



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**“LA PROTOCOLIZACIÓN OBLIGATORIA DE LOS
DOCUMENTOS PRIVADOS DE TRANSFERENCIA
DE BIENES INMUEBLES, PROPORCIONA
SEGURIDAD JURÍDICA”**

Tesis para optar por el título profesional de:
Abogado

Autor:

Br. Víctor Hugo González Collazos

Asesora:

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga

Trujillo- Perú
2016

DEDICATORIA

A Dios y a la Virgen María por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado la vida para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mi esposa Milagritos, por estar siempre a mi lado, brindándome todo su amor, entrega, dedicación, conocimiento y sobre todo tenerme mucha comprensión y paciencia durante estos años de mi vida quien es una pieza clave en mi desarrollo profesional.

A mis padres, que están en la gloria del señor; por los ejemplos de perseverancia y constancia que los caracterizaron y que me han infundado el valor para salir adelante pese a tener obstáculos y por su amor que me mostraron en todo momento.

AGRADECIMIENTO

A la Dra. **María del Carmen Altuna Urquiaga**, porque gracias a su paciencia, tiempo y conocimientos me permitió concluir de manera satisfactoria la presente investigación.

A mi alma mater la **Universidad Privada del Norte**, porque gracias a esta casa de estudios he concluido de manera digna mi carrera de Derecho y Ciencias Políticas.

A los **notarios de la provincia de Trujillo**, que hicieron que esta investigación se concluya con resultados positivos y al tiempo que me dieron al momento de la entrevista que les realice.

APROBACIÓN DE LA TESIS

La asesora y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **Víctor Hugo Gonzalez Collazos**, denominada:

**“LA PROTOCOLIZACIÓN OBLIGATORIA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS
DE TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES, PROPORCIONA SEGURIDAD
JURÍDICA”**

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga
ASESORA

Dra. Lucy Jesús Díaz Plasencia
JURADO
PRESIDENTE

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga
JURADO

Dr. Gonzalo Cruz Sandoval
JURADO

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo principal determinar si, la protocolización obligatoria en sede notarial de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, proporciona seguridad jurídica, para realización se ha empleado como técnica una entrevista con preguntas abiertas a cuatro notarios colegiados de la provincia de Trujillo, de los cuales cuatro están a favor de que los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles deben tener un protocolo notarial obligatorio, pero, con su respectivo reglamento para evitar ilegalidad e inseguridad jurídica, mientras que uno de ellos refirió que no es necesario debido a que esta protocolización ya se encuentra legislada en la norma. En los resultados de acuerdo a la doctrina se encontró que incide sobre las obligaciones y derechos de los vendedores y compradores, pero, en ninguno profundiza acerca de la seguridad jurídica que los documentos privados de transferencias de inmuebles pueden presentarse al ser oponible a terceros. También, en los resultados de la legislación vigente se comprobó que no existen mecanismos suficientes en la protección de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, porque la ley misma hace que estos documentos se vean perjudicados ante otros de mayor legalidad, en la parte del Código Civil en la que establece la concurrencia de acreedores.

Por lo tanto se ha comprobado que la protocolización obligatoria de los documentos privados, si proporcionan seguridad jurídica ante terceros de mala fe.

PALABRAS CLAVES: Seguridad Jurídica, Protocolo Notarial, Documentos Privados y Bienes Inmuebles.

ABSTRACT

The present investigation had as main objective to determine if, the obligatory protocolización in notarial headquarters of the private documents of transfer of goods properties, provides artificial security, for realization it has been used as technique an interview with questions open to four collegiate notaries of the county of Trujillo, of which four are in favor of that the private documents of transfer of goods properties should have an obligatory notarial protocol, but, with its respective regulation to avoid illegality and artificial insecurity, while one of them referred that it is not necessary because this protocolización is already legislated in the norm. In the results according to the doctrine was found that it impacts on the obligations and the salespersons' rights and buyers, but, in none it deepens about the artificial security that the private documents of transfers of properties can be introduced to the exceptionable being at third. Also, in the results of the effective legislation he/she was proven that enough mechanisms don't exist in the protection of the private documents of transfer of goods properties, because the same law makes that these documents are harmed before others of more legality, in the part of the Civil Code in the one that establishes the concurrence of creditors.

Therefore he has been proven that the obligatory protocolización of the private documents, if they provide artificial security before third of bad faith.

KEY WORDS: Artificial security, Notarial Protocol, Private Documents and Goods Properties.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | Pág. |
|---|------|
| DEDICATORIA..... | i |
| AGRADECIMIENTO..... | ii |
| APROBACIÓN DE LA TESIS..... | iii |
| RESUMEN | iv |
| ABSTRACT | v |
| ÍNDICE | vi |
| INFORME..... | x |
| CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1. Problema de Investigación..... | 1 |
| 2. Objetivos..... | 8 |
| 3. Marco Teórico..... | 9 |
| 3.1. Los Documentos Privados..... | 9 |
| 3.1.1. Definición del Documento Privado | 9 |
| 3.1.2. Naturaleza Jurídica | 9 |
| 3.1.3. Elementos de los Documentos Privados | 10 |
| 3.1.4. Diferencias entre el Documentos Públicos y el documento privado | 11 |
| 3.1.5. Efectos de los Documentos | 12 |
| 3.1.6. El Carácter Funcional del Documento | 18 |
| 3.1.7. Implicancias jurídicas negativas del documento privado | 19 |
| 3.2. Transferencias de Bienes Inmuebles | 23 |
| 3.2.1. Transferencias de Bienes Inmuebles..... | 23 |

| | | |
|--------|--|----|
| 3.2.2. | Antecedentes de la Transferencia de Inmuebles | 27 |
| 3.2.3. | Clases de Sistemas de Transferencias de Bienes | |
| | Inmuebles | 29 |
| 3.2.4. | La Imperfección del Artículo 949° y la Inscripción | |
| | Excepcional del artículo 1135° | 63 |
| 3.2.5. | Desventajas del Sistema Consensual..... | 66 |
| 3.2.6. | Teoría del Título y del Modo | 68 |
| 3.2.7. | Objeto de la Transferencia de un Bien Inmueble | 71 |
| 3.2.8. | Sujetos que Intervienen en la Transferencia de Bienes | |
| | Inmuebles | 72 |
| 3.2.9. | La Formalización del Documentos Privado de Bien | |
| | Inmueble | 74 |
| 3.3. | La Función Notarial | 75 |
| 3.3.1. | Funciones del Notario Público | 75 |
| 3.3.2. | Requisitos para ejercer la Función notarial..... | 81 |
| 3.3.3. | Deberes del Notario Público | 83 |
| 3.3.4. | Obligaciones del Notario Público | 85 |
| 3.3.5. | Prohibiciones del Notario Público | 88 |
| 3.3.6. | Derechos del Notario Público..... | 94 |
| 3.4. | Protocolo Notarial | 96 |
| 3.4.1. | Definición del Protocolo Notarial Obligatorio..... | 96 |
| 3.4.2. | Importancia del Protocolo Notarial | 98 |
| 3.4.3. | Principios de la Matricida, Conservación y Perpetuidad | 98 |
| 3.4.4. | Clases de Protocolos Notariales | 99 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 3.4.5. | Características del Protocolo Notarial..... | 102 |
| 3.4.6. | Disposiciones especiales para la Producción y Conservación del Protocolo Notarial..... | 102 |
| 3.5. | La Seguridad Jurídica..... | 103 |
| 3.5.1. | Definición de Seguridad Jurídica | 103 |
| 3.5.2. | Principio de Seguridad Jurídica | 104 |
| 3.5.3. | La Seguridad del Tráfico Jurídico | 106 |
| 3.5.4. | La Seguridad de las Transacciones facilitó el Desarrollo de Occidente..... | 107 |
| 3.5.5. | Definición de Seguridad Jurídica Notarial | 109 |
| 3.5.6. | Relación del Derecho Notarial y la Seguridad Jurídica | 110 |
| 3.5.7. | El Protocolo como Garantía de Seguridad Notarial | 110 |
| 3.5.8. | Ventajas de la Seguridad Jurídica en un Protocolo Notarial . | 111 |
| 3.5.9. | Análisis Jurídico Doctrinal de la Certeza y Seguridad Jurídica en el Instrumento Público | 112 |
| 3.5.10. | La Seguridad Jurídica siempre ha existido, lo que pasa es que hoy está de moda. La que si no paso de moda, es la Escritura Pública..... | 113 |
| 3.5.11. | La Seguridad Jurídica desde las Sentencias del Tribunal Constitucional y la Doctrina | 114 |
| 3.5.12. | La Seguridad Jurídica y el Formulario Registral desde las Sentencias del Tribunal Constitucional | 117 |
| 3.5.13. | Los Grados de la seguridad Jurídica | 121 |

| | |
|---|-----|
| 3.5.14. Contraposición de los Principios de la Libertad Contractual y Seguridad Jurídica | 124 |
| CAPÍTULO II: | 129 |
| Hipótesis..... | 129 |
| CAPÍTULO III: MATERIALES Y MÉTODOS..... | 133 |
| 4.1. Tipo de investigación | 133 |
| 4.1.1. Según el propósito | 133 |
| 4.1.2. Según el diseño de investigación..... | 133 |
| 4.1.3. Diseño de investigación | 133 |
| 4.2. Material de estudio | 133 |
| 4.2.1. Población | 133 |
| 4.2.2. Muestra..... | 133 |
| 4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos | 133 |
| 4.3.1. De recolección de información..... | 133 |
| 4.3.2. De procesamiento de información | 134 |
| 4.4. Diseño de Contrastación | 134 |
| CAPÍTULO IV: RESULTADOS..... | 135 |
| CAPÍTULO V: DISCUSIÓN..... | 139 |
| CONCLUSIONES..... | 152 |
| RECOMENDACIONES | 154 |
| FUENTES DE REFERENCIA..... | 155 |
| ANEXOS | 158 |

INFORME DE TESIS

DATOS PRELIMINARES.

Facultad:

Facultad De Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada
del Norte

Carrera Profesional:

Derecho y Ciencias Políticas

Título de la investigación:

**“LA PROTOCOLIZACIÓN OBLIGATORIA DE LOS DOCUMENTOS
PRIVADOS DE TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES,
PROPORCIONA SEGURIDAD JURÍDICA”**

Autor(es):

- **Víctor Hugo González Collazos**
- **Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas**
 - vicogon1975@hotmail.com

Asesor:

- **DRA. MARÍA DEL CARMEN ALTUNA URQUIAGA**

Alcance:

La presente investigación desde el ámbito del Derecho busco que la protocolización de los documentos privados en la transferencia de bienes inmuebles, sea obligatoria ante el notario público, a fin de proporcionar seguridad jurídica a las partes contratantes en dichos documentos con el objeto de dar fe de la existencia del documento privado dentro de un protocolo notarial.

En ese sentido esta investigación estableció las consecuencias jurídicas negativas que acarrea no protocolizar los documentos privados incluidas minutas en la transferencia de bienes inmuebles.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad Problemática

La transferencia de bienes inmuebles es uno de los actos jurídicos con mayor demanda en los últimos tiempos, la libre contratación de las partes y sus diversas regulaciones han originado que las mismas, busquen otras alternativas de solución a la falta de seguridad jurídica que hoy existe, sobre todo en los documentos privados y minutas que no son elevadas a escrituras públicas, sino que se formalizan con la sola voluntad de las partes en un documento privado y/o minuta de transferencia de bien inmueble, caso contrario con lo que sucede con las transferencias vehiculares ya que hoy en día al celebrarse un contrato y/o documento privado de vehículo ante notario público, este se encuentra en la obligación de protocolizarlo tal como lo establece el Decreto Supremo N° 036-2001-JUS que establecen las disposiciones aplicables a la transferencia de propiedad de vehículos automotores a que se refiere el art. 36° del Reglamento de las Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular y producto de esta modificación de esta norma lo que se ha generado es que las estafas o los actos de mala fe para que con este contrato prácticamente desaparezcan, ya que se ha reducido casi de manera absoluta las denuncias con respecto a este acto jurídico, por lo tanto la responsabilidad recae de manera absoluta en el notario al encontrarse obligado a protocolizar estos documentos.

Es así, de que hoy en día ha surgido la pregunta del porqué estos documentos privados de transferencia de bienes inmuebles no

pueden ser protocolizados dentro de un protocolo notarial debidamente ordenado y cautelado tal como sucede en otras clases de documentos que la nueva ley del notariado peruano Decreto Legislativo N° 1049 establece que se protocolicen, es así que el notario público peruano, a través de su misma norma no se encuentra facultado de manera constitutiva y literal de protocolizar dichos documentos privados, por lo que solo está facultado es legalizar las firmas de las partes contratantes y entrega un original del documento privado a cada una de ellas, sin que exista la obligación del notario de garantizar la existencia de este documento privado, ante una posible pérdida, robo, deterioro del documento o mala fe de una de las partes, lo cual origina una absoluta inseguridad jurídica para cualquiera de los contratantes.

El problema justamente radica cuando cualquiera de las partes extravían o deterioran por el tiempo los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, que han sido debidamente legalizados por el notario, en el sentido que al no ser estos documentos cautelados por el notario público dentro de un protocolo, no tendrían como demostrar que existió obligaciones en ese documento en el tiempo y espacio, confiándose solamente en la buena fe de las partes contratantes, es decir si surgiera la mala fe de una de las partes contratantes ante estos hechos o ante un conflicto de intereses de cualquiera de ellos, no se podría demostrar la existencia de dicho documento privado y sus obligaciones, ya que éste no se encuentra debidamente resguardado dentro de un protocolo notarial.

Este problema se ve reflejado dentro de una oficina notarial cuando una de la partes, ya sea comprador o vendedor se acercan a la oficina del notario quien legalizo las firmas del documento privado de transferencia de bienes inmuebles, a solicitar una copia del

documento privado antes referido que habían celebrado tiempo atrás, y se da con la sorpresa que dicha solicitud no se la pueden cumplir, en el sentido que al ser un documento privado cada uno se queda con su copia, debido a que el notario público peruano no encuentra obligado a resguardar o cautelar dentro de un protocolo notarial el documento privado de transferencia de bienes inmuebles, por lo que genera un malestar del cliente o usuario por que se sentía desprotegido jurídicamente y no tenía como reclamar su derecho o ser oponible ante un tercero de mala fe.

Así también, este mismo documento privado no tendría como ser oponible a terceros, ante una eventual Concurrencia de Acreedores regulada en el artículo 1135° del Código Civil, ya que dichos tipos de documentos fueron extraviados o deteriorados, por lo que no se podría solicitar una posible anotación preventiva en los Registros Públicos de Predios, o un bloqueo registral si fuera necesario, tal como lo establece el artículo 1º, de la Ley 26481, y su modificatoria de la Ley 18278, a fin de salvaguardar los derechos patrimoniales como propietarios del bien inmueble adquirido.

En ese sentido teniendo en cuenta que prima sobre todo la seguridad jurídica para las partes al celebrar cualquier acto jurídico, más aún cuando se trata de transferencia de bienes inmuebles mediante documentos privados, es necesario que el Estado asuma su rol protector, brindando alternativas, como la que ahora se propone, tal es la modificación del Código Civil y La Ley Del Notariado Decreto Legislativo N° 1049, a fin de que estos documentos el notario público lo protocolice de manera constitutiva y no declarativa de las partes, tal como está establecido en la actualidad en nuestra legislación peruana.

Ahora hay que tener en cuenta que en los documentos privados, carecen de tres características o requisitos importantes los cuales tendrán, que regularse al momento de ser protocolizados en escritura pública ante un notario público:

- a) **El Acto rogatorio del documento**, en toda minuta existe este acto rogatorio por el cual el notario se ve obligado a elevar las minutas a escritura pública de cualquier índole, pero ¿Qué pasa en un documento privado? esto no existe. Ante esta carencia de este acto rogatorio en dichos documentos, es necesario que al momento de elevarse a un protocolo notarial se redacte una cláusula adicional, en donde se establezca este acto rogatorio y adquiera una formalidad legal y segura tanto para las partes contratantes como para el notario público.

- b) **Falta de autorización de Abogado de documento privado:** La mayoría de este tipo de documentos se encuentran siempre sin autorización de un letrado como son los abogados, sobre todo los documentos privados antiguos, en ese sentido se tendrá que buscar una solución legal, a efecto que el notario público pueda protocolizar este tipo de documentos privados, sin ningún problema y con el objeto de darle mayor relevancia jurídica, ya que el contenido deberá estar autorizado por un abogado colegiado.

- c) **Pago de Impuestos:** En el presente caso se tendrá que implementar un procedimiento por el cual estos documentos privados y minutas, puedan cumplir con la obligación de pagar los impuestos que se requieran, al momento de elevarse a un protocolo notarial, ya que los notarios son filtros del pago de estos impuestos llámense predial, alcabala o renta, y no se

dificulte la libre contratación de este negocio jurídico en la transferencia de bienes inmuebles.

1.2. Formulación del problema

¿DE QUE MANERA LA OBLIGATORIEDAD DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS DE TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES EN SEDE NOTARIAL, INCIDE EN LA SEGURIDAD JURÍDICA DE ESTOS?

1.3. Justificación del problema

a) **Criterio Teórico:** Cubrir una necesidad en la actual coyuntura de nuestra nación, en que todas las personas buscan la seguridad jurídica al realizar determinados negocios jurídicos, como son los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, es así que la sociedad a través del Estado ha elegido a uno entre sus ciudadanos, al que lo ha dotado de la facultad de ser testigo de la existencia de estos documentos privados, quien conservará fielmente la verdad de las obligaciones acordadas en este tipo de actos jurídicos. Es así que el Estado en su rol protector de proporcionar seguridad jurídica a la sociedad, atribuye esta función al notario público en beneficio no sólo de las personas que solicitan su participación para que puedan actuar conforme a ley,¹ sino que de alguna manera constituye un verdadero apostolado en la sociedad, llegando a sostenerse que sin notarios competentes y honorables muchísimas personas serían víctimas diarias de abuso y de engaño; pero debido a que nuestra legislación aún no se encuentra acorde con nuestra realidad, pues existen muchos

¹ Allan Machado Ramírez – Abogado notario de la república de Costa Rica - **sábado, 8 de agosto de 2009** - <http://inforlegal.blogspot.com/2009/08/derecho-notarial.html>

vacíos jurídicos que hacen que este tipo de documentos privados sean inseguros, al momento de celebrarse, ya que éstos no son susceptibles de ser protocolizados por el notario público de manera constitutiva, por lo que acarrea una inseguridad jurídica a las partes contratantes.

Asimismo, se tiene que tener en cuenta que toda minuta, es por excelencia un documento privado al no elevarlo a un protocolo notarial, por lo que también estas minutas no brindan seguridad jurídica entre los contratantes. En ese sentido no bastaría sólo establecer que para la compra venta de inmuebles, es necesario minutas con legalización de firmas, sino que se debería elevarla a un protocolo notarial, de manera constitutiva u obligatoria y así de esta manera se eliminarían todos los documentos privados inseguros; del mismo modo debe haber una obligación absoluta a los contratantes para protocolizar este tipo de documentos privados, al momento de celebrar estos actos jurídicos que son diarios en todo el Perú.

- b) Criterio Aplicativo o Práctico:** Este criterio trata de proponer la necesidad de modificar el Código Civil y el Decreto Legislativo N° 1049, Nueva Ley del Notariado Peruano, en el sentido, que si bien el Estado otorga seguridad jurídica a todos los ciudadanos de nuestra sociedad para que puedan ejercitar sus actividades con medios de seguridad que le permitan lograr el fin que persigue, como sentirse seguros al celebrar documentos privados, minutas y escrituras públicas de transferencia de bienes inmuebles, a través de los notarios públicos a quienes se les ha encomendado la misión de dar fe de todos aquellos actos y contratos que ante él se practiquen o celebren, certificando hechos, esto es, revistiendo de presunción de verdad a todas aquellas manifestaciones de voluntad de las

partes y actuaciones que crean, modifiquen o extingan derechos u obligaciones, o que preparen los medios para obtener tales efectos jurídicos.

Pero es el caso que en nuestra legislación aun no proporciona esta seguridad jurídica, porque los documentos privados en la actualidad sólo pueden ser protocolizados por los notarios de manera facultativa, lo que acarrea que se vuelva inseguros este tipo de documentos privados, entonces el problema es plantear que la compra de inmuebles sea constitutiva y no facultativa, tal como ocurre hoy en día con las transferencias de vehiculares, que brindan una seguridad jurídica absoluta a las partes, al momento de celebrarse en una notaría, estando obligados los notarios a elevarla a un protocolo notarial, es decir cautelarlo o resguardarlo dentro de oficina notarial e inscribirlo en registro correspondiente, evitándose de esta manera las estafas, fraudes u otro ilícito penal.

- c) Criterio Valorativo:** La trascendencia del presente trabajo de investigación, es justamente establecer la necesidad de incorporar dentro de un protocolo notarial a los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, a fin de evitar los conflictos jurídicos que se podrían originar al no ser cautelados o protocolizados notarialmente, ya sea como un registro aparte o dentro de uno ya existente. Asimismo los contratantes podrán sentirse protegidos, para realizar su documento privado de manera más confiable y se evitarían los futuros fraudes con la administración pública y la desconfianza entre las partes al celebrar su acto jurídico en un oficio notarial.

- d) Criterio Académico:** Con la presente investigación se pretende identificar las consecuencias jurídicas, que acarrea el carácter

facultativo de la compra venta de inmuebles, es decir la no protocolización de los documentos privados de transferencia de inmuebles de manera obligatoria, dentro del protocolo notarial. Asimismo, se debe resaltar, que no se pretende limitar la libre contratación y menos generar que la manifestación de voluntad de las partes sea nula en este tipo de actos jurídicos, sino lo que se busca es proporcionar seguridad en el negocio jurídico de las partes, es así que la presente investigación sólo busca protocolizar este tipo de documentos privados de transferencia de inmuebles, para evitar más carga procesal y un conflicto de interese en tres las partes.

1.3. Limitaciones

En la presente tesis de investigación la limitación que se encontró, es al aplicar las entrevistas a los notarios de la provincia de Trujillo, éstos tenían una agenda recargada o estaban de viaje, por lo que era difícil coincidir con ellos, para realizar este trabajo de campo.

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo General

Determinar si la protocolización obligatoria en sede notarial de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, proporciona seguridad jurídica.

2.2. Objetivos Específicos

1. Establecer los alcances de la protocolización obligatoria notarial de documentos privados de la transferencia de bienes inmuebles y su incidencia en la seguridad jurídica.
2. Identificar las consecuencias jurídicas que acarrea el carácter constitutivo de las transferencias de inmuebles y la no protocolización obligatoria notarial de los documentos privados.

3. Proponer la protocolización obligatoria notarial de los documentos privados en la transferencia de bienes inmuebles.
4. Formular una propuesta para que se modifique el Código Civil y la Ley del Notariado Decreto Legislativo 1049, a efecto de que se protocolice obligatoriamente los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles.
5. Plantear procedimientos para que los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, sean protocolizados obligatoriamente en sede notarial, en la transferencia de bienes inmuebles, a fin de que proporcionen seguridad jurídica.
6. Realizar un análisis del derecho comparado con otras legislaciones extranjeras, a fin de establecer parámetros jurídicos de la protocolización de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles.

3. MARCO TEÓRICO

3.1. Los documentos privados

3.1.1. Definición del documento privado

Un documento es un contrato, que en términos generales, es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser exigidas. Es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes.

3.1.2. Naturaleza jurídica

El documento privado y/o contrato privado, en general, tiene una connotación patrimonial y forma parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. La función del contrato es originar efectos jurídicos

3.1.3. Elementos de los documentos privados

Pueden o no aparecer en el contrato, pero tendrá validez sin su existencia formal, estos son: condición, término y modo o carga².

- 1) **Condición:** Es un acontecimiento futuro de realización incierta, si la situación incierta depende que entre en vigor un negocio jurídico, es una condición suspensiva, pero si depende de la cancelación, es una condición de carácter resolutorio. Independientemente de su carácter, puede ser de tres tipos: potestativa: cuando su realización depende de la voluntad de la persona que debe realizarla, es casual: cuando su realización sea independiente de la voluntad del interesado, finalmente ante la condición mixta, sujeta por ambas condiciones.
- 2) **Termino:** Es un acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos del negocio jurídico. En primer caso es suspensivo, y tiene efectos a partir de la determinada fecha, y en el segundo caso, esta en términos resolutorios, y el negocio tendrá efectos hasta esa determinada fecha.
- 3) **Modo o Carga:** Es un gravamen impuesto a una persona en un acto de liberalidad en una donación, un legado o una manumisión, el beneficiario deberá realizar cierta prestación a favor del bienhechor o de un tercero.

² ARIAS SCHEREIBER PEZET, M., 1986; Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Vol. I: Contratos Parte General. Lima: Ed. San Jerónimo.

3.1.4. Diferencias entre los documentos públicos y el documento privado

A) Los documentos públicos

Los documentos públicos son el medio más idóneo para demostrar un hecho. Éstos se dividen en dos tipos:

- Los documentos públicos: Son documentos emitidos por funcionarios de las agencias públicas (órganos del Estado). Por ejemplo, certificaciones del registro de la propiedad, o documentos emitidos por las oficinas judiciales. Los documentos públicos gozan de fe, es decir, se cree que son ciertos, y para que pierdan validez, debe demostrarse la falsedad de su información.
- Los instrumentos públicos: son las escrituras emitidas por notarios.

Tanto los documentos como los instrumentos públicos hacen plena prueba de los hechos.

B) Los documentos privados

Los documentos privados son todos aquellos escritos en que se incluyan, sin intervención de un notario, declaraciones capaces de producir efectos jurídicos. Mientras no se compruebe la autenticidad de las firmas del documento, no valen como prueba judicial. Una vez comprobadas las firmas, tienen tanta validez como un documento público.

En caso que alguno de los firmantes declare que no es la firma suya la que aparece en el documento, éste puede ser dotado de validez ya sea por testigos que verifiquen la autenticidad de la firma, o por la examinación del documento por parte de expertos en caligrafía que certifiquen la autenticidad.

3.1.5. Efectos de los documentos

Los efectos de los contratos son las consecuencias jurídicas que producen para las partes que consisten en crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones. Es importante distinguir entre efecto de los contratos y de las obligaciones. El efecto del contrato es crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones mientras que el efecto de las obligaciones es colocar al deudor en la situación de necesidad de cumplir (por sí o por otro) con la prestación a la que se ha obligado; y si ello no ocurre el acreedor posee los medios legales previsto en el Código Civil para obtener el correspondiente resarcimiento³.

Los efectos de los contratos se dan con relación a las partes, a sus sucesores o a terceros.

Efectos con relación a las partes⁴: Como es lógico, de la voluntad de las partes surjan obligaciones que ellos mismos han establecido. Las partes del contrato son los centros de interés que toman parte en el acto, pudiendo ser ellos mismos o bien mediante representantes. Las partes pueden establecer las condiciones del contrato por imperio, pero

³ ARIAS SCHEREIBER PEZET, M., 1986; Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Vol. I: Contratos Parte General. Lima: Ed. San Jerónimo.

⁴ ARIAS SCHEREIBER PEZET, M., 1986; Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Vol. I: Contratos Parte General. Lima: Ed. San Jerónimo.

esto tiene sus excepciones ya que las partes no pueden exceder las previstas en el Código Civil donde se establece que las convenciones de las partes no pueden ir contra la moral, el orden público y las buenas costumbres. A esto se debe agregar que la celebración, ejecución y cumplimiento contractual debe ser efectuado de buena fe. De aquí es donde surge:

- La responsabilidad pre contractual (regido por las reglas de la responsabilidad aquiliana),
- La responsabilidad contractual (regido por la responsabilidad contractual) y
- La Post contractual (regido por la misma aquiliana o extracontractual).

Para todo se debe observar la buena fe objetiva o lealtad y la buena fe creencia o subjetiva. Para la responsabilidad pre contractual se debe tener en cuenta los incumplimiento de deberes específicos de la actividad pre contractual, es decir desde la invitación a ofertar o la confección de la minuta y hasta la formulación de la oferta. Las partes poseen el deber de información a cargo de quien esté mejor posicionado (económicamente) para informar o informarse, el deber de custodia y secreto. El resarcimiento por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad pre contractual obliga al resarcimiento al interés negativo (confianza), es decir daño emergente y lucro cesante o sea lo que hubiera podido lograr si celebraría contrato con una persona seria que no se retire o incumpla sus deberes de no dañar al otro ('nomen non laedere'), recordemos que el daño al interés positivo es aquel que tiene que ver con el cumplimiento del contrato, pero aquí aún no hay contrato.

El incumplimiento en la responsabilidad pre contractual está dado por la no observancia de los deberes específicos de la actividad pre contractual derivados de la buena fe como la información, custodia y secreto como también del retiro injustificado de las tratativas.

Efectos de los contratos con relación a sus sucesores:

Los efectos de los contratos se extienden a los sucesores universales o herederos (salvo que sean 'intuito personae') y a las partes. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.

Sucesor Universal: se ha establecido que sucesor universal y heredero es lo mismo. Es la persona que recibe todos los bienes de una persona fallecida. A esta persona se le extienden todos los efectos activos (créditos) pasivos (obligaciones) de los contratos.

Excepciones: Los efectos contractuales no se transmiten a los sucesores universales en los siguientes casos⁵:

- 1) Cuando la obligación nacida del contrato fue para ser prestada por persona determinada o 'intuito personae'. Ej. Pintar un cuadro, escribir una canción, crear cierta melodía original, dar un concierto de violín, etc.
- 2) Cuando la ley así lo establece. Es decir cuando dice que el pacto de preferencia no pasa a los sucesores.

⁵ ARIAS SCHEREIBER PEZET, M., 1986; Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Vol. I: Contratos Parte General. Lima: Ed. San Jerónimo.

- 3) Cuando surge de una cláusula contractual como por ejemplo si dijera que si el locatario fallece se resuelve el contrato.
- 4) Cuando surge de la naturaleza misma del contrato que el derecho termina cuando fallece su titular como lo es el caso del usufructo.

Sucesor Particular: Es la persona a la cual no se le transmite todo el patrimonio sino sólo un derecho o un objeto determinado sea por acto mortis causa o por acto entre vivos. En realidad el sucesor universal es como un tercero, no se ve alcanzado por los efectos del contrato. Pero esto admite excepciones, los contratos producen efectos sobre el sucesor particular en los siguientes casos:

- 1) Cuando se trate de la locación donde el adquirente debe respetar la vigencia y condiciones contractuales.
- 2) Cuando se trate de contratos accesorios constitutivos de garantías como prendas, hipotecas, etc. donde el adquirente debe respetar esas garantías.
- 3) Cuando se trate de obligaciones ambulatorias o 'propter rem' que son las que recaen sobre quien sea titular de la cosa, acompañan a la cosa. Ej. Expensas comunes, gastos de condominios, gastos de medianería, etc.

Pero la diferencia esencial entre el sucesor universal y el particular está dada por la forma de responder por las obligaciones del causante:

- El sucesor universal responde con todo el patrimonio heredado más el suyo, salvo que haya aceptado la herencia con beneficio de inventario en cuyo caso responde con los bienes heredados solamente.
- El sucesor particular responde sólo con el bien que le fuera transmitido.

Efectos con relación a terceros:

Los terceros son las personas totalmente ajenas al contrato. El principio general dice que los contratos no pueden perjudicar a terceros, ni oponerse por ellos ni invocarse por ellos.

Excepciones:

- 1) **Caso de contratos colectivos:** los contratos colectivos de trabajo o convenios colectivos crean derechos y obligaciones para personas totalmente ajenas a la celebración contractual.
- 2) **Contratos a favor de terceros:** Son aquellos en que una de las partes conviene que cumplirá la prestación en favor de un tercero. Ej. El seguro de vida. Estos contratos que constituyen una excepción a. Aquí se da la relación entre tres partes⁶:
 - a. **El estipulante** o persona que crea el beneficio. Ej. Quien toma el seguro de vida para su hijo.
 - b. **El promitente** u obligado, es quien debe favorecer con la prestación al tercero.

⁶ DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel., 1998; El Contrato General. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima; Gaceta Jurídica Editores.

c. **El tercero** que es quien recibe el beneficio o prestación.

A su vez en el contrato a favor de terceros se dan tres relaciones entre sus integrantes y el tercero beneficiado.

a. **Relación entre las partes:** Es decir entre el estipulante y el obligado donde se establece el tipo de prestación a cargo de este último y para satisfacción del tercero.

b. **Relación entre el estipulante y el tercero:** Es una relación de liberalidad o gratuidad.

c. **Relación entre el promitente y el tercero:** Aquí se da un vínculo obligacional donde el promitente debe satisfacer al tercero cumpliendo la prestación estipulada. Aquí se necesita, que el tercero hubiera aceptado y notificado al promitente, en cuyo caso el beneficio puede ser revocado. Se aplican los medios legales previstos en el Código Civil para exigir el cumplimiento de la obligación.

3) **Contratos a nombre de terceros:** Esta situación se da en aquellas convenciones jurídicas donde una persona actúa en nombre de otro por mandato y el contrato obliga al tercero con la otra parte. Si no hay mandato el contrato es nulo salvo que el tercero lo ratifique o ejecute. La relación entre el tercero y quien celebró el negocio se rigen por las normas de la gestión de negocios.

- 4) **Contratos de prestación de un tercero:** Se trata de los contratos donde una persona promete a otro que un tercero cumplirá determinada prestación. En caso de incumplimiento por parte del tercero el obligado deberá pagar los gastos, daños y demás.

- 5) **Caso de los acreedores:** Todo acreedor es denominado 'tercero interesado' porque si bien es tercero tiene sumo interés en los actos que realice su deudor en tanto comprometa su patrimonio que la prenda común de Los acreedores. Para estos casos la ley ha previsto distintas acciones en favor del acreedor:
 1. **Acción revocatoria:** Se da cuando el contrato es en fraude a los acreedores. Ej. Celebro un contrato de compra venta donde simulo vender todos los bienes más importantes a efectos de sacarlo de mi patrimonio y eludir así el cobro de mis acreedores.

 2. **Acción de simulación:** Tiene lugar cuando un acto se cubre bajo la apariencia de otro.

 3. **Acción su rogatoria:** Es aquella que permite al acreedor ejercer los derechos de su deudor, cuando este los ha abandonado o no actúa, con excepción de los que sean inherente a su persona.

3.1.6. El carácter funcional del documento

Propuesta defendida por autores como RHEINEK, PUPPE, SAMSON en Alemania, MUÑOZ CONDE en España, y a nivel nacional CASTILLO ALVA y GARCÍA CANTIZANO. De acuerdo a esta concepción, el bien jurídico protegido en las

falsedades documentales, es el mismo documento por considerarlo el objeto que cualifica y le otorga autonomía a la falsedad respecto de otras figuras delictivas, es decir, que esta teoría, centra su atención en el mismo objeto material del delito a saber el documento. El documento se convierte, de esa manera, en el interés amparado penalmente elevándose a la categoría de elemento básico para el desarrollo de la sociedad. Así, si se comprende que el obtenido del bien jurídico funcionalidad del documento, es el de servir al mantenimiento de las interrelaciones entre los sujetos, estaríamos hablando del carácter funcional del bien jurídico, cuyas premisas se edificarían y elaborarían a partir del mismo objeto de la acción, el rol y función que desempeña en el plano jurídico y social. Esta funcionalidad del documento, se concretiza en las diversas misiones que tiene que cumplir en el transferencia jurídico que son la de medio de prueba, la de perpetuación (dar perdurabilidad a las declaraciones contenidas en él) y la de garantía (se trata de un soporte que permite imputar a un autor concreto la declaración contenida en el mismo). Esas funciones son, por otra parte, la causa de que el público confíe en los documentos y los utilice (fe pública).

3.1.7. Implicancias jurídicas negativas del documento privado

a) Relevancia jurídica

El documento privado de transferencia de inmuebles en su sentido de legalidad, debería en forma absoluta dar seguridad jurídica a las partes contratantes, pero es el caso que ante tanta estafa, fraude o cualquier forma negativa de denigrar dicho documento, es que este se vuelve inseguro, más aun cuando este no es susceptible

de una protocolización ante un notario público, es así que esta investigación demostrara que implicancias negativas, acarrea que un notario no cautele este documento en protocolo notarial:

b) Inseguridad jurídica del documento privado

Como primera implicancia negativa del documento privado está la inseguridad de este, como es de verse en la práctica muchos de este documento pueden ser adulterados, suprimidos en algunas de cláusulas, y mucho más aún puede ser objeto de consumir estafas con personas de buena fe, que utilizan estos documentos en el transferencia de bienes inmuebles.

Así mismo, debemos recalcar que este tipo de documentos privados muchas veces, pueden ser deteriorados, sustraídos, o perdidos por los contratantes, por lo que se acrecentaría dicha inseguridad jurídica entre las partes contratantes, ya que no podrían demostrar que adquirieron derechos u obligaciones entre ellos o ante terceros. Por otro lado dichos documentos pueden ser susceptibles de adulteración o supresión de información, porque al no ser cautelados por una autoridad que de fe de su existencia llámese en este caso del notario público, no se podría demostrar de manera segura de la legalidad del documento privado, ya que el notariado peruano no se encuentra obligado a protocolizar estos documentos privados, porque nuestra misma legislación no se encuentra facultado en nuestras leyes ni en su propia ley.

c) Fragilidad del documento privado

En la presente implicancia negativa se tratara de explicar la inestabilidad de documento privado en el transferencia de bienes inmuebles, es decir que dichos documentos son débiles o frágiles para los contratantes que hacen uso de este tipo de documento, ya que fácilmente ante una concurrencia de acreedores como establece el código civil, pueden ser objeto de la vulneración de sus derechos los contratantes como propietarios de los bienes inmuebles que adquirieron, en el sentido que el documento privado no brindaría estabilidad legal adecuada a los adquirentes de bienes inmuebles, por lo que no podrían ser uso de la oponibilidad ante terceros.

d) Carencia de oponibilidad del documento privado

Esta implicancia negativa, sería una de las más resaltantes, ya que se demostrara la inseguridad total de no protocolizar un documento privado de transferencia de inmuebles, como es de verse en nuestra legislación en el código civil en el artículo 1135°, regula la pluralidad de acreedores de un inmueble, es decir cuando existen varios propietarios de un inmueble y de manera particular todos estos tienen documentos de fecha cierta, pero es el caso que en este artículo el documento privado es el que tiene una consecuencia jurídica negativa, ya que existen otros documentos de mayor compromiso legal, que son oponibles en todo sentido al documento privado, por lo que los adquirentes quedan desprotegidos en su totalidad, ante otros documentos de otros propietarios de mayor relevancia jurídica, que hacen valer su derecho, aplicando este artículo en mención, ya que poseen escrituras públicas.

d) Genera carga procesal ante el poder judicial

Es cierto que genera carga procesal ante el poder judicial el documento privado de transferencia de bienes inmuebles, ya que no cumple de manera absoluta con todos los procedimientos legales y de seguridad, para las partes contratantes, es más ningún funcionario público está en la obligación de cautelar este tipo de documentos privados, porque la misma legislación no le obliga a nadie, a realizar esta función de cuidado y resguardo de dichos documentos, por lo que estos instrumentos a larga sirven para realizar delitos penales como son la estafa y el fraude, generando de esta manera carga procesal al poder judicial, ya que deberán determinar la autenticidad del documento privado de transferencia de inmuebles haciendo uso de todo aparato logístico para llegar a la verdad del documento, caso contrario pasaría si estos documentos son protocolizados ante un notario público que da fe de la existencia de estos documentos y sobre la legalidad de los mismos, por lo se podrían resolverse de manera más eficiente y con mayor celeridad si modificara la norma en el sentido de que estos documentos sean protocolizados por un notario público de manera constitutiva y no meramente declarativa.

e) Falta de publicidad registral vía inscripción

Esta implicancia es muy negativa para los contratantes de buena fe, que adquieren bienes inmuebles con documentos privados, el simple hecho de no acceder al registro público, con el fin de inscribir y salvaguardar sus derechos como propietario, hace que estos documentos privados sean aún más inseguros, porque los

contratantes no tienen esta publicidad registral y solo se puede llevar de la buena fe, con quienes celebran estos documentos privados.

Hay resaltar esta implicancia negativa con el refrán que dice a la letra *“primero en el registro, poderoso en el derecho”*, ya que si modificara la norma donde se establece que, la protocolización de documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, es obligatoria es decir es constitutiva para los contratantes de este tipo de documentos, también se tendrá que crear un registro especial, para poder asentar o acceder a la inscripción de este tipo de documentos privados, y así establecer una seguridad jurídica absoluta en todos los sentidos, para todos los contratantes de buena, y evitar de esta forma las estafas, el lavado de activo por parte del narcoterrorismo y mineros informales y los fraudes que existen en nuestro país.

3.2. Transferencias de bienes inmuebles

3.2.1. Transferencias de bienes inmuebles

- 1. Concepto de transferencia de bienes inmuebles:** De conformidad con el artículo 1529 del Código Civil, por la compra venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien inmueble al comprador, y este a pagar su precio en dinero.
- 2. La propiedad.-** El Código Civil define la Propiedad, por su contenido jurídico, como "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" (Art. 923 del Código Civil). La propiedad es el derecho civil patrimonial más importante y en el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia, en segundo punto será la materia de análisis del presente trabajo, en primer lugar la propiedad es un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: **usar, disfrutar disponer y reivindicar.**

El doctor AVENDAÑO nos ilustra de la siguiente manera: Usar es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con el de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella.

Disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.

Disponer es prescindir del bien, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. La disposición es la facultad de transferir la propiedad, la facultad de

disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia.

La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cuál recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuáles, en conjunto, configuran un derecho pleno y absoluto. Ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos.

Un sector de La doctrina nacional no comparte los atributos clásicos de la propiedad: el uso, disfrute, disposición y reivindicación (Jorge Avendaño sostiene que la reivindicación no es un atributo de la propiedad) FREDDY ESCOBAR ROZAS nos indica que el derecho de propiedad tiene un contenido extenso, que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Solo a través de un proceso de abstracción tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de **usar, disfrutar y modificar la cosa.**

La Doctrina nos señala cuatro características de la propiedad: es un derecho real, un derecho absoluto, un derecho exclusivo y un derecho perpetuo.

Todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado: **Universalidad**: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. **Exclusividad**: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. **Transferibilidad**: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

Un sector de la doctrina sostiene que entre un sujeto de derecho y un bien (mueble o inmueble) existe una relación jurídica esta posición quedó obsoleta y errónea, sabemos que solo se puede hablar de relación jurídica entre dos sujetos de derecho así tenemos que el derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor, lo mismo es el contrato de compra-venta donde interactúan el vendedor y el comprador.

Pero cuando tenemos un derecho real solo se crea una **situación jurídica** entre el titular y la cosa, es decir el titular tiene un **poder o atribución sobre la cosa** y jamás podría existir una relación jurídica entre el bien o

cosa con el titular del bien, solo existe una situación jurídica o una atribución del propietario sobre el bien del cual ejerce un poder jurídico pleno

3.2.2. Antecedentes de la transferencia de inmuebles

ANTECEDENTES:

El contrato de compra venta por su trascendencia histórica es el más importante de los contratos, el cual viene a ser el principal móvil de la circulación.

A través del tiempo este tipo de contrato, se ha convertido en el acto de comercio más representativo y en la principal fuente de las obligaciones. Nace con la aparición de la moneda, pues al servir esta, como instrumento de pago, permitió la desaparición del trueque.

Inicialmente la compra venta, no conducía directamente a la transferencia de la propiedad, ya que esta únicamente se materializaba a través de la concertación de actos materiales, tal como lo era la mancipa tío, la in jure cessio y la traditio.

- 1) La Mancipa tío - Fue un acto formal celebrado en presencia de 5 testigos como mínimo; implicaba la presencia de un objeto que represente el bien materia de contrato y un pedazo de cobre, el cual simbolizaba el pago a todo ello, debían pronunciarse formulas rituales a fin de que se entendiese materializada la adquisición.
- 2) La In Jure Cessio.-También era un acto formal pero se celebraba en presencia del pretor e implicaba una

reivindicación simulada, en la que el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenamiento se allanaba a ello.

- 3) La Traditio.- Era la entrega física del bien que se enajenaba, la misma que se daba de común acuerdo entre el que lo entregaba (tradens) y el que lo recibía accipiens.

En este sentido, mediante el contrato de compra venta, solo generaba una “obligación de transferir”, pero de ninguna manera determinaba “transferencia”.

Posteriormente, a partir del siglo XVIII, mediante el contrato de compra venta, se confería al comprador, no solo el título o acreencia, sino también se transfería el dominio de la cosa vendida. Esta evolución de la compra venta se consolidó a través de los juristas que redactaron el Código Civil Francés, quienes propugnaron “la unidad del contrato” aduciendo que la propiedad se transmite por la vía consensual, ya que la compra venta es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere por el comprador solo desde que hay acuerdo sobre la cosas y el precio.

El Código Civil de 1984, adopta una posición mixta por que oscila entre la consensualidad y la tradición o entrega según se refiera a la compra venta de bienes muebles o inmuebles respectivamente. En el primer caso (compra venta de bienes muebles), la transferencia se efectúa por tradición a su acreedor. En el segundo caso (compra venta de bienes inmuebles) la transferencia se lleva a cabo aplicándose la regla de la consensualidad, toda vez que de conformidad con lo

previsto en su numeral 949° del Código Civil“ la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

3.2.3. Clases de sistemas de transferencias de bienes inmuebles.

1. Sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad⁷.-

En el derecho occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, a saber: el sistema de la unidad del contrato y el sistema de la separación del contrato. El primer sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. El segundo sistema, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad.

a) Sistema de Unidad del Contrato:

- **Sistema Transmisivo de la causa única.**- Que establece que el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no requiere del modo que haga pública la

⁷ [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUAN O.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUAN O.pdf)

adquisición de la propiedad; es decir el solo consentimiento (simple acuerdos de voluntades) es la causa del nacimiento del derecho del nuevo propietario; en efecto en los denominados sistemas de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para -producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios está en la capacidad de producir efectos reales. Dentro de este sistema encontramos el siguiente sub. Sistema.

- **Sistema consensual o espiritualista.-** Virtud del cual solo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su más alto grado la autonomía de la voluntad (hoy autonomía privada) es aquella posibilidad que tiene la persona como poder de autorregulación o autor reglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico.

Inspirados en este sistema ubicamos: al sistema italiano (artículo 1376 de su Código Civil), el sistema francés (artículo 1138 de su C.C.), el sistema portugués (artículo 408 de su C.C.), el sistema mexicano (artículo 2014 de su C.C.), el sistema venezolano (artículo 1161 de su C.C.).

b) Sistema Transmisivo de doble causa.- Nos indica que el contrato no es suficiente para generar la transferencia de propiedad y que necesariamente requiere un signo o modo de reconocibilidad social cuya finalidad consista en publicitar a la colectividad de la adquisición del derecho de propiedad. Los denominados sistemas transmisivos de doble causa, consideran a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, estos solo pueden producirse a través de “actos de disposición”. En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina “acto de obligación”, “título” o “causa remota” (ej. El contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el “acto de disposición”, “modo” o “causa próxima”, por medio de este la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquirente (ej. La tradición, la inscripción, etc.). Dentro del presente sistema tenemos los siguientes subsistemas.

- **Sistema Real o de Tradición o Sistema de la unión del título y el modo.-**Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 del su C.C.), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su C.C.), el sistema cubano (art. 178 de su C. C.) y solo para la transmisión de que bienes recorren este sistema, el sistema chileno Arts. 670 y 684 de su C.C.), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su C.C.)

y el sistema peruano (Art. 947 de nuestro código civil valido para muebles).

- **Sistema Registral Constitutivo no Convalidante.**- En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o invalido. Este sistema es adoptado solo para inmuebles por el sistema brasileño (art. 676 de su C.C.).

c) El Sistema de Separación del Contrato.- El sistema de separación tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en Alemania del siglo XIX la teoría del título y el modo, este sistema postula de la separación de los contratos, es decir existen dos contratos o actos jurídicos, uno que produce los efectos obligatorios y otro que genera la transferencia de la propiedad. De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia, el sistema de separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real.

Así, a pesar que el acto jurídico generador de efectos personales fuese inválido el acto del registro resultaría plenamente eficaz estructural. Este sistema es conocido como el sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, dado que se produce una suerte de convalidación del vicio causal al continuar el adquirente del bien con el derecho de propiedad. Ubicamos dentro del sistema de Separación del Contrato dos sistemas: El Sistema Registral Constitutivo y El Sistema Real Abstracto. Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para inmuebles, el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (artículo 971) de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano.

2. Sistemas clásicos de transferencia de propiedad

a) El sistema romano

El Ilustre y recordado Maestro MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET, nos menciona que en Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: (i) la *mancipatio* y (ii) la *in jure cessio* para las *res mancipi* y la (iii) *traditio* para las *res nec mancipi*.

Según Cayo, eran *res mancipi* las cosas más preciosas: “los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo , los vacunos, los

caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rústicas.

Eran *res nec mancipi*, en cambio, las otras cosas: sumas de dinero, animales salvajes, la *mancipatio*, que se empleaba para la enajenación de las *res mancipi*, era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos “en una balanza, las *librepens*, que deberían llevar los contratantes, se pesaba un objeto representativo del objeto del contrato y del otro plato se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago, además debían pronunciarse formas sacramentales a fin de que se entendiese materializada la adquisición.

La *in jure cessio* utilizada también para la transferencia de las *res mancipi*, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanaba a ello. La *traditio* (tradición) era empleada para alinear las *res nec mancipi*. Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *tradens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe).

En Roma la voluntad ni la obligación podían transmitir por sí sola la propiedad, para que esto ocurriera, era necesaria la presencia de un acto exterior, sea formal (como la *mancipatio* o la *iure cessio*) o material (como la *traditio*) con el transcurso

del tiempo, los actos formales entraron en crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente opero a través de la traditio.

En Roma los contratos no transferían nunca la propiedad, la transmisión de los derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no solo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distinguía así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesaria la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el derecho romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitro esta forma de publicidad que es la entrega de la cosa.

Concluimos con mencionar que en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad y era necesario un acto material como en la mancipatio, en la cessio in jure, en la traditio usucapión, la transmisión de la propiedad inmueble se ejercía primero con el título y luego con el modo.

La separación del contrato en dos momentos en Roma, no fue por un simple capricho, la razón se

justificaba de establecer un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Una publicidad que permite conocer a la comunidad de las transferencias de propiedad realizadas.

b) El sistema francés.-

Según el código francés de 1804, Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos indica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (consensus); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; La tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el dominio, sino solo de poner al adquiriente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad; hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento.

El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan. Así podemos mencionar que para el transmisor de los derechos reales, basta el solo contrato (convención), sin necesidad de la tradición (entrega); las transferencias de bienes tienen lugar por el simple consentimiento.

El consentimiento viene a reemplazar la tradición, pues las partes entienden que se realiza la tradición cuando así se obligaron. De esta manera, el sistema francés considera que vender es enajenar, y PLANIOL, dice que ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad, y que hoy se confunden, el comprador pasa a ser propietario y acreedor al mismo tiempo, acreedor dentro de la relación obligatoria y propietario por la misma razón, sin más, no es necesario otro requisito más que la voluntad de las partes contratantes.

Los hermanos MASEAUD, sostienen diversas disposiciones del Código Civil afirman el principio de la transmisión “solo consensus” (por el simple consentimiento), la voluntad, toda poderosa para crear obligaciones, es todo poderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales, **el contrato además de su efecto obligatorio, posee un efecto real**; la compraventa, por ejemplo, no solo crea obligaciones entre las partes, sino que el transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida.

La entrega es importante, pero esta entrega no transmite el derecho real, la entrega se justifica no para adquirir o transmitir el derecho, sino porque este ha sido ya transmitido o adquirido, es tradicional la opinión de ALBALADEJO, **al sustentar que la entrega es un simple traspaso posesorio y no una tradición** (entrega de la posesión con ánimo de transferir el derecho de la cosa), con ello demuestra

que en el sistema francés, uno es propietario con el solo consentimiento , y que la entrega de la propiedad es un simple traspaso posesorio del bien, con el fin de que le propietario pueda ejercer sus potestades de propiedad sobre el bien.

El Código Civil Francés tomando como base el principio de la voluntad, considera que el simple acuerdo entre las partes es suficiente para que se realice la transmisión de la propiedad.

La voluntad del individuo es considerada como instrumento todo poderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser el contrato. El código de Napoleón marco el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico; en consecuencia, protegió fundamentalmente a los adquirentes convertidos de manera inmediata en propietarios, mientras el transmitente solo podía ejercer las acciones personales o de impugnación del contrato.

Según el código francés, la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación, conforme a este sistema la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa, “la obligación nace y muere sin solución de continuidad”.

El Sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: **i)** la inscripción que contendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros, **ii)** el registro sería personal, **iii)** los actos celebrados *inter vivos* necesariamente deberían ser inscritos, **iv)** la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos, ni impediría las acciones reivindicatorias, **v)** los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmueble, **vi)** de un lado, se llevaría un registro de hipoteca y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

En conclusión el derecho francés desarrolla un sistema de transmisión y adquisición de derechos reales distinto del sistema dual (título y modo) por lo cual solo se basa en el “solo consensus” es suficiente para adquirir la propiedad de un bien inmueble, una vez transmitido el derecho de dominio como efecto inmediato del contrato, la obligación del vendedor consistirá en permitir la posesión real y efectiva del bien, en propiedad del comprador.

c) El sistema alemán

La transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la “Ausflussung” que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de “**auflassung**” emanado de la relación causal básica,

es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que esté al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El **“Auflassung”** también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la *“in iure cessio”* era un juicio simulado; el adquirente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este se allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del accionante entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro.

El que compra una cosa quiere adquirirla no solo para aprovecharse de ella temporalmente, sino con carácter definitivo y excluyente y para disponer de ella; por lo tanto, con la sola entrega de la cosa el vendedor no ha cumplido su obligación totalmente: está obligado a proporcionar la propiedad sobre ella. La transmisión de la propiedad está regulada en el derecho de cosas. Esta transmisión, cuando se refiere a cosas muebles, exige la entrega y el acuerdo de ambas partes de *“transmitir la propiedad”* no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial contrato *“real”* diferente, cuyo único contenido es que la *“propiedad sea transmitida”*, este contrato real es independiente del contrato de compraventa que le sirve de base, es decir, es un contrato *“abstracto”*.

En el sistema germano de la separación del contrato (artículos 873, 925 y 929 del Código Civil Alemán) el consentimiento no es suficiente para la traslación de la propiedad y esta se produce desdoblada, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En el primer caso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, en tanto que en el segundo es necesaria la inscripción del contrato en el registro de la propiedad o en los libros territoriales.

d) El sistema peruano

El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble es por excelencia de herencia e influencia francés, por lo cual adopta el sistema espiritualista francés o sistema declarativo, el antecedente del artículo 949 del Código Civil de 1984 lo ubicamos en el artículo del Código Civil de 1936 que a la letra regulaba “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella, salvo pacto en contrario” norma que también estaba contenida en el Código Civil de 1852 en sus artículos 574 y 1306. Todos los artículos mencionados abandonan el sistema del derecho romano del título (el consentimiento) y el modo (la tradición), adoptando el sistema espiritualista francés para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles determinados.

En el Código de 1852

Este código es influenciado eminentemente por el código de napoleón, en el cual considera que solo el

consentimiento “consensus” era necesario para poder transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa “aun antes de su entrega y pago del precio”, debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que el derecho francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, urgida de su celebración.

En el Código de 1936

En este cuerpo legislativo, en la sección segunda del libro Quinto, del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, en el que se ratifica el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, pero exclusivamente para bienes inmuebles: **Artículo 1172.-** “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”.

No podríamos hablar del sistema de transferencia de propiedad inmueble en el código de 1936, sin dejar de mencionar los ilustres e intensos debates de la comisión

Redactora del Código de 1936.

Uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de propiedad de bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código

mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema todavía imperante, sustentado en el simple consentimiento, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de su vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones.

- **Posición de los doctores Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle a favor del sistema francés o declarativo.**

El Dr. Olaechea, consideraba que el sistema más favorable a adoptar en el país era el sistema francés, y consideraba que el sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad no era un sistema adecuado, ya que la tradición puede revestir las más deformas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de las inscripciones, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad.

La institución del registro fue implanta en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que no son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente tiene el

gravísimo defecto de ser personal. Su transformación recurrirá, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo el primer valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por sí solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

- **Posición de los doctores Alfredo Solf y Muro y Pedro M. Oliveira a favor del sistema constitutivo.-**

Para el doctor SOLF Y MURO propuso una dualidad de sistemas. “Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros, los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a las reglas semejantes a las que se contiene en nuestro Código Civil.”

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

Complementando la propuesta del doctor SOLF Y MURO, El doctor PEDRO M. OLIVEIRA, dice “urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza.

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

Por lo anteriormente expuesto, es de resaltar que las discrepancias surgidas sobre el sistema de

transferencia de propiedad inmobiliario peruano, tiene sus antecedentes en la comisión revisora de 1936.

En el Código de 1984

A continuación nos ilustraremos de la destacada doctrina nacional, esperando poder transmitir las principales ideas y críticas más importantes, reiterando nuestras limitaciones en referencia de ilustrar perfectamente las opiniones, críticas (a favor o en contra de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble) de autorizados juristas nacionales que no pudieron dejar de participar con brillantes exposiciones sobre tan polémico tema de transferencia de propiedad inmueble en el derecho civil patrimonial peruano.

Cabe resaltar que nos limitaremos a mencionar las principales ideas y aportes, de los siguientes juristas:

- Posición de Jack Bigio Chrem.-

Para el profesor BIGIO entiende, los contratos solo tienen una eficacia obligatoria, es decir generan la obligación, el contrato de enajenación es al mismo tiempo, título y modo, por cuanto el solo consentimiento hace producir el efecto traslativo (refundiendo, por tanto, el título y el modo en un instante cronológico), por lo menos así sucede entre las partes contratantes. **Pero si existe un conflicto entre dos compradores que han adquirido el mismo bien inmueble de parte de un vendedor común, la situación se resolvería a favor del primer inscribiente, con lo cual, en esta situación**

excepcional de incertidumbre jurídica, sería la inscripción la que atribuiría la propiedad, y en consecuencia, tendría carácter constitutivo.

Para el profesor BIGIO, el contrato es a la vez título y modo de adquisición, de lo cual su posición representa a la unidad del contrato de la transferencia de bienes inmuebles. El contrato (de compra venta) sirve, por un lado, de título, en tanto perfecciona la adquisición (del comprador), lo cual nos indica que para BIGIO el contrato transfiere directamente la propiedad inmueble, aceptando que el solo consentimiento de las partes convierte al comprador en propietario.

- Posición de Miguel Torres Méndez.-

El profesor TORRES nos indica que el artículo 1529 del código civil consagra el régimen del título y el modo en referencia a manera de la transferencia de propiedad inmueble, la compraventa, tanto mobiliaria como inmobiliaria, no es traslativa sino obligatoria (no opera como consecuencia directa del contrato sino como consecuencia de la entrega del bien realizada en cumplimiento de un título válido), para la constitución de la compraventa es necesario a su vez la celebración de la compraventa, esto quiere decir, pues, que la transferencia inmobiliaria se consigue con la sola celebración de dicho contrato.

El doctor TORRES, sostiene que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio, “el contrato genera la obligación de transferir la propiedad,

obligación que nace del contrato y que no debe confundirse con él, obligación que la ley da por ejecutada”. Para el mencionado profesor algunos contratos determinados para la transferencia de propiedad, requieren de una actividad concreta (modo), que sería la entrega en el caso del contrato de compraventa.

En el régimen consensualista no hay título y modo que se confundan porque en él no es necesario que se den dos actos para que opere la transferencia de propiedad, como ocurre en el régimen del título y el modo; la propiedad se transfiere mediante un solo acto: el acuerdo de voluntades.

- **Posición de Hugo Forno Florez.-**

A entender del doctor FORNO indica que el contrato es susceptible de producir efectos reales, pues el artículo 1351 del Código Civil establece que aquel tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, el cual no se agota en la obligación, en tanto que existen situaciones jurídicas subjetivas distintas del débito y el crédito y también expone una crítica al sistema espiritualista francés cuestionando sobre el efecto traslativo del contrato en el cual el legislador francés se olvidó de atribuirle al contrato el efecto traslativo.

Si la obligación es absolutamente inútil pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación – cumplimiento ya que el pago de tal obligación se produce con independencia de toda actividad del

deudor, por el hecho de su misma existencia; ella se paga por sí misma, es su propio cumplimiento, el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad, la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles determinados deriva directamente del contrato, o que se sostenga que el contrato genera la obligación de enajenar y que esta obligación transmite el referido derecho.

El profesor Forno concluye manifestando que la transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Siendo que Hugo Forno, atribuye el carácter traslativo y no obligacional en la transferencia de bienes inmuebles, advirtiendo que el cumplimiento de una obligación requiere de una actividad del deudor, pues precisamente esto es la prestación. Por lo cual el artículo 949 no exige conducta alguna para que opere la transferencia de propiedad, debe entenderse que dicha transmisión no deviene del cumplimiento de una obligación (la de enajenar a que hace referencia el dispositivo), sino que surge directamente del contrato. No existiría, pues, un modo para que opere la transferencia, a ese efecto bastaría el título.

- **Posición de Gastón Fernández Cruz.-**

El doctor FERNÁNDEZ en forma precisa nos indica la preferencia que profesa sobre el sistema espiritualista francés constitutivo y justifica su posición de la siguiente manera: “en nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema

registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas.

En todo sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble existen tres finalidades: El permitir una circulación ágil de bienes y servicios, El reducir el número de adquisiciones a non dominio y El dar seguridad jurídica

Motivo por lo cual el profesor FERNÁNDEZ, nos explica que el consenso constituye el sistema de transferencia de la propiedad inmueble más adecuado para su aplicación a la realidad peruana, por ser aquel que traduce -en términos económicos- la opción más conveniente para maximizar la circulación de la riqueza, dado el **carácter eminentemente agrario de la economía nacional**.

El Sistema de Transferencia de dominio perfecto es aquel que conjuga las tres finalidades: a) la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, b) la reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vía de la cooperación, c) la

reducción o eliminación, de ser esto último posible, de todo riesgo de adquisición de un “nom domino” o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

El artículo 949 del Código Civil, lejos de adoptar la teoría del título y el modo, le otorga al contrato (su finalidad traslativa) la virtualidad de transferir directamente la propiedad.

- **Posición de Alfredo Bullard González.-**

El doctor BULLARD desde su perspectiva del análisis económico del derecho nos brinda nuevas e interesantes propuestas y reflexiones sobre el sistema de transferencia inmobiliaria en el Perú; un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe cumplir con dos objetivos. En primer lugar, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficientes posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducir el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir generar seguridad jurídica para los adquirentes.

La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros.

Los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirientes es que reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son, a su vez, un costo de transacción (porque implican pagar, al registrador, al abogado) se genera un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema con sensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

La posición de FERNÁNDEZ CRUZ, sobre los costos de transacción, elimina ciertos costos, pero el problema es que genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre.

Un Sistema registral constitutivo tiene reglas claras. Es como la isla que se ve lejos. Sabemos que si el registro dice algo voy a llegar a mi meta. Mientras que en el consenso debo confiar: (1) que la persona que me está vendiendo es el propietario; (2) que no le haya vendido a otro; o (3) que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello solo genera

inseguridad. La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos.

Para BULLARD el controvertido artículo 949. C.C. por la cual la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es complementaria incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros.

Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognosibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quien goza de la titularidad para la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema sería evidente.

Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el artículo 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Para el profesor BULLARD, el artículo 949 se refiere a una “propiedad relativa”, pues finalmente el agente económico racional sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es un escalón en el camino, pero de ninguna manera el fin del viaje, y que la aplicación coordinada de los artículos 1135,

2014, 2016 y 2022 pareciera cumplir con los otros requisitos, los cuales son el de reconocibilidad al registro y se concede a este el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros.

- **Posición Máx Arias-Schreiber Pezet.-**

El recordado Ilustre Maestro Arias-Schreiber Pezet, nos menciona, que el artículo 949 del código civil se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del contrato y el precio que se ha de pagar por el para que no solamente se produzca el efecto de haberse consumado el contrato y surgió un derecho al bien para el acreedor (ius ad rem), sino que simultáneamente este adquiere la propiedad (ius in re).

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto en contrario de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil, a este respecto es preciso puntualizar que la expresión salvo disposición legal diferente no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135 del Código Civil.

La propuesta del doctor ARIAS SCHEREIBER-PEZET nos parece muy importante y acertado en efectos de aplicarse en una reforma registral en nuestro país entre los puntos importantes a la propuesta ubicamos: la implantación del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se lograra determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad.

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño, Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible. Entre las principales virtudes del sistema catastral propuesto por el maestro tenemos: i) Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario, ii) impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco frecuentes. La imperfección del sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en la realidad, iii) evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios, iv) evitaría igualmente la doble inscripción de un mismo inmueble en el registro, v) suprimirá la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta

ubicación de los inmuebles; situación tan común en nuestro medio, vi) debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcción por usurpadores, vii) permitiría la identificación de la tierras abandonadas, viii) promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias, que aumentaría su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles, ix) mediante la inscripción constitutiva, se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquirente que ignoraba la primera enajenación y, aun la venta de lo ajeno. Es preciso imponer en nuestro país el sistema de la inscripción, en forma distinta a la vigente, exigiendo esta como requisito consultivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

- **Posición de Manuel de la Puente y Lavalle**

El distinguido profesor Manuel De La Puente, nos otorga una visión de la transferencia de la propiedad (mueble e inmueble) desde la óptica del contrato, sobre el momento en que se perfecciona la venta, lo cual será explicado en las siguientes líneas:

En el caso de inmuebles el vendedor debe entregar al comprador la cosa materia de la venta, pues solo así dicho comprador podrá disfrutar de todos los derechos inherentes a la propiedad contemplados en el artículo 923 del código. Versando la venta sobre un derecho, el vendedor debe efectuar lo necesario para que se produzca la transferencia del derecho y,

si el derecho se produzca la transferencia del derecho y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle esta. La entrega de la cosa al comprador, que es la primera obligación principal del vendedor, no tiene por finalidad, pues, hacerle adquirir la propiedad de la cosa, que ya tiene, sino permitirle la posesión de ella. La entrega es para el comprador el medio ordinario de conseguir la posesión. El título de adquisición, en efecto, califica el sentido posesorio de la disponibilidad de hecho del bien: en cuanto recibe la detención de la cosa, el comprador deviene poseedor. El doctor DE LA PUENTE LAVALLE, nos menciona sobre el perfeccionamiento del contrato el cual es sustentado por el artículo 1549 que consiste en hacer lo necesario para que se transfiera al comprador la plena propiedad del bien. En los bienes inmuebles la transferencia se obtendrá mediante la celebración de un contrato de compraventa que cree a cargo del vendedor una obligación pura de transferir la, propiedad del bien, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Perfeccionamiento constitutivo y perfeccionamiento complementario

Pienso que el problema, y también su solución, se encuentran en el sistema del título y el modo adoptado por el derecho contractual peruano. En virtud de este sistema la transferencia por compraventa de la

propiedad de un bien requiere de una causa remota (título) que está constituida por el contrato consensual de compraventa (perfeccionamiento en virtud de los artículos 1351 y 1373) por el cual el vendedor se obliga a transferir al comprador la plena propiedad del bien; y una causa (modo) destinada a cumplir esa obligación.

En el caso de bienes inmuebles, la causa próxima de la adquisición de la propiedad es la aplicación de artículo 949 del Código Civil, que hace al comprador (como acreedor de la obligación de que se le transfiera la propiedad del bien) propietario de él. Sin embargo, en este caso, la transferencia de la propiedad no lleva incluida la posesión del bien, por lo cual para que el comprador goce del pleno dominio del bien, incluida la posesión, se requiere su entrega.

Para evitar cualquier mal entendimiento debe recordarse que el **perfeccionamiento constitutivo** es para la celebración del contrato y que el **perfeccionamiento complementario** es para la transferencia de la propiedad del bien.

A fin de que opere el **perfeccionamiento complementario** tanto en el caso de bienes muebles como de inmuebles, se requiere que previamente se haya producido el **perfeccionamiento constitutivo** de producido el **perfeccionamiento constitutivo** del respectivo contrato de compraventa, que crear la obligación del vendedor de transferir al comprador la propiedad del bien. Solo cuando se haya celebrado el contrato de compraventa podrá efectuarse el

perfeccionamiento complementario de la transferencia del bien mediante la entrega del mismo, que en el caso de bien mueble tendrá como efecto la transferencia de la plena propiedad, y en el caso de bien inmueble la adquisición de la posesión.

- **Posición de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre**

Para los profesores OSTERLING y CASTILLO, consideran que el simple acuerdo de voluntades produce el efecto transmitido, y aceptan la teoría del título y modo.

Para los mencionados profesores no es el contrato sino más bien la obligación de enajenar creada por el mismo la que en definitiva provoca la transferencia de la propiedad inmueble. A continuación mencionaremos las ideas más importantes sobre su posición (en la cual coinciden con el Dr. De la Puente y Lavalle) expresado en un ensayo jurídico:

El contrato en general, como categoría abstracta, tiene por objeto crear obligaciones, y el contrato de compraventa, en particular, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien, así no puede concebirse la celebración de un contrato cuyo fruto no sea una obligación, porque sería algo contrario a la naturaleza misma del contrato.

Por eso –según De la Puente–, la función del contrato de compraventa es crear la obligación de transferir la propiedad de un bien y la función del

artículo 949 es otorgar a esa obligación, tratándose de bienes inmuebles determinados, el efecto de hacer al comprador propietario. El título y el modo, requiere indispensablemente la conjunción de un acuerdo de voluntades orientado a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo. Expresa que esto es posible otorgando al título el carácter de causa remota de la transferencia y al modo el carácter de causa próxima de la misma.

- **Posición de Jorge Avendaño Valdez.-**

El doctor AVENDAÑO, diferencia el título y el modo, el título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva, el contrato. El título se presenta en el nivel obligacional y contractual, que es eminentemente privado. El modo es el hecho determinante que produce la traslación, aunque es consecuencia del título.

La inscripción no es constitutiva de derecho sino simplemente declarativa, la transferencia de propiedad no se produce en dos momentos. No hay pues como en el derecho alemán, suizo, austriaco y de varios países de Europa, principalmente del centro de Europa, dos momentos: el título y el modo. El título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, es el contrato en definitiva; y el modo es un hecho que, en materia inmobiliaria, es la inscripción. El momento de la transferencia en nuestro sistema es solo uno.

Ocurre con el título porque la sola obligación de dar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de él. De manera que basta el acuerdo de voluntades para que la transferencia de propiedad se entienda producida. El modo no es la inscripción porque esta no es un elemento esencial, no es un elemento constitutivo. No podemos decir, sin embargo, que la inscripción no “quita no pone”. Si pone en lo que a los terceros se refiere.

Pero para que quede perfeccionada la transferencia de la propiedad, la inscripción no es necesaria. La transferencia puede quedar perfectamente convalida y ser plenamente eficaz entre las partes por el solo mérito del consentimiento. No hay título y modo, hay título y punto.

El modo (la inscripción) no surte efecto desde el punto de vista de la transferencia del derecho real, sino tan solo protege a los terceros en los términos del artículo 2014 del Código Civil. Para el Dr. AVENDAÑO, solo el principio consensualístico (el contrato) es quien se produce la transferencia de propiedad inmuebles, no mencionando a la obligación de enajenar.

- **Posición de Gunther González Barron.-**

El profesor González nos ofrece algunas notas distintivas correspondientes a nuestro sistema de transferencia de propiedad en bienes inmuebles:

- i) Se adopta el principio **consensualístico**, propio de los sistemas jurídicos francés e italiano. Sin embargo, este principio se halla moralizado o corregido por la introducción del registro y los efectos de la inscripción.

- ii) La transferencia de propiedad (o de cualquier otro derecho real) opera en virtud de un contrato traslativo, por lo que se trata de un sistema **causalista**, en donde no es necesario un “modo” específico de adquisición.

- iii) No existe una independiente “obligación de enajenar” (art. 949 C.C.) en cambio, desde una perspectiva teleológica y sistemática, si es posible hablar de una “obligación de dar en propiedad” como obligación esencial del vendedor en todo contrato de compraventa. En este sentido debe entenderse el artículo 1529 del código.

- iv) La obligación esencial del vendedor es compleja y unitaria, consistente en hacer propietario y entregar la cosa al comprador.

- v) El momento exacto de la transferencia de propiedad es una cuestión de política jurídica. El legislador puede hacer coincidir ese momento con la consumación de la “obligación de dar en propiedad”, esto es, con la tradición; o también puede preferir un momento distinto a cualquiera de los dos anteriores (la inscripción). Si el

legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera antes de la tradición (principio consensual), el comprador ya es propietario, y el vendedor solo se encuentra obligado a entregar la cosa. En cambio si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera después, o con independencia, de la tradición (principio de inscripción constitutiva), el comprador no es propietario aunque ya exista tradición.

3.2.4. La imperfección del artículo 949 y la inscripción excepcional del artículo 1135

Creemos que el sistema consensualista peruano, amparado en el artículo 949, no es perfecto y que no brinda una garantía y certidumbre jurídica a los potenciales adquirientes de propiedad inmueble, cuando la mencionada norma “nos indica que la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario; salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”, consideramos como pacto en contrario los artículos 1583 (Compraventa con reserva de propiedad) y el artículo 1585 (pacto de reserva de propiedad en el arrendamiento-venta) del código civil.

El problema surge cuando existen dos o más personas que intervienen en la adquisición de la propiedad inmueble, conocido en nuestro ordenamiento como concurso de acreedores y en la doctrina como la “doble venta”, evidenciado en el artículo 1135.

Si hay dos acreedores respecto del mismo bien y el segundo de estos inscribe, es preferido respecto del primero. Es

decir, es el propietario del bien. ¿Produce en este caso efectos constitutivos la inscripción registral? La respuesta es que ella sola no produce tal efecto porque a ella debe sumarse la buena fe. Si están presentes ambas, la protección es total, lo cual significa que el amparo registral al tercero tiene finalmente un efecto constitutivo del derecho. Pero el sistema es doble y confuso porque hay norma expresa que dice que el solo consenso es suficiente para producir la transferencia. Si esto es así, ¿no es cierto que el enajenante agote su derecho con la primera enajenación? ¿Qué derecho transmitió entonces cuando otorgo la segunda Transferencia?

El artículo 949 (desde luego tiene el problema de falta de publicidad y no de poder excluir esta propiedad a terceros) y , no es absoluto en su concepción espiritualista francesa, por el cual la sola voluntad de toda persona hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble, del vendedor o titular del derecho de propiedad al comprador o sujeto quien espera el cumplimiento de la prestación; este principio evidentemente es perfecto y no surte ningún problema; pero que pasaría que si el vendedor, efectúa una segunda venta de la propiedad inmueble a un tercero, con lo cual estaríamos ante dos actos jurídicos que tiene como finalidad la transmisión de propiedad inmueble, claro que se podría aplicar el principio de buena fe registral, para favorecer al tercero de buena fe que no tuvo conocimiento de la venta. El primer comprador solo aplico el principio consensual “el solo contrato te hace propietario” y no le exigieron de que el titulo tenía que ser inscrito, para poder oponer y excluir su derecho (de que sirve una propiedad sino no puede ser

excluida a todos los terceros) por lo tanto se trata de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquirente de un bien, razón por la cual el legislador al brindar la enfermedad (artículo 949) trata de brindar la cura (artículo 1135) por el cual ante la presencia de dos títulos, se prefiera al de buena fe y el que inscribió su derecho primero en el registro.

Volviendo a la doble venta, si aplicamos el principio consensualista diríamos que el primer contrato es el que tiene eficacia jurídica, por ser el primero en celebrarse en el tiempo, y segundo por el principio de buena fe contractual, fieles al estricto cumplimiento del artículo 949, por virtud del mero contrato de las partes se transfiere la propiedad inmueble, hasta este punto no existen problemas; pero que pasaría como sucede en la realidad, el vendedor decide celebrar un segundo contrato con otra persona por la venta de la misma propiedad inmueble, y este decide inscribir su título en el registro, estaríamos desamparando al primer comprador que solo cumplió con lo amparado en el artículo 949, en celebrar un simple contrato con lo cual era el único propietario del inmueble, el artículo 1135 reconoce la necesidad de inscribir el título de adquisición del derecho de propiedad inmueble. Se trata dar una clara excepción del artículo 949 del código civil en donde triunfa el principio de la inscripción (que excepcionalmente tiene carácter constitutivo), aunque ello no pueda ser explicado satisfactoriamente por la doctrina francesa referida a que existen dos propiedades, una relativa entre las partes y otra absoluta frente a todos los terceros, ya que en ese caso el “propietario relativo” no podría siquiera desalojar a un precario o exhibir su título ante la administración”.

Creemos que se logra la exclusión de la propiedad absoluta y perfecta con la aplicación del artículo 1135, lo cual no se logra con la aplicación solitaria del artículo 949, para una brindar garantía y certeza de la transferencia de la propiedad inmueble, es necesario interpretar, relacionar y aplicar en forma conjunta los artículos 2012, 2013, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.

3.2.5. Desventajas del sistema consensual

El sistema consensual inspirado por el principio individualista de la revolución francesa expresado en el código de napoleón, con las ventajas teóricas, entre las cuáles ubicamos la facilitación de los intercambios, la rápida circulación de la riqueza y protección del comprador, no son suficientes para ofrecer el sistema más eficaz y seguro en la transferencia de la propiedad inmueble. La situación del potencial adquirente (comprador) sufre una situación de desventaja o dificultades para poder determinar quién es el propietario de un bien, y cuáles son las cargas (hipoteca, anticresis) que le afectan, existiendo algunas desventajas del sistema consensual:

- a) No se puede determinar con seguridad quien es el propietario de un inmueble, ni las cargas que le afectan. Con respecto al primer problema (la propiedad), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre existe la dificultad de la “prueba diabólica”. Para ello se requiere comprobar la posesión del vendedor por el término de la usucapión, empero, es difícil verificar el estado posesorio por un largo periodo del tiempo, y aun cuando se utilice presunciones, estas siempre admiten

prueba en contrario. Con respecto al segundo problema (las cargas), este si es insoluble, ya que muchas cargas que afectan la propiedad territorial (por ejemplo: las hipotecas) no tienen exteriorización posesoria, y por ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista.

- b) Por otro lado, inclusive en el caso de que haya de que el vendedor exhiba títulos legítimos, es posible que este haya enajenado el inmueble con anterioridad, siendo que el nuevo comprador desconozca la existencia del contrato precedente. En un sistema consensualista estricto, sin publicidad alguna, se presenta el grave problema de la doble venta.
- c) Aun en el caso de que el vendedor exhiba títulos de propiedad legítimos y no se produzca una doble venta, es posible que alguna de las enajenaciones anteriores en la cadena de transmisiones sea anulada o resuelta, con la consiguiente inseguridad para el último adquirente.
- d) Si las transmisiones operan con el solo consentimiento (sin publicidad), existe la posibilidad que algún tercero pretenda la reivindicación del inmueble, ya sea por tener mejor derecho de propiedad (haber adquirido del verdadero propietario) o por invocar a su favor la usucapión.

3.2.6. Teoría del título y del modo

Cabe señalar que el Sistema Romano reposaba sobre la distinción entre título y el modo⁸.

El contrato de transferencia (compraventa) era el título, o sea el acto que por sí no transmitía el dominio, pero que mediatamente servía para ello, al explicar y justificar al modo, dándole su razón de ser.

El modo era, en cambio, el acto que servía inmediatamente para la transmisión del dominio, habiendo originariamente distinguido los romanos según las cosas fueran *mancipio* o *nec mancipi*; asignando para las primeras, como modo, la *mancipatio* (que era un acto jurídico formal, que exigía el cumplimiento de ciertas solemnidades como la presencia de cinco testigos) y la *in iure cessio* (que era también un modo formal y abstracto, que sustancialmente consistía en un proceso fingido de reivindicación ante el pretor) y para las segundas, la *traditio* (que estaba constituida por actos materiales), pero que con el andar del tiempo cayeron en desuso los dos primeros modos, y la *traditio* se convirtió en el modo general apto para la transmisión de la propiedad de cualquier clase de cosas, tanto *mancipio* como *nec mancipi*.

López de Zavala nos señala que en el Derecho Argentino, la venta de bienes muebles está regida por el sistema romano el título y el modo, siendo la compraventa el título y la tradición el modo.

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario; 2003; Estudios sobre el Contrato de Compra venta, Perú; Ediciones Legales S.A.C.

En la venta de inmuebles se conserva también el principio romanista que exige el título y el modo, pero que este último ha sido mutilado de tal manera que sólo sirve para hacer adquirir el dominio respecto al vendedor, mientras que para hacer adquirir el dominio erga omnes hace falta, además, la inscripción. De allí ha nacido la distinción entre título, modo (pero modo mutilado) y medio (o forma) de publicidad. Con arreglo a ello, la compraventa es título, la tradición es modo (mutilado) y la inscripción es media.

Esta doctrina está reflejada en los artículos 2601^o, 2602^o y 2505^o (ley 17.711) del Código Civil argentino.

Consecuentemente con esta posición, el Código Civil argentino no contiene disposición alguna respecto a que la sola obligación de transferir un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él.

En el Derecho español el régimen legal es descrito por Ruiz Serramalera, indica que en materia de adquisición derivativa por contrato de los derechos reales⁹. El Sistema Romanista inspirado en la teoría del título y el modo, según el cual la propiedad o cualquier otro derecho real no se adquieren sino por la concurrencia de dos requisitos esenciales: Por una parte, la causa jurídica de la adquisición-Llamada título-, y por otra parte, al transmisión efectiva de la posesión de la cosa o tradición -denominada modo-, si faltare cualquiera de estos requisitos no se produce la adquisición del derecho que el contrato (título) sólo origina un vínculo obligacional, dirigido en estos casos, precisamente, a la entrega de la

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario; 2003; Estudios sobre el Contrato de Compra venta; Perú; Ediciones Legales S.A.C.

cosa (contenido de la prestación), y el modo (tradición) no es suficiente tampoco para la validez y eficacia de los negocios jurídicos, sino que es preciso que la entrega tenga un fundamento anterior, sin el cual sólo se produce, como máximo, el nacimiento de la posesión (por ser el resultado, únicamente, de una situación de hecho).

Para Manuel Albadalejo, Título (palabra utilizada aquí, no en sentido de documento, sino en el fundamento jurídico) es el acto (por ejemplo la compraventa) por el que se establece la voluntad de enajenación (adquisición para la otra parte) del derecho.

Agrega, Modo es el acto consistente, en la entrega, con ánimo de transmitir la posesión del derecho cuya enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquirente.

Sin modo subsiguiente, el título es insuficiente para producir la adquisición del derecho real.

Sin Título previo la entrega (modo) no transfiere (hace adquirir al que la recibe) el derecho real, v.g., sino hubo anteriormente un contrato de compraventa, pero se entrega la cosa, el que la recibe adquiere la posesión (ya que ésta no es la tenencia efectiva de la misma, y esa la ha recibido) pero no se convierte en dueño (no adquiere la propiedad: derecho real).

En la legislación española, por lo tanto, hay que distinguir, cuando la adquisición de la propiedad o de los demás derechos reales se realice a través de un contrato, dos

momentos distintos de los que surgen, respectivamente, un derecho de crédito (a la entrega de la cosa) y un derecho real (sobre la misma cosa), estando condicionado el nacimiento de este último a la validez del título transmisivo y a la realidad de la tradición o entrega.

El Código Civil español recoge esta doctrina en su artículo 609º, según el cual “la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmite por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”.

A semejanza del Código Civil argentino, el Código Civil español no contiene ninguna disposición sobre el efecto traslativo de la obligación de transferir bienes inmuebles.

3.2.7. Objeto de la transferencia de un bien inmueble

En el derecho romano, las formas de transferencia de bienes menores, se daba por tradición. La evolución del derecho hizo que se extendiera el uso de documentos en los actos de transferencia de inmuebles, desapareciendo el recurso de la oralidad en los contratos¹⁰.

Cobró importancia entonces el uso de documentos en transferencias como el testamento y los contratos. Los contratos, hasta entonces, se realizaban de forma oral y solemne.

Contribuyó a esto, el mayor uso de la escritura. El documento de transferencia de inmuebles fue adquiriendo

¹⁰ CASTILLO FREYRE, Mario; 2003; Estudios sobre el Contrato de Compra venta; Perú; Ediciones Legales S.A.C.

una desproporcionada importancia, llegando incluso a sustituir la entrega del bien.

En la Roma clásica, la transferencia de inmuebles se realizaban de manera escrita, y esto brindaba seguridad en la operación. No obstante, no se poseen registros de la existencia de un catastro.

Transferir es ceder a otra persona, el derecho que sobre algo se tiene. La transferencia de inmuebles es el desplazamiento patrimonial que tiene por objeto, ceder el derecho de posesión sobre un bien inmueble, a otra persona pública o privada, sin contrapartida directa por parte de las personas beneficiadas. Esta transferencia de inmuebles, debe realizarse por escrito, ante la presencia de un abogado.

3.2.8. Sujetos que intervienen en la transferencia de bienes inmuebles.

* **VENDEDOR:** El que vende traspa a otro por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee.

Obligaciones del vendedor:

- a.- Perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.
- b.- Entregar el bien y sus accesorios en el estado en que se encuentra en el momento de celebrarse el contrato.
- c.- Entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o el uso del bien vendido, salvo pacto distinto.

- d.- Entregar el bien inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora que resulte de su naturaleza o de acuerdo distinto.
- e.- Entregar el bien en el lugar en que encuentre en el momento de celebrarse el contrato, salvo que sea bien incierto, el cuyo caso la entrega se efectuara en el domicilio del vendedor.
- f.- Responder por los frutos del bien en caso de ser culpable de la demora de su entrega, caso contrario solo corresponde responder por los frutos solo en caso de haberlos percibido.
- g.- Reembolsar al comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado indemnizarle los daños y perjuicios cuando se resuelva la compra venta por falta de entrega.
- h.- Cuando se trate de un contrato cuyo precio deba pagarse a plazos y el vendedor demore la entrega del bien estos se prorroga por el tiempo de la demora.

*** COMPRADOR:**

Obligaciones del comprador:

- a.- Pagar el precio, en el momento, modo y lugar pactados.
- b.- Devolver la parte del precio pagado, deducido los tributos y gastos del contrato cuando se resolvió el contrato por incumplimiento de pago del saldo.
- c.- Cuando el contrato se resuelve por no haberse otorgado, en el plazo convenido, la garantía debida por el saldo del precio.

- d.- Pagar inmediatamente el saldo deudor dándose por vencidas las cuotas que estuvieran pendiente, cuando dejo de pagar 3 cuotas sucesivas o no.
- e.- Pagar el saldo deudor cuando se ha convenido en el contrato la improcedencia de la acción resolutoria.
- f.- Revolver lo recibido del comprador y pagar una compensación equitativa por el uso del bien e indemnizar los daños y perjuicio. En el caso en que se resuelva el contrato por falta de pago del comprador,
- g.- Recibir el bien en el plazo fijado en el contrato o en que señalen los usos, sino hubiera un plazo convenido o de usos diversos, el comprador deberá recibir el bien al momento de celebrar el contrato.

3.2.9. La formalización del documentos privado de bien inmueble

En los Contratos de Compra-Venta, el perfeccionamiento o formalización del acto jurídico que generan, se perfecciona con el acuerdo de las partes respecto a los elementos esenciales del Contrato, los cuales son el bien y el precio¹¹.

El precio; puede ser entendido como todo medio que sirva representativamente como contraprestación a la obligación de transferir el dominio del bien objeto del Contrato.

La determinación del precio no puede de ningún modo ser establecida en forma unilateral, pues de este modo no existiría un concierto de voluntades, más por el contrario, una de las partes quedaría supeditada al capricho de la contraparte.

¹¹ CASTILLO FREYRE, Mario; 2003; Estudios sobre el Contrato de Compra venta; Perú; Ediciones Legales S.A.C.

3.3. La función notarial

3.3.1. Funciones del notario público¹²

LA FUNCIÓN NOTARIAL

Notas características:

- Se inicia a instancia de parte o rogación
- Se actúa intervolentes: partes con intereses coincidentes
- Se ejerce al servicio de intereses privados
- Carácter técnico jurídico – asesora y calificadora
- Es cautelara y preventiva

En nuestra legislación la función notarial se regula como sigue:

Artículo 3 del D.Leg. 1049.- Ejercicio de la Función Notarial.- El notario ejerce su función en forma **personal, autónoma, exclusiva e imparcial.**

DS 10-2010-JUS (REGLAMENTO):

Artículo 5.- De la función

La función fedante y formalizadora de instrumentos protocolares y extra protocolares que realiza el notario implica la labor de orientación imparcial a los usuarios a que se refieren los artículos 27 y 99 del Decreto Legislativo, de calificación de la legalidad, del otorgamiento del acto o contrato que se solicita; correspondiéndole, la facultad de solicitar la presentación de requisitos, instrumentos previos o comprobantes que acrediten el cumplimiento de obligaciones tributarias, que sean necesarios para la formalización del

¹² TAMBINI AVILA, Mónica; 2006; Manual de Derecho Notarial; Perú; Editorial nomos & theis

acto o contrato. En ningún caso, en su condición de notario está facultado a emitir resoluciones.

La función cautelar y preventiva que cumple el notario implica que en la facción de los instrumentos públicos notariales cumpla con las regulaciones que rigen para cada uno de los casos.

Artículo 6.- Del ejercicio

Para los efectos de lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. El ejercicio **personal** de la función notarial no excluye la colaboración de dependientes, sin que ello implique la delegación de la función notarial para realizar los actos complementarios o conexos que coadyuven al desarrollo de su labor, bajo responsabilidad del notario.
2. El ejercicio **autónomo** de la función notarial implica el no sometimiento del notario a decisiones de otra autoridad dentro del ejercicio de su función, ni estar sujeto a mandato imperativo; salvo lo establecido en la Constitución y el Decreto Legislativo.
3. Sólo el notario podrá ejercer la función notarial, no admitiéndose suplencia ni interinatos.
4. El ejercicio **exclusivo** de la función notarial, implica que el notario sólo se encuentra impedido de ejercer las actividades específicas prohibidas por el Decreto Legislativo.

5. El notario en cumplimiento del principio de **imparcialidad** proporciona iguales facilidades, atención y orientación a las partes; no debiendo asumir posición en favor de alguna de éstas.

Artículo 4 D.Leg. 1049.- Ámbito territorial.- El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina.

DS 10-2010-JUS (REGLAMENTO):

Artículo 7.- Del ámbito territorial de la función notarial

El notario ejerce su función estrictamente en el ámbito geográfico de la provincia a la que está adscrito, excepto inventarios, asuntos no contenciosos.

El oficio notarial de cada notario sólo podrá localizarse en el distrito señalado en su título. Para cambiar la localización distrital de su oficio notarial a distrito distinto al de su título, el notario requiere obtener la plaza en un concurso público.

Artículo 8.- Del número y la localización de las plazas

1. Para la determinación del número o la creación de nuevas plazas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° y 142° inciso j) del Decreto Legislativo, el Consejo del Notariado deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a) Las provincias que cuenten con al menos cincuenta mil (50 000) habitantes, deberán contar con no menos de dos (2) notarios.

- b) Por cada cincuenta mil (50 000) habitantes adicionales, deberán contar con un notario adicional.
 - c) Los criterios antes mencionados, conforme al Decreto Legislativo, deben aplicarse entendiéndose como una garantía a favor de la población de contar con un mínimo de plazas y no con límites a la provisión o creación de éstas.
2. Para la determinación de la localización de plazas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo, se tendrá en cuenta lo siguiente:
- a) Las plazas ocupadas a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo, mantendrán su localización, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso siguiente.
 - b) La localización de las plazas vacantes a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo y de las que queden vacantes a partir de su vigencia, serán determinadas por el Consejo del Notariado pudiendo para estos efectos acordar su reubicación.
 - c) La localización de las plazas que se creen para dar cumplimiento al numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo, serán determinadas por el Consejo del Notariado, pudiendo para estos efectos acordar su ubicación.

INGRESO A LA FUNCIÓN NOTARIAL

Artículo 6.- Ingreso a la Función Notarial

El ingreso a la función notarial se efectúa mediante **concurso público de méritos** ante jurado calificador constituido según lo dispuesto en el artículo 11 de la presente ley.

Las **etapas** del concurso son: **calificación de currículum vitae, examen escrito y examen oral**. Cada etapa es eliminatoria e irrevisable.

Artículo 7.- Forma de los Concursos

Los concursos públicos de méritos para el ingreso a la función notarial serán **abiertos** y participarán los postulantes que reúnan los requisitos exigidos en el artículo 10 de la presente ley, sean o no notarios.

En caso que el postulante sea **un notario en ejercicio**, con una antigüedad no menor de tres (3) años y siempre que en los últimos cinco (5) años no tengan sanciones, tendrá una bonificación máxima del 5% de su nota promedio final.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 015-2008-JUS, Art. 24

Artículo 8.- Facultad del Estado

El Estado **reconoce, supervisa y garantiza** la función notarial en la forma que señala esta ley.

Artículo 9.- Convocatoria a Plazas Vacantes

Las plazas notariales vacantes o que sean creadas serán convocadas a **concurso** bajo responsabilidad por los **colegios de notarios** de la República, **por iniciativa**

propia, en un plazo no mayor de **sesenta (60) días calendario** de conocer la vacancia o la creación de la plaza. En el caso de plaza vacante producida por cese de notario, el concurso será convocado en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario de haber quedado firme la resolución de cese.

Asimismo, a **requerimiento del Consejo del Notariado**, en un plazo no mayor de sesenta (60) días calendario del mismo, los colegios de notarios deberán convocar a concurso para cubrir plazas notariales vacantes o que sean creadas. Transcurrido dicho plazo sin que se convoque a concurso, **el Consejo del Notariado quedará facultado a convocarlo.**

PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA FUNCIÓN NOTARIAL.

1. Veracidad
2. Honorabilidad
3. Objetividad
4. Autoría
5. Carácter formal e instrumental
6. Imparcialidad
7. Legalidad
8. Rogación
9. Inmediación
10. Protocolo
11. Diligencia y
12. Respeto a la dignidad y derechos de las personas, constitución y a las leyes

3.3.2. Requisitos para ejercer la función notarial

¹³Artículo 10.- **Requisitos de los postulantes**

Para postular al cargo de notario se requiere:

- a) Ser peruano de nacimiento.
- b) Ser abogado, con una antigüedad no menor de cinco años.
- c) Tener capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.
- d) Tener conducta moral intachable.
- e) No haber sido condenado por delito doloso.
- f) Estar física y mentalmente apto para el cargo.
- g) Acreditar haber aprobado examen psicológico ante institución designada por el Consejo del Notariado. Dicho examen evaluará los rasgos de personalidad, valores del postulante y funciones intelectuales requeridos para la función notarial.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 015-2008-JUS, Art. 4 y 9

Artículo 11.- El Jurado Calificador

El jurado calificador de cada concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial, se integra de la siguiente forma:

- a) La persona que designe el Consejo del Notariado, quien lo preside
- b) El Decano del colegio de notarios o quien haga sus veces.
- c) El Decano del colegio de abogados o quien haga sus veces.

¹³ TAMBINI AVILA, Mónica; 2006; Manual de Derecho Notarial; Perú; Editorial nomos & theis

- d) Un miembro del colegio de notarios designado por su Junta Directiva.
- e) Un miembro del colegio de abogados designado por su Junta Directiva.
- f) En los colegios de notarios dentro de cuya jurisdicción exista más de un colegio de abogados, sus representantes ante el jurado calificador serán nombrados por el colegio de abogados más antiguo.

Los miembros a que se refieren los incisos d) y e) no necesariamente serán integrantes de la junta directiva.

El quórum para la instalación y funcionamiento del jurado es de tres miembros.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 015-2008-JUS, Art. 12

Artículo 12.- Expedición de Título

Concluido el concurso público de méritos de ingreso a la función notarial, **el jurado comunicará** el resultado al **Consejo del Notariado**, para la expedición simultánea de las resoluciones ministeriales a todos los postulantes aprobados y la expedición de títulos por el Ministro de Justicia.

En caso de renuncia del concursante ganador antes de la expedición del título, el Consejo del Notariado podrá asignar la plaza vacante al siguiente postulante aprobado, respetando el orden de mérito del correspondiente concurso. En caso de declararse desierto el concurso público de mérito para el ingreso a la función notarial, el Colegio de Notarios procederá a una nueva convocatoria.

3.3.3. Deberes del Notario Público

El decreto legislativo del notariado establece en su artículo 13° que el notario deberá incorporarse al colegio de notarios dentro de los treinta (30) días de expedido el título, previo juramento o promesa de honor, ante la Junta Directiva. A solicitud del notario dicho plazo podrá ser prorrogado por igual término.

Este artículo tiene como antecedente legislativo nacional inmediato el artículo 13 del decreto ley 26002, el cual señalaba que el notario deberá incorporarse al Colegio de Notarios dentro de los treinta días de expedido el Título, previo juramento o promesa de honor, ante la Junta Directiva.”

Ley del notariado española establece en su artículo 15 que los Notarios, para entrar en el ejercicio de su cargo, jurarán ante la Audiencia del territorio obediencia y fidelidad al Rey, guardar la Constitución y las leyes, y cumplir bien y lealmente su cargo.

El artículo 14 del decreto legislativo del notariado regula las medidas de Seguridad, estableciendo que el notario registrará en el colegio de notarios su firma, rúbrica, signo, sellos y otras medidas de seguridad que juzgue conveniente o el colegio determinen, y que el notario utilizará en el ejercicio de la función. Además señala que la firma, para ser registrada deberá ofrecer un cierto grado de dificultad. En su segundo párrafo establece que asimismo, el notario está obligado a comunicar cualquier cambio y actualizar dicha información en la oportunidad y forma que establezca el respectivo colegio de notarios. Además precisa que los

colegios de notarios deberán velar por la máxima estandarización de los formatos y medios para la remisión de información a que se refiere el presente párrafo.

Este artículo tiene como antecedente legislativo nacional inmediato al artículo 14 del decreto ley 26002, el cual señalaba que el notario registrará en el Colegio de Notarios su firma, rúbrica, signo, sellos y equipos de impresión que utilizará en el ejercicio de la función. Además señalaba que la firma, para ser registrada, deberá ofrecer un cierto grado de dificultad. Y el segundo párrafo precisaba que cualquier cambio deberá comunicarlo previamente el notario al Colegio de Notarios.

La ley del notariado española señala en su artículo 19 que los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma, y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio. En el segundo párrafo precisa que no podrán variar en lo sucesivo, sin Real autorización, la rúbrica ni el signo. Además en el tercer párrafo establece que en cada Audiencia habrá un libro en que los Notarios pongan su firma, rúbrica y signo después de haber jurado su plaza.

El artículo 15 regula el inicio de la Función Notarial, señalando que el notario iniciará su función dentro de los treinta (30) días, siguientes a su incorporación, prorrogables a su solicitud por única vez, por igual término.

El cual tiene como antecedente legislativo nacional inmediato al artículo 15 del decreto ley 26002, el cual establece en el artículo 15.- El notario iniciará su función

dentro de los treinta días siguientes a su incorporación, prorrogables a su solicitud, por igual término.”

La ley del notariado española no tiene un artículo con el cual se pueda comparar o hacer derecho comparado.

3.3.4. Obligaciones del Notario Público

El decreto legislativo del notariado peruano establece las obligaciones del notario en su artículo 16, precisando que el mismo está obligado a:

- a) Abrir su oficina obligatoriamente en el distrito en el que ha sido localizado y mantener la atención al público no menos de siete horas diarias de lunes a viernes.
- b) Asistir a su oficina, observando el horario señalado, salvo que por razón de su función tenga que cumplirla fuera de ella.
- c) Prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, salvo las excepciones señaladas en la ley, el reglamento y el Código de Ética.
- d) Requerir a los intervinientes la presentación del documento nacional de identidad – D.N.I.- y los documentos legalmente establecidos para la identificación de extranjeros, así como los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales protocolares y extra protocolares.
- e) Guardar el secreto profesional.

- f) Cumplir con esta ley y su reglamento. Asimismo, cumplir con las directivas, resoluciones, requerimientos, comisiones y responsabilidades que el Consejo del Notariado y el colegio de notarios le asignen.
- g) Acreditar ante su colegio una capacitación permanente acorde con la función que desempeña.
- h) Contar con una infraestructura física mínima, que permita una óptima conservación de los instrumentos protocolares y el archivo notarial, así como una adecuada prestación de servicios.
- i) Contar con una infraestructura tecnológica mínima que permita la interconexión con su colegio de notarios, la informatización que facilite la prestación de servicios notariales de intercambio comercial nacional e internacional y de gobierno electrónico seguro.
- j) Orientar su accionar profesional y personal de acuerdo a los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia, respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la constitución y las leyes.
- k) Guardar moderación en sus intervenciones verbales o escritas con los demás miembros de la orden y ante las juntas directivas de los colegios de notarios, el Consejo del Notariado, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú y la Unión Internacional del Notariado Latino.

- l) Proporcionar de manera actualizada y permanente de preferencia por vía telemática o en medios magnéticos los datos e información que le soliciten su colegio y el Consejo del Notariado. Asimismo suministrar información que los diferentes poderes del Estado pudieran requerir y siempre que no se encuentren prohibidos por ley.

- m) Otorgar todas las facilidades que dentro de la ley pueda brindar a la inversión nacional y extranjera en el ejercicio de sus funciones.

- n) Cumplir con las funciones que le correspondan en caso de asumir cargos directivos institucionales; y,

- ñ) Aceptar y brindar las facilidades para las visitas de inspección que disponga tanto su Colegio de Notarios, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado en el correspondiente oficio notarial.

Este artículo tiene como antecedente legislativo nacional inmediato al artículo 16 del decreto ley 26002, el cual señala que el notario está obligado a:

- a) Abrir su oficina obligatoriamente en el distrito en el que ha sido localizado y mantener la atención al público no menos de siete horas diarias de lunes a viernes;

- b) Derogado

- c) Prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, salvo las excepciones señaladas en el Código de Ética del Notariado Peruano;

- d) Cobrar honorarios profesionales de conformidad con el arancel;
- (*) Confrontar con el artículo 7 de la Ley N° 26741, publicada el 11-01-97
- e) Guardar el secreto profesional; y,
- f) Cumplir con las comisiones y responsabilidades que el Consejo del Notariado y el Colegio de Notarios le asigne conforme a Ley, estatuto o convenio.”

Además el artículo 16-Ha, establece que los notarios están obligados a requerir a los comparecientes la presentación del Documento Nacional de Identidad - D.N.I. y los documentos legalmente establecidos para la identificación de extranjeros, así como los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales protocolares y extra protocolares.

El cual es un artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 28580, publicada el 12 Julio 2005.

3.3.5. Prohibiciones del Notario Público

El artículo 17 del decreto legislativo del notariado titula “Prohibiciones al Notario”, estableciendo que está prohibido al notario:

- a) Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente.

- b) Autorizar instrumentos públicos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el inciso anterior participen en el capital o patrimonio, salvo en aquellos casos de sociedades que se cotizan en la bolsa de valores; así como de aquellas personas jurídicas en las que tengan la calidad de administradores, director, gerente, apoderados o representación alguna.
- c) Ser administrador, director, gerente, apoderado o tener representación de personas jurídicas de derecho privado o público en las que el Estado, gobiernos regionales o locales, tengan participación.
- d) Desempeñar labores o cargos dentro de la organización de los poderes públicos y del gobierno nacional, regional o local; con excepción de aquellos para los cuales ha sido elegido mediante consulta popular o ejercer el cargo de ministro y viceministro de Estado, en cuyos casos deberá solicitar la licencia correspondiente. También podrá ejercer la docencia a tiempo parcial y desempeñar las labores o los cargos otorgados en su condición de notario. Asimismo, podrá ejercer los cargos públicos de regidor y consejero regional sin necesidad de solicitar licencia.
- e) El ejercicio de la abogacía, excepto en causa propia, de su cónyuge o de los parientes indicados en el inciso a) del presente artículo.
- f) Tener más de una oficina notarial.

- g) Ejercer la función fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado, con excepción de lo dispuesto en el inciso k) del artículo 130 de la presente ley y el artículo 29 de la Ley N° 26662; y,
- h) El uso de publicidad que contravenga lo dispuesto en el Código de Ética del notariado peruano.
- i) La delegación parcial o total de sus funciones

La ley del notariado peruano anterior señalaba que está prohibido al notario:

- a) Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, a sus ascendientes, descendientes y parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente;
- b) Autorizar instrumentos públicos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el inciso anterior participen en el capital o patrimonio, con excepción de las empresas de servicio público; o tengan la calidad de administradores, directores, gerentes, apoderados o representación alguna;
- c) Ser administrador, director, gerente, apoderado o tener representación de personas jurídicas de derecho público o en las que el Estado, Gobiernos Locales o Regionales tengan participación;

- d) Desempeñar labores o cargos dentro de la organización de los Poderes Públicos y del Gobierno Central, Regional o Local; con excepción de aquéllos para los cuales han sido elegidos mediante consulta popular; Ministros y Viceministros de Estado, la docencia y los nombrados en su condición de notario;
- e) El ejercicio de la abogacía, excepto en causa propia, de su cónyuge o de los parientes indicados en el inciso a);
- f) Tener más de una oficina notarial; y,
- g) Ejercer la función fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado.

Este último artículo fue modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28580, publicada el 12 Julio 2005, el cual establece que está prohibido al notario:

- a) Autorizar instrumentos públicos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, o sus ascendientes, descendientes y parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente;
- b) Autorizar instrumentos públicos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el inciso anterior participen en el capital o patrimonio, con excepción de las empresas de servicio público; o tengan la calidad de administradores, directores, gerentes, apoderados o representación alguna;

- c) Ser administrador, director, gerente, apoderado o tener representación de personas jurídicas de derecho público o en las que el Estado, Gobiernos Locales o Regionales tengan participación;
- d) Desempeñar labores o cargos dentro de la organización de los Poderes Públicos y del Gobierno Central, Regional o Local; con excepción de aquellos para los cuales ha sido elegido mediante consulta popular o ejercer el cargo de Ministro y Viceministro de Estado, en cuyos casos deberá solicitar la licencia correspondiente.

También podrá ejercer la docencia y desempeñar las labores o los cargos otorgados en su condición de notario. Asimismo, podrá ejercer los cargos públicos de regidor y consejero regional sin necesidad de solicitar licencia.

- e) El ejercicio de la abogacía, excepto en causa propia, de su cónyuge o de los parientes indicados en el inciso a);
- f) Tener más de una oficina notarial;
- g) Ejercer la función fuera de los límites de la provincia para la cual ha sido nombrado, con excepción de lo dispuesto en el inciso k) del artículo 130; y,
- h) La delegación parcial o total de sus funciones.

La ley del notariado de España precisa en su artículo 16 que el ejercicio del Notario es incompatible con todo cargo que lleve aneja jurisdicción, con cualquier empleo público que devengue sueldo o gratificación de los presupuestos

generales, provinciales o municipales, y con los cargos que le obliguen a residir fuera de su domicilio. En el segundo párrafo señala que sin embargo, en los pueblos que pasen de 20.000 almas podrán admitir, aun fuera de su domicilio, los cargos de Diputados a Cortes o Diputados provinciales. El artículo 22 establece que ningún Notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad.

Además el artículo 28 señala que no producirán efecto las disposiciones a favor de parientes, dentro del grado anteriormente prohibido, del que autorizó el instrumento en que se hicieron.

Por otro lado el artículo 29 señala que lo dispuesto en los artículos que preceden, relativamente a la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos, y demás disposiciones mortis causa, en las cuales regirá la Ley o leyes especiales del caso.

El artículo 18 del decreto legislativo del notariado se titula "Prohibición de Asumir Funciones de Letrado", y establece que se prohíbe al notario autorizar minuta o contrato privado sin firmas de letrado o abogado, salvo el caso a que se refiere el inciso e) del artículo que precede; la autorización estará a cargo de abogado, con expresa mención de su número de colegiación. En su segundo párrafo se señala que no está prohibido al notario, en su calidad de letrado, el

autorizar recursos de impugnación que la ley y reglamentos registrales franquean en caso de denegatoria de inscripción.

La ley de notariado peruana anterior señalaba en su artículo 18 que se prohíbe al notario autorizar minuta, salvo el caso a que se refiere el inciso e) del artículo que precede; la autorización estará a cargo de abogado, con expresa mención de su número de colegiación. Y en su segundo párrafo se establece que no está prohibido al notario, en su calidad de letrado, el autorizar recursos de impugnación que la ley y reglamentos registrales franquean en caso de denegatoria de inscripción.

3.3.6. Derechos del Notario Público¹⁴

El decreto legislativo del notariado establece en su artículo 19 los derechos del Notario, precisando que son derechos del notario:

- a) La inamovilidad en el ejercicio de su función.
- b) Ser incorporado en la planilla de su oficio notarial, con una remuneración no mayor al doble del trabajador mejor pagado, y los derechos derivados propios del régimen laboral de la actividad privada.
- c) Gozar de vacaciones, licencias por enfermedad, asistencia a certámenes nacionales o internacionales y razones debidamente justificadas.
- d) Negarse a extender instrumentos públicos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres; cuando se le

¹⁴ Decreto Legislativo N° 1049, 2008; Nueva ley del Notariado, Lima; Editora Gaceta Jurídica.

cause agravio personal o profesional y abstenerse de emitir traslados de instrumentos autorizados cuando no se le sufrague los honorarios profesionales y gastos en la oportunidad y forma convenidos.

- e) El reconocimiento y respeto de las autoridades por la importante función que cumple en la sociedad, quienes deberán brindarle prioritariamente las facilidades para el ejercicio de su función; y,
- f) El acceso a la información con que cuenten las entidades de la administración pública y que sean requeridos para el adecuado cumplimiento de su función, salvo las excepciones que señala la ley.

Esta norma tiene como antecedente legislativo nacional inmediato al artículo 19 del decreto ley 26002, el cual establece que son derechos del notario:

- a) La inamovilidad en el ejercicio de su función;
- b) Gozar de vacaciones, licencias por enfermedad, asistencia a certámenes nacionales o internacionales y razones debidamente justificadas;
- c) Negarse a autorizar instrumentos públicos contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres; cuando se le cause agravio personal o profesional o cuando no se le sufrague los honorarios profesionales y gastos en la oportunidad y forma establecida en el Arancel.

La ley del notariado española establece en su artículo 45 que el Gobierno, oídas las Audiencias, presentará a las Cortes el correspondiente proyecto de Ley para establecer el arancel que fije los derechos notariales.

3.4. Protocolo notarial

3.4.1. Definición del protocolo notarial obligatorio

Etimológicamente el termino protocolo proviene de dos palabras griegas: Protos que significa “primero” o “principal” y colas, que significa “pegar”. Del latín protocolum, que etimológicamente se entiende como: “Primer pliego encolado”. El término es recogido del código Justiniano. Significa hojas pegada a ciertos documentos que contiene diversas indicaciones y otorga autenticidad a éstos.

Hablar de protocolo notarial es hablar de documentos o conjuntos de documentos que se encuentran ordenados en otro documento llamando registro, y por el cual un notario público extiende instrumentos públicos protocolares de acuerdo a ley de los documentos originales que este mantiene en custodia dentro de su despacho notarial.

Es así, que el notario se convierte de esta manera para todos nosotros en el guardián de los documentos de los diferentes actos jurídicos, que se han realizado en su despacho u oficina notarial. Ahora la pregunta que nos hacemos de manera lógica, todos los documentos son materia de protocolización, pues es fácil de contestar dicha pregunta ya que la misma es negativa.

Se dice que es negativa, porque de acuerdo a nuestra legislación el notario solo está obligado a protocolizar ciertos documentos y de acuerdo a ley son aquellos contenidos en el artículo N° 10 del decreto legislativo N° 1049 Nueva Ley del Notariado, como son las escrituras públicas, testamentos, bienes muebles que sean registrales, asuntos no contenciosos, etc., Entonces es aquí donde radica el problema de la ley, ya que no obliga al notario la protocolización de la transferencia de bienes inmuebles en documentos privados o, y al no estar obligado deja de lado dicha necesidad de protocolizar la transferencia de bienes inmuebles en documentos privados, por otro lado hay que también dar conocer que dichos documentos carecen de tres requisitos de relevancia jurídica, como son la falta del **acto rogatorio en dichos documentos, la intervención del abogado autorizando el contenido del mismo y el pago de impuestos, que acarrea a elevar a un protocolo notarial** mediante una escritura pública la transferencia de bienes inmuebles.

Asimismo, el notario público sabe lo anterior al problema o conflicto que pudiera suscitarse entre las partes, ya que el historial o antecedentes de un inmueble se encuentra registrado en la base de datos del sistema registral de registros públicos de toda ciudad, en ese sentido lo que se quiere buscar es dar carácter constitutivo a los documentos privados de compra venta de inmuebles no solo en sede notarial, si no registral también, con el objeto de proporcionar seguridad jurídica a las partes de manera absoluta, con la inscripción de estos documentos en el registro de predios de cualquier ciudad del país.

3.4.2 Importancia del protocolo notarial

Además, de lo antes señalado es importante un protocolo notarial porque da seguridad jurídica a las partes, en la realización de sus actos jurídicos, ya que el notario somete el acto jurídico a un test o examen de legalidad, a fin de dar dicha seguridad jurídica a las partes en otras palabras examina todos los presupuestos legales que para que dicho acto sea formalizado dentro de todos los parámetros legales.

Así mismo es importante dicho protocolo notarial porque servirá como medio probatorio ante cualquier conflicto que se suscitase, ya que el notario público podría extender una copia en cualquier momento, ya que dentro del archivo notarial, por lo que sería un medio de prueba eficaz ante cualquier circunstancia o conflicto y más aún servirá para determinar la resolución de jueces en el poder judicial y los árbitros, en los cuales los instrumentos protocolares ostentan un valor probatorio de prueba plena.

¹⁵Por otro lado se puede decir que la matriz que conserva el notario en su archivo notarial, es de indudable utilidad tanto para los otorgantes y para toda persona que requiera seguridad jurídica respecto del hecho o acto jurídico celebrado dentro del despacho notarial.

3.4.3. Principios de la matricidad, conservación y perpetuidad

a) **LA MATRICIDAD:** Es el instrumento o escritura original que las partes celebran en una oficina notarial, el mismo que queda en cautela o resguardo del notario público dentro de un protocolo, para que con ella, en caso de

¹⁵ TAMBINI AVILA, Mónica; 2006; Manual de Derecho Notarial; Perú; Editorial nomos & theis

duda o conflicto de intereses entre las partes, se cotejen el original y las copias.

b) CONSERVACIÓN: Es la obligación que tiene todo notario público para con los documentos o instrumentos que se encuentran dentro de su protocolo notarial que es la de proteger y cuidar de los mismos dentro de su oficina notarial hasta su muerte.

c) PERPETUIDAD: Con dicho principio se le da la permanencia de por vida al instrumento o escritura pública, celebrada ante un notario público, ya que tendrá la matriz de la misma y la obligación de conservarlo hasta su muerte, pero dicha matriz no desaparece pues se conservara aun con la muerte del notario público.

3.4.4. Clases de protocolos notariales¹⁶

Según el decreto legislativo N° 1049, en su artículo 25° señala de manera general que son los instrumentos públicos protocolares lo cuales son los siguientes:

1) Las Escrituras Públicas.

2) Las actas que el notario incorpora al protocolo notarial.

¹⁷Asimismo, existe otra forma de clasificar a los instrumentos públicos protocolares, la misma que se encuentra enmarcada en nuestra ley del notariado en su Art. 37° los cuales son los siguientes:

1) Escrituras Públicas.

¹⁶ Decreto Legislativo N° 1049, 2008; Nueva ley del Notariado, Lima; Editora Gaceta Jurídica.

¹⁷ Decreto Legislativo N° 1049, 2008; Nueva ley del Notariado, Lima; Editora Gaceta Jurídica

- 2) Testamentos.
- 3) Actas de Protesto.
- 4) Actas de transferencia de bienes muebles registrales.
- 5) Escrituras y actas de Asuntos no Contenciosos.
- 6) Garantías Mobiliarias.
- 7) Otros que señale la ley.

Según el artículo 94º señala cuales son los instrumentos públicos extra protocolare los cuales son los siguientes:

- a) De autorización para viaje de menores.
- b) De destrucción de bienes.
- c) De entrega.
- d) De juntas, directorios, asambleas, comités y demás actuaciones corporativas.
- e) De licitaciones y concursos.
- f) De inventarios; y subastas de conformidad con el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado.
- g) De sorteos y de entrega de premios.
- h) De constatación de identidad, para efectos de la prestación de servicios de certificación digital.
- i) De transmisión por medios electrónicos de la manifestación de voluntad de terceros; y,
- j) De verificación de documentos y comunicaciones electrónicas en general.
- k) Otras que la ley señale El notario llevará un índice cronológico de autorizaciones de viaje al interior y al exterior, el mismo que comunicará en la periodicidad, medios u oportunidad que señale el reglamento, a las autoridades respectivas.

Asimismo el Artículo 95 señala cuales son las clases de certificaciones:¹⁸

- a) La entrega de cartas notariales.
- b) La expedición de copias certificadas.
- c) La certificación de firmas.
- d) La certificación de reproducciones.
- e) La certificación de apertura de libros.
- f) La constatación de supervivencia.
- g) La constatación domiciliaria; y,
- h) Otras que la ley determine.

Del mismo modo el Artículo 96 señala que la Incorporación al Protocolo Las actas y certificaciones a que se contraen los artículos que preceden, son susceptibles de incorporarse al protocolo notarial, *a solicitud de parte interesada*, cumpliéndose las regulaciones que sobre el particular rigen. Son también susceptibles de incorporarse al protocolo notarial los documentos que las partes soliciten.

¹⁹De la misma manera define a la certificación de firmas en su artículo 106° del Decreto Legislativo N° 1049.

Definición El notario certificará firmas en documentos privados cuando le hayan sido suscritas en su presencia o cuando le conste de modo indubitable su autenticidad. Carece de validez la certificación de firma en cuyo texto se señale que la misma se ha efectuado por vía indirecta o por simple comparación con el documento nacional de identidad o los documentos de identidad para extranjeros.

¹⁸ Decreto Legislativo N° 1049, 2008; Nueva ley del Notariado, Lima; Editora Gaceta Jurídica

¹⁹ Decreto Legislativo N° 1049, 2008; Nueva ley del Notariado, Lima; Editora Gaceta Jurídica

3.4.5. Características del protocolo notarial

Las características de los Instrumentos Públicos Protocolares son las siguientes:

- Se incorporan al protocolo.
- Son eminentemente formales.
- Gozan de la garantía de la autenticidad.
- Son medios de prueba ante terceros.
- Son públicos.
- Son ejecutivos.
- Producen efectos jurídicos.
- Son inscribibles.
- Su contenido perdura a través del tiempo.
- Ostentan la calidad de prueba plena

3.4.6. Disposiciones especiales para la producción y conservación del protocolo notarial

Además, de las disposiciones generales en cuanto a la producción o autorización y conservación del instrumento público notarial, sea este protocolar o extra protocolares, se precisara cuáles son las disposiciones especiales de obligatorio cumplimiento que deben observarse durante la producción y conservación de los instrumentos públicos protocolares, los que a continuación se detallan:

- Son extendidos por el notario en su registro los que en colección ordenada forman el protocolo notarial.
- Son extendidos en hojas del registro que se encuentran ordenados correlativamente, según su numeración.
- Antes de ser escrito o impreso en las hojas del registro, este debe ser autorizado previamente bajo

responsabilidad del notario, mediante un sello y firma puesto en la primera hoja por un miembro de la junta directiva del colegio de notarios, designado por el decano, con conocimiento de la junta directiva.

3.5. La seguridad jurídica

3.5.1. Definición de seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un principio universalmente reconocido del Derecho que se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno²⁰.

La palabra seguridad proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de secura) que, significa estar SEGUROS DE ALGO y libre de cuidados.

El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer “seguridad jurídica” al ejercer su “poder” político, jurídico y legislativo.

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

²⁰ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; 1983; Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires; Editorial Heliasta S.R.L.

En resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, y conductos establecidos previamente.

3.5.2. Principio de seguridad jurídica

Cuando se analiza la estructura protectora del Estado, y se averigua porqué se reconocen derechos tales como el de petición y el debido proceso, se advierte inmediatamente que subyace el principio de la seguridad jurídica.

Este principio de seguridad jurídica es un principio del **ius gentium**, fruto de la recta razón humana, es decir, se trata del primer consenso jurídico evidente. Es un derecho de gentes, que en un principio se confundió con el derecho natural, particularmente en las concepciones de los jurisconsultos Gayo y Paulo, pero que a partir de Ulpiano se distinguió del **ius naturale**, tradición que recogieron, entre otros, Justiniano, y luego Tomás de Aquino, de suerte que ya en la Escuela Salmantina del siglo XVI, Vitoria, Soto y Cano distinguen el derecho de gentes del derecho natural. Lo mismo hace Francisco Suárez, a quien seguirá la modernidad en este aspecto: Grocio, Pufendor y Wolff.

El principio de la seguridad jurídica y los derechos humanos coinciden ampliamente, aunque no se confunden. Coinciden en primer lugar en que ambos son de alguna manera comunes a todos los hombres. Esta propiedad aparece clara en el primigenio derecho natural y por razón de ella en la ley **Omnes populi** del Digesto y lo mismo hay que observar en otras muchas leyes parece que al mismo derecho natural se le llama de gentes; pero en las **Instituciones** ese nombre se

atribuye con más propiedad al derecho que se ha introducido por la costumbre de los pueblos.

Toda la costumbre tiende, inexorablemente, a fortalecer el principio de seguridad jurídica, como expresión máxima del **ius gentium**. Es por ello que las formalidades y procedimientos tienden a ser un ritual que vivifica el principio de seguridad jurídica, de manera que todos saben que, al obedecer ciertas prácticas formales comunes, se efectivizan las garantías del hombre.

El principio de seguridad jurídica sólo tiene lugar entre los hombres libremente constituidos bajo la forma de Estado. Todo lo que tiende al orden social justo es una forma de estabilizar la libertad humana puesta en relación. Las formalidades jurídicas no son en estricto sentido algo que riñe con la materia, sino todo lo contrario: la expresión jurídica de un contenido que se debe en justicia. No tendría razón de ser un contenido sustancial sin la existencia adecuada de una forma jurídica proporcionada a dicha pretensión. Materia y forma jurídicas, pues, son indisolubles, y constituye una impropiedad improvisar formas no adecuadas a la exigencia misma del contenido material. Es por ello que el debido proceso no viene a ser otra cosa que la forma debida en justicia a todo hombre como garantía de la seguridad jurídica que merece. Igualmente, el derecho de petición no busca otra cosa que formalizar una pretensión jurídica, de manera adecuada a la naturaleza de lo que se solicita sea **informado**.

Uno de los principios formales de la seguridad jurídica, latente desde el pensamiento de Hooker, es el referente a la

determinación legal para todos los actos de las autoridades, así como el de un margen de indeterminación con respecto a los particulares. Así las autoridades sólo pueden hacer aquello que esté permitido por la ley de manera que no pueden crear formas jurídicas, al paso que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido legalmente. Mientras en el Estado de Derecho el particular es creativo, las autoridades sólo son aplicativas.

3.5.3. La seguridad del tráfico jurídico

Al igual que la idea de fe pública, la concepción de la seguridad del tráfico jurídico como bien jurídico en las falsedades documentales constituye también la postura con mayor aceptación por la doctrina penal. Cabe resaltar previamente, que esta idea refleja una prolongación del concepto de fe pública, ya que podría decirse que se trata de un estadio superior en la evolución de dicho concepto, pues por un lado, se abandonan las connotaciones de corte psicológico la fe y las de corte moral a las cuales se llegaba por vía de la postura del derecho a la verdad y por otro lado, se plantea la definición del bien jurídico, en desmedro de la fe pública desde el plano objetivo. Además, cobra fuerza la idea de que la seguridad jurídica es previa a la constatación de la fe pública como actitud subjetiva de la comunidad, ya que sin la constatación de una seguridad jurídica en la transferencia, no se podría hablar de la existencia de una confianza o fe pública. Se concluye que lo protegido por las normas del Código penal es el interés social en la seguridad de las relaciones jurídicas frente a la falsificación de los medios de prueba en los que el público deposita su confianza.

3.5.4. La seguridad de las transacciones facilitó el desarrollo de occidente

1. El notario y la fe pública

Nos decía ese viejo y moderno notario español don José Aristónico García, decano del Colegio Notarial de Madrid: “El notario nació como operador jurídico. Fue ideado para dar seguridad a las transacciones, y la seguridad que imprimió al mercado fue la circunstancia más determinante del rápido desarrollo de Occidente”.

El notario es ese personaje que vestido de “fe pública” está autorizado por el Estado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebren. El acudir al notario siempre ha sido garantía de legalidad y seguridad jurídica para todos. A nadie le ha interesado nunca un notario fonógrafo parlante o un pintado no interviniente.

Para Carnelutti, el notario es a quien mejor cuadra una palabra germana que le fascinaba: “rechtswahrer”, que significa “guardián del Derecho”. Es más, creado para ejercer esa función tan valorada por los economistas de nuestra época, la de “gatekeeper”, o sea, “guardabarrera de la contratación”. En suma, se trata de un funcionario con conocimientos de derecho y de características especiales, ungido de la fe pública que le otorga el Estado.

Al parecer existen ciudadanos de sus medios y miedos que no conocen que: “El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebren...”. Se entiende,

obviamente, que esta fe no puede estar sujeta a las leyes de la oferta y la demanda, y menos al mercado de consumo de postores. La fe pública es un valor ético-moral, de confianza, de honestidad, de salud jurídico-legal ciudadana. Definitivamente, no se le puede comparar con un casino de juego o local para tragamonedas, que sí están en la ley de la oferta y la demanda.

Nos alegra mucho que sobre estos temas y otros de igual importancia y trascendencia nacional para el notariado peruano y, obviamente, en beneficio de la ciudadanía, se llevó a cabo en Lima (Centro de Convenciones Real Audiencia) el 28 de marzo, el “Seminario Internacional - El Nuevo Régimen Legal del Notariado Peruano y los Problemas Actuales del Ejercicio de la Función Notarial”; el mismo que fue organizado por la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, la Escuela Peruana de Derecho Notarial y Registral, y la Academia Notarial Americana.

El evento académico tiene por objeto brindar a los participantes, una visión amplia de los nuevos retos, que deberán afrontar quienes ejercen esta importante función, especialmente en el marco de la actual crisis internacional, y de las últimas normas legales expedidas por el Gobierno.

Bien por el notariado peruano y, sobre todo, por la ciudadanía en general.

3.5.5. Definición de seguridad jurídica notarial

Es la calidad de seguridad y de firmeza que se le da al documento notarial. Persigue la seguridad, el análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad, etc., el proceso formal (de leyes adjetivas), que es axiomático y que persigue un fin de seguridad, también persigue esa seguridad la responsabilidad del notario, respecto a la perfección de su obra. (Muñoz,1998:26).

La seguridad jurídica es uno de los principios fundamentales del Derecho Notarial, puesto que además de la certeza, es un factor indispensable que le da tranquilidad a los otorgantes, principalmente cuando se trata del traslado de dominio de bienes reales, que aunado a la función registral, dan seguridad a los propietarios de los bienes inmuebles o la participación del notario en otra actuación que la ley le asigna.

Una de las características del derecho notarial, es que confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público, que se deriva de la fe pública que ostenta el notario, es oportuno agregar que el Derecho Notarial actúa en el campo de la jurisdicción voluntaria dándole certeza y seguridad jurídica a las actuaciones dentro de ese ámbito por la fe pública ostenta el notario y que esa investidura es otorgada por el Estado Peruano. El protocolo es considerado como un elemento necesario por las ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública

3.5.6. Relación del derecho notarial y la seguridad jurídica

El derecho notarial, por ser una institución de singular importancia, tiene relación con varias instituciones del Estado, fundamentalmente con los Registros, por lo que se considera procedente hacer un resumen de su dependencia con estas instituciones.

Existen varias instituciones estatales, que coadyuvan a la seguridad jurídica y que se relacionan directamente con el notario, siendo las siguientes:

Registro Predios en Registro Públicos: Es en relación a que estos registros públicos tienen por objeto la inscripción, anotación y cancelación de actos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables.

Reniec: Por ser este el encargado de hacer constar el estado civil de las personas y la existencia legal de las personas colectivas.

3.5.7. El protocolo como garantía de seguridad notarial

El minutario no tenía valor legal, era un cuaderno borrador de bolsillo que llevaba consigo el Notario, donde en el momento de requerir sus servicios, redactaba un breve apunte. Probablemente se suscribía por las partes con su firma para evitar informalidades y arrepentimientos. De este apunte del minutario sacaba y manuscibía la carta que entregaba al interesado, y la nota para el libro de notas, “antecedente inmediato del protocolo.

Posteriormente se llegó a conservar en poder del notario el texto íntegro del documento redactado por él y la carta fue la reproducción fiel de lo que constaba en el protocolo. El antecedente más concreto se encuentra en España; en la Pragmática de Alcalá dada por la Reina Isabel el 7 de junio de 1503, ha sido inspiradora de los desenvolvimientos de la legislación notarial española. (1990.274)

Hubo entonces necesidad de materializar la prueba, de recurrir a la grabación gráfica sobre un elemento físico para que hiciera visible y perpetua su consideración. De este modo los hombres idearon que al emitirse la voluntad su hiciera entre solemnidades y quedara grabada gráficamente sobre un objeto material impregnado de la voluntad creadora, guardador de una primera decisión del espíritu, conservador de una creación del hombre; a esa primera fuente de la génesis del acto jurídico, llamaron PROTOCOLO.(Muñoz, 1998.125).

3.5.8. Ventajas de la seguridad jurídica en un protocolo notarial

- 1.- La seguridad jurídica da certeza que proviene de la ley ante terceros de mala fe.
- 2.- A través del Principio consustancial al estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución, protege a todos de manera justa y legal.
- 3.- Mediante este valor superior contenido en el espíritu garantista de la carta fundamental que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y en

general de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los causes del derecho y la legalidad.

3.5.9. Análisis jurídico doctrinal de la certeza y seguridad jurídica en el instrumento público

Una de las características del Derecho Notarial es que confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público. Dentro de los principios propios del derecho notarial, se incluye el de seguridad jurídica. Este principio se basa en la fe pública que tiene el Notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, o sea, existe certidumbre o certeza.

El notario procura la satisfacción del valor de la seguridad jurídica, por ejemplo en materia de derechos reales, de bienes inmuebles y de negocios jurídicos a través del instrumento público notarial. Su fin principal cuando fracciona una escritura pública para compraventa u otro negocio jurídico, se sustenta en que este negocio nazca a la vida jurídica carente de vicios de nulidad, pues el notario previo a la celebración del instrumento efectúa trabajos de asesoría, informando a las partes respecto de los efectos jurídicos del contrato; de calificación, encuadrando en determinado tipo el negocio jurídico o creando uno especial para el caso y de legalización ajustando al ordenamiento legal vigente al negocio jurídico pretendido por las partes, con ello el negocio jurídico nace con una presunción de legalidad. Es importante resaltar la labor de los notarios y los registros como guardianes de la fe pública y garantes de la seguridad jurídica.

Es oportuno agregar que en toda sociedad, la seguridad jurídica tiene una gran importancia, pues ha pasado de ser solamente un principio doctrinal a un elemento que incide directamente en el desarrollo de la población.

Esta institución surge con el Estado de Derecho, porque en éste existe un verdadero sistema de legalidad y legitimación basada en una Constitución democrática, puede hablarse de una verdadera seguridad jurídica, por lo cual, contar con una segura orientación es una de las necesidades humanas básicas que el derecho ha de satisfacer de manera específica.

Se considera que el instrumento público correctamente creado, confiere seguridad y certeza jurídica a lo contenido en él, por lo tanto, es oponible erga omnes, lográndose mantener el orden social, que es uno de los fines estatales y que se encuentra encuadrado dentro de la función notarial, es por ello, que el Estado lo ha investido de fe pública, porque coadyuva a éste.

3.5.10. La seguridad jurídica siempre ha existido, lo que pasa es que hoy está de moda. la que si no paso de moda, es la escritura publica

Si revisamos la Constitución NO vamos a encontrar a la Seguridad Jurídica. Pero al revisar las sentencias del Tribunal Constitucional SI vamos a encontrar que las mismas tratan y fundamentalmente regulan a la Seguridad Jurídica.

He querido hablar de MODA, porque en los últimos tiempos todo el mundo, me refiero a periodistas, inversionistas,

economistas y hasta abogados, mencionan a la Seguridad Jurídica.

Sobre el tema de la Seguridad Jurídica existen dos sentencias del Tribunal Constitucional muy usadas y comentadas en sede académica. Ambas resoluciones están referidas al mismo tema: el documento válido para realizar inscripciones en el Registro de Predios (conocido antes como Registro de la Propiedad Inmueble) Hagamos un poco de historia.

La Ley 27755, creo el Registro de Predios, el mismo que representa la fusión de dos registros: el de la Propiedad Inmueble y el Predial Urbano. Pero además, la mencionada ley también dispuso que las inscripciones en el nuevo Registro de Predios se realizaran a través de la Escritura Pública o del Formulario Registral legalizado por Notario. Lo antes expresado genero que los Notarios plantearan dos acciones de inconstitucionalidad contra la Ley 27755, las mismas que fueron declaradas infundadas.

Pero el tema va más allá de haber ganado o perdido una acción de inconstitucionalidad y es por ello que lo vamos a separar en dos: uno referido a como el Tribunal Constitucional trata a la Seguridad Jurídica y otro referido a los Formularios Registrales.

3.5.11. La seguridad jurídica desde las sentencias del tribunal constitucional y la doctrina

El Tribunal Constitucional ha determinado que "...la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo desde luego a la Norma

Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución...” El tema es bastante claro, la Seguridad Jurídica no ha sido normada, porque creo (opinión personal) no necesita encuadrarse en un dispositivo, la Seguridad Jurídica está inmersa en el ordenamiento, su presencia es indispensable, es el mayor de los intangibles del ordenamiento jurídico. La Seguridad Jurídica se encuentra desde la Constitución hasta la última de las normas (jerárquicamente hablando)

El Tribunal Constitucional no ha permitido que la inexistencia normativa de la Seguridad Jurídica genere un vacío y por ello, ha determinado que “... es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de esta”.

El Tribunal Constitucional Español ha establecido que “... la seguridad jurídica supone una expectativa razonable fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”.

Una vez más la famosa Predictibilidad, que para efectos de graficarla, la vamos a mirar desde el Derecho Administrativo. Por ello, es importante tener en cuenta que la Predictibilidad supone una correcta actuación del Estado en función del usuario, quien tiene todo el derecho de saber las condiciones en las que diversas dependencias estatales vienen tratando y trataran un tema específico. El usuario tiene el derecho de saber por anticipado a que se somete, y

el Estado tiene la obligación de informarle como se encuentra regulado el tema consultado por el usuario. Desde el Derecho Administrativo, esto es Seguridad Jurídica.

El Tribunal Constitucional ha buscado y expuesto la relación existente entre la Seguridad Jurídica y el Derecho de Propiedad, llegando a determinar que "...para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente 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 consubstanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho.

Cuando la sentencia se refiere a la obligación que tiene el Estado de crear las garantías que permitan institucionalizar el derecho, cabe preguntarse: ¿El Formulario Registral reúne las condiciones que permitan crear las garantías para institucionalizar el derecho?

Más adelante, cuando pasemos analizar y comentar la sentencia del 04 de Julio de 2003 podremos encontrar respuesta a la presente interrogante. Desde la doctrina, citaremos a dos autores que en forma clara y precisa han descrito lo que significa la Seguridad Jurídica.

Marcial Rubio Correa, expresa que la seguridad jurídica consiste, en esencia, en que el Derecho será cumplido y, por

consiguiente, que las conductas de las personas, pero principalmente del Estado, sus órganos y organismos, serán predecibles. Lo esencial de la seguridad jurídica es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el Derecho. Puede ser que las personas discrepen con esas conductas, pero cuando tienen seguridad jurídica saben cuáles son las que predetermina el Derecho. Esto permite organizar la propia vida y sus situaciones de manera jurídicamente correcta.

Vallet de Goytisolo citado por José María Chico y Ortiz, describe a la seguridad jurídica desde el derecho y la justicia, expresando que, al decir que si el Derecho es el arte de lo justo y la Justicia es un valor superior que debe ser logrado por todo el Estado de Derecho, la seguridad jurídica supone la cristalización del principio, haciendo justo todo lo que tienda a ser seguro, a ofrecer seguridad.

3.5.12. La seguridad jurídica y el formulario registral desde las sentencias del tribunal constitucional

El Tribunal Constitucional en la sentencia del 30 de Abril de 2003 trato coherentemente el tema de la Seguridad Jurídica, pero con respecto al Formulario Registral se limitó a usar las disposiciones existentes en la Ley del Notariado. Dicha sentencia establece que el Notario debe certificar las firmas en el Formulario Registral y que si bien es cierto, no se trata de la celebración de una Escritura Pública, producirá fe de la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie. Luego agrega, que al tratarse de una certificación, la misma constituye un instrumento público extra protocolar, el cual puede ser protocolizado a pedido de parte, para concluir que al tratarse de un Instrumento Público

Notarial, la legalización del Formulario Registral dará fe del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos y de la suscripción del documento, confiriéndole fecha cierta. No estableció nada nuevo.

Resulta inentendible que el Tribunal Constitucional haya expresado que: "... es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional comparte la posición del demandante, en cuanto sostiene que la Escritura Pública es un documento público notarial que, en principio, proporciona mayor seguridad jurídica que el formulario registral...". No se entiende como un documento público notarial como la Escritura Pública, puede encontrar vacilante su cualidad de brindar seguridad jurídica al mencionarse en la sentencia la palabra "en principio" El tema es muy sencillo: ¿La Escritura Pública es o no es más segura que el Formulario Registral? La presente interrogante, también encontrará respuesta más adelante.

Asimismo, el Tribunal busca que "justificar" la presencia y existencia del Formulario Registral "desde la teoría económica del pobrecito", la misma que solamente ha generado dádivas. Veamos el siguiente texto de la sentencia: "...y considerando que parte importante de las razones por las que se suscitan tales distancias se debe a que no todos tienen el poder adquisitivo para acceder al registro, entonces es deber del Estado instaurar las condiciones para despejar los obstáculos que generen tal desigualdad de oportunidades".

Cabe preguntarse: ¿El único costo de acceso al registro lo constituye la Escritura Pública?

La respuesta es NO. Y seguramente nos encontraremos una vez más en la famosa disyuntiva denominada: El Estado vs El Estado. El costo más alto de acceso al Registro, se encuentra representado por los derechos que el mismo Estado cobra, llámense: derechos registrales y como no derechos municipales. Dichos cobros, son fijados por el Estado y el usuario no tiene ninguna posibilidad de escoger, por tanto son impuestos, ello significa que no hay oferta y demanda como tal no existe la competencia. Contrariamente a lo expresado, los costos notariales si están fijados por la oferta y la demanda, lo que genera un mercado, donde las mismas concurren y fijan los precios “libremente”. Consecuencia de lo expresado es que en el ámbito notarial si hay competencia y mejor aún libertad de elección por el usuario de los servicios notariales.

El INDECOPI se ha pronunciado en un documento de la Gerencia de Estudios Económicos, sobre la importancia de la función notarial en la reducción de los costos de transacción, llegando a conclusiones como las siguientes:

- 1.- “...el ejercicio privado de la función notarial significa para el Estado ahorro en recursos públicos...”
- 2.- “Esta seguridad jurídica (se refiere a la intervención del notario) por su parte, tiene como objetivo reducir lo que se conoce como costos de transacción.
- 3.- “Como puede verse, cuando el notario da fe pública sobre un acto, hecho o suceso, genera seguridad jurídica y esta seguridad reduce los costos de transacción; así también cuando tramita un proceso no

contencioso, elimina una incertidumbre jurídica y esta eliminación reduce los costos de transacción...”

Posteriormente, el Tribunal Constitucional pronuncia la sentencia del 04 de Julio de 2003, en la cual si aborda el tema del Formulario Registral en relación con la intervención notarial en el mismo y puntualmente en el Fallo, exhorta al Poder Ejecutivo para que elabore el Reglamento del artículo 7 de la Ley 27755, fijando los lineamientos de la intervención notarial.

A razón de la sentencia de 04 de Julio de 2003, el Poder Ejecutivo emite el Decreto Reglamentario, el cual determina que el Notario cuando participe certificando firmas en un Formulario Registral deberá:

- 1.- Dar fe de los actos jurídicos, hechos o circunstancias que presencie.
- 2.- Constatar la identidad de los contratantes, cotejando con el DNI con los archivos de la Reniec.
- 3.- Verificar la validez de las firmas.
- 4.- Verificar los datos del inmueble.

La mencionada certificación de firmas confiere fecha cierta al Formulario Registral. Asimismo, el Notario deberá incorporar a su Protocolo Notarial el Formulario Registral, con lo cual el argumento del Tribunal Constitucional con respecto a que el Formulario.

Registral podía ser incorporado en el Protocolo Notarial, ahora deja ser una opción y pasa a ser una obligación del Notario.

A la fecha el sistema de Formularios Registrales no ha caminado, simplemente porque los grandes beneficiarios (los sectores de bajos recursos) a decir del Tribunal Constitucional "... el Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable..." ; no han querido que ello suceda, y la razón es muy sencilla: no creen en los Formularios Registrales. La suposición del Tribunal Constitucional de que los sectores de bajos recursos iban a optar por el Formulario Registral en lugar de la Escritura Pública ha quedado descartada o mejor dicho se devalo el mito.

3.5.13. Los grados de la seguridad jurídica

Teóricamente es posible intentar la construcción del concepto de seguridad jurídica, en su doble versión de pronóstico de conductas estables y neutralización de riesgos, haciendo abstracción del valor justicia. Actualmente, sin embargo, no es tan así.

a) Primer nivel de seguridad jurídica

Supóngase el caso de un régimen auténticamente dictatorial, que al decir de Montesquieu, es aquel donde el Gobernante puede decidir lo que quiera, sin otra sujeción que su propio capricho • Supóngase, también,

que en ese sistema la cuota de derechos personas es mínima. En tal caso, podría sostenerse que de todos modos hay algo de «seguridad jurídica», porque las conductas son siempre predecibles: inexorablemente, en todo caso, se hará lo que el dictador decida. Ninguna ley oponible a su Voluntad, que por lo demás es la fuente del derecho; ni los jueces, desde luego, fallarán contra él. Los comportamientos, por ende, son predecibles. Desde otra perspectiva, podría añadirse que tampoco hay «riesgos», puesto que como nadie, en definitiva, tiene derechos oponibles al dictador, nadie corre tampoco el peligro de «perder» lo que no es suyo.

En tan hipotético ejemplo, la inseguridad más absoluta es, paradójicamente, la muestra más trágica de «seguridad».

b) Segundo nivel

Se da un paso en adelante cuando en un sistema jurídico es posible pronosticar en buena medida el contenido concreto de las decisiones futuras de sus operadores. Esta «seguridad de contenido» implica saber, específicamente, cómo y qué van a resolver esos operadores. En el caso del primer nivel, se conocía quién emitía las respuestas jurídicas (el dictador), pero no, exactamente, cuál sería la respuesta, dado que ella dependía, substancialmente, de su voluble arbitrio. En el segundo nivel, en cambio, es factible predecir tanto el órgano y el tiempo de la decisión, como su posible mensaje.

En el segundo nivel, sintetizando, se requiere que las decisiones estatales sean adoptadas según el esquema constitucional de asignación de competencias, por los órganos respectivos, y de acuerdo a las directrices de contenido que también trae la Constitución.

c) Tercer nivel

En este tramo el concepto de seguridad jurídica es mucho más exigente: pretende augurar tanto el quién, el cómo y el qué del comportamiento de los sujetos jurídicos, como también una dosis mínima de razonabilidad, legitimidad o justicia en esas conductas.

Aquí situados, para que haya «seguridad jurídica» debe haber obviamente «orden », pero un «orden con justicia incipiente» (Werner Goldschmidt). Aunque la simbiosis plena entre «justicia» y «seguridad» solamente puede darse a nivel divino, el tercer nivel de seguridad jurídica aspira, de todos modos, a trabajar por una seguridad jurídica entendida como el resultado de que se realizan actos de justicia».

Así entendida la seguridad jurídica, ella no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos.

Actualmente, cuando se utiliza la expresión «seguridad jurídica», se la emplea, comúnmente, en la tercera versión o nivel.

3.5.14. Contraposición de los principios de la libertad contractual y seguridad jurídica

1. Libertad de contratación

²¹Concepto: La **libre contratación** o **libertad de contratación** es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar entre los sujetos) y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato (libertad contractual sobre los objetos). La libertad de contratación está sostenida doctrinalmente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad es reconocida como un derecho fundamental en las democracias liberales, sin embargo se encuentra limitada y regulada por sus legislaciones nacionales en niveles que varían de país a país.

2. El carácter relativo de la libertad contractual: una explicación humanista.

²²Según el humanismo jurídico, el simple acto de voluntad no es suficiente para crear una relación

²¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Libertad_de_contrataci%C3%B3n

²² Lorenzo Castope Cerquín. Abogado Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Cajamarca. El fundamento del carácter relativo de la

obligatoria. Es necesario una voluntad jurídica, es decir, el acto de voluntad debe pasar la prueba de juridicidad para tener relevancia en el Derecho y merecer así la protección de sus normas.

Se entiende que la libertad es un poder de autodeterminación del ser humano, que otorga la facultad para regular sus más diversos intereses privados, el Derecho solamente la regula y limita su ejercicio; pues, al lado de la protección individual de la persona está su dimensión social que también requiere ser protegida.

El orden jurídico no delega la autonomía privada al ser humano, sólo autoriza su ejercicio de acuerdo a las normas vigentes, pues la libertad en virtud de la cual aquella se ejerce, es consustancial al ser humano no a la norma jurídica que simplemente la regula. Así se entiende que el Derecho autoriza el ejercicio de la voluntad privada dándole efectos y relevancia jurídica

Esta idea ha sido expresada de manera ilustrativa por Enmanuel Catardo al decir que "... el poder jurídico conferido a los particulares por las normas generales es un poder propio y no un poder que se ejerza por delegación; no creemos que exista mandato del Estado, sino solo autorización que jurídicamente no es lo mismo: en el mandato, el mandatario actúan en representación del mandante y los actos que celebra son en nombre de este último y en los límites de sus poderes, se

consideran hechos por el mandante, el autorizado ejerce su poder en nombre y por cuenta propia: eso hacen las partes cuando contratan.”

Vemos así como la libertad contractual es un poder originario, sin embargo no es un poder absoluto sino limitado por el deber de no dañar a los demás, pues el ser humano por ser un ser libre y a la vez social sólo puede existir en relación con los demás. Por lo cual, toda relación o situación jurídica patrimonial o no, creada por la voluntad privada no debe ser contraria al orden jurídico, (conjunto de normas que protegen los intereses socialmente relevantes) y al valor de la persona en cuanto centro y fin de las relaciones jurídicas.

Teniendo en cuenta los dos principios fundamentales del humanismo jurídico se puede concluir que la persona, por ser un hombre libre y un ser social, que existe “con los otros”, su autonomía privada no es una facultad absoluta, sino que tiene que ser relacional. La autonomía privada de un ser libre y social no es ilimitada, sino que está condicionada por el deber de no dañar a los demás, pues sin éstos el ser libre no existe.

El fundamento de la libertad contractual, como expresión genuina de la voluntad privada, no está precisamente en la delegación de parte de soberanía que el Estado otorga a los particulares para que auto regulen sus intereses, sino que la libertad contractual es consustancial al ser humano mismo, y que adquiere relevancia jurídica a través de un orden jurídico, que no

la delega sino sólo la autoriza y limita su ejercicio a través de sus normas.

Si bien el fundamento de la autonomía privada es el principio que dice: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, éste lleva implícito el deber de respetar la libertad de los otros, pues “el derecho de una persona termina donde empieza el de los demás”. Así la libertad contractual se rige por el respeto del valor de la persona y el carácter relativo de su autonomía privada. Estos son los grandes límites de las relaciones jurídicas patrimoniales, pues el ser humano es centro y fin de las relaciones jurídicas y el patrimonio es sólo un instrumento para el desenvolvimiento de su personalidad.

SEGURIDAD JURÍDICA

²³Derecho Constitucional: Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro (SAINZ MORENO). La seguridad jurídica «establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho (PÉREZ LUÑO). Supone conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento La Constitución Española (art. 9.3) garantiza la seguridad jurídica junto a otros principios del Estado de Derecho (jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad), cuya suma constituye, según ha declarado el Tribunal Constitucional

²³ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad-juridica/seguridad-juridica.htm>

(S.T.C. 27/1981), «equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad». No obstante, el Tribunal ha señalado también (S.T.C. 126/1987) que el principio de seguridad no puede erigirse en valor absoluto, por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento, y éste debe responder a la realidad social de cada momento (V. Estado de Derecho; publicidad de las normas).

El orden social sea justo o injusto implica como es evidente, una delimitación de derechos y deberes entre los miembros de la comunidad. Pues bien, la seguridad, no es otra cosa que la protección efectiva de esos derechos y deberes, es decir, el amparo seguro de dicho orden, contra cualquiera que pretenda turbarlo, así como la restauración del mismo, en el caso de haber sido violado. Por el contrario, cuando la protección reinante no es suficiente, el valor se da con sentido negativo, es decir, como inseguridad.

La seguridad es otro de los valores de gran consistencia y, por cierto, de importancia básica, porque la certeza de saber a qué atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aun mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cual será la marcha de su vida jurídica.

Como es lógico, hay una serie de instituciones jurídicas con las que se persigue el reinado de la seguridad en la convivencia humana. Tales, por ejemplo, el principio de que la ignorancia (*ignorantia iuris non excusat*), la irretroactividad de las leyes, la cosa juzgada, etcétera.

CAPÍTULO II

HIPÓTESIS

HIPÓTESIS: La Obligatoriedad en la protocolización de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles en sede notarial, sí otorga seguridad jurídica, porque en los documentos privados las partes no pueden alterar el contenido de los contratos.

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

| Variables | Definición Operacional | Dimensión | Marco Teórico |
|--|--|---------------------|---|
| 1.LA PROTOCOLIZACIÓN OBLIGATORIA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS DE TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES, EN SEDE NOTARIAL, | La Protocolización Obligatoria notarial es la función que ejerce un notario público a fin de resguardar forzosamente los documentos | Documentos Privados | 1.1 Definición del Documento Privado 1.1.1. Naturaleza Jurídica 1.1.2. Elementos de los documentos privados 1.1.3. Diferencias entre documentos públicos y documentos privados 1.1.4. Efectos de los documentos 1.1.5. El Carácter Funcional del documento 1.1.6. Implicancias jurídicas negativas del documento privado |

| | | | |
|--|---|--|--|
| | <p>privados de transferencia de bienes inmuebles que se encuentran ordenados en otro documento llamando registro, es decir la compra venta de inmuebles los mismos que su situación jurídica solo será modificada por procedimientos regulares establecidos en la ley peruana.</p> | <p>Transferencia de bienes inmuebles</p> | <p>1.2. Concepto de transferencia de bienes inmuebles</p> <p>1.2.1. Antecedentes de la Transferencia de inmuebles</p> <p>1.2.2.1 Clases de sistemas de Transferencias de bienes</p> <p>1.2.3.2. Sistema de Transferencia Convencional de la Propiedad</p> <p>1.2.3.3. Sistema de Unidad del Contrato</p> <p>1.2.2. Teoría del título y del modo</p> <p>1.2.3. Objeto de la transferencia de un bien inmueble.</p> <p>1.2.4. Sujetos que intervienen en la transferencia de bienes inmuebles.</p> <p>1.2.5. La formalización del documentos privado de bien inmueble</p> |
| | | <p>Función Notarial</p> | <p>1.3 Funciones del Notario Publico</p> <p>1.3.1. Requisitos para ejercer la función notarial</p> <p>1.3.2. Deberes del Notario Publico</p> <p>1.3.3. Obligaciones del Notario Publico</p> <p>1.3.4. Prohibiciones del Notario Publico</p> <p>1.3.5. Derechos del Notario Publico</p> |

| | | | |
|--------------------------|---|--------------------|--|
| | | La Protocolización | <p>1.4 Definición de la Protocolización Notarial Obligatoria</p> <p>1.4.1. Importancia del Protocolo Notarial</p> <p>1.4.2. Principios de la matricidad, conservación y perpetuidad</p> <p>1.4.3. Clases de Protocolos Notariales</p> <p>1.4.4. Características del Protocolo Notarial</p> <p>1.4.5. Disposiciones especiales para la producción y conservación del protocolo notarial</p> |
| 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA | La seguridad jurídica se llegara con el procedimiento de la protocolización de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles dentro de una oficina notarial. | Seguridad Jurídica | <p>2.1 Definición de Seguridad Jurídica</p> <p>2.1.1. Principio de seguridad jurídica</p> <p>2.1.2. La Seguridad del Transferencia Jurídico</p> <p>2.1.3. La Seguridad del Tráfico Jurídico</p> <p>2.1.4. La Seguridad de las Transacciones facilitó El desarrollo de Occidente</p> <p>2.1.5 Definición de Seguridad Jurídica Notarial</p> <p>2.1.6. Relación del Derecho Notarial y la Seguridad Jurídica</p> <p>2.1.7. El Protocolo como Garantía de Seguridad Notarial</p> <p>2.1.8. Ventajas de la Seguridad Jurídica en un Protocolo Notarial</p> <p>2.1.9. Análisis Jurídico Doctrinal de la Certeza y Seguridad Jurídica en el Instrumento Público</p> <p>2.1.10. La Seguridad Jurídica siempre ha existido, lo que pasa</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>es que hoy está de moda. La que si no paso de moda, es la Escritura Pública</p> <p>2.1.11. La Seguridad Jurídica desde las Sentencias del Tribunal Constitucional y la Doctrina</p> <p>2.1.12 La Seguridad Jurídica y el Formulario Registral desde las Sentencias del Tribunal Constitucional</p> <p>2.1.13. Los Grados de la seguridad Jurídica</p> <p>2.1.14. Contraposición de los Principios de la Libertad Contractual y Seguridad Jurídica</p> <p>2.1.5. Contraposición de los principios de la Libertad Contractual y Seguridad Jurídica</p> |
|--|--|---|

CAPITULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. Tipo de investigación.

4.1.1. Según el propósito.

Investigación: Básica

4.1.2. Según el diseño de investigación.

Descriptiva

4.2. Material de estudio:

4.2.1. Población: Se entrevistó a los notarios nombrados por el Ministerio de Justicia en el Departamento de La libertad.

4.2.2. Muestra: Se entrevistó a notarios nombrados por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Trujillo.

4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

4.3.1. De recolección de información.

- **FICHAS BIBLIOGRÁFICAS:** La información doctrinaria se recolectó mediante fichas bibliográficas diversas.
- **ENTREVISTA:** Se redactó una entrevista con 05 preguntas abiertas, referente a la presente investigación.

4.3.2. De procesamiento de información

- **MÉTODO ANALÍTICO:** Se utilizó este método a fin de realizar un análisis de la doctrina y legislación nacional y extranjera sobre el tema a investigar.
- **MÉTODO HERMENÉUTICO JURÍDICO:** Permitió interpretar y analizar la normatividad y legislación existente nacional e internacional sobre el tema.
- **MÉTODO COMPARATIVO:** Permitió hacer una comparación o contrastación de las normas de derecho comparado sobre el tema, observando las formas como han sido incorporadas a los sistemas jurídicos de cada país en los que se encuentren legisladas, permitiéndose con ello la posibilidad de plantear alternativas necesarias tendientes al enfoque de la presente investigación.

4.4. Diseño de Contrastación

- **TÉCNICA DE ACOPIO DOCUMENTAL.-** Se aplicó para la obtención de la información doctrinaria y legislativa.
- **TÉCNICA DE ENTREVISTA.-** Se aplicó una entrevista de cinco (05) preguntas abiertas, a los notarios, a fin de obtener mayor información sobre el tema materia de la investigación.
- **TÉCNICA DE FICHAJE.-** Se utilizó en la recolección de la información necesaria de los principales autores nacionales y extranjeros.

CAPITULO IV

RESULTADOS

RESULTADOS DE LA DOCTRINA:

- 1.- En el presente trabajo, a través de la investigación de los conceptos y teorías sobre los documentos privados, se puede observar que la doctrina referente al tema de protección, habla de la importancia de dichos documentos frente a terceros, si bien es cierto estos documentos ante un conflicto si brindan una seguridad jurídica, pero de manera relativa frente a un problema judicial o de personas que actúan con la mala fe, en ese sentido el fin protector ante cualquier controversia sería negativo, porque carecen de normas y leyes que las regulen de una manera más adecuada.
- 2.- Asimismo, como resultado de la investigación se puede apreciar, que no existen mecanismos suficientes en la protección de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, porque la ley misma hace que estos documentos se vean perjudicados ante otros de mayor peso legal, se refiere a las escrituras públicas, porque de acuerdo a nuestra legislación, el Código Civil regula en la concurrencia de acreedores, que éstas tienen mejor derecho ante los documentos privados de transferencia, en ese sentido dichos documentos quedan desprotegidos de manera absoluta, ya que otra persona de mala fe, puede perjudicar a la otra parte que ha adquirido un inmueble de manera legal, pero sin ser diligente al momento de formalizar la compra venta del inmueble.
- 3.- Por otro lado esta investigación ha verificado que en la doctrina, existen muchos conceptos, teorías y sistemas de los documentos llamasen públicos o privados, pero especialmente se ha dejado de lado, la

importancia de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles porque existen muchos vacíos jurídicos que sólo la doctrina podrá resolver con un estudio permanente. Ahora el protocolo notarial también se encuentra estudiado por la doctrina, pero en ninguna parte de la nueva Ley del Notariado Decreto Legislativo N° 1049 o Código Civil Peruano vigente, regula de manera literal que los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles son materia de protocolización obligatoria, ya que en dichas normas sólo mencionan una protocolización meramente mezquina a los intereses de los contratantes en el sentido que no les obliga a protocolizar los documentos privados de manera constitutiva.

RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN

- 1.- En la legislación se puede observar que existen normas, que de alguna manera protegen a los documentos privados de transferencias de inmuebles, pero dentro de estas mismas aún existen vacíos jurídicos que no captan la esencia misma de la importancia de los documentos privados, en ese sentido podemos dar como resultado que no existe una legislación adecuada en este tipo de investigación en particular, ya que descuida muchos aspectos doctrinarios y sobre todo jurídicos, porque desampara en momentos determinados a los compradores de bienes inmuebles de buena fe, que no son diligentes, pero confiadamente creen en la seguridad de los documentos privados.
- 2.- Asimismo, se puede observar que existe una ley notarial que es el Decreto Legislativo N° 1049, que regula los documentos protocolizables, pero en ninguna parte de esta ley expresa que se protocolicen los documentos privados de transferencias de inmuebles de manera constitutiva. El artículo 23^o, refiere que el notario podrá protocolizar cualquier documento, que cualquier persona lo solicite, es decir que en ese artículo se encuentra regulado la protocolización de documentos privados, sin embargo dicho así resulta ambiguo porque existe vacíos jurídicos y la ley debe ser expresa y literal, para que el notario o funcionario público, se encuentre obligado a integrar dichos documentos en el protocolo notarial que éste maneja en su oficina.
- 3.- También debemos hacer mención que nuestro Código Civil, regula la con sensualidad debido a la influencia francesa en nuestra legislación, ya que dentro de los preceptos subjetivos del derecho de la legislación peruana y de nuestra sociedad, prima siempre la buena fe de los contratantes, es decir siempre se piensa que toda persona va actuar con legalidad, respetando los derechos de los demás, pero es el caso que dentro de nuestra idiosincrasia, se ve a diario como se trasgreden las normas que

tratan de regular a la sociedad, sobre todo aquellas que regulan el transferencia de transferencias de bienes inmuebles. Es en este punto que debemos hacer un alto, al momento de hablar de los documentos privados de transferencias de bienes inmuebles, ya que este tipo de documentos son fáciles para cometer actos ilícitos que deriven del producto de la mala fe de las personas contratantes.

- 4.- Por otro lado en la legislación comparada podemos observar y darnos cuenta que existen en algunos países con normas y leyes que hablan de una protocolización obligatoria de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, pero a la vez voluntaria, es decir a pedido de una de las partes contratantes, como es el caso de la ley notarial Uruguay y Nicaragüense, pero se tiene que tener en cuenta que estos países viven una realidad diferente a la de nosotros bajo otros preceptos subjetivos, y además bajo procedimientos de seguridad que dan la legalidad de manera absoluta, a los documentos privados de transferencias de inmuebles, en ese sentido debemos resaltar el compromiso de dichos estados ante mencionados, al ser uso de su rol protector a favor de sus sociedades, ya que legislan normas que protegen a los contratantes que hacen uso de estos documentos privados de transferencias de bienes inmuebles. Asimismo, la propuesta de que la protocolización de los documentos privados de transferencias de bienes inmuebles, sea obligatoria en nuestro país, parte principalmente de los malos hábitos que algunos contratantes usan al momento de realizar este tipo de contratos.

CAPITULO V

DISCUSIÓN

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA A LOS NOTARIOS DE LA PROVINCIA DE TRUJILLO

- 1.- Referente a la primera pregunta de la entrevista, la mayoría de notarios si consideran que la protocolización notarial de documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, si debería ser obligatoria en el sentido que este si proporcionaría una seguridad jurídica absoluta, ya que ante la pérdida o deterioro del documento privado, un adquirente no tendría como comprobar su derecho de propiedad ante un conflicto de intereses entre las partes, sólo podría solicitar un testimonio público en la notaria donde se ha realizado el acto jurídico, ya que el notario público resguarda o custodia el documento auténtico con las firmas originales e impresiones dactilares de las partes, lo cual es un beneficio para todos los contratantes que realizan todo este tipo de documentos privados de transferencia de bienes inmuebles.

Por otro lado, una solo notario de los entrevistados cree que dicha protocolización es negativa, para el negocio jurídico de los contratantes que hacen uso a diario de este tipo de contratos como son las personas naturales o jurídicas que se dedican a este tipo de rubro inmobiliario, donde su negociación será más compleja, porque se haría con menos celeridad o dinamismo, al obligar a protocolizar.

En ese sentido se tendría que establecer el procedimiento o reglamento de cómo realizar este tipo de protocolo, pero es el caso si sobre pesamos el beneficio o perjuicio que acarrearía la protocolización de documentos privados en la vía notarial, evidentemente primaría la seguridad jurídica

de las partes, por lo que se evitaría conflictos futuros de contratantes de comportamiento de la mala fe.

- 2.- Con respecto a la segunda pregunta de la entrevista la mayoría de notarios dentro de la provincia de Trujillo, coinciden en opinar que la no protocolización de este tipo de documentos privados, si acarrea conflictos o problemas entre las partes, ya que al extraviárseles o deteriorarse estos documentos privados, los contratantes de mala fe podrían causar un perjuicio, al no tener como demostrar que su derecho de propiedad está protegido, el cual fue adquirido por este tipo de documento privado de transferencia de bien inmueble, una de las consecuencias sería que este contratante de la mala fe realice una doble venta, es decir transferir el mismo bien a dos personas distintas, por lo se causaría un conflicto de intereses, ya que ambos se sentirían con los mismos derechos de propiedad de un bien inmueble, es más, el que haya extraviado su documento privado saldría perjudicado porque no tendría como demostrar su derecho de propiedad y no podría ejercer oposición del mismo en contra de terceros que se sientan con el mismo derecho de propiedad.

Por otro lado solo uno opina, que no acarrearía consecuencias jurídicas si no protocoliza este tipo de documentos privados, ya que estos hacen que un negocio jurídico sea más ligero, y más aún si se usa en el rubro inmobiliario, sin embargo, lo que se busca es la privacidad de las partes al contratar y al hacerlos público y de manera obligatoria, perderían esa calidad de ser privado.

- 3.- Respecto a la tercera pregunta de la entrevista realizada a los notarios en la provincia de Trujillo, la mayoría de estos funcionarios públicos coinciden, en que sí es necesario la formulación de una propuesta que modifique el Código Civil y La Ley del Notariado Decreto Legislativo N° 1049, a fin de que los documentos privados se protocolicen de manera obligatoria, para que este brinde de manera absoluta la seguridad jurídica

a las partes contratantes, que hacen uso de este tipo de documentos a diario en las notarías de todo el país, así de esta manera quedaran protegidos su derecho como propietarios de bien inmueble, que ha sido adquirido por este tipo de documentos privados de transferencia, por ejemplo el Dr. Marco Antonio Corcuera García es de la opinión que no solo se modifique la ley del notariado, sino también propone que en el Código Civil modifique el libro de contratos y de registros públicos, en el sentido que este tipo de documentos privados no deben ser consensuales, es decir no basta con la voluntad de las partes para la celebración de cualquier tipo de documento, sino más bien que estos documentos se formalicen de manera constitutiva, a través de la protocolización obligatoria es decir que los documentos privados auténticos, estén custodiados por un notario público quienes podrán expedir tantas copias de los originales, cuando lo soliciten, con el fin de brindar mayor seguridad jurídica entre las partes contratantes, al celebrar sobre todo los documentos de transferencia de bienes inmuebles. Asimismo, en su respuesta nos manifiesta que aparte de la modificación del libro de contratos también se modifique el libro de registros públicos, con el objeto que estos documentos sean susceptibles de anotaciones preventivas o inscripciones en un registro especial, con el objeto de ser oponibles a terceros de manera absoluta, y no se transgredan sus derechos como propietarios de los contratantes.

- 4.- Referente, a la cuarta pregunta todos los notarios públicos entrevistados, opinan que si los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, son protocolizados de modo obligatorio por estos, se deberá establecer o plantear definitivamente procedimientos de seguridad, para que los contratantes se sientan seguros jurídicamente al celebrar este tipo de documentos privados en las notarías públicas. Asimismo se tendría una información actualizada de las transferencias de bienes inmuebles, que realizan en una población o ciudad determinada.

Por lo tanto el Estado podría ejercer su rol protector de manera más eficaz y sobre todo tributario ya que lograría fiscalizar de una manera adecuada las transferencias de bienes inmuebles y recaudar de esta manera más impuestos, a favor del Estado, evitando así de esta manera el lavado de activos, que esta de muy de moda en nuestro país, por parte de personas, que adquieren dinero de manera ilícita, ya sea por el narcotransferencia, minería ilegal u otros acto delictivos

Asimismo, la creación de dicho protocolo notarial evitaría, muchos problemas o conflictos entre las partes y de algún modo los notarios, también se beneficiarían porque ante cualquier delito penal, estos podrían ampararse con esto protocolo notarial, a fin de demostrar su inocencia por actos que no realizaron o dieron fe pública.

- 5.- En la última pregunta se puede determinar, que la protocolización obligatoria notarial de documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, produciría efectos jurídicos positivos, en el sentido, que esto acabaría con la mala fe de las personas al momento de realizar un acto jurídico. Asimismo les daría la tranquilidad de que el acto que se está realizando dentro de una oficina notarial es legalmente válido, ya que se podría realizar un examen riguroso de la identidad de las partes y de la validez del acto jurídico, en una transferencia de bienes inmuebles, por lo tanto consideran los notarios públicos, que estos acto se harán de modo transparente, evitando que los contratantes sean engañados por personas inescrupulosas, que lo único que buscan es ganar dinero a costa de personas que actúan con buena fe, al realizar un acto jurídico de transferencia, a su vez incrementaría la seguridad jurídica y las transacciones comerciales, ya que habría más confianza al celebrar estos actos jurídicos.

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO DE DOCTRINA

- 1.- La doctrina refiere sobre la importancia de los documentos, ya sean éstos privados o públicos, sobre sus beneficios y de qué manera están regulados en la legislación, pero al hablar de un documento en particular en este caso, de acuerdo a la investigación, que son la protocolización notarial de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, la doctrina no instruye en nada, esto es porque no le da importancia debida o no ha visto la inseguridad que acarrea este tipo de documentos privados, es por eso que la doctrina mediante un estudio adecuado, deberá enseñar que la protocolización de estos documentos es importante, porque evitaría muchos conflictos entre las partes, ya que existiría un documentos auténtico, el cual es guardado celosamente por el notario dentro de sus archivos.

- 2.- Asimismo, la doctrina indica sobre las obligaciones y derechos de los vendedores y compradores, pero en ninguno menciona acerca de la inseguridad jurídica que los documentos privados de transferencias de inmuebles puede acarrear, al ser oponible a terceros, si bien es cierto que dichos documentos privados sirven como un resguardo jurídico y legal, a fin de hacer respetar la transacción o negocio jurídico que se ha llevado entre la partes, pero que tan seguro será en contra de una escritura pública, que sí se encuentra protocolizada en un despacho notarial, y que frente a éste no hay competencia al momento de la concurrencia de acreedores.

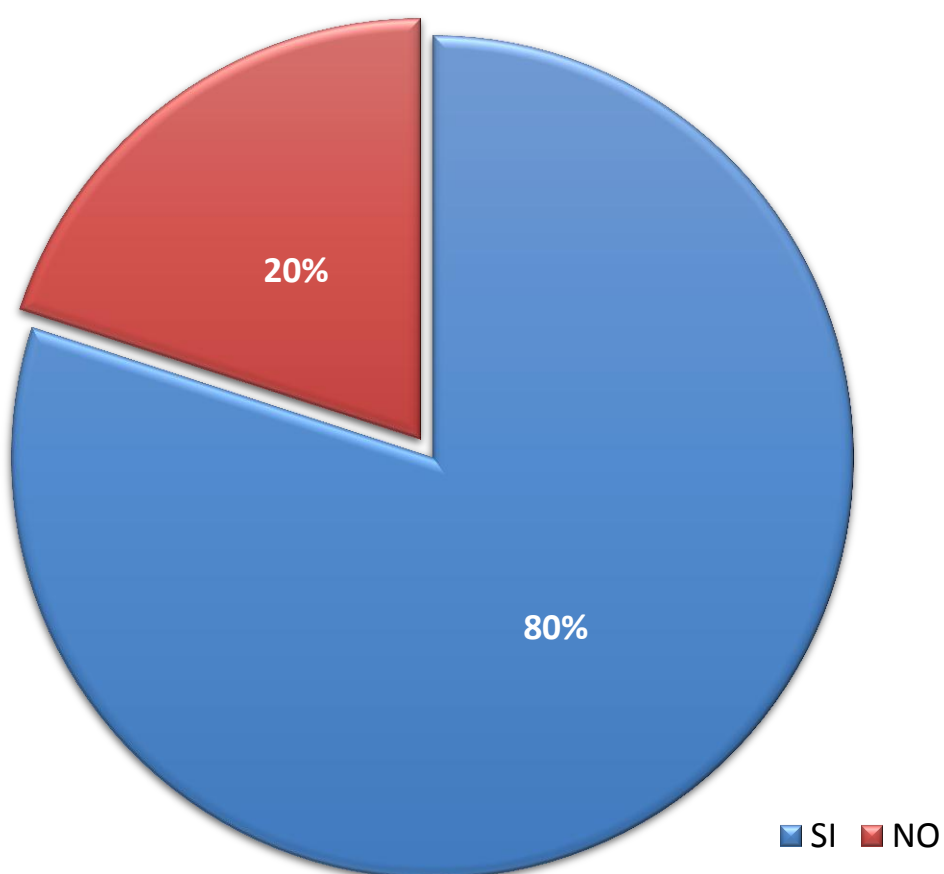
- 3.- Por otro lado, la doctrina no sugiere las consecuencias que podría traer la no protocolización de los documentos privados de transferencias de bienes inmuebles en el transferencia jurídico comercial, si esto, se regulara se podría hablar de menores conflictos y juicios en el poder judicial, ya que esto es de vital importancia, en el sentido que habría una descarga procesal en el órgano jurisdiccional, por lo tanto la doctrina debe

tener en cuenta estas observaciones, a fin de evitar mayores problemas entre las partes y los órganos del Estado que imparten justicia.

- 4.- Para finalizar, se puede señalar, que no ha existido en el Perú un tratamiento legal adecuado para brindar seguridad jurídica en los documentos privados de transferencias de inmuebles, ya que se encuentra regulada en la legislación, pero de una manera escueta, es decir existen vacíos jurídicos que hacen que este tipo de documentos sean complicados en el uso diario por las partes en el rubro inmobiliario y en el negocio jurídico.

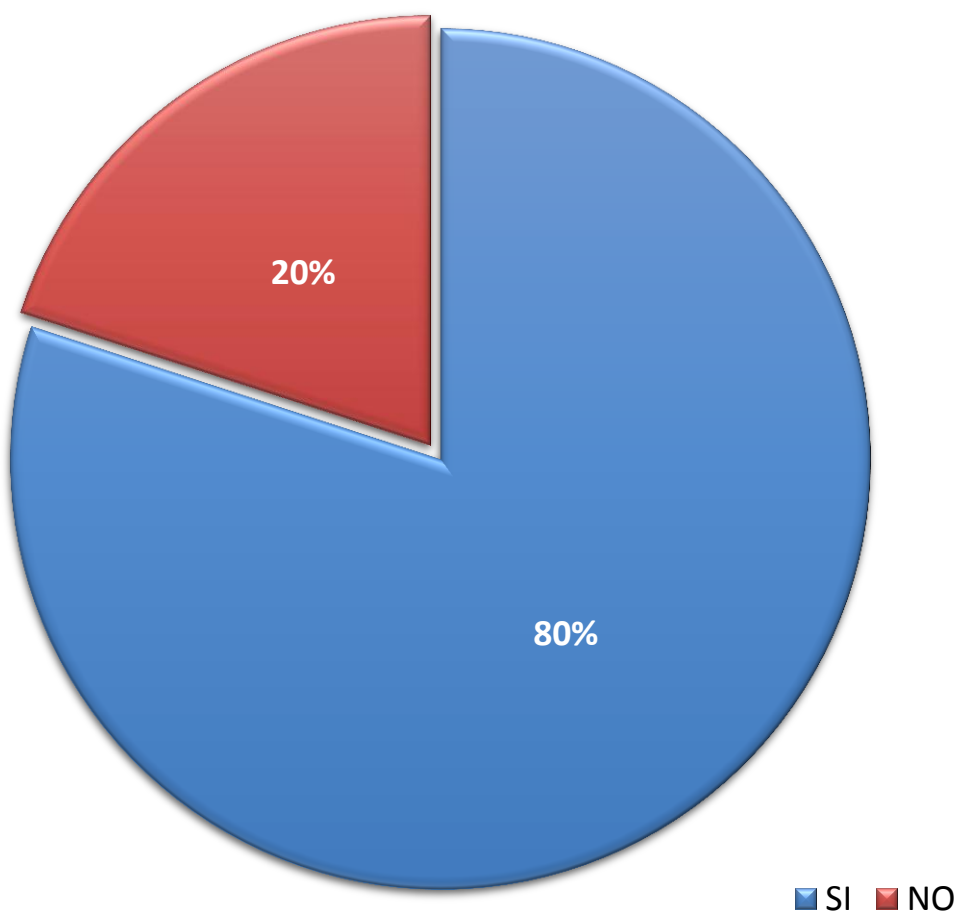
**ENTREVISTA DE PREGUNTAS PARA LOS NOTARIOS DE LA
PROVINCIA DE LA CIUDAD DE TRUJILLO**

1.- ¿Considera Ud. Que la protocolización notarial de documentos privados de transferencia de bienes inmuebles debería ser obligatoria, para proporcionar seguridad jurídica? Y ¿Por qué?



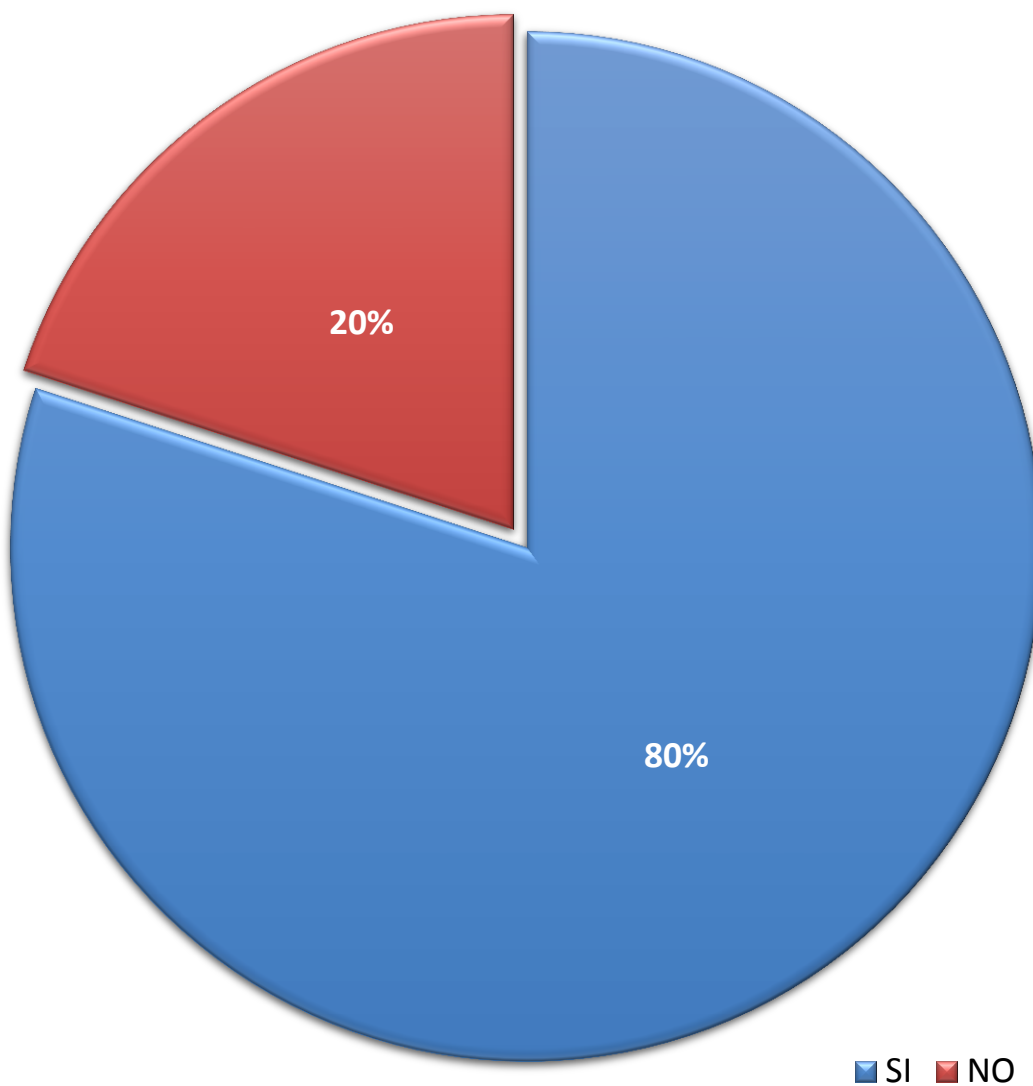
**ENTREVISTA DE PREGUNTAS PARA LOS NOTARIOS DE LA
PROVINCIA DE LA CIUDAD DE TRUJILLO**

2.- ¿Considera Ud. que la no protocolización obligatoria notarial de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, acarrea consecuencias jurídicas? Y ¿Por qué?



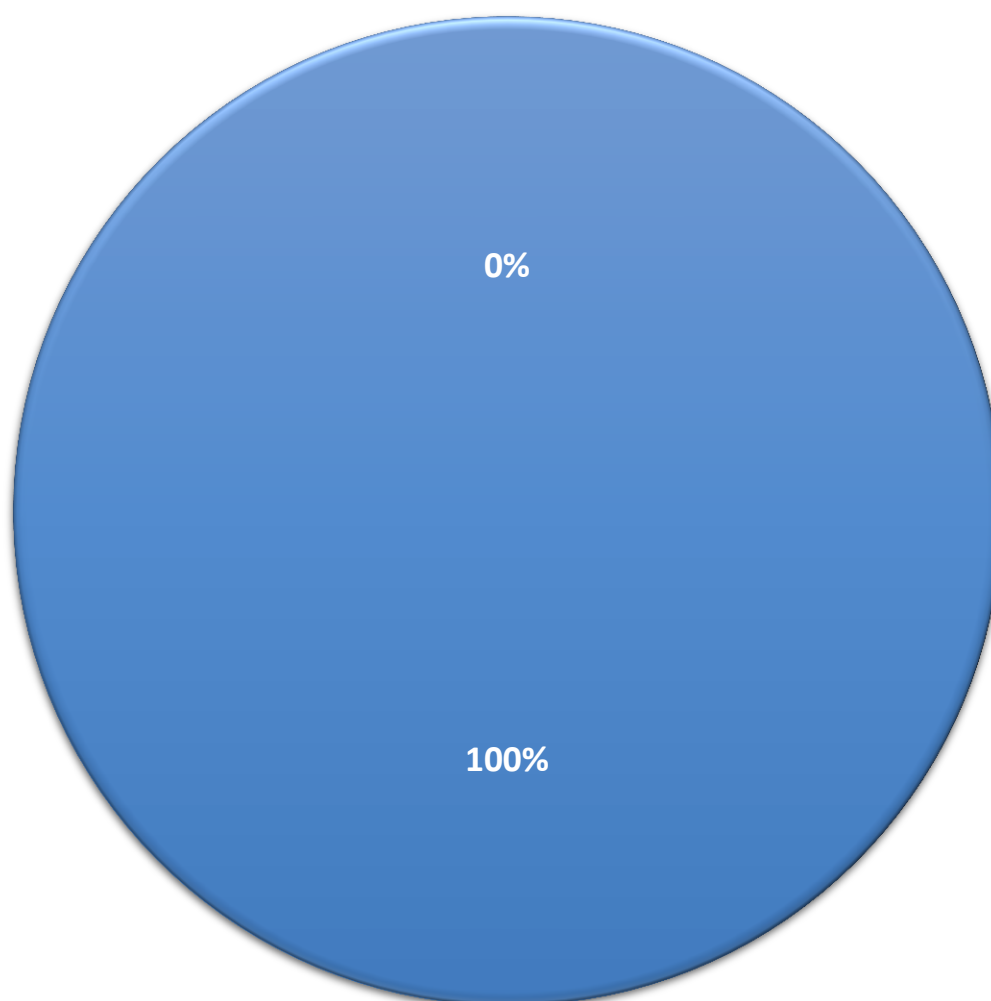
**ENTREVISTA DE PREGUNTAS PARA LOS NOTARIOS DE LA
PROVINCIA DE LA CIUDAD DE TRUJILLO**

3.- ¿Es necesario la formulación de una propuesta para que se modifique el código civil y la ley del notariado Decreto Legislativo 1049, a efecto de que se protocolice obligatoriamente los documentos privados? Y ¿Para qué?



**ENTREVISTA DE PREGUNTAS PARA LOS NOTARIOS DE LA
PROVINCIA DE LA CIUDAD DE TRUJILLO**

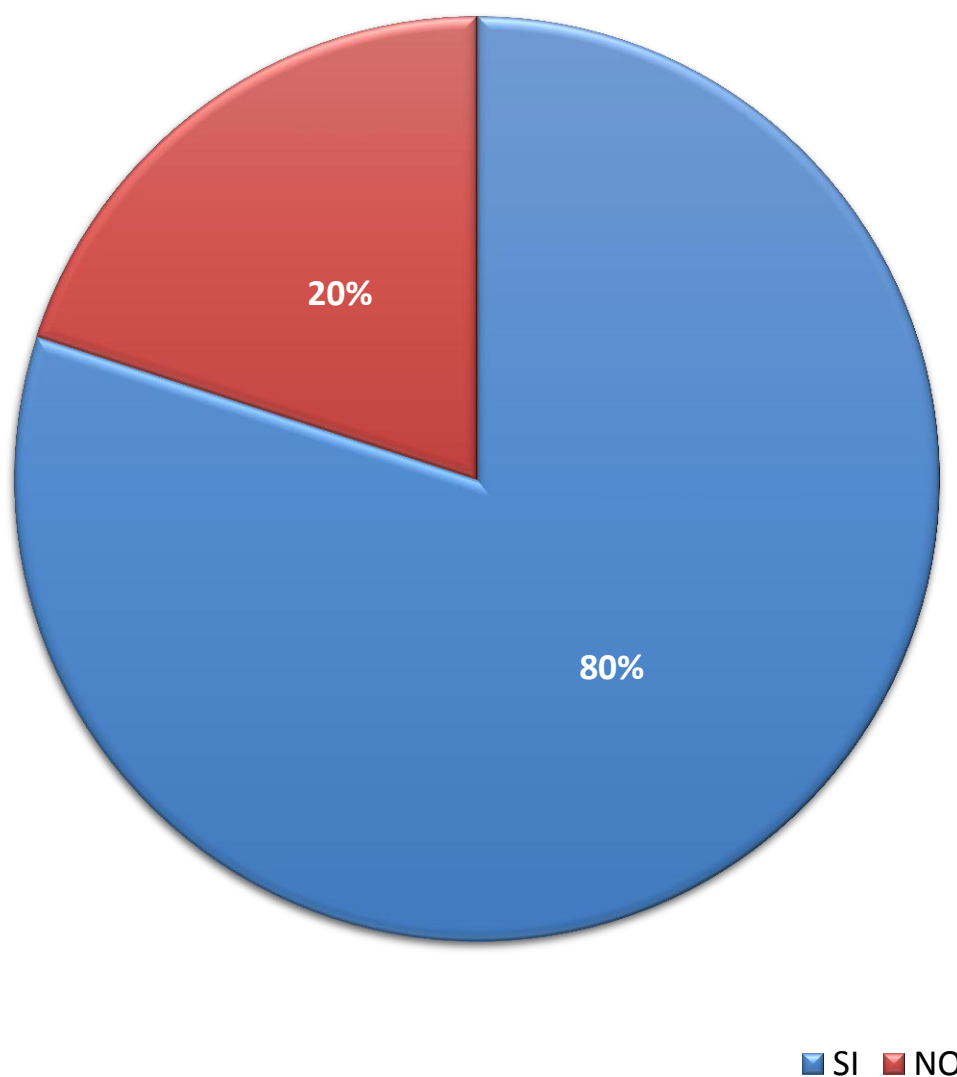
4.- ¿Es importante plantear procedimientos para que los documentos privados sean protocolizados obligatoriamente en sede notarial, en la transferencia de bienes inmuebles, a fin de que proporcionen seguridad jurídica? Y ¿Por qué? y ¿Para qué?



■ SI ■ NO

**ENTREVISTA DE PREGUNTAS PARA LOS NOTARIOS DE LA
PROVINCIA DE LA CIUDAD DE TRUJILLO**

5.- ¿Qué efectos jurídicos considera usted produciría en la regulación existente sobre transferencia de bienes inmuebles?



DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN

- 1.- La legislación vigente no da garantía ante terceros, con la sola suscripción de los documentos privados de transferencias de inmuebles y mediante la legalización de firmas realizadas ante notario público, porque entre otros documentos de mayor peso legal, éstos quedarían desprotegidos, y no podrán ser oponibles. La misma norma o legislación le da otra clase de tratamiento a estos tipos de documentos, en ese sentido se puede determinar que existen vacíos jurídicos, que a la larga acarrearán problemas o conflictos, en el negocio jurídico que las partes pretenden celebrar en una transferencia de bienes inmuebles.
- 2.- Asimismo, la legislación no prevé mecanismos de protección de los documentos privados de transferencias de inmuebles, los protege de una manera ligera, es decir superficial, es por eso que la legislación debe ser clara y objetiva al crearse cualquier procedimiento de protección, en ese sentido, se debe modificar las normas con el fin jurídico de que la protocolización de los documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, sea obligatoria y brinde seguridad jurídica a las partes contratantes y consideren que el acto jurídico celebrado en una notaría pública se ha realizado de la manera más transparente.
- 3.- Del mismo modo, se puede determinar que la protocolización obligatoria de documentos privados de transferencia de bienes inmuebles, no limitaría la libertad a contratar, ya que busca en el fondo brindar seguridad a las partes al momento de contratar y no entorpecer el negocio jurídico que se pretende formalizar en algún momento. Por lo tanto el presente trabajo de investigación, ha detectado que los notarios están de acuerdo en la protocolización notarial, porque ésta se haría de manera más transparente y se podrá hacer un mejor control para evitar las estafas; las cuales deberán ser plasmados en un reglamento para la Ley del

Notariado y el Código Civil, a fin de darle un mejor contexto de seguridad jurídica a estos documentos privados.

- 4.- Para finalizar, de acuerdo al derecho comparado, se puede comprobar que algunas legislaciones en Latinoamérica en sus leyes del notariado, regulan la protocolización de documentos privados de manera voluntaria, como en la legislación uruguaya, nicaragüense y otros, pero se debe tener en cuenta que sus idiosincrasias son diferentes a la nuestra, ya que muestran un mayor juicio en el ámbito legal y tecnológico, contrario a nuestra nación que aún no tiene ese tipo de características.

CONCLUSIONES

- 1.- La protocolización obligatoria en sede notarial de los documentos privados, sí proporcionó seguridad jurídica en la transferencia de bienes inmuebles, ya que permitiría que el acto jurídico sea más transparente, perpetuo y con fines lícitos absolutos.
- 2.- Es necesario que se proponga la protocolización obligatoria notarial de los documentos privados en la transferencia de bienes inmuebles, a fin de proporcionar mayor seguridad a las partes contratantes, que usan este tipo de documentos.
- 3.- El Estado en su rol protector de la sociedad debe formular una propuesta a través del Congreso de la República, para que se modifique el Código Civil y La Ley del Notariado Decreto Legislativo 1049, a efecto de que se protocolice obligatoriamente los documentos privados
- 4.- Se debe establecer procedimientos para que los documentos privados sean protocolizados obligatoriamente en sede notarial, es decir que exista un reglamento que las guíe en lo referente al acto rogatorio, intervención de letrado y pago de impuestos al Estado.
- 5.- De acuerdo al análisis del derecho comparado con otras legislaciones extranjeras, se demostró la existencia de parámetros que ayuden a la protocolización de los documentos privados, que están bajo la custodia de un notario, quien es el funcionario que resguarda el documento auténtico en su oficina notarial, tal como la legislación uruguaya lo regula.
- 6.- Se apreció que la legislación vigente, tiene vacíos jurídicos en la protección de los documentos privados de transferencias de inmuebles, porque limita la protocolización a este tipo de documentos.

- 7.- Los notarios están de acuerdo en la protocolización de los documentos privados, pero con normas y un reglamento que sea transparente, fácil y lícita para las partes contratantes.

RECOMENDACIONES

- 1.- Que el Estado, a través del Congreso legisle la modificación de la ley del Notariado, Decreto Legislativo N° 1049 y el Código Civil, a fin de que la protocolización sea obligatoria en sede notarial
- 2.- Se recomienda que la protocolización obligatoria de los documentos privados en sede notarial, venga acompañado de un reglamento en lo referente al acto rogatorio, intervención de letrado y pago de impuestos al Estado.
- 3.- Que este tipo de protocolización celebrada ante un notario público, sean susceptibles de una inscripción en los Registros Públicos, a fin de que puedan ser oponibles a terceros y no verse afectados por personas de mala fe.
- 4.- Que los notarios, al momento de protocolizar estos documentos privados de transferencia de inmuebles moderen sus tarifas arancelarias, a efecto de no interrumpir el transferencia jurídico, comercial y trabajando bajo una orientación de inclusión social de estos contratos, para la sociedad.
- 5.- Establecer qué vacíos jurídicos existen en nuestra legislación, a fin de que esta protocolización de los documentos en sede notarial, brinde mayor seguridad a las partes, al momento de celebrar sus documentos privados.
- 6.- Que los notarios informen que consecuencias jurídicas acarrea el no protocolizar los documentos privados, a fin de que los contratantes tengan una visión amplia de los posibles conflictos que pueden darse en el futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.- ABELLA, Derecho Notarial, Víctor P. de Zavalía S.A. Bs.As., Adriana. Argentina, 2005.
- 2.- ARIAS SCHEREIBER PEZET, M. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Vol. I: Contratos Parte General. Lima: Ed. San Jerónimo; 1986.
- 3.- AVILA ALVAREZ, Pedro; Derecho Notarial, Bosch, Casa Editora, S.A., 7ma. ed., Barcelona, España. 1990.
- 4.- BADÁNI CHÁVEZ, R. Obligaciones y Contratos. Lima: Ed. Atlántida S.A.; 1974.
- 5.- BARRAGAN, Alfonso M.; Manual de Derecho Notarial, Editorial Temis Ltda., Bogotá, Colombia 1979.
- 6.- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1983.
- 7.- COLEGIO NOTARIAL DE MADRID; Nueva Legislación Notarial Comentada. Tomo I y II. España, 2007.
- 8.- CASTILLO FREYRE Mario, Estudios sobre el Contrato de Compra venta; Perú, Ediciones Legales S.A.C., 2003;
- 9.- CORCUERA GARCÍA, Marco A.; Comentarios a la Ley del Notariado, Marsol Perú Editores; 1994.
- 10.- CUBIDES ROMERO, Manuel; Derecho Notarial Colombiano; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1992.

- 11.- GATTARI, Carlos Nicolás; *Práctica Notarial*, Vol. 5, Ediciones De palma, Buenos Aires, 1991.
- 12.- DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *El Contrato General*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 1998. Gaceta Jurídica Editores.
- 13.- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael y otros; *Ponencias presentadas por el Notariado Español a la VI Jornada Notarial Iberoamericana*, Gráficas Minaya, S.A., Guadalajara, 1993.
- 14.- GONZALES BARRON, Gunther H; *Comentarios a la Nueva Legislación Inmobiliaria*. 1^{era} Edición, Lima, 1999.
- 15.- MUÑOZ, Nery Roberto; *Introducción al Estudio del Derecho Notarial*, Guatemala, C.A, 1992.
- 16.- MUÑOZ, Nery Roberto; *El Instrumento Público y el Documento Notarial*, Guatemala, C.A, 1993.
- 17.- PENICHE LÓPEZ, Edgardo, *Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil*, Vigésimocuarta edición, Ed. Porrúa, México 1997,
- 18.- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; *Derecho Notarial*, Ed. Porrúa. México, 1989.
- 19.- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro; *Derecho Notarial*, Editorial Félix Várela. La Habana, Cuba, 2006.
- 20.- ROMERO ZAVALA, Luis. *Teoría General de los Contratos*. Lima: Ed. Studium; 1979.

21.- UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO. Facultad de Derecho; Principios Generales y Especiales del Derecho. Coordinador Víctor Julio Ortecho Villena, Marsol Perú Editores, 2004.

22.- TAMBINI AVILA, Mónica; Manual de Derecho Notarial; Perú; Editorial nomos & theis, 2006

LEGISLACIÓN:

1.- Constitución Política del Perú. Editorial del Congreso de la República, 1998.

2.- Código Civil Peruano. Editora Gaceta Jurídica, 2007.

3.- Decreto Legislativo N° 1049, Nueva ley del Notariado, Editora Gaceta Jurídica, 2008.

PAGINAS WEB:

1. http://es.wikipedia.org/wiki/Libertad_de_contrataci%C3%B3n

2. <http://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA2/LIBERTADCONTRAC.htm>

3. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad-juridica/seguridad-juridica.htm>

ANEXOS