitraria por lo demás, el equilibrio económico que se pretendía con el ligamen.
- En todo caso, si el registrador procede a “manipular” el negocio complejo, ello no obsta para que el acto “reservado” igual surta efectos de oponibilidad por su carácter de derecho real, siendo que el tercero no puede invocar buena fe ya que la situación jurídica estaba a su alcance. Esa es la solución que impone el Derecho Civil.

4.3 TERCERA FALACIA: EL ASIENTO REGISTRAL NO ES DISTINTO AL TÍTULO, SIN EMBARGO, EL REGISTRADOR YA HIZO EL TRABAJO DE EXTRAER LA INFORMACIÓN TRASCENDENTE PARA LOS TERCEROS. EN CONSECUENCIA, SOLO HAY QUE CONSULTAR LOS ASIENTOS

Se dice que el sistema peruano de inscripción es uno propiamente de “extracción”, es decir, el registrador estaría en la obligación de extraer del

título únicamente el derecho relevante para terceros, y ese derecho es el que se publica en el asiento. En tal sentido, se afirma que si el Registro ha realizado una labor compleja de extracción, entonces no es lógico que el tercero tenga que remitirse nuevamente al título archivado³⁰. En similares términos se dice que: “esto es así porque existe un filtro técnico, registrador público, que luego de un estudio minucioso determina qué situaciones merecen ser publicitadas”³¹. Si fuera cierto que solo existe la obligación de consultar los asientos, entonces la conclusión lógica sería que los títulos archivados no necesitan verificarse. Por vía indirecta, pues, se llegaría a sostener la primacía del asiento.

Sin embargo, esta postura se desmorona enseguida por virtud de los siguientes fundamentos:

- Los sujetos tienen el derecho fundamental de autorregular sus intereses privados a través de contratos o negocios jurídicos, lo que incluye disponer de sus bienes; sin embargo, con el sistema propuesto un funcionario del Estado tendría la potestad, a través de un error suyo o de una mala interpretación, de CAMBIAR EL CONTRATO O MODIFICAR UNA ADQUISICIÓN O VARIAR EL CONTENIDO DE UNA SENTENCIA JUDICIAL, y solo por el hecho de redactar en mala forma un asiento de inscripción. Ese sistema no existe, ni puede existir, pues atenta contra las bases fundamentales del sistema jurídico que regula a los particulares, y contraviene la misma función del Estado.
- El sistema propuesto sería CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN, pues atenta contra la libertad de contratación, contra la propiedad privada y contra la obligatoriedad de las sentencias judiciales. **Por tanto, no solo se trata de un sistema irracional e inmoral, sino claramente inconstitucional a la luz de nuestro ordenamiento.**
- También cabe preguntarse lo siguiente: si el asiento registral contiene toda la información relevante, entonces ¿para qué se archiva el título si no cumple ninguna función de oponibilidad? A veces se ha criticado esta postura señalando que la publicidad sustantiva no tiene relación con la publicidad formal, pero la mejor doctrina está de acuerdo en que solo puede haber oponibilidad (publicidad sustancial) cuando la información sea susceptible de ser conocida de manera efectiva (publicidad formal); de lo contrario estaríamos ante

30 Por ejemplo: DELGADO SCHEELJE, Álvaro. “Hacia la reforma del Libro IX de los Registros Públicos del Código Civil Peruano de 1984”. EN: *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, No. 2, Lima agosto 2000, pág. 70.

31 MENDOZA DEL MAESTRO, Op. Cit., pág. 79.

una ficción intolerable. Se dice que uno de los tres principios fundamentales del registro (en este caso se refiere al de empresas, pero la conclusión puede perfectamente generalizarse) es el de RELACIÓN ENTRE Oponibilidad y COGNOSCIBILIDAD: “la tutela de los terceros exige que a ellos puedan ser opuestos solo aquellos hechos de los cuales ellos mismos puedan procurarse el conocimiento a través de la consulta del instrumento publicitario, o sea del registro”³².

Un texto reciente avala nuestra posición, ahora bien, desde la perspectiva de la necesaria buena fe para gozar de la protección del registro:

“El tercero no solo debe ignorar el derecho inscrito o la causa por la que se ha anulado el título de su transmitente, sino haber hecho todo lo posible, conforme a las circunstancias, para llegar a su conocimiento. Evidentemente, lo primero que ha de hacer es acudir al Registro a fin de que le informe acerca del específico estatuto de la finca sobre la que quiere contratar. La comprobación de sus asientos no bastaría para asegurarle la condición de buena fe, pues, como la jurisprudencia ha venido declarando, <la prudencia exigible en la transmisión de bienes inmuebles requiere una conducta que supere la simple constatación registral y llegue hasta la investigación de títulos. Resulta evidente esa exigencia si se advierte que la mera inscripción en el Registro no convalida títulos nulos, no subsana sus defectos, ni presume la existencia de los derechos inscritos, y que existen causas de invalidez que no se conocen por el estudio de títulos y que no impiden la registración”³³.

Si realmente existiese un sistema de “extracción” con efectos sustantivos, esto es que la inscripción, sin el título, bastara para sustentar una adquisición, entonces ello debería estar señalado por normas legales expresas que reconozcan ese inédito sistema de atribuciones patrimoniales. Para lograr dicho fin no basta la descuidada redacción de un reglamento, sino de todo un conjunto de instituciones civiles que respondan a ese criterio. Por ejemplo: si la inscripción deroga el título, y lo único que importa es aquella, entonces debería haber un mecanismo procesal que permita al adquirente de un derecho tomar conocimiento previo de la redacción del asiento a efectos de que pueda impugnarlo. La razón es

32 IBBA, Carlo. *La pubblicità delle imprese*, Op. Cit., pág. 4.

33 DE REINA TARTIÈRE, Gabriel de. “El principio registral de oponibilidad”. EN: *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Volumen 10, 2009, pág. 157.

obvia: si un funcionario público, por dolo, culpa o ignorancia, tiene la potestad de abrogar un negocio jurídico adquisitivo por el solo hecho de redactar una inscripción, ¿qué remedios da el ordenamiento para impugnar esa decisión? Obligatoria debería otorgarse la posibilidad de “conocer anteladamente el contenido del asiento” para que el interesado se oponga; o una vez extendido el asiento, el usuario debería tener la opción de “apelar la inscripción” con el fin de tutelar el derecho de propiedad reconocido en la Constitución, o cualquier otro derecho sustentado en la autonomía privada, pues con ello se evitaría que se consumen los mayores despojos. Demás está decir que nada de esto existe, por cuanto la inscripción no es más que un resumen del título, un mero extracto formal con fines simplificadores, y que no se encuentra regulado en las leyes sustantivas, sino en reglamentos registrales.

Además, los citados reglamentos nada pueden regular en orden a los efectos jurídicos de los actos o negocios privados, su nulidad, los alcances de la nulidad, la protección a terceros y otros temas de orden sustantivo, exclusivamente reservados al Código Civil o ley expresa. Así pues, el art. 2009 CC señala que LOS REGISTROS PÚBLICOS SE RIGEN POR SUS REGLAMENTOS ESPECIALES; es decir, se trata de disposiciones de corte interno, organizativo, de técnica registral, de meras formas, pero nada más. Nótese que la norma legal en forma clara señala que dichos reglamentos solo regulan a la institución y, por ende, su actuación en el procedimiento. No permite que se regule los actos privados. En consecuencia, el tema se encuentra claramente resuelto a favor de la incompetencia absoluta de los reglamentos registrales para normar asuntos privados o de eficacia sustantiva.

Por tanto, si se quiere sostener que la “extracción” produce ese radical efecto adquisitivo (que no existe en el Derecho comparado), entonces primero hay que probar que ese sistema realmente existe; y como no es posible probarlo a falta de normas y antecedentes, entonces todo el argumento se cae por sí mismo.

Por lo demás, la labor “técnica” del registrador está severamente limitada pues se restringe al control formal de los actos contenidos en documento público. En tal sentido, se trata de un simple examen sobre el cumplimiento de algunos requisitos mínimos en orden a la inscripción, y nada más. La función del registrador no pasa de ser una evaluación formal, documental, limitada, de carácter administrativa y que se realiza dentro de un procedimiento no contencioso. Pues bien, con tales notas distintivas, cabe preguntarse, ¿cómo sería posible que en un proceso limitado al examen de un documento público se delegue al registrador tamaña atribución de extraer lo que a él le parezca relevante en orden a los terceros? Eso solo

podría hacerlo un juez en un proceso contencioso con todas las garantías del debido proceso. En consecuencia, es inaudito pensar siquiera que un funcionario administrativo pueda contar con tal potestad.

La técnica de extraer un resumen del título, o de transcribirlo, constituye un simple elemento facilitador de la publicidad formal, explicable bajo distintas perspectivas. Con la extracción se le da al público una visión resumida y rápida de la situación jurídica, sin perjuicio que ésta se produzca realmente en virtud de los negocios atributivos. Con la transcripción, por el contrario, se da al público un contenido completo de la información sin seleccionarlo. Optar por uno u otro es una simple cuestión de organización de la oficina registral, pero de allí no se puede avanzar hasta el punto de crear efectos mágicos a la inscripción, y que éstos lleguen hasta el punto de desconocer la realidad misma, que en este caso es el hecho jurídico adquisitivo.

El Reglamento General de los Registros Públicos señala que la inscripción no convalida la nulidad de los actos y contratos. Siendo así, ¿cómo los terceros no van a estar obligados a consultar los títulos si es que la propia norma registral ya les advierte que pudiera existir una nulidad y que el Registro nada les garantiza? Por tanto, es obvio que si la inscripción no puede asegurar la validez de los títulos, entonces el interesado debe investigarlo³⁴. La conclusión contraria llevaría directamente al absurdo, pues se estaría consagrando un sistema aberrante de protección de la apariencia en el cual ni el Estado se responsabiliza de las nulidades, ni el tercero tiene el deber de indagarlas; entonces se consagra un mecanismo de protección del tercero basado en la simple ficción, sin ningún modo de contraste efectivo y eficiente. Y no se diga que ello queda salvado con la calificación del registrador, ya que ésta nada garantiza respecto de las nulidades.

La labor de redacción de un funcionario referido a los datos del negocio jurídico nunca produce el efecto de CAMBIAR EL PROPIO NEGOCIO. Cuando una persona adquiere un derecho lo hace en virtud de una compraventa, permuta o donación, es decir, de un negocio atributivo reconocido por la ley, y jamás en mérito a la simple redacción de un documento administrativo realizado por funcionario. ¿Cuál sería el modo de adquisición en tal hipótesis? ¿Quiénes serían las partes en ese acto adquisitivo, el registrador acaso? ¿Es a título oneroso o gratuito? Todas

34 De esta forma queda refutada la peregrina idea sostenedora que la indagación de los títulos archivados implica “recalificar un título ya calificado por el registrador”: ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. “Recuperación de la preferencia perdida por nulidad del asiento de cancelación. Consecuencia de la extensión de la publicidad registral al título archivado”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Número 85, Octubre 2005, pág. 248.

estas preguntas surgen ante una tesis que no puede sostenerse, pues en sí llevaría a que los modos de adquisición de la propiedad, regulados por el Código Civil, deban incluir una hipótesis como la siguiente: “la decisión del registrador que conste en un asiento”. En ningún sistema del mundo se admite que la inscripción reemplace el hecho adquisitivo; en el mejor de los casos se convierte en la fase final del proceso de transmisión, **pero jamás se puede prescindir del hecho jurídico atributivo**, pues en caso contrario estaríamos ante una publicidad cuyo objeto es ella misma, ya que el hecho publicado no interesa.

La labor del registrador de “extraer” (o resumir) del hecho jurídico las circunstancias relevantes a través de una inscripción, no significa en lo absoluto que “lo relevante” sea la única realidad, incluso con derogación del hecho jurídico adquisitivo. Un sistema de ese tipo, arbitrario hasta el extremo, por cuanto las relaciones de los privados quedarían a merced de un Estado todopoderoso, **NO EXISTE EN EL DERECHO COMPARADO**.

El registrador no puede gozar de tanto poder que le permita decretar con su sola inscripción la adquisición de los derechos, aun cuando el hecho materia de la publicidad exprese una cosa distinta. En otras palabras, resulta inaceptable dotar a un funcionario público de la potestad de derogar negocios jurídicos entre particulares, por el simple hecho de haber realizado una inscripción errónea. Un sistema así repugna a los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y no puede ser admitido ni siquiera en vía especulativa.

Por tal razón, en el sistema peruano, y creo firmemente que ello acontece en todos los otros, el asiento registral constituye un simple **extracto formal del título**³⁵. Es decir, cuando el Registrador considera que un título es idóneo para acceder a la publicidad registral, procede a extender un resumen del acto o contrato en la hoja registral. Pero ese resumen se efectúa de manera exclusivamente formal, sin darle eficacia sustantiva o material al contenido del asiento, ya que no existe separación entre ambos.

35 El propio Reglamento General de los Registros Públicos contiene disposiciones que claramente vinculan el asiento con el título, con lo cual se desmiente su fallida pretensión de separación. Así, el art. 50 establece claramente que el sistema del “extracto” tiene carácter formal por cuanto el asiento no puede desligarse del título que dio origen al acto o derecho inscrito, por ello debe hacerse la *“indicación precisa del documento en que conste el referido acto o derecho...”*. Por otro lado, los artículos II del Título Preliminar y 108 del Reglamento se apresuran en aclarar que el “archivo registral” comprende los títulos materiales que dieron origen a los asientos. ¿Para qué se da publicidad a los títulos si éstos no tienen relevancia alguna para el tercero? Por último, el artículo 46 señala que la inscripción no convalida la nulidad, y en idéntico sentido, el artículo 99 establece que la nulidad del título acarrea necesariamente la nulidad del asiento. ¿Cómo se puede sostenerse que el asiento tiene “autonomía sustancial” si es que la nulidad del título le afecta inexorablemente?

En realidad, lo que se busca es facilitarle las cosas al público usuario mediante la extensión de asientos con información extractada que permita una más rápida comprensión de la hoja registral; pero ese resumen de información tiene carácter formal por cuanto no deroga o abroga la única realidad jurídica contenida en el título material. En buena cuenta, se trata solamente de una medida de publicidad formal que permite simplificar el acceso al público usuario de la información contenida en el Registro, pero nada más.

Por último, el dilema no se soluciona con la posibilidad, siempre abierta, de rectificar los asientos registrales³⁶, pues el tema es de fondo, y no de mera forma. En efecto, la discrepancia entre el negocio y el asiento (como decir, entre el hombre y la sombra) siempre se resuelve a favor del primero, pues aquel es nada menos que el título causante del derecho. Ese es un problema sustantivo referido al sistema de atribuciones patrimoniales que rige el orden civil. Otro tema, muy distinto y meramente formal, se refiere a la pretensión de exactitud (o coherencia) entre el título material y el asiento registral, para lo cual se disponen de reglas destinadas a la rectificación de errores. El solo hecho que exista ese conjunto normativo, que permite la corrección sobre la base de los títulos archivados, demuestra fuera de toda duda la primacía de los negocios jurídicos adquisitivos.

4.4 CUARTA FALACIA: LOS TÍTULOS TIENEN NATURALEZA ADMINISTRATIVA

Uno de los más curiosos argumentos que se ha sostenido en este tema es el siguiente: “(la naturaleza de los títulos archivados) definitivamente no es jurídica, debido a que esta función la cumple el asiento de inscripción, por cuanto el principio de legitimación solamente se encuentra referido a los asientos de inscripción. Por lo tanto su carácter es más bien de tipo administrativo, debido a que su contenido no va a producir efecto erga omnes, mientras no sea incorporado al asiento”³⁷.

Según esta opinión, una inscripción es un asunto “jurídico”; mientras que un contrato de compraventa o de donación (título archivado), por ejemplo, constituye asunto “administrativo”. Nunca habíamos leído algo tan carente de sentido.

36 Esa es la endeble, y totalmente errónea solución, que proponen: ALIAGA HUARIPATA, Luis y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Posibles modificaciones al libro de los Registros Públicos”. EN: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Número 200, Julio 2010, pág. 138.

37 TARAZONA ALVARADO, Fernando. “Algunas consideraciones referentes a la fe pública registral”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Número 61, Octubre 2003, pág. 66.

El acto o negocio jurídico que conforma el título constitutivo del derecho real es oponible incluso sin inscripción (art. 949 CC); por tanto, cuando dicho acto está inscrito, y consta como título archivado, con mayor razón resulta oponible.

La idea que el asiento es “jurídico” y el título es “administrativo” implica degradar a este último, SIN NINGUNA BASE LEGAL, pues nuestro sistema de atribuciones patrimoniales se basa claramente en los actos causales, y no en los asientos que redacta un funcionario administrativo. En efecto, el registrador no puede derogar o modificar la voluntad de las partes mediante un asiento registral.

Siempre prima el acto o negocio, ya que ellos constituyen los vehículos para expresar la voluntad de enajenación de los particulares, y hacen efectivo las libertades de relación y atribución que permiten el tránsito de la riqueza, ordenado y justo, de un patrimonio a otro (derechos de libre contratación y de propiedad).

No hay razón para extenderse más.

4.5 QUINTA FALACIA: LA PRIMACÍA DEL ASIENTO TIENE SUSTENTO JURISPRUDENCIAL

El principio de fe pública, regulado en el art. 2014 CC, busca responder a la siguiente pregunta: ¿qué pasa si en una cadena de transmisiones el acto previo es nulo? En efecto, la consecuencia natural de la invalidez negocial pasa por privar de efecto al negocio de transmisión, y si el bien es objeto de un nuevo acto de disposición a favor de tercero, entonces éste no adquiere nada por cuanto su enajenante actuaría a non domino³⁸. Si A vende a B y luego B vende a C, entonces la nulidad del primer negocio hace que B no sea propietario, por lo que el segundo negocio se trataría de una venta de bien ajeno que no produce el efecto de convertir en propietario a C. Sin embargo, el principio de fe pública, cuya motivación es dar seguridad jurídica con justicia en el ámbito de la circulación de bienes, se sustenta en la creencia honesta del tercero en el Registro, de tal suerte que C puede ser protegido frente a la nulidad del acto previo siempre que adquiera de quien aparece como tal en el registro; y además no haya causa de contradicción e inscribe su propio acto.

Nótese que **la fe pública es un mecanismo *in extremis***, por el cual el ordenamiento se encuentra en el conflicto ético de preferir el interés de un

³⁸ Así lo sostienen, por ejemplo, los autores italianos que no reconocen la existencia general del principio de fe pública del registro. Es el caso que **describe**, aun cuando él postule la importancia de proteger a terceros en los fenómenos circulatorios: PILIA, Carlo. *Circolazione giuridica e nullità*, Università degli Studi di Roma La Sapienza, Giuffrè Editore, Milán 2002, pág. 164.

sujeto frente al otro (¿A ó C?), pues uno de los dos quedará despojado de su derecho. Aquí entra en controversia las razones del propietario originario, quien resulta afectado por una nulidad que muchas veces no provocó pues resulta la víctima de falsificaciones, fraudes, engaños, etc.; mientras que en el otro lado se encuentra las razones del tercero que adquiere confiado en el registro. Ambas posturas merecen protección jurídica, y el solo hecho de optar por una de ellas ya parece injusto. Ante tal perspectiva es necesario que el sujeto preferido se encuentre simplemente con las “manos limpias” (*clean hands* en inglés, o *mani puliti* en italiano) para merecer esta especial y extraordinaria tutela. Por tal motivo, no sería admisible que un tercero que ha incurrido en serias dudas o vaguedades en la adquisición, resulte siendo premiado por el ordenamiento en contra de un propietario afectado por la nulidad³⁹. Nótese que muchas veces los dos sujetos (propietario originario y tercero) son inocentes, pues actúan con desconocimiento del hecho motivador de la inexactitud, pero si el tercero pudo conocer esa situación con una simple consulta al título material de su transmitente, ¿cómo puede recibir protección? ¿en virtud de qué principio del derecho se puede dar primacía a la culpa frente a la no-culpa? La fe pública debe considerarse un mecanismo excepcional por cuanto deroga la realidad jurídica, es decir elimina el efecto de arrastre de la nulidad, e impone una ficción. Siendo ello así, solamente puede llegarse a ese extremo cuando el beneficiado con la protección ha actuado en forma diligente y no tenía forma racional de conocer la causa de nulidad. Por tanto, estamos ante un concepto de moralidad social y jurídica que permite actuar la justicia en el caso concreto, y sin estrechos moldes dogmáticos.

La Corte Suprema ha interpretado en forma reiterada, y con una uniformidad que llama la atención en cien años, que existe una evidente primacía del título material por sobre el asiento registral, ya que éste último se considera un simple “resumen” de aquel, sin sustantividad propia. Dentro de las múltiples ejecutorias pronunciadas en este tema, y cuya recopilación bien merecería una tesis, tenemos las signadas con los números: 2356-98-Lima⁴⁰ (diario oficial: 12 de noviembre de 1999), 415-

39 En este punto debe rescatarse la contribución de MORALES HERVIAS, Rómulo (“Nulidad y oponibilidad del contrato vs. Principio de fe pública registral”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, No. 103, Lima, abril 2007), quien resalta el interés ético-jurídico que subyace en la nulidad.

40 “... A fin de asegurar la buena fe registral no sólo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen; por lo que si el recurrente hubiera tenido el cuidado de examinar el título que dio origen al asiento hubiera conocido la incapacidad del demandante y que por dicha razón el supuesto poder que éste había otorgado no tenía validez y, como consecuencia de ello, no se podía hipotecar el inmueble sin autorización judicial; de donde resulta que, basado en su propia negligencia, el recurrente no puede alegar buena fe registral...”.

99-Lima41 (diario oficial: 01 de septiembre de 1999), 158-2000-San Martín42 (diario oficial: 30 de octubre de 2000), 1322-2001-Lima43 (diario oficial: 01 de octubre de 2002) y 2580-2001-Lima44 (diario oficial: 02 de mayo de 2002). Por lo tanto, debe concluirse en que existe una consolidada corriente jurisprudencial que avala la posición aquí sostenida, por la cual los asientos registrales sólo se entienden en concordancia con el título del que proceden, y jamás priman sobre él.

Sin embargo, hace algún tiempo una Sala Civil de la Corte Suprema emitió una descuidada sentencia en la cual sostiene que la verificación de los títulos archivados solo es necesaria cuando en el asiento registral exista información insuficiente, pues de otra manera se “eleva el costo de los actos jurídicos”⁴⁵. Sobre el particular nótese lo deleznable que significa

41 “... El artículo 2012 del Código Civil consagra el principio de publicidad registral, el cual no sólo está referido a los asientos registrales, sino también a los títulos archivados...”

42 “El artículo 2012 del Código Civil recoge el principio de publicidad de las inscripciones registrales, el mismo que conforme se desprende del artículo 184 del Reglamento General de los Registros Públicos, se extiende a los títulos archivados y a todas aquellas anotaciones y demás documentos que existan en los registros”.

43 “En materia de derechos de propiedad, si bien el registro no cumple una función constitutiva de derechos sino meramente declarativa, la publicidad que brinda permite que terceros ajenos a la celebración del **acto** estén en condiciones de tomar conocimiento de su **contenido**, constituyéndose así el sistema registral en garante de la seguridad jurídica”.

44 “Forman parte de la publicidad de los Registros Públicos los títulos archivados, lo que guarda concordancia con el artículo 170 del Reglamento antes citado, porque como el asiento registral es solo un resumen, en el que consta el título que da origen al asiento, dicho título está a disposición de toda persona porque forma parte del asiento y de la publicidad de los registros; por ello, y a fin de asegurar la buena fe registral, no solo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen, mas aun cuando el artículo 185 del Reglamento dispone que para conseguir la manifestación de los libros y demás documentos, no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos, ni expresar el motivo o causa por las cuales se solicitan”.

45 “Que, si bien es verdad el artículo 184 del Reglamento General de los Registros Públicos, vigente a la fecha de los hechos, establece que a fin de asegurar la publicidad de los Registros, los funcionarios de los mismos están obligados a manifestar a toda persona los libros, los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales, ello no debe ser interpretado como que el principio de publicidad registral se extiende también por regla general a los títulos archivados, sino en el sentido que dicha extensión alcanzará a los títulos archivados si existiera insuficiente información en el asiento de inscripción; **dado que estimar que los interesados deben recurrir a los títulos archivados o a procedimientos extraordinarios para la determinación de con quien están contratando generaría un obstáculo para la realización de actos jurídicos y una elevación del costo de los mismos, lo cual atentaría contra la fe pública registral y la seguridad jurídica**”: Casación No. 2458-2005-Lima (diario oficial: 31 de enero de 2007).

En esta misma sentencia hubo un muy interesante voto en discordia del Vocal Ferreira Vildózola: “Que, en ese entendido, el principio de buena fe registral persigue proteger al tercero, que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para

PRIVARLE DE SU LEGÍTIMO DERECHO A UN PROPIETARIO por la simple circunstancia de que el tercero no quiso gastar CUATRO NUEVOS SOLES en la lectura de un título archivado. ¿Acaso eso es una elevación de los costos de transacción?, y si lo fuera ¿eso permite despojar a alguien? ¿se puede eliminar derechos a favor de un tercero que actúa con culpa? ¿desde cuándo la reducción de los costos de transacción es un principio general del derecho? No puede colocarse en un mismo nivel la pretendida reducción de costos con los principios de justicia material, tales como la dignidad del hombre, su libertad, autonomía privada y tutela eficaz de los derechos adquiridos.

La fe pública representa una solución radical que otorga la condición de verdad a aquello que no lo es, pues deroga los efectos absolutos de la nulidad, con lo cual se deja en cuestión los valores, incluso fundantes en la propia dignidad humana, que sustentan la decisión del ordenamiento para descalificar un determinado acto o negocio⁴⁶. Por tal razón, los sistemas jurídicos que acogen este principio registral lo hacen en forma mediatizada, con la imposición de distintos requisitos (buena fe, onerosidad, que en el registro no consten las causas de nulidad, etc.), o en otros casos simplemente no se le acoge por respeto a la realidad jurídica y a los valores que ella encarna. Por lo tanto, la afirmación referida a la hipotética primacía del asiento por “reducción de costos” no pasa de ser un teórico canto de sirena sin ningún sustento en los Principios Generales del Derecho.

Afortunadamente, luego la propia Corte Suprema regresó a la buena doctrina mediante una ejemplar sentencia en la que analiza con gran detalle y precisión los requisitos de aplicación del principio de fe pública. Sin embargo, los contradictores siguen aferrados a una sentencia aislada, exótica, única, y que obviamente no genera precedente o doctrina judicial alguna⁴⁷. Se limitan a citar, de mala fe, una ejecutoria, pero silencian las centenas que dicen lo contrario. La ética en el planteamiento de los temas jurídicos ha quedado de lado.

otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, la búsqueda de la seguridad en el tráfico puede importar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de la buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente, en consecuencia la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva”.

46 Véase la opinión fundamentada de MORALES HERVIAS, Rómulo. “Nulidad e inoponibilidad del contrato vs. la publicidad registral”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, No. 103, Lima, abril 2007, pág. 25-40.

47 ALIAGA HUARIPATA, Luis y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Posibles modificaciones al libro de los Registros Públicos”. EN: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Número 200, Julio 2010, pág. 139.

No es el caso hacer un análisis de toda la decisión, que por cierto es muy interesante, sino circunscribirse a la relevante definición que hace del asiento registral como simple resumen o extracto del título material, por lo que nunca puede tener independencia o sustantividad. De esta manera debe considerarse que la ejecutoria aislada que se citó antes ha quedado superada a través de una sentencia más reciente, máxime si prácticamente existe un criterio jurisprudencia reiterado en un siglo⁴⁸.

He aquí la importante sentencia:

“Cuarto: Que asimismo, el artículo 2012 del Código Sustantivo debe de complementarse con lo dispuesto en el artículo 184 del Reglamento General de los Registros Públicos el que establece que a fin de asegurar la publicidad de los registros los funcionarios de los mismos están obligados a manifestar a toda persona los libros, los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales. Quinto: Que, la exposición de motivos del artículo 2012 bajo comentario, confirma esta apreciación al sostener que la presunción cerrada de conocimiento del contenido registral, encierra solo un aspecto parcial de la publicidad al sostener una ficción legal, pues su aplicación aislada sin otorgar la posibilidad efectiva de acceso al Registro ‘implicaría un grave problema, referido al hecho de que las personas no puedan conocer materialmente aquello que la ley presume de su conocimiento’ y que ‘la primera publicidad, a la que podemos llamar sustantiva, no es posible considerarla sin que exista ampliamente garantizada la segunda, que es la que se puede llamar procesal’ (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, Registros Públicos, Lima mayo 1998, Jack Bigio Chrem, página 191). 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, porque 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, porque forma parte del asiento y de la publicidad de los registros. Séptimo: Que, por ello y a fin de asegurar la buena fe registral no solo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen, más aún cuando el artículo 185 del

48 La exposición de motivos alude a una ejecutoria de 07 de junio de 1917, en la cual el tercero no es amparado porque la nulidad aparece de los mismos documentos que sirvieron a la inscripción: COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*, Registros Públicos, separata especial publicada en el diario oficial el 19 de noviembre de 1990, pág. 16.

Reglamento dispone que para conseguir la manifestación de los libros y demás documentos, no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos; ni expresar el motivo o causa por las cuales se solicitan”: Casación No. 3088-06-Lima (diario oficial: 01 de octubre de 2007).

4.6 SEXTA FALACIA: LAS NORMAS REGLAMENTARIAS HAN DECIDIDO LA PREFERENCIA DEL ASIENTO REGISTRAL

Es cierto que el nuevo Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP) pretendió darle relativa autonomía al asiento registral⁴⁹, separando éste del título que le dio origen. Si bien esa puede haber sido la intención de los autores de la norma, sin embargo, debe considerarse que un Reglamento no puede modificar el sistema causal adoptado por las disposiciones sustantivas del Código Civil. Por tal razón, son de rechazar las opiniones que pretenden dar valor sustantivo autónomo al asiento registral⁵⁰. Por su parte, el Reglamento del Registro de Sociedades (RRS) también intentó precisar que las causales de inexactitud o invalidez deben constar solo en los asientos registrales, con lo cual se pretende dar privilegio a la inscripción por sobre el título.

Empero, todas estas reformas deben considerarse fallidas por cuanto unos modestos reglamentos de inscripciones o de procedimiento no pueden alterar el régimen sustancial de conformación del negocio jurídico, causas de adquisición de los derechos, nulidades de los negocios y sus efectos; ni tampoco pueden introducir un cambio radical como sería admitir el negocio abstracto de cuño germánico, en contra de todas las normas y principios que se encuentran sólidamente implantados en el Código Civil.

49 Artículo VIII del Título Preliminar del R.G.R.P.: “*La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales*”.

50 En todo caso, llama la atención que uno de los miembros de la Comisión que dio lugar al Reglamento General intente justificar la frustrada (y errónea) reforma con argumentos que no tienen ninguna relación con el problema de fondo: «La Comisión Revisora puso especial énfasis en este punto, puesto que se había apreciado la existencia de una difundida (mala) práctica registral, en el sentido de negar efectos a distintos elementos consignados en el asiento registral, cuando (a criterio del Registrador que efectuaba la calificación de un nuevo título relacionado con el ya inscrito) consideraban que el contenido del título archivado era diferente al concepto publicado»: GONZALES LOLI, Jorge Luis. *Comentarios. Reglamento General de los Registros Públicos*, Gaceta Jurídica, Lima 2002, pág. 53-54. ¿Cómo es posible justificar una reforma de tal magnitud en una cuestión intrascendente como la reseñada? Mayor incongruencia todavía de quien ejerce la función notarial, y simultáneamente degrada el negocio contenido en la escritura pública, que puede derogarse por efecto de un simple “error registral”.

No puede tomarse en serio las disposiciones de un reglamento registral, ubicado en el sótano de la jerarquía normativa, para sostener que éstos tienen la capacidad para modificar los alcances de las relaciones jurídicas fundamentales del ser humano en el ámbito patrimonial⁵¹. Eso implicaría que el ciudadano queda sujeto y sometido a los dictados de la tecnoburocracia registral, y no a los Poderes Constituyentes y Constituidos⁵². Por tal razón, es un grave error afirmar que existen “dos tipos de fe pública

51 Hay cierto tipo de “doctrina” cuyo único argumento a favor de la primacía del asiento es que “así lo dice un reglamento registral”. Esa **pobreza argumentativa** puede verse en: SILVA DÍAZ, Martha. “¿Por qué la presunción de conocimiento del contenido de las inscripciones no comprende a los títulos archivados?”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Número 92, Mayo 2006, pág. 274.

52 Increíblemente se opina lo contrario: “Consideramos que tanto el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos como la Ley de Creación del Sistema Registral –vigentes posteriormente a la promulgación del Código Civil de 1984 –son estas normas que inclinan la preferencia sobre el asiento registral en desmedro del título archivado”: MENDOZA DEL MAESTRO, Op. Cit., pág. 79.

En primer lugar, queda descartado de plano que un reglamento registral pueda modificar o precisar un Código Civil, y menos resulta relevante que se trate de una “norma posterior”. ¿Acaso un reglamento posterior puede cambiar radicalmente el sistema patrimonial contenido en la ley? No vale extenderse en este tema.

Sin embargo, más comprometedor resulta sostener que existe una Ley (No. 26366), que bien podría modificar una ley previa, en la cual se inclina la preferencia del asiento. ¿Realmente dice eso la norma? El art. 3° de la Ley 26366 establece que los asientos intangibles salvo título modificatorio o nulidad. Por tanto, esa norma no dice nada respecto a la supuesta primacía del asiento registral, y más bien ella sirve para sostener exactamente lo contrario. En efecto, nótese que el asiento se rectifica por “título” y no por otro asiento, ¿qué está en primacía, entonces? La respuesta es obvia. Por otro lado, aun cuando la norma pretendiese regular el conflicto entre título y asiento, tampoco en tal caso se puede llegar a la conclusión del contradictor. En primer lugar, la ley se pone normalmente en las situaciones regulares y no en las absolutamente patológicas o excepcionales. Por tanto, cuando habla del asiento se entiende que éste coincide con el título; y así ocurre en todas las normas que regulan a aquel; jamás podría suponerse que la ley supone otra cosa, lo que implicaría que se regula desde lo excepcional. En segundo lugar, otro elemento que ratifica que el legislador no ha regulado la discrepancia asiento-título, constituye el hecho que el asiento se modifica por un asiento posterior; pero nótese que la norma usa el término “modificar”, lo que implica que el asiento es regular, no tiene nada que rectificarse o corregirse por error, y en tal sentido se trata de un asiento que coincide con su título. En caso contrario, habría que hablar de “rectificación”. En efecto, si el asiento discrepa del título, no es necesario modificar el primero, sino rectificarlo. Por tanto, nada hay en el art. 3 de la Ley 26366 que haga pensar que dicho precepto ha tomado una decisión en el tema materia de análisis. La norma se centra, exclusivamente, en la hipótesis de una inscripción que quiere dejarse sin efecto, lo que requiere de un título posterior (justamente por eso se dice “posterior”, pues lo que se pretende es modificar el título, no su rectificación) o la nulidad. Si existe discordancia entre asiento y título, ¿se necesita título posterior o basta el título que le dio origen? Es obvio que basta lo segundo, por tanto, la norma en cuestión no regula este tipo de errores, para los que basta el mismo acto o negocio documentado, sino las hipótesis que requieren de TÍTULO MODIFICATORIO POSTERIOR, esto es, cuando el acto inscrito –sin errores entre ellos– solo puede alterarse por un negocio distinto.

registrar”⁵³, una que se limita a los asientos de inscripción, y otra que se extiende a los títulos archivados. Esta afirmación no puede admitirse en un sistema causal de atribuciones, en donde un sujeto deviene propietario por virtud de un contrato de compraventa (título), y no por una simple inscripción (asiento).

Por lo demás, de la lectura integral de esos mismos reglamentos se advierte que no es posible darle vida independiente a una inscripción (publicidad) con respecto al acto del que trae causa (hecho jurídico). Así, por ejemplo, se regula los actos inscribibles (causales) en el art. 3 RRS; además, en la inscripción debe constar el título (acto causal) que es objeto de la publicidad (art. 13-d RRS), y lo mismo ocurre en el RGRP en donde las rectificaciones se hacen en virtud del acto causal, y la nulidad de éste determina la cancelación de la inscripción; además, la inexistencia del acto implica que se pueda cancelar administrativamente la inscripción, etc. Por tanto, del tenor de esas mismas normas se concluye que existe una necesaria vinculación entre el acto o negocio y el asiento, y ello se debe a que la publicidad siempre se refiere a un hecho jurídico.

En caso contrario, me gustaría que expliquen lo siguiente: ¿si el asiento prima sobre el título, entonces por qué la nulidad del primero desemboca necesaria e ineludiblemente en la cancelación del segundo? ¿si el asiento prima sobre el título, entonces por qué el asiento debe indicar el acto de donde emana? ¿Por qué se requiere conservar los títulos? ¿Se puede admitir que los títulos sean objeto de publicidad registral, según el propio reglamento, pero esa publicidad no sea oponible? ¿Puede aceptarse que el registrador invente un derecho distinto al que conste en el título, es decir una venta a favor de B, termine siendo por su dolo o error a favor de C? ¿Existe algún sistema jurídico tan absurdo e irracional que pretenda otorgar derechos de fantasía o ficción, por el solo hecho de existir un error material o de bulto de un funcionario administrativo?

Por ejemplo, si el registrador por equivocación consigna que el dueño del inmueble es B, y no C como consta en el título, entonces habrá ¡qué reputar como titular a B!, en contra del más elemental sentido común y en contravención del orden constitucional y legal⁵⁴. Y todo ello para proteger la inexistente “seguridad del tráfico”, conforme ha quedado demostrado líneas arriba. El Registro sirve para DAR PUBLICIDAD DE LA REALIDAD JURÍDICA, pero jamás puede aceptarse que LA PUBLICIDAD VAYA EN CONTRA DE LA MISMA REALIDAD QUE

53 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*, Gaceta Jurídica, Lima 2008, pág. 512.

54 Así textualmente lo dice: “los terceros tomarán conocimiento de dicha situación publicitada en los registros y podrán contratar con los legitimados en dichos asientos”: *Ibid.*, pág. 78.

YA APARECE EN EL REGISTRO. Estamos ante un instrumento de técnica jurídica, útil, cuya finalidad es simplificar el conocimiento de los hechos jurídicos, pero jamás sirve para desvirtuar o alterar los hechos en forma impune. Un Registro así no presta beneficio y prontamente quedaría socialmente deslegitimado.

Sin embargo, a veces los más sólidos fundamentos se chocan contra la terquedad:

“El tema fundamental es determinar, a partir de todo lo anteriormente mencionado, cuál es el rol actual del asiento registral dentro del sistema registral (sic) y en el ordenamiento jurídico en general (sic), por lo que de plano descartamos la falacia de argumentar que por el hecho de que en el derecho comparado no se haya tratado el tema no es viable en el nuestro, toda vez que cada ordenamiento se configura a partir de su propia realidad”⁵⁵.

Este párrafo permite realizar varios comentarios:

- Fijémonos en la soberbia absoluta de admitir que esa “figura jurídica” es inusual, pero ello no impide que el sistema peruano “la haya incorporado”. Es decir, “todos están equivocados menos yo”, y salvo que nuestro contradictor tenga alma de Galileo, el argumento de la “soledad jurídica” no puede ser atendible.
- Eso equivale a decir que en todos los ordenamientos jurídicos se acepta la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento, pero “igual nosotros lo podemos impedir”. Claro, en el mundo de la fuerza estatal bruta, todo puede convertirse en ley, pero el problema es si debemos tolerar lo irrazonable, lo absurdo, lo inusual o la opinión aislada de alguien. Eso es legislar bajo el criterio: “es así porque yo lo digo”.
- Por lo demás, no existe ley alguna en el sistema jurídico peruano que sostenga la primacía del asiento registral, salvo el espejismo de los reglamentos registrales pero que ya ha sido aclarado en este acápite.
- Incluso, nótese lo curioso que significa pensar que el asiento registral “tiene un rol en el ordenamiento jurídico en general”. ¿Tanta importancia tiene un mero requisito formal? ¿tiene un rol en el sistema jurídico? Creo que nadie, jamás, ha sostenido algo semejante.

El Código Civil de 1936 contenía una norma expresa en la cual se señalaba que EL ASIENTO REGISTRAL ES UN RESUMEN DEL TÍTULO, es

⁵⁵ Ibid., pág. 77.

decir, desde siempre se ha admitido esa concepción respecto a la inscripción. Si bien el Código de 1984 no reproduce esa disposición, no se crea que ello se debe a un cambio de criterio del legislador (lo que no puede suponerse a falta de una voluntad normativa en contrario), sino a su expresa decisión de omitir la regulación de cuestiones formales en el Código, y los asientos lo son, y más bien se han dejado esos temas a los reglamentos. Por eso las citadas normas infra-legales regulan cosas tales como el contenido de los asientos o su forma de rectificación.

Este tema es una buena muestra de los excesos a los que lleva el “formalismo extremo”, y que no se reduce a la “verdad oficial del registro”, sino que llega más lejos: “la verdad oficial de los asientos del registro, aun en contra del título que le dio origen”. **Inaceptable.**

La abundancia de reglamentos se inserta dentro de la idea, hace mucho tiempo descartada, de tener a la mano un conjunto de reglas que resuelvan absolutamente todos los conflictos potenciales que puedan producirse. Por lo demás, la veneración de los reglamentos registrales lleva a olvidarnos de la ley, fuente primaria; y de los valores (¡sentido común!) que se encuentran contenidos en ella. Por tal motivo, la calificación se hace hoy sobre la base exclusiva de los reglamentos. ¿Y el resto del ordenamiento?

Frente a tamaño problema se impone una solución integral, y que se resume en la siguiente frase: **Los reglamentos registrales no sirven de nada.** En efecto, si ellos repiten lo que dice el Código Civil u otra ley sustantiva, entonces son textos simplemente reiterativos y nada nuevo aportan; por el contrario, si están en contradicción con la ley, entonces hay que buscar una interpretación que les permita adecuarse al sentido de la norma sustantiva, de la que, además, no pueden desentenderse por jerarquía de normas, o en el peor de los casos, simplemente hay que tenerlos por abrogados. En suma, siempre debemos terminar respetando la Constitución, el Código Civil o las leyes sustantivas, así como los principios fundamentales del sistema jurídico. Los reglamentos nada pueden hacer contra aquellos, y su vida es solo marginal.

Pues bien, esta idea central está ganando cada vez mayores adhesiones; y en buena cuenta existe ya una corriente muy fuerte a favor de eliminar los controvertidos reglamentos. Pero, la burocracia tiene que justificar su existencia, y no encuentra mejor mecanismo que aliarse con el poder político. Por eso, y en lo que yo denomino una auténtica “viveza criolla”, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) ha pasado a *sottovoce* una norma favorable a sus “intereses”, pero contrarios al País. La referencia concreta es a la Ley 29566, pomposamente llamada a “mejorar el clima de inversión”, y en la que se incluye, al mejor estilo de un cajón de sastre, normas tributarias, societarias, procesales,

administrativas, municipales, registrales y notariales, todas ellas sin orden ni concierto.

Así, el art. 10 de la Ley 29566 dice: *“la función registral de calificación se encuentra sujeta a lo dispuesto en el art. 2011° del Código Civil, así como a las reglas y límites establecidos en los reglamentos y directivas aprobados por la Superintendencia (...)”*. Con ello, se pretende dos cosas: Primero, avalar cualquier cosa que digan los reglamentos; Segundo, zafarse de las críticas y cuestionamientos que la doctrina realiza desde hace algún tiempo a esta potestad reglamentaria extralimitada e injustificada.

El Congreso de la República no ha advertido que el mayor obstáculo a la inversión se concentra en los excesos y desatinos frecuentes de la calificación registral, justamente basada en esos reglamentos que ahora se pretenden santificar. Por el contrario, los cambios realmente eficientes siguen brillando por su ausencia, tales como la creación de una tercera instancia nacional, que es un imperativo de la Ley 27444 porque los actuales Tribunales Registrales solo tienen competencia regional; o establecer mecanismos reales de supervisión de la función registral, como lo exige la Ley 26366.

Pero, la “viveza criolla” no ha dado resultado. La SUNARP, cuando aprueba sus dichos reglamentos, se encuentra sujeta imperativamente al principio de legalidad, esto es, a las disposiciones de mayor jerarquía contenidas en el Código Civil y demás legislación sustantiva (art. IV 1.1 Tít. Preliminar Ley 27444). ¡Recuérdese que hasta el Presidente de la República debe cumplir las leyes, según el art. 118 de la Constitución! Esto significa que la situación sigue siendo la misma, y nada ha variado, tanto hoy con la Ley “Cajón de Sastre” No. 29566, como antes. Es decir, **la SUNARP igual deberá aprobar los reglamentos con sometimiento a las leyes y normas de mayor jerarquía**, salvo que se piense que esta entidad cuenta con autonomía normativa, como si fuese un Poder Legislativo sin control. **Pero eso es un absurdo.** Por tanto, bien podría decirse que: “fueron por lana y salieron trasquilados”.

4.7 SÉPTIMA FALACIA: INVOCAR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO TABLA DE SALVACIÓN

Los sostenedores de la vida propia del asiento registral acuden siempre a los consabidos argumentos económicos, tal como ocurre con la conocida doctrina de reducción de los costos de transacción. En efecto, se dice que si el funcionamiento de una economía de mercado supone que debe incentivarse los intercambios a efectos que naturalmente los bienes pasen a manos de quien los valora en mayor medida, y de esa manera se logra que la riqueza se use en la forma más eficiente, con el consiguiente aumento de la utilidad general y del beneficio de la sociedad, entonces parece lógico

deducir que debe facilitarse la realización de actos de intercambio voluntario, por lo cual se hace necesario “reducir los costos de transacción”⁵⁶.

Sin mayor remordimiento se tira por la borda los principios fundamentales del ordenamiento a cambio de la sumisión al neo-liberalismo simplón que encarna análisis económico del derecho (AED): “Ahora bien, hemos sostenido como premisa que el Sistema Registral opta por la tutela, dentro de los límites legales, de la denominada seguridad del tráfico, teniendo como sustento, entre otros, el criterio económico de reducir costos de transacción”⁵⁷.

Desde luego nadie está en contra de la simplificación, de la eliminación de formalismos innecesarios y de facilitar los intercambios dentro de un contexto de seguridad jurídica. Sin embargo, de allí no puede concluirse que la “reducción de los costos de transacción” se convierta en un principio general del derecho o de un canon cuasi-sagrado e inmovible de justicia material. De ser así entonces todos los valores trascendentes sobre los que se asienta nuestra civilización deberían quedar en segundo plano frente a este criterio meramente formal y de dudosa justicia cuando se trata de relaciones entre poderosos y débiles. No puede admitirse que los valores y principios en que se asienta nuestra Constitución, tales como la dignidad del hombre, la igualdad, la libertad, etc., deban quedar sometidos a un criterio económico de tipo formal⁵⁸.

La adquisición de un bien mueble o inmueble se sustenta, fundamentalmente, en la voluntad del propietario dirigida a enajenar, y en algún caso se requiere además la consumación real de la transferencia por medio de la tradición. Se encuentra en juego el derecho fundamental de propiedad, cuyo titular decide celebrar el acto de disposición, y el derecho constitucional de libre contratación, por el cual la voluntad legítimamente manifestada es el vehículo natural de la circulación de la riqueza.

56 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Bienes muebles e inmuebles vs. Bienes registrables y no registrables”. EN: *Revista del Magíster en Derecho Civil*, PUCP, Volumen 1, Lima 1997, pág. 129.

57 MENDOZA DEL MAESTRO, Op. Cit., pág. 80.

58 Por lo demás, no existe un solo autor norteamericano a quien se le pueda ocurrir que la redacción de un documento hecha por un funcionario administrativo pueda sobreponerse al título de adquisición o contrato de transferencia. En el Derecho de los Estados Unidos, que algunos ven como un ideal, sin embargo, nadie llega a esta atrevida conclusión. ¿Por qué la queremos imponer en nuestro país? Sin dudas el tercermundismo no solo se origina por la pretensión de copia de modelos jurídicos, sino fundamentalmente por querer extremar la copia hasta el punto que la sucursal pretende ser todavía más radical que la casa matriz. Por tanto, si queremos copiar, pues por lo menos copiemos bien.

La preferencia del asiento “para ahorrar costos” es tan burda como decir que mejor matamos a los pacientes de los hospitales públicos para evitar los gastos y costes de curación. En efecto, de esa forma se pone en la balanza dos valores que no pueden contraponerse. Por un lado está el respeto a la dignidad del hombre a través de sus manifestaciones privadas de relación y atribución (contrato y propiedad); mientras por otro lado está el “interés de ahorrarse el costo de revisar un título archivado (cuatro o cinco soles)”. No puede sacrificarse derechos fundamentales que consagra la Constitución con el fin de salvar ese gran principio jurídico (sic) consistente en “reducir los costos de transacción”⁵⁹.

El AED se basa en la igualdad y libertad de los ciudadanos para elegir lo que más le conviene a sus intereses. De esa manera la utilidad individual se convierte en eficiencia social, pues la racionalidad económica de los agentes los llevará a adoptar la mejor solución, y con ello finalmente se aumentará el bienestar general. Es una linda teoría expuesta en el escritorio de un burócrata de organismo internacional o en el pizarrón de un profesor. El problema, sin embargo, es que sus presupuestos son falsos. Así, la igualdad real entre los sujetos simplemente no existe, pues solo se aprecia en el ámbito estrictamente formal, pero no en el sustancial. Esta pretendida igualdad lleva a conceder un mayor privilegio al poderoso. Por ejemplo, si sentamos en una misma mesa a un Banco y a un cliente cuyo ingreso mensual es el equivalente a una remuneración mínima. ¿Cuál de los dos se encuentra en mejor situación para negociar? ¿El pobre le podrá imponer sus condiciones al gigante financiero? La igualdad no existe entre sujetos desiguales; y confiar en que el acuerdo de ambos representa la justicia o la

⁵⁹ Así por ejemplo: “Sobre esta base entonces, los costos de transacción se vuelven sumamente altos, pues el registro publica situaciones jurídicas cuyo haz de estipulaciones que las configuran están desperdigadas en todo el título formal. En suma ¡que cada quien interprete lo que le es oponible!” (BECERRA SOSAYA, Marco. “Los alcances de la publicidad material emanada del Registro de Predios. Una nueva forma de hacer estudio de títulos en el Perú”. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Número 92, Mayo 2006, pág. 274).

Este **pobrísim**o argumento, de torpes sumas y restas, está anclado en una idea deshumanizadora del Derecho, que no tiene asidero alguno en el orden constitucional o de los derechos humanos. Habría que preguntarle a dicho autor si también estaría de acuerdo con eliminar el notariado por cuanto es evidente que también “encarece los costos de transacción”. Obviamente, la contratación realizada en un “papel higiénico mojado” es más barato que el costo de una escritura pública. En tal contexto, resulta paradójico que un notario degrade al instrumento que es su pan de cada día, y en donde justamente consta ese “haz de estipulaciones” que son tan valiosas para las partes, y eventualmente también para los terceros; y en cambio se proclame una primacía absurda de la inscripción sobre la base de que no debemos perder tiempo y dinero en “revisar escrituras”. Ante ello cabe preguntarse: ¿y para qué se dedican a extender escrituras y documentar negocios jurídicos? **La incoherencia total parece ser el rumbo que han tomado algunas opiniones.**

eficiencia, no pasa de ser una quimera sin asiento en la realidad. El primero sobrepondrá todas y cada una de sus condiciones, siempre basadas en la obtención del mayor lucro posible en desmedro del otro⁶⁰, pues simplemente esa es la lógica del capitalismo, en donde hay que maximizar las ganancias, en contra de la ética y los valores.

La libertad también está mediatizada entre sujetos desiguales, pues el rico tiene en forma obvia “más libertad” de decisión que el pobre. Este último, sin dudas, tiene “menos libertad” o simplemente no goza de ninguna, pues está totalmente sometido al poder político o económico de su contraparte. Quien subsiste de un puesto de trabajo honrado y honesto no puede darse el lujo de contraponerse a los poderosos de quienes depende él y su familia. ¿Hay verdadera libertad de decisión? ¿Realmente podemos hacer lo que nos plazca sin más límites que nuestro voluntarismo?

La libertad y la igualdad son siempre relativas, pues están grandemente condicionadas a la situación real, concreta e histórica de los sujetos⁶¹. La idea de una mínima intervención del Estado ya no puede sostenerse, salvo por los liberales furiosos, pues ello implicaría dar carta blanca para que el poderoso abuse impunemente del débil con el solo fundamento de que “el otro así lo quiso”. Por eso existe toda una legislación de defensa del consumidor, cada vez más acentuada, que pretende igualar la posición de ambos.

Pues bien, si las bases teóricas del AED se encuentran cuestionadas, entonces sus afirmaciones se caen como un castillo de naipes. No basta, por tanto, con gozar de igualdad y libertad teóricas, las mismas que bien poco pueden hacer frente a las situaciones de notoria disparidad del poder de negociación de los actores económicos.

60 Recomendamos una obra interesante en la que se da cuenta que el afán de lucro, central en el capitalismo, es la causante de su propia destrucción a través de la corrupción económica, de la cual su apéndice es la corrupción política. Un mercado libre, sin controles, es un campo propicio y abonado para los abusos y los negocios sucios: SLAVIN, Luis Pablo. *El capitalismo depredador. Los escándalos corporativos del siglo XXI*. Ed. Biblos. Buenos Aires 2005. Pág. 149.

61 Conforme con esta afirmación se encuentran los filósofos, como es el caso del español Fernando SAVATER (Cfr. su obra *El valor de elegir*. Editorial Ariel. Barcelona 2004. Pág. 90): “Obra de nuestra libertad de seres dependientes y vulnerables, la asociación basada en leyes y costumbres trata de configurar un ámbito en el que podamos desarrollar elecciones que no siempre sean a vida o muerte”. ¿Qué dirá ante ello la doctrina jurídica que opina en la libertad absoluta es sustento de cualquier acuerdo? El hombre es un ser dependiente y vulnerable ante múltiples factores, por lo que su libertad es limitada, y en algunos casos es prácticamente una ilusión.

El AED solo beneficia al más poderoso, y por eso cuando aplicamos sus métodos siempre prevalece el interés del banquero, del financista, de la compañía de seguros, de la empresa global, mundializada o de la transnacional “que invierte y da trabajo”. Esta conclusión no es nueva y un autor tradicional del derecho civil, un genio sin dudas, ya lo había intuido hace medio siglo cuando pronunció un discurso en Madrid (1960) por motivo de su incorporación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación⁶². Cómo para no olvidar las lecciones de Federico DE CASTRO, tal vez el mayor jurista español del siglo XX. Igual ocurre en la época presente, en donde los más destacados filósofos y teóricos del derecho nos ponen en guardia, desde antes de la crisis mundial, respecto al excesivo poder de las empresas privadas internacionales, las que prácticamente imponen sus valores, reglas y también abusos, ante un Estado que se conforma con “dejar hacer y dejar pasar”, como en el peor liberalismo clásico⁶³.

En conclusión, el AED está terminado y sin remedio; pero aquí en nuestro Perú se continúa alegremente utilizando un método descartado por los hechos. En efecto, si la libertad absoluta produjo la crisis global, entonces simplemente estamos frente a una teoría destruida por la propia realidad. Es decir, la libertad absoluta (y abusiva, diría yo) no lleva a la eficiencia, sino a la destrucción, pues en ese caso el afán de lucro desmesurado termina

62 “El carácter <sagrado> que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales; mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para el libre desenvolvimiento de la personalidad. En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado. La Historia no se repite, sí los artificios. Como otras veces (recuérdese lo dicho sobre el Derecho feudal), un grupo social poderoso emplea la forma del contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislado, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio”: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Ed. Civitas. Madrid 1987. Pág. 77-78.

63 El autor identifica tres peligros entre ellos conexos para la esfera pública, originada por la carencia de límites a los poderes privados. El primer peligro es la concentración y confusión de los poderes económicos y políticos. El dinero sirve para hacer política y la política para hacer dinero. Es un círculo vicioso que se resuelve en la inacción del Gobierno. El segundo peligro se da en la progresiva erosión de la esfera pública como conjunto de funciones e instituciones sometidas a reglas en garantía de los derechos de todos, con la consiguiente supremacía de la esfera privada del mercado. De esa forma resulta minado el edificio del Estado Constitucional como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, degradado a derechos patrimoniales de acceso, en contraste con su carácter universal y su rango constitucional. El tercer peligro se encuentra en la mercantilización de los ordenamientos jurídicos, quienes compiten entre sí para atraer inversionistas. Ya no son los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino que éstas hacen lo propio con los Estados para ver cuál de ellos le ofrece mejores condiciones “normativas”: FERRAJOLI, Luigi. “Diritto Civile e Principio di Legalità”. En: *Europa e Diritto Privato*. Fascículo 3. Milán 2005.

imponiéndose y llevando todo a su paso. Por eso, luego de la crisis vemos a empresas maquilladas en sus cuentas por “prestigiosos” contadores o tributaristas, con grave daño a los accionistas y acreedores; ejecutivos con ingresos millonarios que se sirven de esas cuentas maquilladas para mantenerse indefinidamente en el cargo; bonos y valores emitidos en forma apresurada y sin respaldo, cuya única función es obtener lucro inmediato para los intermediarios financieros o los Bancos de inversión; entidades bancarias que reclaman el libre mercado cuando obtienen utilidades, pero que acuden al Estado para que los salve de la crisis; empresas financieras con mínima o inexistente regulación, y que terminan quebrando de un día para otro, pero que con ello se llevan los ahorros y sueños de pensionistas o humildes ciudadanos.

El culto absoluto por el mercado, como si fuese un Dios moderno, es un dogma que hace tiempo está en revisión. Solo así podremos evitar las injusticias, las inmoralidades, los abusos, el descrédito, la desesperanza en un mundo mejor y más equitativo. No valen los cantos de quienes descalifican a los demás por el solo hecho de no compartir el ideario neoliberal. Hay que poner punto final al sometimiento que pretendió crear el mal llamado *Consenso* de Washington. El mercado, por ejemplo, funciona cuando hay muchos oferentes y demandantes, por lo que nadie puede imponer condiciones o el precio. Sin embargo, todos sabemos que eso no ocurre en la realidad. Existen muchos mercados monopólicos legales o de hecho (telefonía fija); otros funcionan en régimen de cuasi-monopolio (como las AFP) -con comisiones y condiciones casi idénticas-, y otros en “mercados capturados” por tres o cuatro competidores que no se atacan, por lo que ellos conviven en paz hasta que uno decide comprar al otro (como los bancos o las aseguradoras). En todos estos casos el mercado no funciona según sus propios presupuestos teóricos. Todo el mundo lo sabe, desde los políticos, los economistas, los burócratas, pero no hay soluciones.

Por tanto, si el mercado no reúne las condiciones de “libre” entonces el Estado se encuentra claramente legitimado para intervenir y procurar justicia; por ejemplo, a través de la regulación de las cláusulas generales y de los contratos por adhesión. No basta la protección periférica de un “derecho a la información” que nada cambia; sino que es necesaria una protección de fondo, sustantiva y material.

Con todo estos hechos comprobados y ciertos, ya no puede sostenerse los postulados del AED. Si en la casa matriz se abandona el liberalismo salvaje, y el Estado de la Unión Americana es el primero que se dedica a salvar empresas privadas, entonces no cabe que sigamos rindiendo culto a una doctrina sobrepasada por la historia.

Pero, los amantes del AED siguen proponiendo razones a su favor. Dicen, por ejemplo, que la reducción de costos es necesaria, no solo para ahorrarse los cuatro soles que cuesta la revisión de un título archivado, sino además “se involucra el tiempo, el costo del estudio de un profesional, entre otros”⁶⁴.

Nótese que estas opiniones simplemente idealizan “los costos de transacción”, a tal punto que el Derecho solo se reduce a la simplificación, hasta llegar a niveles indecentes, y todo ello con tal de satisfacer al dios moderno “mercado”. Con tal criterio sería mejor eliminar a los notarios, a la escritura pública y también a los abogados, ya que la consulta de los títulos “no debe costar nada”, y todo debe reducirse a lo que diga el asiento registral, para bien o para mal. Es un sistema de costo cero, con transmisiones que se documentan en “servilletas” (ni siquiera en hojas de papel, porque “cuesta”), sin asesoría técnica y sin control de legalidad en el momento más peligroso, qué es, cuando se paga el precio. Seguramente será más barato, sin costos de transacción, pero totalmente azaroso pues nadie sabrá a qué atenerse. El riesgo sería tan alto que ese sistema no podría mantenerse por mucho tiempo.

Justamente el notario existe para brindar una asesoría técnica a bajo costo en el tráfico contractual e inmobiliario, lo que debe suponer también el estudio de títulos. En efecto, una retribución que llega al 0,3% del valor de la operación económica realmente es insignificante y nadie dejará de asumir ese costo cuando ello significa adquirir con legalidad y seguridad. Nótese que solo el impuesto a las transferencias inmobiliarias es 10 veces más alto, pero ello no impide que la riqueza circule y pase de mano en mano. Se trata de un gasto calculado y que se diluye en la magnitud de la operación.

Por otro lado, se exponen argumentos de utilidad práctica a efectos a dar primacía al asiento registral. En tal sentido se dice: “

Las partes, y para ser mas preciso, el Notario, son responsables por los títulos que ingresan al registro. Cuando el título accede al registro la responsabilidad se traslada al registrador, quien debe calificarlo y, de encontrarlo conforme, proceder a la inscripción. Cualquier error en la inscripción, por tanto, debe ser responsabilidad del registrador (o del registro). Exigirle a los interesados que revisen

64 MENDOZA DEL MAESTRO, Op. Cit., pág. 80.

los títulos archivados equivale casi a que las partes realicen la función calificadora del registrador. Esto es inadmisibles”⁶⁵.

Esta opinión comenta otro sistema jurídico (que dicho sea de paso, no existe en ningún otro sitio), pero no el peruano. Así pues, la adquisición de derechos se basa en TÍTULOS ADQUISITIVOS RECONOCIDOS LEGALMENTE (contratos, sucesión hereditaria, hechos jurídicos voluntarios o involuntarios, etc.) y el registro le da publicidad a los mismos. Por tanto, el adquirente depende que el transmitente sea propietario, y eso exige imperativamente conocer el estado jurídico del bien según los títulos jurídicos que han configurado el dominio y gravámenes, y no mediante la despreocupada consulta de simples asientos formales que constituyen resumen de los títulos, y no otra cosa.

Lo contrario lleva al absurdo de pensar que las adquisiciones inmobiliarias se fundan exclusivamente en los asientos, sin importar que los títulos digan otra cosa, con lo cual se ha inaugurado en el Derecho comparado un sistema inédito, por lo irracional e inmoral, de atribuir derechos por decisión de funcionario administrativo, incluso por mero error material o de redacción.

OTROSÍ DIGO: EL EFECTO PERVERSO DEL “REGISTRALISMO ESPAÑOL”

Es evidente que los Congresos Internacionales de Derecho Registral que organizan, manejan y manipulan a su antojo los registradores españoles son una plataforma política para “vender” su sistema, y no solo a nivel doctrinario, sino también económico. Ese tema ya lo he denunciado con motivo del Congreso realizado en Lima en septiembre del año pasado⁶⁶.

Pues bien, dentro de esas medidas se encuentra imponer el registro como “verdad oficial”, es decir, que el registro sea la única e inmovible realidad, y más bien la realidad pasa a convertirse en una mentira. Curiosa contradicción que mata la justicia en aras del formalismo más exagerado y radical. No otra cosa significa elevar a los altares del dogma una inscripción registral, aunque carezca de todo sustento en un acto o negocio jurídico.

Pero, el proyecto va más allá y establece lo siguiente:

65 AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Derechos Reales y de Garantía (documento de trabajo)*, Programa de actualización y perfeccionamiento de la Academia de la Magistratura, capítulo 4, pág. 119

66 Véase nuestro artículo “Un decepcionante Congreso Registral” publicado en *La Ley*, periódico mensual de *Gaceta Jurídica*, octubre 2010.

SEXTA DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL: Convenios de interconexión

“La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP podrá celebrar los convenios de cooperación interinstitucional, así como establecer cualquier otros mecanismos de coordinación con las entidades registrales o afines de otros países, a fin de establecer criterios y políticas propias de la actividad registral, así como para interconectar y crear redes virtuales que vinculen la información y datos de los diversos sistemas registrales. Para ello, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos –SUNARP podrá integrar cualquier asociación o institución vinculada a estos fines así como participar en su constitución, conformación y organización, conjuntamente con otras entidades registrales o afines de otros países”.

Es decir, se pretende sancionar “convenios de cooperación” con entidades registrales de otros países, que no sería nada raro se trate del propio Colegio de Registradores de España, así como integrar asociaciones que se creen para interconectar redes virtuales de información (¿importación del sistema GeoBase?). Por supuesto que esos convenios serán onerosos y pagados por el Estado Peruano; pero está claro que nuestro país no tiene nada que aprender del registro español. Sería una curiosa forma de desperdiciar los recursos públicos en una contratación que ya vendría presupuesta de antemano, con la consiguiente falta de transparencia.

Ningún funcionario del Sistema de Registros Públicos puede actuar a título particular, sino pensando en el interés público; por ello, no puede introducirse “de contrabando” una norma que hipoteca nuestro sistema legal a uno que es deficitario en su propio país. El “colonialismo jurídico” debe ser rechazado en forma terminante.

CONCLUSIÓN

Cualquier norma o interpretación normativa que pretenda privilegiar la inscripción sobre el acto o negocio jurídico que le dio origen, es contrario a los derechos fundamentales de libre contratación, de propiedad o a la tutela judicial efectiva que la Constitución de 1993 garantiza. En tal sentido, el error del registrador al momento de extender una inscripción no puede dar lugar a la pérdida del dominio del legítimo propietario. El Tribunal Constitucional ha señalado, ya, en reiteradas oportunidades que la garantía de la propiedad implica la debida protección contra las interferencias ilegítimas o producidas por causa extraña. Esto último se refiere a las pérdidas del dominio por simples errores de la administración (ejemplo típico: discrepancia entre inscripción y título archivado), que bajo ningún concepto podrían derogar o alterar las titularidades jurídicas.

En consecuencia, el proyecto de ley N° 4542-2010 contiene disposiciones contrarias a la Constitución, por lo que su único destino pertinente es el archivo.

Pero ese no es su único vicio, ya que además incurre en plagio (en mi agravio), en falsedades (dice que “no modifica normas sustantivas”) y en incoherencias absolutas (critica severamente al registrador, pero le termina otorgando super-poderes). ¿Algo podría ser más lamentable? Creemos que no.