



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**La escritura pública como eje del cambio: análisis del principio de libertad de forma y el carácter facultativo de la inscripción registral a través del contrato de compraventa sobre bienes inmuebles**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Daphne Lizeth Nima Guerra**

**Asesor(es):  
Dra. Patricia Lescano Fera**

**Piura, octubre de 2019**



## Aprobación

Tesis titulada “*La escritura pública como eje del cambio: análisis del principio de libertad de forma y el carácter facultativo de la inscripción registral a través del contrato de compraventa sobre bienes inmuebles*”, presentada por la bachiller en Derecho Daphne Lizeth Nima Guerra, en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis, Dra. Patricia Lescano Feria.





## Dedicatoria

A Dios, por guiar cada uno de mis pasos.

A mis padres, Daphne Guerra y Francisco Nima, por su infinito amor, paciencia, cariño y por enseñarme que cada meta y logro se obtiene con esfuerzo y dedicación.

A mi hermanita menor y mi mejor amiga, Angie Nima, por su compañía y consejo.





## Agradecimientos

A mi asesora, Dra. Patricia Lescano, por su tiempo, consejo y apoyo en la revisión y culminación de este trabajo final.

A mis jurados, Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez y Mgtr. Lelia Díaz Tarrillo, por su apoyo en la revisión de este trabajo final.





## Resumen Analítico-Informativo

**Título de tesis:** La escritura pública como eje del cambio: análisis del principio de libertad de forma y el carácter facultativo de la inscripción registral a través del contrato de compraventa sobre bienes inmuebles.

**Autor de la tesis:** Daphne Lizeth Nima Guerra.

**Asesor de la tesis:** Dra. Patricia Lescano Feria.

**Tipo de tesis:** Tesis.

**Título que opta:** Abogado.

**Institución. Facultad:** Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

**Fecha de sustentación:** Piura, octubre de 2019

**Palabras claves:** Compraventa / inmuebles / forma voluntaria / escritura pública / inscripción registral.

**Introducción:** Tesis de Licenciado en Derecho perteneciente a la línea de investigación de Derecho Civil y Registral. La autora muestra el resultado de la investigación acerca de la necesidad de instaurar instrumentos mucho más eficientes que el mero consentimiento de las partes. Siendo uno de esos instrumentos la escritura pública como formalidad voluntaria ad solemnitatem, para el perfeccionamiento y conclusión del contrato de compraventa sobre bienes inmuebles y el alcance de la protección registral a través de su inscripción, con la finalidad de brindar seguridad jurídica a las contrataciones.

**Metodología:** Método no experimental, con un enfoque descriptivo y documental.

**Resultados:** La presente investigación se encuentra dividida en tres capítulos. El primer capítulo, define conceptos básicos sobre el contrato de compraventa, el principio de libertad de forma y analiza detalladamente el sistema de transferencia para bienes inmuebles regulado por nuestro Código Civil y la regla contenida en el. El segundo capítulo, aborda el tema central de la investigación: la escritura pública y la forma voluntaria ad solemnitatem o forma solemne convencional. El capítulo final, resalta la importancia de la preferencia de la inscripción registral, analizada desde la perspectiva de la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y la necesidad de actuar con diligencia en las transacciones comerciales, dándole al contrato de compraventa sobre bienes inmuebles el último grado de protección que brinda el registro público gracias a la inscripción y a la publicidad registral.

**Conclusiones:** Si se opta por la escritura pública como forma solemne voluntaria, la protección del tráfico inmobiliario mejora, no solo a nivel registral sino también a nivel contractual. En virtud de la fuerza vinculatoria que tiene el contrato, una vez incluida dicha forma tendrá la función de proteger a las partes que intervienen, compeliéndolas a satisfacer las obligaciones asumidas. Esto evitará las ventas sucesivas, dándole al comprador la seguridad de que su adquisición, no será discutida en sede judicial por otro comprador al que el vendedor se obligó a entregarle el mismo bien. Así, se ven cumplidas a través de esta forma las dos dimensiones de la seguridad jurídica: la seguridad estática y dinámica.

**Fecha de elaboración del resumen:** 01 de octubre de 2019

## Analytical-Informative Summary

**Thesis Title:** Public deed as the axis of change: analysis of the principle of freedom of form and the optional nature of registration through the contract of sale of real estate.

**Thesis author:** Daphne Lizeth Nima Guerra.

**Thesis advisor:** Dr. Patricia Lescano Feria.

**Thesis type:** Thesis

**Degree to Gain:** Lawyer

**Institution. School:** Universidad de Piura. Law School

**Thesis defense Date:** Piura, october 2019

**Keywords:** Sale / real estate / voluntary form / public deed / registration.

**Introduction:** Law Degree Thesis belonging to the Civil and Registry Law research line.

The author shows the result of the investigation about the need to establish instruments much more efficient than the mere consent of the parties. One of these instruments being public deed as a voluntary formality *ad solemnitatem*, for the perfection and conclusion of the contract of sale on real estate and the scope of the registry protection through its registration, in order to provide legal security to the contracts.

**Methodology:** Non-experimental method, with a descriptive and documentary approach.

**Results:** This research is divided into three chapters. The first chapter defines basic concepts about the contract of sale, the principle of freedom of form and analyzes in detail the transfer system for real estate regulated by our Civil Code and the rule contained in it. The second chapter deals with the central theme of the investigation: the public deed and the voluntary form *ad solemnitatem* or conventional solemn form. The final chapter highlights the importance of the registration registration preference, analyzed from the perspective of the concurrence of creditors of real estate and the need to act diligently in commercial transactions, giving the contract of sale on real estate the last degree of protection provided by the public registry thanks to registration and registration advertising.

**Conclusions:** If public deed is chosen as a solemn voluntary form, the protection of real estate traffic improves, not only at the registry level but also at the contractual level. By virtue of the binding force of the contract, once such form is included, it will have the function of protecting the parties involved, competing them to meet the obligations assumed. This will prevent successive sales, giving the buyer the assurance that their acquisition will not be discussed in court by another buyer to whom the seller was obliged to deliver the same good. Thus, the two dimensions of legal security are met through this form: static and dynamic security.

**Summary date:** octubre 01<sup>th</sup>, 2019

## Tabla de contenido

<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo 1 El contrato de Compraventa y el principio de libertad de forma</b> .....	3
1 Nociones generales .....	3
1.1 Importancia y definición .....	3
1.2 Caracteres o características esenciales .....	4
1.2.1 Consensual.....	4
1.2.2 De prestaciones recíprocas .....	5
1.2.3 Oneroso.....	5
1.2.4 Conmutativo .....	5
1.2.5 Principal.....	5
1.2.6 Traslatoivo de dominio.....	5
1.3 Principales obligaciones derivadas del contrato de compraventa .....	6
1.3.1 La transferencia de propiedad.....	6
1.3.2 El precio.....	7
1.4 Efectos .....	8
2 El principio de libertad de forma .....	9
2.1 Forma ad solemnitatem .....	11
2.2 Forma ad probationem.....	12
2.3 Forma ad voluntatem o forma voluntaria .....	12
3 Bienes materia del contrato de compraventa .....	14
3.1 Definición de bien .....	14
3.1.1 Los bienes muebles.....	14
3.1.2 Los bienes inmuebles, en especial referencia a los bienes inmobiliarios.....	15
3.2 Bienes susceptibles de ser objeto de la obligación del vendedor en el contrato de compraventa .....	17
4 Sistema de transferencia de bienes muebles e inmuebles.....	18
4.1 Transferencia de propiedad de bienes muebles .....	19
4.2 Transferencia de propiedad de bienes inmuebles.....	21
5 Consideraciones finales aplicables al contrato de compraventa inmobiliaria .....	23

<b>Capítulo 2</b>	<b>La escritura pública como formalidad voluntaria ad solemnitatem</b>	<b>27</b>
1	Los instrumentos públicos notariales	27
1.1	Documento e instrumento	27
1.2	Los instrumentos públicos notariales	28
1.3	Clases de instrumentos públicos	28
1.3.1	Instrumentos públicos protocolares	28
1.3.2	Instrumentos públicos extraprotocolares	30
2	La escritura pública, instrumento protocolar por excelencia	30
2.1	Definición	30
2.2	Partes de la escritura pública	31
2.2.1	Introducción	32
2.2.2	Cuerpo	34
2.2.3	Conclusión	36
2.3	Importancia de la escritura pública	37
3	Seguridad jurídica	39
3.1	Seguridad jurídica estática	42
3.2	Seguridad jurídica dinámica	42
3.3	Importancia de la seguridad jurídica	43
4	Controles de legalidad	46
4.1	El principio de legalidad	46
4.2	La legalidad y su relación con la seguridad jurídica	48
4.3	Controles de legalidad de la escritura pública	49
4.3.1	Control notarial	50
4.3.2	Control registral	53
4.3.3	Control judicial	57
5	Una forma solemne voluntaria	62
5.1	La manifestación de voluntad	62
5.2	La autonomía de la voluntad privada	63
5.3	La forma solemne voluntaria	69
5.3.1	En el derecho comparado	74
5.3.2	En el derecho nacional	75
5.4	Importancia	79
5.4.1	A nivel contractual	80
5.4.2	A nivel registral	82

<b>Capítulo 3 La inscripción registral declarativa y su carácter facultativo</b> .....	85
1 La concurrencia de acreedores.....	85
2 La publicidad registral .....	91
3 La inscripción registral declarativa.....	96
4 Bloqueo registral.....	101
<b>Conclusiones</b> .....	107
<b>Referencias Bibliográficas</b> .....	111





## Abreviaturas

RENIEC	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
DNI	Documento Nacional de Identidad
RGRP	Reglamento General de los Registros Públicos
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
TUO	Texto Único Ordenado
COFIDE	Corporación Financiera de Desarrollo.
CC	Código Civil





## Introducción

Una de las interrogantes más frecuentes -sino es la principal- al momento de adquirir un bien inmueble es, si “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él (...)”, ¿porque es necesaria su inscripción?

Y es que, de una mirada literal al artículo 949 del Código Civil el solo consenso transfiere la propiedad inmueble, *ergo* ya eres propietario; pero hay que considerar que el contrato con finalidad traslativa por excelencia y el más usual es el contrato de compraventa, que regulado en el artículo 1529 del mismo cuerpo normativo determina la existencia de dos obligaciones bien definidas: la del vendedor de transferir el bien y la del comprador de pagar su precio ¿Resulta contradictorio?

La interpretación de las normas siempre es sistemática, así, mientras el primero regula el sistema de transferencia para los bienes inmuebles, el segundo determina el carácter obligacional de la compraventa; siendo que en su etapa inicial se genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, pagar su precio y otras obligaciones derivadas; y en su etapa de ejecución se encuentran todos aquellos actos que le permitan al comprador ejercer su derecho a plenitud. Dicho de mejor modo, el contrato de compraventa de bienes inmuebles es consensual con carácter obligacional. Consensual debido a que nace por el mero acuerdo de voluntades y de carácter obligacional, porque existe el deber del vendedor de realizar todos aquellos actos destinados a que el bien salga de su esfera de propiedad pasando a la del comprador, y por parte de éste último de pagar el precio en la forma y lugar pactados.

Muchos han sido los casos sobre fraude inmobiliario, ventas sucesivas, y otros problemas que derivan de un sistema de transferencia consensualista, y que, en gran medida viene a determinar el sistema registral que tenemos, el cual es declarativo para el tema de bienes inmuebles, más específicamente para bienes inmobiliarios.

Tomando como base los problemas antes mencionados es que nace esta investigación, la cual gira en torno a la importancia de la escritura pública como formalidad *ad solemnitatem* para el perfeccionamiento y conclusión del contrato de compraventa de bienes inmuebles y el alcance de la protección registral a través de su inscripción.

En ese sentido, el primer capítulo define algunos conceptos básicos sobre el contrato de compraventa, el principio de libertad de forma y el sistema de transferencia regulado en nuestro Código Civil. Éste último tiene mucho mayor desarrollo, debido a que en virtud de la regla contenida en el artículo 949, si el derecho real de propiedad se constituye o nace fuera del registro, a él sólo le queda reconocer el derecho real preexistente a efectos de otorgarle publicidad, siendo la inscripción bajo este sistema de carácter facultativo. Y es ahí donde se

generan los problemas antes mencionados, ya que la publicidad registral siempre será una excepción al consensualismo. Lo criticable de dicha regla, es que permite la configuración de un derecho real de propiedad demasiado especial, ya que al no ser necesaria la entrega del bien para su nacimiento no habrá posesión del mismo -no podrá usar, disfrutar, disponer ni reivindicar el bien- y sin inscripción -sin publicidad- no podrá ejercer su derecho *erga omnes*. En ese sentido, ¿qué clase de derecho real se está configurando?

El segundo capítulo aborda el tema central de la investigación: la escritura pública y la forma *ad solemnitatem* voluntaria o forma solemne convencional. Para lo cual, se describe y define sus principales características e importancia como formalidad que ayuda en el reforzamiento de la seguridad jurídica estática y dinámica, representadas por las figuras del notario y el registrador como filtros que auxilian en la revisión de la legalidad del instrumento que se formaliza e inscribe, en aras de otorgar perennidad en el derecho adquirido y protección *erga omnes*.

De esta manera, si bien en un inicio podría resultar cuestionable el principio de libertad de forma que rige para este contrato, termina siendo conveniente gracias a la autonomía privada de la voluntad, que moldeará el programa contractual creando un sentido de vinculación jurídica entre las partes contratantes, en virtud del aforismo latino *pacta sunt servanda*.

En el capítulo de cierre (tercer capítulo), se resalta la importancia de la inscripción registral analizada desde la perspectiva de la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles, que gracias a la preferencia de la inscripción registral obtienen mayor protección por parte del ordenamiento. Asimismo, la única forma de otorgar seguridad jurídica al intercambio de bienes inmobiliarios y con ello garantizar la debida circulación de la riqueza, es a través de la publicidad que brinda la inscripción del derecho real.

## Capítulo 1

### El contrato de compraventa y el principio de libertad de forma

#### 1. Nociones generales

**1.1. Importancia y definición.** Desde los inicios de la humanidad la circulación de los bienes y de la riqueza han sido siempre eje del crecimiento y desarrollo en las sociedades, convirtiéndose en los últimos tiempos en la base de la economía actual y del tráfico jurídico internacional. Y es que por medio del comercio y sus actos, moldeados a través del derecho y sus principios que enmarcan la estructura de las sociedades, van haciendo que la convivencia entre los hombres y el incremento de su riqueza sea más o menos idóneo.

En ese orden de ideas, toma importancia la compraventa como contrato nuclear del comercio de bienes, cuya finalidad traslativa lo hace ser el contrato más frecuente en la vida social. Esta importancia tiene un triple sentido: económico, jurídico y social. Económico, pues es el más generalizado, aceptado, regulado y estudiado por todos los ordenamientos jurídicos tanto a nivel doctrinario como legal. Jurídico, al ser una herramienta traslativa de los bienes y más específicamente de la propiedad. Y social, debido a que toda actividad, acción o labor sin importar su complejidad o intensidad tiene como fin la distribución de la riqueza (Ausejo Gutiérrez, 2007).

El concepto de compraventa y regulación pertinente, se encuentran recogidas en el Libro VII denominado “Fuentes de las Obligaciones” y más específicamente en la Sección Segunda, Título Primero, el mismo que la define como:

**Artículo 1529.** “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.”

Pese a que esta definición parece ser la más lógica y uniforme, lo cierto es que este contrato ha tenido tantas denominaciones como teorías erigidas a su alrededor. Así en los ordenamientos de Francia, Alemania e Italia es conocida como “compraventa”, en Argentina se le denomina como “compra y venta”, mientras que en nuestro país tanto en el código civil de 1852 y 1936, se le conceptuó como “compraventa” (denominación que sigue presente en el código civil vigente). Autores como García Calderón (1860) indican que llamarla “venta” o “compra” depende de las posición contractual de los contrayentes, Castañeda Peralta (1970) la denomina como “Compra y Venta”, finalmente para Castillo Freyre (2002) la denominación “compraventa” utilizada por nuestro actual código civil resulta adecuada, pues se está

unificando ambas expresiones además de designar claramente las operaciones que ambas partes contratantes buscan con la celebración de dicho contrato.

Sin embargo, cualquiera sea la noción de compraventa o los elementos que desde el punto de vista de la economía o el derecho se le consideren esenciales, no cabe duda que este contrato abarca todos los conceptos acogidos del modo más evidente y completo (Ausejo Gutiérrez, 2007).

**1.2. Caracteres o características esenciales.** Según la definición dada por nuestro código, el contrato de compraventa se configura en el derecho peruano como un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y traslativo de dominio.

**1.2.1. Consensual.** Según De la Puente y Lavalle (2007), los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales de acuerdo a si se celebran por el solo consentimiento, si requieren alguna formalidad para su existencia o si debe existir la entrega del bien.

En ese orden de ideas, el contrato materia de estudio es eminentemente consensual toda vez que se encuentra nutrido o regido por el principio latino *solus consensus obligat*, es decir, el solo consenso obliga. En virtud de este principio, el solo consentimiento de las partes es el que da origen a este contrato desencadenando sus dos obligaciones más importantes, por un lado la del vendedor de transferir la propiedad del bien estipulado y por otro la del comprador de pagar el precio pactado.

Igualmente, esta consensualidad determina su formalidad, la misma que será impuesta por las partes contratantes y no por imperio de la ley, siendo que ellas establecen la forma en la que exteriorizarán su voluntad (Fortich, 2012).

Este consentimiento se da en un triple sentido, es decir, que recae en la naturaleza del contrato, sobre la prestación del objeto y en el precio del bien (Ausejo Gutiérrez, 2007).

- a) En la naturaleza: las partes deberán estar seguras de querer y de estar celebrando un contrato de compraventa y no cualquier tipo de contrato diferente. Es decir, tener plena consciencia del contrato que están realizando así como de las obligaciones a las que se comprometen.
- b) En el objeto de la prestación: como se sabe el objeto del contrato no es el bien estipulado, sino la obligación de dar; la misma que es creada, modificada o extinguida a través de una relación jurídica expresada en el contrato. Una obligación de dar tanto para el comprador como para el vendedor.

c) El precio: el cual es acordado en cuanto a su exigibilidad, forma y oportunidad, monto y preferentemente en dinero.

**1.2.2. De prestaciones recíprocas.** Significa que es bilateral y sinalagmático. Bilateral, debido a que en su celebración concurren dos partes comprador y vendedor, estableciéndose entre ellos una relación jurídica patrimonial que les constituye en acreedor y deudor de la cosa (bien) y del precio pactado. Y sinalagmático, ya que las partes se obligan mutuamente a una prestación recíproca, de forma que cada una de ellas recibe algo a cambio (Gutiérrez Jerez, 2009).

**1.2.3. Oneroso.** Tradicionalmente se ha entendido onerosidad como enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra; sin embargo, esta onerosidad está referida a intercambio, a reciprocidad, a una alteración patrimonial, entendiéndose que ambas se benefician en equivalencia y no en igualdad. Así el vendedor sustrae de su esfera patrimonial un bien para dárselo al comprador, y éste paga al primero el precio equivalente al bien que se le entrega y transfiere en propiedad (Ausejo Gutiérrez, 2007).

**1.2.4. Conmutativo.** Referido a que el contenido de las prestaciones es conocido o puede establecerse desde el momento que se celebra el contrato, de suerte que cada parte conoce el contenido de su propia prestación y el de la otra parte.

Así, este contrato parte de un hecho cierto o prefijado sobre el que se contrata: el precio y el bien. Lo habitual entre ambos es que el precio sea equivalente al bien materia del contrato.

**1.2.5. Principal.** Se trata de un contrato autónomo, pues no depende jurídicamente de ningún otro contrato. Por sí solo cumple su finalidad, con su sola realización las partes consiguen el efecto buscado al momento de su celebración.

**1.2.6. Traslative de dominio.** Debido a que este contrato implica un acto de disposición, siendo que el nuevo propietario del bien estipulado será el comprador dejando de pertenecer a su anterior dueño (vendedor), modificando así la esfera patrimonial de ambos contratantes. Esta transferencia del dominio es un acto abstracto que significa el desplazamiento de un derecho subjetivo, como el dominio sobre los bienes. Asimismo, como acto de disposición implica una trascendencia económica en la dinamización de la circulación de la riqueza y crecimiento de las ciudades.

**1.3. Principales obligaciones derivadas del contrato de compraventa.** De la lectura del artículo 1529 del Código Civil, se entiende que entre otras obligaciones nacidas a partir de la celebración del contrato y que serán ejecutadas en la parte del perfeccionamiento del mismo, las principales obligaciones a las que están sujetas las partes contratantes son: la obligación de transferir la propiedad del bien estipulado y la del pago del precio pactado.

**1.3.1. La transferencia de propiedad.** Bien es sabido que el derecho de propiedad le confiere a su titular una serie de derechos sobre el bien, tales como el uso, disfrute, disposición y reivindicación. Por ello, cuando el vendedor le transfiere la propiedad del bien al comprador en virtud del contrato de compraventa, aquél pierde todos los atributos que sobre el bien recaían cuando el mismo pertenecía a su esfera patrimonial, pasando a éste último.

Ahora bien, para que ocurra esta transferencia deben existir ciertas condiciones o reglas legales que deben cumplirse. Se trata de los modos o mecanismos para transferir la propiedad, los mismos que varían según el sistema de transferencia adoptado por cada ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento jurídico peruano, estos modos de transferencia han generado toda una serie de cuestionamientos, análisis y largos debates doctrinarios que tratan de explicar cuál ha sido el sistema optado por nuestro legislador. Modos que se encuentran establecidos en los artículos 947 y 949 del Código Civil, tanto para bienes muebles como inmuebles, respectivamente. Tema que será abordado con mayor amplitud en capítulos subsiguientes de este trabajo.

Pero que baste saber que, la compraventa es un contrato meramente obligacional y que la transferencia de propiedad se produce siempre en el plano de ejecución de las obligaciones -y no en el momento de la celebración del contrato-, ya que en su etapa inicial existe una obligación de entregar el bien. Pero esta entrega del bien no conlleva a una transferencia del derecho de propiedad netamente dicho, sino que esta transferencia queda perfeccionada en la etapa de ejecución, viéndose reflejada a través de todos aquellos actos a los que el vendedor se encuentra compelido -por su propia voluntad- a realizar a fin de que el comprador pueda hacer uso pleno del derecho adquirido reputándose propietario en su sentido más amplio y completo.

**1.3.2. El precio.** Según el Diccionario de la Real Academia Española (2014), el precio es entendido como aquel valor pecuniario en el que se estima algo. Una amplia definición que nos aproxima a su conceptualidad en términos muy genéricos. Sin embargo, el sentido que es importante para este trabajo es su definición jurídica.

En ese sentido, para el derecho se suele denominar como precio a “aquella cantidad de dinero que debe pagar una de las partes contratantes a la otra, la que se obliga a realizar determinadas prestaciones de dar, hacer o no hacer” dependiendo del tipo contractual celebrado. Que tomado y trasladado al contrato de compraventa, para ella el precio es el objeto principal de la obligación del comprador consistente en dar el dinero o signo que lo represente, a cambio de la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien o bienes acordados. La existencia del precio es lo que la distingue de otros contratos, siendo un elemento esencial a ella (Castillo Freyre, 2003).

Originalmente, y tal como lo establece nuestro actual código civil, el precio siempre ha sido en dinero -en efectivo-, sin embargo; debido a la agilización de relaciones mercantiles entre los hombres y la ciudades, generando la expansión del comercio y el avance del derecho comercial, actualmente existen signos o títulos representativos del dinero, más conocidos como títulos valores.

Según Montoya Manfredi (1970) dicha expresión hace alusión a ese “conjunto de documentos que tienen vida propia, que circulan con gran intensidad en el tráfico económico, y de los que emergen para sus titulares, derechos típicos, con caracteres bien definidos” (p. 5), cuyos caracteres esenciales son: un documento, la incorporación de un derecho o crédito en dicho documento, la literalidad, la legitimación y autonomía.

Es de anotar que, con la promulgación y publicación de la actual Ley de títulos valores, Ley N° 27287, se modifica esa concepción documental de los títulos, indicándose que un título valor puede ser tanto un materializado como uno desmaterializado, ya sea por estar incorporado en un documento (cheques, pagares, letras de cambio) o si está representado por una anotación en cuenta (registro contable) y/o registrado en una institución de Compensación y Liquidación de valores<sup>1</sup>. A partir de entonces, su importancia radica en la agilidad y facilidad de su circulación, haciendo más simple su exigibilidad y seguridad.

Esta importancia es lo que ha hecho que su empleo y difusión sea cada vez mayor, constituyéndose en valores que representan o equivalen a dinero y que pueden fácilmente incluirse en el comercio de bienes para el pago de los mismos. Esta es la corriente que prima

---

<sup>1</sup> Ley N° 27287 “Ley de Títulos Valores”, artículos 1 y 2.

en la actualidad para el tipo contractual estudiado, siendo que en la preparación del contrato de compraventa se incluyen cláusulas que contienen o hacen alusión a la forma de pago, ya sea este en dinero o a través de un título valor -generalmente un cheque de gerencia si existe intervención de un entidad financiera que resguarda el dinero-. No obstante, esta modalidad no es obligatoria para el vendedor ya que puede negarse u oponerse, pero todo dependerá de lo estipulado por las partes en el contrato<sup>2</sup>.

Lo que sí es importante recalcar, es que cuando se utilice este último sistema como medio de pago del precio del bien, se entenderá cancelada la obligación cuando el cheque se haga efectivo, es decir, cuando el vendedor pueda cobrarlo sin ningún problema a fin de verse satisfecho en los términos pactados.

**1.4. Efectos.** Según lo establecido por nuestro Código Civil, la definición de contrato en general y acto jurídico son muy parecidas, y es que al ser el contrato una especie del acto jurídico, tiene como finalidad crear, modificar o extinguir una relación jurídica<sup>3</sup>. Una vez alcanzado ese cometido, el contrato deja de existir por cumplimiento de su función.

Este contexto, aplicado en sentido estricto al contrato de compraventa, ayuda a entender que como contrato consensual; por el solo consentimiento de las partes involucradas, se está creando, modificando y/o extinguiendo una relación obligatoria, que solamente -valga la redundancia-, puede dar origen a obligaciones. En ese sentido, una vez cumplida su función lo que subsiste o queda pendiente es dicha relación nacida de él. Esta relación obligatoria vinculante es la que se cumple o la que se resuelve si alguna de ellas llega a incumplir con el objeto de sus respectivas prestaciones; toda vez el contrato deja de existir desde el momento en el que se perfecciona (De la Puente y Lavalle, 2007).

En consecuencia, existen dos momentos: el primero, el de la celebración; y el segundo, el del perfeccionamiento de contrato. Así, es en este primer momento donde se da el nacimiento

---

<sup>2</sup> A partir del 21 de agosto de 2018, entró en vigencia la Ley N° 30730 que modifica los artículos 3, 5 y 7 del Decreto Supremo N° 150-2007-EF, Texto Único Ordenado de la Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía, conocida tributariamente como Ley de Bancarización. En virtud de esta ley, se establece que el pago de sumas de dinero de operaciones relativas a actos de constitución o transferencias de derechos reales sobre bienes inmuebles entre otros, se realice a través de la utilización de medios de pago, siempre que dichas operaciones superen las 3 unidades impositivas tributarias (UIT).

En ese sentido, esta facultad de elección sobre la modalidad de pago podrá ser ejercida libremente por los contratantes siempre que el valor de la transacción no supere el valor de 3 UIT, es decir los S/. 12,600 (monto calculado con base en el valor de la UIT establecida para el año 2019 -S/. 4,200) o su equivalente en dólares. En consecuencia, salvo el límite establecido legalmente, la utilización de medios de pago aceptados por el sistema financiero quedará a libre elección de los contratantes.

<sup>3</sup> Código Civil. **Artículo 140.** “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”, y **Artículo 135.** “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

del contrato; el mismo que viene expresado por la confluencia de dos manifestaciones de voluntad (entregar el bien y pagar el precio), quedando las partes por consenso, comprometidas a dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones. Y en el segundo, donde el contrato produce sus efectos: la efectiva ejecución y el perfeccionamiento de las obligaciones (De la Puente y Lavalle, 2007).

En suma, el contrato como tal está compuesto por obligaciones a cargo de cada una de las partes; por lo mismo, solo puede ser fuente de obligaciones no pudiéndosele dar mayores alcances, que lo hagan creador de relaciones jurídicas distintas a las obligacionales. Por ello, resultaría impropio otorgarle al contrato efectos reales<sup>4</sup>.

Esto no significa que no haya contratos que tengan como prestación un derecho real; sin embargo, no es suficiente para afirmar que el contrato genera o tiene efectos reales, sino que su pretensión deberá ser evaluada a nivel de objeto del contrato, mientras que en su ejecución siempre será obligacional. No se debe pretender que el contrato genere efectos reales, pues solo es fuente de obligaciones (Castillo Freyre, 2002).

## **2. El principio de libertad de forma**

A este punto, no cabe duda que el contrato de compraventa es siempre un acto jurídico bilateral. Para Torres Vásquez (2015), la sola voluntad interna no crea efectos jurídicos relevantes para el ordenamiento, sino que debe estar orientada hacia el exterior creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas que regulan los intereses propios de cada una de las partes. Así el fundamento del acto jurídico es la exteriorización o manifestación de la voluntad negocial.

En tal sentido, siendo el acto jurídico un instrumento de libertad humana, cuya principal protagonista es la voluntad, ésta debe ser expresada o manifestada de alguna forma, ya sea verbal, escrita, electrónica, por actos concluyentes, o incluso a través del silencio (siempre que por ley o convenio se le atribuya tal significado). En cualquier caso, debe tener una forma, sea prevista por la ley o por la propia voluntad de las partes.

Como continúa el citado autor, la forma es una técnica de comunicación social para manifestar la voluntad, sin ella como uno de los elementos esenciales del contrato, éste carece

---

<sup>4</sup> “Por nuestra parte, pensamos que más allá del contenido de dichas obligaciones, que en el caso del contrato de compraventa consistirán en transferir la propiedad de un bien y en el pago de un precio, nunca podríamos asignar al contrato (al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico) un objeto distinto que las obligaciones, cuya ejecución consistirá en la actividad humana de dar, hacer o no hacer (la prestación propiamente dicha)” Castillo Freyre, M. (2002). *Comentarios al contrato de compraventa: análisis detallado de los artículos 1529 al 1601 del Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 20.

de sentido y existencia. Por lo tanto, la forma es el continente y el acto el contenido. La forma es el modo en que se nos presenta el acto jurídico haciéndose visible y reconocible al mundo. Su ausencia implica inexistencia del acto (Torres Vásquez, 2015).

Ya se ha dejado muy atrás el formalismo ritualista que imperaba en las sociedades primitivas, donde el acto jurídico solo existía observando formas rituales impuestas sin la cual el acto no tenía vida, supliendo a la voluntad contractual. En palabras de Larroumet (1999), la fuerza vinculante del acto provenía del cumplimiento del rito o formalidad.

Recién el Derecho Romano, gracias al nacimiento de los contratos *bona fides* y a la influencia del cristianismo, se reconoció que los contratos exceptuados de una forma (simples pactos), podían obligar a los contratantes. Pero recién con la corriente *ius* naturalista, la forma deja de ser necesaria como requisito de existencia en la mayoría de los actos jurídicos, introduciéndose los inicios del principio de libertad de forma. Este principio que fue consagrado con el *Code Napoleon*, reduciendo los actos solemnes a su mínima expresión. Ya en la edad moderna, el liberalismo económico y su filosofía individualista, fueron la base que permitió el pleno desarrollo de dicho principio siendo la voluntad la única que podía obligar a las partes en sus intercambios económicos, sin necesidad del cumplimiento de alguna formalidad (Torres Vásquez, 2015).

Traído al ámbito nacional, este principio se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el artículo 143 (libro de Acto Jurídico), que establece:

**Artículo 143.** “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzgue conveniente.”

Y en materia de contratos, en el artículo 1352 que dispone:

**Artículo 1352.** “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad.”

Como se observa cuando la ley no prescribe una determinada forma, las partes haciendo uso de la autonomía de la voluntad pueden escoger la forma que crean conveniente para exteriorizar sus declaraciones conjuntas de voluntad. En ese sentido, la regla es la consensualidad, la forma libre y la excepción es el formalismo.

Ahora bien, el auge de la forma libre se debió a la corriente del liberalismo económico, que en términos sucintos planteaba que para el desarrollo de las ciudades, del comercio y la economía, no debían existir formalidades rigurosas que entorpecieran la libre circulación de bienes en los mercados mundiales. En ese sentido, debía haber un tráfico comercial rápido y con celeridad de formas.

Sin embargo, que las partes puedan utilizar la forma que les sea conveniente a sus necesidades, no implica que no existan límites. De hecho, si el liberalismo económico es necesario para el desarrollo, mucho más necesario e importante es la seguridad en la que se desenvuelve este mercado de bienes. Por ello, y en razón a la seguridad y protección a las mismas partes y a los terceros, hay ciertos actos que solo son válidos si se celebran en base a la forma prevista o regulada por la ley. Así, el principio de libertad de forma tiene como límites, a la ley, al orden público, y a las buenas costumbres. Incluso existen actos que a pesar de no ser formales por imperio de la ley, las mismas partes los vuelven formales en virtud de su valor y envergadura respecto del contrato que están celebrando. A este tipo de formalidades se les conoce como formas solemnes voluntarias, sobre las que se tratará más adelante.

Así en palabras de Castillo Freyre y Cortez Pérez (2009), en el Derecho Moderno la forma tiene varias aplicaciones, ya que su finalidad es asegurar y garantizar la seriedad en los actos de mayor relevancia, uno de ellos son las transferencias de bienes.

Como consecuencia de lo analizado, podemos encontrar tres tipos de formas que revisten a los actos jurídicos y que son aplicables en materia contractual. Las que son necesarias para la existencia y validez del acto (forma *ad solemnitatem*), las que sirven para su probanza (forma *ad probationem*) y las que partes otorgan en ejercicio de su libertad contractual y más concretamente en base al principio de libertad de forma (forma *ad voluntatem*).

**2.1. Forma *ad solemnitatem*.** Como explica Torres Vásquez (2015), hay veces y solo en casos particulares que por exigencias legales determinados actos jurídicos deben celebrarse en una forma determinada y no de otra, de tal manera que dicha forma es requisito de validez y su inobservancia lo invalida<sup>5</sup>. A este tipo de forma se le denomina como forma solemne o *ad solemnitatem*.

Esta forma tiene una función esencial al ser elemento constitutivo del acto, establecido así por disposición expresa de la ley, la misma que sanciona su inobservancia con la pena máxima para un acto jurídico, la nulidad. Hay que observar, que los actos jurídicos expresados en los contratos no nacen para ser invalidados, sino que nacen para crear,

---

<sup>5</sup> Así lo establece el artículo 219, inc. 6.

Artículo 219.- Causales de Nulidad

El acto jurídico es nulo:

(...)

Inc. 6 «cuando no revista la forma prescrita **bajo sanción de nulidad**» (negrita y subrayado de la autora).

modificar o extinguir una relación jurídica de contenido patrimonial, por eso mismo la solemnidad es el acto jurídico en esencia, y el único medio probatorio de su existencia.

Asimismo, continúa el autor, favorece a las partes ya que les permite ponderar si el contrato a celebrar les conviene o no, fijando de manera clara, cierta y precisa los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Da certeza y contenido a la relación jurídica entre las partes y los terceros que eventualmente contraten con alguna de ellas.

Esta solemnidad es en realidad una excepción, ya que para supuestos normales, cualquier manifestación de voluntad es suficiente para que nazca el acto jurídico. Su función es llamar la atención sobre la importancia del acto que está por hacerse.

**2.2. Forma *ad probationem*.** Esta forma se encuentra expresada en nuestro código civil en el artículo 144, el mismo que también recoge la forma *ad solemnitatem* ya explicada en párrafos anteriores. El artículo en mención expresa:

**Artículo 144.** “Cuando a ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de existencia del acto.”

Sobre el particular, Moreyra García Sayán (2005) indica, la forma probatoria no constituye validez del acto, se puede dispensar de ella sin que afecte su eficacia. Esta sirve para facilitar su existencia y contenido, su función es meramente procesal, es un medio probatorio y su convicción dependerá de la clase de documento que la contenga. De este modo de no tener la forma señalada el acto es válido y podrá probarse por otros medios. En cambio, si se ha utilizado la forma indicada por ley, esta forma es prueba dominante, privilegiada frente a otras que también pueden servir para expresar el mismo acto.

En conclusión, esta forma facilita probar la existencia del acto, de la relación jurídica nacida de él, tanto dentro como fuera de un proceso. Si el acto no reúne una determinada forma seguirá siendo válido, aunque se presenten dificultades para su prueba.

**2.3. Forma *ad voluntatem* o forma voluntaria.** Siguiendo a Ospina Fernández y Ospina Acosta (1994), “la voluntad de los agentes puede convertir en formal cualquier acto jurídico que, según la ley, sea simplemente consensual. De esta suerte, los agentes, en ejercicio de la facultad que tienen de someter sus actos a condiciones lícitas y posibles, queden convertidos en formales” (p. 142-143).

Como queda entendido, hay actos que por la propia voluntad de las partes se pueden volver formales, ya que de entre todos los medios idóneos para expresarla y manifestarla,

eligen la que mejor se acomoda a sus necesidades y les brinda seguridad debido a la trascendencia del acto a celebrar. Esta forma se denomina forma voluntaria o *ad voluntatem*, y se encuentra recogida en el artículo 1411 del Código Civil peruano<sup>6</sup>.

Como todo, su origen está en la autonomía de las partes, y siempre que la ley no haya previsto una determinada forma para el tipo contractual a realizar. En ese sentido, los otorgantes pueden convenir en darle al acto una forma voluntaria sea probatoria o solemne. Si han guardado silencio sobre la clase de forma, se presume *ope legis* (como lo hace el artículo en mención) que se trata de una forma voluntaria solemne, salvo que del mismo pacto se pueda determinar cuál ha sido su real voluntad.

El artículo 1411, recoge una presunción *iuris tantum* de que la forma convenida por las partes de manera anticipada o previa y por escrito es requisito de validez, salvo que del pacto se pruebe lo contrario. En ese sentido, el precepto establece que es el pacto el que determina la forma y la finalidad atribuida a ella, ya sea como requisito de validez o como prueba del contrato, por ello es necesario que sea una forma escrita, que contenga indubitablemente las condiciones del pacto previo. Así, “para que la forma establecida por los contratantes actúe como condición o requisito de validez del contrato, debe expresarse el acuerdo por escrito” (Castillo Freyre y Cortez Pérez, 2009, p. 20).

En suma, la forma que mejor expresa la voluntad querida por las partes y cuál es el sentido y finalidad del pacto previo, es un pacto de forma escrita. Pacto que no solo da claridad y certeza sobre las obligaciones a las que se compelen cada una de ellas, sino que también identifica el real sentido que le dan a la forma convenida. De tal manera que para interpretarla, solo quedará tomar en cuenta esta especial conducta de las partes, que en ejercicio de su libertad contractual han establecido, siempre y cuando no se hayan transgredido límites de orden público y las buenas costumbres. Es decir, siempre que por imperio de la ley no se haya establecido una forma *ad solemnitatem* como observancia para su validez.

---

<sup>6</sup> **Artículo 1411.**

“Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.”

### 3. Bienes materia del contrato de compraventa

**3.1. Definición de bien.** El derecho de propiedad es el dominio que tiene el titular sobre el bien o bienes que forman parte de su esfera patrimonial. En ese sentido, los bienes son aquellos elementos del mundo exterior susceptibles de apropiación que tienden a satisfacer las necesidades de las personas, cuya característica común es que implican riqueza. Sin embargo, no todos los bienes son objeto de apropiación, ya sea porque están fuera del comercio de los hombres o por designación legal (Cabanellas de Torres, 1998).

En ese sentido, jurídicamente hablando son bienes “aquellas cosas que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho o una obligación” (Cabanellas de Torres, 1998, p. 477).

Si bien para el derecho no es clara la definición de cosa, lo que sí es cierto es que las cosas están incluidas dentro del concepto de bien. Como se ve en la definición citada, los bienes no solo incluyen a las cosas, sino también a los derechos (entiéndase bienes incorporeales) que pueden ser objeto de una prestación objeto de un contrato.

Nuestro Código Civil actual (año 1984), siguiendo la línea de su antecesor (año 1936), toma la clásica división de bienes muebles e inmuebles, estableciendo los bienes que se consideran en cada una de dichas categorías, recogidos en los artículos 885 y 886 de su texto normativo. De una lectura rápida a dichos artículos, se puede concluir que dentro de esa clasificación se encuentran tanto los bienes corporales como incorporeales (llamados también derechos).

**3.1.1. Los bienes muebles.** El criterio para esta clasificación viene dado por el carácter de movilidad que tienen los bienes, siendo que los bienes muebles son aquellos que pueden ser trasladados o desplazados fácilmente de un lugar a otro sin comprometer su integridad e identidad.

Esta clasificación se encuentra regulada en el artículo 886 del Código Civil, y según la redacción de los numerales 9 y 10 se aprecia que nuestro ordenamiento tiene un sistema abierto de bienes muebles, siendo bienes muebles los que se encuentran regulados en el artículo 886 del Código Civil, los demás que cumplan con esta característica de movilidad y los que no estén recogidos en el artículo 885 del mismo texto<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> **Artículo 886. Bienes muebles**

“Son muebles:

1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase.

**3.1.2. Los bienes inmuebles, en especial referencia a los bienes inmobiliarios.** Siguiendo el criterio de movilidad ya mencionado, los bienes inmuebles o también conocidos como bienes raíces, son aquellos que tiene como arraigo el suelo, haciendo imposible su separación o su traslado de un lugar a otro, sin ocasionar daños o modificaciones a los mismos. En buena forma, están anclados al suelo.

Este tipo de bienes se encuentran recogidos en el artículo 885 del Código Civil, siendo *numerus clausus*, es decir, es un sistema cerrado y taxativo, salvo que por posterior disposición legal y específica se incluyan nuevos bienes para esta categoría<sup>8</sup>.

En esta numeración, se incluyen los bienes inmuebles por naturaleza -tales como suelo, sobresuelo, subsuelo- y los inmuebles por analogía o designación legal -como minas, concesiones, derechos inscribibles sobre bienes inmuebles-.

Sin embargo, la cotidianeidad y la realidad actual nos demuestran que a este listado general de bienes inmuebles, corresponde hacerle ciertas precisiones, toda vez que cuando pensamos en la compraventa de un bien inmueble, hablamos de un lote, una casa, o incluso un departamento, mas no de una mina o una concesión para explotación de servicios, aunque éstos también sean considerados dentro de la misma categoría -sin embargo no son muy

- 
- 2.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
  - 3.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
  - 4.- Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.
  - 5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.
  - 6.- Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual. (\*)
  - 7.- Las rentas o pensiones de cualquier clase.
  - 8.- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.
  - 9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.
  - 10.- Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.”

(\*) Inciso modificado por D.L N° 1400 de fecha 10 de setiembre de 2018.

<sup>8</sup> **Artículo 885. Bienes inmuebles**

“Son inmuebles:

- 1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
- 2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
- 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
- 4.- Las naves y aeronaves. (\*)
- 5.- Los diques y muelles.
- 6.- Los pontones, plataformas y edificios flotantes. (\*)
- 7.- Las concesiones para explotar servicios públicos.
- 8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
- 9.- Las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio. (\*)
- 10.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
- 11.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad. (\*\*)

(\*) Incisos derogados por la Sexta Disposición Final de la Ley N° 28677, publicada el 01 marzo 2006, vigente a los noventa días de la publicación de la citada Ley.

(\*\*) **Rectificado por Fe de Erratas, publicada el 24-07-84.”**

usuales en la vida diaria de las personas-. Por eso, hay que hacer una distinción entre bienes inmuebles en general y bienes inmobiliarios, como una suerte de género a especie.

Esta diferenciación es importante, ya que a lo largo de este trabajo, se estará haciendo referencia a los bienes inmobiliarios o inmuebles de manera indistinta, creando una suerte de similitud entre ambas figuras, sin que por ello deban confundirse. Pues bien, los actuales problemas como la concurrencia de acreedores en materia de compraventa, el fraude inmobiliario, la falsificación de documentos, la suplantación de identidad, los procesos de otorgamiento de escritura pública se originan o tienen su base en la compraventa inmobiliaria.

Ahora bien, la compraventa inmobiliaria está ligada al derecho inmobiliario<sup>9</sup>. Para Arnaiz Ramos (2004), “el objeto de los derechos reales inmobiliarios se halla constituido por unidades ideales que resultan de la proyección de un conjunto de posibilidades de actuación de titularidad única compartida sobre una parte suficientemente determinada de territorio. Surge así el concepto de finca en sentido civil, el cual constituye una más de las posibles delimitaciones que de partes concretas del territorio pueden realizarse”. En pocas palabras, su objeto es la finca<sup>10</sup>. Como continúa el autor, existen tres supuestos que se pueden presentar al hablar de finca:

- i) Las que resultan de forma exclusiva por un acto de autoridad normativo, en cuanto responden a un interés público (zonas de protección ambiental, zonas de defensa nacional, etc.).
- ii) Delimitaciones resultantes de actos o negocios jurídicos privados, cuyos contratantes son los que determinan la parte de terreno o espacio que será materia del contrato (lotes de terreno, unidades inmobiliarias, etc.).
- iii) Finalmente un modelo mixto, que a pesar de ser resultado de la voluntad de las partes, la autoridad competente le ha dado una especial eficacia por estar o constar en su inscripción

---

<sup>9</sup> A pesar de lo novedoso que pueda ser hablar del derecho inmobiliario, por razones de practicidad no se va a entrar en detalles sobre su origen y desarrollo como tal. Baste saber, que el derecho inmobiliario es un tópico tan actual como extenso, con sus propias especificaciones y precisiones; pero, que aun así no deja de lado principios e instituciones de otras ramas del derecho como el derecho civil (reales y contratos), el derecho notarial y registral, entre otras. Es por ello, que al escogerse el tema de esta tesis, se optó por la definición más amplia de bienes que pueden ser materia del contrato de compraventa, como lo son los bienes inmuebles. Sin embargo, y como ya se ha explicado, sí se ha considerado importante hacer la precisión que dentro de los denominados bienes inmuebles, como una sub especie, se encuentran los bienes inmobiliarios. Por ello, cuando se mencione a los bienes inmuebles se estará haciendo especial referencia a los bienes inmobiliarios, por ser estos últimos los que capturan con mejor precisión la finalidad de este trabajo.

<sup>10</sup> Arnaiz Eguren, R (2010). *Terreno y edificación, propiedad Horizontal y prehorizontalidad*. 2ª ed. Granada: Aranzadi SA. p. 80 y ss. En su capítulo denominado “La finca como objeto del derecho inmobiliario”. “Pues bien, todo estos problemas se reflejan en una serie de conceptos jurídicos que conviene diferenciar y que, en nuestro país vienen reflejándose en tres grandes términos, es decir, la finca como objeto del derecho inmobiliario, la parcela como unidad territorial de carácter inicialmente tributario, pero que trasciende posteriormente a otros aspectos y, por último, el suelo, como protagonista fundamental de la legislación sobre ordenación territorial”.

en un registro público contando ya con una existencia física y características bien definidas (predios que ya cuentan con partida registral donde constan sus áreas, linderos y demás características de su ubicación).

En ese sentido, el contrato de compraventa inmobiliaria no está referido al contrato de compraventa de bienes inmuebles en general, sino que teniendo como objeto a la finca o predio<sup>11</sup>, ésta comprende a los terrenos, casas, edificios, departamentos, unidades inmobiliarias, etc.

**3.2. Bienes susceptibles de ser objeto de la obligación del vendedor en el contrato de compraventa.** El código civil peruano dedica todo un capítulo para hablar de los tipos de bienes que pueden ser materia de este contrato. En el subcapítulo anterior, se ha tratado la primera de dicha clasificación por ser la más completa y la que actualmente reconoce nuestro texto normativo. Sin embargo, partiendo de dicha clasificación se pueden encontrar las siguientes<sup>12</sup>:

- a) Corporales e incorpóreas: su característica fundamental está en su existencia material o no, es decir, en su perceptibilidad por los sentidos.
- b) Consumibles y no consumibles: la diferencia radica en su extinción después de su primer uso.
- c) Fungibles y no fungibles: distinguibles por dos características principales, la primera porque los bienes fungibles son equivalentes a otro de la misma especie; y la segunda, pueden ser sustituidos unos por otros de la misma especie y calidad.
- d) Divisibles e indivisibles: porque pueden ser descompuestos en partes sin implicar su destrucción; en cambio, los segundos conforman un todo homogéneo.
- e) Bienes de dominio público y de propiedad privada: en los primeros su titular es la nación, son de todos; y, los segundos pertenecen a los particulares.
- f) Registrados y no registrados: su elemento fundamental es su acceso o no a un registro jurídico.

<sup>11</sup> Finca o predio, es un bien inmueble compuesto por una porción delimitada de terreno. Esta delimitación puede ser física, mediante vallas o linderos; o jurídica, mediante la descripción de su área y medidas perimétricas en un registro jurídico de bienes. (Finca (s/f). En Wikipedia. Recuperado el 19 de Julio de 2018 de <https://es.wikipedia.org/wiki/Finca>).

<sup>12</sup> Esta clasificación se puede encontrar en, Rubio Bernuy, D. (diciembre 2010). Problemática de la doble transferencia inmobiliaria registrada, predios y derechos mineros: análisis y propuestas. *Revista Gaceta Jurídica*. p. 200.

Como es evidente muchos de los bienes incluidos en esta clasificación, no pueden ser considerados aptos para ser objeto de la obligación nacida de este contrato. En ese sentido, es necesario establecer ciertas características que deben reunir para ser aptos a tal fin. Así, el artículo 1532 del código sustantivo establece como indispensables tres requisitos:

**Artículo 1532.** “Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no este prohibida por la ley” (subrayado de la autora).

A continuación el análisis de cada uno de ellos: (Castillo Freyre, 1995)

- a. Bienes existentes o que puedan existir: Sobre los bienes existentes se refiere a aquellos que ya tienen existencia física estén registrados o no. A modo de ejemplo están los vehículos, naves, aeronaves, derechos de autor, patentes, inventos y los bienes inmuebles/inmobiliarios inscribibles en el registro como terrenos, casas, edificios, departamentos, unidades inmobiliarias. Y sobre los segundos, se está refiriendo a los bienes futuros sobre los que las partes se ponen de acuerdo y que no tienen existencia a la celebración de contrato, pero que están destinados a tenerla físicamente.
- b. Determinados o susceptibles de determinación: En el primer caso, el bien materia del contrato se encuentra plenamente identificado y especificado en su género y especie. En el segundo caso, son bienes cuya determinación corresponde a alguna de las partes, pero que en cualquier caso no se tiene certeza sobre su identidad.
- c. Cuya enajenación no esté prohibida por la ley: El fundamento de este requisito está en su comercialidad, entendida como libre disposición y circulación del bien sin que exista imposibilidad en su tráfico jurídico por una prohibición legal. Un ejemplo de bienes prohibidos legalmente sería el patrimonio familiar y los bienes que constituyen patrimonio cultural de la nación.

#### 4. Sistema de transferencia de bienes muebles e inmuebles

Hablar de propiedad, es traer a flote no solo su definición, sino también su función y límites. Su regulación contenida en nuestro código sustantivo, no sólo tiene un fundamento civilista<sup>13</sup>, sino también constitucional. Tan es así, que el artículo 2 de nuestra Carta Magna, si bien no da una definición de propiedad, sí la eleva a rango de derecho fundamental de la

<sup>13</sup> **Artículo 923 del CC.**

“La propiedad es el poder jurídico que permite **usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley**” (negrita y subrayado de la autora).

persona<sup>14</sup>. En artículos posteriores, le reconoce su carácter de inviolabilidad, salvo por razones de seguridad nacional o necesidad pública; y, que su ejercicio debe ser en armonía con el interés social y los límites que establece la ley<sup>15</sup>.

De todo este engranaje normativo, se desprende que la propiedad tiene tanto una función económica como social. Su función económica, viene determinada por la circulación de los bienes y su impacto directo en la riqueza y el desarrollo de la colectividad. Mientras que su función social, se refiere a que su ejercicio no es absoluto y que implica limitaciones con el orden público y el bien común.

En tal sentido, no sólo hay que tener claro esta doble función, sino también la doble función que junto a ella, desempeñan los sistemas de transferencia que la acompañan y que le permiten desplegar sus principales atributos. Función que responde a estas exigencias económicas y sociales de la propiedad.

Teniendo claro el marco de regulación de este derecho, es necesario precisar cómo opera el sistema de transferencia de la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico. Northcote Sandoval (2013) sostiene, que resulta puntual hacer una distinción entre transferencia de propiedad; y, los actos o contratos que producen la obligación de transmitirla. En tal sentido, el código sustantivo establece modos o mecanismos para su transmisión, los cuales deben ser cumplidos luego de celebrado el contrato que origina la obligación de transferirla.

Básicamente, en el derecho peruano existen dos mecanismos en función de si se trata de un bien mueble o inmueble. Estos mecanismos, se encuentran regulados en los artículos 947 y 949 del Código Civil.

**4.1. Transferencia de propiedad de bienes muebles.** Para que se produzca la transferencia de propiedad de un bien mueble, el artículo 947 establece lo siguiente:

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

---

<sup>14</sup> **Artículo 2 de la Constitución.** Derechos fundamentales de la persona

“Toda persona tiene derecho:

(...)

16. A la propiedad y a la herencia.”

<sup>15</sup> **Artículo 70 de la Constitución.**

“El derecho de propiedad es **inviolable**. El Estado lo garantiza. **Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley**. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de **seguridad nacional o necesidad pública**, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio” (negrita y subrayado de la autora).

Como se entiende, el modo para transferir la propiedad mueble es la tradición. Nuestro código sustantivo la define como la entrega del bien<sup>16</sup>. Sin embargo, no es una simple entrega, sino que ésta lleva consigo misma, por un lado, la intención o ánimo de transferir el derecho de propiedad, y por otro, la intención de adquirir dicha propiedad. En ese sentido, la tradición es un hecho voluntario en el que intervienen necesariamente la voluntad de las dos partes contratantes<sup>17</sup>.

Sin embargo, siguiendo a Northcote Sandoval (2013), la tradición puede ser realizada mediante situaciones que no necesariamente implican entrega directa al adquirente. Estas formas son conocidas como sucedáneos de la tradición, reguladas por los artículos 902 y 903 del mismo texto sustantivo.

#### **Artículo 902.**

“La tradición también se considera realizada:

1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.
2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito.”

Continuando con la idea del autor, este artículo regula la denominada tradición ficta, por la cual se considera cumplida la obligación de deudor sin que haya una entrega material del bien, sino que dicha entrega se ha producido con anterioridad. En el primer inciso, se está hablando de la *traditio brevi manu* que tiene lugar cuando el adquirente ya posee el bien en su poder, pero por virtud de otro título. Un ejemplo de este supuesto, sería el caso del depositario

---

<sup>16</sup> **Artículo 901.- Tradición Real**

“La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.”

<sup>17</sup> Comentario surgido de Boza Dibós, B. (1987). Sistema de Transferencia adoptado por el Legislador Peruano de 1984 (un comentario al artículo 947 del Código Civil). *Thémis*. N° 6. p. 60. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11496/12016>. Para esta autora “(...) la tradición no es una simple entrega sino que constituye una entrega cualificada, que tiene por objeto la transferencia de un derecho real. Toda entrega no configura por sí sola tradición; requiere además la intención o animus de transferir y, a su turno, adquirir dominio. La voluntad de las partes determina si la entrega transfiere posesión o propiedad. La entrega deberá, pues, estar aparejada de la recíproca voluntad de transferir y, a su turno adquirir dominio, voluntad ésta que se plasma en un acuerdo de transferencia”. En el mismo sentido, Parra Rivera, R. (2015). TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD EN LOS CONTRATOS DE COMPRA-VENTA INTERNACIONAL DE BIENES MUEBLES DETERMINADOS. *Gestión en el Tercer Milenio*.18 (35). p. 17. Recuperado de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/administrativas/article/view/11700>. Para este autor, “(...) la “tradición” o “entrega” como objeto o contenido de la obligación (de transferir la propiedad) surgida del contrato de compra-venta; en este sentido, tenemos que tratándose de bienes muebles “la tradición” consistirá en la conducta debida (prestación de dar) en virtud de cuya ejecución se hará efectiva la transferencia de la titularidad del derecho de propiedad de un bien mueble a favor del acreedor (nuevo dueño), quedando cumplida la obligación y, en consecuencia, liberado el deudor”.

quien adquiere la propiedad del bien en su custodia en virtud de una dación en pago por sus servicios prestados.

En el inciso segundo, se regula la cesión de acción restitutoria, bajo esta modalidad lo que transfiere el deudor al adquirente es el derecho a solicitarle a un tercero la restitución del bien que posee en su custodia actualmente. Utilizando el ejemplo anterior, pero en este caso el depositario debe restituir el bien al nuevo adquirente. Sin embargo, este numeral dispone que para que la tradición produzca sus efectos se debe comunicar por escrito al poseedor que el bien ha sido trasladado a un tercero.

En cuanto al último supuesto de tradición, se encuentra en el artículo 903 que establece:

**Artículo 903.** “Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos. Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario.”

En este caso se regula la tradición documental, donde la transferencia de propiedad, se produce con la “entrega de los documentos que representan el derecho sobre los bienes que se encuentran en traslado o en almacenaje. Se trata de un caso muy común en la práctica, sobre todo para las operaciones de comercio internacional, en las cuales la propiedad de los bienes se considera transferida a quien sea poseedor de los conocimientos de embarque o documentos que representen a los bienes materia de transporte. Lo mismo ocurre con los bienes que están sujetos al régimen de almacenes generales de depósito, cuya propiedad puede transferirse también con la entrega de los certificados de depósito, sin que sea necesario que el transferente retire los bienes del almacén para entregárselos directamente al adquirente y que este los vuelva a almacenar o los traslade al lugar que considere conveniente.” (Northcote Sandoval, 2013, p.VIII-3)

En suma, el sistema de transferencia de bienes muebles solo se explica a través de la teoría del título y modo. Postulado según el cual, para que se produzca la transferencia es necesaria la existencia de un título eficaz; entendido como acto por el que se establece la voluntad de enajenar (una compraventa), y un modo, como acto por el cual se ejecuta efectivamente la enajenación (la tradición) y con el cual se adquiere el derecho de propiedad.

**4.2. Transferencia de propiedad de bienes inmuebles.** Si bien, en la doctrina nacional existe un pleno consenso sobre el sistema de transferencia aplicable para los bienes muebles, el caso de la transferencia de bienes inmuebles, resulta ser uno de los más polémicos. Lejos de entrar

en detalles sobre el debate doctrinal sucedido a lo largo de los años que lleva vigente nuestro código civil, lo importante es aclarar cuál es el sistema imperante en la realidad, a pesar de lo establecido por el operador jurídico del año 1984.

El artículo 949, es el que se encarga de explicar cuál es el sistema de transferencia por el que ha optado nuestro legislador, el que a letra dispone:

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

Hay que anotar, que esta norma tiene un claro corte espiritualista francés, en virtud del cual el consentimiento tiene la facultad de transferir la propiedad al adquirente, es decir, el sólo consenso (la sola celebración del contrato) es el que perfecciona su transmisión, dejando de lado en apariencia, la importancia de la inscripción registral.

En tal sentido, el consentimiento viene a reemplazar a la tradición como modo o mecanismo de transferencia, toda vez que a diferencia de los bienes muebles, los inmuebles no gozan de esa característica de movilidad, haciendo imposible una entrega en el sentido estricto de la palabra. En consecuencia, a fin de suplir ese vacío, es que la voluntad (fuente del consentimiento) resulta ser toda poderosa como para crear obligaciones y al mismo tiempo transferir el derecho real de propiedad<sup>18</sup>.

Sin embargo, hay que recordar que la interpretación y análisis de las normas sustantivas mencionadas y que configuran, tanto la celebración del contrato de compraventa de bienes inmuebles como su sistema de transferencia, es sistemático. Así, mientras el primero crea, modifica o extingue una relación jurídica de la que sólo pueden nacer obligaciones<sup>19</sup>; el segundo, regula el sistema de transferencia para los bienes inmuebles como objeto de la obligación nacida del contrato.

A pesar de lo criticable que pueda resultar, la opinión mayoritaria es que el sólo consenso configura la transferencia de la propiedad inmueble. No obstante, a modo particular, el consentimiento no puede transmitir el derecho de propiedad, ya que estaría transmitiendo una propiedad muy especial, pues al no ser necesaria o no existir entrega del bien para el nacimiento de la obligación, el nuevo propietario no podrá al menos aspirar a un derecho de

---

<sup>18</sup> Es por eso, que un sector de la doctrina defendía que el contrato de compraventa producía efectos reales, ya que en un mismo acto y sin solución de continuidad, creaba la obligación y transfería el derecho real de propiedad, por igual.

<sup>19</sup> **Artículo 1402.**

“El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.”

posesión sobre el bien adquirido, y sin posesión no podrá usar, disfrutar ni mucho menos reivindicar dicho bien.

Su situación se complica aún más, ya que si el consentimiento implica transferencia, significa que el derecho de propiedad ha nacido o se ha constituido fuera del registro, quedándole a este último la tarea de declarar ese derecho preexistente a fin de otorgarle publicidad. Pero, esta publicidad solo será una excepción a la regla de consensualidad, en virtud de la cual, este derecho de propiedad para perfeccionarse no necesita nada más que el solo intercambio de voluntades.

Así, sin inscripción ¿cómo será posible para este nuevo adquirente ejercer su derecho *erga omnes*?, y más aún, ¿puede reputarse propietario en el sentido estricto de la palabra?

En el mismo sentido, surge una pregunta aún más importante: ¿es la sola obligación de enajenar la que realmente lo hace propietario?

Como es evidente, la respuesta a estas tres preguntas no puede ser más que negativa.

## **5. Consideraciones finales aplicables al contrato de compraventa inmobiliaria**

Considerando que la compraventa inmobiliaria es un tipo de compraventa de bienes inmuebles, se pueden hacer extensivas las particularidades del contrato de compraventa de bienes inmuebles y cómo opera su respectivo sistema de transferencia, pues lo que les es aplicable a ellos como género, resulta aplicable para la compraventa de bienes inmobiliarios como especie.

De esa forma, la explicación realizada en los capítulos anteriores tiene mayor sentido a través los bienes inmobiliarios, lo que permite que las tres cuestiones planteadas al final del subcapítulo anterior encuentren un mejor esclarecimiento.

A modo particular, el eje central del problema está en la espiritualidad o consensualidad del contrato de compraventa, cuyo postulado el *solus consensus obligat* (el solo consenso obliga) -para la doctrina mayoritaria y el común de las personas- tiene la facultad para perfeccionar la transferencia de la propiedad inmueble, es decir, inmobiliaria. Sin embargo, se ha olvidado que el consentimiento<sup>20</sup>, es solo la exteriorización de la voluntad de las partes para aceptar derechos y obligaciones que van a nacer del contrato. En suma, es sólo el inicio y el motivo por el cual se decide su celebración, desencadenando sus dos obligaciones más importantes: por un lado la del vendedor de transferir la propiedad del bien estipulado y por otro la del comprador de pagar el precio pactado.

---

<sup>20</sup> (Consentimiento (s/f). En Wikipedia. Recuperado el 20 de Julio de 2018 de <https://es.wikipedia.org/wiki/Consentimiento>).

Pues bien, mirando la ubicación de nuestro contrato en el texto sustantivo (Libro VII, denominado “Fuentes de las Obligaciones”), se sobreentiende que es fuente u origen de las obligaciones, ergo, solo puede tener efectos obligatorios. En ese sentido, como expresa Ninamancco Córdova (2015), la relación obligatoria está conformada por un derecho de crédito y un débito. El primero, implica la potestad de exigir la ejecución de la conducta valorada patrimonialmente; mientras el segundo, es la realización de dicha conducta. El derecho de crédito le corresponde al acreedor (adquirente), y el débito, al deudor (transferente).

En conclusión, el contrato de compraventa inmobiliaria es un contrato consensual con efectos netamente obligacionales<sup>21</sup>. Al mismo tiempo, este carácter consensual determina su forma, la misma que será impuesta por las partes contratantes y no por imperio de la ley, en virtud del principio de libertad de forma. Constituyéndose, en buena medida, como una regla de solemnidad para la compraventa inmobiliaria.

A la luz de lo expuesto líneas arriba, me permito traer a colación una de las tres primeras cuestiones planteadas: ¿es la sola obligación de enajenar la que realmente me hace propietario? Obviamente, la respuesta resulta siendo no. Analizando:

La obligación de enajenar contenida en el artículo 949, a la cual se le atribuye la facultad de transferir el derecho de propiedad, no lleva consigo la obligación de entregar el bien, resultando innecesaria por haberse configurado la transferencia mediante el solo intercambio de voluntades. En ese sentido, al no existir entrega, el nuevo adquirente ni siquiera podrá considerarse, al menos poseedor del bien ni mucho menos ejercer los atributos reconocidos por el artículo 923<sup>22</sup>.

Sin duda alguna, este consensualismo trae consigo un sistema registral declarativo - facultativo-. Ya que, si el derecho de propiedad ha nacido a razón del contrato mismo, al registro, le queda “*como premio consuelo*” reconocerlo y declararlo a fin de darle publicidad. Asimismo, resulta “facultativo”, toda vez que si el derecho ya existe en la realidad, ya hay un falso sentido que el bien adquirido es mío, y si a ello le sumamos los gastos notariales y registrales para su inscripción -teniendo en cuenta que la única forma en la que ingresará al registro, es a través de una escritura pública-, poco importará su inscripción.

---

<sup>21</sup> “El contrato de compraventa, (...) genera una serie de obligaciones, tales como, la obligación de pagar el precio, (artículo 1558 de Código Civil), la obligación de entregar el bien (artículo 1549 y 1550 del Código Civil), la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien (artículo 1551 del Código Civil), la obligación de formalizar el contrato (artículo 1549 del Código Civil)”. Sala Plena de la Corte Suprema, Casación N° 4442-2015 Moquegua (IX Pleno Casatorio), publicado en el Diario Oficial El Peruano, Lima: 18 de enero de 2017, fundamento jurídico 67.

<sup>22</sup> En virtud de artículo 912 del Código civil, el poseedor se presume propietario, por lo que analógicamente, no podrá ejercer los atributos de la propiedad descritos en el artículo 923 del mismo código.

Hasta aquí, el nuevo adquirente en virtud de la regla consensual, ha ido perdiendo una a una las facultades derivadas de la propiedad y su carácter *erga omnes*. Por lo que, si ya se ha contestado negativamente a la primera pregunta, la respuesta lógica a las dos últimas, es también un rotundo no. Por el simple hecho, que la oponibilidad solo es efectiva, si es conocida por los terceros, caso contrario, sólo podrá ser oponible a las partes contratantes.

Bajo este panorama, las cosas parecen desalentadoras para quien quiera adquirir un bien inmueble. Sin embargo, en el mismo eje del problema -la consensualidad- radica la solución. Contradictorio, ¿verdad? Pues sí y no, expliquemos:

Es contradictorio, en el sentido que la realidad es bastante distinta a la consensualidad planteada en un principio por el artículo 949. Actualmente, para aquel sector minoritario que le da valor a la inscripción, no les es suficiente ni igual, tener un contrato o una minuta de compraventa inmobiliaria. Para ellos, la seguridad está en el acceso al registro y la posterior inscripción de su derecho de propiedad. En ese sentido, ellos le dan al registro un “*valor constitutivo*” del derecho, recurriendo a él a fin de dar publicidad y certeza a sus actos de transferencia inmobiliaria. Una vez lograda, se sienten tranquilos y seguros de llamarse propietarios o dueños de su nueva adquisición.

Al menos, esta minoría parece haber encontrado una solución, basándose en el ejercicio de su libertad contractual, es decir en el consensualismo, porque sin necesidad de pactos o acuerdos adicionales, le dan a este contrato de finalidad traslativa, la importancia y relevancia que merece. Ellos, entienden que la obligación de transferir a la que se compromete el vendedor no termina sino hasta cuando, éste último, ha realizado todos aquellos actos necesarios para que el derecho de propiedad del bien salga de su patrimonio y pase al de ellos.

El artículo, por el cual pueden compeler al vendedor a culminar con sus obligaciones es artículo 1549 del código civil, que dispone lo siguiente:

**Artículo 1549.** “Es obligación del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.”

Sobre el particular, nuestra jurisprudencia nacional (IX Pleno Casatorio) opina, que si bien el fundamento por el cual las partes pueden compelerse a completar la forma previamente pactada es el artículo 1412 del código civil, hay veces que el llenado de esta forma no viene por convenio, sino por imposición de la ley, como la norma contenida en el artículo 1549. Así esta obligación supone la realización de todos aquellos actos que le permitan al comprador ejercer su derecho a plenitud, “entre los que se encuentran la entrega del bien y el otorgamiento de escritura pública, pues ésta es necesaria para el acceso al Registro Público,

instrumento que permitirá que el derecho subjetivo en cuestión alcance la mayor oponibilidad”<sup>23</sup>.

El citado artículo, también le es de mucha ayuda al vendedor en caso su transferente no pague el precio del bien o no se vea satisfecho en las condiciones estipuladas en el contrato. Por ello, es de suma importancia que la forma en la que se compelen las partes sea una por escrito, a fin de tener claras cada una de las cláusulas contractuales pactadas.

En cambio, para aquel sector mayoritario que se siente propietario porque basta el solo título (contrato) para la transmisión inmobiliaria, la solución viene encaminada por la aplicación del ya citado artículo 1411. Por el cual la ley presume, salvo pacto en contrario, que el convenio previo y por escrito por el que las partes acuerdan celebrar el contrato bajo una determinada forma, las obliga a culminarlo mediante la forma pactada so pena de nulidad del acto.

Dicho de mejor modo, las partes por su sola voluntad pueden volver solemne al contrato de compraventa inmobiliaria a través de la forma solemne voluntaria o convencional. Un contrato que por disposición legal era no formal, pero que por voluntad de partes contratantes ahora dejó de serlo para convertirse en formal. Así, la solemnidad que debe revestir, es la que ellos en pleno ejercicio de la autonomía la de voluntad, han considerado que el más idóneo y que mejor la expresa, es uno por escrito, y más específicamente uno que pueda acceder al registro público.

La mejor forma que pueden encontrar las partes y que les ayude a paliar estos problemas de la consensualidad, es la escritura pública como instrumento protocolar notarial por excelencia. Gracias a ella, al igual que en el primer caso, lograran la tan ansiada seguridad jurídica estática y dinámica en el tráfico inmobiliario que brindan la inscripción y la publicidad registral.

En suma, si el origen de todo, es la consensualidad planteada por el artículo 949. Esta misma, como ya se ha visto, le pone fin al problema. Por eso, todo radica en la orientación que se le da a la voluntad contractual con la finalidad de lograr el cometido traslativo del dominio del bien pactado.

De más está decir, que ambas aseveraciones tienen sus peculiaridades, ya que todo sistema de transferencia por muy bien estructurado que sea o parezca, no es perfecto. Siempre habrá algún extremo que no se encuentre regulado, y del cual se valdrán los agentes del fraude para darle la vuelta y hacerlo tambalear o caer, en el peor de los casos.

---

<sup>23</sup> IX Pleno Casatorio Civil, fundamento jurídico 68.

## Capítulo 2

### La escritura pública como formalidad voluntaria *ad solemnitatem*

#### 1. Los instrumentos públicos notariales

**1.1. Documento e instrumento.** Antes de definir y establecer la importancia de la escritura pública, hay que diferenciar el documento del instrumento. Así, mientras el primero es aquel objeto físico que da a conocer un hecho, realidad o circunstancia, como un escrito, una fotografía o un video; el segundo es un objeto material que expresa un pensamiento mediante signos lingüísticos a través de la escritura. Siendo el documento el género y el instrumento la especie (Gonzales Barrón, 2012).

En ese sentido, un instrumento es siempre un documento escrito que contiene una manifestación o un acto del cual surgen efectos jurídicos, mientras que el documento, puede ser un escrito en papel u otro soporte físico que prueba o acredita una determinada cosa. Todo documento es siempre un instrumento, pero no todo instrumento es siempre un documento (Amado Ramírez, 2017).

Existe una clasificación tradicional de instrumento:

- a) Instrumento Público: Según el artículo 235 del Código Procesal Civil son aquellos otorgados por notario o funcionario público en ejercicio de sus funciones. Aquí juega un rol muy importante la fe pública, ya que no todo documento que pasa por las manos de un funcionario público o notario está llamado a ser instrumento público, solo lo serán aquellos donde existe una expresión de verdad sobre lo acontecido y lo contenido o dicho en el documento, a través de la fe pública o autenticidad con la que se revisten los actos o negocios jurídicos que de ellos emanan.
- b) Instrumento Privado: son aquellos que son emitidos o redactados por los particulares, donde el notario es un tercero ajeno tanto en su contenido como en su origen. Sin embargo, puede ser objeto de certificación o legalización sobre las firmas o fecha, quedando autenticado solo en ese extremo. A pesar de esta autenticación, el documento no se convierte en público, ya que solo queda autenticado el extremo sobre el cual recae la certificación<sup>24</sup>. Un ejemplo sería la certificación o legalización de firmas de un contrato.

---

<sup>24</sup> Código Procesal Civil

**Artículo 236. Documento privado.-**

Es el que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público.

**1.2. Los instrumentos públicos notariales.** Para Gonzales Barrón (2012), el instrumento público tiene como principal característica estar dotado de fe pública o autenticidad, implicando que la narración del notario sobre los hechos o actos es verdadera o cierta, ya que la única forma de dar fe de ello es que él mismo haya observado y constatado los hechos expuestos en el documento que expide. Por ello, la fe pública es la percepción sensorial de hechos y dichos de las partes, que una vez percibidos u oídos por el notario los documenta e instrumentaliza dotándolo de verdad y autenticidad. Sin embargo, hay veces que no todo el contenido del documento está dotado de veracidad, pues ello va a depender del tipo de instrumento y la participación que haya tenido el notario respecto del acto o hecho que documenta.

Como continúa el autor, el instrumento notarial no termina en la fe pública, éste va más allá. Su resultado es la composición del consejo y guía del notario a las partes, ya que el notario como profesional del derecho, siempre debe orientar y prestar consejo jurídico-notarial a las partes con la finalidad que entiendan y comprendan el contenido y la importancia de acto o hecho que están por instrumentalizar. En ese sentido, el notario no es un mero espectador, su función se extiende, explorando la real intención de las partes, asesorándolos de tal forma que el documento exprese el propósito querido por las partes de la manera más acorde a la legalidad y al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, dicho instrumento expresa la doble actividad que realiza el notario, “dar forma” (asesorar y colaborar en la correcta expresión de la voluntad) y “dar fe” (certificar el hecho ocurrido) (Gonzales Barrón, 2012).

**1.3. Clases de instrumentos públicos.** Existen dos tipos de instrumentos públicos notariales

**1.3.1. Instrumentos públicos protocolares.** Son aquellos que se incorporan al protocolo notarial de forma cronológica y ordenada, siendo conservado y custodiado por el notario<sup>25</sup>. Sus características son (Tambini Ávila, 2006):

- Se incorporan al protocolo.
- Son eminentemente formales.
- Gozan de la garantía de la autenticidad.

---

<sup>25</sup> **Artículo 25 del Decreto Legislativo 1049. Instrumentos Públicos Protocolares**

Son instrumentos públicos protocolares las escrituras públicas, instrumentos y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial; que debe conservar y expedir los traslados que la ley determina.

- Son medios de prueba ante terceros.
- Son públicos.
- Producen efectos jurídicos.
- Son inscribibles.
- Su contenido perdura a través del tiempo.
- Ostentan calidad de prueba plena.

Se llaman protocolares debido a que se redactan en el papel de registro que brinda el Colegio de Notarios con las medidas de seguridad y que se conservan en el protocolo del notario. El protocolo notarial es la colección ordenada y cronológica de registros en la cual se extienden los instrumentos públicos protocolares. Los instrumentos ahí conservados son la matriz (son los originales) y que el notario tiene el deber de custodiar por años y de expedir copias y traslados de acuerdo a ley (Amado Ramírez, 2017). Entre los registros que conforman el protocolo notarial se encuentran<sup>26</sup>:

- a. De escrituras públicas.
- b. De testamentos.
- c. De protestos.
- d. De actas de transferencias de bienes muebles registrables.
- e. De actas y escrituras de procedimientos no contenciosos.
- f. De instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria y otras afectaciones sobre bienes muebles (incluidos por el artículo 32 de la Ley 2867, Ley de la Garantía Mobiliaria y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 012-2006-JUS).
- g. De escritura públicas unilaterales para la constitución de empresas, a través de los centros de Desarrollo Empresarial autorizados por el Ministerio de la Producción (incorporados por el D. Legislativo 1332 del 06 de enero de 2017, que modifica el artículo 37 de la Ley del Notariado).
- h. Otros que la ley señale.

---

<sup>26</sup> En virtud del Decreto Legislativo 1332 del 06 de enero de 2017, que modifica el artículo 37 de la Ley del Notariado, los registros que componen el protocolo notarial son *numerus apertus*.

**1.3.2. Instrumentos públicos extraprotocolares.** Son aquellas atestaciones notariales que no se incorporan al protocolo y sobre los que la fe pública recae de forma limitada al acto, hecho o circunstancia que el notario presencie o le conste son sus sentidos (Gonzales Barrón, 2012).

Amado Ramírez (2017) los define como, aquellos instrumentos redactados y de autoría de los particulares sobre los que se atesta una certificación notarial sobre cierto aspecto del documento que puede ser la firma o la fecha, presumiéndose la fe pública sólo en el extremo que recae la certificación. Son otorgados o autorizados por el notario, en original, pero fuera del protocolo. No se lleva ningún registro de ellos, y pueden ser redactados fuera o dentro de la notaría. Estos documentos no forma parte de protocolo notarial, por lo que, no existe un deber de conservación y custodia por parte del notario, no siendo incorporados al protocolo notarial.

Continúa la autora, que la forma en la que queda expresada la certificación notarial es a través de la firma que consigna el notario en el documento, y puede recaer sobre un hecho, circunstancia, acto, identidad de las personas participantes, dándole a ese extremo fecha cierta. A fin de garantizar la seguridad jurídica sobre dicho documento, el notario deberá comparar biométricamente las huellas dactilares efectuando la identificación de las personas.

Se consideran instrumentos extra protocolares las actas y demás certificaciones notariales que versen sobre actos, hecho o circunstancias que presencie o que le consten al notario por razón de su función.

Estos instrumentos se caracterizan por:

- No constar en el protocolo notarial
- El notario da fe pública de los hechos y/o actos celebrados.
- No tienen una matriz conservada por el notario a la cual remitirse.
- Documentan hechos, acciones o dichos.
- Algunos de ellos tienen formatos impresos por el Colegio de Notarios de Lima.
- Pueden redactarse en la notaría o fuera de ella, donde se realiza el acto o el hecho.

## **2. La escritura pública, instrumento protocolar por excelencia**

**2.1. Definición.** El artículo 51 de la Ley del Notariado la define como el documento matriz que es incorporado al protocolo notarial, que es autorizado por el notario y que contiene uno o más de un acto jurídico. Esta definición legal reúne las principales

características que doctrinariamente se le dan a este medio (Gonzales Barrón, 2012):

- Instrumento netamente notarial
- De carácter protocolar
- Expresión de la declaración de voluntad de las partes, en la que disponen de sus propios intereses.

Según Gattari (2011), es el instrumento matriz en el que consta el acto o negocio jurídico inter vivos autorizado por el notario en ejercicio de sus funciones y otorgado dentro de los límites de la ley. Para Herrera Cavero (1987), es aquel documento autorizado por el notario u otro funcionario público con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico. En palabras de Tambini Ávila (2006), es el instrumento protocolar por excelencia, es el original que el notario mismo redacta, atribuyéndosele su autoría y que es conservado en el protocolo notarial. Este documento instrumentaliza una declaración de voluntad que emana del pleno ejercicio de la autonomía privada, y que al ser otorgado en concordancia a ese ejercicio libre de voluntad, es autorizada por el notario, dándole fe pública, conservándose en el protocolo notarial y pudiéndose expedir las copias que las partes requieran.

La escritura pública es el otorgamiento de un acto jurídico con forma pública escrita que implica una renovación del consentimiento voluntario, previamente expresado en el documento privado (minuta). En ese sentido, la escritura pública tiene una función constituyente de un nuevo acto jurídico que reafirma el consentimiento en forma pública con dotes de garantía y eficacia; donde el notario, previa labor consejera y previsor de sus consecuencias jurídicas en el ordenamiento jurídico, asume la autoría del documento ahora instrumentalizado, recogiendo con autenticidad las declaraciones de voluntad de los otorgantes que ante él se presentan (Gonzales Barrón, 2016).

**2.2. Partes de la escritura pública.** El artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1049 establece que la estructura interna de la escritura pública se encuentra dividida en tres partes: introducción, cuerpo y conclusión<sup>27</sup>.

En la introducción se encontrará la comparecencia de los otorgantes, sus datos e identificación y la naturaleza del acto o negocio jurídico, en el cuerpo se encuentra la declaración de voluntad, u otros datos que sean necesarios, y en la conclusión se hará alusión

<sup>27</sup> **Artículo 52.** Partes de la Escritura Pública

“La redacción de la escritura pública comprende tres partes: a) **Introducción**. b) **Cuerpo**; y, c) **Conclusión**” (subrayado y negrita de la autora).

a haber dado lectura al documento, se ratificará el consentimiento de los otorgantes y las firmas tanto de las partes como del notario al final de instrumento.

A continuación se desarrollan cada una de ellas.

**2.2.1. Introducción.** Siempre antes de la introducción se deberá indicar nombre de los otorgantes y la naturaleza del acto.

Esta parte se refiere a la comparecencia de las partes, donde se les nombra e identifica, y se califica su capacidad, señalándose el día, hora y lugar en el cual se redacta el instrumento (Herrera Cavero, 1987). Esta calificación sobre la capacidad le permitirá el notario determinar si otorga o no el instrumento.

Según el artículo 54 de la Ley del Notariado, la introducción expresará:

- a. Lugar y fecha de extensión del instrumento: la escritura pública como instrumento protocolar que contiene un negocio jurídico se da en presencia del notario, requiere ser ubicado en tiempo y espacio. La mención del lugar permite localizar el instrumento y si ha sido extendido dentro de los límites de competencia establecidos para el notario. Sin embargo, en caso haya omisión del mismo, se utiliza un lugar presunto amparado en la buena fe y en el normal desenvolvimiento de las actividades notariales.  
En cuanto a la fecha, se justifica ya que el protocolo notarial es un conjunto de instrumentos ordenados en forma cronológica. En ese sentido, no cabe un instrumento posterior a su antecesor, pero que sea de fecha anterior, este error ocasiona su nulidad por presunción en la falsedad de la fecha y por infracción a la norma imperativa<sup>28</sup> (Gonzales Barrón, 2012).
- b. Nombre del notario: es de suma importancia ya que así se sabe que el instrumento ha sido otorgado por la persona que cuenta con nombramiento oficial de acuerdo a ley. En caso el notario se encuentre de licencia o de vacaciones, se deberá hacer mención de dicha situación indicando el nombre del notario que sustituye o reemplaza al titular del oficio notarial (Gonzales Barrón, 2012).
- c. Nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio y profesión u ocupación de los otorgantes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho.
- d. El documento nacional de identidad - DNI, los documentos de identidad o de viaje determinados para la identificación de extranjeros en el territorio nacional conforme a la normatividad sobre la materia, y la verificación de la respectiva categoría y calidad

---

<sup>28</sup> **Artículo 45 del Decreto Legislativo 1049.** Extensión de Instrumentos Públicos

Los instrumentos públicos protocolares se extenderán observando riguroso orden cronológico, en los que consignará al momento de extenderse el número que les corresponda en orden sucesivo.

- migratorias vigentes que lo autorice a contratar.
- e. La circunstancia de intervenir en el instrumento una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza.
  - f. La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los otorgantes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento.
  - g. La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.
  - h. La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes.
  - i. La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella; y,
  - j. Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los otorgantes o que sea necesario a criterio del notario.

Según Gonzales Barrón (2012) es necesario tener en cuenta que, es aquí donde el notario dará fe de conocer o haber identificado a los comparecientes. Si es persona natural, lo hará a través del DNI, carnet de extranjería, pasaporte; y si es persona jurídica, pedirá la vigencia de poder actualizada de su representante o representantes. El notario dará fe de identidad, a través de la comparación biométrica de la ficha RENIEC y la fotografía y huellas de la persona que figuran en el documento de identificación.

La ley menciona la fe de conocimiento, que actualmente no es muy utilizada debido al crecimiento de las ciudades y sus habitantes; sin embargo, habrá ciertas situaciones en las cuales el notario puede utilizarla como en casos de evidente notoriedad o trato personal con el compareciente (relaciones amicales o de vecindad).

Del mismo modo deberá indicar su nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación y su domicilio actual. Si una persona participa en representación de otra, el notario tendrá a la vista el documento que lo autorice o designe como representante de su poderdante debidamente inscrito en el registro correspondiente.

Si el compareciente se encontrara impedido o ignorara el idioma el español, se deberá dejar constancia de la intervención de testigos o intérpretes. Sobre los testigos, existen dos clases de testigos que pueden participar:

- Testigos a ruego: participan a solicitud del compareciente en caso no sepa o no pueda firmar, ya sea por ser iletrado, ciego o presentar alguna incapacidad o dolencia. Su función es suplir la falta de firma del compareciente en la escritura y puede firmar por una o varias

personas a la misma vez.

- Testigos de identidad: ingresan cuando el notario tiene dudas sobre la identificación de alguno de los otorgantes. Aunque actualmente no tiene mucha importancia debido a la aplicación de la tecnología, tales como el biométrico.

En cuanto al juicio de capacidad, la introducción deberá expresar la capacidad (de entender y querer los actos propios), libertad y conocimiento con que se obligan los comparecientes.

**2.2.2. Cuerpo.** La ley de notariado no establece una definición; sin embargo, sí determina su contenido. El cuerpo es la transcripción literal de la minuta y contiene íntegramente el contrato o acto jurídico objeto de escrituración (Tambini Ávila, 2006).

En el artículo 57 de la ley del notariado, se encuentra establecido su contenido:

- a. La declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta autorizada por letrado, la que se insertará literalmente.
- b. Los comprobantes que acrediten la representación, cuando sea necesaria su inserción.
- c. Los documentos que los otorgantes soliciten su inserción.
- d. Los documentos que por disposición legal sean exigibles.
- e. Otros documentos que el notario considere convenientes.

La declaración de voluntad de las partes se materializa en un documento llamado minuta. Gramaticalmente significa borrador o proyecto del contrato o acto a escriturarse, describe las partes esenciales o cláusulas del mismo, y que después será reproducido e instrumentalizado dando como resultado final la escritura pública, encontrándose plenamente perfeccionado de acuerdo a las formalidades de ley. En todo sentido, la minuta es el documento en el cual se plasma la declaración de voluntad expresada a través del contrato que tiene valor jurídico para las partes y se encuentra debidamente autorizada por un abogado colegiado (Tambini Ávila, 2006).

Mediante el principio de rogación, le solicitan al notario que dicha minuta sea elevada a instrumento público mediante su escrituración. En buena medida, la minuta es la solicitud formal elaborada por los particulares al notario para su instrumentalización.

Esta minuta tiene las siguientes características (Tambini Ávila, 2006):

- Contiene un acto jurídico
- Es una solicitud de escrituración dirigida al notario
- Contiene la voluntad de los otorgantes
- Redactada por abogado y firmada por los otorgantes y el abogado.
- Debe tener fecha
- Tiene valor probatorio entre las partes
- Es instrumento privado

Es regla general que a toda escritura pública le corresponde una minuta, salvo algunas excepciones señaladas por ley. Una vez recepcionada, el notario debe revisar si cumple con todos los requisitos de forma exigidos, según la naturaleza del acto o negocio jurídico que se celebra. Asimismo, verifica que la acompañen los documentos correspondientes; tales como, documentos de identidad, copias literales, certificado de depósito, pagos de los impuestos debidos, a fin de demostrar lo indicado por las partes en la minuta.

En virtud de su función asesora, el notario puede orientar a las partes sobre cualquier duda u omisión o error que exista en la minuta para que pueda ser subsanada. Si las partes pese a su consejo no subsanan los errores u omisiones de forma y/o fondo, el notario podrá abstenerse de extender la escritura, más aún si sabe que puede ser objeto de evidente observación por parte del registrador que se encargue de su calificación.

En la minuta se anotará el número y fecha en la que se extendió el instrumento, inmediatamente se procederá a su archivamiento en tomos denominados minutarios. Este minutario es el conjunto de minutas archivadas ordenada y cronológicamente según el número que le haya sido asignado por el notario. A este número se conoce como kardex, usado para identificar la minuta con su correspondiente escritura pública (Tambini Ávila, 2006).

El artículo 58 del Decreto Legislativo 1049<sup>29</sup>, establece las excepciones para aquellos casos en los cuales el otorgamiento de la escritura pública no tendrá una previa minuta. La

---

<sup>29</sup> Artículo 58. No será exigible la minuta en los actos siguientes:

- a) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder.
- b) Renuncia de nacionalidad.
- c) Nombramiento de tutor y curador en los casos que puede hacerse por escritura pública.
- d) Reconocimiento de hijos.
- e) Autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad.
- f) Aceptación expresa o renuncia de herencia.
- g) Declaración jurada de bienes y rentas.
- h) Donación de órganos y tejidos
- i) Constitución de micro y pequeñas empresas.
- j) Hipoteca unilateral; y,

finalidad de estas excepciones es por temas de simplicidad; sin embargo, no hay prohibición por si alguno de los otorgantes quiere expresar su voluntad a través de una minuta.

**2.2.3. Conclusión.** Si bien la doctrina notarial considera que esta última parte está conformada por a) la lectura del instrumento, b) prestación del consentimiento y c) firma de los otorgantes y de los testigos (Gattari, 2001); es aquí donde se pueden corregir algunas omisiones o errores que sean advertidos después de la lectura del instrumento. Finalmente el cierre de la escritura se da con la firma del notario.

La finalidad de la lectura es dejar constancia que los otorgantes han dado su conformidad con total conocimiento del contenido del documento. Su importancia es tal, que si el notario no deja constancia de la fe de lectura, el instrumento será nulo careciendo de todo valor legal.

En algunas ocasiones, puede ocurrir que a través de la lectura del documento se detecten algunos errores u omisiones, y es este momento el ideal para subsanarlos garantizando su integridad textual. Estas subsanaciones se realizarán mediante una adenda aclaratoria. Habiéndose dado lectura a la totalidad del texto, se entiende que los comparecientes están debidamente informados prestando aquí su expreso consentimiento, ratificándose en su declaración de voluntad. Aún en esta fase, los otorgantes pueden hacer modificaciones o agregados al texto del documento consignándose en la parte conclusiva del mismo. Si esta modificación o agregado es contradictorio a lo antes expuesto, prevalece esta última declaración (Gonzales Barrón, 2012).

La firma es el momento culminante del instrumento, consistiendo en su suscripción entendiéndose como el consentimiento definitivo sobre el texto. Su finalidad es vincular el escrito con la persona que consigna su rúbrica, asumiendo la autoría y responsabilidad sobre los actos ahí expuestos. Junto a la firma aparecerá la huella o impresión dactilar, como signo de identificación e individualización, dándole mayor certeza de que la persona suscribiente es la correcta (Gonzales Barrón, 2012).

Con esto solo queda un paso final, que es la autorización del notario. Es decir, la declaración que hace público, auténtico y solemne el instrumento. Esta declaración es la firma y sellos del notario. Para Gonzales Barrón (2012), la autorización es el acto privado que eleva a la categoría de instrumento público a la escritura. Función que es de exclusiva competencia del notario y la ejerce sólo él, sin compartirla con los otorgantes. En ese sentido, siempre es simultáneo el consentimiento (firma de los otorgantes) con la autorización (firma del notario).

---

k) Otros que la ley señale.

**2.3. Importancia de la escritura pública.** Como instrumento público protocolar por excelencia, la escritura pública cumple un rol muy importante en la distribución de la riqueza y aseguramiento de la propiedad adquirida. Rol que se encuentra enfocado en un triple sentido.

El primero, está en su fe legitimadora, ya que gracias a la función fedataria del notario sobre los hechos expresados por las partes durante la prestación del consentimiento, es que nace el acto o negocio jurídico que se documenta a través de ella. Esta fe legitimadora o fe pública notarial, es el prestigio que el notario investido de autoridad legítima, otorga sobre un determinado acto jurídico que contiene la declaración de voluntad de las partes, de tal forma que las vincula y sujeta a los efectos derivados de dicho acto.

La fe pública notarial es la certeza, confianza, veracidad y autoridad legítima atribuida al notario respecto de los actos o hechos ocurridos en su presencia, los que se tienen por verdaderos, auténticos y ciertos con toda la fuerza probatoria mientras no se demuestre lo contrario (Tambini Ávila, 2006).

El segundo rol implica la probanza del acto contenido en ella, entendido como medio que sirve o asegura la eficacia de sus efectos jurídicos convirtiéndose en prueba plena, salvo prueba en contrario. En ese sentido, su valor probatorio está en la calificación o evaluación jurídica e integral que realiza el notario del acto que celebrado por las partes, sometándolo a un control de legalidad examinando si cumple con las exigencias legales del tipo contractual documentado, cuya participación como tercero calificado es dar fe y velar por su legalidad y adecuación al ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la escritura pública es el vehículo que perfecciona un acto o contrato otorgado entre las partes dotándolo de eficacia fehaciente, añadiéndole autenticidad material y formal produciendo los efectos queridos por las partes, tales como: la eficacia legitimadora, la condición de título suficiente para su ingreso al registro público y su valor legal como prueba (Tambini Ávila, 2006).

Su fuerza probatoria radica en la fe pública que le otorga el notario y cuya presunción de veracidad solo puede ser desvirtuada, en principio, en sede judicial. Es prueba fehaciente respecto del acto realizado, el mismo que goza de certidumbre frente a los otorgantes y frente a terceros.

Es importante recalcar que su alcance probatorio es distinto, según la parte que se mire. Así, si hablamos de la narración de los hechos por el notario, el valor probatorio del otorgamiento de la escritura alcanzará a los hechos que directamente haya presenciado o evidenciado el notario amparándoles la fe pública. Sucede lo mismo con las declaraciones de

voluntad, dando fe que las mismas se han producido y sus otorgantes han brindado su consentimiento pleno y objetivo. El lado subjetivo de estas declaraciones, es decir, la sinceridad con la que se expresan no le competen al notario, ya que los otorgantes pueden haber enmascarado su consentimiento con la finalidad de simular o engañar a terceros o contener algún vicio de la voluntad, el mismo que por pertenecer a la esfera interna de las partes, no puede ser directamente evidenciado por el notario, salvo que éste haya tenido conocimiento de alguna forma (Gonzales Barrón, 2012).

Esta fuerza adquiere mayor solidez gracias al protocolo notarial, ya que al ser un instrumento protocolar, se encuentra documentado en el archivo del notario. El original o matriz del instrumento está debidamente conservado en el oficio notarial, no pudiendo salir salvo por razones de fuerza mayor o cuando sea requerido para el cumplimiento del ejercicio de la función notarial. En ese sentido, esta matriz es de gran utilidad en caso el valor jurídico de la escritura sea cuestionado; ya que, será fácilmente comparable con su original pudiendo detectarse alguna alteración o modificación no autorizada por el mismo notario que expidió el documento. De igual modo, si se extravía la copia, podrá ser reproducido -previo pago- para los fines que sean pertinentes. En suma, si bien el juez tiene la facultad de valorar libremente la prueba ofrecida por las partes, no podrá negarse a su valoración en juicio teniendo en cuenta que como instrumento notarial, goza de una presunción *iuris tantum* de legalidad atribuida por la fe pública conferida al notario<sup>30</sup>. Por lo que, si el juez rechaza su valor deberá justificar coherente y objetivamente su decisión.

En cuanto a los efectos que genera la escritura pública, estos se encuentran íntimamente vinculados con la seguridad jurídica que brinda. Esta seguridad jurídica viene a ser el tercer y último rol.

El notariado es el curso natural por el que concurren todos los actos de inversión. Siendo un tercero imparcial debidamente calificado tiene como función dar fe de la actividad contractual privada, siendo su participación tan vital en el desarrollo económico, pues a través de él convergen gran cantidad de actos y contratos de contenido patrimonial. Como tercero imparcial, certifica la autenticidad y legalidad de los derechos adquiridos, aminorando la posibilidad que en un futuro surjan problemas o conflictos legales entre las partes. Su actuación está “insertada dentro de dinámica de las relaciones jurídicas privadas dándoles seguridad y confianza, facilitando la circulación de bienes, incentivando la producción, el

---

<sup>30</sup> El artículo 24 de la Ley del Notariado, reconoce y establece el valor probatorio de los instrumentos públicos protocolares, los mismo que producen fe respecto de la realización, hechos y circunstancias que el notario evidencie por sí mismo.

crédito y desarrollo económico en general”. Así, el notario cubre esta necesidad social de dar seguridad jurídica a aquellos actos y contratos en los que intervenga, brindando la confianza debida a las contrataciones Y reduciendo el riesgo que generan estos actos de contenido patrimonial, perennizándolos en el tiempo (Amado Ramírez, 2017).

En efecto, como instrumento matriz conservado en protocolo notarial, la escritura pública tiene como contenido principal el acto o negocio jurídico, **cuyo consentimiento se encuentra autenticado** y debidamente autorizado por notario en pleno ejercicio de sus funciones, siempre dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, para darle forma, constituirlo y **eventualmente probarlo**. En ese sentido, **goza de verdad coactiva y seguridad jurídica** plena en el tráfico inmobiliario (Gattari, 2011) (negrita y subrayado de la autora).

### 3. Seguridad jurídica

Según la Real Academia Española (2014), la palabra seguridad deviene del latín *securitas*, y como primera definición hace alusión a la cualidad de seguro o certeza. Como segunda acepción es la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación. Es esta última definición la que se aplica con mayor precisión a la conceptualización de la seguridad jurídica.

Sin embargo, la cuestión con la seguridad jurídica es que no es un concepto que exista de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se encuentra implícitamente recogido a nivel doctrinal como jurisprudencial. Lo que sí se encuentra regulado, es la seguridad en términos generales.

Así entendida, se define como certeza y estabilidad que se refleja en el estado anímico del hombre, haciéndolo sentirse protegido, cómodo y exento de todo riesgo o peligro que supone vivir en sociedad. La búsqueda de la seguridad se convierte en un denominador común en cada una sus actividades y el marco bajo el cual actúa será amplio o restringido, según el ámbito al cual se dirija o dependiendo del bien jurídico que intente proteger. En ese sentido, la seguridad general implica no solo protección en el ámbito económico, sino también físico, educativo, médico, militar, público, etc. Es un concepto estrechamente relacionado con el orden, la tranquilidad y la paz en sociedad. Tranquilidad y confianza que garantizan el equilibrio en las relaciones de los ciudadanos con el Estado.

En este contexto, el origen de la seguridad es el Derecho, que la regula, reglamenta y controla. El derecho a la seguridad engloba todos y cada uno de los aspectos en los que el hombre se desenvuelve.

Esta seguridad trasladada al mundo jurídico tiene varias aristas. En ese sentido, se puede hablar de una “*Seguridad del Estado*”, relacionada con la seguridad del estado y la defensa de sus derechos (seguridad externa) y vinculada con el orden público y la tranquilidad y la paz social (seguridad interna). Se puede hablar también de una “*Seguridad de las Personas*”, enfocada en el sistema de protección a los bienes de sus habitantes y el respeto y tutela efectiva de sus derechos frente a amenazas o riesgos hacia ellos (Sagüés, 1997).

Así, la seguridad jurídica, es un concepto que nace y se desarrolla con el Estado de Derecho ligado a dos exigencias una objetiva y otra subjetiva. Como exigencia objetiva, es la adecuación a las normas del ordenamiento jurídico y la sujeción a ellas por parte de los ciudadanos y de los órganos que se encargan de su aplicación (Pérez Luño, 2000). Esta exigencia objetiva es en definitiva un *ius certum*, que les permite a los individuos prever y calcular cómo serán los resultados de su actuación y que en caso de haber contingencias, serán resueltas en base a las condiciones previamente expuestas en las normas que regulan sus actos.

Como exigencia subjetiva, es la certeza en el Derecho proyectada en la posibilidad de ser conocida a través de medios adecuados de publicidad, con la finalidad que sus destinatarios sepan de forma previa y con claridad que les está dispuesto, permitido o prohibido. La función de este conocimiento previo es que los ciudadanos organicen su conducta actual, programando las expectativas de su actuación futura bajo pautas de razonabilidad y previsibilidad (Pérez Luño, 2000). En consecuencia, la seguridad jurídica es estabilidad de las relaciones humanas, predictibilidad de su conducta y previsibilidad de los peligros y riesgos que supone dicha conducta humana.

Siendo certeza que proviene de la ley, la seguridad jurídica es el fin mayor de Estado y del Derecho convirtiéndose en un principio esencial del estado constitucional. Para el Tribunal Constitucional, es un principio que transita por todo el ordenamiento jurídico y que está implícitamente recogido en la Constitución Política del Perú<sup>31</sup>, cuyo espíritu garantista proyectado en el ordenamiento, permite que en el pacto mutuo los contratantes sepan a qué atenerse, siendo posible deducir las consecuencias de sus actos y predecir los beneficios al ejercicio de sus derechos tutelados.

En este contexto, la importancia de la seguridad jurídica es vital para el desarrollo de la sociedad, pues al contener en sí misma elementos de certeza y estabilidad, se desempeña

---

<sup>31</sup> Cfr. Expediente N° 0016-2002-AI-TC de fecha 30 de abril de 2003, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 15 de Mayo de 2003, fundamentos jurídicos 3 y 4. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>.

como mecanismo de confianza necesario para contrarrestar los riesgos que implica el ejercicio de la libertad contractual.

La seguridad jurídica requiere el establecimiento de un orden neutral y eficaz que sea aplicado con justicia a las relaciones humanas. En sí misma, seguridad jurídica es la práctica del derecho por la cual se protege el respeto de uno para con los demás y de los demás para con uno, a través del intervencionismo del poder estatal (Amado Ramírez, 2017).

La mayor expresión de seguridad jurídica en nuestro ordenamiento se da a través del ejercicio pleno y protección del derecho de propiedad, que basado en un título formal y auténtico generador del derecho a adquirir, permite su publicidad a partir de su inscripción registral. Esta publicidad originará certeza y confianza en que lo inscrito y mostrado en los asientos registrales está en perfecta adecuación y armonía con la realidad. La exactitud y claridad en la información jurídica contenida en el registro público, son componentes claves para alcanzar certeza en el derecho y confianza en las instituciones llamadas a conservarlo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional opina que existe una relación muy estrecha entre la seguridad jurídica y el derecho de propiedad estableciendo que “para el pleno desarrollo del derecho de propiedad (...) no es suficiente saberse titular del mismo, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo”<sup>32</sup>.

En este juego de dar estabilidad y predictibilidad a los derechos adquiridos, ahora tutelados por el derecho, es que nace su doble dimensión. Ehrenberg (2003)<sup>33</sup>, propone la distinción entre seguridad jurídica estática o seguridad de los derechos subjetivos y seguridad dinámica o seguridad del tráfico; sin embargo, esta idea la desarrolla como conceptos contrapuestos, que si se colocan en una balanza debe primar la seguridad de tráfico sobre la de

---

<sup>32</sup> Exp. N° 0016-2002-AI-TC, fundamento 5.

<sup>33</sup> Para este autor, la seguridad estática supone “(...) ante todo, que el titular tiene una situación jurídica garantizada, lo que significa que la pérdida o el menoscabo de su derecho no puedan producirse sin su voluntad (...)” En cambio la seguridad dinámica “(...) consiste en que la previsible favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona”.

los derechos subjetivos, pues ésta es la que permitirá el desarrollo de la economía del país. Esta idea será desarrollada más adelante, por ahora baste conocer su doble dimensión.

**3.1. Seguridad jurídica estática.** Esta dimensión exige que ninguna modificación ni perjuicio en el contenido patrimonial del derecho adquirido sea realizada sin consentimiento de su titular inscrito. Por tanto, cualquier alteración de su derecho en manos de una persona distinta a su titular, implicará el restablecimiento del mismo (García García, 1994).

Es la relación que hay entre un sujeto y una cosa, haciendo frente a las turbaciones o ataques de terceros que se inmiscuyen en esa relación, siendo su razón de ser la exteriorización de la posesión del derecho y la prohibición de perturbar la tranquilidad y paz de su titular (Moisset de Espanés, 2003).

En efecto, es una concepción relacionada con los derechos adquiridos y con la certeza que brinda la estabilidad del derecho en el tiempo. En otras palabras, actúa a favor del titular registral o propietario del bien, que habiendo adquirido su derecho en virtud de un título válido ha logrado su inscripción, mereciendo protección del Estado a través del Registro, por actuar con diligencia en sus transacciones. Por ese motivo, cualquier alteración, modificación o cambio que se realice sobre su derecho debe ser con plena voluntad del acto que realiza en favor de otro.

**3.2. Seguridad jurídica dinámica.** Por otra parte, la seguridad dinámica, o de tráfico, brinda protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza, aspecto que se enfoca en dos sentidos: dar protección a los acreedores del enajenante, que siendo dicho patrimonio garantía o respaldo de los créditos solicitados por su deudor, puedan ser burlados por ventas fraudulentas, y a los adquirentes, que no pueden verse perjudicados por estar expuestos a la sorpresa de que el bien que se les transmite se encuentre gravado o embargado (Moisset de Espanés, 2003).

Ese sentido, implica y exige que ningún beneficio adquirido e incorporado en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no hayan podido conocerse y resulten en la pérdida de su adquisición (García García, 1994).

En efecto, a fin de que las transacciones entre los particulares se desarrollen más rápido y de forma segura, no viéndose modificadas o perjudicadas por situaciones que no pudieron ser conocidas y tomadas en cuenta por los contratantes, primordialmente por el adquirente, es que nace la seguridad del tráfico, como forma de paliar y minimizar los riesgos que generan las relaciones comerciales de difusión de bienes y distribución de la riqueza.

Esta dimensión se encuentra íntimamente relacionada con el principio de fe pública registral, pues el futuro adquirente basado en el contenido publicitado a través de los asientos registrales correspondientes al inmueble materia del contrato, ha confiado que dicha información jurídica proporcionada por el registro es fidedigna e idéntica a la realidad; por lo que, mantendrá su adquisición una vez se inscriba su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales<sup>34</sup>. Así, la propiedad y la información jurídica buscan ser legitimadas y reconocidas por el Derecho a través de su inscripción en el registro.

**3.3. Importancia de la seguridad jurídica.** Si bien la seguridad jurídica que otorga la escritura pública se puede predicar sobre cualquier acto o contrato que contenga, esta seguridad se verifica con mayor claridad en aquellos actos de contenido patrimonial dirigidos a movilizar y agilizar el tráfico de bienes inmobiliarios. Este es el caso del contrato de compraventa, eje central de este trabajo.

El contrato de compraventa cumple su finalidad última cuando otorga seguridad jurídica a los adquirentes del bien materia del mismo, seguridad que se ve reflejada en el Registro de propiedad y los principios registrales, que la nutren, moldean y acentúan en la realidad, pues lo expresado en el asiento registral es expresión de lo ocurrido extra-registralmente.

La seguridad jurídica como fin del Derecho solo se explica cuando el hombre en relación con otros individuos se desenvuelve en un determinado orden social, cuyas exigencias de actuar según una conducta debida ayudan a satisfacer los fines que busca el Estado como ente garante de los derechos de sus ciudadanos. En ese sentido, la idea de seguridad jurídica es la capacidad que tiene el Estado, que a través de sus normas y reglas de juego, encamina el actuar de sus habitantes dándoles una trayectoria más estable, controlando y contrarrestando los riesgos que afronta un sistema jurídico. Este sistema siempre estará abocado a proteger los bienes adquiridos, proporcionando una tutela efectiva de sus derechos protegiéndolos frente a cualquier amenaza.

---

<sup>34</sup> Artículo 2014 del Código Civil, modificado por Ley 30313.

**Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral.**

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

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

Pero así como los ciudadanos tienen la obligación de seguir y actuar bajo las reglas impuestas por el Estado, también tienen derecho a acceder a instituciones que coadyuven en la legitimación de sus contratos y adquisiciones. Entre las instituciones más afines a esta tarea está el notariado y el registro de propiedad, brindando seguridad jurídica preventiva.

El notariado, representado en la figura del notario, tiene como función ser el primer filtro revisor de la legalidad, ya que de su adecuada evaluación jurídica dependerá la calificación e inscripción registral del acto contenido en la escritura, sin que sea cuestionado con posterioridad. Asimismo, garantiza la eficacia de los actos o negocios jurídicos celebrados ante él, perennizando en el tiempo los hechos instrumentalizados en la escritura.

La escritura pública como instrumento público principal es la materialización del Derecho Notarial destinada a brindar seguridad jurídica a través de la función preventiva que realiza el notario. Su intervención, consta en asesorar a las partes sobre el acto que realizan y los efectos jurídicos que generará en sus respectivas esferas; y a la vez ser un tercero imparcial, haciendo que la redacción del instrumento sea auténtica y con fuerza probatoria, contribuyendo con su trabajo a brindar seguridad jurídica estática.

La actividad notarial corresponde a esta primera dimensión, en el sentido que gracias al asesoramiento e imparcialidad del notario, es que la escritura pública es un documento auténtico y prueba en sí misma, salvo contrario sensu, que contiene la declaración de voluntad de los contratantes expresada al momento de su otorgamiento y que una vez moldeada por el notario a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, la autoriza a través de su firma, volviendo perfecto el negocio jurídico ante el celebrado e instrumentalizado en un documento que resulta también ser perfecto. La perfección del instrumento será tal, siempre que el dador de fe (notario) busque conseguir su máximo ajuste al ordenamiento; es decir, siempre que su función vele por el respeto a los criterios establecidos por las normas para el desarrollo de su actividad calificadora y controladora de la legalidad de los actos jurídicos realizados por las partes.

Para Ahumada (2000), es así como la actividad notarial entra en acción con el tráfico inmobiliario, generando títulos válidos y oponibles que no puedan ser desconocidos por terceros. Este es el fin último del instrumento notarial. “En efecto, las calidades profesionales del notario (...), su conocimiento del derecho y el asesoramiento a las partes, más la característica de la intervención voluntaria de las partes, les otorgan a los instrumentos de origen notarial un alto grado de eficacia” (p. 6).

Sin embargo, la tarea del notario pese al excelente control de la legalidad que realiza no se agota en sí misma, ya que las obligaciones nacidas del contrato solo tiene efectos inter partes;

por lo que, si el comprador quiere tener total certeza que su adquisición no sea atacada por terceros que intenten desconocer su derecho, será necesario que acuda al Registro a fin de otorgarle publicidad. Es ahí, cuando entra en acción la segunda institución: el Registro Público, específicamente el Registro de Predios<sup>35</sup>.

La función del registrador es ser un segundo y último filtro revisor en sede administrativa, sobre el instrumento público. Función que realiza a través de la calificación y que se materializa con la inscripción y publicidad del contrato otorgándole efectos erga omnes. En tal sentido, el registro otorga seguridad jurídica dinámica, resguardando los derechos ya adquiridos y/o fortaleciendo los derechos que están por ser transmitidos.

Entendida así, la función calificadora del registrador se enfoca en la seguridad dinámica, brindando protección al tráfico jurídico de bienes. Su eficacia se basa en la legitimación y publicidad del contenido jurídico que consta en los asientos registrales, reduciendo la asimetría informativa, protegiendo el derecho de propiedad y precisando a los contratantes quién es el titular del derecho en cuestión, haciendo que la contratación resulte más ágil y segura.

La verdadera publicidad inmobiliaria protege a los terceros mediante la legitimación en sus adquisiciones, y garantías de exactitud en la información que proporciona. Sin embargo, a fin de no ser un registro meramente informativo, los principios que lo sustentan deben apuntar a la minimización de los peligros nacidos de la misma circulación de bienes haciendo auténtico y notorio su contenido (Caicedo Escobar, 2001).

Pese a que en sus orígenes la seguridad estática y dinámica fueron concebidas como dos ideas contrapuestas, en donde debía preferirse a la segunda por ser el eje del tráfico jurídico de bienes pues al tener como actor principal al tercer adquirente, se le consideraba como el creador de la riqueza debido a que era él quien la movilizaba, manteniendo la continuidad del mercado; mientras que al propietario actual, se le consideraba como un sujeto improductivo que no rendía frutos para el desarrollo de la sociedad. Sin embargo hay que tener en cuenta que este tercer adquirente que ahora se ve favorecido por la seguridad dinámica, en algún momento dejará de ser un tercero para ser un propietario definitivo del bien en cuestión, y es ahí cuando más va a necesitar protección del registro, a fin de no verse privado o expropiado

---

<sup>35</sup> El Registro de Predios es uno de los 3 tipos de registros comprendidos en el Registro de Propiedad Inmueble. Fue creado mediante Ley 27755 y unifica al Registro de Propiedad Inmueble, el Registro Predial Urbano y la Sección Especial de Predios Rurales. En este registro se inscriben actos relacionados a transferencias de propiedad, primera de dominio, embargos, hipotecas, declaratorias de fábrica y demás actos referidos a la propiedad inmueble.

injustamente por un futuro adquirente en calidad de tercero que se verá beneficiado en aras del dinamismo del mercado que una vez lo protegió a él (Gonzales Barrón, 2011).

En ese sentido, ambas tienen como finalidad la defensa de la propiedad, que si bien lo hacen en momentos distintos, eso no basta para entender que son opuestas, ya que se complementan y actúan en conjunto dentro de un mismo sistema jurídico, teniendo como centro la protección de aquel que ostenta la titularidad del derecho subjetivo y su conservación por el tiempo que éste la ejerza.

De ahí la importancia que el binomio notario/registro tiene en el tráfico jurídico de bienes inmobiliarios, pues el registro es la máxima expresión de la seguridad jurídica en sus dos dimensiones. En efecto, la verdadera seguridad jurídica es la que además de proteger los derechos y adquisiciones del titular registral, protege a los futuros adquirentes (terceros) que confiando en la publicidad del registro se involucran en la circulación de la riqueza.

Si bien habrán casos en los que se tenga que preferir a uno u otro contendiente, la preferencia siempre se determinará en base a una solución justa; es decir, se tendrá que evaluar si en el caso en concreto el propietario perjudicado lo es debido a circunstancias completamente ajenas a él (fraude, suplantación) o si lo es a causa de su propia negligencia (falta de inscripción de su derecho).

Lo cierto es que la seguridad jurídica, y especialmente la seguridad jurídica inmobiliaria, siempre tendrá tres caracteres fundamentales: la certeza que permite la predictibilidad en las reglas de juego normadas, la publicidad de la información y demás principios que conforman el sistema registral (especialidad, tracto sucesivo, legalidad, causalidad), y la última es la confianza y legitimación en los asientos registrales (Amado Ramírez, 2017).

#### **4. Controles de legalidad**

**4.1. El principio de legalidad.** Este principio nace como respuesta al absolutismo del poder del monarca, quien gobernaba bajo los dictámenes de su propia voluntad, viniendo a configurarse como un límite a su actuar desmedido y sin control.

Gracias a este principio, a la separación de poderes, el reconocimiento de los derechos y libertades humanas, de otros principios y garantías como la seguridad jurídica, la publicidad, la irretroactividad de las normas en materia sancionadora, es que emergerá el Estado de Derecho; y con él, la obligación de sujeción de sus poderes y de los ciudadanos a la Constitución y las leyes.

En un sentido amplio, debe ser entendido como sujeción a la ley, donde el accionar de la administración pública y las decisiones que toman los tribunales tiene que ser resultado de su aplicación. Es la vigencia plena del ordenamiento sobre la voluntad de los funcionarios del estado e incluso la de los propios particulares, que deberán someterse a la legalidad que deriva del nacimiento de las obligaciones asumidas en los contratos que celebran, y que tienen fuerza vinculante entre ellos (Cornejo, 1994).

En sentido estricto, su aplicación va referida a los actos que realizan las diferentes instituciones que conforman la administración pública, como los registradores, notarios, jueces, que se encargan de velar que los actos realizados por los particulares se adecuen al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el principio de legalidad se extiende a la actuación de cada uno de los poderes estatales y posee un fundamento constitucional, siendo ella su primer complemento y límite. Es complemento, pues el principio de supremacía de la constitución funciona como garantía y protección de los derechos; y es límite, ya que en el esquema tripartito de poderes, la legalidad se convierte en expresión de la voluntad general del pueblo soberano por encima de la misma ley. Así, no solo quedan sujetos a su cumplimiento el poder ejecutivo y judicial, sino también el propio poder legislativo como dador de la ley<sup>36</sup>.

Su segundo y último complemento, es la razonabilidad, pues al unirse con la legalidad exige que el contenido normativo de ley responda a un valor justicia contenido en la Constitución como máxima expresión de soberanía democráticamente aprobada. Y es límite, cuando demanda que el actuar de los funcionarios se encuentre guiado o informado por este valor justicia, es decir, que el medio utilizado para alcanzar o dictaminar sus decisiones sea proporcional o apto al fin que se busca. Por lo tanto, es lógico que si no resulta ser razonable se considere arbitrario y que sea declarado inconstitucional<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Para el Tribunal Constitucional, este principio “constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder (...) del Estado Democrático”. Se encuentra consagrado en su artículo 2, inciso 24, literal a), con el siguiente tenor: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Exp. N.º 2192-2004-AA/TC, fundamento jurídico 3).

<sup>37</sup> “El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”. (Exp. N.º 2192-2004-AA/TC, fundamento jurídico 15).

**4.2. La legalidad y su relación con la seguridad jurídica.** La formación del Estado de Derecho no solo trajo consigo la división de poderes que actualmente conforman un estado democrático; también permitió que el actuar de los ciudadanos en sus diferentes relaciones, ya sea con el Estado o entre ellos mismos, sea ordenado, regulado y reglamentado a través de leyes con vigencia perenne. Gracias a dichas leyes, nacieron principios y garantías cuyo objetivo fundamental fue ser barrera de defensa y protección al abanico de derechos subjetivos, ya reconocidos expresamente en la Constitución.

Es aquí, donde tienen su afluencia principios como la legalidad y legitimación de los actos o contratos de los particulares, accediendo a instituciones que coadyuvan a darles estabilidad y seguridad. Y es que en un Estado de Derecho, el derecho mismo es expresión de la voluntad popular escrita en leyes y muchas otras veces resultado de la interpretación jurisprudencial de los tribunales, garantizando que los ciudadanos puedan disfrutar plenamente de sus derechos y libertades, teniendo como respaldo a un Estado garantista y protector.

Sin embargo, para lograr lo antes mencionado es necesario que el cuerpo normativo sea coherente, organizado y actualizado de forma permanente, ya que el Derecho no es una ciencia estática, sino en constante cambio; por lo que, requiere que la dación sus normas sea vigente y moderna adecuándose a la realidad regulada. Su finalidad es generar confianza y certeza en sí mismas, permitiendo que la seguridad que de ellas deriva sea una seguridad efectivamente jurídica.

En ese sentido, la legalidad será base de la seguridad jurídica ofreciéndose al ciudadano como instrumento de protección revestido de certeza suficiente, que proviene de un derecho en el que el Estado no solo es su creador, sino que se encuentra vinculado a él. Es una seguridad jurídica que predica orden público y previsibilidad en el comportamiento de los particulares, ciñendo su actuar a lo establecido legalmente. Es una seguridad en el propio derecho, tanto en su contenido como en su existencia, sobre las cuales actúa la fuerza del derecho. Así, existen dos requisitos que las hacen seguras: la certeza y estabilidad. La certeza, porque el contenido de sus disposiciones es claro y sencillo; y la estabilidad, pues en su existencia se predicen requisitos de notoriedad y previsibilidad (Oropeza Barboza, s/f).

La certeza y estabilidad son equilibrio frente a los riesgos que implica el ejercicio de la libertad contractual y a lo que significa desarrollarse y vivir en sociedad. Asimismo, proporcionan la confianza en las instituciones que regulan el actuar entre los particulares en el derecho civil. En efecto, son tres las instituciones que tienen la misión de velar por la seguridad jurídica, cada una dentro de los límites de su propia competencia: el notario, el registrador y el juez. El primero, lo hace a través de su función preventiva actuando como

tercero imparcial y asesor de las partes en materia negocial. El segundo, mediante su función calificadora de los títulos y actos negociales procediendo a su inscripción si cumplen con los estándares de legalidad. Y el tercero, por medio de su función correctiva en casos donde surjan controversias sobre los derechos cuestionados entre sus particulares (Huerta Ayala, 2013).

**4.3. Controles de legalidad de la escritura pública.** Es importante destacar que, el principio de legalidad y la seguridad jurídica son principios que se encuentran en todo el sistema jurídico y regulan cada uno de los actos y negocios en los cuales interviene la voluntad de los particulares. Sin embargo, se obtiene una mejor comprensión de su alcance y efectos en aquellos negocios de contenido patrimonial. Este contenido es el que mueve todo el engranaje jurídico de protección de los derechos y bienes que conforman el tráfico inmobiliario; pues son estos bienes, los que permiten un desarrollo estable del tráfico jurídico dando solidez y estabilidad al sistema económico en general.

La mayor cantidad de negocios que se celebran, son aquellos que tienen como objeto bienes y servicios que el estado ha puesto a disposición de los ciudadanos para el efectivo despliegue de sus derechos y libertades civiles.

Nuestro ordenamiento jurídico funciona en base a pactos, pactos públicos que regulan el contenido obligacional de las relaciones entre la Administración y los administrados para -por ejemplo- el desarrollo de alguna obra pública; y pactos privados, que regulan las relaciones entre los propios particulares y en los cuales sí o sí debe intervenir el Estado a través de sus instituciones, a fin de establecer orden, legalidad, justicia y seguridad sobre su contenido y efectos. Es sobre estos pactos privados, donde la libertad contractual y la autónoma de la voluntad tienen su rol protagónico y donde la actuación del notario, registrador y juez adquieren mayor relevancia.

Ahora bien, el contrato de compraventa inmobiliaria tal y como está regulado en nuestro código civil, no exige mayor formalidad que la determinada por las mismas partes como forma para expresar su voluntad. Sin embargo, es imprescindible que la forma escogida sea una forma escrita que les permite su acceso al registro público; al menos, si quieren darle mayor seguridad, certeza y publicidad a sus obligaciones y efectos. La forma en la que este contrato ingrese al registro y sea calificado, es a través de la escritura pública.

En consecuencia, es este instrumento público sobre el cual se aplicarán los diferentes controles de legalidad, a fin de lograr un título formal perfectamente inscribible que genere

por sí mismo seguridad en el derecho ahí contenido; de esta forma, el comprador adquiere certeza sobre su adquisición y predictibilidad sobre su derecho en el tiempo.

**4.3.1. Control notarial.** Cuando el hombre observa que para hacer circular la riqueza es necesario atribuir titularidades y repartir los bienes existentes, es que nace la propiedad y los diversos modos de adquirirla, uno de los más utilizados en sus inicios fue el trueque. Sin embargo, debido al crecimiento y expansión de las ciudades, el individuo se dio cuenta que debía formalizar este intercambio; y es ahí, cuando nace el contrato como mecanismo jurídico para brindar publicidad y seguridad.

El contrato de compraventa, especialmente el contrato de compraventa inmobiliaria, cumple su finalidad traslativa cuando todos los atributos de la propiedad que gozaba y ejercía su anterior propietario (vendedor), pasan a ser plenamente ejercidos por el nuevo adquirente (comprador). En ese sentido, si decimos que este contrato como expresión privada de la voluntad contractual de las partes, genera por sí mismo efectos reales sin necesidad de su inscripción, ¿cómo será posible para este nuevo adquirente ejercer su derecho *erga omnes*?, y más aún, ¿podrá reputarse propietario en el sentido estricto de la palabra?

En este contexto, se erigen las diversas instituciones que conforman el Estado, teniendo como finalidad una necesidad social de regular las relaciones entre los particulares haciéndolas notorias a la comunidad; y como elementos que las acompañan, están los principios y normas que el derecho crea para ellas.

Así nace el notariado y su protagonista el notario, que como tercero imparcial certifica la autenticidad y legalidad de los actos y contratos privados, reduciendo los conflictos que a posteriori se puedan generar. De esta forma, la actuación del notario se inserta en el dinamismo económico del tráfico de bienes, dotando a las relaciones jurídicas particulares de certeza y confianza permitiendo el desarrollo del país. Aquí es donde cobra importancia el instrumento público -la escritura pública- que el notario autoriza y su posterior inscripción.

Respondiendo a las preguntas planteadas, el solo consenso no genera la transferencia de propiedad, sino que es necesario dar un paso más en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y el aseguramiento de derecho. Ese paso más es la escritura pública, creada y autorizada por el notario, perenne en el tiempo y con vocación *erga omnes* del derecho real adquirido una vez inscrito.

Por otro lado, mucho se ha hablado de la importancia que tiene la elección de un determinado sistema notarial en el afianzamiento y protección de los derechos. Tan es así, que nuestro ordenamiento sigue las pautas del sistema notarial latino<sup>38</sup>.

Sistema caracterizado por un notario que es un profesional del derecho con título universitario, que ejerce una función eminentemente pública, desde su acceso a ella, pues es a través de concurso; hasta su actuar, el mismo que es en nombre del poder público dando carácter oficial a sus actos. Sin embargo, no significa que sea un funcionario del estado sujeto al organigrama de la administración pública; pues como profesional del derecho, ejerce su función en su propia oficina o despacho notarial, guiado por su experiencia y técnica profesional, sin perjuicio a estar sujeto a las leyes y normas establecidas y que encuadran su función.

Esta función es eminentemente pública y consiste en formar, conservar, autenticar y reproducir el instrumento notarial. Así, tiene una doble connotación; dar fe y dar forma al documento. Su facultad fedataria se predica y verifica sobre todo su actuar, desde el momento que las partes deciden libremente acudir a su despacho, actuando como asesor e intérprete de su voluntad documentando sus acuerdos y dando forma jurídica a sus actos. El dar fe implica creer en lo que narra el notario en el instrumento.

Su facultad de dar forma, se expresa con el otorgamiento del documento público acomodando la voluntad contractual de las partes a una forma escrita ajustada a ley, e instrumentalizándolo y otorgándole certeza, claridad, seguridad y autenticidad. En sí, la función notarial es creación y perfeccionamiento del instrumento público, pasando por su otorgamiento, conservación, reproducción y autorización, a través de la firma que imprime el notario dando por concluido el acto ante el celebrado.

La función notarial se ejerce en *forma personal*<sup>39</sup>; la misma que no puede ser delegada, salvo por casos expresamente autorizados por ley, al ser ella quién lo inviste y le da su facultad fedataria. Su ejercicio es tan personal, que en caso de ausencia o licencia del notario, solo puede ser reemplazado por otro de igual investidura y dentro del mismo distrito notarial. En *forma autónoma*, pues se aplica el propio criterio y experiencia jurídica del notario como

---

<sup>38</sup> **Artículo 2 del Decreto Legislativo 1049.**

“El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes.

Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia”.

<sup>39</sup> Aun siendo personal, la LN, “no excluye la colaboración de dependientes del despacho notarial para realizar actos complementarios o conexos que coadyuven a su desarrollo, manteniéndose la responsabilidad exclusiva del notario”. (Último párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1049).

profesional del derecho, siendo su único límite la ley. En *forma independiente*, pues es una autoridad en el ámbito de su competencia donde se desenvuelve, estando ajeno a cualquier injerencia política o de otra índole.

En forma asesora, orientando el actuar de los comparecientes, aclarando sus dudas sobre el contenido, naturaleza y efectos del contrato, velando por el libre consentimiento, pleno conocimiento del acto realizado e igualdad y equilibrio obligacional de ambas partes. Y en forma imparcial, debido a que el notario es ajeno al acto que desean celebrar las partes, actúa como un tercero calificado que no favorece a una u otra parte; siempre actuando con probidad y rectitud sin inclinarse por uno u otro compareciente, aunque sí en continua defensa de la legalidad. En consecuencia, la función notarial es preventiva de la legalidad extendiendo instrumentos formalmente auténticos.

En suma, la función notarial “se da cuando varias personas, acordes a sus pretensiones jurídicas, acuden al notario para que éste las sitúe en un molde previsto en la ley y les imprima caracteres de veracidad, autenticidad y permanencia, y la revista del más alto grado de seguridad. (...) dicha función es documentadora, creadora de formas escritas, y al documento que nace de su ejercicio, le atribuye efectos legitimadores, sustantivos, probatorios y ejecutivos” (Villavicencio Cárdenas, 2009).

En este marco preventivo es donde se desarrolla la escritura pública como típico instrumento notarial, fusionándose en ella todas y cada una de las prerrogativas de la actividad notarial; en aras de extender un instrumento de carácter público, cuya esencia es la renovación o ratificación<sup>40</sup> del consentimiento previamente expresado en la minuta.

Siempre que haya una correcta aplicación de la función notarial, la escritura pública será expresión de la voluntad auténtica de los contratantes, con triple eficacia. Será sustantiva, creando títulos legitimadores que puedan circular en el tráfico jurídico. Será probatoria, con una presunción iuris tantum de legalidad y veracidad de sus actos. Y por último, será ejecutiva per se, pues no necesita de otro documento que complemente su ejecución, haciendo valer los derechos en ella contenida.

Al despliegue de todas estas garantías es lo que se denomina control notarial de legalidad. Este control es la aplicación de la función notarial, armonizando el principio de autonomía de la voluntad de las partes al respeto de la ley y del ordenamiento jurídico. Es un control dinámico que no solo detecta los posibles problemas que se puedan presentar, sino que

---

<sup>40</sup> “En efecto, el art. 59° inc. b de la LN señala que los otorgantes ratifican el acto, lo cual implica prestar nuevamente su consentimiento, con lo cual se origina un nuevo contrato, pero en forma pública”: Gonzales Barrón, G. (2016). *Derecho Notarial. Temas Actuales*. Segunda Edición, Lima: Jurista Editores SRL. p. 111-113.

también busca soluciones. Está relacionado con el constante asesoramiento a las partes, sin que el notario pierda su imparcialidad, con la redacción del instrumento, culminando en su otorgamiento debidamente autorizado con la firma, rúbrica y sellos del notario.

En efecto, es un control en el que prima el principio de intermediación, donde el notario es un agente que asegura la libertad contractual y la voluntad negocial de los contratantes, dando certeza del consentimiento informado, suprimiendo cláusulas abusivas y controlando el respeto a la legalidad. De esta manera se inserta el derecho notarial en las relaciones particulares, tutelando intereses de orden privado y colectivo<sup>41</sup>.

**4.3.2. Control registral.** Pese a lo establecido por las normas sustantivas analizadas, ha quedado entendido que el consentimiento que da origen al contrato de compraventa inmobiliaria no es suficiente para la configuración del derecho real de propiedad. Un comprador diligente, no se conforma con la celebración del contrato; sino que buscará la visibilidad, notoriedad y reconocimiento social de su adquisición.

La importancia del derecho de propiedad, es permitir un poderío directo e inmediato sobre la cosa adquirida imponiendo, cara a la comunidad, respeto hacia ella y su titular. El contrato de compraventa genera la obligación de transferir la propiedad; pero, como un contrato cuyos efectos son meramente obligacionales, sólo ayuda a su traspaso. El contrato de compraventa no es un fin, es un medio para alcanzar el derecho real de propiedad y ejercer todos sus atributos.

Ante esta situación, ¿cómo lograr su notoriedad y publicidad?, ¿es la inscripción el camino correcto?

Siguiendo el análisis desde la perspectiva del contrato de compraventa de bienes inmuebles, una vez cumplida la función preventiva a través del control de legalidad que realiza el notario; nace la escritura pública de compraventa como título formalmente auténtico, listo para producir los efectos queridos por las partes. Sin embargo, siendo un instrumento que refleja una voluntad contractual netamente privada, su conocimiento y efectos solo se van a producir dentro de la esfera jurídica de cada uno de los contratantes.

Hasta aquí, la obligación de entregar el bien por parte del vendedor es la conducta más definida y esperada por el comprador, más si éste ya ha cancelado parte o la totalidad de su precio. En ese sentido, y con el propósito de dar por iniciada su fase de ejecución, nace la

---

<sup>41</sup> Como idea final, “el notariado actúa en el nivel de aplicación del derecho, para lo cual, escucha en forma directa a las partes y documenta los fines lícitos que los particulares pretenden lograr, con la forma jurídica más conveniente y ajustada a la legalidad”: Gonzales Barrón, G. *Derecho Notarial. Temas Actuales*. Ob. Cit., p. 51.

obligación principal y el motivo por el cual se lleva a cabo este contrato: la transferencia del derecho de propiedad.

Esta obligación tiene por finalidad que la entrega del bien quede totalmente perfeccionada, lo que implica que el comprador pueda llamarse propietario en el sentido estricto de la palabra, gozando de cada uno de los atributos reconocidos para este derecho. La manera en la que se ejecuta esta obligación, viene definida por la forma que las partes hayan establecido.

Contestando la primera pregunta ¿cómo lograr notoriedad y publicidad del derecho? , hay que decir que si ya se ha expresado el consentimiento en un contrato, el mismo que ha sido ratificado en la escritura pública, la fase final será su presentación a calificación por el registrador y su inscripción en registro de propiedad correspondiente. Y es que la inscripción será el paso lógico y final en el aseguramiento del derecho, gracias a seguridad jurídica que brinda.

Sin embargo, ¿es la inscripción el camino correcto? Averigüémoslo

Como ya se ha dicho, relacionada a la necesidad social que desempeña el notario al dar certeza y autenticidad a los actos jurídicos a través de la escritura pública, está la necesidad de darles notoriedad y publicidad.

Es aquí donde se origina el Derecho registral cuyo objeto de estudio es el “fenómeno de la publicidad con efectos jurídicos, (...) y como toda rama con pretensiones de autonomía, tiene sus propios principios, (...) referidos a dar fundamentalmente seguridad jurídica” (Amado Ramírez, 2017). Sus principales figuras son el Registro Público y el registrador.

Con la finalidad de impedir transferencias y gravámenes secretos que pudieran afectar intereses de terceros o los derechos de futuros adquirentes, nace el registro; cuya idea original fue la protección de los traspasos de predios y defensa de la propiedad, brindado certeza sobre su condición jurídica a fin de dar dinamismo al comercio. En este sentido, es entendible que uno de los primeros registros, sea el registro de propiedad inmueble<sup>42</sup>.

Bajo estos lineamientos surge la figura del registrador. Definido como un funcionario público cuya atribución es la de calificar los títulos, inscribirlos siempre que cumplan los requisitos formales establecidos por ley, cobrar los derechos registrales prestados por su labor

---

<sup>42</sup> Aunque el origen del registro haya sido la defensa de la propiedad y publicidad de los actos jurídicos que se relacionen con ella; es indiscutible, que actualmente su protección se extiende a todo tipo de actos jurídicos destinados a crear o modificar las situaciones jurídicas de otros derechos. Y es que en la vida de hombre hay más derechos que merecen protección, debido a que son tan importantes en su actuar diario y cotidiano. Derechos como el sucesorio, personales como la separación de patrimonios, reconocimiento de la convivencia, nacimiento de personas jurídicas, gravámenes sobre tractores, etc.

En ese sentido, el artículo 2 de la ley N° 26366 reconoce 4 tipos de registros: a) Registro de Propiedad Inmueble, b) Registro de Bienes Muebles, c) Registro de Personas Naturales, y d) Registro de Personas Jurídicas. Cada uno de estos registros con una finalidad y especificaciones diferentes.

de revisión y expedir certificados. Como puede observarse su función no solo se agota en la calificación e inscripción títulos, es mucho más compleja y amplia.

Al igual que el notario, el registrador, es un profesional del derecho con título universitario, nombrado por concurso público de méritos y que cumple una función pública denominada calificación.

El alcance y rigor de calificación registral varía dependiendo del sistema registral imperante en cada país. En términos generales, la calificación “consiste en el juicio de valor que hace el registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos, para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico, y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma” (García García, 1993, p. 264).

Según lo establecido por el artículo 31 del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante, RGRP), la calificación es:

**Artículo 31.** “La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales.

En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.”

En los términos expresados, la calificación registral es un estudio concienzudo que realiza el registrador sobre la licitud, determinando si el acto, derecho o contrato contenido en el título presentado a su evaluación, es inscribible según las normas legales vigentes, los antecedentes registrales y los distintos principios que informan el sistema registral. En este sentido, podemos hablar de dos momentos, el primero la calificación en sí misma; y el segundo, la inscripción como acto final (Gonzales Barrón, 2016).

Como calificación en sí misma, es un examen técnico-formal sujeto a límites, cuya función es determinar la existencia y legalidad de los títulos. Es técnico, pues la evaluación va dirigida a revisar ciertos aspectos del título formal (instrumento) y del título material (acto o negocio jurídico); y es formal, debido a que busca la adecuación del título a los antecedentes registrales (Gonzales Barrón, 2016). En esta primera fase, el registrador verificará la competencia del notario que autoriza o certifica el título (existe una base de notarios registrados, con sus respectivos sellos y firmas que ayudan a la comparación), la validez y

naturaleza inscribible del acto, la capacidad de los comparecientes respecto a lo que figura en los antecedentes registrales; así como su identidad comparándolos con la base de RENIEC, la adecuación del instrumento o documento con los antecedentes registrales, comprobar si el derecho se ajusta a las disposiciones legales, a veces podrá usar parámetros jurisprudenciales<sup>43</sup>.

El mencionado artículo 31 del RGRP, no solo define la función calificadora, también establece las características que la componen. En ese sentido, comprende una forma personalísima, realizada por la propia persona del registrador de forma exclusiva y excluyente; es decir, que no es una actividad delegable, y siempre respetando los límites de su propia competencia territorial. En forma obligatoria, pues no podrá dejar de cumplirla bajo excusa de oscuridad o silencio de la ley, para ello utilizará parámetros interpretativos de las normas y sus reglamentos, e incluso recurrir a la jurisprudencia vinculante que le ayude en su labor. En forma autónoma e independiente, ya que su criterio calificador de los títulos no se encuentra supeditado ni subordinado más que a la legalidad; por lo tanto, como profesional del derecho deberá aplicar su buen saber y entender del derecho y de su experiencia.

En forma imparcial, la misma que se comprueba a través del principio de rogación; por lo que, el registrador no tiene ningún interés en la inscripción del título. Incluso, si hubiera algún interés particular, el RGRP ha previsto causales de abstención con la finalidad de preservar su imparcialidad; ya que, como segundo y último filtro revisor de la legalidad (en caso la calificación resulte en la inscripción del título), su actuación debe estar libre de toda injerencia, del usuario que solicita la rogatoria, e incluso de él mismo. Y bajo responsabilidad del propio registrador, en el ejercicio de su función se encuentra sujeto a tres tipos de responsabilidad: administrativa, civil y penal.

A toda la actividad antes descrita, es lo que se denomina control de legalidad registral. Ahora bien, respondiendo nuestra última interrogante, ¿es la inscripción el camino correcto? Se debe decir que sí.

En efecto, los principios registrales como pilares que informan un determinado sistema registral, son guía y límite a la actividad registral. Son guía al ser instrumentos que, de forma mediata o inmediata, permitirán alcanzar la publicidad registral y con ella la notoriedad y seguridad estática y dinámica del derecho adquirido. En este escenario se ubica el principio de legalidad, como mecanismo sobre el cual actuará la función calificadora.

---

<sup>43</sup> Los alcances de la actividad calificadora se encuentran regulados en el artículo 32 del RGRP.

En virtud del artículo 2011 del código sustantivo, el alcance de la calificación no sólo abarca verificar que el título cumpla con todas las formalidad exigidas, también verificará que la validez del acto causal y la capacidad de los otorgantes sea acorde a los antecedentes y a los asientos registrales. Gracias a este artículo, el principio de legalidad confluye o se apoya de otros principios tales como, el principio de tracto sucesivo, prioridad excluyente y especialidad, siempre teniendo como meta, lograr que el título con vocación a ser inscrito cumpla con los parámetros legales y registrales, con la finalidad que su labor previa – la calificación – de un producto efectivamente capaz de otorgar seguridad jurídica.

Cuando definimos a la calificación registral, hablamos de dos momentos. Así, siendo la inscripción registral del título el acto positivo y final a toda calificación, los principios que la acompañan son el principio de legitimación, el de fe pública registral y el de oponibilidad. El primero genera certeza en el contenido del asiento y seguridad para el titular registral, el segundo protege al tercero registral de buena fe que contrata en base a lo publicitado en el asiento; y el último, resalta la importancia de la diligencia en la primera y preferente inscripción ante concurrencia de derechos de la misma naturaleza.

He ahí la importancia de la inscripción como acto final, pues desde que se presenta el título a calificación, está sujeto a que converjan en el todos los principios que el sistema registral ha puesto a disposición del registrador, a fin de que sólo logren su inscripción aquellos títulos que coadyuvarán en alcanzar los fines de la publicidad registral: la seguridad estática y dinámica.

**4.3.3. Control judicial.** Los dos controles antes mencionados, actúan siempre que no exista un conflicto de intereses en cual deba dilucidarse o descartar alguna incertidumbre sobre la titularidad de un determinado derecho. Por consiguiente, son controles aplicables para situaciones no contenciosas.

Para aquellas situaciones controversiales, donde es importante que exista un pronunciamiento de un tercero imparcial que las resuelva y le ponga fin al conflicto, se recurrirá a la función jurisdiccional y los controles sobre la legalidad o validez de un determinado acto jurídico o hecho que esté lesionando algún derecho. Esta función jurisdiccional es realizada por el juez, como persona investida de autoridad estatal encargada de administrar justicia y sentenciar siempre teniendo como guía y límite a la Constitución y a

la ley. Asimismo, es ejercida con independencia, libre de cualquier influencia política o económica<sup>44</sup>.

La labor del juez analizada comparativamente con la labor que realiza el registrador, resulta que en ambos casos son el último órgano revisor de la legalidad; no obstante, el registrador es un revisor de los actos jurídicos contenidos en títulos, mediante una evaluación netamente formal basada en la documentación presentada y los antecedentes registrales, mientras que para el juez, el examen que realiza será mucho más profundo, resolviendo el asunto o asuntos controvertidos, solicitando la actuación de medios probatorios que le ayuden en su decisión. En fin, es un examen no solo sobre la forma sino también sobre el fondo<sup>45</sup>.

Sobre el particular, Gonzales Barrón (2016) ha establecido cinco principales y fundamentales diferencias que vale la pena mencionar:

- a. El registrador realiza una evaluación circunscrita al título presentado desde un aspecto formal y extrínseco. Por el contrario, el juez analiza elementos intrínsecos y aspectos sustanciales del acto jurídico (la buena fe, vicios de la voluntad, fraude, etc.) siendo su límite lo peticionado en la demanda.
- b. La actuación del registrador es no contenciosa, pues no esclarece ni dilucida aspectos referidos a titularidades de un bien o de un derecho; en cambio, el juez se centra precisamente en los conflictos de intereses entre dos partes enfrentadas, donde una busca conseguir lo que la otra se niega otorgarle.
- c. El registrador realiza un juicio negativo, ya sea observando o tachando el título, al constatar la existencia de impedimentos o ausencia de los requisitos formales exigidos para la inscripción, y en el caso su evaluación sea positiva no es convalidante si el acto o contrato inscrito es nulo por causales sobrevinientes a su inscripción. A diferencia del juez, que dentro de un proceso sí puede declarar la invalidez o nulidad de acto o contrato pues sus decisiones al estar ajustadas a derecho son convalidantes y causan estado.
- d. El control del registrador está enfocado en la verificación sobre la autenticidad de la documentación contenida en el título. Por el contrario, el juez tiene un amplio margen de decisión sobre medios probatorios presentados por las partes o los que él solicite de oficio en decisión motivada.

---

<sup>44</sup> **Artículo 139.** “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:  
(...)”

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. (...)”

<sup>45</sup> Respecto al acceso a la carrera pública, sus funciones, agentes participantes y etapas de los procesos, no se realizará un examen exhaustivo debido a que no son objeto de análisis del presente trabajo.

- e. A nivel decisorio, se positiva o negativa la inscripción, no genera cosa juzgada; mientras que el juez, con su decisión cierra la controversia y siempre que se cumplan las condiciones exigidas por ley, su sentencia será cosa juzgada.

Dicho esto, a propósito del IX Pleno Casatorio Civil, siguiendo la línea de análisis ya establecida -muy relacionada con el objeto de estudio-, a partir de las conclusiones establecidas en dicho Pleno, se examinará el proceso de Otorgamiento de escritura pública, con la finalidad de observar cómo se aplica la función jurisdiccional -control de legalidad- sobre dicho instrumento.

Dejando de lado el debate que originó el Pleno, y sin pretender entrar mucho a detallar el origen y naturaleza de dicho proceso y figuras como la nulidad no manifiesta y la anulabilidad -por la extensión del tema y no siendo la intención de la autora-, el nivel interpretativo se basará en la forma cómo se analiza el negocio jurídico que se pretende elevar a escritura pública.

La Corte divide en tres partes este control de legalidad<sup>46</sup>:

- i. Juicio de relevancia:** se verifica, que el acto jurídico como centro de intereses que merecen protección reúna la presencia de los requisitos legales para su formación. Esa adecuación permite identificar cuál es tipo contractual celebrado por las partes y subsumirlo en el *nomen iuris* correcto, caso contrario el acto realizado será jurídicamente inexistente.
- ii. Juicio de validez:** una vez que el acto pasa el juicio de relevancia, se verificará que sus elementos constitutivos guarden conformidad con el ordenamiento jurídico. Un análisis que de ser positivo, el negocio será válido; y en caso fuera negativo, será inválido, es decir, nulo.
- iii. Juicio de eficacia:** se comprueba si es acto válido producirá o desencadenará sus efectos jurídicos. Asimismo, se observa si la producción de dichos efectos está sujeta a una condición suspensiva o un plazo que retrasen los mismos de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

Cuando se reflexionaba en nuestro primer capítulo sobre aquel sector minoritario que entendía la importancia de la inscripción, decíamos que ellos habían determinado que la

---

<sup>46</sup> IX Pleno Casatorio, fundamentos jurídicos 21, 22, 23 y 24.

adquisición del bien no solo comprendía la celebración y conclusión del contrato, pues si ellos quería una verdadera protección de su derecho, era imprescindible contar con un documento que a razón de dar seguridad pudiera ser inscrito en el registro correspondiente. En ese sentido, el perfeccionamiento del contrato incluía el otorgamiento de la respectiva escritura pública de compraventa, como parte de una de las obligaciones del transferente (artículo 1549 de código sustantivo). Sin embargo, si ese transferente se oponía o negaba cumplir con dicha obligación, el adquirente se encontraba en todo su derecho de compelerlo al cumplimiento. Esta es la razón por la cual se inicia el proceso bajo comentario.

Para nuestra Corte “por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública se petitiona mutar de la forma de un negocio jurídico, de escritura privada a escritura pública, porque así lo determina la ley o porque así lo ha acordado las partes y en ambos casos siempre que la forma a la que se pretende mutar no constituya una forma solemne, así lo establece el artículo 1412 del Código Civil (...)”<sup>47</sup>.

El **Artículo 1412** dispone:

“Si por mandato de la ley o por convenio de las partes debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”<sup>48</sup>.

Bajo este artículo la posibilidad de poder compelerse funciona siempre que el contrato celebrado sea consensual, es decir, si no existe una formalidad legal o convencional que deba cumplirse bajo sanción de nulidad. El contrato de compraventa calza en este supuesto, pues al ser consensual no necesita más que el consentimiento para su formación; no obstante, en su etapa ejecutiva se encontrarán aquellas obligaciones que le permitan el ejercicio de un derecho real de propiedad pleno sobre el bien.

Esto es así debido a la misma redacción del artículo 949 -ya analizado- que en su parte final nos habla de “una disposición legal diferente o pacto en contrario”. Esta disposición legal diferente es el artículo 1549, que reconoce como principal obligación del vendedor la de perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien objeto de la pretensión. Su perfeccionamiento es precisamente la elevación a escritura con la finalidad de llevarla a su debida inscripción.

---

<sup>47</sup> IX Pleno Casatorio Civil, fundamento jurídico 15.

<sup>48</sup> Simplemente para hacer referencia que la palabra “forma” debe ser entendida como “formalidad”, que para el caso en concreto es la escritura pública.

Por consiguiente, gracias a la aplicación de ambos artículos (1549 y 1412) se da pie a este proceso, sobre el cual el juez aplicará el control de legalidad. Ahora bien, una de las conclusiones decisorias del Pleno que resulta muy importante, es la decisión segunda, la misma que constituye precedente vinculante y que se transcribe a continuación:

“En un proceso de otorgamiento de escritura pública el **Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes** en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública”<sup>49</sup> (cursiva y negrita de la autora).

A modo personal, lo decidido por la Corte tiene mucha concordancia con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, que le faculta al juez para realizar un juicio de validez a fin de verificar que el acto bajo examen no se encuentre subsumido en alguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 219 del Código Civil. La peculiaridad de esta disposición es que dicha nulidad podrá ser declarada de oficio, siempre que se trate de una nulidad manifiesta.

La nulidad manifiesta es aquella que resulta evidente del examen practicado al propio acto o que se infiere de algún otro elemento de prueba incorporado en el proceso. Su finalidad es la protección de intereses generales, del ordenamiento, las normas imperativas, la moral y las buenas costumbres<sup>50</sup>. Lo importante es que el juez si al examinar el acto jurídico evidencia la falta de alguno de sus elementos constitutivos, debe declarar la nulidad manifiesta, sin importar si las partes la han invocado o alegado o incluso si no forma parte del petitorio; pues si bien el principio de congruencia procesal exige identidad entre los hechos alegados y probados por las partes y lo resuelto por él en su sentencia, esta declaración *ex officio* actúa como excepción a dicho principio.

En suma, el sentido de esta declaración es justamente evitar perturbaciones o alteraciones que puedan resultar irremediables, destruyendo todos aquellos efectos que se pudieran haber producido por el acto nulo. El juez debe buscar el retorno de las cosas al estado en el que

---

<sup>49</sup> IX Pleno Casatorio Civil, fundamento jurídico 64.

<sup>50</sup> IX Pleno Casatorio Civil, fundamento jurídico 41.

estaban antes del acto lesivo, mucho más si se trata de contratos cuya finalidad es modificar la titularidad o atribuir un derecho a alguien, como en el caso del contrato de compraventa. Además, hay que tener en cuenta que este juicio de validez es sumamente necesario, pues si la demanda se declara fundada contendrá un mandato judicial al cual se encontrarán sujetos a su cumplimiento tanto el notario, al extender el instrumento público, como el registrador al inscribirlo.

La facultad de advertir y declarar *ex officio* esta nulidad manifiesta, es precisamente la forma que tiene el juez de controlar la legalidad de actos jurídicos sometidos a su evaluación, y él como director del proceso no puede dejar de lado o dejar de observar aquello que puede perjudicar al interés general y a las normas imperativas. Más aun, teniendo en cuenta que el la finalidad mediata de las partes al iniciar este proceso, es lograr la obtención de un título que al ser inscrito despliegue la protección de los principios registrales como la legitimación, oponibilidad y fe pública registral asegurando así el amparo del sistema frente a cualquier amenaza.

Dicho esto, ¿qué pasa con aquella minoría que aún no ve la importancia del instrumento público y de la inscripción registral? Así como el artículo 949 nos habla de una “disposición legal diferente”, nos habla también de un “salvo pacto en contrario”. Esta expresión hace referencia a los pactos convencionales en virtud de los cuales las partes determinan la forma y formalidad del acto jurídico a celebrar. Para estos casos, no sería aplicable nuestro artículo 1412; sin embargo, sí resultaría de gran importancia el artículo 1411, el que será analizado en el acápite subsiguiente.

## **5. Una forma solemne voluntaria**

**5.1. La manifestación de voluntad.** El hombre como ser humano, es sujeto de derechos, libertades y obligaciones que el Estado en su rol garantista y protector, ha tenido a bien reconocer con la finalidad de que pueda desarrollarse y alcanzar los fines a los que está llamado. Uno de esos fines es su desarrollo en comunidad, pues como ser social el hombre no se basta ni agota en sí mismo, está en constante comunicación con otros individuos creando, modificando y/o extinguiendo relaciones particulares con relevancia jurídica. De estas relaciones jurídicas nacen derechos y obligaciones que atribuyen o modifican titularidades. Derechos y obligaciones, como cara y sello de una misma moneda cuyo destinatario es la persona.

El origen de estas relaciones con relevancia jurídica, es la voluntad libremente expresada destinada a actuar hacia el exterior. Para que esta voluntad tenga importancia jurídica requiere, en primer lugar, *libertad*. El hombre es un ser libre y su libertad se transcribe en pensamientos, aspiraciones, decisiones y actos. Sin embargo, esta libertad como parte interna de la persona, no alcanza cuotas o cualidades suficientes para proyectarse por sí misma en la realidad. Ahí se da el segundo requisito: su manifestación (Torres Vásquez, 2015).

En efecto, el hombre en su actuar diario deja una huella de su paso por el mundo. Es una huella de su libertad reflejada en cualquiera de sus aspectos, ya sea en el arte, la música, la religión y por qué no en el derecho. De este modo, esta libertad abarca todo su actuar, pero el sentido real se encuentra en su manifestación o exteriorización.

La manifestación del querer interno, es el eje del acto jurídico a través del cual los particulares regulan sus propios intereses y sus relaciones con otros. El pensamiento como tal no tiene relevancia para el derecho. Es la voluntad como expresión de libertad, la que crea derechos y obligaciones; y en nuestro caso de estudio lo que concluye al contrato de compraventa, haciendo que en su etapa de ejecución nazca la obligación del vendedor de transferir el bien y la obligación del comprador de pagar el precio estipulado.

Pero cuando hablamos de expresión de la voluntad, no nos referimos a cualquier clase de voluntad, sino a aquella que es necesaria para el Derecho, aquella que tiene relevancia jurídica por ser vinculante y obligatoria entre las partes.

En consecuencia, la manifestación de voluntad es la forma en la que acto humano de tenor jurídico se expresa. Este acto humano es el acto jurídico, que como herramienta de libertad humana tiene su origen en la voluntad orientada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Es expresión de libertad de tal manera que “las personas son libres de decidir si, en qué modo, en qué medida, dónde y cuándo serán afectadas en sus esferas jurídicas por el acto jurídico” (Torres Vásquez, 2015).

A esta expresión de la voluntad jurídica es la que se denomina autonomía de la voluntad privada.

**5.2. La autonomía de la voluntad privada.** El acto de comunicación del hombre, como reflejo de su pensamiento, es libre. Esta libertad tiene diferentes formas de manifestarse y una de sus principales manifestaciones es en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, aquí es donde se desarrolla el principio de autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad es la capacidad que tienen las personas para autorregularse o autorreglamentarse, es decir, la facultad de darse normas a sí mismas. Será privada cuando,

dicha autorreglamentación esté orientada a ordenar sus propias relaciones jurídicas. Por lo tanto, la autonomía de la voluntad privada, es la soberanía que tiene el individuo para regular su propia esfera jurídica convirtiendo sus actos jurídicos en actos “libres, eficaces, vinculantes y preceptivos” (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 1989, p. 373).

Al respecto el Tribunal Constitucional, reconoce que la autonomía de la voluntad privada “se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular”<sup>51</sup>.

En tal sentido, este principio tiene origen en la imposibilidad fáctica del Estado para regular todas las conductas humanas de relevancia jurídica; por ello, otorga a las personas esta prerrogativa, entendida como el poder que el Estado le reconoce a los particulares para regular sus propios intereses bajo los estándares fijados por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, para que la libertad no sea dominación de una parte sobre otra, debe darse entre iguales. Solo la libertad en igualdad de oportunidades permite el respeto a la otra parte contratante, respeto que le dejará ejercer sus derechos y al mismo tiempo tener en consideración los derechos de los demás. Pero, no es suficiente igualar las oportunidades; pues la libertad no se logra por sí misma, sino que necesita la ayuda de un ente regulador que encamine legalmente su actuar y contenido en el marco de las relaciones privadas. El Estado cumple esta acción interventora y reguladora, dando base y solidez a la voluntad privada, creando condiciones efectivas para que la simetría de posibilidades sea para todos.

Ahora bien, el Estado liberal que le dio origen a este principio, donde los particulares eran libres de celebrar sus contratos como querían, estableciendo el contenido y cláusulas que deseaban, sin importar si eran lesivas o vejatorias de los derechos de la otra parte contratante y del orden público; ha quedado atrás, siendo reemplazado por el Estado Constitucional de Derecho<sup>52</sup>, donde a pesar de existir primacía de la voluntad privada en la contratación, el Estado impone respeto a las normas imperativas como base de la igualdad de oportunidades. Por este motivo, se trata de un principio dinámico, pues varía según el contenido y los parámetros político-jurídicos establecidos en cada ordenamiento. Estos parámetros son los

---

<sup>51</sup> Exp. N° 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, fundamento jurídico 44.

<sup>52</sup> “El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley”. (Exp. N° 00008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 12).

que van a definir sus límites, que esencialmente son la constitución, las leyes imperativas, el orden público y algunas veces la costumbre.

Bajo esta libertad, las personas deciden con si contratan, con quién contratar y determinan el contenido y forma que tendrá el contrato, siempre teniendo como límite a la ley. Una vez que se alcanza esta libertad en igualdad de oportunidades, se puede hablar de autonomía de la voluntad privada.

Es por ello, que este principio tiene un doble enfoque. Un enfoque constitucional, al reconocer como derechos fundamentales de la persona el derecho: a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden”, a que “la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado” y a que la “libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar según las normas vigentes al tiempo del contrato<sup>53</sup>”. Y un enfoque civil, en virtud del cual “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres” y “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.<sup>54</sup> Las normas mencionadas, son solo una muestra de cómo se ha recogido este principio y de la importancia que tiene en nuestro ordenamiento.

En consecuencia, esta autorregulación se materializa en la potestad de las partes para celebrar actos entre sí, cuyos efectos están destinados a la creación, modificación o extinción de su condición jurídica patrimonial y personal. El instrumento por excelencia que traduce esta voluntad jurídica es el contrato.

Ahora bien, relacionado a este principio está el principio del consensualismo. En virtud de éste, el consentimiento de las partes determina el nacimiento del contrato; y al mismo tiempo, fija la forma a través de la cual se expresará la voluntad jurídica negocial. El alcance de dicha voluntad y su habilidad para crear vínculos jurídicos, en principio, es el único requisito necesario para la formación del contrato.

Así expuesto, el principio del consensualismo tiene una conexión importante con la autonomía de la voluntad privada, pues la voluntad es la base de todo el engranaje contractual, ella determina la conclusión y efectos de un contrato y la elección de su forma. “La voluntad todopoderosa y autosuficiente basta para ser fuente y medida de los derechos y obligaciones contractuales” (López Santa María, 2005, p. 252). Como fuente y medida, implica que el formalismo es una excepción a su nacimiento como principio, excepción que

---

<sup>53</sup> Artículos 2 inc. 14, 58 y 62 de la Constitución Política del Perú, respectivamente.

<sup>54</sup> Artículo V del Título Preliminar y artículo 1354 del Código Civil, respectivamente.

en ningún caso será ausencia o falta de forma. Como consecuencia directa de ambos principios, nace el principio de libertad de forma.

Siendo el consensualismo una máxima del derecho privado, que comprende al contrato entendido como manifestación de voluntad. Al ser esta voluntad reflejo directo del pensamiento humano y de su libertad, necesita obligatoriamente una forma sobre la cual expresar su existencia y visibilidad en la realidad. En tal sentido, si bien hay una primacía de la voluntad como base formadora del contrato, hay una necesidad mayor de que dicha voluntad tome una forma determinada.

La importancia del consensualismo radica en la misma autonomía de la voluntad. Autonomía que comprende dos tipos de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Ambas con carácter derivativo de dicho principio.

#### a. Libertad de contratar.

En su sentido positivo implica la facultad de poder celebrar contratos; y en su aspecto negativo, derecho a que no se le imponga al contratante la obligación de celebrar un contrato en específico. Asimismo, involucra la posibilidad de escoger con quién contratar.

Se encuentra expresamente regulada en el artículo 1352 del código sustantivo<sup>55</sup>. En virtud de este artículo, esta libertad; también denominada libertad de conclusión, se manifiesta en el consentimiento, siendo su elemento característico, sin el cual no existe un contrato; y que a la vez debe ser libremente expresado, sin vicios de la voluntad<sup>56</sup>. El consentimiento, etimológicamente hablando, es *sentire-cum* o mejor dicho sentir común (Real Academia Española, 2014).

Para De la Puente y Lavallo (2007), “el consentimiento es la integración de las voluntades de las partes para dar lugar a un acto jurídico unitario, de manera tal que el contrato es el resultado de esa integración. En la medida que las declaraciones de voluntad de cada parte conserven su individualidad y no lleguen a fusionarse, a convertirse en una declaración propia del contrato, no se habrá formado éste” (p. 100). En palabras propias, es la conjunción de

<sup>55</sup> **Artículo 1352.** “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

<sup>56</sup> A modo de ejemplo, citando algunos artículos del Código Civil:

**Artículo 163.** “El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. (...)”.

**Artículo 219.** “El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. (...)”.

**Artículo 1361.** “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde **a la voluntad común de las partes** y quien niegue esa coincidencia debe probarla” (negrita y subrayado de la autora).

voluntades declaradas que deben ser igualmente coincidentes, y que al ser expresadas en igualdad de condiciones confluyen en una sola voluntad común.

Así expresada, esta libertad es la posibilidad de elegir cómo, cuándo y con quién se contrata e implica la libertad de escoger al otro contratante.

#### **b. Libertad contractual:**

Es la potestad que tienen los contratantes para determinar el contenido y la forma del contrato.

Para poder determinar su contenido, se deja a libre iniciativa de los contratantes su regulación, impidiendo que se impongan cláusulas que no hayan sido convenidas por ellos. Pero esta facultad va más allá de elegir el tipo y contenido contractual, pues la autorregulación implica que su contenido sea un medio que satisfaga una necesidad inmediata y personal de las partes, siempre dentro de los límites establecidos por el ordenamiento. Se encuentra recogida en los artículos 1354 y 1355 del Código Civil<sup>57</sup>.

Para De la Puente y Lavalle (2007), el fundamento del artículo 1354 está en la misma autonomía, entendida como soberanía relativa de la voluntad, cuya fuente de validez es la ley que la encausa y limita. Y es que cuando el estado otorgó el poder a los particulares de regular sus propios intereses y relaciones jurídicas, les dio también la facultad de tener control sobre los efectos que iban a producir estas relaciones contractuales. En ese sentido, comprendió que al ser estas relaciones creadoras (modificadoras o extintoras) de derechos subjetivos, los efectos en sí, sólo iban a producirse en la propia esfera interna de las partes contratantes; por lo que, resultaba lógico que sean ellas las que determinen su contenido al ser las afectadas directamente. Es así como, el ordenamiento jurídico les confía esta prerrogativa.

Sin embargo, como poder delegado, es preciso que tenga límites a su configuración y ejercicio. En primer grado, están las normas de carácter imperativo, imponiendo a los particulares una conducta determinada o impidiendo que actúen de una manera en específico (De la Puente y Lavalle, 2007).

En segundo y tercer grado, el orden público y las buenas costumbres, que si bien no se leen expresamente de los mencionados artículos, es derivativo del artículo V del Título preliminar del código sustantivo, pues al ser el contrato un acto jurídico se le hace extensiva

---

<sup>57</sup> **Artículo 1354.** “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

**Artículo 1355.** “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

esta regla. El orden público, deber ser entendido como norma que vela por la protección del ordenamiento jurídico y la tutela a los intereses generales de la comunidad. En cuanto a las buenas costumbres, siempre estudiada como regla moral que guía el actuar de la sociedad y la conciencia humana, haciendo a un acto reprochable o no (De la Puente y Lavalle, 2007).

Como continúa el autor citado, el artículo 1355 reafirma el rol tutelar e intervencionista del Estado, creando una regla de restricción; acortando la actuación de los particulares, con la finalidad que no transgredan principios que el ordenamiento tutela. Crea reglas e impone límites que van dirigidos a impedir que los particulares, haciendo uso de su libertad, desvirtúen el tipo y contenido contractual. Si bien, los contratantes pueden moldear el contrato de tal forma que se ajuste a sus intereses, no significa manipulación de su tipo original y cláusulas, a tal punto de llegar a su desnaturalización.

Hasta aquí, la libertad de contratar y la libertad de determinar el contenido contractual caminan juntas, pues ambas no pueden ser ejercidas a libre albedrío de los contratantes, sino dentro los cauces establecidos por el Estado. Es una acción conjunta, que por un lado entraña, la potestad de las partes para elegir la celebración del contrato, a sus cocontratantes y el contenido contractual; y por otro lado, la gestión del Estado limitando dicha libertad, adecuándola a los cauces establecidos.

Como consecuencia directa de la autorregulación en el contenido del contrato, se da la libertad de elegir la forma, expresada a través del principio de libertad de formas. Este principio, tal y como se comentó en el capítulo primero, está consagrado en el artículo 143 del código civil, cuyo postulado base es la independencia de las partes para elegir una forma para la celebración del acto jurídico, siempre que la ley no establezca una forma específica mediante la cual se deba celebrar dicho acto. Por consiguiente, este artículo es un indicador de que “un acto jurídico puede formarse válidamente cualquiera sea la forma empleada (...), para la manifestación de la voluntad, con tal que sea idónea para un efectiva comunicación social” (Torres Vásquez, 2015, p. 386-387).

En virtud de este principio se confirma la excepción al formalismo, donde la voluntad de las partes tiene pleno y efectivo reinado debido al consensualismo. Gracias a éste último, la manifestación de voluntad es la vía mediante la cual nace el contrato, y el formalismo, como excepción, exigiría una formalidad especial para su perfeccionamiento y validez. Sin embargo, pese a su carácter excepcional, el formalismo no es ausencia de formas.

La forma, es entendida como medio que ayuda a exteriorizar la voluntad jurídica, haciendo visible al acto permitiendo que sea conocida por los demás. Por lo tanto, su ausencia conlleva a su inexistencia; pues lo relevante para el derecho es la exteriorización del

pensamiento, es a lo que el derecho le da protección y vigencia jurídica. Su fundamento es ser la existencia del acto, y por ende, del contrato. Como elemento estructural del mismo, la forma es el continente y el acto (contrato) su contenido; así pues, la forma es su figura externa, la manera como se presenta y comunica socialmente. Por lo tanto, para López de Zavalía (1997), si el contrato es la obra del hombre convertida en ley individual, su contenido es lo prescrito; y la forma, como se prescribe.

Al exigirse una forma para la exteriorización de la voluntad negocial, se habla consecuentemente de su formalidad; sin que por ello, ambos términos signifiquen lo mismo. La forma es el medio concreto de manifestación de la voluntad, es su visibilidad, mientras que la formalidad, es el modo previsto por la ley o la voluntad de las partes, para que el acto exista válidamente; en otras palabras, es el rito o solemnidad legal o voluntaria que debe revestir el acto para ser válido o para ser prueba del mismo.

El establecimiento de la forma ha dado lugar a que, tanto legislativa como doctrinalmente, se hable de contratos formales y no formales. El criterio de diferenciación entre uno u otro no viene dado por la falta o no de forma; sino que, en los contratos formales, la forma viene impuesta por ley; y en los contratos no formales, prima la libre elección de la misma. Como puede observarse, en ambos casos la exteriorización de la voluntad se realiza a través de una forma; ya sea ésta, por ley o por la voluntad de las partes.

**5.3. La forma solemne voluntaria .** Como se ha visto, es a raíz del intercambio de bienes y de la exigencia en la fluidez, de la celeridad y la libertad en la contratación; surge el principio del consensualismo, que respondiendo a dichas exigencias supone simplicidad y flexibilidad en las formas contractuales, constituyéndose como un beneficio para los particulares. En su origen, se determina como consensualismo puro, entendiendo que el solo consentimiento basta para la formación y perfeccionamiento del contrato. Siendo ésta, la regla recogida por el legislador peruano en artículo 1352 del código sustantivo<sup>58</sup>.

Si bien este artículo reglamenta que el consentimiento *perfecciona* un contrato, aceptar este precepto sin mayores precisiones, es lo que ha llevado a tener la falsa idea que el contrato de compraventa de bienes inmuebles, por la mera consensualidad transfiere el derecho real de propiedad.

---

<sup>58</sup> **Artículo 1352.** “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.”

A lo largo de este trabajo, ha quedado claro que este contrato es consensual y libre de formalismos; permitiendo que la declaración conjunta de voluntad libremente expresada, le de vida en el mundo jurídico. Por consiguiente, sus efectos -a simple literalidad del artículo 1529- son obligacionales, pues en él solo se describe las obligaciones que tanto el comprador como el vendedor deben cumplir, con la finalidad que este contrato genere los efectos queridos por ellos.

Siguiendo esta apreciación, ¿cómo es posible que aún se siga pensando que la compraventa de bien inmueble transfiere la propiedad? Creo, que gran parte del problema es la interpretación aislada que se le da a los diferentes artículos que norman y establecen sus características y procedimiento. Expliquemos.

Bien es sabido, este contrato en líneas generales, es un acuerdo de voluntades para crear y regular una relación jurídica de contenido patrimonial. Como acuerdo de voluntades, es un consentimiento (un sentir común), que requiere ser totalmente idéntico tanto en su formación como en su conclusión. Esta igualdad permite su perfecta integración, creando una voluntad común que deberá ser declarada y encaminada a la celebración de un contrato.

En ese sentido, esta voluntad antes de ser conjunta, es individual; pues inicia como parte del pensamiento o fuero interno de las partes, a través de la concurrencia del discernimiento (juicio de valoración sobre algo), intención (querer dirigido hacia un fin) y libertad (ausencia de coacción) (De la Puente y Lavalle, 2007). Empero, esta voluntad interna no es importante para el derecho, puesto que solo la conoce su pensador, y para adquirir relevancia jurídica necesita ser exteriorizada. Una vez exteriorizada, habrá dado el paso final para su existencia legal.

Sucedrán ocasiones, por no decir casi siempre, que el querer interno de las partes no coincida. El comprador querrá la propiedad del bien y el vendedor buscará el pago del precio pactado; sin embargo, es importante que ambos estén de acuerdo en celebrar el contrato, dado que sólo a través de él lograrán sus propias intenciones (efectos). Lo primordial es que estén seguros y convencidos de celebrar el contrato, en este punto sí debe haber concordancia absoluta. Al querer lo mismo, su voluntad es común por tener el mismo contenido. Y al ser común, su declaración va destinada a crear una relación jurídica de carácter patrimonial.

Ahora bien, en la celebración o formación del contrato es esencial distinguir entre conclusión y perfeccionamiento. La conclusión, como parte final de la celebración, es la unión de voluntades declaradas, o sea del consentimiento. Desde que la voluntad común es aceptada, conocida, interiorizada y manifestada por cada una de las partes y viceversa, se da por concluido el contrato. En cambio, el perfeccionamiento, es la oportunidad en la que el

contrato ya concluido, produce los efectos deseados; es decir, crea y regula una relación jurídica obligacional (De la Puente y Lavalle, 2007).

Asimismo, la formación del contrato se da con la manifestación del consentimiento, es decir, con la manifestación de la voluntad común, que podrán ser inicialmente iguales u originalmente opuestas; por lo que, tendrán que ser conciliadas, pero que en ambos casos necesitan ser exteriorizadas. En la conclusión, existirá una única e idéntica declaración de voluntad, quedando el contrato terminado. El perfeccionamiento, es la ocasión en la que el contrato válidamente concluido, es apto para generar los efectos jurídicos perseguidos con su celebración.

Así, la conclusión lleva aparejada el perfeccionamiento, siendo hechos que suceden de forma automática e instantánea -en el mismo momento-, salvo que existan pactos o condiciones que retrasen o pospongan la producción de los efectos (perfeccionamiento)<sup>59</sup>. Sin importar el momento en el que se den, hay que tener muy clara esta distinción.

Y eso es lo que refleja el artículo bajo comentario, una regla o escenario ideal en la que conclusión y perfeccionamiento se dan a la par, siendo los pactos y condiciones, excepciones de carácter voluntario que modifican el curso normal de su formación. Así explicado, lo que el legislador denomina perfeccionamiento, no es más que la conclusión del contrato, el mismo que quedará configurado por la libre expresión de la voluntad común, es decir, el consentimiento.

Hasta aquí, ya tenemos un consentimiento válidamente expresado a través de un contrato, listo para crear y regular una relación jurídica patrimonial. Crea, en el sentido que satisface las necesidades de los contratantes; y regula, cuando establece los alcances que tendrá el contenido contractual.

De esta forma, la relación jurídica como nexo que unifica la voluntad común, es un vínculo jurídico entre dos o más personas, orientado a regular una conducta o un acto correspondiente al ámbito social del hombre (De la Puente y Lavalle, 2007). Está conformada por dos sujetos, el activo, que es el acreedor del derecho; y el pasivo, que es el deudor. Entre ellos se forma un nexo jurídico, siendo así como nace un derecho obligacional creando un deber entre ambos. Sin embargo, ¿qué implica este deber u obligación?

Según lo dispuesto por el artículo 1402 de la norma sustantiva, esta obligación es el objeto del contrato, el mismo que se alcanza solo cuando nace la relación jurídica. El objeto es la

---

<sup>59</sup> Pactos como el que recoge el artículo 1544 (determinación del precio por un tercero designado o a designarse) o condiciones como la establecida en el artículo 1572 (la compraventa a prueba, produce sus efectos siempre que el bien cumpla con los requisitos específicos para los que está destinado). Ambos artículos pertenecen al código civil.

obligación misma, que en el caso de la compraventa es la realización de la conducta patrimonialmente estimada por parte de vendedor (deudor); y el pago del precio pactado, por el comprador (acreedor). En ese sentido, el objeto contractual es un conjunto de obligaciones que unen a los contratantes, siendo éstas fuente del mismo. A su vez, esta obligación tiene un contenido, conformado por una prestación cuyo objeto son los bienes, y en otras ocasiones servicios (contrato de obra) (De la Puente y Lavalle, 2007). Y es que esta obligación no puede estar vacía, sino abocada a un fin, y para el contrato de compraventa dicho fin es la adquisición de un bien.

En efecto, la creación de estas obligaciones es lo fundamental del contrato, la razón por la que se da el consentimiento y que viene a determinar su formación y conclusión: naciendo un contrato de compraventa perfecto, es decir válido. Una vez que se crea esa obligación o relación obligacional, el contrato deja de existir por cumplir su cometido. Y al ser válido, no queda más que ejecutar el contenido de dichas obligaciones, ejecutar la prestación.

En la compraventa, la prestación son acciones a las que voluntariamente se han sujetado los contratantes, como se ha dicho, para el vendedor es la realización de la conducta patrimonial (transferir el bien); y para el comprador es el pago del precio pactado. La ejecución de ambas es a lo que se denomina perfeccionamiento del contrato. Esta etapa ejecutiva es la que cierra el círculo obligacional de adquisición, viniendo a determinar sus efectos, a los que se da cumplimiento según los términos contemplados en él.

En definitiva, el contrato de compraventa es consensual con una prestación de contenido real (adquisición del bien) y un objeto de carácter originariamente obligacional. La manera en la que se ejecuta y adquiere el derecho de propiedad, es a través del modo establecido por el artículo 949, o sea, a través de la obligación de enajenar. Esta obligación, implica la realización de todos aquellos actos destinados a que el futuro adquirente se repute propietario del bien, a conseguir que el derecho real transmitido tenga todas sus notas características, utilidad o aprovechamiento, persecutoriedad y reivindicación del bien, y oponibilidad ante terceros.

En conclusión, la raíz del problema no es el consensualismo que rige para este tipo contractual, sino la forma en la que se interpretan los preceptos legales. Y es que, su análisis debe ser sistemático, empezando por su definición como un acuerdo de voluntades para crear una relación jurídica patrimonial (artículo 1351), relación que sólo puede darse entre personas, un acreedor y un deudor, y de las que sólo nacen obligaciones (artículo 1402) cuyo contenido es la ejecución de la prestación -la obligación de transferir la propiedad y el pago

del precio- (artículo 1529), finalizando en el modo de transmitir el derecho de propiedad (artículo 949).

La obligación nacida del contrato de compraventa, no tiene en sí misma la facultad de producir la transferencia de propiedad, pues como obligación solo puede ser ejecutada por su deudor. El efecto traslativo se lo da el modo establecido para adquirirla, dándole a esa obligación la nota traslativa de la que carecía cuando nació. Así, aunque sea este contrato el más utilizado para dar circulación a los bienes, sólo genera obligaciones que poseerán trascendencia real gracias al reconocimiento y la manera de ejecutar la obligación de enajenar, que bien interpretada llevará a la transmisión misma del derecho real de propiedad inmueble (De la Puente y Lavalle, 2007).

En ese sentido, no es la sola y simple obligación de enajenar la que transfiere el bien, sino que es la actuación del deudor (vendedor), que bien encaminada permite satisfactoriamente el traspaso a su acreedor (comprador). Esta obligación se encuentra acompañada de algo más, y ese algo más es lo que terminaría por configurar el nacimiento del derecho real de propiedad.

La propiedad responde a un sentimiento de apropiación, de poder llamar algo como mío y consecuentemente de poder excluirlo de los demás. Esa es la nota distintiva del derecho real con el derecho de obligaciones. El primero resuelve una cuestión de atribución sobre las cosas, y el segundo, contempla un acto de cooperación entre las partes en el intercambio de bienes (Gonzales Barrón, 2002).

Igualmente, el contrato como acto de cooperación ayudará a crear las condiciones necesarias para alcanzar tal fin; a eso viene referida la obligación de enajenar, a aquel comportamiento ajeno y debido del deudor destinado a hacer mío el bien. He aquí la función social del contrato de compraventa, ayudando al nacimiento de obligaciones que darán al acreedor un poder mediato, que será garantizado por la actividad del deudor en la ejecución de sus deberes ejercitados sólo frente a aquel.

En consecuencia, este contrato es la primera parte en el mecanismo comercial de bienes apoyando en la determinación de las partes, del bien y el precio que tendrá; colaborando y delimitando el contenido de la voluntad negocial y definiendo el contorno y alcance de sus obligaciones y efectos. La obligación de enajenar implica un conocimiento y deber sólo entre las partes, conocimiento que me hace propietario en un sentido relativo, y que por ese motivo le falta algo más - su inscripción - para ser pleno y sostenible en el tiempo.

Por tal razón, particularmente, aun cuando el consensualismo sigue inspirando las bases contractuales, a la luz de los acontecimientos actuales; ha ido perdiendo aplicación en el contrato de compraventa debido a la importancia de su prestación, generando la necesidad de

aplicar herramientas más eficaces que el solo consentimiento de los contratantes. Una de esas herramientas es la escritura pública, que cobra una gran importancia en el *iter contractual* y que ayudará a cerrar el círculo de transferencia, pues como título válido permite su acceso al registro público a fin de conseguir la tan ansiada seguridad jurídica.

Sin embargo, en nuestro sistema esta formalidad pública no es obligatoria, y pese a los beneficios que otorga se concibe como voluntaria. Por lo tanto, ¿cómo lograr que en su consensualidad, el contrato de compraventa de bienes inmuebles tenga una formalidad voluntaria solemne o *ad solemnitatem*? ¿Bajo qué lineamientos dicha formalidad sería consustancial a este contrato?

Aquí cobra importancia el artículo 1411 del código civil y la forma voluntaria en él recogida.

**5.3.1. En el derecho comparado.** Es importante observar cómo la doctrina comparada reconoce o recoge la forma voluntaria y qué tratamiento le da legislativa o doctrinariamente. Para ello, se analizarán dos casos contrapuestos.

#### **i. Derecho Italiano**

En el ordenamiento italiano, encontramos un artículo que resulta ser inspiración directa de nuestro artículo 1411 -sobre el cual se ahondará más adelante. Se trata del artículo 1352 del Código Civil italiano, cuyo contenido prescribe -en términos generales- una presunción de validez del acto, siempre que la forma del pacto convenido por las partes sea por escrito.

Este artículo, según Messineo (2007), viene a resolver la problemática planteada entorno a la naturaleza de la forma voluntaria, esclareciendo que tal forma es para la validez del acto, caso contrario será prueba del mismo. Asimismo, este pacto escrito no tiene calidad de pacto preliminar, pues no obliga a la celebración del contrato, sino sólo a la observancia de una determinada forma para su exteriorización. Su forma escrita permite conocer o remitirnos a la voluntad efectiva de las partes en el momento de la contratación; por lo tanto, si en la interpretación de dicha voluntad se establece que la forma es con fin limitativo de prueba, la presunción de validez quedará destruida.

De esta manera, se recoge una presunción *iuris tantum* haciendo depender de la omisión de la forma la validez del acto, contrario sensu, será probatoria del mismo. Esta presunción ayuda en la interpretación de la voluntad contractual actuando como condición *sine qua non* del acto, siempre que conste por escrito. Sobre la formalidad, dicho artículo solo hace

referencia a una determinada forma escrita, dejando a libre elección de las partes si es a través de una escritura privada o pública.

El artículo 1411 del código sustantivo estableciendo una fórmula idéntica a la prevista por el legislador italiano, recoge y establece en nuestro ordenamiento la forma voluntaria, aplicable a aquellos contratos que no requieren una forma determinada para la manifestación de la voluntad negocial, dándole un carácter solemne al pacto convenido, siempre que éste sea por escrito, actuando como requisito de validez del acto.

## ii. Derecho Chileno

A nivel latinoamericano, otro ordenamiento que recoge esta forma voluntaria es el ordenamiento chileno, que si bien no tiene regulada una norma legal equivalente a la ya mencionada, sigue el esquema básico descrito para este tipo de forma. Según Martinic Galetovic y Reveco Urzúa (2005), a diferencia del caso italiano, la doctrina chilena le atribuye al pacto voluntario un carácter probatorio, pues frente al vacío legislativo y a falta de un mejor criterio interpretativo se establece por regla general que dicha forma es en función limitativa de prueba del acto.

Como continúan los autores, son dos las razones para llegar a dicha conclusión: la primera, parte de la base que al ser una formalidad nacida en una relación contractual (pacto) consensual, es un elemento accidental del acto, pudiendo las partes renunciar a su cumplimiento siendo fácilmente derogadas por ellas mismas por ser originarias de su propia voluntad negocial. La segunda nace como consecuencia de esta primera razón, de modo que, siendo accidental, su inobservancia no es considerada como un vicio que acarree la nulidad del acto; puesto que, solo el legislador puede imponer la máxima sanción reservada para un acto jurídico.

Al respecto, la conclusión arribada por la doctrina chilena tiene sentido, toda vez que las nulidades son mecanismos de orden público que el legislador establece en protección de intereses generales, quedando fuera del ámbito dispositivo de las partes. Por ese motivo, al no tener una regla *ope legis* que ampare o que imponga una presunción de validez del acto, como en el caso italiano, se opta por su valor probatorio resultando válido el pacto celebrado sin revestir la forma establecida voluntariamente.

**5.3.2. En el derecho nacional.** Siendo el mundo contractual un mundo netamente transaccional, es lógico que habrán ciertas operaciones que necesiten ser desarrolladas con agilidad, facilitando y reduciendo sus costos comerciales en el mercado, conviniendo que la

libertad de forma sea la más idónea para tal fin. Sin embargo, el contrato como acto de cooperación, también debe proyectar y asegurar los negocios siendo necesario recurrir a figuras formales. De ahí que el derecho contractual y la libertad de formas, convivan en un mismo escenario jurídico, donde la forma encausa tanto al contenido como a la libertad contractual.

En este escenario, ¿cómo lograr que en su consensualidad, el contrato de compraventa de bienes inmuebles, sea una formalidad voluntaria solemne o *ad solemnitatem*? ¿Bajo qué lineamientos sería consustancial a este contrato?

La respuesta es el artículo 1411<sup>60</sup>. Expliquemos:

Para Leyva Saavedra (2008), el artículo 1411 contiene dos formulaciones. La primera, que reconoce implícitamente el poder de la autonomía contractual para influir en el contenido del contrato; y la segunda, que expresamente señala que ante la duda sobre la esencia de la forma convenida por las partes, ésta es de validez del acto jurídico.

La forma contenida en este artículo es voluntaria, puesto que su origen es precisamente la autonomía privada de las partes, en base a la cual se ha pactado anticipadamente una determinada forma para el nacimiento del contrato. Se entiende que este pacto sobre la forma, es para la futura celebración del mismo, debiendo ser concluido bajo la formalidad convenida por ellas. La operatividad de este pacto se da siempre que la ley no haya dispuesto una formalidad en especial para el tipo contractual a concretarse.

Este es el caso de la compraventa de bienes inmuebles, que en virtud la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden volverla formal en atención al carácter patrimonial de su prestación, estableciendo una formalidad específica para este contrato que por ley es consensual (a libre forma). Para esto será necesario el cumplimiento de cuatro requisitos.

Siguiendo a De la Puente y Lavalle (2007), el primer requisito es un pacto anticipado, que como tal, debe ser entendido como un convenio normativo, pues se realiza en previsión del futuro contrato. Este convenio no obligará en sí mismo a su celebración, pero sí exigirá que en caso de llegar a concretarse, se estipule a través de la forma escogida y señalada por las partes. En ese sentido, la obligación a la que hace referencia el pacto, es al cumplimiento y observancia de la forma convenida previamente, en caso el contrato se lleve a cabo. Ahora bien, al tener un carácter normativo, tiene una función previsional estableciendo las reglas bajo las cuales deberán actuar las partes en su relación contractual, por eso es importante que este pacto sea por escrito. Éste es su segundo requisito.

---

<sup>60</sup> **Artículo 1411.** “Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”.

Al hablar de forma, se hace referencia al medio que sirve para exteriorizar la voluntad común, cualquiera sea ésta (verbal, por escrito, a través del silencio o por actos concluyentes). Es la vestidura a través de la cual se presenta el acto no sólo ante las partes, sino también a la comunidad. Así, en términos generales, cualquier forma será válida siempre que los contratantes la reconozcan como tal. Y en un sentido más específico, se refiere a que dentro del conjunto de medios que sirven para su exteriorización, sólo algunas maneras son válidas para alcanzar esa finalidad y para ser la fuerza suficiente que los vincule con el acto producido. A este último sentido se refiere el artículo comentado.

Cuando habla de un pacto escrito, habla de la importancia que tiene la escritura como técnica de representación gráfica ayudando a recoger, preservar y transmitir la información; y es que, sólo a través de ella se puede fijar en un sentido más concreto y seguro la voluntad negocial. En virtud de tal importancia, las partes deciden que la forma que mejor expresa su querer común es precisamente ésta (forma escrita), pues les permite definir con mayor precisión su intención de contratar, con quién contratar y sus obligaciones, sin que por ello se vea comprometida la validez (salvo que ellas así lo quieran); y por ende, la eficacia del negocio.

Para Diez-Picazo (1979), la forma en este último sentido, es entendida como manera de ser del contrato dándole certeza en varios sentidos, ya que “al quedar el contrato encerrado en el molde de una forma concreta, es posible aislar y determinar el verdadero contenido del contrato, separándolo respecto de los tratos preliminares o conversaciones previas. Mediante la forma se consigue también certidumbre en torno a la identidad de las personas contratantes, a su capacidad al tiempo de celebrarse el contrato y a las circunstancias de tiempo y de lugar de la celebración” (p. 250).

Por esta razón es que el legislador advierte la necesidad que dicho pacto sea escrito, pues sólo a través de ella existe o se hace evidente el contrato y la real intención de lo querido por las partes, vinculándolas directamente con su contenido. Y así como la forma escrita tiene un efecto inmediato e interno entre los contratantes, también tiene un efecto social; puesto que, va incorporada al propósito que persigue el contrato, es decir, a dar seguridad jurídica a las partes y a los terceros. Al quedar indubitadamente expresado su contenido, estos terceros sabrán a qué ajustarse evitando fraudes y perjuicios a sus derechos en caso decidan concertar con alguna de ellas.

La forma escrita permite comprobar la seriedad de la voluntad negocial, distinguiéndola de aquellos actos que no tienen un efecto jurídico vinculante para las partes. Evita que haya sorpresas, dándoles tranquilidad sobre lo estipulado al haber claridad y certidumbre, favorece

una segunda reflexión sobre los actos que se realizan generando decisiones más precisas y firmes, delimita el contenido de las prestaciones y los efectos que nacen de ellas. Finalmente, sirve de prueba al acto (De la Puente y Lavalle, 2007).

En efecto, la forma escrita resulta ser la más idónea frente a cualquier otra que pueda manifestar la voluntad común. He ahí el valor de su elección, pues permite que el contrato de compraventa debido a la trascendencia de su contenido patrimonial revista el carácter necesario, a fin de eliminar cualquier incertidumbre sobre su celebración y contenido, brindando una adecuada publicidad. El cumplimiento de este segundo requisito, trae como consecuencia la existencia de la presunción mencionada al inicio del precepto legal desarrollado.

Los últimos requisitos (tercer y cuatro) son la presunción *iuris tatum* y el componente de validez del acto. Sobre las presunciones, hay que recordar que pueden ser legales o judiciales, la diferencia entre una u otra está en el origen del enlace; en el primer caso es la misma ley, y en el segundo es el juez. Una presunción legal es una aseveración de certeza instaurada por la ley, cuya consecuencia lógica tiene como punto de partida un acontecimiento o hecho conocido llegando a uno desconocido, que será cierto mientras no se pruebe lo contrario (De la Puente y Lavalle, 2007).

Nuestro precepto recoge una presunción *iuris tantum*, pues una vez acreditada la afirmación inicial, la ley aplica la presunción dándola por cierta, situación que se mantendrá hasta que no ocurra lo contrario que acredite su inexistencia. Así, esta presunción crea una carga para el que niega la consecuencia legal; de probar que ésta es improcedente, exonerando al favorecido con ella de su acreditación. De tal forma que, si resulta cierto o se prueba que las partes han estipulado una forma determinada con un efecto meramente probatorio, se destruye la presunción resultando que la forma descrita no es necesaria para la validez del acto (De la Puente y Lavalle, 2007).

Esta presunción permite remitirnos a la intención común de las partes, entendiendo que si por su propia voluntad han fijado que la forma del pacto es de validez, habrá que respetar tal situación; pues así como pueden determinar su contenido, así también pueden fijar la esencia de su forma, respondiendo el contrato a dicha voluntad, y quién niegue lo contrario está obligado a probarlo.

En razón de esta presunción nace el último requisito, es decir, que la observancia de la forma convenida es constitutiva del acto. Como tal es una forma *ad solemnitatem*; puesto que, sólo bajo la fórmula bajo sanción de nulidad pueden nacer formas constitutivas. Esta nulidad no es más que una consecuencia lógica y directa, ya reconocida por el artículo 219 del código

civil, que en su sexto inciso establece la nulidad de acto jurídico por no revestir la forma prescrita. Entonces, entendiendo que el contrato es un acto jurídico, es coherente que si del pacto sobre la forma se desprende que es de validez, su inobservancia dará lugar a su nulidad.

La importancia del reconocimiento de una presunción *iuris tantum*, es la prueba que ofrece, pues si se demuestra lo contrario a la presunción, la forma es solo prueba del acto. No se debe olvidar que el derecho siempre apuesta por la conservación del acto, razón por la cual dicha presunción puede ser rebatida y destruida, ya que ahí donde existe concertación de intereses comunes nace un contrato, cuya finalidad es la producción de sus efectos.

Lo expuesto deja claro que las partes pueden de común acuerdo, y en previsión de un futuro contrato, volver formales negocios jurídicos que por precepto legal no lo son, eligiendo una determinada forma y formalidad para la exteriorización de su voluntad negocial. Una vez escogida e incluida en el contrato por escrito, se volverá ley entre las partes pudiendo compelerse a su cumplimiento. Por ello, es necesario que la formalidad convenida sea siempre una forma escrita que es la que mejor permite interpretar su voluntad. Es aquí donde entra en escena la escritura pública como formalidad voluntaria *ad solemnitatem*.

No obstante, ¿cómo lograr que dicha formalidad sea siempre escogida para la celebración del contrato de compraventa de bienes inmuebles? La respuesta, está en la autonomía de la voluntad privada y su importancia como principio y fin del engranaje contractual y registral.

**5.4. Importancia.** La autonomía privada es el punto de partida. Ella crea el escenario perfecto donde intención (pensamiento humano) y consentimiento (acuerdo de voluntades comunes), convergen para dar vida a un acto jurídico cuyo objeto es la creación de una relación jurídica de contenido patrimonial; es decir, para dar vida al contrato de compraventa. El contrato no existe antes del consentimiento, del cual depende su celebración y formación. De esta forma, la autonomía guía e informa al contenido contractual. Como contrato crea una obligación, un nexo jurídico entre acreedor y deudor (comprador y vendedor) para regular una conducta humana.

Gracias a ella, las partes se encuentran facultadas a escoger la forma y formalidad que más les convenga para manifestar su voluntad y dar seguridad jurídica al acto que van a realizar. En esa autonomía, la importancia de escritura pública como formalidad *ad solemnitatem*, se ve traducida desde dos enfoques, uno contractual y otro registral.

**5.4.1. A nivel contractual.** La importancia contractual, se debe a la fuerza obligatoria del contrato que cubre de fuerza jurídica a la voluntad negocial haciendo que lo pactado entre sus líneas sea vinculante para las partes involucradas en el. Esta fuerza obligatoria se encuentra estrechamente relacionada con el aforismo latino *pacta sunt servanda*, en virtud del cual los pactos celebrados nacen para cumplirse.

Siguiendo a Ghestin (2017), la justificación de esta fuerza tiene un triple sentido:

**a) Justificación moral:** nace de los dogmas cristianos donde el respeto a la palabra dada es elemental, siendo una alianza entre Dios y el hombre, un pacto sellado en sangre que implica fidelidad de Él y su palabra hacia el mismo hombre. Esta relación de fidelidad pronto será trasladada a las relaciones entre los propios hombres, donde se inferirá que si Dios respeta sus compromisos, con mayor razón debe hacerlo éste último.

Esta será la base sobre la cual los canonistas harán predominar la regla *pacta sunt servanda*, siendo el efecto vinculante del pacto el valor a la verdad con la finalidad de no cometer pecado mortal, construyéndose una regla moral cuyo fundamento es la buena fe o fidelidad a la palabra empeñada en los compromisos asumidos.

**b) Justificación económica:** el respeto a la palabra dada se traduce en una actuación leal en el cumplimiento y ejecución de las obligaciones contractuales. De esta forma, la lealtad tiene un efecto directo en la credibilidad de lo pactado en el contrato, contribuyendo en el incremento de la confianza y crecimiento de la actividad económica.

La confianza es lo fundamental, que vinculada al requerimiento de cooperación mutua en el intercambio de bienes significa la utilidad social del contrato.

**c) Justificación jurídica:** la utilidad social del contrato se centra en la fuerza de relación jurídica obligatoria nacida del pacto, pues de nada sirve la confianza si resulta insuficiente para vincular a las partes. Sin esta fuerza, solo quedaría un deber moral al que le falta un bloque coercitivo que vincule a los contratantes en el cumplimiento de las responsabilidades asumidas.

En nuestro ordenamiento, la obligatoriedad del contrato se encuentra positivizada en el artículo 1361 del Código Civil<sup>61</sup>. Esta obligatoriedad del contrato es la fuerza vinculatoria que nace por impulso de la voluntad negocial, generando que lo estipulado por las partes en el clausulado contractual sea de estricto cumplimiento.

En consecuencia, una vez celebrado el contrato de compraventa -en general cualquier contrato-, nace una relación jurídica obligatoria que regulará los intereses de las partes

<sup>61</sup> **Artículo 1361.** “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

involucradas en el. Es un vínculo jurídico donde el acreedor es el titular del derecho subjetivo; facultado a exigir frente a su deudor lo que es debido por éste, y el deudor es a quién se le impone el cumplimiento de un deber jurídico. En suma, esta relación obligatoria es la que liga a un comprador con su vendedor, de la cual -evidentemente- sólo nacen obligaciones (Díez-Picazo & Gullón Ballesteros, 1989). Este vínculo jurídico determina el cumplimiento obligatorio del contrato.

Si bien la obligatoriedad contractual se configura a través de la voluntad de las partes, ligándolas al contenido contractual libremente pactado, esta voluntad deja de ser libre cuando se trata de dar cumplimiento a las obligaciones nacidas de él. Dicho de mejor modo, la autonomía privada es fundamental para dar vida jurídica al contrato, autonomía que permite concertar en libertad y determinar -también en libertad- su contenido; no obstante, esta libertad tendrá el alcance que su fuerza vinculatoria (del contrato) le dé a la autonomía. Ésta última, como facultad delegada por el Estado a los particulares regular sus relaciones jurídicas patrimoniales, tiene el poder para hacerlas obligatorias siempre dentro de los límites establecidos por el ordenamiento, la ley y las buenas costumbres. De este modo, es como la voluntad deja de ser libre para sujetarse al mandato del legislador haciendo que el cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato sean vinculantes y obligatorias (De la Puente y Lavalle, 2007).

En suma, la obligatoriedad en su configuración es voluntaria, pues al provenir de la autonomía privada crea una relación jurídica obligacional, y en su cumplimiento tendrá un elemento de coercibilidad otorgado por mandato de la ley impuesta por el ordenamiento jurídico.

En esa misma línea De la Puente y Lavalle (2007), indica que la situación arriba descrita, "(...) es una situación *sui generis* pues, por un lado, los particulares en ejercicio de esa atribución, tienen libertad para vincularse jurídicamente a través del contrato; por otro lado, la celebración del contrato les quita la libertad de desvincularse unilateralmente. Podría decirse coloquialmente que a través del contrato el Estado concede a los particulares la facultad de escoger la cuerda para atarse entre sí" (p. 313).

De esta manera, el origen de la fuerza obligatoria no es la voluntad de las partes, sino la misma ley que le otorga al contrato la condición de norma de conducta capaz de vincular jurídicamente a los contratantes. Y así como el ordenamiento establece límites, también permite modificaciones a la relación jurídica creada, siempre que dichas modificaciones estén enmarcadas dentro de esos límites legales. El alcance de la obligatoriedad será siempre hasta lo

que se haya expresado, tanto en la redacción original del contrato como en las posteriores modificatorias al mismo, si es que las hay.

Es por eso que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, debido a que lo dispuesto por las partes, en semejanza con la ley imperativa, tiene su misma fuerza vinculante. La razón de ser, es para dar seguridad jurídica a las partes y al tráfico de bienes.

En conclusión, esta justificación jurídica es la que explica la importancia de la escritura pública como formalidad voluntaria *ad solemnitatem*, pues como forma escrita en papel se define mejor el contenido, obligaciones, responsabilidades, límites y la formalidad que deberá tener el acto jurídico. Solo en papel el valor de la palabra empeñada adquiere mayor firmeza y fuerza vinculante, haciendo imposible escaparse de ella, pues en caso de desconocimiento e incumplimiento, el Derecho avista instrumentos o instituciones dirigidas a compensar o corregir tal situación.

No obstante, la escritura pública de compraventa -como reflejo del contrato- sólo contiene un derecho personal o de crédito que otorga a favor del comprador la facultad para adquirir la propiedad del bien inmueble, el mismo que se hará efectivo cuando su deudor, el vendedor, en la etapa de ejecución del contrato realice todos aquellos actos avocados a transferir efectivamente el derecho real de propiedad sobre dicho bien. En efecto, hace falta un paso final: la inscripción de dicha escritura.

**5.4.2. A nivel registral.** Si el derecho obligacional es una relación jurídica que une al comprador (acreedor) y vendedor (deudor); el derecho real (derecho de propiedad), es una situación jurídica del comprador respecto del bien adquirido. Por lo tanto, en el derecho de propiedad hablamos de posición jurídica, donde el comprador como titular del derecho, ya no como acreedor, ha obtenido el bien materia de la prestación y sobre el cual ejerce todas sus facultades y derechos por ser dueño de lo adquirido (De la Puente y Lavalle, 2007). Es aquí donde la autonomía es el fin del acto traslativo, ayudando a concretar la finalidad de su celebración: el traspaso de titularidades recaídas sobre el bien objeto del contrato.

El derecho de propiedad genera un incansable cuestionamiento ¿quién es el propietario del bien? Cuestionamiento que es resuelto por el Registro Público como mecanismo de publicidad, cuya principal finalidad va dirigida a dos aspectos: el estático, afianzando las adquisiciones; y el dinámico, protección de los derechos del futuro adquirente y de los terceros. Ese es el fundamento último del Derecho Registral, especialmente del registro de propiedad inmueble (donde resulta siendo tangible y visible la inscripción del acto con efecto

traslativo del derecho de propiedad), la perennización del derecho adquirido y evitar riesgos en las transferencias futuras.

La publicidad registral, en palabras de Gonzales Barrón (2015), es un “sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para tutela de los derechos y seguridad del tráfico” (p.280). Tiene una eficacia sustantiva tan importante, pues la relación jurídica patrimonial nacida del contrato de compraventa, necesita certeza tanto en su creación como en su cumplimiento, requiriendo que el vendedor sea el verdadero propietario del bien que va a transferir al comprador. Por consiguiente, esa necesidad de dar certeza y notoriedad al contrato no puede ser satisfecha sólo a nivel contractual, teniendo que ser complementada por la publicidad del derecho contenido en el título ingresado a calificación registral, que una vez inscrito tendrá vocación de cognoscibilidad.

En ese orden de ideas, la inscripción registral es el paso final en la protección del derecho de propiedad, coadyuvando en su reconocimiento jurídico, evitando interferencias en el goce pleno de la titularidad adquirida e incluso brindado seguridad jurídica frente a terceros. En ese sentido, la libertad con la que nace y determina el contenido del contrato es la misma libertad que el registro protege a través de mecanismos de tutela especialmente fuertes, que blindan la confianza y seguridad depositada por los particulares en el Estado.

A modo particular, la escritura como formalidad pública es el norte que debe guiar al vendedor a la hora de dar cumplimiento a la regla contenida en el artículo 949, pues su sur y fin es la inscripción de dicho título. Esta es la correcta orientación e interpretación que debe dársele a la frase “la sola obligación de enajenar”, obligación que contemplará todos aquellos actos destinados a hacer que el comprador pueda “*hacer suyo*” el bien adquirido. Esta obligación bien encaminada, da nacimiento a un derecho real pleno, pues tiene desde su nacimiento todos sus atributos el *ius utendi* (derecho a usar), el *ius fruendi* (derecho a disfrutar), a reivindicar el bien y gracias a su inscripción será un derecho oponible *erga omnes*. En pocas palabras, es un derecho real perfecto.

Dicho esto, el enfoque registral viene determinado en la configuración del derecho real de propiedad en un sentido pleno; donde el comprador, ahora titular, actúa como efectivo y único propietario del bien inmueble adquirido. Enfoque que se logra a través de la escritura pública de compraventa formada como título auténtico, con miras a ser inscrita en el respectivo registro de propiedad inmueble. Como título auténtico y válido debidamente inscrito, completa un círculo traslativo generador de un derecho real de propiedad absoluto.

Entonces cabe preguntarnos, ¿qué tan facultativa es en realidad la inscripción, al menos en el tema inmobiliario?



## Capítulo 3

### La inscripción registral declarativa y su carácter facultativo

#### 1. La concurrencia de acreedores

El carácter espiritual del sistema de transferencia de bienes inmuebles devenido del principio consensualista francés y recogido en nuestro artículo 949, ha consagrado al mero consentimiento como mecanismo apto para adquirir el derecho de propiedad sobre un determinado bien inmueble.

Sin embargo -como se ha venido explicando-, esta sola obligación de enajenar no es regla suficiente para alcanzar la transmisión de dicho bien; pues, como deber es un reflejo de ese carácter obligacional que tiene el contrato de compraventa que en su etapa de ejecución, gracias al deber de perfeccionar la transferencia por parte del deudor, propicia el traspaso del bien a su acreedor. Así, parte de este deber de perfeccionamiento es el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y su debida inscripción<sup>62</sup>.

Entonces, una interpretación contraria a la expuesta es la que ha generado muchos de los problemas relacionados a la transferencia de propiedad inmueble, uno de ellos es la concurrencia de acreedores.

El esquema del problema planteado es el siguiente: un vendedor **A** transfiere un bien a un comprador **B**, quien basándose en la regla de consensualidad no inscribe su adquisición creyéndose el nuevo propietario del bien. **A** aprovechando dicha situación, vende por segunda vez el mismo bien a **C**, quien con buena fe y confiando en la falsa apariencia creada por la no inscripción de la primera compraventa y gracias a la cual aún figura como propietario **A**, suscribe el respectivo contrato de compraventa e inscribe su derecho en la partida registral del bien inmueble en cuestión.

Por consiguiente, “la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, es una situación de carácter singular, donde un propietario de derechos sobre un inmueble, realiza

---

<sup>62</sup> Al respecto, nuestra Corte Suprema indica que “los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil, (...) el vendedor asume, entre otras, la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que -como hemos visto- se traduce en la realización de aquellos actos dirigidos a que el derecho transferido obtenga mayor oponibilidad, entre los cuales encontramos el otorgamiento de escritura pública. Es más, el propio Código Civil cataloga a esta obligación como una de carácter esencial o principal: “Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien” (...). En: IX Pleno Casatorio, fundamento jurídico 88.

sucesivas transferencias sobre dicho bien en favor de diversos adquirentes” (Fernández Cruz, 1987, p. 194).

Este escenario por muy extraño que parezca, es más común de lo que se cree y se genera precisamente por la interpretación aislada que se da a las normas sustantivas. Por lo tanto, pese a que esta situación debería ser excepcional, resulta siendo la más frecuente a consecuencia de creer que el mero consentimiento es suficiente a la hora de configurar un derecho real y dar protección a las transferencias.

En esta línea el código civil plantea una salida recogida en el artículo 1135:

**Artículo 1135.** “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”<sup>63</sup>.

Analicemos sus requisitos configuradores. El primer requisito es un tercero que inscriba su título. Cuando se habla de concurrencia de acreedores, la inscripción es el presupuesto indispensable, pues la función de este artículo es la preferencia de aquél título que haya sido inscrito en primer lugar frente a otros que no lo son (Gonzales Barrón, 2016).

Sin embargo, no se trata de cualquier tercero. La preferencia a la que hace alusión el artículo comentado sólo se activa si se trata de un tercero registral, pues su finalidad es buscar y otorgar protección a éste tercero, que basado en la buena fe y la publicidad registral confía en que la aparente titularidad del bien es la que figura en el registro y en base a ella actúa e inscribe su derecho, con el propósito que el sistema le otorgue seguridad a su adquisición haciendo saber a los demás que es el nuevo titular del bien.

Hasta aquí, la base de este artículo es el aforismo latino *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*, en virtud del cual el derecho protege a los que se encuentran vigilantes, no a los que se duermen. En buena medida, ese es el actuar correcto del tercero registral, quien procediendo con diligencia inscribe su derecho; por consiguiente, el ordenamiento lo premia reconociéndole y brindándole su protección. Razón por la cual el segundo requisito es la buena fe.

---

<sup>63</sup> El supuesto de hecho descrito por esta norma es aplicable tanto a la propiedad como a cualquier otro título distinto a ella (comodato, dación en pago), en virtud del cual varios acreedores reclamen un derecho recaído sobre el mismo bien frente a un solo deudor. Por lo tanto, vamos a orientar el tema en las sucesivas transferencias de propiedad por guardar relación con el objeto del presente trabajo.

Este segundo requisito es el que permite entender el motivo por el cual se prefiere a uno de los acreedores en detrimento del otro. Se trata de una buena fe diligencia que busca tutelar conductas honestas y leales, frente a aquellas que son descuidadas y negligentes y que lejos de contribuir al desarrollo de la sociedad entorpecen y dificultan la circulación de los bienes. Y es que por más evidente que haya sido la falta de titularidad del vendedor, actúan a su propio riesgo pretendiendo que el derecho acoja y proteja situaciones que a todas luces son contrarias al ordenamiento (Gonzales Barrón, 2016).

Queda claro que la buena fe es el elemento que pone en movimiento y desencadena la preferencia de un título sobre otro. Si falta este elemento, es decir si hay mala fe, los acreedores se encuentran en un mismo nivel de discusión, donde el juzgador examinará otros componentes que le ayuden y lleven a la mejor decisión con miras a una solución justa.

Un tercer y último presupuesto es un causante común, es decir, un único y mismo deudor (vendedor) sobre el cual sus acreedores tienen plena certeza que fue de él de quién adquirieron el derecho. Es una certeza sobre la titularidad originaria siendo diferentes titulares derivados los que reclaman un mismo bien a un mismo deudor (Gonzales Barrón, 2016).

En ese sentido, es imprescindible que se trata de una doble venta o de ventas sucesivas realizadas por un mismo y único deudor que siendo reconocido por varios acreedores, resulta obligado frente a ellos. La situación descrita es diferente al supuesto de cadenas paralelas, donde el titular primigenio debidamente inscrito transfirió el bien a un nuevo titular quién también inscribió su derecho, y éste último lo vende a un tercero. Dicho de mejor modo, existe una sola cadena de transferencia, donde cada adquirente obtiene su derecho de un titular diferente, no hay concurrencia. Este supuesto es recogido y abordado por el artículo 2014 del Código Civil, modificado por Ley 30313<sup>64</sup>.

En el esquema del problema planteado, la conjugación de estos tres requisitos hace que la conducta de C sea preferida por el derecho, pues su actuar honesto y diligente al inscribir su título lo premia, es un reconocimiento a la práctica leal y vigilante en sus operaciones que pese a no existir deber de inscribir su compraventa, opta por la notoriedad de su derecho a la clandestinidad, ayudando a que el sistema en general sea más eficaz y eficiente a la hora de otorgar publicidad y dar protección a situaciones jurídicas nacidas fuera de él.

---

<sup>64</sup> **Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral**

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

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

Ahora bien, algunos autores como Hernández Gazzo (1993) consideran que la función establecida por la norma sobre concurrencia de acreedores de bienes inmuebles “no sólo determina a quién se debe preferir para la entrega, sino que, fundamentalmente, busca establecer a quién se debe preferir para asignarle el goce exclusivo del derecho reclamado sobre el bien objeto de concurrencia” (p.187). En la misma línea está Bigio Chrem (1985), para quién el artículo 1135 “en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria” (p. 204).

Su argumento central es que las normas de concurrencia, pese a estar ubicadas en el libro de las obligaciones, tienen un carácter real lo que lleva a la conclusión que la inscripción en los términos que el artículo 1135 describe, implicaría una nueva forma de adquirir la propiedad inmobiliaria. Por lo tanto, al ser una regla real y no obligacional cabría dentro de la frase “salvo disposición legal diferente” mencionada en la última parte del artículo 949. No obstante, según la línea interpretativa ya expuesta, la última parte del artículo 949 es aplicable solo para que aquellos pactos o disposiciones legales que establezcan una condición diferente o que suspendan el cumplimiento de las obligaciones en la etapa de ejecución del contrato de compraventa, mientras que la regla sobre concurrencia busca dar solución a un problema que debería ser *sui generis*, estableciendo un orden de prelación en importancia, preferencia y antigüedad de títulos traslativos.

Lo cierto es “que el artículo 1135 no trata de brindar una solución a un problema de "pluralidad de propietarios", sino que pretende dar una salida de carácter excepcional a una situación también de excepción dada por la concurrencia de diversos acreedores que exigen la entrega de un mismo bien inmueble; la razón del artículo 1135 es pues, finalmente, el de determinar la prioridad en la entrega de un mismo inmueble; se trata entonces de una solución de carácter obligacional y no real” (Fernández Cruz, 1987, p. 212) .

En suma, la finalidad de dicho precepto legal no es cuestionar el carácter consensual de contrato de compraventa, sino dar una solución a un conflicto de títulos estableciendo un criterio de preferencia, siendo la inscripción del derecho el mejor título frente a otros anteriores en el tiempo que perderán eficacia debido a su antigüedad. Esta antigüedad es precisamente el segundo criterio de preferencia.

El alcance de artículo en cuestión no finaliza solo en la inscripción, pues prevé otras situaciones en defecto de la primera. Se trata de aquellos casos donde el conflicto se da entre dos títulos, pero ninguno de ellos ha sido inscrito, por lo que, resultará de gran importancia la aplicación de un criterio de antigüedad o temporalidad. Esta segunda parte del artículo se

refiere a aquellos títulos de fecha anterior, y dentro de ellos al título que consta en documento de fecha cierta más antigua.

Por fecha cierta “debe entenderse la precisión del tiempo que, atendiendo a particulares circunstancias, no sea susceptible de presentar duda alguna. Estas particulares circunstancias pueden responder a la naturaleza propia del documento en que se consigne la fecha o, en atención a las cualidades del funcionario competente que diera fe de su realización” (Fernández Cruz, 1987, p. 220).

Dicho esto, en este segundo nivel encontramos a los instrumentos públicos como la escritura pública o a los contratos privados que adquieren fecha cierta gracias a su legalización de firmas. Pese a no haber inscripción, se requerirá -igual que en caso anterior- la buena fe del acreedor preferido quién actuando con diligencia, si bien no inscribe su título, le da a su contrato una protección notarial al elevarlo a escritura pública y no lo deja en simple contrato privado. Respecto al contrato privado este adquirirá fecha cierta en su presentación para legalización de firmas por el notario<sup>65</sup>.

A modo particular, aun cuando el acreedor preferido haya tenido la precaución de instrumentalizar su derecho en un título de fecha cierta, es necesario que lo inscriba, pues si bien es conocido inter partes, no es notorio socialmente hablando. Y si no es notorio, pese a haber ganado el caso de concurrencia debatido entre **A**, **B** y él mismo como **C**, **A** sigue siendo propietario; y habiendo quedado demostrada la mala fe con la que suele contratar este vendedor **A**, nada le impide realizar una tercera venta a un acreedor **D**, y que éste finalmente – también actuando con buena fe- sí inscriba su derecho haciéndolo conocido. Por consiguiente, en este nuevo escenario donde se encuentran enfrentados ahora **C** y **D**, el título de **D** al estar inscrito vencerá al instrumento público de **C** que pese a ser de fecha anterior quedó desplazado por un título de fecha más reciente, pero que sí ingresó al registro<sup>66</sup>.

En ese orden de ideas, no es la inscripción la que hace al acreedor beneficiado propietario, la inscripción vuelve a su título oponible frente a los otros títulos con los que se debate o

---

<sup>65</sup> **Artículo 245. Fecha cierta**

“Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:

1. La muerte del otorgante;
2. La presentación del documento ante funcionario público;
3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
5. Otros casos análogos.

Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción”.

<sup>66</sup> Con la finalidad que el caso descrito calce en el supuesto reglado por el legislador, se está partiendo de la idea base que todos los acreedores que participan en las sucesivas ventas actúan siempre de buena fe y el que único que obra de mala fe es el vendedor.

cuestiona el derecho adquirido. La inscripción lo convierte en oponible *erga omnes* dándole un nuevo nivel de protección gracias a la publicidad del derecho. Esta misma conclusión es la que expresa la primera parte del artículo 2022 del código sustantivo, en virtud del cual para oponer derechos reales se prefiere al que esté inscrito en primer lugar<sup>67</sup>.

Para Cárdenas Quirós (2004), “lo que sucede en este caso es que producida la declaración de preferencia (...), ello determinará automáticamente que los otros títulos -que corresponden a actos perfectamente válidos- decaigan, se tornen inoponibles, ineficaces” (p. 747).

En resumen, la funcionalidad de la concurrencia de acreedores, no se agota en solo determinar quién debe ser preferido, sino en determinar que título es más fuerte y oponible a otro. Esa oponibilidad es la que hace que su título adquisitivo, por estar inscrito, sea mejor que el del otro acreedor y que por lo tanto sea preferido, y que respecto de él se llegue a producir la ejecución de la obligación de entregar el bien.

Entonces, trayendo a colación la última pregunta con la que cerramos el capítulo anterior. ¿Qué tan facultativa es en realidad la inscripción, al menos en el tema inmobiliario?

Se debe decir que la funcionalidad práctica del supuesto de concurrencia de acreedores y la solución brindada por nuestro legislador en las dos normas analizadas, pone en evidencia lo significativa e importante que es la inscripción registral; y que aún en defecto de ella, pese a que el acreedor preferido ha tenido la diligencia de hacer constar su derecho en un instrumento público (escritura pública o contrato con firmas legalizadas), las reglas de temporalidad sólo le mostraran una parte del camino ayudándolo a tener una posición privilegiada frente a los otros concurrentes, pero no frente al universo de posibles adquirentes restantes que no han tomado conocimiento sobre su título.

Así, es necesario que este acreedor beneficiado por un criterio de temporalidad, presente su título adquisitivo a calificación y lo inscriba, excluyendo a esos posibles adquirentes o incluso a los mismos concurrentes preteridos que aprendiendo de su error se le adelantan y publicitan su derecho. Una vez más, el legislador a través de estas normas nos da una lección de vida para no dormir en nuestros propios laureles, pues el ordenamiento premia a quien es vigilante y cuidadoso en sus transacciones.

Finalmente, pese a lo preceptuado por el legislador, la realidad nos demuestra que el contrato de compraventa por sí mismo no transfiere el derecho de propiedad, hace falta su

---

<sup>67</sup> **Artículo 2022.** Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos

“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.”

inscripción, la que en un principio podría parecer facultativa pero que termina siendo muy necesaria.

## **2. La publicidad registral**

Lo expuesto en el acápite anterior pone en evidencia lo inseguro que resulta un sistema de transferencia de bienes inmuebles basado en el mero consentimiento. Dejando de lado las denominadas ventajas del consensualismo, tales como la agilidad en la realización de las transacciones y la rapidez en la circulación del tráfico de bienes; sus desventajas -como se ha explicado- son mayores, y sus propios partidarios al resultar lesionados se dan cuenta que pecar de ingenuos y otras veces por negligencia cuesta, y cuesta caro.

Lo dicho no implica no confiar en el sistema establecido, sino que significa actuar con diligencia basada en sentido común o en experiencia ajena. Y es que, un comprador diligente tendrá en cuenta muchas variables a la hora de celebrar un contrato de compraventa, por ejemplo, verificará la titularidad del bien, si cuenta con cargas y gravámenes, visitará el inmueble a fin de constatar si su futura adquisición está en buenas condiciones, e incluso pedirá referencias, en fin no comprará a ciegas pues sabe que un error así podría ser muy perjudicial.

Por eso, en lo complejas que pueden ser las relaciones contractuales, el legislador se ha dado cuenta que hay situaciones que superan al consensualismo y si bien lo establece como eje de la contratación, también crea instituciones -como el derecho registral- cuyas directrices o principios ayudan a superar esas dificultades y falencias del sistema.

Uno de estos principios es la publicidad registral que supliendo ese vacío que deja el consensualismo, se erige como sistema de comunicación enfocado en la cognoscibilidad de las situaciones jurídicas nacidas fuera del registro y que debido a su trascendencia e importancia en la vida económica de los particulares y de la sociedad merecen ser tuteladas y protegidas por el ordenamiento.

Para Gonzales Barrón (2016), la publicidad es el ser del registro, pues lo tipifica e individualiza, convirtiéndolo en un mecanismo o sistema de divulgación social que da cuenta sobre el estado de las transferencias y afectaciones que tiene un determinado bien.

En resumen, la publicidad registral “es la exteriorización sostenida e ininterrumpida de determinadas situaciones jurídicas que organiza e instrumentaliza el Estado a través de un órgano operativo para producir cognoscibilidad general respecto de terceros con el fin de tutelar los derechos y la seguridad en el tráfico de los mismos” (Amado Ramírez, 2017, p. 291). Esta concepción resalta sus principales características:

- a. Es institucionalizada, pues es ejercida por Registros Públicos como órgano delegado del Estado y llevada a cabo por el registrador como funcionario público.
- b. Es una exteriorización sostenida e ininterrumpida, gracias a que es ordenada, sistemática y permanente, no se agota en un solo acto.
- c. Comunica determinadas situaciones jurídicas que hayan sido modificadas o alteradas y que impliquen un cambio sobre ciertos hechos o derechos.
- d. Tiene vocación de cognoscibilidad, ya que alude a la posibilidad que tienen todos de poder acceder y saber el contenido de los datos agregados al registro.

Este principio se encuentra recogido en el artículo 2012 del Código Civil:

**Artículo 2012.** “Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

Pese a ser un sistema de divulgación, *in stricto sensu* nos habla de una posibilidad de conocer ciertas situaciones jurídicas que hayan sido previamente incorporadas al registro gracias a su inscripción. En opinión de Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (1984), la publicidad registral “se trata, no de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a conocimiento de todos, sino de que todos tengan medio de conocerlas” (p. 12)<sup>68</sup>.

Por consiguiente, no es un conocimiento efectivo, sino que basta que el interesado haya tenido la oportunidad de conocer el contenido de los datos registrales, si efectivamente conoció y en base a ello contrató, en buena oportunidad; pero si por su negligencia o descuido no lo hizo, no podrá alegar su propia falta de precaución, pues fue su obligación como interesado informarse.

Continuando con la idea de los autores, el medio utilizado para que esa posibilidad llegue a concretarse “no es una publicación impresa en múltiples ejemplares -o una publicación oral (...) - sino la consignación de titularidades que pretenden hacerse públicas en un libro que pueden consultar cuantos interesados lo soliciten, y que permanece desconocido para el resto” (pp. 12-13). En consecuencia, no se puede hacer extensible esta posibilidad de conocer a todo el contenido registral, sino solo de aquello que es relevante para el interesado en un determinado momento, lugar y caso en concreto. Una vez satisfecho el propósito de su

---

<sup>68</sup> Si bien la opinión de estos autores respecto de la publicidad registral se ha centrado en el tema inmobiliario, ésta no se encuentra limitada o reducida al derecho de propiedad, sino que su campo de aplicación es tan amplio como lo es el actuar del hombre, pues el derecho regula negocios o actos jurídicos dirigidos a crear o modificar derechos reales, sucesorios, personales, familiares, societarios, etc. Por lo tanto, son diversos actos que pueden ser inscritos, y sobre todos ellos actúa la publicidad registral brindándoles notoriedad y seguridad jurídica.

información, dicha posibilidad seguirá latente o en espera de poder ser conocida para cualquier otro caso o cualquier otro interesado.

El artículo 2012 contiene una presunción *iuris et de iure* o absoluta de conocimiento que no admite pacto o prueba en contrario. Para Zavala Toya (1994), este artículo en realidad contiene una ficción jurídica aún cuando literalmente habla de presunción. La presunción parte de un orden normal o de un hecho existente denominado afirmación base, para deducir una afirmación resultado que se da por cierta, hasta que no se demuestre lo contrario. En cambio, la ficción parte de un hecho inexistente o contrario a la realidad a la que le da un efecto jurídico determinado.

Este es el caso del artículo, pues el hecho del cual parte es contrario a la realidad, ya que es fácticamente imposible hablar de un conocimiento efectivo y absoluto sobre todo el contenido de los datos registrales. En consecuencia, no es una presunción, sino un artificio jurídico que nos habla de una posibilidad de conocimiento general en un momento y lugar determinado y a esa posibilidad se le atribuye un efecto o consecuencia jurídica específica.

No obstante, Gonzales Barrón (2016) opina que este artículo está incompleto pues el legislador describe un hecho sin precisar su finalidad, es decir, solo indica que el contenido registral es público y de conocimiento general, pero no indica de qué sirve que lo sea o cuál es su consecuencia. Por ello, deber ser llenado por otros artículos que ayuden a saber la finalidad de dicha publicidad. Así, por ejemplo, el registro es público pues sirve para dar preferencia en casos de concurrencia (artículo 1135), o lo es para ser oponible a terceros (artículo 2022) o para dar prioridad al hecho publicitado frente a otros de similar clase (artículo 2016), o para que determinar que el hecho publicitado no pierda eficacia pese a la nulidad del acto que le da origen (artículo 2014), o para ser inoponible frente a aquello que no ha sido inscrito (artículo 2034). Es evidente, que la publicidad otorga disímiles efectos cuya orientación dependerá de la norma que la acompañe y complementa.

En efecto, la publicidad registral como sistema de comunicación por sí sola no es suficiente, pues necesita de la actuación conjunta de los otros principios registrales que le ayudarán a llevar a cabo su finalidad de otorgar certeza y seguridad jurídica al derecho inscrito y oponibilidad frente y para los terceros.

Es un instrumento de publicidad antes, durante y después de la inscripción. Es antes y durante, pues el adquirente del derecho real -o cualquier derecho- no puede resultar perjudicado por situaciones que no fueron notorias por su falta de inscripción; o que habiendo pasado el filtro de notoriedad, el hecho contenido en el título en calificación -pendiente de

inscripción- pueda ser rechazado o devenir en ineficaz por actos posteriores que siendo incompatibles con el pretendan ingresar antes y lesionar al adquirente<sup>69</sup>.

Asimismo, es una seguridad y certeza después de la inscripción consolidando derechos y titularidades contenidas en los datos registrales, protegiendo al adquirente de posibles agresiones cometidas por terceros que tengan como objetivo desconocer su adquisición.

En consecuencia, “la relevancia de la publicidad radica en la oponibilidad *erga omnes* del derecho publicitado por el registro. En nuestro ordenamiento, cuando un titular de un derecho inscribe su título en los registros, no sólo informa a los demás de la existencia de su derecho, sino además en virtud (...) del artículo 2012 del CC, (...) elimina la posibilidad de que “alguien” desconozca su derecho” (Amado Ramírez, 2017, p. 296).

La publicidad registral de la que se viene tratando corresponde a su ámbito material o sustantivo, entendido como el efecto que produce la acción de registrar algún acto o hecho que modifique una situación jurídica o un derecho. Y así como la recoge el código civil, también se encuentra regulada el artículo I del Título preliminar del TUO del RGRP que indica:

“El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie. El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo”.

Este precepto legal viene a ampliar el campo de aplicación establecido por el artículo 2012, haciendo extensiva su finalidad no solo a las inscripciones sino también a las anotaciones preventivas, cuya función es guardar o reservar prioridad al derecho contenido en el título con la finalidad que una vez inscrito, se retrotraigan sus efectos a la hora y fecha de su respectivo asiento de presentación<sup>70</sup>.

Sin embargo, la publicidad también presenta un ámbito formal referido al cómo se da el acceso a la información contenida en el registro, ya sea a través de los certificados compendiosos, copias literales, vigencias de poder, boletas informativas, etc.

<sup>69</sup> Dicho de mejor modo, cuando se habla de una protección durante la inscripción se está hablando del principio de prioridad excluyente (artículo X del Título Preliminar del TUO del RGRP), en virtud del cual “no puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o **pendiente de inscripción**, aunque sea de igual o anterior fecha” (negrita y subrayado de la autora).

En ese sentido, la publicidad y el principio de prioridad excluyente cierran el registro a la entrada de un título incompatible que pretenda ser inscrito aunque sea de fecha anterior que el mismo título que se encuentra en calificación, pero que fue presentado antes que el de fecha anterior.

<sup>70</sup> **Principio de prioridad preferente** (artículo IX del TP del TUO de RGRP)

“Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario.”

Se encuentra regulada en el artículo II de Título Preliminar del TUO del RGRP, el que a letra establece:

“El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registra.

El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro.”

Este ámbito formal puede ser simple y directo, pues las personas pueden acercarse en forma personal a las diversas oficinas registrales y solicitar la exhibición de las fichas, tomos, partidas electrónicas, boletas informativas, títulos archivados; o vía electrónica a través del portal de SUNARP en línea, para ambos casos se requerirá previo pago de los derechos registrales<sup>71</sup>.

Y también puede ser certificada e indirecta, sobre todo si para la emisión de dicha publicidad se requiere que un abogado certificador o registrador público realice un estudio profundo sobre el contenido de las fichas, tomos o boletas informativas a través de los denominados certificados literales o compendiosos<sup>72</sup>.

Por lo tanto, la publicidad registral se da a través de manifestaciones simples o certificaciones.

En suma, la complejidad y agilidad social en la que se desenvuelven las relaciones contractuales hace muy difícil seguir el paso a los cambios que surgen en las diversas situaciones jurídicas y titularidades que recaen sobre los bienes. Por eso, un sistema de transferencia con una herramienta publicitaria que cumple las expectativas de comunicar titularidades, cargas o afectaciones, y además otorga y brinda seguridad y certeza a los derechos, es un sistema que coadyuva en el desarrollo económico y en el tráfico jurídico de bienes.

Esta es la clave, pues la inscripción y la publicidad son las dos más grandes aliadas con las que cuenta un adquirente para hacer frente y superar al mero consentimiento, haciendo que se sienta seguro que su transferente es el verdadero dueño del bien, cuando sabe que nadie

---

<sup>71</sup> Sobre las diversas maneras en las que se da la publicidad formal simple, véase el artículo 15 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

<sup>72</sup> Sobre las diversas maneras en las que se da la publicidad formal certificada, véase el artículo 16 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.

perturbara el goce y ejercicio de su derecho e incluso cuando en algún momento decide venderlo y continuar con el círculo de trasmisión.

Por tanto, la esencia de la publicidad es ser declaración relativa de certeza de las diferentes situaciones jurídicas y titularidades, y pese a que cada ordenamiento le da un efecto diferente, tiene la misma meta: la eficacia y alcance legitimador de la inscripción registral.

### **3. La inscripción registral declarativa**

El registro, sin duda alguna, tiene como eje a la publicidad registral. Según los especialistas, su origen es debido a los grandes banqueros que requiriendo una garantía de certeza sobre los préstamos otorgados, promovieron e incentivaron la creación de un sistema que les permitiera tener un mejor conocimiento y control de las hipotecas que recaían sobre un inmueble, evitando la dación de hipotecas ocultas o clandestinas que pudieran perjudicar sus inversiones.

Con esa idea se crea e implementa el registro de propiedad inmueble, el primer registro, cuya finalidad era neutralizar dicha clandestinidad gracias a la publicidad registral. Debido al avance del comercio y el desarrollo de diversas actividades humanas, su ámbito de aplicación se ha extendido no solo a situaciones jurídicas relacionadas con los bienes inmuebles sino a otras actividades jurídicas del hombre que también necesitan notoriedad, como por ejemplo el derecho de personas, el derecho sucesorio, societario, etc. Es entonces que se crea un sistema registral dentro del Derecho Registral.

El Derecho Registral es aquella rama que, relacionada con el Derecho civil, estudia el aspecto formal de un determinado derecho sustantivo. Su existencia no implica la separación del Derecho en sí mismo, sino que confirma la especialidad con la que se tratan las diversas relaciones que regula el Derecho Civil. Dicho de otra forma, el Derecho Civil se encarga de regular las relaciones o situaciones jurídicas entre los particulares a través de normas sustantivas recogidas en el Código Civil, mientras que el Derecho Registral actuando a partir de dichas normas, instrumentaliza en procedimientos esas relaciones creadas por los propios particulares.

Resulta evidente que ambos caminan juntos pero no actúan en el mismo plano, pues el registro como mecanismo de publicidad busca tutelar y proteger derechos y afianzar adquisiciones. Su importancia es tal que nace como institución que genera certeza y seguridad que no pudiendo ser satisfecha por la simple actividad de los particulares, se erige como herramienta de auxilio en el tráfico comercial y social.

La compraventa de bienes inmuebles es un claro ejemplo de lo que venimos hablando. Expliquemos

El contrato de compraventa debido a su corte espiritual, es un contrato consensual, ergo, para su celebración se requerirá como presupuesto indispensable el consentimiento de las partes según la premisa recogida en el artículo 1352. En ese sentido, por mero arbitrio de la voluntad no requerirá ninguna formalidad adicional para su perfeccionamiento (entiéndase para su conclusión) salvo que las partes hayan dispuesto algo contrario. Bajo tal contexto, para el Derecho Civil sin importar la formalidad el contrato resulta siendo un acuerdo válido y vinculante. Sin embargo, lo que civilmente es aplicable al contrato de compraventa no lo es para el registro público, pues para que dicho contrato tenga acogida registral, será necesario que venga revestido de una formalidad en específico: la escritura pública.

Y es que no hay que olvidar que el registro es eminentemente formalista, pues su utilidad y sentido van más allá de publicitar un determinado acto o contrato, su fin último es dar certeza, seguridad y protección a los derechos y adquisiciones. La manera en la que lo hace es a través de instrumentos públicos que le ayuden a cumplir con su rol preventivo. Es por eso que el Derecho Civil y Registral actúan en planos diferentes. El registro, al ser último filtro revisor -a nivel no contencioso- de la legalidad existente en las relaciones entre particulares (derecho sustantivo), no puede dejar que adquieran legitimidad actos o contratos contrarios al ordenamiento, esa es la importancia que los actos jurídicos revistan una determinada solemnidad a pesar de lo que dispone el código civil.

Por lo tanto, “no puede decirse alegremente que “como el derecho civil lo permite, entonces el registro lo reproduce tal cual”. (...) Es incorrecta la ecuación Derecho Civil = Derecho Registral, pues (...) guarda diferencias ya que se inviste de un tono particularmente formal y riguroso por los efectos que produce por la sola inscripción de los títulos que contienen actos o negocios jurídicos” (Amado Ramírez, 2017, p. 21).

En consecuencia, si bien el Derecho Registral tiene su base en el derecho sustantivo, su utilidad e importancia supera a éste último convirtiéndose en un sistema organizado en principios y normas específicas que le ayudaran a cumplir su rol preventor. Tiene tal trascendencia pues otorga publicidad cuyo núcleo es la construcción de un sistema de información pública, con ciertas garantías de protección a actos y contratos que son relevantes para la circulación de la riqueza y el crecimiento de la sociedad (Gonzales Barrón, 2016).

Debido a que la publicidad registral se refleja y extiende en cada uno de los diferentes ámbitos de la vida civil del hombre, existen varios registros cuyo objeto será brindar notoriedad al acto o contrato que les da origen. Así existe un registro de personas naturales en

donde se inscribirán y publicarán actos relacionados al estado civil de las personas como sustituciones de régimen patrimonial, uniones civiles; un registro de personas jurídicas que contendrá actos y negocios mercantiles como creación de personas jurídicas, aumentos de capital, nombramiento o remoción de mandatarios; un registro de mandatos y poderes; un registro de bienes muebles e inmuebles, un registro de sucesiones intestadas. Todos ellos forman un solo registro público, y se les será aplicable los principios y reglas registrales en cada acto rogado que ingrese a calificación para su debida inscripción.

Es evidente que el registro nace para dar publicidad, y si bien es cierto que no sólo da publicidad a actos relacionados con bienes inmuebles, también es cierto que el registro de propiedad inmueble es su registro emblema, pues es su razón de ser. Según Gonzales Barrón (2016), el registro, basado en el registro de propiedad inmueble, responde a tres preguntas fundamentales: ¿Quién es el propietario?, ¿qué títulos puede exhibir el propietario como prueba eficaz? y ¿qué otros derechos concurren con el propietario respecto del mismo bien? (p. 42). Por tal motivo, es importante determinar el papel que cumple la inscripción registral en el nacimiento de la titularidad sobre los bienes inmuebles.

Dependiendo del enfoque y grado de protección que el sistema registral busca para el aseguramiento de los derechos y titularidades a través de la publicidad registral, la inscripción registral podrá tener un efecto constitutivo o declarativo.

Un sistema registral constitutivo es aquel que para la existencia de un derecho real es imprescindible su inscripción, antes de ella el derecho nacido en virtud del contrato tiene un carácter personal, volviéndose real gracias a la inscripción, por lo tanto, es un requisito de validez del acto jurídico. En cambio, en un sistema declarativo la inscripción no tiene un carácter obligatorio, pues el derecho real nace y se configura extra registralmente, mientras que el registro toma nota de el para publicarlo y darle los efectos señalados por la ley (Soria Alarcón, 2012).

En este contexto, nuestro sistema registral es declarativo pues el derecho real nace con independencia de la inscripción, el registro toma conocimiento de el, lo inscribe, lo legitima, hace notorio y oponible. Sin embargo, ¿qué es la inscripción registral?

Para Salvat (1923), “en Derecho el concepto de inscripción se refiere al asentamiento o traslado que se hace en los libros del Registro, del contenido de los títulos presentados a las oficinas registrales, con el fin de que mediante el mismo adquiera un carácter de permanencia y la persona a cuyo favor se realiza la inscripción goce de la protección de su derecho frente a eventuales perturbaciones” (p. 391).

Ya apuntando al tema inmobiliario, Cabanellas de Torres (1998) señala que “en Derecho Hipotecario, [inscripción es] acción de inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles/Asiento de inscripción [...]. En Derecho Inmobiliario, [inscripción es] anotar en el Registro de la Propiedad una finca o algún acto, contrato o documento referente a la misma” (p. 477).

Por consiguiente, la inscripción registral es el acto inmediatamente posterior a la calificación registral que el registrador realiza y que determina la licitud del acto jurídico contenido en el título, su compatibilidad con los antecedentes y la competencia del funcionario que extiende el instrumento que contiene al acto. Es el resultado positivo de la evaluación técnico-formal del acto rogado en el título presentado a calificación, y que se anota con carácter definitivo en el asiento correspondiente a la partida registral del bien inmueble. Los efectos de la inscripción dependerán del sistema registral adoptado.

Si nuestro sistema registral es declarativo, en consecuencia la inscripción es declarativa. En ese sentido, el solo consenso de las partes determinada la configuración del derecho real de propiedad, el mismo que nace extra registro, siendo el papel de la inscripción dotar de carácter legitimador al acto y oponibilidad ante terceros. En buena cuenta, en el sistema declarativo el registro no es creador del derecho, pues es un testigo preferencial de los actos sucedidos en la realidad, sobre los que tomará nota y siempre que medie rogación, evaluará su legalidad antes de proceder a inscribirlos.

No obstante, el registro no es solo un testigo preferencial, pues en muchos casos también actúa como tercero imparcial que aun respetando las reglas del sistema consensual, impone sus propias condiciones si el derecho real de propiedad preexistente desea ser reconocido socialmente y alcanzar su protección.

Para Gonzales Barrón (2016), es evidente que el consenso traslativo se enlaza con el registro y la inscripción declarativa debido a un comprador que se denomina propietario absoluto del bien, aunque no esté inscrito; pero que corre el riesgo teórico que su adquisición se vea amenazada por un tercero que inscribiendo antes que él, sea preferido ante un conflicto de títulos. Por lo tanto, en una situación de normalidad -sin conflictos- el principio consensualista no tendría mayor problema de aplicación al contrato de compraventa como principio generador del derecho real de propiedad. En cambio, en situaciones de concurrencia donde el derecho de los acreedores deriva de un mismo causante, la inscripción declarativa actuará como criterio de preferencia ante el conflicto de títulos.

Particularmente, la opinión del autor citado es acertada hasta cierto punto. En la configuración ontológica y civilista del derecho de propiedad, esta es absoluta y el adquirente

podrá llamarse dueño del bien, -a lo que cabe acotar- siempre que el derecho real nacido del efecto obligacional del contrato de compraventa del cual deriva, le permita ejercer cada uno de sus atributos. Por eso, cuando esta configuración civilista se enfrenta con la realidad no se condicen, ya que esa situación a la que el autor denomina normalidad solo funciona en situaciones teóricas que generan, como no puede ser de otra forma, riesgos teóricos. En tal sentido, la cambiante y actual realidad no nos habla de riesgos teóricos sino de riesgos latentes, que están en espera de suceder si el comprador no es diligente y precavido en sus transacciones.

Por tanto, aun cuando siga rigiendo el consensualismo traslativo, el registro y la inscripción tendrán que operar en armonía con el, no pudiendo desconocer la preexistencia del derecho real de propiedad -un derecho sumamente especial-, y prestando su actuación cuando le sea solicitada, siempre que el acto jurídico o contrato revista la formalidad mínima requerida para la calificación e inscripción del acto traslativo.

Por consiguiente, si la inscripción declarativa y facultativa en una situación de concurrencia de acreedores se convierte en obligatoria y necesaria para alcanzar un título oponible que ayude en la defensa del derecho y del bien adquirido, con mucha mayor razón -la inscripción- es imprescindible para aquellas situaciones de normalidad (sin conflicto) donde el consenso resulta insuficiente para asegurar la adquisición, y donde los contratantes tendrán que estar más vigilantes ante cualquier situación de perturbación en el goce pleno de su derecho.

No es que la propiedad no inscrita no produzca efecto alguno, pues al final de cuentas es importante en la determinación del nacimiento del derecho de posesión<sup>73</sup>. El poseedor se presume propietario, y esa presunción le ayudará a ser propietario por prescripción si cumple con los presupuestos establecidos por el artículo 950 del Código Civil; le ayudará a ser preferido -por criterio de temporalidad- si concurre con otros poseedores (propietarios no inscritos) posteriores a él; e incluso le servirá ante un propietario inscrito pero que actuó de mala fe y para defraudar al sistema.

En suma, la posesión resulta en los casos indicados mucho más importante que la propiedad; sin embargo, la única situación ante la cual decaerá será frente a un tercero registral, es decir, un propietario de buena fe, con título derivativo oneroso y con derecho inscrito.

---

<sup>73</sup> La posesión es un dominio fáctico o de hecho ejercido sobre el bien que genera efectos jurídicos, pues al ser contenido del derecho real sirve de medio para la realización de sus fines principales (usar y gozar). Asimismo, es presupuesto para la creación de otros derechos como la prescripción adquisitiva, usufructo, etc.

#### 4. Bloqueo registral

Es un mecanismo normativo que garantiza la protección y seguridad de los derechos reales. Fue creado mediante Decreto Ley N° 18278 del 19 de Mayo de 1970, cuyo artículo 1 le daba un carácter restringido siendo aplicable sólo aquellos actos y contratos celebrados por las mutuales de Crédito para vivienda, cooperativas y Caja de Ahorros de Lima, el mismo que posteriormente fue modificado por Decreto Ley N° 20198, ampliando su actuación a COFIDE y otras entidades<sup>74</sup>. En la década de los 90', a través del Decreto Legislativo 770<sup>75</sup>, se extiende su ámbito a las entidades y empresas del sistema financiero, y en 1995 mediante Ley N° 26481 se precisan algunos aspectos importantes en cuanto su procedimiento y causas de caducidad del bloqueo. Actualmente se encuentra regulado en el artículo 136 del RIRP, que si bien no lo define, sí acentúa los lineamientos en su procedimiento, sujetos y plazo.

Doctrinalmente, en España, al bloqueo registral se le conoce como reserva de prioridad, cuyo estudio se basa en determinar si es posible anticipar la fecha de prioridad que deriva del asiento de presentación del título, de tal modo que pueda ser una fecha anterior incluso a la del propio título (García García, 1993). Autores nacionales como Cabrera Ydme (2000), lo conceptúa como “un asiento temporal y eventual por cuya virtud, enervándose la eficacia de la fe pública, se reserva una preferencia registral a través de un efecto cierre de partida registral, a favor de un acto o contrato de naturaleza real asegurándosele una posición registral privilegiada que por el momento no puede tener por deficiencias formales del título que lo representa”, Soria Alarcón (2012), lo define como una anotación preventiva que resguarda la eficacia de un derecho real principal o de garantía.

El bloqueo registral es una anotación preventiva de carácter transitorio, cuya finalidad es resguardar o reservar prioridad para un determinado acto jurídico o contrato, asegurando la efectividad del derecho real contenido en ellos y que se encuentra aún pendiente de formalización notarial, dándole un efecto de cierre pasajero a la respectiva partida de propiedad inmueble, frente a otros actos que resulten incompatibles con estos. Una vez inscritos de forma definitiva, sus efectos se retrotraerán a la fecha en la que se anotó el bloqueo.

---

<sup>74</sup> **Artículo 1.** (Texto vigente modificado por el Decreto – Ley N° 20198, del 30 de Octubre de 1973) “Establece el bloqueo en las partidas registrales del registro de la propiedad inmueble y del registro público de Minería a favor de los actos y contratos que celebre COFIDE, las empresas bancarias y financieras, las mutuales de Crédito para vivienda, cooperativas y Caja de Ahorros de Lima, por los que se constituya, amplíe o modifique derechos de propiedad o derechos reales a favor de los mismos”.

<sup>75</sup> Uso del bloqueo registral

**Artículo 181.** “Las empresas y entidades del Sistema Financiero pueden hacer uso del bloqueo registral instituido por el Decreto Ley N° 18278”.

Salvo el caso del bloqueo registral, habitualmente para obtener los beneficios que otorga el principio de prioridad registral, el acto o contrato rogado que desee ser inscrito deberá estar formalizado en un instrumento público listo para ser calificado por el registrador; sin embargo, el bloqueo registral admite la posibilidad que solo con la minuta se pueda ir presentando el acto a calificación, con la finalidad que esta presentación vaya guardando o reservando prioridad mientras se espera la formalización notarial del título. Gracias a esta posibilidad se activarán los beneficios derivados de dicho principio, sin necesidad de la existencia del título formal, la única condición es que el documento (minuta) no presente defectos u obstáculos insalvables, pues el análisis será sobre las formalidades extrínsecas del documento.

Nuestro Tribunal Registral indica que “el bloqueo registral permite anotar preventivamente en el Registro un contrato todavía no formalizado, es decir, cuando solamente se tiene la minuta, ello con la finalidad de reservar su prioridad hasta que se produzca la formalización mediante la instrumentación pública y se solicite la inscripción de la constitución, modificación o extinción del derecho real de que se trate, cuya inscripción retrotraerá sus efectos a la fecha de la anotación del bloqueo respectivo”<sup>76</sup> (Negrita de la autora).

Dicho esto, las características del bloqueo registral son:

- a) Temporalidad, al ser una anotación preventiva, no se trata de una inscripción de carácter permanente y definitivo, pues tiene una vigencia transitoria.
- b) Es eventual, ya que no modifica en forma decisiva la situación jurídica del derecho real contenido en el acto o contrato que le da mérito, pues dicho bloqueo puede no llegar a convertirse en una inscripción definitiva, con lo cual sus efectos no llegarían a desplegarse.
- c) Otorga prioridad, su objetivo es ir guardando el lugar al acto o contrato que lo origina, a fin de impedir el ingreso de otros actos que pudieran perjudicarlo o resultar incompatibles con el acto sobre el cual se reserva prioridad.
- d) Es instrumental, porque sirve al futuro acto o contrato al cual le guarda prioridad. Una vez instrumentalizado e inscrito definitivamente dicho acto o contrato, sus efectos se retrotraen a la fecha y hora de su asiento de presentación, perdiendo vigencia y caducando sin necesidad de un respectivo asiento de levantamiento o cancelación.

---

<sup>76</sup> Resolución N° 1078-2018-SUNARP-TR-L de fecha 10 de Mayo de 2018, fundamento jurídico 4.

- e) Es oponible, debido a que el bloqueo genera un asiento dentro de la respectiva partida de propiedad inmueble denominado “anotación de bloqueo registral” es oponible gracias a la publicidad registral, descartando su falta de conocimiento y efectos frente un tercero registral que invoque el amparo de la buena fe.
- f) Crea un efecto cierre temporal, pues durante 60 días hábiles no podrá inscribirse algún acto o contrato que constituya, modifique o amplíe derechos reales que sea incompatible con el que da mérito a la anotación de bloqueo, y que pueda perjudicar la futura inscripción definitiva del acto. Una vez vencido el plazo, ya sea por caducidad o por ser solicitada por el interesado su cancelación, la partida será desbloqueada, reaperturándose a la presentación e inscripción de cualquier otro acto o contrato.

El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, mediante sus artículos 136 y 137 ha detallado su procedimiento, efectos y actos no inscribibles durante su vigencia. En cuanto su procedimiento<sup>77</sup>, se realiza a través de una solicitud formulada por el notario ante el cual se está extendiendo el instrumento público correspondiente, la misma que contendrá la copia simple de la minuta.

En la calificación registral, el registrador atenderá basándose en el cumplimiento de las formalidades extrínsecas e inexistencia de obstáculos insalvables que figuren en la partida registral y la acreditación del principio de tracto sucesivo. Respecto al primer límite, se calificará el documento que cumpla con las formalidades extrínsecas y no presente obstáculos insalvables, pues si presenta un defecto de fondo será tachado u observado según sea el caso.

Sobre el principio de tracto sucesivo, se trata de verificar la adecuación del acto rogado (bloqueo) con los antecedentes registrales de la partida del bien inmueble. Este principio se encuentra regulado en el artículo VI del Título Preliminar del RGRP y concordado con el

---

<sup>77</sup> **Artículo 136. Anotación de bloqueo registral**

La anotación del bloqueo a que se refiere el Decreto Ley N° 18278 y sus modificatorias se extienden en mérito a la solicitud formulada por el Notario que tiene a su cargo la formalización del acto y a la copia simple de la minuta respectiva.

La solicitud será presentada por el Notario o por su dependiente acreditado, salvo el caso de presentación electrónica realizada de conformidad con la Directiva que regula la presentación electrónica del bloqueo.

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

El bloqueo tiene una vigencia de (60) días hábiles contados a partir de la fecha de su anotación en la partida registral correspondiente. Inscrito definitivamente el acto o derecho cuya prioridad estaba resguardada, su eficacia se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación del bloqueo.

artículo 2015 del Código Civil, mediante el cual ninguna inscripción, salvo la primera, se realiza sin que el acto rogado sea acorde con los ya inscritos y los antecedentes registrales<sup>78</sup>.

Roca Sastre (1995), enfocando el tema en las transferencias de compraventa, indica que este principio procura que en el historial jurídico de cada finca inmatriculada, exista en el derecho de los diversos titulares registrales una cadena de adquisición con título derivativo continuo, cronológico e ininterrumpido, es decir, que cada nuevo titular derive de uno inmediatamente antiguo debidamente inscrito y que ese nuevo titular sea el futuro transferente, de modo que, “el transferente de hoy sea el adquirente de ayer y que el titular registral sea el transferente de mañana” (p. 87).

En efecto, la finalidad de verificar la adecuación del bloqueo con el principio de tracto sucesivo, es debido a que cada acto con vocación a ser inscrito o ya inscrito, debe ser y es correlato directo del acto previo del cual deriva el asiento de inscripción precedente. De esa forma, una vez inscrito el acto o contrato para el cual el bloqueo guarda prioridad, este sea un acto perfectamente continuo y acorde con lo ya inscrito antes e incluso del mismo bloqueo.

De los actos no inscribibles durante la vigencia del bloqueo, principalmente se trata de actos que no sean incompatibles con la solicitud de bloqueo<sup>79</sup>. Como se ha visto la razón de esta disposición legal viene relacionada con el principio de prioridad registral previamente comentado.

Siguiendo a Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (1984), nos explican que el propósito de este principio es conservar un registro limpio e interrelacionado con cada uno de los asientos que conforman la partida registral del bien inmueble, evitando que se inscriban titularidades o actos que sean incompatibles con los ya inscritos. Para lograr este propósito crea un efecto cierre entendido como “una operación meramente formal y técnica: el título que llega primero clausura el registro para el ulterior incompatible (...)” (p.56).

Esta operación técnica se basa en aforismo latino *prior in tempore, potior in iure* (primero en el tiempo, primero en el derecho), que cerraría la partida para actos incompatibles con el ya inscrito o el que está por inscribirse. Sin embargo, este cierre es temporal, pues si el título que está pendiente nunca llega a inscribirse, esto le abre la posibilidad a aquel título de poder ser

---

<sup>78</sup> VI. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

“Ninguna inscripción, salvo la primera se extiende sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana o el acto previo necesario o adecuado para su extensión, salvo disposición en contrario.”

Artículo 2015 del CC.-

“Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana.”

<sup>79</sup> **Artículo 137. Actos no inscribibles durante la vigencia de la anotación del bloqueo registral**

“Durante la vigencia del bloqueo no podrá inscribirse ni anotarse preventivamente ningún acto o derecho, incompatible con aquel cuya prioridad se ha reservado.”

calificado, y de ser el caso, llegar a ser inscrito. Respecto de los títulos ya inscritos, hay que recordar que el registro es una instancia no contenciosa, por lo que al título al cual se denegó el acceso podría ingresar si por vía contenciosa logra la cancelación del acto que se opone a él.

En este contexto, el bloqueo, una vez anotado, tiene una vigencia de 60 días hábiles mientras se espera la formalización del instrumento notarial. Una vez vencido el plazo, dicha anotación caduca de pleno derecho; aunque existe la posibilidad que el mismo interesado sea quién formule su cancelación anticipada, a través de una solicitud con firmas legalizadas por el mismo notario que presentó el bloqueo.

Como se había indicado la Ley 26481 conforme a su artículo 1, amplía el ámbito de aplicación para este mecanismo registral dándole un alcance general. En efecto, gracias a esta modificación el bloqueo registral es a beneficio de actos y contratos celebrados por personas naturales y jurídicas mediante los cuales se constituya o modifique derechos reales a favor de los mismos<sup>80</sup>. En consecuencia, si bien fue un mecanismo que originalmente se creó para dar protección a las diversas entidades del sistema financiero y principalmente para temas hipotecarios, actualmente su aplicación es para todo tipo de actos o contratos celebrados por personas naturales o jurídicas que regulan relaciones jurídicas patrimoniales de carácter inmobiliario, entre ellos la compraventa.

En tal sentido, la solicitud de anotación de bloqueo registral para contratos de compraventa es un nivel más en la protección de la futura adquisición. Esta solicitud de bloqueo se ve reflejada en una cláusula consignada al final de la minuta de compraventa con la finalidad que el notario en la preparación de la escritura pública, solicite previamente, ya sea en forma presencial o virtual, el bloqueo registral con la finalidad de guardar y reservar prioridad a dicho acto, mientras él concluye con la formalización del instrumento protocolar.

El objetivo es asegurar y proteger la futura inscripción de la compraventa, ya que una vez que llegue el instrumento notarial este adquirirá la fuerza y vigencia que le ha estado reservando su respectiva anotación de bloqueo y que gracias a la publicidad registral será notorio y con efecto *erga omnes*.

En resumen, lo tratado a lo largo de estos capítulos demuestra -pese al espiritualismo del sistema de transferencia de bienes inmuebles- la importancia que tiene la escritura pública como formalidad voluntaria para celebrar, concluir y perfeccionar el contrato de compraventa.

---

<sup>80</sup> **Artículo 1 de la Ley N° 26481**

“Establécese el bloqueo de las partidas registrales de los Registros Públicos, a favor de las personas naturales o jurídicas que lo soliciten, por los actos y contratos que celebren en virtud de los cuales se constituya, amplíen o modifiquen derechos reales en favor de los mismos”.

Es evidente, que tanto a nivel contractual como registral, su ámbito de protección es mucho mejor que un mero o simple contrato y si a ello le agregamos los beneficios derivados de la inscripción registral, da como resultado seguridad en su dimensión estática como dinámica generando mayor confianza en el sistema establecido, circulación de la riqueza y crecimiento económico para el país.

Por ello no es de extrañar que el lema de Registro Públicos sea: protegemos lo que tanto te costó, pues es precisamente esta institución la llamada a ser un agente de cambio y protección en todas y cada una de las actividades de relevancia jurídica realizadas por los particulares.



## Conclusiones

**Primera.** El contrato, pese a no ser un concepto moderno, sigue siendo la herramienta jurídica más importante y representativa del ámbito comercial puesta al servicio del hombre para la ordenación de sus propios intereses y el desarrollo de sus actividades económicas. Como mecanismo ontológico del mercado, es un nexo entre los pares y la adquisición de los bienes existentes, erigiéndose sobre el la creación de la riqueza, el crecimiento y la dinamización de las sociedades.

**Segunda.** Nuestro sistema de transferencia de bienes inmuebles de corte francés, pese a las múltiples controversias, es el sistema imperante actualmente. Sistema que si bien requiere algunas precisiones, para ser entendido necesita ser analizado en conjunción con otras normas sustantivas e instituciones que componen el ordenamiento peruano, tales como el notariado, el registro público y los principios que sustentan a cada uno de ellos. Este análisis macro es lo que permitirá que los contratantes al momento de celebrar un contrato de compraventa, piensen más allá que en la celeridad que brinda el principio consensualista y la libertad de formas, dotando a sus transacciones de mecanismos y formalidades que resulten más eficaces en la protección y aseguramiento de su derecho.

**Tercera.** El derecho contractual peruano es el dominio de la voluntad y del consensualismo, y por consiguiente de la libertad de formas, convirtiendo a los contratos formales en la excepción. Si bien esta formalidad puede ser normada o establecida por ley, la voluntad como la reina, puede también volver formales aquellos contratos que por determinación legal no lo son. En ese sentido, la autonomía de la voluntad permite que sean las partes quienes decidan la forma a través de la cual se expresará su contrato, autoimponiéndose una determinada formalidad para que éste quede concluido. A esta formalidad se le denomina formalidad voluntaria solemne.

**Cuarta.** Para que esta formalidad tenga cabida como requisito indispensable de validez en el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles, es necesario que exista un pacto celebrado de forma anticipada y por escrito que ayude a conocer y establecer con claridad los límites de las obligaciones nacidas de dicho contrato, evitando la toma de decisiones precipitadas, dándoles madurez y facilitando su ejecución.

**Quinta.** Asimismo, el pacto ayuda a reducir litigios pues se tiene claro el contenido de programa contractual y el sentido de la voluntad en él expresada, da orden a las relaciones jurídicas enfocándose en la seguridad jurídica; finalmente, al constar por escrito y siguiendo un orden entre las cláusulas y estipulaciones negociales, existe un mayor sentido de obligación y vinculación entre ellas y los contratantes, resultando difícil el querer desligarse.

**Sexta.** Si bien podría ser más fácil celebrar el contrato verbalmente o a través de cualquier otra forma que brinde menor onerosidad, más agilidad, rapidez y dinamismo, los beneficios de la forma escrita siempre serán mayores frente al peligro que implican sus “desventajas”.

**Sétima.** Bajo estos lineamientos se enmarca el contrato de compraventa de bienes inmuebles, que al hacer referencia a una forma escrita, se ha de entender cualquiera de sus variantes, ya sea un contrato privado o una escritura pública o cualquier otra que sea apta para dar seguridad jurídica al contrato. Aquí es donde cobra importancia la elección de la escritura pública como formalidad voluntaria solemne, cuya formalidad será establecida por las partes de común acuerdo -debido a su autonomía privada-, siendo en su esencia voluntaria, pero que en su cumplimiento será obligatoria y vinculante. Como forma solemne será un requisito de validez, cuya inobservancia acarreará *ope legis* la nulidad del acto, salvo prueba en contrario, en cuyo caso revestirá un carácter probatorio (forma *ad probationem*).

**Octava.** No se debe confundir forma con formalidad, pues esta última es la solemnidad que debe recubrir la forma escrita. La formalidad podrá ser un simple contrato privado, una escritura pública o hasta la inscripción en el registro público, todo dependerá del alcance que tenga el contrato en la protección de los derechos.

**Novena.** Es importante que los contratantes encaminen su voluntad negocial no sólo para elegir libremente a su cocontratante, o si deciden contratar o el contenido del mismo, sino que también sepan guiar dicha voluntad para elegir una forma que sea la más adecuada e idónea para expresar su voluntad. Por lo tanto, si el legislador no impone una forma específica para la celebración de contrato, no hay razón por la cual las partes deban hacer pender su negocio de formas tan inseguras que no suscitan la protección de su derecho.

**Décima.** El consensualismo es un aliado en la configuración del derecho real de propiedad, el mismo que nace del efecto obligacional derivado del contrato de compraventa, que pese a tener una prestación de contenido real, no deja de tener o generar efectos obligacionales, y que si en virtud de la autonomía ya se ha decidido u optado por una forma escrita, especialmente por la escritura pública; es esa misma autonomía la que permitirá acceder al registro y otorgar al derecho adquirido ese carácter *erga omnes* tan importante en el comercio actual, siendo la inscripción del derecho adquirido el paso final en la búsqueda de la seguridad jurídica estática y dinámica.

**Décimo primera.** Si bien la inscripción, en principio, no es parte del íter transmisivo del derecho real de propiedad, pues este se constituye fuera del Registro; su importancia radica en su eficacia defensiva y ofensiva. Es defensiva debido a la presunción de exactitud, brindando al propietario inscrito de un título eficaz que dar por cierta y acredita su titularidad actual - salvo prueba en contrario- y por el tiempo que él decida ser dueño del bien. Y es ofensiva pues una vez inscrito ayuda en la conservación del derecho y del bien adquirido haciéndolo, gracias a la publicidad registral, oponible *erga omnes*. Esta doble importancia vuelve a la inscripción registral necesaria e imprescindible.

**Décimo segunda.** La escritura pública debe ser promovida como un instrumento de formalidad solemne convencional, pues sólo a través de ella, se logra la protección no solo contractual sino también registral que tanto necesita su contenido patrimonial.

**Décimo tercera.** El bloqueo registral es un grado más en la protección del derecho y del bien a adquirir, pues como mecanismo normativo tiene como necesidad de facilitar la contratación inmobiliaria a través de la dinamización del tráfico jurídico, dando seguridad y fomentando un clima propicio para las transacciones y el crecimiento de la inversión privada y del país en general.



## Referencias Bibliográficas

### Libros

- Amado Ramírez, E. (2017). *El Derecho Notarial y Registral en la era digital*. Vol. 1. Lima: Ediciones Legales.
- (2017). *El Derecho Notarial y Registral en la era digital*. Vol. 2. Lima: Ediciones Legales.
- Ausejo Gutiérrez, Z. (2007). *El contrato de compraventa en el código civil peruano: nociones generales, sujetos del contrato y elementos*. Lima: MFC Editores.
- Bigio Chrem, J. (1985). *La compra venta y la transmisión de propiedad*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cabanellas de Torres, G. (1998). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. 26<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabrera Ydme, E. (2000). *El procedimiento registral en el Perú*. Lima: Palestra Editores.
- Caicedo Escobar, E. (2001). *Derecho Inmobiliario Registral*. 2<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis.
- Cárdenas Quirós, C. (2004). Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble. En J. De Belaunde López de Romaña, A. Bullard González, L. Pizarro Aranguren, & C. A. Soto Coaguila (Edits.), *Homenaje a Jorge Avendaño* (pp. 745-752). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- Castillo Freyre, M. (1995). *El bien materia del contrato de compraventa: algunas consideraciones preliminares sobre el contrato de compraventa y estudio*. Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2002). *Comentarios al contrato de compraventa: análisis detallado de los artículos 1529 al 1601 del Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo Freyre, M. (2003). *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Ediciones Legales.
- Cornejo, A. (1994). *Derecho Registral*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores.
- Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (1989). *Sistema de Derecho civil*. Tomo I (11<sup>a</sup> ed). Vol. II. Reimp. 2017. Madrid: Tecnos.
- (1989). *Sistema de Derecho civil*. Vol. I. Reimp. 1990. Madrid: Tecnos.
- Diez-Picazo, L. (1979). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo 1. Madrid: Tecnos.

- Ehrenberg, V. (2003). *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. (A. P. Pedrón, Trad.) Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- García Calderón, F. (1860). *Diccionario de la legislación peruana*. Tomo I. Lima: Imprenta del Estado.
- Gattari, C. (2011). *Manual de Derecho Notarial*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Giménez Arnau, E. (1976). *Derecho notarial*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra.
- Gonzales Barrón, G. (2002). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores.
- Gonzales Barrón, G. (2012). *Derecho Registral y Notarial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores SA.
- (2015). *Los derechos reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- (2016). *Derecho Notarial. Temas actuales*. 2ª ed. Lima: Jurista Editores.
- (2016). *Los principios registrales en el conflicto judicial*. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gutiérrez Jerez, L. (2009). *Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa*. Madrid: Reus.
- Herrera Cavero, V. (1987). *Derecho Registral y Notarial*. Lima: Raisol.
- Huerta Ayala, O. (2013). *La problemática de la Buena Fe del Tercero Registral*. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Lacruz Berdejo, J. y Sancho Rebullida, F. (1984). *Derecho Registral Inmobiliario*. Barcelona: Bosh.
- Lacruz Berdejo, J., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (2003). *Elementos de Derecho Civil III bis: Derecho Inmobiliario Registral*. 2ª ed. Madrid: Dykinson.
- Larroumet, C. (1999). *Teoría general del contrato*. Vol. 1. Bogotá: Temis.
- López de Zavalía, F. (1997). *Teoría de los contratos. Parte General*. 4ª ed. Buenos Aires: Zavalía Editor.
- López Santa María, J. (2005). *Los contratos. Parte General*. Tomo I (4ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica Chile.
- Messineo, F. (2007). *Doctrina general del contrato*. 1ª ed. (R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Trad.). Lima: Ara Editores.
- Moisset de Espanés, L. (2003). *Publicidad Registral*. 3ª ed. Buenos Aires: Zavalía Editor.

- Montoya Manfredi, U. (1970). *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Moreyra García Sayán, F. (2005). *El acto jurídico según el Código Civil peruano: curso teórico, histórico y comparativo*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (1994). *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Santa Fé: Temis.
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Libros.
- Roca Sastre, M. (1995). *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosh Casa Editorial
- Salvat, R. (1923). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Mendez .
- Soria Alarcón, M. (2012). *Registros Públicos. Los contratos con publicidad: un recorrido a los 28 años de vigencia del Libro IX del Código Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Tambini Ávila, M. (2006). *Manual de Derecho Notarial*. Lima: Nomos & Thesis.
- Torres Vásquez, A. (2015). *Acto Jurídico*. Vol. 1 (Quinta Edición). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Villavicencio Cárdenas, M. (2009). *Manual de Derecho Notarial*. Lima: Jurista Editores.

### Artículos

- Castañeda Peralta, J. (1970). El contrato de compra-venta: generalidad. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Año XXXIV.
- Fortich, S. (julio-diciembre de 2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, (23), 191-207.
- Gonzales Barrón, G. (2011). Constitución y principios registrales. *Revista Jurídica del Notariado*, (78), 304-310.
- Leyva Saavedra, J. (2008). Forma y Formalismo contractual. *Revista Esden*, (4), 10-28.
- Martinic Galetovic, M. y Reveco Urzúa, R. (2005). Las formalidades voluntarias. *Revista Jurídica UCES*, 9-23.
- Ninammanco Córdova, F. (julio de 2015). La configuración de la compraventa de bien ajeno: críticas a la doctrina dominante. *Actualidad Civil*, 13, 80-112,
- Northcote Sandoval, C. (Primera quincena de Julio de 2013). Consideraciones sobre la transferencia de propiedad. *Actualidad Jurídica*, (282), VII-1-VII-4.

## Recursos electrónicos

- Arnaiz Ramos, R. (abril-junio de 2004). La determinación del objeto de los derechos de propiedad inmobiliaria, como presupuesto para la eficacia de su protección. *En cuadernos del Seminario Carlos Hernandez Crespo, Portal de los Registradores de Madrid*, (2). Recuperado de: <https://www.registradoresdemadrid.org/revista>.
- Castillo Freyre, M. y Cortez Pérez, C (2009). *La forma del contrato*. Recuperado de [http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/147\\_La\\_forma\\_en\\_los\\_contratos.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/147_La_forma_en_los_contratos.pdf).
- Fernández Cruz, G. (1987). La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. *Derecho PUCP*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6633>.
- García García, J. (noviembre-diciembre de 1994). La función registral y la seguridad de tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2241-2309. Recuperado de <https://studylib.es/doc/7067052/la-funci%C3%B3n-registral-y-la-seguridad-del-tr%C3%A1fico-inmobilia...>
- Ghestin, J. (julio de 2017). La fuerza obligatoria del contrato. *Ius Et Veritas*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14806>.
- Hernández Gazzo, J. (1993). Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores. *Ius et Veritas*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15409/15861>.
- Oropeza Barboza, A. (s/f). La seguridad jurídica en el campo del Derecho Privado. *Revista de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*. (2), 62-80. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica-libre-puebla/article/download/570/520>.
- Pérez Luño, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Recuperado desde: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>.
- Sagüés, N. (1997). Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica. *Revista Pensamiento Constitucional*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3303>.
- Zavala Toya, S. (1994). Las presunciones en el derecho civil. *Derecho PUCP*, (48). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6715>

## Ponencias

- García García, J. (1993). “*La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*”. En: Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional del Derecho Registral. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales. J. San José S.A. Madrid.