

GÜNTHER GONZÁLES BARRÓN

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

TOMO 2

JURISTA  EDITORES

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

Gunther Hernán Gonzales Barrón

Gunther Hernán Gonzales Barrón

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

5^a EDICIÓN

Tomo II



© **DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL**
TOMO II

© Günther Gonzáles Barrón

© Jurista Editores E.I.R.L., 2022

Editado por:

Jurista Editores E.I.R.L.

Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú

Telf.: 426 6303 / 428 1072

Cel.: 934 746 247 / 934 421 448

20459059424

Quinta Edición - Enero 2022

Tiraje: 1000 ejemplares

Diseño y diagramación: *Carlos García*

Diseño de cubierta: *Marco A. Arcos Paredes*

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú: N° 2021-13723

ISBN: 978-612-5019-23-3

Impreso por:

JURISTA EDITORES EIRL

Petit Thouars N° 1207 - Lima - Perú.

Enero 2022

ÍNDICE

Tomo II

Capítulo VIII REGISTRO DE SOCIEDADES

1. Antecedentes hasta la situación actual.....	627
1.1. La antigua matrícula de comerciantes.....	627
1.2. Los códigos de comercio.....	631
1.3. El actual registro.....	633
2. Alcances básicos.....	634
2.1. Función.....	634
2.2. Sujetos inscribibles.....	638
2.3. Actos inscribibles.....	646
2.3.1. Clasificación.....	646
a) Acto de constitución.....	646
b) Organización.....	647
c) Capital.....	648
d) Representación.....	650
e) Titularidad del capital.....	653
f) Convenios entre accionistas.....	654
g) Actos complementarios.....	657
h) Actos diversos.....	658
2.3.2. Tipicidad.....	659
2.3.3. Sectores excluidos.....	665
2.4. Títulos inscribibles.....	669
2.4.1. Instrumento público notarial.....	670
2.4.2. Instrumento público judicial.....	674
2.4.3. Instrumento público administrativo.....	675
2.4.4. Actas certificadas.....	676

3.	Eficacia de la inscripción.....	680
3.1.	Diferencias entre los registros de bienes y registros personales (como el de sociedades).....	682
3.2.	Noción de “tercero”.....	683
3.3.	Eficacia constitutiva (pero, relativa).....	685
3.4.	Eficacia de oponibilidad.....	688
3.4.1.	Oponibilidad positiva.....	690
a)	Definición: hecho inscrito perjudica a tercero.....	690
b)	Excepciones.....	691
3.4.2.	Oponibilidad negativa.....	694
a)	Definición: hecho no-inscrito no perjudica a tercero.....	694
b)	Excepciones.....	695
3.5.	Eficacia convalidante en favor de tercero (fe pública registral).....	700
3.5.1.	Función.....	700
3.5.2.	Regulación sin norma general, pero con disposiciones específicas.....	703
a)	Nulidad del contrato de sociedad (una aparente fe pública registral).....	704
b)	Nulidad absoluta de acuerdos sociales.....	710
c)	Impugnación de acuerdos sociales.....	717
d)	Otros supuestos.....	726
3.6.	Conflictos entre inscripción y la apariencia: la llamada apariencia contra tabulas.....	727
4.	Principios apócrifos.....	737
4.1.	Definición.....	737
4.2.	Tracto sucesivo.....	738
4.3.	Prioridad.....	751

Capítulo IX

REGISTROS DE PERSONAS JURÍDICAS

1.	Teoría de la persona jurídica.....	761
1.1.	Libertad de asociación.....	761
1.2.	Definición y elementos constitutivos.....	763
1.3.	Capacidad.....	765
1.4.	Clasificación.....	766
1.5.	Teorías explicativas de la persona jurídica.....	767
2.	Registro de personas jurídicas, en general.....	772
2.1.	Antecedentes históricos hasta la situación actual.....	772
2.2.	Función.....	776

2.3. Actos inscribibles.....	777
2.4. Calificación del registrador: ¿entre libertad de asociación o controlismo?.....	780
2.4.1. Primera regla: El registrador debe calificar los fines de la persona jurídica, pero con respeto de valores constitucionales.....	781
2.4.2. Segunda regla: El registrador no puede interferir en la vida asociativa, salvo ley imperativa o de orden público o violación evidente de los derechos fundamentales.....	783
2.4.3. Tercera regla: La ponderación de derechos fundamentales no es competencia del registrador.....	786
2.4.4. Cuarta regla: Analogía con la normativa societaria.....	795
2.5. Eficacia de la inscripción.....	797
2.5.1. Diferencia de efectos.....	797
2.5.2. Noción de “tercero”.....	798
2.5.3. Eficacia constitutiva.....	798
2.5.4. Eficacia de oponibilidad.....	800
2.5.5. Eficacia de fe pública registral. ¿Existe?.....	801
2.5.6. Conflicto entre registro y apariencia.....	804
2.6. Principios apócrifos.....	806
2.6.1. Tracto sucesivo.....	806
2.6.2. Prioridad.....	809
3. Registro de Personas Jurídicas, en especial.....	811
3.1. Asociaciones civiles.....	811
3.1.1. Definición.....	811
3.1.2. Acuerdos.....	812
3.1.3. Libros de actas.....	812
3.1.4. Impugnación de acuerdos.....	817
a) Impugnación y Nulidad.....	817
b) El Quinto Pleno.....	818
c) Errores del Quinto Pleno.....	821
d) Propuesta de distinción entre impugnación y nulidad.....	823
e) Propuesta de superar el Quinto Pleno.....	829
3.2. Fundaciones.....	830
3.2.1. Definición.....	830
3.2.2. Fundación y asociación.....	830
3.2.3. Fundación y Donación.....	831
3.2.4. Acto constitutivo.....	832
3.2.5. Control administrativo.....	833

3.3. Cooperativas.....	836
3.3.1. Definición.....	836
3.3.2. Notas características del cooperativismo.....	837
3.3.3. Constitución e inscripción.....	838
3.3.4. Problemas registrales frecuentes.....	840
3.3.5. Integración.....	843
3.4. Comunidades campesinas y nativas.....	844
3.4.1. Reconocimiento constitucional y legal.....	844
3.4.2. Normativa.....	845
3.4.3. Definición.....	846
3.4.4. Nacimiento de la personalidad jurídica.....	847
3.4.5. Denominación.....	848
3.4.6. Disposición de las tierras.....	848

Capítulo X

REGISTROS DE PERSONAS NATURALES

1. Clases.....	851
2. Registro de Mandatos y Poderes.....	851
2.1. Función.....	851
2.1.1. Función general.....	852
2.1.2. Función de oponibilidad.....	856
2.1.3. Función de fe pública registral. ¿Existe?.....	860
2.2. Aspectos esenciales.....	863
2.2.1. Denominación.....	863
2.2.2. Actos inscribibles.....	865
2.2.3. Técnica registral.....	868
2.2.4. Lugar de inscripción.....	869
2.2.5. Inexistencia de tracto sucesivo y prioridad.....	872
a) Apoderamiento no inscrito que permite la celebración de acto de disposición.....	872
b) Inscripción de revocatoria sin que se inscriba previamente el apoderamiento.....	874
c) Complementariedad de inscripciones.....	876
2.3. Aspectos sustanciales.....	878
2.3.1. Poder irrevocable.....	878
2.3.2. Poder para disponer y gravar bienes.....	883
3. Registro de Testamentos.....	886
3.1. Función.....	886

3.2. Aspectos esenciales.....	889
3.2.1. Actos inscribibles.....	889
3.2.2. Técnica registral.....	893
3.2.3. Lugar de inscripción.....	894
3.2.4. Mecánica de las inscripciones.....	895
3.2.5. Inexistencia de tracto sucesivo y prioridad.....	897
a) Inscripción previa del testamento frente a posterior acto de disposición.....	897
b) Inscripción de la revocatoria sin que se inscriba el testamento previo.....	899
c) Complementariedad de inscripciones.....	900
d) Nulidad de testamento.....	900
3.3. Calificación del registrador.....	901
4. Registro de Sucesiones intestadas.....	902
4.1. Función.....	902
4.2. Aspectos esenciales.....	903
4.2.1. Actos inscribibles.....	903
4.2.2. Técnica registral.....	906
4.2.3. Lugar de inscripción.....	907
4.2.4. Mecánica de las inscripciones.....	907
4.3. Vinculación entre el registro de sucesiones intestadas y el de testamentos.....	908
5. Registro Personal.....	911
5.1. Función.....	911
5.1.1. Función en las discapacidades.....	911
5.1.2. Función en la ausencia.....	914
5.1.3. Función en la separación de patrimonios y sustitución de régimen.....	916
5.1.4. Función en la unión de hecho.....	918
5.2. Aspectos esenciales.....	920
5.2.1. Actos inscribibles.....	920
5.2.2. Técnica registral.....	923
5.2.3. Lugar de inscripción.....	924
5.3. Vinculación con otros registros.....	925
5.3.1. Registro personal y Registro de bienes.....	925
5.3.2. Registro personal y Registro de Estado Civil.....	926
6. Registro de Comerciantes.....	928

SEGUNDA PARTE:
DERECHO NOTARIAL

Capítulo XI
NOCIONES GENERALES

1.	Función del notariado.....	933
1.1.	Función de tutela del consentimiento libre.....	934
1.2.	Función de tutela del consentimiento informado.....	935
1.3.	Función de tutela del consentimiento libre e informado con plena sujeción a la legalidad.....	938
1.4.	Ventajas del notariado.....	941
2.	Objeto del notariado: Fe pública.....	943
3.	Derecho notarial.....	946
3.1.	Definición.....	946
3.2.	Principios.....	948
3.3.	Función notarial.....	948
3.3.1.	Definición.....	948
3.3.2.	Características generales.....	949
3.3.3.	Características específicas.....	950
3.3.4.	Contenido.....	953

Capítulo XII
INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

1.	Teoría básica del Instrumento.....	955
1.1.	Documento e instrumento.....	955
1.2.	Instrumento público y privado.....	956
1.3.	Instrumento Público Notarial.....	958
1.3.1.	Definición.....	958
1.3.2.	Clasificación.....	961
1.3.3.	Valor probatorio.....	962
2.	Instrumentos públicos notariales protocolares.....	964
2.1.	Definición.....	964
2.2.	Clases.....	964
2.2.1.	Escritura Pública.....	965
2.2.2.	Acta de protocolización.....	965
2.2.3.	Acta de transferencia de bienes muebles registrables.....	966

2.3. Protocolo notarial.....	967
2.3.1. Definición.....	967
2.3.2. Clases.....	968
2.3.3. Acceso público.....	972
2.3.4. Traslados.....	974
2.3.5. Destrucción total o parcial del protocolo.....	978
2.4. Archivo notarial.....	980
3. Escritura Pública: instrumento notarial protocolar más característico.....	981
3.1. Aspectos esenciales.....	981
3.1.1. Definición y caracteres.....	981
3.1.2. Función: ¿representativa o constitutiva del acto jurídico?.....	981
3.1.3. Estructura.....	989
3.2. Introducción de la escritura.....	990
3.2.1. Lugar y fecha del instrumento.....	991
3.2.2. Nombre del notario.....	992
3.2.3. Comparecientes.....	993
a) Fe de identificación o de conocimiento de los comparecientes.....	994
b) Verificar la intervención de una persona en representación de otra.....	999
c) Verificar presentación de la declaración de beneficiario final.....	1000
3.2.4. Intervención de otras personas.....	1002
a) Traductor y/o perito.....	1002
b) Testigos.....	1003
c) Apoyos y salvaguardias.....	1008
3.2.5. Juicio de capacidad, libertad y conocimiento.....	1009
3.2.6. Mención de que el instrumento se extiende con minuta o sin ella.....	1010
3.3. Cuerpo de la escritura.....	1011
3.4. Conclusión de la escritura.....	1012
3.4.1. Fe de lectura.....	1013
3.4.2. Ratificación del consentimiento y agregados.....	1014
3.4.3. Entrega de bienes.....	1015
3.4.4. Transcripción de normas que otorgan facultades, de documentos o declaraciones.....	1015
3.4.5. Intervención de sustitutos.....	1016
3.4.6. Subsanación de diversos errores u omisiones.....	1016

a)	Para la inscripción registral.....	1016
b)	Para la eficacia documental.....	1016
3.4.7.	Serie de la foja donde se inicia y concluye el instrumento.....	1017
3.4.8.	Impresión dactilar y suscripción de los otorgantes.....	1018
3.4.9.	Autorización del notario.....	1019
3.4.10.	Constancia formal del origen de los fondos.....	1021
3.4.11.	Constancia de medio de pago bancarizado.....	1022
3.5.	Competencia del notario en actos de disposición y gravamen sobre predios.....	1023
3.5.1.	Poder de disposición: Definición.....	1023
3.5.2.	Poder de disposición: Componentes.....	1023
3.5.3.	Poder de disposición: Consecuencias.....	1025
3.5.4.	Poder de disposición: Clasificaciones.....	1025
a)	Poder de disposición en sentido amplio y en sentido estricto.....	1025
b)	Poder de disposición y Acto de disposición.....	1027
c)	Acto de disposición y Acto de administración.....	1028
3.5.5.	Competencia notarial.....	1029
a)	Historia.....	1029
b)	Situación actual.....	1030
c)	Hipótesis dudosas de actos de disposición o gravamen.....	1032
d)	Conclusiones sobre los actos de disposición.....	1034
4.	Instrumentos públicos notariales extraprotocolares.....	1036
4.1.	Definición y modalidades.....	1036
4.2.	Actas.....	1040
4.3.	Certificaciones.....	1042
4.3.1.	Certificación de firmas.....	1042
a)	Definición y naturaleza.....	1042
b)	Mecanismos de certificación.....	1043
c)	Identificación de los firmantes.....	1044
d)	¿Puede certificarse la representación?.....	1046
e)	Circulación internacional de los instrumentos con certificación de firma.....	1047
f)	Medio de pago bancarizado.....	1048
g)	Responsabilidad del notario.....	1049
4.3.2.	Libros de actas de personas jurídicas.....	1050
4.3.3.	Certificación de copias de actas.....	1053

4.3.4. Certificación de reproducciones.....	1055
a) Definición y naturaleza.....	1055
b) Finalidad.....	1055
c) Protocolo de actuación.....	1056
4.3.5. Entrega de carta notarial.....	1059
4.3.6. Constatación de supervivencia.....	1060
4.3.7. Constatación domiciliaria.....	1061
4.3.8. Poderes.....	1062

Capítulo XIII

ASUNTOS NO CONTENCIOSOS DE COMPETENCIA NOTARIAL

1. Asuntos no contenciosos y jurisdicción voluntaria.....	1063
2. ¿Cuándo un asunto es no contencioso?.....	1064
3. Competencia notarial en asuntos no contenciosos.....	1066
3.1. Finalidad.....	1066
3.2. Disposiciones generales.....	1067
3.3. Disposiciones específicas.....	1071
4. Asuntos no contenciosos, en particular.....	1071
4.1. Rectificación de partidas.....	1071
4.2. Adopción de personas capaces.....	1073
4.3. Patrimonio familiar.....	1074
4.4. Facción de inventarios.....	1075
4.5. Comprobación de testamento cerrado.....	1077
4.6. Sucesión intestada.....	1079
4.7. Separación convencional y divorcio ulterior.....	1081
4.8. Reconocimiento de unión de hecho.....	1083
4.9. Convocatoria a junta obligatoria anual y junta no obligatoria.....	1086
4.10. Constatación de causales de desalojo.....	1088
4.10.1. Finalidad.....	1088
4.10.2. Escritura pública de arrendamiento.....	1090
4.10.3. Procedimiento de constatación de causales de desalojo.....	1094
a) Solicitud.....	1094
b) Causales de desalojo.....	1094
c) Control de legalidad del notario.....	1097
d) Traslado de la solicitud y oposición.....	1098
e) Constatación del notario.....	1099
f) Finalización del procedimiento sin constatación.....	1103

	g) ¿Qué ocurre en el caso de oposición de terceros?.....	1104
	h) Acta de constatación.....	1106
5.	Regularización de edificaciones y de otros actos.....	1108
5.1.	Finalidad.....	1108
5.2.	Ámbito de aplicación.....	1108
5.2.1.	Ámbito material.....	1108
5.2.2.	Ámbito objetivo.....	1111
5.2.3.	Ámbito temporal.....	1113
5.3.	Normativa.....	1113
5.4.	Regularización de edificaciones, en particular.....	1114
5.5.	Regularización de propiedad inscrita.....	1114
5.5.1.	Regularización mediante documento privado de fecha cierta.....	1115
5.5.2.	Regularización mediante prescripción adquisitiva de dominio.....	1117
	a) Competencia territorial del notario.....	1117
	b) Solicitud y recaudos.....	1117
	c) Anotación preventiva.....	1119
	d) Emplazamiento a los interesados.....	1120
	e) Avisos.....	1121
	f) Acta de presencia.....	1122
	g) Oposición.....	1123
	h) Evaluación de la prueba.....	1124
	i) Declaración del notario.....	1127
	j) Inscripción en el registro.....	1128
	k) Nulidad de la declaración notarial.....	1128
5.6.	Regularización de propiedad no inscrita.....	1129
5.6.1.	Regularización mediante declaración notarial para la primera inscripción.....	1130
5.6.2.	Regularización mediante título supletorio.....	1131
	a) Función.....	1131
	b) Modalidades.....	1132
	c) Procedimiento notarial.....	1133
5.7.	Regularización de área, linderos y/o medidas perimétricas mediante rectificación.....	1133
5.7.1.	Función de la rectificación.....	1134
5.7.2.	Modalidades de rectificación.....	1135
5.7.3.	Procedimiento de rectificación.....	1135
5.8.	Regularización de reglamento interno, junta de propietarios e independización.....	1136

Capítulo XIV
ESTATUTO LEGAL, ORGANIZACIÓN Y
RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

1.	Acceso a la función notarial.....	1139
1.1.	Sistemas de acceso al notariado.....	1139
1.2.	Concurso público de méritos.....	1141
1.2.1.	Convocatoria.....	1142
1.2.2.	Postulantes.....	1143
1.2.3.	Jurado Calificador.....	1144
1.2.4.	Etapas.....	1146
1.3.	Posesión del cargo.....	1147
2.	Estatuto legal del notario.....	1148
2.1.	Competencia territorial del notario.....	1148
2.2.	Deberes del notario.....	1150
2.2.1.	Prestación obligatoria del servicio.....	1150
2.2.2.	Continuidad del servicio.....	1150
2.2.3.	Guardar secreto profesional.....	1150
2.2.4.	Deberes corporativos.....	1151
2.3.	Derechos del notario.....	1152
2.3.1.	Retribución por los servicios.....	1152
2.3.2.	Inamovilidad en el cargo.....	1152
2.3.3.	Vacaciones y licencias justificadas.....	1152
2.3.4.	Incorporación en su propia planilla.....	1153
2.4.	Prohibiciones del notario.....	1153
2.4.1.	Incompatibilidad con el ejercicio de una función pública.....	1153
2.4.2.	Incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía.....	1155
2.4.3.	Incompatibilidad por asunto determinado.....	1155
2.5.	Cese del notario.....	1156
2.5.1.	Causales de cese.....	1156
2.5.2.	Procedimientos especiales de cese del notario, distintos del procedimiento disciplinario.....	1158
a)	Procedimiento especial de cese por pérdida de cualidades de acceso, abandono por no haber iniciado sus funciones o abandono sobrevenido.....	1159
b)	Procedimiento especial de cese por muerte, renuncia, condena penal y por no haberse incorporado al Colegio.....	1164
c)	Procedimiento especial de cese por negarse a acreditar su capacidad.....	1164
d)	Procedimiento especial de cese por inhabilitación.....	1165

3.	Organización del notariado.....	1165
3.1.	Finalidad.....	1165
3.2.	Colegiación obligatoria.....	1165
3.3.	Colegios de Notarios.....	1166
3.4.	Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú.....	1169
3.5.	Consejo del Notariado.....	1170
4.	Responsabilidad del notario.....	1174
4.1.	Clases de responsabilidad.....	1174
4.1.1.	Responsabilidad disciplinaria.....	1174
4.1.2.	Responsabilidad civil.....	1175
4.1.3.	Responsabilidad penal.....	1180
4.2.	Procedimiento sancionatorio notarial (mal llamado disciplinario).....	1181
4.2.1.	Finalidad.....	1181
4.2.2.	Debido proceso y procedimiento sancionatorio.....	1182
4.2.3.	Principios de la potestad sancionatoria, en general.....	1187
a)	Principios de configuración del sistema.....	1187
b)	Principios de aplicación formal.....	1188
c)	Principios de aplicación sustancial.....	1188
4.2.4.	Principios de la potestad sancionatoria, en especial.....	1188
a)	Legalidad en sentido amplio.....	1188
b)	Causalidad.....	1193
c)	Antijuridicidad (implícito).....	1194
d)	Principio de culpabilidad.....	1196
e)	Principio <i>non bis in idem</i>	1199
f)	Principio de proporcionalidad.....	1201
4.2.5.	Catálogo de infracciones.....	1202
a)	Infracciones muy graves.....	1202
b)	Infracciones graves.....	1205
c)	Infracciones leves.....	1208
4.2.6.	Sanciones.....	1212
4.2.7.	Reglas del procedimiento sancionatorio.....	1213
a)	En el procedimiento notarial.....	1213
b)	En el procedimiento general.....	1217
4.2.8.	Medida cautelar.....	1219
4.2.9.	Prescripción de las infracciones.....	1220
	Bibliografía general.....	1221

Capítulo VIII

REGISTRO DE SOCIEDADES

1. ANTECEDENTES HASTA LA SITUACIÓN ACTUAL

1.1. La antigua matrícula de comerciantes

Los estudios jurídicos señalan que el Derecho Mercantil no existió en Roma, y que su origen se ubica más bien en la Edad Media, en donde aparece ligado a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se empezaron a organizar en las ciudades comerciales medievales; primero, en Italia, y luego en toda Europa, cuya finalidad era la defensa de sus intereses de clase⁷⁹⁶. En tal época no existía el Estado centralizado que conocemos hoy, lo que facilitó en gran medida la creación de un derecho extra-estatal, espontáneo, creado por los comerciantes y compilado a través de las corporaciones que también ejercían labor jurisdiccional. Entre las primeras compilaciones de costumbres tenemos la de Génova en el año 1056, Pisa en 1161 y Milán en 1216⁷⁹⁷. Estas corporaciones o gremios tenían participación decisiva en las decisiones de la ciudad en la que se asentaban, lo que dio lugar a una especie de poder municipal que tenía una finalidad muy clara: proteger la seguridad ciudadana y del comercio, así como la de sus agremiados⁷⁹⁸.

Estas corporaciones llevaban una matrícula o registro de los comerciantes, cuya función era de carácter público, a fin de obtener los beneficios que el gremio concedía a quienes ostentaban formalmente el estatuto de

796 Uría, R. (1992), p. 3.

797 Sánchez Calero, F. (1986), p. 20.

798 Sequeira, A. (1995), p. 1180.

asociado, con la consiguiente participación política en las organizaciones municipales. Esta matrícula de comerciantes es el antecedente más remoto de lo que sería con el tiempo el Registro Mercantil, aunque debe aclararse que estos listados medievales no cumplieron las funciones jurídicas del moderno registro, en tanto sus funciones se acercaban a los actuales registros administrativos, pues la inscripción concedía la situación jurídica de comerciante, lo que implicaba ser regido por los usos del comercio y ser juzgados por los tribunales de las corporaciones. En ningún caso la función del gremio era proteger a los terceros que pudieran confiar en la información que brindase, ni tan siquiera permitir en forma general un examen de sus libros. La inscripción no tenía otra función que la de servir de instrumento de control a la producción y el reparto del mercado entre los agremiados⁷⁹⁹.

Por tal motivo, este registro nace completamente fuera del ámbito privatístico y es un elemento del nuevo sistema económico con desarrollo de la producción, comercio, transportes, pero sin libertad de competencia. El Derecho Mercantil corre en paralelo con la superación del sistema económico anterior, y es una expresión del nuevo modelo, primero mercantilista y luego capitalista, que aparece tímidamente en algunas ciudades europeas, para seguidamente expandirse y generalizarse en la sociedad, con lo cual la idea de lucro será la que gobierne la actuación económica del hombre, y las ideas religiosas quedarán circunscritas a la esfera individual, pero ya no serán el criterio directriz para juzgar la producción o el comercio⁸⁰⁰.

Sin embargo, el desarrollo de las relaciones comerciales lleva consigo la creciente necesidad de los comerciantes para individualizarse en el ejercicio de su actividad; asimismo los terceros presionan para obtener una mayor información en torno a la clarificación de las relaciones de responsabilidad y representación, es decir, quienes son los que obligan al comerciante (apoderamiento) y bajo qué vestimenta formal, este se presenta, ya sea en forma individual o asociada (responsabilidad). Si bien los libros todavía no protegen a los terceros, por lo menos en la Baja Media se documentan casos en los que existe un relativo acceso del público a los libros, y además

799 Ibid., p. 1181.

800 Laski, H. (1992), p. 19.

estos constituyen un principio de prueba en juicio. En tal sentido, al lado de las matrículas de comerciantes aparecen registros de sociedades, de poderes y de marcas⁸⁰¹, que eran llevados por las mismas corporaciones, por las Municipalidades o por los Tribunales de Comercio, y que en principio buscan proteger al comerciante, pero irán lentamente evolucionando hacia mecanismos de protección de los terceros⁸⁰².

Posteriormente, cuando el Estado empieza a regular la actividad comercial, despojando de ese privilegio a las corporaciones, se mantiene la obligación de inscripción de los comerciantes en los gremios, que ya adoptan un carácter cuasi-público o paraestatal. Así tenemos la muy importante Ordenanza del Comercio Terrestre, dictada en Francia por el Ministro Colbert en el año 1673. Por su parte, en España, los primeros antecedentes se remontan a la Novísima Recopilación de 1773.

La nueva fuerza representada por la burguesía no tardará en triunfar, con lo que se dará paso al liberalismo económico, cuya tesis fundamental es que el interés individual es el mejor mecanismo para lograr el beneficio general, por vía de las decisiones egoístas de cada persona, lo que hace necesario dotar de mayor libertad económica a los ciudadanos, con la consiguiente abstención del Estado en los fenómenos de producción y comercio. Dentro de esta lógica es evidente que los gremios de comerciantes entrarán pronto en declive, pues su régimen corporativo y de nula competencia, entra en contradicción con los nuevos postulados de la economía⁸⁰³.

801 La historia sirve para entender las normas jurídicas actuales, y he aquí un ejemplo: el art. 21, inc II Ccom señala que las marcas son inscribibles en la hoja del registro correspondiente a la sociedad. Esa figura que hoy puede llamarnos la atención, sin embargo, resulta explicable a la luz del origen histórico, ya que la matrícula de mercaderes contenía inscripciones sobre la marca del comerciante, como una forma de vincular a este con los productos que circulaban en el tráfico.

802 Sequeira, A. (1995), pp. 1181-1182.

803 "El control de los gremios y las corporaciones sobre la producción artesana, que seguía siendo fuerte en Alemania, dio lugar al *Gewerbefreiheit* –libertad para iniciar y practicar cualquier actividad comercial- en Austria en 1859, y en la mayor parte de Alemania en la primera mitad de la década de 1860. Por último, se estableció completamente en la Federación Alemana del Norte (1869) y en el Imperio Alemán, provocando el desagrado de numerosos artesanos que a partir de entonces desarrollarían una creciente hostilidad hacia el liberalismo y al mismo tiempo proporcionarían la base política a los movimientos

Las corporaciones gremiales van dejando su lugar a los Tribunales y a los Municipios, quienes pasan a ocuparse de las funciones registrales y publicitarias, pero ya no con un interés de defensa gremial, que se considera inaceptable, por lo que la finalidad de la institución cambia de signo, ahora a favor de la protección del mercado y de los consumidores, esto es, de los terceros. Los libros de las corporaciones constituyen el claro precedente que se toma en cuenta para construir un registro con nueva función. En tal sentido, los registros de comerciantes evolucionan hacia una finalidad netamente privada, y desligada de los intereses corporativos. En ciudades germánicas como Ausbourg y Strasbourg (1763), Viena (1717) y Ginebra (1673), se advierte la existencia de Registros de Comercio que tienen ya los efectos modernos de la publicidad, y esencialmente la oponibilidad del hecho inscrito y la inoponibilidad del hecho no-inscrito. Estos registros, además de ser públicos, protegen a los terceros. Por tal motivo, la creación de este Registro, con efectos netamente privados, es también una aportación germánica a la publicidad legal, y fue recogida ya en el primer Código de Comercio Alemán de 1861, y en el vigente de 1897⁸⁰⁴. De esta manera, empieza a inscribirse las sociedades, los poderes generales conferidos por los principales a sus auxiliares y las marcas utilizadas en el ejercicio del comercio⁸⁰⁵.

En suma, el liberalismo económico trajo como resultado, primero, la pérdida de importancia de los gremios y luego su disolución; en ese estado de cosas, el registro de mercaderes carece ya de sentido en su versión tradicional, por lo que en lugar de desaparecer, muta de contenido. Es decir, si en un principio el Registro tuvo fines internos de agrupamiento y control de actividades de los miembros del colectivo; posteriormente habrá de utilizarse con fines externos, esto es, para conocimiento y seguridad de los terceros.

derechistas desde la década de 1870. Suecia, que había abolido los gremios en 1846, estableció la absoluta libertad en 1864; Dinamarca abolió la vieja legislación gremial en 1848 y 1857; Rusia, cuya mayor parte jamás había conocido ningún sistema gremial, eliminó los últimos vestigios de uno en los pueblos (alemanes) de sus provincias del Báltico (1866), si bien por razones políticas siguió restringiendo el derecho de los judíos a practicar el comercio y los negocios": Hobsbawn, E. (2010), p. 48.

804 Sequeira, A. (1995), pp. 1182-1184.

805 Fernández, R. & Gómez Leo, O. (1987), T. I, p. 11.

1.2. Los códigos de comercio

En nuestro país, y durante la etapa colonial, rigieron en materia comercial las Ordenanzas de Bilbao y las leyes contenidas en la Novísima Recopilación, cuyas normas trataban sobre la inscripción de comerciantes y sociedades que, sin embargo, no producían efectos jurídicos en las relaciones entre particulares, pues seguía el modelo del gremio medieval. Esta legislación estuvo vigente en nuestro país, incluso después de la independencia, hasta la aprobación del Código de Comercio de 1853, el mismo que fue tomado casi literalmente del Código Español de 1829⁸⁰⁶.

El Perú estableció por mandato constitucional, y desde el inicio de la República, la libertad de comercio e industria, así como la libre enajenación de los bienes, específicamente de la tierra; pero no fue fácil su implementación. Los gremios subsistieron hasta pasado la mitad del siglo XIX, y la jurisdicción de los comerciantes (Tribunal del Consulado) recién fue abrogada por una ley de 1877. Así, el art. 23 de la Constitución de 1860 estableció que podía ejercerse libremente todo oficio, industria o profesión que no se opusiera a la moral, salud o seguridad pública. A partir de este momento, con mayor conciencia liberal, los gremios comenzaron su declive, pues era claro que ya no se necesita un título o inscripción en el gremio respectivo para ejercer un trabajo o para instalar talleres. Antes, una tardía ley de 24.12.1849 todavía autorizaba la implementación de gremios⁸⁰⁷, pero eso no duraría

806 "Las listas de mercaderes que llevaban los gremios de la Edad Media, constituyen el origen histórico del Registro Mercantil. En el Perú, la Ordenanza del Real Tribunal del Consulado de Lima, aprobada en Madrid el 30 de marzo de 1627, habla de la Matrícula para Comerciantes. El mismo Tribunal, en vista de que muchos comerciantes no habían cumplido con matricularse, dictó severas normas para obligarlos a ello; una de ellas está contenido en el Bando de 10 de octubre de 1778, que sanciona a 'los españoles, negros, zambos y mulatos que vendan ropa o géneros de Castilla, pública ni secretamente, sin obtener antes la boleta (de inscripción) del Tribunal, con pérdida de la mercadería y hasta destierro por cuatro años en el Presidio de Valdivia'. El real decreto de 14 de junio de 1806 dispuso que en el mismo Tribunal del Consulado se tomará razón de 'todos los negocios mercantiles'; dicho decreto constituía una ampliación de la Matrícula de Comerciantes y, en lo esencial, configuraba el Registro Mercantil tal como se le conoce actualmente. El 12 de mayo de 1851, el Gobierno ordena se cumpla el referido real decreto": De Noriega, R. (1971), pp. 7-8. Vale acotar que el autor de dicho libro fue Director del Registro por muchos años, y recordado como uno de los mejores y más eruditos.

807 Basadre, J. (2005), T. III, p. 294.

mucho tiempo, pues la Constitución de 1860 le daría la estocada final. El fin de los gremios coincide con el nacimiento de las Cámaras de Comercio, de orden fundamentalmente privado, de defensa del comercio y producción en general, y disociado de las funciones administrativas o judiciales, de las que en algún momento había contado. Sin embargo, la ley comercial les ha concedido la potestad de llevar el registro de protestos y moras, de importancia para la actividad crediticia, así como el nombramiento de árbitros en caso de discrepancia. La Cámara de Lima se fundó en 1888 y sigue en operaciones⁸⁰⁸.

Por su parte, la necesidad de dotar de crédito a las iniciativas empresariales hace que surjan las primeras entidades financieras luego de la mitad del siglo diecinueve; y los Bancos Hipotecarios recién tendrán una ley en 1889. Un año antes, y eso no es casualidad, se instaura el Registro de la Propiedad Inmueble mediante una Ley de enero de 1888, cuyo considerando escueto dice: “que es necesario dar seguridades a los que contratan sobre las propiedades inmuebles”.

Dentro de este contexto liberal, nuestro primer Código Mercantil (de 1853) crea el Registro Público y General de Comercio (art. 18), el cual debería establecerse en toda capital de provincia, y que a diferencia de la legislación precedente, permitía la inscripción no sólo de la matrícula de comerciantes, sino además de otros documentos (cartas dotales, capitulaciones matrimoniales y poderes), siguiendo así la tendencia privatística propia de una legislación liberal. Este Registro estaría a cargo de los propios comerciantes a través del Secretario del Tribunal del Consulado (artículo 19), hasta que este fue abrogado, por lo que pasó a cargo de un escribano. Sin embargo, su implementación fue muy lenta y nunca llegó a cristalizarse en todas las provincias⁸⁰⁹. Por lo demás, muy pronto el desarrollo del comercio y la

808 Carbonell, E. (2011), p. 144.

809 “(15 de mayo de 1853) entra en vigencia el primer Código de Comercio que tuvo el Perú, cuyos arts. 18 al 21 legislaban sobre el Registro Público de Comercio, siempre a cargo del Tribunal del Consulado. Por Ley de 24 de octubre de 1876 desapareció el fuero privativo de comerciantes; por tal motivo, el D.S. de 14 de enero de 1890 dispuso que el Registro fuera llevado por ‘notarios de comercio’. Al parecer en muchos casos, las normas sobre el registro anterior al Código de Comercio actual, no fueron cumplidas; prueba de ello es que el 11 de marzo de 1876 el Ministerio de Hacienda oficiaba a un un funcionario del

industria, aunado a las lagunas del Código de 1853, obligó a la reforma de nuestra legislación mercantil, la misma que concluyó con la promulgación del Código de Comercio de 1902, que aún sigue vigente en forma parcial, y que también representó una transcripción en gran porcentaje del Código Español de 1885⁸¹⁰.

1.3. El actual registro

El Código de Comercio de 1902 creó el Registro Mercantil, compuesto de tres libros: comerciantes individuales, sociedades y buques. Este último se establecería, en principio, sólo en el Callao, Iquitos y Puno, inscribiéndose en cada uno de ellos las embarcaciones marítimas, fluviales y lacustres, respectivamente. A partir de la vigencia de este Código, el Registro Público pasó a denominarse: "Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil". Con la puesta en vigor del Código Civil de 1936, y en virtud al artículo 1036 de este cuerpo legal, el Registro de Buques se independizó del Registro Mercantil, el que a partir de esa fecha contaría con solo dos libros: comerciantes y sociedades. Luego, el Decreto Ley 21621, sobre Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, estableció implícitamente un nuevo libro en el Registro, con lo cual se daba respuesta a la sentida necesidad de dotar a una forma empresarial unipersonal que tuviese la ventaja de la limitación de responsabilidad para efectos de la realización de actividades económicas.

La Ley 26366 publicada el 16.10.1994, creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos, "con la finalidad de mantener y preservar la unidad y

Tribunal del Consulado ordenándole 'la organización' del Registro, y que en el ya citado decreto de 1890, también se habla de organización; sin embargo, en el Archivo Nacional se encuentran algunos libros de matrículas de comerciantes": De Noriega, R. (1971), p. 8.

810 "La segunda disposición transitoria del primer reglamento que se dictó a raíz de la promulgación del Código de Comercio (D.S. de 19 de abril de 1902) ordenó que los escribanos y notarios de comercio entregaran a los registros mercantiles los libros del antiguo registro público de comercio; dicha disposición no fue cumplida; pues en el archivo del registro no se encuentran los referidos libros. Por lo demás, no se dictaron normas que correlacionaran uno y otro registro. El creado en el Código de Comercio, de facto, fue considerado como institución enteramente nueva; prueba de ello es que muchas sociedades preexistentes al Código de Comercio que nos rige se inscribieron en el Registro Mercantil, sin hacer mención a alguna inscripción en el anterior Registro Público de Comercio. El Registro de Comercio que implantó Chile, durante la ocupación, es el origen del Registro Mercantil de Tacna": Ibidem.

coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran” (art. 1). Asimismo, señala que el Sistema Nacional se encuentra conformado por los siguientes Registros: Personas Naturales, Personas Jurídicas, Propiedad Inmueble y Bienes Muebles. El Registro Mercantil, contenido por sus antiguos libros de sociedades y empresas individuales de responsabilidad limitada, quedó así incluido en el de Registro de Personas Jurídicas (art. 2 inc. b). Por su parte, el libro de comerciantes individuales, que formaba parte del Registro Mercantil, pasó a integrarse en el Registro de Personas Naturales. Posteriormente, se aprobó la Ley General de Sociedades, en vigencia desde el 01 de enero de 1998, que hizo necesario emprender el trabajo de modernización de las normas reglamentarias en la materia. Así, mediante Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN se aprobó el Reglamento del Registro de Sociedades (RRS), que se encuentra dividido en cuatro títulos precedido por un título preliminar. El primero se dedica a las reglas generales de constitución social, el segundo regula la sociedad anónima, el tercero versa sobre las otras formas societarias, y el cuarto trata de normas complementarias. En total, el Reglamento cuenta con 6 normas conformantes del título preliminar, 169 artículos, 4 disposiciones transitorias y 4 disposiciones finales. Como puede apreciarse fácilmente, el Reglamento mantiene exactamente la misma sistemática que la Ley General de Sociedades; y derogó el antiguo Reglamento del Registro Mercantil (RRM) aprobado por Acuerdo de la Corte Suprema de 27 de mayo de 1969, excepto en la parte referente a comerciantes individuales, que sigue en vigor.

2. ALCANCES BÁSICOS

2.1. Función

El término “Registro” se emplea, por lo menos, en tres acepciones: primera, como conjunto de libros en los cuales se inscriben los actos; segunda, como institución pública encargada de llevar dichos libros; tercera, como institución jurídica que otorga publicidad a determinados hechos y

actos de relevancia jurídica. Según Garrigues⁸¹¹, el Registro Mercantil es el “instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro. El Registro Mercantil es, pues, un instrumento de publicidad para la vida mercantil”. En el mismo orden de ideas se señala que el Registro Mercantil es “el instrumento de publicidad de los empresarios individuales y sociales”⁸¹².

Debe anotarse que el originario Registro Mercantil abarcó la publicidad de personas y bienes propios de la actividad mercantil, como era el caso de los comerciantes individuales, sociedades y buques (art. 16 CCom). En la actualidad, el Registro de Sociedades tiene carácter exclusivamente personal, en cuanto se inscriben hechos relativos a un sujeto (la sociedad). Por tal motivo, podemos decir que este Registro tiene como función la publicidad legal de algunos hechos o actos propios de la vida de la sociedad, y cuya finalidad es permitir que se conozca, con rapidez y certidumbre, los datos referentes a tales, su actividad, reglas, modificaciones, y ciertos aspectos del tráfico que realizan⁸¹³.

Históricamente, el Registro Mercantil surge frente a la inseguridad que provoca el uso de un nombre comercial distinto al civil, y ante la insuficiencia informativa que genera la utilización de razones sociales por parte de las personas que integran la sociedad⁸¹⁴. De esta manera, originalmente, el Registro se limitó a brindar información respecto de los comerciantes y las sociedades, así como de las marcas utilizadas en el ejercicio del comercio⁸¹⁵. Por tal situación, la doctrina dice que este Registro nace para delimitar el sujeto a quien se le anuda la responsabilidad patrimonial por las relaciones jurídicas que entabla dentro del tráfico; con lo que permite que los terceros conozcan si la responsabilidad derivada del acto celebrado se imputa a un comerciante individual, a su cónyuge, dependiendo del régimen matrimonial, a un colectivo de personas o a una persona moral separada de los

811 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 69.

812 Pau, A. (1995), p. 19.

813 Uría, R. (1992), p. 81.

814 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 60.

815 Pau, A. (1995), p. 186.

socios. Es innegable, pues, el nexo existente entre los fenómenos de autonomía o separación patrimonial –vínculo de destinación con relieve o efecto real- y la exigencia de un apropiado régimen publicitario⁸¹⁶.

Por tanto, la doctrina germánica dice que es un registro de responsabilidad (*haftungsregister*), en el que, por ejemplo, se inscriben los hechos y actos de significación para la responsabilidad del empresario⁸¹⁷, esto es, las relaciones de las que se deriva su responsabilidad patrimonial. En este Registro se pretende individualizar al sujeto que es centro de imputabilidad y responsabilidad, y en definitiva que cuenta con capacidad jurídica; por lo cual se inscriben los hechos que sirven para deslindar claramente al sujeto que se encuentra detrás de la actividad de tráfico, y al que le serán imputables las consecuencias de ello. Así, el nombre y la razón social tienen acceso al registro por cuanto la responsabilidad va unida al nombre; igual ocurre con los apoderamientos, porque el representado responde de los actos del representante; y también pasa lo propio con el capital y modificaciones, ya que el capital es el tope de responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores, pues siempre debe mantener ese superávit frente a los pasivos sociales⁸¹⁸.

Puede señalarse, entonces, que la publicidad registral-mercantil, básicamente, “versa sobre tres cuestiones: régimen de responsabilidad, identificación del empresario y su representación”⁸¹⁹. En similar línea se encuentra Casado, para quien este Registro, “en lo estático se trata siempre de la identificación y determinación de ámbitos de responsabilidad de carácter mercantil o asimilado que operan en el tráfico jurídico y, en lo dinámico,

816 Ibba, C. (2006), p. 187.

817 “Del hecho de que la responsabilidad sea el núcleo, e incluso la razón de ser del Registro Mercantil, derivan dos consecuencias inmediatas: Primera.- Que cuando esa responsabilidad no se altera, no se aparta del régimen general del art. 1911 CC, la inscripción registral del sujeto no tiene carácter constitutivo. (...) Segunda.- Que la inscripción del empresario individual sea potestativa, porque de sus deudas mercantiles responde con arreglo al art. 1911 CC (responde con todos sus bienes)”: Pau, A. (1995), p. 186.

818 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 65.

819 Pau, A. (1995), p. 186.

de las distintas vicisitudes que les afectan y cuya publicidad, en uno y otro caso, el legislador ha estimado de especial relevancia respecto a terceros”⁸²⁰.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la postura doctrinal que considera que el registro mercantil tiene como finalidad la individualización del sujeto responsable en sus relaciones de tráfico, no puede considerarse un dogma absoluto, pues no podemos cerrar los ojos ante la realidad normativa, esto es, ante la heterógena lista de hechos susceptibles de inscripción, ni los distintos intereses en juego que subyacen en la decisión del legislador. En efecto, los ordenamientos jurídicos contienen una lista de hechos o actos inscribibles disímiles, lo que hace complicado encontrar un criterio único o un hilo conductor. Por eso, algún sector especialmente calificado de la doctrina se ha mostrado desesperanzado de encontrar un fundamento para este registro⁸²¹. En nuestra opinión, sobre el punto, es más matizada, pues si bien el registro es uno, efectivamente, de responsabilidad, sin embargo, ello no siempre se presenta de manera tan clara, en cuanto el legislador, muchas veces, no sigue este criterio. En tal sentido, se nota que esta institución evoluciona en la misma línea que la economía y el mundo de los negocios, que en la actualidad reclama una mayor transparencia en la información de los sujetos que participan activamente en las relaciones de tráfico. Por ello se ha dicho con razón que la función del Registro es crear un instrumento de información del mercado, dirigido a poner a disposición de todos los interesados noticias sobre las principales vicisitudes de cualquier sujeto que ejerce actividad de empresa, a fin de favorecer la certeza en las contrataciones y la seguridad del tráfico jurídico”⁸²².

El nuevo rol del registro se nota ya claramente en las legislaciones europeas, armonizadas en virtud de la normativa comunitaria, por la cual se exige el depósito de las cuentas sociales, esto es, de los estados financieros, siendo evidente que este acto no se encuentra sujeto a las reglas de la oponibilidad-inoponibilidad, ya que no incide directamente en las relaciones jurídicas con los terceros; sin embargo, cumple un importante papel de in-

820 Casado, P. (2000), p. 1057.

821 Por ejemplo, así opina nada menos que el gran profesor italiano Pavone, A. (1954). p. 474.

822 Ibba, C. (2006), p. 163.

formación de la situación patrimonial de un sujeto dirigida hacia el mercado. Siempre que no se produzca el recargo de la hoja del registro, hasta el extremo de dar entrada a cualquier noticia con semejanza a una gaceta o revista, parece razonable que el registro atienda lo que el mercado exige para su mejor funcionamiento, siempre actuando con prudencia y mesura, para lo cual la doctrina tiene una importante función de guía. Por tanto, el legislador solo deberá permitir el ingreso de hechos de trascendencia al público en general, de certeza indubitada, a instancia de un interés legítimo⁸²³, y que sean datos necesarios para una más rápida y eficiente contratación. En suma, este Registro tiene como finalidad “llevar a conocimiento de los terceros los elementos que tienen relieve en la contratación y también sobre el plano de la responsabilidad”⁸²⁴.

2.2. Sujetos inscribibles

El registro de sociedades tiene como hecho fundante el acto constitutivo de sociedad, o acuerdo de un grupo de personas que convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas, cuya causa es lucrativa, esto es, tiene como finalidad la obtención de utilidades que sean materia de reparto (arts. 1 y 39 LGS). Empero, este contrato tiene como objetivo adicional el nacimiento de una persona jurídica, cuya subjetividad perfecta o plena se logra, precisamente, a través de la inscripción (art. 6 LGS). Este sujeto da lugar a la apertura de una hoja en el registro. También son sujetos inscribibles, las sucursales de sociedades nacionales o de sociedades extranjeras, y los actos de apoderamiento que otorguen las sociedades extranjeras, ya sea para ejercer actividad económica permanente (poder general) o para realizar un acto aislado (poder especial).

Las sociedades, en su condición de personas jurídicas, se rigen por el principio de tipicidad (art. 2, 1º párrafo LGS), lo que significa que solamente son sujetos inscribibles aquellas organizaciones sociales que están previstas en la ley: sociedad anónima (en cualquiera de sus modalidades), sociedad de responsabilidad limitada, sociedad colectiva, sociedad en comandita (ya sea simple o por acciones) y sociedad civil (ya sea ordinaria o de respon-

823 Fernández del Pozo, L. (1990), p. 214.

824 Ferri, G. (2006), p. 59.

sabilidad limitada). Ninguna otra fórmula societaria, distinta de las antes mencionadas, es sujeto inscribible. La idea subyacente es que la atribución de personalidad jurídica constituye un asunto que no solo es de interés para los socios, sino también para los terceros, por lo que se trata de una materia de orden público económico. En tal sentido, debe reconocerse la gran dificultad que se presentaría en el tráfico si las personas jurídicas pudiesen constituirse a través de figuras atípicas, en donde los terceros, y también los socios, se encontrarían en graves dificultades para determinar la capacidad, finalidad, régimen interno y la responsabilidad de ese nuevo sujeto de derecho, específicamente cuando la fecha de constitución está muy lejana en el tiempo, o los socios fundadores dejaron de serlo.

Por tal razón, y con miras a dotar de seguridad jurídica a las relaciones patrimoniales, el ordenamiento opta por un criterio cerrado respecto de los tipos de personas jurídicas y, en consecuencia, de los sujetos inscribibles, los cuales se someten a un procedimiento con especiales requisitos de forma y publicidad⁸²⁵. Así lo señala el art. 2, 1º párrafo LGS, que constituye el basamento (causa) para que la normativa registral adopte el mismo criterio de tipicidad con respecto de los sujetos inscribibles (consecuencia).

Debe tenerse en cuenta que la tipicidad se refiere exclusivamente a la personalidad jurídica que las sociedades desean obtener. Pero eso no implica que la inscripción sea un requisito de validez del contrato de sociedad⁸²⁶, ya que es posible la existencia de un colectivo con fines lucrativos que no

825 “La persona física prueba su existencia con su sola presencia. Ello, no obstante, se requiere su inscripción en el Registro; los datos de este “hacen fe”, sirven a efectos de identidad y como título de legitimación para el ejercicio de facultades y derechos. Mayores motivos impone la inscripción de las personas jurídicas, por cuanto requieren de una prueba legal de su misma existencia. Importa sobre todo a los terceros, pues a ellos les interesa no solo la publicidad de su nacimiento, sino también la de su estructura; en especial, saber de sus órganos o representantes. De aquí el valor “constitutivo” de la inscripción de las asociaciones y sociedades”: De Castro, F. (1991), pp. 280-281.

826 “La inscripción no puede afectar a la validez del negocio. Los vicios que pueden afectar a su validez son los que inciden en alguno de los elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa; y en algunos casos en la forma (aunque deben distinguirse los escasos supuestos en que la forma es ad solemnitatem de los muchos en que es vehículo necesario de acceso al Registro). La falta de inscripción constitutiva no hace inválido el negocio”: Pau, A. (2001), p. 905.

alcance la personería, por cuanto sus socios simplemente deciden no pasar por la formalidad o no inscribirse; a pesar de lo cual el contrato social es válido, por lo cual las relaciones entre los socios y con los terceros son vinculantes, pero con el agregado que los socios sufren la agravación de su responsabilidad (art. 424 LGS). La falta de forma o publicidad no invalida el contrato, ni los vínculos con terceros, e incluso se admite la sociedad de hecho, esto es, la que se deduce del comportamiento de las partes al actuar de manera común en el ejercicio de una actividad económica⁸²⁷; por ende,

827 Por tanto, una copropiedad (o comunidad de bienes) puede servir como base objetiva para organizar una sociedad, y eso ocurrirá cuando los condóminos actúen en forma común a través de una organización que busque la obtención de lucro (art. 423, 1º párrafo LGS), por lo que en esa hipótesis serán aplicables las normas de la LGS, y no las de copropiedad. No es óbice para ello el art. 2, 2º párrafo LGS por cuanto la copropiedad se regula por el Código Civil cuando se actúa como tal, esto es, en forma estática para el solo disfrute de los bienes, y no cuando los condóminos se comportan en forma dinámica para la explotación de una empresa, en cuyo caso estamos ante una sociedad, aunque sea de hecho (art. 423). Por ejemplo: el causante de una herencia era dueño de un cine que lo explotaba como comerciante individual, luego muere y sus herederos deciden continuar el ejercicio en común de la actividad económica mediante la explotación del cine. Allí, la copropiedad es solamente el elemento patrimonial común sobre el cual se ha montado una sociedad de hecho. Por supuesto que nuestra postura se sustenta en la mejor doctrina: “el objeto de la sociedad es el ejercicio de una actividad económica con fin especulativo, mientras objeto de la copropiedad, incluso cuando tiene origen contractual, es solamente el goce de los bienes según su destino económico (...) Si por efecto de una sucesión hereditaria o por adquisición hecha en común, un establecimiento mercantil viene a tener varios titulares, y los coherederos o los coadquirentes o se limitan a su goce, sino ejercitan en común la actividad empresarial; por ello mismo surge de la copropiedad incidental una sociedad, en cuanto la continuación en común de una actividad especulativa que sale del campo del simple goce de los bienes y presupone necesariamente un acuerdo entre los coherederos o entre los coadquirentes. Por efecto del ejercicio de la actividad especulativa en común se modifica la relación entre los coherederos o los coadquirentes, y la comunión incidental se sustituye, incluso tácitamente, a sociedad. El goce de los bienes puede actuarse en común más allá de cualquier vínculo negocial, pero no el ejercicio de una empresa, ésta no puede actuarse en común sin un acuerdo expreso o tácito”: Ferri, G. (2006), pp. 192-193. En el mismo sentido: “Lo que caracteriza la concepción capitalista de la riqueza, con respecto a la concepción precapitalista, es precisamente esto: la riqueza no se concibe como objeto de goce inmediato, sino que se concibe como instrumento para crear nueva riqueza. El régimen de la copropiedad es inadecuado frente a estas exigencias, ya que el instrumento que multiplica la riqueza, o sea la empresa, sería un instrumento muy frágil si los bienes utilizados para el funcionamiento de la empresa -los denominados factores reales de producción- pudieran permanecer en copropiedad. Cada uno de los comuneros podría, en cualquier momento, pedir su división; y el acreedor particular del propietario particular podría embargarlos, y así la suerte de la empresa colectiva resultaría extre-

la tipicidad, que se exige para adquirir la personería jurídica, no tiene relación con la validez del contrato. Por tal razón, y siendo válido el negocio, se reconoce que la sociedad no-inscrita puede actuar en el tráfico, adquirir bienes, obligarse y celebrar contratos⁸²⁸. Esta postura permisiva está rela-

madamente precaria (...), lo que demuestra que del régimen de la copropiedad queda excluido todo criterio de productividad, dirigido a la multiplicación de la riqueza; dicho régimen, muy por el contrario, es uno que satisface las exigencias de conservación de la riqueza": Galgano, F. (1999), T. II, pp. 37-38.

828 "1. El usuario solicita la inscripción de la transferencia celebrada por García Calderón, Vidal Montero & Asociados Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada (antes: Estudio García Calderón, Gherzi, Cateriano) a favor de Luis Alberto Arauzo Agüero, mediante acta de fecha 15 de diciembre de 2008 otorgada ante el Notario de Lima Alfredo Zambrano Rodríguez, respecto del vehículo de placa de rodaje No. FO-7457. Asimismo se pide la sucesiva transferencia celebrada por Luis Alberto Arauzo Agüero y cónyuge a favor de Leonidas Jaime Gil Huamaní mediante acta de fecha 15 de diciembre de 2008 otorgada ante el Notario de Lima Alfredo Zambrano Rodríguez, respecto del mismo vehículo. 2. El Registrador Público denegó la inscripción señalando que no existe coincidencia entre el vendedor García Calderón, Vidal Montero & Asociados Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada con relación al titular registral Estudio García Calderón Gherzi Cateriano. El apelante manifiesta que el propietario fue una sociedad de hecho que luego se formalizó, pero que al momento de la adquisición era irregular. Por tanto, la cuestión en debate se centra en dilucidar si una sociedad irregular puede adquirir y disponer bienes. 3. En términos generales, puede decirse que el substrato material de la persona jurídica se compone de los siguientes elementos: pluralidad de personas, bienes y finalidad del colectivo. Por tanto, la esencia de una persona jurídica se halla en el grupo de personas unidas por un fin común (la llamada "*affectio societatis*"). Para simplificar la actuación unitaria de este grupo, el Derecho ha creado mecanismos estrictamente formales, demostrativos *per se*, de la existencia de una persona jurídica: el acto constitutivo, el estatuto y la inscripción en el Registro. Téngase en cuenta que este último elemento formal tiene un significado importante, dada la falta de corporeidad física de la persona jurídica. En la vida jurídica normal, los elementos formales tienen decisiva eficacia *prima facie*, ya que basta la presencia de estos elementos a fin de presumir la validez. En efecto, si la persona física prueba su existencia con su sola presencia, ello no ocurre con las personas jurídicas, que requieren otro tipo de publicidad especialmente cualificada: la inscripción en el Registro. En este sentido, los datos inscritos sirven a efectos de identidad y como título de legitimación para el ejercicio de facultades y derechos, sirviendo como prueba legal de su propia existencia, especialmente útil para los terceros, pues a ellos les interesa no sólo la publicidad de su nacimiento, sino también la de su estructura, en especial, de sus órganos o representantes. De allí se deduce que normalmente la inscripción tenga valor constitutivo, lo cual significa que mientras no se produzca el dato de la inscripción la persona jurídica no nace. Así ocurre en el Derecho peruano (artículo 77 del Código Civil). 4. Sin embargo, desde hace buen tiempo la doctrina ha tomado nota de la existencia de grupos de personas que, a pesar de no contar con reconocimiento legal como personas jurídicas, sin embargo, actúan como unidad para el cumplimiento

de sus fines. Estamos en presencia de un colectivo que actúa como si constituyese una unidad, y esa situación ha llamado la atención de los distintos ordenamientos jurídicos. De esta manera ha nacido un conjunto de reglas para las corporaciones “de hecho”, a las que no se les puede tener como inexistentes, en tanto actúan en el tráfico como un sujeto autónomo que contrata, adquiere bienes y contrae obligaciones, aunque legalmente estén desprovistos de una subjetividad plena. El Derecho no prohíbe, ni impide, que la entidad “de hecho” opere regularmente y forme un centro autónomo de intereses, el cual puede adquirir bienes y formar un “fondo común”; figura ésta que pretende significar la existencia de un conjunto de bienes perteneciente a la persona no-reconocida, y como tal, intangible para los asociados y para los acreedores personales de éstos. Por ejemplo, el Código Civil Peruano ha contemplado una regulación específica de la asociación, la fundación y el comité no-inscrito. 5. El artículo 125 del Código Civil referido a las asociaciones no-inscritas, considera que éstas pueden tener un “fondo común” constituido por los aportes o cuotas de los asociados, a los que se agregan los bienes adquiridos durante su vida social. El fondo común no puede ser materia de partición, en tanto se encuentra atribuido a la asociación. Tampoco los asociados pueden pedir el reembolso de sus aportes. Este fondo se imputa a la asociación en cuanto organización de personas, y a ella pertenece todo activo que se incorpore de una u otra manera, pese a no haberse constituido el centro unitario ideal que caracteriza formalmente a la persona jurídica. Ésta es la consecuencia de haber sido regulada como un sujeto de derecho que no llega a contar con personificación. El citado artículo 125 admite que la asociación no-inscrita puede adquirir bienes sin establecer excepciones, de lo cual se deduce que la referencia abarca a los muebles e inmuebles. En consecuencia, debe considerarse inscribible la adquisición o disposición de inmuebles que realice cualquiera de estas entidades no-inscritas. 6. La misma situación se produce en el ámbito de las sociedades de hecho o irregulares. La irregularidad originaria de una sociedad se presenta, fundamentalmente, en las siguientes hipótesis: a) Una situación de hecho (no existe o no se conoce el acuerdo) en que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad. Un ejemplo típico lo sería la asociación de varios profesionales para el ejercicio conjunto de su profesión, comunicándose las ganancias y los gastos, como ocurre con el presente caso. b) El acuerdo de dos o más personas que actúan de manera manifiesta en sociedad. c) La sociedad constituida en escritura pública, pero que no se inscribe voluntariamente en el Registro, o cuando éste rechaza la inscripción solicitada. 7. Por su parte, los efectos de la irregularidad originaria de una sociedad son los siguientes: a) No se constituye una persona jurídica (interpretación “a contrario” del artículo 6 LGS). Sin embargo, en el ámbito interno las relaciones entre los socios, y entre éstos y la sociedad, se rigen por el pacto social, de lo cual se deduce su validez. Inclusive, los terceros pueden utilizar el pacto social o sus modificaciones en todo cuanto les favorezca, lo cual ratifica dicha validez. En el ámbito externo, los contratos que celebre la sociedad irregular son válidos (artículo 428 LGS). Nótese la identidad de expresión con el artículo 24 del Código de Comercio, pues en ambos se habla que los pactos de las sociedades no-inscritas pueden ser utilizados por los terceros en cuanto les favorezca, lo cual implica que a pesar de existir un siglo de diferencia entre una y otra norma, sin embargo, la consecuencia jurídica que se produce ya se encuentra consolidada en nuestro ordenamiento. b) Los administradores y quienes se presentan actuando en nombre de la sociedad responden solidaria e ilimitadamente con su patri-

monio personal (artículo 424 LGS). c) Los socios fundadores también responden solidaria e ilimitadamente con su patrimonio personal (artículo 424 LGS). d) Los socios están obligados a realizar el aporte comprometido en el pacto social o en acto posterior (artículo 425 LGS). 8. En buena cuenta, se advierte que la sociedad “de hecho” no está impedida de actuar válidamente en el tráfico, solamente se agrava la situación de responsabilidad de los socios y administradores frente a los terceros. Por tanto, la sociedad “de hecho” se presenta como un imperfecto centro unitario de imputación de situaciones jurídicas, teniendo capacidad para demandar o ser demandado, contratar, adquirir derechos y obligarse (reiteramos, de manera imperfecta). Los terceros pueden considerar a la sociedad “de hecho” como un sujeto colectivo si así les conviniese (por ejemplo: si el tercero desea demandar) o pueden negarle esa condición (por ejemplo: invocando la responsabilidad solidaria de los socios). En este sentido, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ dice que la falta de personalidad jurídica actúa fundamentalmente en la inoponibilidad del pacto social frente a terceros en cuanto les perjudique. 9. El artículo 430 LGS señala que los acreedores particulares de los socios y los acreedores de la sociedad concurren en el patrimonio social, lo cual demuestra claramente que no existe autonomía patrimonial en la sociedad irregular, sin embargo no pude negarse que existe una relativa subjetividad del grupo de personas, y por lo cual la sociedad irregular es un “ser”, algo existente y actuante en el tráfico, descartando así la idea de su inexistencia o “no-ser”, aunque deba reconocerse que la subjetividad es tenue y, en todo caso, sólo opera a beneficio del tercer contratante, por lo cual no existe separación patrimonial entre los bienes de la sociedad y los bienes del socio. 10. De ello, debemos concluir que los actos de adquisición o disposición de la sociedad irregular pueden ser inscribibles, por cuanto los contratos que celebra son válidos a tenor del art. 428 LGS. En tales casos el registrador deberá exigir que se le exhiba los acuerdos de los socios a través de documentos fehacientes, sin importar si hay modificaciones o no, pues el tercero se prevale solamente de cuanto le favorece (art. 24 Código de Comercio), aunque también puede exhibirse las distintas modificaciones o actos de apoderamiento, siempre en el entendido que ello beneficia al tercero. Se trata, sin dudas, de un régimen más severo para los socios, y beneficioso para el tercero, lo que se justifica por cuanto aquellos han incumplido el deber legal de dotar de publicidad a sus pactos y acuerdos. 11. El adquirente que deriva su derecho de una sociedad irregular es un tercero, por lo que aplica a su favor la regla de protección de los terceros, de conformidad con el art. 428 de la ley de sociedades y art. 24 del Código de Comercio, por lo que el comprador puede invoca en su beneficio los pactos y acuerdos de los que tengan conocimiento y puedan ser probados. En el presente caso se exhibe copia certificada del Libro de Actas de la Junta de Socios de la Sociedad de Hecho Estudio García Calderón, Ghersi y Cateriano legalizado ante Notario Eduardo Laos de Lama con fecha 09 de octubre de 1997, y que es precisamente el titular inscrito del vehículo, en el cual consta la junta de 19 de noviembre de 2003, que otorga poder a Gonzalo García Calderón Moreyra para la venta del bien materia del presente título, en representación de la sociedad de hecho. Por su parte, y en la hipótesis de que hubiese revocación o modificación de la mencionada acta, ello no afecta al tercer contratante quien solo se beneficia de los pactos invocados, y los otros que están ocultos resultan inoponibles. 12. El citado título constituye documento suficiente para acreditar la representación que otorga la sociedad irregular, pues el acuerdo se documenta en su propio libro de actas;

cionada con el nuevo rumbo que toma el Derecho, alejado de las formas y protector de las situaciones existenciales y de la buena fe. Esto es tan cierto que la doctrina ha comenzado a sostener que la relativa subjetivación de la que goza la sociedad irregular tiene su principal fundamento en el derecho de asociación reconocido en la Constitución, y donde la asociación es el género del cual la sociedad es una especie; por tal motivo esta sociedad existe, puede actuar como tal, y se le atribuye un patrimonio⁸²⁹.

Por otro lado, el principio de tipicidad en los moldes de personería, tampoco invalida los contratos que no cumplen los elementos caracterizadores del negocio de sociedad, y que están previstos en los arts. 1 y 39 LGS. En efecto, el contrato de sociedad, para mantenerse dentro del tipo legal, necesita los siguientes elementos configuradores: a) acuerdo de dos o más partes (asociación voluntaria), b) aporte de bienes o servicios, c) realización en común de actividades económicas frente a terceros (fin común), d) causa de lucro, esto es, búsqueda de utilidades susceptibles de reparto. Un negocio con estas características es un contrato de sociedad, aunque no se formalice en escritura pública ni se inscriba (art. 423, 1º párrafo LGS), y se rige por la LGS.

Por el contrario, un negocio que no tenga todas estas características no será considerado un contrato de sociedad típico, pero sí será válido, siem-

además de contar con la certificación notarial correspondiente, y con el agregado de haberse realizado en período fuera de sospecha. 13. En líneas generales, en los casos de adquisición de sociedades irregulares, o, de hecho, la calificación del registrador se realizará en base a los estatutos o pactos de la sociedad documentados en títulos inscribibles, y sus acuerdos así adoptados serán vinculantes para ellos, sin que puedan entenderse modificados o revocados por actos que los terceros no conocen. 14. El otorgante Gonzalo Félix García Calderón Moreyra manifiesta en el acta de transferencia vehicular que actúa por el antiguo Estudio García Calderón Gherzi Cateriano, lo que se ratifica con el acta certificada de la junta general de socios en la que dicho Estudio le otorga facultades al Señor García Calderón. En consecuencia, se encuentra acreditado que el disponente declaró actuar por poder, según exige el art. 162 del Código Civil, y además que dicha representación existe y estaba vigente, razón por la cual se comprueba que el transferente en el instrumento notarial Estudio García Calderón Gherzi Cateriano, es el mismo sujeto de derecho que el titular inscrito, por lo que se entiende cumplido el requisito de tracto sucesivo exigido por el art. 2015 del Código Civil" (Resolución N° 704-2009-SUNARP-TR-L, de 22.05.2009).

829 Tapia Hermida, A. (1996), pp. 149-150.

pre que respete el sistema normativo-base de legalidad, orden público y buenas costumbres, e incluso será un negocio que puede tener elementos en común con la sociedad, por lo cual se le aplicarán sus reglas en vía analógica. Es el caso, por ejemplo, de una sociedad eventual de dos personas para comprar un billete de lotería, en el que falta el ejercicio en común de una actividad económica; o la sociedad para ahorro de gastos, como ocurre cuando se compra una maquinaria por la que ambas partes tienen derecho de uso, y en el que falta la obtención de utilidades distribuibles, aunque esta hipótesis está más cercana a la simple copropiedad; o el de una sociedad meramente interna de dos profesionales que comparten la oficina; o una sociedad de solo comunicación de ganancias, en la cual dos personas regentan un negocio en forma independiente (no hay "ejercicio en común"), pero las utilidades netas de uno van hacia el otro, y así recíprocamente.

En todos estos ejemplos se encuentran los contratos atípicos de sociedad, en cuanto tienen algunos elementos en común con la sociedad, pero no todos. Esta atipicidad no niega su validez como negocios respetuosos de la legalidad y la moral, por lo que se encuentran amparados en el principio de autonomía privada (art. 1353 CC), sin embargo, no podrán obtener la personería jurídica por estar fuera de la tipicidad de los moldes de personería que señala el art. 2, 1º párrafo, LGS.

En buena cuenta, una sociedad que quiera convertirse en persona jurídica y, por tanto, en sujeto inscrito, necesita los siguientes requisitos:

- a) Sustantivos: celebrar un negocio con los elementos caracterizadores de los arts. 1 y 39 LGS, y adoptar alguna de las modalidades típicas de sociedad que reconoce la ley (art. 2, 1º párrafo LGS).
- b) Formales: cumplir el procedimiento que conlleva la forma y la publicidad del negocio (arts. 5 y 6 LGS)⁸³⁰.

830 La doctrina expansiva de origen germánico propugna que la inscripción en el registro no tenga el efecto mágico de establecer el nacimiento de la personalidad jurídica, y que en realidad, este se deriva de la simple existencia de una sociedad externa, esto es, la personalidad mínima o general se adquiere cuando se celebra un negocio que tiene como finalidad crear una organización destinada para actuar en el tráfico a través del ejercicio de una actividad económica; esa circunstancia causal o programada por las partes es la que otorga la personería. Así puede citarse: "La atribución del grado de personalidad

La sociedad es el contrato celebrado entre de dos o más personas que se caracterizan por dedicarse en forma permanente a una actividad económica profesional, organizada, destinada a la producción de bienes o prestación de servicios dirigidos al mercado, con fines de lucro⁸³¹.

2.3. Actos inscribibles

El registro de sociedades publica el historial jurídico de las personas jurídicas lucrativas, tanto desde el acto constitutivo, sus modificaciones, el régimen y nombramiento de los administradores y apoderados, hasta llegar a la disolución, liquidación y extinción. Por tanto, el presupuesto de la inscripción será el empresario social, mientras su objeto queda constituido por los hechos, relaciones y situaciones jurídicas de interés para el tráfico mercantil. El listado de actos inscribibles se encuentra previsto en el art. 21 del CCom, concordante con la relación más actualizada del art. 3 RRS.

2.3.1. Clasificación

Es fácil advertir el importante número de actos inscribibles en este registro, por lo que se hace necesario clasificarlos o agruparlos por ciertos actos con fines de simplificación.

a) Acto de constitución

La inscripción inicial es el acto constitutivo de la sociedad, debidamente documentado en escritura pública (art. 21-5 CCom, art. 3-a RRS). Esta inscripción da lugar a la apertura de la hoja en el registro (art. 20 CCom), y

correspondiente a todas las sociedades de personas, incluida la comanditaria simple, no es efecto de la observancia de una determinada forma. Por el contrario, aquélla es el resultado de la eficacia organizativa del contrato al programar una sociedad externa. Siendo la configuración negociada de las partes, y no la publicidad, ni siquiera la de hecho, la fuente de la personificación de la sociedad, la determinación de la concurrencia, más que de la existencia de tal dato es una simple cuestión de interpretación del contrato de sociedad": De Eizaguirre, J. (2002), T. I, p. 136

831 La empresa exige lo siguiente: i) actividad económica, esto es, dirigida a producir o intercambiar bienes y prestar servicios; ii) ejercicio profesional o habitual; iii) organización, lo que implica la conjunción de recursos humanos o materiales dirigidos a la actividad económica; iv) destinado al mercado, lo cual exige relaciones con terceros, aun cuando el comprador de los bienes o receptor del servicio sea una sola persona, excluye el consumo personal; v) fin de lucro, salvo empresas de interés social o públicas: Auletta, G. & Salanitro, N. (2012), pp. 5-6.

antes de ella, no es posible que se extiendan inscripciones sucesivas (art. 18 CCom).

En caso de fundación sucesiva (o por oferta a terceros) de la sociedad, admitida solo en la anónima, el registro da entrada a este complejo procedimiento, incluso antes de la formalización del acto constitutivo. Por tal razón, el programa de constitución firmado por todos los fundadores es objeto de depósito en el registro⁸³² (art. 58 LGS), el cual se mantiene vigente durante todo el proceso hasta que culmine con la extinción (arts. 68 y 69 LGS) o con la inscripción de la escritura de constitución, con sujeción al acuerdo adoptado en la asamblea de suscriptores (art. 66 LGS).

El principio por el cual no es posible inscribir acto alguno, sin que previamente acceda al registro la constitución, tiene una excepción: el art. 164 RRS, que permite abrir una partida especial en mérito del acuerdo de disolución, liquidación y extinción de una sociedad irregular no inscrita.

b) Organización

Todas las modificaciones del contrato social o del estatuto son inscribibles (art. 21-5 CCom, art. 3-a RRS), lo que incluye la transformación, fusión o escisión (art. 3-g RRS), la actuación en lugares distintos al domicilio, lo que alude a la apertura de sucursales en el país o en el extranjero (art. 3-k RRS); la etapa final de actuación de la sociedad en el tráfico a través de los actos de disolución, liquidación y extinción (art. 3-h RRS), así como la declaración de concurso, el plan de reestructuración, el convenio de liquidación, el acuerdo global de refinanciación, la resolución que declara la conclusión del procedimiento y el auto judicial de quiebra, ya sea en el procedimiento ordinario o en el preventivo (arts. 21 y 22 Ley 27809, General del Sistema Concursal).

Según un sector, se inscribe todo acto que modifica el primer asiento, incluyendo la ampliación de operaciones en otros territorios, la modificación estructural de la organización y la etapa final de actuación de la socie-

832 La norma legal habla de "depósito", pero en realidad se trata de una inscripción, pues se abre una hoja provisional que necesita la extensión de un asiento, por lo que no se trata de solo un archivo.

dad, ya sea que se haga en forma voluntaria (disolución y liquidación) o en forma controlada (procedimientos concursales)⁸³³. Si bien es cierto que la organización y funcionamiento de la sociedad es un asunto de orden interno de importancia fundamental para los socios, sin embargo, los terceros también tienen interés en él; por ejemplo, el lugar de domicilio de la sociedad sirve para efectos de una demanda; el nombre social exacto permite ejercer un derecho; la existencia de sucursales; el régimen de los órganos de administración y sus facultades son de interés general; el régimen de transmisión de las acciones permite que un tercero inversionista pueda adquirirlas, por lo que, en general, la organización se expone al público para permitir la circulación jurídica de la condición de socio.

c) Capital

El capital inicial, así como el aumento y la reducción, son inscribibles⁸³⁴. El capital social se representa como una cifra que necesariamente se consigna en la escritura fundacional, y constituye la suma de aportes que realizan los socios con carácter de indisponible. El capital tiene una importante función de orden interno, pues delimita los derechos y obligaciones de los socios; asimismo sirve como mecanismo de cómputo para alcanzar las mayorías; por otro lado, el capital cumple una función de orden externo, cuál es, proclamar a la generalidad (los terceros) la promesa que realiza la sociedad respecto a que ésta mantendrá un activo superior al pasivo, por lo menos en la cifra constitutiva del capital, con lo cual se logra una garantía indirecta a favor de los acreedores respecto de la solvencia patrimonial de la sociedad; en caso de incumplimiento de la promesa, entonces los administradores responden en forma individual y solidaria por las deudas socia-

833 "en una síntesis valiente y arriesgada, me atrevería a decir que todos los hechos posteriores a la inmatriculación de un sujeto en el Registro Mercantil no son sino variaciones de las circunstancias reflejadas en la primera inscripción o ampliaciones de su capacidad operativa en lo personal –apoderados, en lo territorial –sucursales-, o en lo económico": Casado, P. (2000), p. 39.

834 El artículo 21º-10 CCom hace referencia a la emisión de acciones, lo cual debe entenderse en el sentido que el aumento de capital (acto inscribible) da lugar a la emisión de nuevas acciones (consecuencia). En tal caso la ley, en forma antitécnica, ha mencionado la consecuencia, pero no la causa; sin embargo, en vía interpretativa debe entenderse que la causa es el acto inscribible. Así lo ratifica la LGS y el art. 3 RRS, incisos a y e.

les⁸³⁵. Recuérdese que el capital es una cifra de retención que impide -desde una perspectiva obligatoria- que los socios puedan disponer de ella, antes de haber pagado las obligaciones. Por la misma razón, no es inscribible “*el patrimonio de explotación*” o activo neto, pues no tiene función de garantía indirecta⁸³⁶, y en el mejor de los casos, sirve como información de referencia.

Aquí puede plantearse la cuestión referida a la posibilidad de inscribir las acciones en cartera (art. 98 LGS) y los acuerdos para ejecutar un aumento de capital o para convenirlo en el plazo de cinco años, y que son objeto de delegación al directorio (art. 206 LGS)⁸³⁷. Si tenemos en cuenta que el aumento de capital no se agota con el simple acuerdo de la junta general, sino que constituye una operación compleja, cuya primera fase es de orden deliberativo; mientras que la segunda fase es de ejecución (derecho de suscripción preferente, suscripción efectiva del capital y escritura pública), entonces se concluye que ninguno de esos acuerdos resulta inscribible⁸³⁸, máxime cuando es pretensión del legislador evitar que se refleje en el registro aumentos sin ejecución, y que bien podrían servir para engañar a los terceros sobre la real cuantía del capital.

También genera dudas la necesidad de indicar el capital social en las sociedades de personas, específicamente en la colectiva, pues la ley no lo menciona; en cambio, en las sociedades en comandita y civiles sí se establece la necesidad de formar un capital social (arts. 281-1 y 297 LGS). Sobre el particular, se ha dicho que las colectivas podrían no tener capital, por cuanto lo importante es el aporte del esfuerzo personal de los socios, e incluso cabe que la colectiva devuelva los aportes y reduzca su capital sin necesidad del procedimiento formal de reducción. Esta opinión no puede compartirse a la luz de nuestro ordenamiento positivo, en tanto el capital, aun cuando se trate de una sociedad con responsabilidad personal de los socios, siempre

835 Sobre el particular, véase el artículo de: Córdova, F. (2008).

836 Fernández del Pozo, L. (1990), p. 218.

837 Nótese que en estas hipótesis existe una especie de reparto de competencias entre la junta general y el órgano de administración: Sacristán, M. (2002) T. III, p. 2448.

838 Por tal motivo, es errónea la doctrina de una antigua resolución de la Comisión Facultativa de los Registros Públicos, de 22.02.1972, que permitió la inscripción de la autorización concedida por la junta de accionistas al directorio para que aumente el capital (“capital autorizado”)

constituye una cifra de explotación que permite dar viabilidad a la empresa. En efecto, una sociedad sin capital podría repartirse todas las utilidades del ejercicio, e incluso podría hacer lo propio con las utilidades actuales a pesar de existir pérdidas acumuladas mayores, con lo cual se infringe directamente el art. 40 LGS, aplicable a todas las sociedades; asimismo, se violan los principios contables de prudencia y de empresa en funcionamiento⁸³⁹. Una sociedad de ese tipo, en tal caso, se encontraría en todo momento al borde de la insolvencia, pues no habría las cautelas destinadas a la conservación del negocio. Por tanto, la sociedad colectiva, con solo aporte de servicios, no tendría acogida en nuestro sistema, lo que se advierte de la necesidad de capital en las otras sociedades de personas (arts. 281-1 y 297 LGS), y que hace deducir un principio general aplicable también a la colectiva⁸⁴⁰, concordante con el art. 89 RRS.

d) Representación

Los nombramientos, revocatorias, extinciones, sustituciones, delegaciones, ampliaciones y todos los actos referidos a los órganos sociales de administración (gerentes, directores y otros), son inscribibles, así como a los representantes voluntarios o eventuales que no son órganos de la estructura social, pero sí cuentan con facultades de apoderamiento (art. 21-6 CCom, art. 3 incisos c y d, RRS).

839 Fernández del Pozo, L. (1997), p. 168. En tal sentido, debe aclararse que la necesidad del capital en las sociedades colectivas, no significa que los procedimientos de reducción deban seguir la misma formalidad que en las sociedades de capital. El error de Aza Derteano se encuentra en propugnar la siguiente ecuación: "no necesidad de procedimiento de reducción = no necesidad de capital", cuando es bien conocido, y así lo demostramos en el texto principal, que el capital social es una figura que tiene muchos fines, tanto de orden interno como externo. No obstante, en Italia (art. 2306 CC), por ejemplo, los acreedores sí tienen el derecho de oponerse a la reducción que implique devolución de los aportes, pues en tal caso viene en disminución la garantía patrimonial que los acreedores gozaban con preferencia: Ferri, G. (2006), p. 224. En efecto, téngase en cuenta que la insolvencia patrimonial de la sociedad hace que se active la responsabilidad de los socios, pero eso implica que el acreedor social deberá compartir la garantía con los acreedores particulares de cada socio, lo que conlleva que aumente significativamente la exposición al riesgo.

840 Si la sociedad civil debe tener capital, a pesar de que su objeto no implica la realización de una actividad de especulación mercantil o propia del mundo de los negocios, entonces ¿cómo no lo tendría la sociedad colectiva que sí debe realizar dicha especulación?

Este tipo de actos es de fundamental importancia para el tráfico, por cuanto la actuación del representante activa la responsabilidad de la sociedad, por lo cual los terceros están especialmente interesados en conocer quienes son las personas que obligan a la persona jurídica. No debe confundirse los actos de representación con los actos de gestión o mera autorización. Los primeros tienen eficacia externa, y son inscribibles, en cuanto tienen relevancia hacia terceros, por lo que existe un particular interés en ellos por conocer la existencia, validez y subsistencia del poder que obliga a la sociedad. Los segundos tienen eficacia meramente interna, entre los socios, o entre la sociedad y los administradores, por lo cual no tienen relevancia para terceros, y no son inscribibles. Un ejemplo de acto de gestión o mera autorización, por lo cual no se inscribe, es la delegación de la junta general al directorio para efectos de aumentar el capital (art. 206 LGS); lo mismo ocurre con todas las potestades que la junta puede delegar o conceder con atribuciones específicas que no tienen relevancia externa, como habilitar al gerente para que se celebre un contrato particular con la sociedad. En suma, la finalidad de inscribir los apoderamientos es conocer quiénes y con qué facultades vinculan a la sociedad con sus actos, de modo que lo hecho por ellos sea imputable al principal⁸⁴¹; aquí se incluyen los apoderados que sean parte de los órganos de la sociedad o los simplemente facultativos, que ejerzan durante la vida normal de la sociedad (gerentes, directores) o durante su fase final (liquidadores), ya sean de origen voluntario por acuerdo de los socios o los acreedores (administrador nombrado en procedimiento concursal), administrativo (designado por la Comisión del INDECOPI en determinados casos) o judicial (ejemplo: administradores judiciales).

La representación de una sociedad es de dos tipos: la primera referida a los administradores permanentes de la persona jurídica⁸⁴²; y, la segunda, referida a los apoderados facultativos o esporádicos, que pueden ser de alcance general o especial. Sobre el particular, se ha presentado algunas dudas

841 Fernández del Pozo, L. (1990), p. 223.

842 “Constituye un órgano necesario y permanente que tiene atribuida de forma exclusiva la gestión de la sociedad, de forma que la realización de los actos precisos para el desarrollo del objeto social es una función esencial de los administradores que han de llevar a cabo con especial diligencia”: Sánchez Calero, F. (2007), p. 39.

cuando la sociedad otorga a un apoderado las mismas facultades que al gerente general. Es usual la denegatoria de inscripción por cuanto, se dice, que “no cabe la delegación”. El argumento es erróneo, pues el órgano mantiene sus plenas facultades, por lo que no existe delegación, pues el apoderado voluntario actúa en paralelo; adicionalmente, este obtiene exclusivamente las potestades de orden representativo, pero no las personalísimas que corresponden al órgano. Recientemente, el Tribunal Registral ha aceptado tal posibilidad, en el entendido que la sociedad cuenta con amplia libertad para delinear la representación⁸⁴³, en consecuencia, cabe un apoderado con facultades idénticas al órgano societario.

Por otro lado, es necesario evitar los dogmas en esta materia, es decir, que la representación orgánica, como simple concepto, ya es suficiente para derogar la voluntad de los socios en el estatuto o para “presumir” voluntades inexistentes, con lo cual se terminaría convalidando el despojo que cometa un órgano en contra de la sociedad. Es el caso de la cuestionable RTR N° 040-2007-SUNARP-TR-L, de 19.01.2007, que se ha convertido en precedente por el 90° Pleno: *“El gerente general se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos de administración y disposición, con excepción de los asuntos que la ley, el estatuto o acuerdos de la junta general o directorio atribuyan a la junta general u otro órgano o excluyan expresamente de su competencia. No es materia de calificación registral si el acto realizado por el gerente general es ordinario o extraordinario, o si se encuentra o no dentro del objeto social”*. En tal contexto, el registro presume un apoderamiento por simple conceptualismo, sin base jurídica (no hay norma) ni fáctica (no se otorgó un poder para determinadas facultades); por tanto, la voluntad social no vale nada frente a una teoría germana que ha sido aplicada en forma exagerada por las instancias registrales. No

843 RTR N° 1842-2011-SUNARP-TR-L, de 30.09.2011: “(...) 9. El nombramiento de un apoderado implica que determinados actos jurídicos sean realizados a través de un representante; este apoderamiento encuentra sustento en la confianza que amerita este desprendimiento de facultades, de allí que la falta de este elemento permite la revocabilidad en cualquier momento. De la misma forma que la sociedad cuenta con amplia libertad para el nombramiento de sus gerentes (órgano social), atendiendo a sus necesidades y expectativas, no existe impedimento legal alguno para que sustentándose también en la confianza pueda designar apoderados y que se les otorgue las mismas facultades que al gerente atendiendo a que el ejercicio del cargo no es personal y que no se trata de un supuesto de delegación de facultades como se ha explicado”.

obstante, en forma lamentable, el legislador ha seguido este mismo criterio, pues, por el solo nombramiento del gerente general, entonces este ya cuenta con facultades legales para celebrar actos de disposición o gravamen, celebrar contratos de todo tipo, realizar operaciones con títulos valores y suscribir todos los documentos públicos o privados para el cumplimiento del objeto de la sociedad, salvo pacto en contrario que deberá constar en la partida registral para que, solo en ese caso, sea oponible frente a terceros (arts. 14 y 188 LGS, modificado por D.L. 1332).

e) Titularidad del capital

La transferencia y el gravamen de participaciones o derechos que correspondan a los socios respecto de sociedades distintas a las anónimas, así como los convenios que versen sobre la transmisión de participaciones o derechos de socios, siempre con la misma limitación, esto es, que no correspondan a sociedades anónimas, son actos inscribibles (art. 3 incisos f y j, RRS).

Vale la pena recordar que en el caso de las anónimas, el régimen de transmisión es radicalmente distinto, pues se señala en forma expresa que la transferencia, gravamen, y medidas judiciales que afecten a las acciones no se inscriben en el registro (artículo 4-b RRS). Asimismo, el citado art. 3-j RRS expulsa los convenios de transferencia de acciones, en vista que este tipo de actos permitiría en forma indirecta dar a conocer quienes son los accionistas y, con ello, noticiar los acuerdos de restricción en la transmisión, cuando justamente la finalidad pretendida es la contraria. En realidad, la aversión del registro por brindar información sobre la condición de accionista tiene relación con el origen histórico de la llamada sociedad anónima, cuyo solo nombre ya indica su función de guardar reserva y sigilo respecto a los titulares del capital. Sin embargo, bien valdría la pena repensar la solución legal, máxime si tenemos en cuenta los cambios normativos que se han producido en los últimos años. Así, pues, hace buen tiempo se eliminaron las acciones al portador (desde la reforma legal del impuesto a la renta, en el año 1968), además, desde hace varias décadas, se exige la comunicación para efectos tributarios de la transmisión de acciones, y por último se ha dictado una creciente legislación que busca evitar el uso de las sociedades para fines ilícitos mediante la prevención del lavado de activos. Por lo pron-

to, las acciones de sociedades cotizadas se inscriben en un registro privado, pero oficial (CAVALI), que, si bien no es de acceso público, sirve para efectos de ordenar y asegurar la titularidad de las acciones, sin que por ello se haya perjudicado el funcionamiento de estas sociedades. En todo caso, y para evitar soluciones radicales, podría pensarse en un régimen intermedio por el cual la sociedad decida libremente a través de su propio estatuto si sus acciones deben ser llevadas en el registro público, o por medio de un libro privado, de carácter interno de la propia sociedad, como ocurre actualmente.

f) Convenios entre accionistas

El RRS establece que son inscribibles los convenios entre socios que los obliguen entre sí, y para con la sociedad, siempre que los mismos no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas (art. 3-i), lo que se encuentra en concordancia con la validez atribuida a estos convenios *ex art. 8 LGS*. Este tema lleva a recordar que, normalmente, los pactos parasociales tienen por finalidad establecer un sindicato de voto (agrupación de acciones para votar en un sentido determinado), un sindicato de bloqueo (sujetar la transferencia de acciones o la suscripción de nuevas acciones de tal forma que se impida o dificulte la entrada de terceros no partícipes del convenio) o un sindicato financiero (juego especulativo con la suscripción, negociación y compra de acciones)⁸⁴⁴. Un número importante de estos convenios regula la transferencia de las acciones y el ejercicio de los derechos que estas confieren, pero ellos no acceden al registro, por lo que cabe preguntarse: ¿qué tipo de convenios societarios se inscriben, de acuerdo con el art. 3 incisos i) y j) RRS?

Uno de los autores de la ley da algunos ejemplos: decidir en forma antelada sobre un programa futuro de aumentos de capital, establecer las condiciones en que se realizarán los sucesivos aportes, señalar la cuota mínima que mantendrá un grupo de socios sobre el capital a efectos de evitar la dilución de su porcentaje frente a los aumentos de capital de otro grupo, crear acciones preferenciales o establecer las condiciones bajo las cuales una mayoría se compromete a administrar y dirigir la sociedad, etc⁸⁴⁵.

844 Cornejo, C. (1997).

845 Elías Laroza, E. (2000), T. I, pp. 38-39.

En nuestra opinión, algunos de los pactos antes mencionados son simplemente ilegales (p. ej: la determinación previa de la forma de administrar la sociedad, por cuanto el órgano de administración se debe al interés social, y no puede estar mediatizado por pacto a favor de un grupo de accionistas); otros -la mayoría- contravendrán necesariamente el estatuto y, por tanto, serán inoponibles a la sociedad, según el art. 8 LGS (p. ej: no es posible establecer un programa anticipado de aumento de capital que contravenga los arts. 98 o 206 LGS), lo cual da como resultado que solo un mínimo grupo de estos pactos podrán resultar vinculantes a la sociedad y, en consecuencia, ser inscribibles. Por tanto, la mayoría de ellos se reconduce a simples convenios internos entre los socios, inoponibles a la sociedad, por lo cual carecen de *enforcement* ya que no puede exigirse su ejecución, y solo queda la tutela consistente en el resarcimiento de daños. Sin embargo, sobre el particular, parece existir la creencia ingenua de que los pactos no incluidos en el estatuto, cualquiera que fuese, sí pueden llegar a tener la eficacia propia del entre accionistas, lo que resulta incoherente con el art. 8, 2º LGS.

Otra errata común consiste en interpretar literalmente el art. 8 LGS, en el sentido que los convenios parasocietarios, celebrados solo por los socios, son exigibles contra la sociedad por el simple hecho de “comunicarlos”. Esta conclusión infringe el art. 1363 CC, por cuya virtud, los contratos solo obligan a las partes y sus herederos, pero no a los terceros a quienes se les “comunica”. Un autor nacional se ampara en el profesor italiano MOSCATI para “validar” esta figura, señalando que el contrato es un fenómeno jurídico polivalente que potencialmente se expande a los terceros, como ocurre con el contrato a favor de tercero⁸⁴⁶. Sin embargo, esta premisa es falsa, pues tal contrato, de una u otra manera, exige el asentimiento del tercero para consolidar la adquisición, pues no puede imponérsele en contra de su voluntad. Por el contrario, en el caso de los convenios parasocietarios, esta doctrina pretende imponer que una “comunicación” es suficiente para obligar a un tercero, lo que no puede aceptarse, pues implicaría que un sujeto se encuentra en primacía frente a otro sujeto, en tanto la voluntad de

846 Salas Sánchez, J. (2011), p. 736.

aquel terminaría obligando a quien no consintió⁸⁴⁷. Esta situación constituye un atentado contra el principio de igualdad. En realidad, el art. 8 LGS debe interpretarse en el sentido de que el convenio, en forma limitada, pues no puede modificar el estatuto o pacto social, solo obliga a la sociedad si esta, además de recibir la comunicación, expresa su consentimiento en forma expresa o tácita. También podría tener dotarse de contenido a la norma cuando se tratase de los llamados “pactos omnilaterales”, por virtud de los cuales la integridad de los socios expresa un acuerdo que puede tener carácter “cuasi-estatutario” y que vincula a la sociedad pues se origina en la voluntad de todos los miembros de la organización. Este tipo de pactos, ya reconocidos en la jurisprudencia de diversos países europeos, son absolutamente racionales: solo la unanimidad de los socios hace que el convenio pueda oponerse a la sociedad, pues en la práctica existe identidad entre uno y otro. De esta forma, no se producen situaciones disfuncionales como la de un convenio que pretende forzar a un tercero. El art. 8 LGS puede referirse perfectamente a los convenios societarios “omnilaterales”, en cuyo caso basta y sobra la “comunicación”⁸⁴⁸, o los que sean consentidos en forma tácita.

En suma, los convenios son nulos o son inoponibles a la sociedad, por lo que obviamente no son inscribibles, y el registrador debe rechazarlos; los primeros por carecer de validez, y los segundos por ser irrelevantes frente a la sociedad (y a los terceros) por encontrarse en abierta contradicción con el estatuto.

847 “Pese a su variada fenomenología, y en un intento de precisar los rasgos que definen conceptualmente a los pactos parasociales, cabe destacar que en todos ellos concurren dos notas distintivas. En primer lugar, los pactos parasociales son pactos de naturaleza exclusivamente obligacional. Se trata, por ello, de acuerdos sometidos en todo caso a las reglas generales del derecho común de obligaciones y contratos: su vigencia se limita al círculo de socios que han intervenido en su celebración y en ningún caso pueden hacerse valer frente a los restantes socios. En segundo lugar, son pactos que, aunque privados de naturaleza societaria, guardan una conexión funcional con el contrato de sociedad: a través de ellos se pretende disciplinar, con eficacia meramente interna, la titularidad material de diversos aspectos de los derechos del socio (ya sea el derecho de voto, el de participación en las ganancias o cualquier otro) o, de modo alternativo o complementario, la asunción de determinadas obligaciones entre los socios o incluso frente a la sociedad (concesión de préstamos, enajenación de acciones o participaciones sociales, abstención/prohibición de competir, cobertura de pérdidas sociales, etc.)”: Noval, J. (2012), pp. 50-51.

848 *Ibid.*, pp. 100-101.

g) Actos complementarios

Además de los actos inscribibles antes mencionados (hechos primarios), es evidente que también lo son los actos u hechos que modifiquen, amplíen o revoquen las inscripciones (hechos secundarios), al igual que las demandas y resoluciones judiciales o arbitrales referidas a la validez del pacto social inscrito (principio de complementariedad), así como a los acuerdos o decisiones societarias también inscribibles, pues en estos casos también se pretende realizar una variación del estado registral por acto judicial.

Esta salida se impone por pura lógica⁸⁴⁹, pero el reglamento ha optado por señalarlo en forma expresa (art. 3-b RRS). La importancia de esta norma, por obvia que parezca, se advierte por el hecho que los órganos de aplicación del derecho todavía no la entienden a cabalidad. Así, por ejemplo, en una decisión del Tribunal Registral (Nº 362-2009-SUNARP-TR-L de 13.03.2009) se estableció que no es inscribible un acuerdo de nombramiento de gerente o directivo “porque no tiene importancia”⁸⁵⁰. La solución no resiste un análisis serio, pues el nuevo nombramiento de la misma persona equivale a una ratificación en el cargo, y este debe considerarse un acto ins-

849 Lo confirma la mejor doctrina: “Como es, en efecto, evidente, inscribir la situación ‘x’ y negar la inscripción de su modificación sucesivamente verificada (en cuanto, por hipótesis, no prevista en la ley expresamente), significaría continuar publicitando una situación – aquella originaria- ahora ya no existente; difundir, por tanto, información ya no verídica. De otro lado, no es arbitrario considerar que el principio de tipicidad sea respetado no solo allí donde la obligación de inscripción de un determinado acto o hecho sea textualmente sancionado por una específica previsión legal, sino también allí donde la existencia de tal obligación sea de cualquier forma requerida, en vía interpretativa, por el sistema legislativo”: Ibba, C. (2006), p. 184.

850 “5. (...) Revisada la partida de la citada asociación, a la fecha, los poderes registrados en el asiento A 00004 de la partida de la asociación de vivienda Los Nísperos. Al respecto, cabe precisar que la ratificación de un poder otorgado e inscrito con anterioridad no tiene mayor efecto que expresar la total conformidad del órgano de gobierno de la asociación que lo otorgó. Así tenemos que esta ratificación acordada no incidiría de manera directa o indirecta sobre el poder otorgado con anterioridad por la persona jurídica, puesto que no le da una relevancia mayor ni le quita importancia. En este sentido, esta ratificación de poder no da mérito alguno para que acceda al Registro constituyendo un acto no inscribible. En este caso, el poder otorgado a favor de (...) sigue vigente, no por la ratificación, sino porque en su oportunidad fue dado e inscrito, el mismo que se mantendrá mientras no sea revocado”.

cribible natural en este tipo de registro, sea que se le llame “nombramiento”, “re-nombramiento” o “ratificación”; además, el principio de complementariedad nos permite comprender que cualquier hecho secundario referido a un hecho primario que es inscribible, también debe serlo a efectos de mantener la coherencia y exactitud del registro. Asimismo, hay razones de orden práctico que avalan nuestra postura: Primero, la ratificación de poder puede ser un mecanismo útil en determinados casos, como, por ejemplo, cuando un tercero dudase de la vigencia del acto de apoderamiento previo, por lo que una oportuna ratificación puede dar seguridad al tráfico (negocio di *accertamento* = negocio de fijación jurídica). Segundo, el rechazo de la inscripción ratificatoria obliga a realizar un inútil circuito que consiste en revocar del cargo a la persona, e inmediatamente –en la misma acta- volver a nombrarla para ese cargo.

h) Actos diversos

Existe una serie de hechos o relaciones jurídicas que diversas disposiciones legales declaran inscribibles, aun cuando no se conozca bien el fundamento para ello.

Un primer caso es el contrato de arrendamiento financiero, que es inscribible en la partida registral de la arrendataria (art. 8 Dec. Leg. 299), pero sin mayor éxito, justamente por falta de justificación, pues no deben ser muchas sociedades, si es que hay alguna realmente, que inscribió este contrato.

Un segundo caso es la emisión de obligaciones que pueden acordar las sociedades, y que consiste en la asunción de deuda que se toma a través de captar el ahorro del público mediante la emisión de títulos que no forman parte del capital, salvo cuando se trate de obligaciones convertibles en acciones, en donde la deuda puede variar su estatuto jurídico y convertirse luego en capital social. La emisión de obligaciones es un pasivo de la sociedad, como cualquier otro de los muchos que esta asuma, y no se entiende bien por qué aquella es inscribible, mientras los otros casos no lo son. Por lo demás, es bastante dudoso que mediante la inscripción de una emisión de obligaciones pueda conocerse el real estado económico de una empre-

sa, pues en realidad esa inscripción solamente informa la existencia de una deuda, pero no indica otra cosa⁸⁵¹.

2.3.2. Tipicidad

La doctrina, en general, se muestra partidaria del principio de tipicidad del contenido del Registro, por lo cual solo los actos o hechos que dispongan las leyes se consideran inscribibles⁸⁵². Se señalan tres argumentos fundamentales para acoger el principio de tipicidad: a) Si se inscribiesen actos no previstos por la Ley, los terceros no tendrían por qué suponer que ellos se han hecho públicos; b) se recargaría la hoja registral hasta el punto de convertirla en inmanejable⁸⁵³; c) el principio de tipicidad es una salvaguardia de la seguridad jurídica, pues no parece lógico que el arbitrio de los

851 Por su parte, se ha postulado en doctrina las siguientes justificaciones para la inscripción de la emisión de valores: a) la inscripción persigue una finalidad de control y regularidad formal, b) la inscripción determina la prioridad frente a las emisiones sucesivas, c) porque es un índice de solvencia, d) porque de esa manera puede acceder al registro el órgano corporativo de defensa del interés de los inversores, esto es, el sindicato: Fernández del Pozo, L. (1990), pp. 220-221. Ninguno de estos fundamentos puede superar una crítica objetiva. En primer lugar, el control de legalidad opera en la actualidad básicamente por órganos reguladores especializados, en nuestro caso, la Superintendencia del Mercado de Valores. En segundo lugar, la prioridad de las emisiones es una cuestión de nula importancia práctica, y además es irrelevante si se tiene en cuenta que el órgano regulador tiene centralizado el control de las emisiones, por lo que siempre es sencillo que los terceros conozcan el número de emisión que ha realizado la sociedad. En tercer lugar, esta inscripción no es más que un indicio relativo de solvencia, y en todo caso para ello no se requiere la inscripción, y basta la emisión misma; en cuarto lugar, el sindicato de obligacionistas, por su función limitada en el objeto y en el tiempo, no necesita de publicidad.

852 Hay excepciones como es el caso de Fernández del Pozo, L., para quien la tipicidad no se justifica por cuanto el legislador nunca puede seguir a tiempo los nuevos fenómenos económicos que se produzcan, y el propósito del registro es el de publicar la información de trascendencia para los terceros, aun cuando se trate de simples noticias sin oponibilidad. Para llegar a esta conclusión, el autor critica como exagerado el riesgo de inabarcabilidad y, además, trata de distinguir los hechos oponibles de los no-oponibles, por lo cual el tercero no tendría la incertidumbre de consultar un dato no previsto en la ley: *Ibid*, pp. 212-214. En nuestra opinión, sobre el tema, cabe recordar que el recargo de información es un peligro real cuando no se sabe qué se inscribe, pues todo puede llegar al registro; en cuanto a lo segundo parece evidente que una información que no es oponible genera una elemental duda: ¿para qué se inscribe? Es cierto que puede tomarse como una simple noticia de interés para los terceros, sin embargo, las reglas de la publicidad jurídica no calzan con la información de datos sin trascendencia en orden a la oponibilidad.

853 Pau, A. (1995), p. 192.

particulares o del funcionario pretendan decidir en cada caso concreto cuál es la materia registrable. Téngase en cuenta que los terceros son los más interesados en saber de antemano, y con precisión, lo que puede acceder al Registro, para efecto de consultarlo en esos casos⁸⁵⁴.

El profesor español Cándido Paz Ares se muestra también favorable a esta solución, afirmando que, “si se dejasen en indeterminación los actos inscribibles, no podría dársele (al Registro Mercantil) la eficacia de la inoponibilidad, pues los terceros, ignorantes de lo que puede acceder, no acudirían al Registro”, y que, además, “se recargaría el contenido de la hoja y disminuiría con ello la claridad y la oportunidad del Registro”⁸⁵⁵. La doctrina italiana se muestra también partidaria de la tipicidad o del principio de taxatividad de las inscripciones, que considera como uno de los fundamentales del sistema de publicidad. Su razón de ser se encuentra en no gravar al tercero con la carga de consultar el registro, salvo en los casos ya previstos⁸⁵⁶.

El nuevo Reglamento menciona el “principio de tipicidad” en el art. 3, inciso l), cuando establece una cláusula general por la cual se permite la inscripción de los actos o contratos “que prevean las leyes o este Reglamento”. Asimismo, la jurisprudencia registral se ha pronunciado desde antiguo a favor de este principio⁸⁵⁷. En la práctica, el principio de tipicidad se traduce en un doble mandato. El primero dirigido al legislador para que determine con precisión la materia registrable, y segundo, un mandato dirigido al

854 Casado, P. (2000), p. 1054.

855 Cit. *Ibid.*, p. 1055.

856 Ibba, C. (2006), p. 3.

857 “... Que, en cuanto al tema de la tipicidad del contenido del Registro Mercantil (Personas Jurídicas), debe establecerse que en principio serán anotables o inscribibles en este Registro todos los actos y contratos expresamente determinados por ley, y excepcionalmente, aquéllos que tengan interés para el tráfico mercantil (Esturillo); en efecto, en el presente caso el acto cuya anotación se solicita, no ha sido previsto por la ley como anotable y carece de relevancia jurídico-registral, en relación al carácter no relevante del acto, debe señalarse que el título contiene un documento que da cuenta de la sola presentación de una denuncia penal ante autoridad jurisdiccional extranjera, es decir, se trata de un instrumento que sólo expresa una pretensión en contra de la denunciada, por lo que no resulta idóneo –por sí mismo– para modificar, a posteriori, la realidad jurídico-registral expresada en la partida de la sociedad (...)”: RTR N° 059-98-ORLC/TR de 30.01.1998.

registrador para que únicamente permita el acceso de aquello que el legislador ha previsto⁸⁵⁸. Ello obviamente no significa eliminar el amplio juego que desarrolla la interpretación normativa. Por su parte, Paz Ares considera que solamente debe quedar excluida la posible aplicación de la analogía general o “iuris”, en tanto conduciría a postular la inscripción de todos los hechos relevantes para el tráfico, lo cual es una negación de la tipicidad. En cambio, considera admisible la aplicación de la analogía particular o “legis”, por cuanto se trata de la registración de un hecho no previsto, pero similar a otro específicamente regulado; siendo que la claridad y abarcabilidad del Registro no quedan en entredicho porque la analogía particular impone un control riguroso de los hechos atípicos; y aun cuando se admite que esta situación es excepcional, se obtiene como ventaja un cierto margen de flexibilidad⁸⁵⁹. Casado Burbano se muestra contrario a la aplicación de cualquier tipo de analogía, e incluso de la interpretación extensiva que se ampara en el espíritu, mas no en la letra de la ley. Sustenta esta posición en el riesgo de perjuicio a los terceros que podrían ser sorprendidos con inscripciones atípicas de las que no tenían que sospechar; distinto es el caso en que el propio legislador propone normas en que utiliza la analogía o hace uso de mecanismos *per relationem*, o hace listados genéricos.

En nuestra opinión, debe rechazarse la postura de Casado, que resulta extremadamente inflexible. La solución correcta es echar mano a los principios generales, lo que implica que la norma puede omitir pronunciarse sobre un acto específico, pero igual puede reputarse registrable si así lo imponen los principios o la sistemática conjunta del ordenamiento, por lo que se trataría de una “laguna axiológica” (la norma dice A, pero no dice nada sobre Z, pero debería decirlo en atención a los principios).

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 3-1) RRS permite en forma genérica la inscripción de los actos y contratos que “modifiquen” (así, de manera general) el contenido de los asientos registrales. Nótese que aquí no existe apertura hacia un sistema de lista abierta, sino concreción del ámbito

858 Casado, P. (2000), p. 1057.

859 Cit. *Ibid.*, p. 1058.

del *numerus clausus*⁸⁶⁰, lo que presupone que la redacción genérica debe ser lo suficientemente expresiva para que permita denotar los actos que se subsumen en la hipótesis, sin perjuicio de utilizar los criterios interpretativos reconocidos por el derecho. Distinto es si la hipótesis fuese muy amplia o indeterminada (“se inscriben los actos que el registrador decida” o “los que afecten a terceros”), entonces, a través de una disimulada redacción genérica, se estaría derogando el *numerus apertus*. Esto no ocurre con el citado art. 3-1) RRS, y por eso es perfectamente válido dentro de un sistema cerrado.

El tema no es teórico, pues resulta común el debate que se presenta sobre el carácter inscribible de algunos actos que la ley no contempla, pero que son similares a otros fenómenos que sí acceden al registro. Podemos dar algunos ejemplo: el otorgamiento de una autorización administrativa, o de una licencia o concesión para operar en un determinado ámbito del tráfico y que constituye el mecanismo que habilita a que una sociedad cumpla su objeto; el embargo de la empresa en su totalidad o de uno de sus establecimientos particulares; la intervención por decisión administrativa, como ocurre en las entidades del sistema financiero y de seguros; el sometimiento a proceso de privatización cuando se trate de empresa pública; las decisiones del órgano regulador de la competencia cuando decida en forma concreta sobre las actividades de una sociedad, u ordene su división por ser monopólica en los sectores donde esté prevista esa regulación, etc. Vamos a realizar el análisis de dos casos reales para efecto de dar una idea sobre el debate actual respecto del carácter inscribible de algunos actos dudosos.

El primero se refiere a la inscripción de un acuerdo de junta general que está sometido a condición suspensiva. En efecto, se trata de una sociedad anónima sujeta a una administración judicial, y en donde la junta, convocada por el propio administrador, acuerda nombrar un nuevo directorio “bajo la condición suspensiva que entrará en funciones cuando cese la administración judicial”. Es evidente, pues, que se trata de mantener el control de la empresa cuando concluya la administración dispuesta por el juez. El

860 Lanzas, J. (1993), p. 1318

Tribunal Registral ordenó la inscripción⁸⁶¹, y en virtud de esa curiosísima decisión, resulta que hay inscrito un directorio “*bajo la sombra*”, para cuando no exista la administración actual. Demás está decir que nuestra opinión es contraria a la inscripción de un directorio “condicionado”⁸⁶².

El segundo discute inscripción de un contrato de fideicomiso, por el cual una entidad pública (EP) asume la gestión y administración, en forma irrevocable, de los activos y pasivos de una sociedad anónima (SA); es decir, se trata de un negocio jurídico por el cual el fideicomitente (SA) transfiere en dominio fiduciario a favor del fiduciario (EP) el patrimonio integral de la sociedad, quien en tal sentido deberá administrarlo como si fuese la misma sociedad. En nuestra opinión, en el caso, no se trata de un simple fideico-

861 El argumento es de una simplicidad absoluta: “si los acuerdos adoptados por las sociedades anónimas constituyen actos jurídicos, pueden estar sujetos a modalidades como condiciones suspensivas. Lo que interesa es que tales situaciones queden de manifiesto en los asientos registrales, por medio del principio de especialidad contenido en el artículo 50 del Reglamento General de los Registros Públicos y en el literal c) del artículo 13 del Reglamento del Registro de Sociedades, a fin de que los terceros tengan conocimiento de los reales alcances de los actos jurídicos inscritos”: RTR N° 322-2004-SUNARP-TR-L de 27.05.2004.

862 Los fundamentos pueden dividirse en los siguientes acápite:

- a) El directorio es un órgano de gestión y administración de la sociedad, es decir, dirige las operaciones de la empresa en el ámbito interno y, además, cuenta con facultades representativas frente a los terceros; siendo así, ¿para qué sirve inscribir un directorio “a futuro” si hoy no tiene ninguna facultad para obligar a la sociedad?; ¿para qué anticipar una inscripción que no cumple ninguna función?; los poderes se inscriben para que los terceros conozcan con quienes deben contratar, pero de nada sirve un poder “futuro”, pues éste no le importa a los terceros, ni a la sociedad, ni a nadie; se trata, pues, de un típico acto inútil que no sirve para efectos internos ni externos de la sociedad.
- b) Este sistema de poderes “condicionados” tiene el evidente afán de someter una sociedad hacia el futuro, cuando la correlación de los socios o de las administraciones pueda haber sufrido una variación radical. Por eso, todos los acuerdos sociales se toman hoy para que empiecen a regir inmediatamente o en el futuro cercano; pero jamás se toman hoy para que vinculen a partir del futuro lejano (imaginemos lo absurdo que sería nombrar un directorio que entra en funciones el año 2020; pues bien, eso mismo es lo que ordenó inscribir el Tribunal); para llegar a esta conclusión basta leer, por ejemplo, los arts. 111 y 114-3 LGS.
- c) El principio de tipicidad debe respetarse (art. 3-1 RRS), y en ninguna norma se permite la inscripción de poderes sujetos a condición suspensiva. El asunto queda así suficientemente esclarecido, y la respuesta es contundente: dicho acto, simplemente, debió ser rechazado del registro.

miso de bienes, como señala erróneamente el Tribunal Registral, cuando deniega la inscripción⁸⁶³, sino, un fideicomiso de toda la empresa en sí, entendido como el íntegro patrimonio social para efectos de administración, y no de bienes u objetos concretos. Se trata de un negocio de transmisión global de patrimonio, distinto de las hipótesis legales de fusión, escisión o reorganización simple, por lo cual, no debería reputarse válido⁸⁶⁴, y, en consecuencia, no es inscribible por ese motivo estricto. Debe aclararse que el fideicomiso tiene como finalidad la transferencia de bienes, pero no de las obligaciones⁸⁶⁵.

863 "SEXTO: Cualquiera sea la naturaleza del dominio fiduciario, una modalidad del derecho de propiedad o un nuevo derecho real, lo cierto es que con el fideicomiso se transfieren bienes y derechos del fideicomitente al fiduciario, para la constitución del patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o del fideicomisario. Este constituye en suma el efecto primordial del negocio: transferencia de bienes para constituir un nuevo patrimonio cuyo administrador se ve compelido al cumplimiento de determinados fines pre-establecidos. SÉPTIMO: En este orden de ideas resulta lógico que los efectos de este acto jurídico estén dirigidos en primer término a variar la situación dominial de los bienes y los derechos transferidos, los cuales tienen que ser entregados en dominio fiduciario a favor de la empresa fiduciaria. De modo que no será en las partidas registrales de las personas jurídicas involucradas en el negocio fiduciario donde se tenga que inscribir el fideicomiso, toda vez que los efectos de este acto no implican modificación de su estructura orgánica sino solo el desprendimiento de una porción o la totalidad de su patrimonio para afectarlo a un fin, lo cual a la sazón de las nuevas teorías jurídicas es perfectamente posible...": RTR N° 058-2004-SUNARP-TR-T de 19.04.2004.

864 En doctrina se ha señalado que una cesión global del activo y pasivo no puede aplicarse en perjuicio de los acreedores sin cumplir los requisitos formales de la fusión o escisión, pero en tal caso estaríamos realmente ante estas figuras, e incluso la 3ª Directiva Europea reconoce que esta hipótesis solo puede llevarse a cabo a través de una fusión, de lo que se concluye que no existen modalidades atípicas de cesión integral de patrimonio, que es justamente lo que se pretende en el caso examinado: Vicent Chuliá, F. (2006), p. 535.

865 Por lo demás, la LGS señala una serie de reglas para el nombramiento de administrador de una sociedad anónima, y en ningún caso prevé que los socios puedan nombrar ad aeternum y en forma irrevocable a un administrador, lo cual reafirma la conclusión de que el acto no es válido; nótese que los socios no han transferidos sus acciones, sin embargo de poco les sirve pues no tienen injerencia en la administración, lo que es absurdo a tenor del art. 114-3 LGS, el mismo que no es susceptible de pacto en contrario. En cambio, si se sostuviera que el acto es válido, entonces debería ser inscribible, pues la entidad fiduciaria ha pasado a ser administrador irrevocable del patrimonio social, esto es, de la sociedad misma, lo que se encontraría previsto en el art. 3-c) RRS. En suma, el tema real del debate es la validez del acto, y no si se trata de un fideicomiso de bienes inscribible en su propio registro.

Sin perjuicio del principio de tipicidad, en algunas ocasiones el legislador expresamente prohíbe la inscripción de determinados hechos o actos, con el fin de reafirmar el criterio negativo del acceso al Registro. Tal es el caso de los embargos y transferencias de acciones, expresamente prohibido por el artículo 4 RRS, al igual que los contratos asociativos, las sentencias relativas a las deudas de la sociedad o sucursal y los convenios de accionistas que versen sobre el ejercicio del derecho de voto o sobre el régimen de transmisión de acciones.

2.3.3. Sectores excluidos

En la antítesis de los actos materia de inscripción, debe recordarse que existen sectores enteros de la vida profesional del empresario social que quedan cerrados a la publicidad legal, tales como la situación económica, la base patrimonial con la que cuenta, y las relaciones negociales que entable en el ejercicio de su actividad económica⁸⁶⁶. Esta postura normativa tiene como fundamento evitar el recargo de la hoja de inscripción, pues ello evidentemente disminuye la claridad del registro y dificulta la comprensión de la publicidad formal⁸⁶⁷. Debe tenerse en consideración que el recargo de información es contraproducente, pues la excesiva cantidad de relaciones jurídicas inscritas en la partida del empresario social no cumpliría función alguna y haría que esta sea inabarcable, según la precisa expresión de Antonio Pau. Por lo demás, las cuestiones económicas y patrimoniales de la sociedad, normalmente se han considerado un aspecto reservado y oculto para los terceros. Basta revisar el art. 45 CCom, en virtud del cual se ampara el secreto casi absoluto de las cuentas, balances y libros contables de las sociedades y los comerciantes en general, aun cuando esta norma se encuentre ahora bastante mediatizada.

Respecto del tema de las relaciones negociales de la sociedad, no caben dudas que se trata de un sector excluido de la publicidad registral, en tanto su número y complejidad haría inabarcable –e inútil– la comprensión de la hoja destinada a la sociedad, sin perjuicio del costo exorbitante que demandaría un sistema de publicidad de esa magnitud. Una excepción de

866 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 63.

867 Pau, A. (1995), p. 192.

esta regla lo constituye el art. 8 D.L. 299, el cual permite la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en la partida registral de la sociedad arrendataria. Este contrato tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por parte de una empresa locadora que cede el uso a favor de la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado al final del plazo pactado (art. 1 D.L. 299). La inscripción del arrendamiento financiero es una situación atípica, sin explicación.

Asimismo, el Registro de Sociedades no inscribe actos relacionados con el patrimonio de la sociedad, ya sea a título particular (bienes concretos del activo de la sociedad, y sus actos de transmisión), o a título universal (establecimiento mercantil o fondo empresarial, y los negocios de transmisión sobre él, ya sea de activos o del patrimonio global -activos y pasivos-). No se menciona estas situaciones jurídicas dentro del catálogo de los arts. 21 CCom y 3 RRS, por lo que se trata evidentemente de actos no inscribibles⁸⁶⁸. En realidad, parece difícil que el Registro puede organizar un sistema de publicidad sobre los bienes patrimoniales concretos de la sociedad, pues existen impedimentos referidos al costo excesivo, complejidad, y hasta inutilidad de un sistema que prestaría una tutela muy pobre a los bienes muebles o mercaderías, en donde el elemento clave viene a ser la posesión (arts. 948 y 1542 CC).

Distinto es el caso del fondo empresarial, pues aquí la doctrina sí se muestra a favor de la publicidad⁸⁶⁹. Este puede definirse como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectos a la explotación económica y or-

868 Esta solución ya se encontraba prevista por el art. 88 RRM (de 1970): *El embargo inscribible en el Registro Mercantil no puede referirse a deudas de la propia sociedad inscrita ni comprometer la totalidad de su patrimonio*. La exposición de motivos de esta norma reglamentaria fue enfática en negar el acceso al Registro de la base patrimonial de la sociedad, aún cuando limitaba su aplicación a los casos de embargos: "Con relación a los embargos, el reglamento respeta el concepto clásico del embargo como medida precautoria que incide sobre un bien determinado, no se admite y con ello se evita la tendencia que alguna vez ha querido imponerse, el embargo de la totalidad del patrimonio de la sociedad".

869 "solo de esta manera se cerrará el círculo de la publicidad. Sólo de este modo será íntegra o completa de los diversos perfiles de la empresa: el subjetivo o del titular (registro de empresarios), el aspecto de actividad (el registro publicaría la empresa o actividad consistente en la organización de elementos precisos para la producción de bienes y servicios

ganizados por el empresario; reúne bienes mobiliarios corporales (equipo, mercancías), derechos personales (arrendamiento de local), propiedades incorpóreas (marcas, nombre comercial) y otras titularidades (licencias). El artículo 71 del Proyecto de Ley General de la Empresa (de 2000, que nunca fue sancionada) lo definía de manera genérica como, “el conjunto de elementos organizados por la persona natural o jurídica, que sirve de instrumento para llevar a cabo la actividad empresarial propuesta”. Este mismo Proyecto consideró la posibilidad de un registro de fondo empresarial, en el cual se inscriba su organización y los actos de tráfico que recaigan sobre él. No obstante, existen muchos problemas dogmáticos para considerar el fondo empresarial como un bien unitario susceptible de ser objeto de negocios jurídicos. Abonan a esta dificultad la unión meramente temporal de los bienes individuales en el fondo, así como la falta de incorporación física de aquéllos, lo cual impide tratar a éste como un bien único que permita su tráfico⁸⁷⁰. Sin embargo, en los Derechos Alemán, Francés e Italiano se prevén normas explícitas para el supuesto de cesión o enajenación del establecimiento o fondo empresarial, y su respectivo registro, por lo cual la tendencia predominante es dotarle de publicidad, aun cuando los efectos que produce esta inscripción se vinculen primordialmente con la protección de los acreedores, y no en crear un sistema específico de tutela sobre los bienes individuales que lo conforman⁸⁷¹. La LGS ha previsto una tímida regulación

para el mercado) y el patrimonial o real (los establecimientos mediante los cuales el empresario explota una empresa mercantil)”: Fernández del Pozo, L. (1990), p. 233.

870 Las dificultades dogmáticas se advierten en forma inmediata si observamos las distintas opiniones doctrinales sobre el tema. Por ejemplo, se dice que el fondo empresarial es un bien inmaterial, por cuanto su principal característica es la organización de medios o factores de la producción, materiales o humanos, lo que constituye un bien o creación inmaterial o intelectual del empresario en el ejercicio de su actividad de competencia; aun cuando la ley no le reconoce a este “bien inmaterial” un derecho de explotación exclusiva como a las patentes o marcas, sin embargo, debe ser reconocido como “bien patrimonial” susceptible de tutela en interés de su creador y de su adquirente en el tráfico; esta protección está contenida principalmente en las normas de competencia desleal por la cual se otorga acciones de defensa en caso de confusión, imitación, denigración, etc.; por su parte, la transmisión del establecimiento procura tutelar esta organización, la clientela y la expectativa de ganancias que de ella se derivan, en especial mediante la prohibición de competencia para el transmitente: Vicent Chuliá, F. (2006), p. 225-226.

871 El Registro de las empresas, en Italia, permite la inscripción de la transferencia de fondo empresarial (*azienda*) con inclusión de créditos y deudas, sin embargo, la transmisión no

sobre la figura, en cuanto permite que el fondo empresarial sea objeto de aporte a una sociedad, o que sea el elemento patrimonial disgregado como consecuencia de una escisión. Sin embargo, el RRS optó por negar que el fondo empresarial sea materia de registro a pesar de los antecedentes del Derecho comparado⁸⁷².

Con relación a la llamada “publicidad contable”, esto es, la referida a la situación económica-financiera de las sociedades (o en general, de los sujetos inscritos), y que se representa por medio de cuentas, balances, estados de ganancias y pérdidas, memorias de gestión, informes y otros documentos, es evidente que nuestra tradición jurídica las mantiene al margen del Registro. Tal vez no se trate de una información inabarcable, pero sí se ha considerado corrientemente que la situación económica de las personas es un asunto reservado o secreto, y que en todo caso su excesiva notoriedad puede coadyudar a que se realicen actos de competencia desleal por parte de otras empresas concurrentes en el mismo segmento de mercado. No obstante, los países de la Unión Europea han dictado importantes Directivas Comunitarias que obligan a los Estados miembros a uniformar sus legislaciones internas, incorporando la información contable en el Registro. Esta novedad ha sido enjuiciada favorablemente por la doctrina, pues se dice que ello protege el derecho de información que necesita el mercado para

libera al enajenante de las deudas, ni convierte al adquirente en deudor, aunque sí en responsable solidario (art. 2650 CC Italiano): Spada, P. (2006), T. II, p. 139. En el Derecho alemán, el parágrafo 25 del Código de Comercio señala que el adquirente inter vivos de una empresa, que conserve la misma firma (nombre comercial) asume la responsabilidad de las obligaciones contraídas por el titular precedente, y cualquier acuerdo en contra solo surte efectos frente a tercero si se inscribe en el registro mercantil la transferencia de la empresa, y se publica o comunica al tercero: Martínez-Echevarría, A. (2005), p. 54

872 Por tal motivo, una vez que se consolida la reforma normativa en este punto, habrá que tener en cuenta la siguiente opinión: “cualquiera que sea el sistema seguido, los objetivos que persigue la reglamentación de la cesión de establecimiento en el Derecho nacional de cada Estado, son fundamentalmente los de asegurar una información veraz, suficiente y tan objetiva como sea posible a los interesados de la cesión, especialmente a los socios de las sociedades cedentes y adquirentes; proteger a los acreedores del cedente para que la enajenación no perjudique a sus derechos; y garantizar una suficiente publicidad de la cesión para que ésta sea conocida de deudores y contratantes cedidos, pero también de terceros. La publicidad registral juega un papel esencial en el proceso transmisivo como mecanismo de perfección (derecho francés) o de oponibilidad del negocio transmisivo a terceros”: Fernández del Pozo, L. (1990), p. 242.

la adecuada toma de decisiones, y, que, si se busca lograr un mercado de competencia perfecta, entonces debe primar la transparencia, simplicidad y rapidez en la obtención de la información, sin costos excesivos⁸⁷³. La publicidad contable se materializa en Europa a través del depósito obligatorio de las cuentas anuales, y en caso de incumplimiento, el Registro se cierra para los nuevos actos de la sociedad, por lo que no podrán ser inscritos en lo sucesivo⁸⁷⁴.

En resumen, y con algunas excepciones, podemos concluir que los sectores excluidos, según nuestro actual ordenamiento positivo, son los siguientes: i) Relaciones negociales (contratos, actos jurídicos, préstamos, endeudamiento, etc.); ii) Base patrimonial de la sociedad (activos, pasivos, depósitos bancarios, fondo empresarial, etc.); iii) Situación económica – financiera de la sociedad (balances, cuentas sociales, memoria, obligaciones laborales y con el Fisco, deudas, etc.).

2.4. Títulos inscribibles

Si la inscripción pretende gozar de una especial presunción de exactitud, entonces se hace necesario que el acto inscrito consta en un documento fehaciente, esto es, que se pueda confiar en la autenticidad del acto que allí se manifiesta. Las exigencias de certeza y validez son el fundamento de la primacía que tienen los documentos fehacientes (o públicos) para efectos de su acceso al registro. Sobre este punto: “La filosofía enseña que hay dos maneras de incurrir en el error: razonando mal con datos buenos o razonando bien con los datos falsos (o acumulando ambas causas). Si el procesamiento registral no tiene como punto de partida instrumentos genuinos, el resultado será siempre una incógnita, por cuanto no puede haber seguridad jurídica basada en la inseguridad documental”⁸⁷⁵. Dentro de este contexto el art. 2010 CC considera que el instrumento público es título inscribible, salvo disposición contraria.

El documento público está ligado al concepto de fe pública, el mismo que supone apariencia de verdad, basada en la autoridad de una perso-

873 Ibid., p. 419.

874 Jiménez Sánchez, G. (2001), p. 125.

875 García Coni, R. & Frontini, Á. (1993), p. 145.

na que cumple una función pública⁸⁷⁶. En materia de prueba, en donde el documento público cumple su mayor utilidad, hace fe, por sí solo, de una declaración o hecho que en él se expresa. El art. 235 CPC considera como documento público, aquél otorgado ante funcionario público en ejercicio de sus atribuciones, así como la escritura pública y los demás documentos otorgados ante o por notario público. De esta definición se infiere los requisitos necesarios para que haya documento público: a) Ser autorizado por Notario o empleado público, quienes deben ser considerados autores del documento; b) El autorizante debe actuar en la esfera de su competencia, pero necesariamente tiene que estar investido de la fe pública; c) Debe cumplirse con lo dispuesto en la Ley sobre solemnidades⁸⁷⁷.

Generalmente se distingue tres tipos de instrumentos públicos, lo que depende de la naturaleza de la función que cumple la autoridad que los expide. Se trata del instrumento público notarial, judicial y administrativo. En cualquiera de ellos la función principal es probar de manera auténtica el acaecimiento de un hecho⁸⁷⁸.

2.4.1. Instrumento público notarial

El I Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948) se declaró que “el notario latino es un profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad”⁸⁷⁹. Posteriormente, se delineó la función principal del Notario: dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas (acuerdo aprobado por el Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino en 1986). El art. 2 LN reafirma ese criterio. La característica fundamental de la función notarial es producir el documento

876 Fueyo, F. (1982), p. 245.

877 Paternotte, A. (1994), pp. 27-28.

878 “Aunque la función notarial tenga otras importantes misiones que cumplir –algunas de ellas esenciales-, no deja de ser principal la de hacer *memoria duradera e indefinida* de los hechos pasados, incluso cualquiera sea el lugar en que hayan acontecido. En otras palabras, que los hechos pasados sean imborrables en grado de fijeza, certeza y autenticidad”: Fueyo, F. (1990), pp. 249-250.

879 García Coni, R. & Frontini, Á. (1993), p. 148.

notarial, el mismo que produce fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el Notario presencia (art. 24 LN).

Es muy importante aclarar que el notario da fe de los hechos que él narra en la escritura pública, de lo que ve, oye y percibe por sus sentidos, tal como se deduce de la norma legal antes citada. Además, en la esfera negocial propiamente dicha, recoge con autenticidad y fuerza probatoria las declaraciones de voluntad de los otorgantes⁸⁸⁰. Evidentemente, los hechos que el notario no percibe, o la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad, no pueden ser objeto de la fe pública. Los primeros (hechos) porque no son conocidos directamente por el notario, y nadie puede dar fe de lo que no conoce. Las segundas (declaraciones no veraces y/o simuladas) porque ninguna persona puede ingresar al fuero interno de otra, debiendo el notario solamente constatar la existencia de la declaración de voluntad, sin que pueda ingresar al mundo psicológico del declarante, por lo que no puede determinar si la voluntad realmente existe, o es falsa, o simulada. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el notario solo da fe de las circunstancias que él presencia en el “íter” negocial conformante de la escritura pública, y no de circunstancias que no presencié o no le constan, aun cuando se mencionen en el documento. Por ejemplo, si el otorgante de una escritura “declara ser propietario”, el notario da fe que se ha producido esa declaración, pero en ningún caso da fe que dicho otorgante sea realmente titular, ya que este hecho extrínseco a la declaración no lo ha percibido el notario por los sentidos, ni tampoco le puede constar de modo fehaciente⁸⁸¹.

Un sector muy importante de la doctrina acepta como instrumento público, las escrituras públicas, actas y todo documento que autorice el Notario, sea original, copia o testimonio. Esta es la posición del art. 23 LN, en cuanto señala que “son instrumentos públicos notariales los que el Notario

880 Vallet de Goytisolo, J. (1984), p. 320.

881 En este mismo sentido, la doctrina es uniforme en señalar que, “la fe notarial no puede cubrir estas declaraciones. Éstas harán prueba contra los declarantes (...) y si se refieren a hechos propios, tendrán el valor de confesión extrajudicial, según el Código Civil, sujeta a la apreciación de los tribunales, según las reglas establecidas para la prueba. Pero sería absurdo, desorbitado, que se concediera valor contra tercero, v.gr., a la manifestación de una de las partes de que es dueña de la finca o de que esta se halle libre de cargas”: Ávila, P. (1990), pp. 154-155.

por mandato de Ley o a solicitud de parte, extienda o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de Ley". Entre los documentos públicos autorizados por notario, se encuentran los instrumentos públicos protocolares y extraprotocolares, incluyendo entre estos últimos a las certificaciones, tales como la entrega de cartas notariales, la legalización de firmas o de reproducciones, etc. (arts. 25, 26 LN). Una interpretación literal y simplista del art. 2010 CC, que establece que todo instrumento público es título inscribible, y según la definición amplísima del artículo 95 LN, permitiría inferir que en todos los casos un documento privado con firmas legalizadas también puede acceder al registro, pues igual se trata de un instrumento público, aunque sea extraprotocolar. Sin embargo, en una legalización de firmas, el Notario no califica la capacidad de los firmantes, ni recibe la declaración de voluntad, ni da fe de la lectura del instrumento, ni necesariamente presencia su firma⁸⁸². Siendo así, este tipo de documento no presta las garantías suficientes que el registro reclama, y por regla general no resulta inscribible. En este sentido, debe entenderse que el art. 2010 CC alude al concepto más riguroso de instrumento público, entendido como documento escrito incorporado al protocolo notarial, en el que se da fe de la celebración de actos o contratos; por lo que el título inscribible por excelencia es la escritura pública, la cual se define como "todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por el notario, que contiene uno o más actos jurídicos" (art. 51 LN). Además, el art. 235 CPC señala que la legalización de firmas no convierte el instrumento en público, lo que es correcto.

Sin embargo, ¿cómo se entiende la LN que incluye dentro de la categoría de "instrumentos públicos" a las simples legalizaciones de copias o de firmas? El dilema se resuelve de forma muy simple: el carácter de acto público se reduce a la diligencia o atestación del notario; nada más; por lo que, se dice, el documento sobre el que se produce la certificación mantiene su propia naturaleza privada.

La exigencia de escritura pública en materia de sociedades, no se reduce al acto constitutivo, pues también es requisito indispensable para la ins-

882 Giménez Arnau, E. (1976), p. 803.

cripción de todo acto modificativo del estatuto (cambio de denominación o domicilio, aumento y reducción de capital, transformación, fusión, escisión, etc.). Entre los actos que necesitan formalizarse mediante escritura pública debemos diferenciar dos clases de ellos.

El primero comprende los actos en los cuales la declaración de voluntad o el hecho mismo que se pretende comprobar con el documento público se otorga ante el Notario. Según Gonzales Palomino, “el otorgamiento es la declaración del compareciente de que las manifestaciones (de verdad o de voluntad) que se le imputan por el Notario en el texto del instrumento como hechas por él (y entre ellos el requerimiento de prestación de funciones) son exactas y los acepta como propias”⁸⁸³. En este tipo de escrituras se encuentran las de constitución de sociedades, ya que en estas se necesita que en el Notario reciba personalmente las declaraciones de voluntad de las partes, dando fe de ello, es decir, de la celebración del negocio jurídico.

Un segundo tipo de escrituras públicas son aquellas de elevación a públicos de los acuerdos sociales modificativos o no del estatuto, pero que no se han producido ante Notario. Esta situación ocurre en los casos de asambleas de socios, juntas generales de accionistas, sesiones de directorios y, en general, en todas las asambleas privadas. Aquí, el Notario no recibe personalmente las declaraciones de voluntad de todos los miembros del órgano corporativo, pues ello sería impracticable, excesivamente moroso y muchas veces implicaría la paralización de los órganos sociales al no poderse inscribir los acuerdos por el veto (inasistencia) de uno solo de los socios o administradores. Por ello, dichas escrituras son otorgadas generalmente por una sola persona a quien se le ha atribuido expresamente dicha facultad en la misma junta. Esta persona, que declara su voluntad ante el Notario, es quien asume la responsabilidad por la autenticidad y veracidad de la asamblea que él representa. El Notario no da fe de la realización de la asamblea, ya que este no concurrió a ella; ni necesita concurrir según el actual estado de nuestro derecho positivo, por lo que debe tenerse en cuenta que nadie puede dar fe de lo que no conoce, tal como lo establece el art. 105 LN: “El notario no asume responsabilidad por el contenido del libro u hojas sueltas, acta o

883 Cit. *Ibid.*, p. 671.

documento, ni firma, identidad, capacidad o representación de quienes aparecen suscribiéndolo". A este tipo de escrituras públicas, les sirve de base o antecedente el libro de actas en donde consta el acuerdo, adoptado por el correspondiente colegio u órgano corporativo, y que se inserta necesariamente en la escritura pública. Por consiguiente, en estas escrituras, no le corresponde al otorgante la función de emitir una declaración de voluntad de renovación del acuerdo, sino más bien es una declaración en la cual se hace suyo el relato escrito contenido en el documento que se eleva a público, con lo que queda fijado en forma auténtica un autor para dicho relato⁸⁸⁴. En consecuencia, en las escrituras de elevación a público de actas sociales (ejemplo: cualquier modificación de estatutos o conferimiento de poderes), el Notario da fe solo de dos cosas puntuales: a) Que una persona (otorgante) asume la paternidad del contenido y veracidad del acta que se inserta, b) Que existe un libro de actas que contiene una determinada asamblea privada que se desea insertar, y sobre cuya existencia (como cosa material) existe fecha cierta desde el momento de la extensión del instrumento público.

2.4.2. Instrumento público judicial

La sentencia es un acto procesal que reconoce o declara un derecho con la autoridad de cosa juzgada y, por tanto, reestablece el imperio de la ley perturbada. Este es típicamente un acto que puede acceder al registro siempre que se trate de materia inscribible, sin embargo, también pueden serlo otros actos jurisdiccionales del juez (específicamente autos). La sentencia o los autos son hechos jurídicos que se materializan en un documento público, y como tal pueden ingresar al Registro a través del denominado parte judicial, consistente en el traslado o copia certificada de los actuados o piezas procesales pertinentes del expediente. El depositario de esta fe pública judicial es el secretario o auxiliar jurisdiccional (art. 266-13 LOPJ).

Los mandatos judiciales inscribibles generalmente tienden a enervar los efectos legitimadores de los actos inscritos en el Registro, ya sea anulando, impugnando o declarando ineficaz el acto constitutivo o modificativo del contrato social, así como los actos de apoderamiento y otros.

884 Paternotte, A. (1994), p. 386.

2.4.3. Instrumento público administrativo

Dentro de la categoría de instrumento público administrativo se encuentra todo aquél que tiene por objeto, “dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción”⁸⁸⁵. De esta manera, quedará dotado de fehaciencia, todo decreto, resolución o certificación que se encuentre autorizada por funcionario que cuente por mandato legal con la capacidad de fe pública.

Los documentos públicos administrativos pueden sustentar la inscripción de algún acto o hecho jurídico admitido por Ley; pero más comúnmente tienen carácter complementario, es decir, son el recaudo o requisito adicional para que el acto inscribible acceda al Registro. Es el caso de los Bancos y Empresas de Seguros, que para su inscripción requieren como toda sociedad anónima, que conste el acto constitutivo en escritura pública, y además como complemento, la autorización de funcionamiento expedido por la Superintendencia de Banca y Seguros (art. 26 Ley 26702). El art. 14 RRS expresamente señala que “la inscripción de sociedades, sucursales y acuerdos societarios que requieran la previa autorización, permiso o licencia de un organismo, dependencia o entidad pública sólo procederá si en la escritura pública respectiva se inserta el documento que la contenga, y en los casos en que la ley no requiera tal inserción, acompañando copia certificada de la autorización, permiso o licencia”. El segundo tipo de documento administrativo es aquel emanado de la Administración Pública y que consiste por sí mismo en el acto inscribible; es el caso, por ejemplo, de la resolución de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI en la que se declara el concurso de una sociedad.

El título inscribible del documento administrativo puede consistir en el traslado (copia) con intervención del mismo funcionario habilitado para realizar el acto, conforme el art. 139 TUO Ley 27444 (RTR N° 758-2009-SUNARP-TR-L, de 10.06.2009).

885 Giménez Arnau, E. (1976), p. 444.

2.4.4. Actas certificadas

El principio de titulación pública contenido en el art. 2010 CC es un mecanismo fundamental para asegurar la autenticidad de las relaciones o situaciones jurídicas que tienen acceso al Registro, por tanto, es una pieza más de la seguridad jurídica. Sin embargo, en determinados casos, la ley permite que algunos documentos privados sean títulos inscribibles. Los documentos privados se definen como aquéllos que no reúnen los requisitos exigidos para considerarse documentos públicos. Esta definición negativa es casi universalmente admitida por la doctrina⁸⁸⁶, y es incluso la que establece nuestro Código Procesal Civil (art. 236), agregando que la certificación o legalización de un instrumento privado no lo convierte en documento público.

El Registro de Sociedades permite que un número considerable de actos se inscriban en virtud de documentos privados con características especiales, como ocurre con las copias certificadas de acta. Sobre el particular, debe indicarse que el Libro de Actas hace constar los acuerdos adoptados por la junta general u otro órgano colectivo de las sociedades, referido al desarrollo y marcha del negocio. Los documentos extendidos en dicho libro, que documentan las juntas o asambleas reciben el nombre de "actas". Entre sus principales características, se encuentran la de ser documentos privados y narrativos.

Son documentos privados porque en la confección de las actas solo intervienen los particulares integrantes del órgano colegiado del que se trate, o eventualmente algunas personas directamente vinculadas con la sociedad (por ejemplo: gerente). El documento narrativo es el que relata un suceso o hecho, y en donde sus autores no necesariamente son las mismas personas que han formado el acto o negocio jurídico contenido en el instrumento. En relación directamente opuesta al documento narrativo, se encuentran los documentos constitutivos, en los cuales se incorpora directamente un acto o negocio jurídico (por ejemplo: contrato). En otras palabras, en el documento constitutivo existe una especie de confesión extrajudicial realizada por los mismos autores del negocio jurídico, quienes son asimismo los otor-

886 Paternotte, A. (1994), p. 28.

gantes; en cambio, en el documento narrativo nos encontramos ante una figura similar a la declaración testimonial, en donde un tercero relata hechos en el que no ha intervenido directamente, sino que se limita a relatar un hecho que le consta o que ha presenciado. Evidentemente la fuerza probatoria de un documento narrativo es inferior al de un documento constitutivo, por cuanto siempre queda la duda sobre la veracidad del relato efectuado por el tercero. Sin embargo, la ley acude a los documentos narrativos o testimoniales (“heterógrafos” = redactados por terceros) para configurar los actos colegiales de las asambleas o juntas, por razones de orden práctico, fundamentalmente vinculadas a la dificultad de que todos los integrantes del órgano colectivo participen directamente en el acta:

¿Cómo se concilia el carácter de documento privado de las actas con la presunción de legalidad y exactitud de los hechos que se comprueban a través de las actas inscritas (art. 26 CCom, art. 2013 CC)? Evidentemente, la atribución de veracidad y exactitud del contenido del acta, dentro de los límites referidos a los hechos narrados en la asamblea privada, se explica también por razones de orden práctico, ya que la exigencia de firma de todos los socios podría poner en grave riesgo el funcionamiento de la sociedad por efecto de cualquier actitud obstruccionista que la paralice; por lo demás, la ley asume el riesgo de admitir documentos privados en el registro, por su menor costo y simplicidad, antes que pretender una seguridad mayor con documentos más costosos y rígidos. Por tanto, hay un claro análisis de costo-beneficio, por el cual se acepta un porcentaje inevitable de falsificaciones a cambio de la ventaja generalizada del bajo coste. Desde la perspectiva teórica, se debe admitir que en este caso existe una especie de atribución de fe (privada) a favor de los secretarios de la junta, quienes en caso de falsedad deben responder por la falta de autenticidad del relato.

Sin embargo, los problemas de falsificación en los registros de personas jurídicas hace necesario avanzar en un sistema de mayor seguridad.

El libro de actas requiere estar legalizado por el notario, lo cual implica que este certifica la fecha en que se abre el libro a través de una solicitud del representante de la sociedad (art. 113 LN), y con lo cual se busca dar una mínima seguridad documental, pues de esta forma se vincula el libro con la sociedad; y además se evita las alteraciones o interpolaciones en las fojas del

documento⁸⁸⁷. Aquí se considera que la legalización del libro implica una autoría en blanco sobre todas las actas posteriores que se extiendan; por tal razón, y si bien se trata de un elemento de seguridad (mínimo), no puede soslayarse su necesidad, por lo cual no serán inscribibles los acuerdos que no consten en el libro legalizado, salvo casos excepcionales que deben interpretarse en forma muy restrictiva (art. 6 RRS). Esta disposición reglamentaria se basa en que la LGS autoriza a llevar en hojas simples las actas hasta que se extiendan en el libro en vía de regularización. En realidad, la ley no ha querido relajar el formalismo del título inscribible, por cuanto ya más relajación no era posible, en cuanto establece que esos acuerdos son válidos para el mundo del derecho, pero una cosa es la validez y otra es contar con un título inscribible, y para esto último se necesita siempre copia certificada del acta que conste en el libro legalizado. Sin embargo, el precepto reglamentario ha aceptado la excepción que, contraviene el propósito del legislador, y debe ser interpretada lo más restrictivamente posible. Un caso posible, ya ocurrido en la práctica, se presenta con la certificación de un juzgado penal de haber incautado, o de tener en su poder el libro de actas, ante lo cual queda habilitada la posibilidad de inscribir el acuerdo a través de un acta que se lleve en hoja simple. También acontece lo propio en los casos de convocatoria judicial, en donde una de las facciones no entrega el libro; sin embargo, en tal hipótesis, la solución más simple es considerar extraviado el libro, y legalizar uno sucesivo⁸⁸⁸.

887 Sobre el tema, se ha dicho con justa razón que: "(es) obligatorio entender que, en los libros de actas, aunque estén diligenciados, es necesario determinar también quiénes sean los autores de las mismas. No cabe reconocerles voz propia, olvidando que las declaraciones contenidas en ellas solamente pueden tener fuerza probante si el declarante es conocido, porque él es el que garantiza su veracidad y responde de ellas. Al menos en perjuicio de otros, y por tanto a los efectos del Registro, no se debe admitir que tengan valor probatorio privilegiado unas declaraciones escritas cuyo autor no se conoce, o con un autor ficticio y de las que es posible que al final nadie se haga responsable": *Ibid.*, p. 117.

888 Sobre esta cuestión, ya existe una RTR N° 297-2003-SUNARP-TR-L de 16.05.2003, que ha sido considerado precedente por el Noveno Pleno. La parte relevante para este tema dice: "es necesario tener en cuenta que cuando la junta es convocada por el juez es frecuente que los socios que solicitan la convocatoria no tengan en su poder los referidos libros, en ese sentido, desnaturalizaría la finalidad del proceso de convocatoria judicial denegar el acceso al Registro de aquellas actas que no estuvieran asentadas en el libro vigente de la sociedad, con mayor razón cuando el artículo referido precedentemente (art. 134 LGS) permite que las actas también puedan ser asentadas en hojas sueltas. En consecuencia, tal

En conclusión, la necesidad de que el relato de una junta o asamblea conste en el libro de actas legalizado, en el mejor de los casos, constituye una formalidad *ad-probationem*, pero no excluye la utilización de otros medios de prueba, como ocurre legalmente con el uso de hojas sueltas (art. 134 LGS). Sin embargo, esta formalidad, no requerida para la existencia y validez del hecho jurídico mismo, sí es necesaria para efectos del registro, y se le considera título inscribible (recordando una frase que antes hemos utilizado, es una formalidad *ad-registrationem*). Por tal motivo, el libro de actas no constituye el único modo de expresar la voluntad social, y el hecho puede probarse a través de distintas formas, pero sí representa el único título inscribible para el registro, salvo la hipótesis excepcional prevista en el art. 6 RRS. No obstante, debe mencionarse que existe una sentencia de la Corte Suprema, en la cual se considera, sin norma legal que así lo declare, que el libro de actas constituye una formalidad para la validez de los acuerdos que adopten los órganos sociales⁸⁸⁹. Sin dudas, esta decisión es claramente

como se ha pronunciado esta instancia en las Resoluciones No. 171-99-ORLC/TR del 16 de julio de 1999 y No. 260-2000-ORLC/TR del 31 de agosto de 2000, el Registro debe admitir las actas asentadas en hojas sueltas" (c. 9). Justamente, la evidente falta de sistemática del art. 6 RRS hace que el Tribunal, en esta misma decisión, incurra en un error de lógica. Así, se dice que en las convocatorias judiciales se puede acreditar la junta con una hoja simple, sin necesidad del libro, sin embargo, se agrega luego que: "en el supuesto que el acta sí se asiente en el libro de actas legalizado de la sociedad, deberá existir concordancia entre dicho libro con el antecedente registral inmediato. Si la hoja simple por sí misma es válida e inscribible, según el Tribunal, ¿qué importancia tiene si esa hoja se pegó en una servilleta, una escritura pública o en un nuevo libro de actas legalizado? Incluso aquí podría aplicarse perfectamente el art. 225 CC. En realidad, los problemas surgen por haberse admitido que un documento exclusivamente privado permita el acceso al registro, a pesar de carecer de toda seguridad, por cuanto ni siquiera consta la legalización del libro.

- 889 Casación N° 860-00-LIMA de 06.07.2000: "Sexto.- Que, todo acuerdo adoptado en una junta general, debe asentarse en el libro de actas correspondientes, y en caso de fuerza mayor puede extenderse en un documento especial, debiendo pasarse al libro cuando se disponga de éste, tal como lo señala el Doctor Ulises Montoya Manfredi (Derecho Comercial, Tomo I, página ciento noventicinco); Séptimo.- Que, entonces, necesariamente las hojas sueltas en las cuales se hayan asentado los acuerdos de la junta general, deben adherirse al libro de actas por: A) Una cuestión de orden, pues las hojas sueltas no pueden estar dispersas y las actas deben estar ordenadas en forma cronológica, y B) Los socios podrán solicitar copia certificada de dicha acta, además que, un socio que no haya asistido a la junta general podrá ejercer su derecho de impugnación al informarse de los acuerdos adoptados, pues las hojas sueltas estarán adheridas al libro de actas; Octavo.- Que, no se debe perder de vista que el acta conteniendo una junta general y los acuerdos adoptados en ella, deben

errónea de acuerdo con el principio de libertad de forma que acoge nuestro ordenamiento (arts. 143 y 144 CC). Es más, el hecho de que se admita la validez de los acuerdos documentados en una hoja suelta ya es fundamento suficiente para descartar que el libro constituya una solemnidad obligatoria. Por lo demás, la conclusión aquí criticada llevaría a mediatizar o anular acuerdos por el solo hecho de no incorporarse en el libro respectivo.

Las formalidades del acta están reguladas en el art. 135 LGS, y aquí se establece algunos mecanismos simplificadores para la firma del acta, pues tratándose de un instrumento narrativo, y no constitutivo, entonces existe el riesgo que la obstrucción de una persona termine frustrando la documentación del acuerdo. Por tanto, basta que el acta venga firmada por el presidente y secretario de la junta, así como por uno o dos accionistas, elegidos para tal efecto, dependiendo si la aprobación del texto se hace en la misma sesión o se difiere. Sin embargo, cuando se trata de junta universal, esto es, la que se entiende convocada y válidamente constituida por encontrarse presentes los accionistas que representan la totalidad del capital, entonces se requiere la firma de todos los socios (arts. 120 y 135 LGS)⁸⁹⁰.

3. EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN

Los efectos que produce la inscripción en el registro de sociedades (antes: registro mercantil), y aunque suene extraño, se encuentran regulados todavía por la Sección Segunda del Libro Primero del Código de Comercio de 1902 (fundamentalmente los arts. 24, 25, 26 y 29) titulada “Registro Mer-

reunir las formalidades para su validez señaladas en el artículo ciento treinticinco de la Ley General de Sociedades”. Nótese los endebles argumentos formales del c. 7 séptimo, los que pueden sitiarse por encima del principio fundamental de libertad contractual.

890 La norma parece clara, pero siempre la realidad es más rica. El Tribunal Registral tuvo la oportunidad de conocer un caso en el cual hubo convocatoria previa, conforme lo indicaba el estatuto, pero se terminaron reuniendo el 100% del capital social. La registradora denegó la inscripción, pues exigió las firmas de todos los socios, entendiendo que se trataba de una junta universal. Por su parte, el Tribunal Registral revocó la observación, ordenando la inscripción, pues consideró que la norma legal se refiere a la junta universal “espontánea”, la que no ha cumplido el procedimiento previo de convocatoria, pues en caso de haberse llevado a cabo, entonces se trata de cualquier junta, coyunturalmente universal, por lo que no necesita la firma de todos los concurrentes (RTR N° 160-2007-SUNARP-TR, de 27.06.2007, elevada a precedente por la sesión 27° y 28° Pleno).

cantil". Si bien es cierto que esta institución no existe con ese nombre, luego de la Ley 26366, de creación del Sistema de Registros Públicos, sin embargo, debemos tener en cuenta que el Código regula principios y efectos de la inscripción en el ámbito de las sociedades y comerciantes individuales, los cuales no se alteran en lo absoluto por el hecho de que la institución administrativa ya no exista, o cambie de nombre, pues el antiguo Registro Mercantil se ha convertido en el actual Registro de Sociedades, por lo que esta situación no afecta sus principios reguladores. En tal sentido, si bien la normativa del Código de Comercio es definitivamente antigua, y muchas veces la terminología es arcaica, sin embargo, en el ámbito del registro los principios contenidos en los arts. 24 a 26 y 29 son acertados, y permiten tutelar en forma razonable la justicia y seguridad⁸⁹¹. Por su parte, la LGS también contiene algunas normas de importancia para el registro (que, curiosamente no son las que se agrupan en la sección sexta del Libro Cuarto, arts. 433 a 437), sino los arts. 37, 38 y 148 LGS, en la cual se establecen hipótesis específicas de tutela al tercero de buena fe en los casos en donde el hecho jurídico no debió inscribirse. Sin embargo, en nuestro ordenamiento no existe un principio general de fe pública frente a cualquier nulidad, sino protección de casos específicos, y en otros simplemente prima la invalidez del acto, incluso frente a tercero (véase: art. 150 LGS). Este punto será objeto de un tratamiento profundo en acápite posteriores, pero con la salvedad, desde ya, que solo mediante normas de rango legal se puede derogar los principios del derecho civil sobre los negocios jurídicos, oponibilidad, nulidad y sus consecuencias frente a terceros, no las disposiciones reglamentarias⁸⁹².

891 La exposición de motivos del CCom expone con claridad las innovaciones que en su momento introdujo: "Esta institución, creada por el Código de 1853, con el único objeto de llevar la matrícula de los comerciantes y de dar publicidad á las escrituras matrimoniales de éstos, constitución de sociedades mercantiles y poderes a favor de factores y dependientes, ha recibido gran desarrollo en el nuevo Código, que establece un poderoso medio de publicidad que sirve de garantía suficiente a los terceros que se hallan interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia. A tres puntos principales pueden referirse las innovaciones llevadas a cabo en esta materia, que son á saber: organización del Registro y títulos que deben inscribirse, efectos de la inscripción de los mismos y carácter de esta institución".

892 Por tal motivo, qué bien suenan las siguientes palabras expresadas por un profesor español, a quien nadie podrá tachar de parcialidad: "De tal suerte nos apartamos de la práctica viciosa de referir la publicidad legal a normas de orden reglamentario exclusivamente. No

3.1. Diferencias entre los registros de bienes y registros personales (como el de sociedades)

La publicidad de los registros de bienes tiene claras diferencias con aquella de los registros de personas; tanto en el objeto que agrupa la información (el bien en uno, y la persona en el otro), como –fundamentalmente– en la función y en los efectos⁸⁹³ que produce cada uno de esos registros.

En cuanto a la función, el registro de bienes versa sobre objetos, con pretensión de estabilidad, en donde el historial jurídico emanado del registro se limita a contener solo aquellos actos que inciden sobre el bien. Por el contrario, en el registro de personas la publicidad informa sobre el historial de los sujetos, en donde los terceros toman como punto de partida esos datos, por lo que tiene incidencia en un número elevado de situaciones, con gran movilidad, y en el que la rapidez es la tónica dominante⁸⁹⁴. Por tanto, el primero es un registro “hacia dentro” (recibe los actos que afectan los bienes), mientras el otro es un registro “hacia fuera” (constituye la base necesaria de una gran cantidad de actos indeterminados, pero que no van hacia él). De esta constatación surgen las diferencias que existen entre ambos.

En cuanto al tema de la eficacia, el registro de bienes tiene como finalidad determinar el titular del bien y de las cargas que le afectan, así como establecer los criterios de preferencia ante la existencia de derechos en conflicto⁸⁹⁵, por lo que la inscripción se constituye en una publicidad-preferencia. En cambio, en el registro de personas, se inscriben distintos hechos jurídicos relativos a un mismo sujeto, lo cual impide que se produzcan conflictos. En buena cuenta, el sujeto inscrito no puede contradecirse a sí mismo, ni entrar en conflicto con sus propios actos. Por tal motivo, se dice que el

en balde señaló la STS (Sentencia del Tribunal Supremo) del 8 de junio de 1978, “que una extensa jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que los preceptos de un Reglamento por sí mismo, sin invocación de los de la Ley que desarrollan, no puede tomarse como base de impugnación en un recurso por infracción de Ley”: De Eizaguirre, J. (1999), p. 213.

893 Sobre el tema, y a pesar de tratarse de un libro genérico, es esclarecedora la exposición que realiza puntualmente: Messineo, F. (1979), T. II, p. 399.

894 Torrent, A. (1993), p. 1407.

895 Nótese que los fundamentales arts. 2014 y 2022 CC son criterios de preferencia cuando se produce conflicto entre dos sujetos que invocan titularidades sobre un mismo bien, y el registro proporciona esa prevalencia a uno de los contendientes.

registro de personas genera básicamente una publicidad-conocimiento, lo cual significa que los hechos inscritos quedan “notificados” a los terceros en general, sin poder alegarse la ignorancia, pero no basta eso, pues se necesita que esos hechos (conocidos) incidan y afecten a terceros. Es un conocimiento, pero con perjuicio concreto y directo. Este tipo de publicidad no otorga, salvo excepciones, un criterio de preferencia para decidir los conflictos o incompatibilidades de derechos, sino simplemente un efecto absoluto de conocimiento legal del hecho. En tal sentido se dice que este tipo de publicidad da a conocer un cierto hecho, mientras que el primer caso no se conforma con hacer público un hecho, sino que además crea una posición favorable al que inscribe cuando entra en colisión con otro sujeto en determinadas circunstancias⁸⁹⁶. En efecto, debemos tener en consideración lo siguiente: en el registro de bienes el registro constituye un criterio de preferencia de un derecho inscrito frente a otro derecho no-inscrito sobre el mismo bien, es decir, el efecto del registro juega en toda su dimensión con relación a un tercero específico, quien es aquel que adquirió un derecho sobre ese mismo bien. En cambio, en los registros personales, los efectos de la publicidad juegan para cualquiera de los múltiples terceros que entran en relación con la sociedad⁸⁹⁷.

Los derechos reales (como prerrogativas de apropiación sobre una realidad concreta del mundo externo) se constituyen entre sujetos inmediatamente individualizados, por lo cual la mecánica publicitaria solo tiene presencia con un conflicto específico, en cuanto hay muy pocas personas con interés directo sobre el mismo bien; por el contrario, el registro de personas reconoce que éstas son entidades dinámicas que constantemente participan en el tráfico (¡todos los días!), y en donde la mecánica publicitaria se coloca en interés de un grupo elevado de terceros⁸⁹⁸.

3.2. Noción de “tercero”

Los registros personales, como el de sociedades, tiene su propio concepto de “tercero”. Por ejemplo, la sociedad A otorga poder para la venta de

896 Ragusa Maggiore, G. (2002), p. 152.

897 Messineo, F. (1979), p. 399.

898 Ragusa Maggiore, G. (2002), p. 153.

un inmueble, por lo que el apoderado, en ejercicio del cargo, celebra contrato con B, quien será considerado “tercero”, por tanto, si el poder inscrito ya había sido revocado, pero sin que este hecho conste en el registro, entonces la extinción realizada por A no afecta a B. Nótese que el “tercero” (B) no tiene relación con el que recibe el mismo nombre en el art. 2014 CC (adquirente que inscribe su propia adquisición frente a un acto viciado previo), pero ello no significa que sea un error de técnica legislativa, pues en los registros de bienes y en los registros de personas, el tercero es claramente distinto⁸⁹⁹, pues, en el primero las sucesivas transmisiones se inscriben en el propio registro con lo que se forma una cadena tabular; mientras, en el segundo, el acto inscrito (en este caso, el poder) sirve como sustento para un acto patrimonial que no llega a ese mismo registro, y que se realiza fuera de él⁹⁰⁰.

899 Así, LA sentencia del Tribunal Supremo Español de 10.10.2002 establece que: “tanto en la dogmática del Registro Civil como en la del Registro Mercantil se habla sin empacho de ‘tercero’ (...) aunque dicho ‘tercero’ pueda no ser un verdadero ‘tercero civil’ sino, incluso, un ‘segundo’: quien es parte de un acto, contrato o negocio jurídico celebrado con el titular registral (en definitiva, un ‘adquirente’ de derechos personales o reales de titular registral) en mérito de la capacidad o del poder de disposición que se publica de ese sujeto jurídico en el específico registro de personas. Así, quien contrata con un incapacitado o un pródigo o un concursado es un ‘tercero’ en la medida que el eventual contratante es extraño a la constitución de esa situación”: Fernández del Pozo, L. (2013), p. 79.

900 “Tratándose de registros jurídicos de bienes, para explicar la figura de este tercer adquirente se recurre a la distinción inicial de dos relaciones jurídicas distintas: la denominada “relación determinante”, en definitiva la relación de adquisición previa, que refleja el correspondiente asiento registral y la llamada “relación conexa”, en virtud de la cual el tercero toma contacto con la anterior, por lo que las futuras vicisitudes de ésta pueden afectarle y, si lo es en sentido negativo, perjudicarlo. En los registros de personas y hechos, el planteamiento es en cierto modo diferente, puesto que, salvo excepciones, lo que los asientos reflejan no son relaciones en sentido estricto, como conexión entre personas concretas, amparada por el ordenamiento jurídico, sino más bien situaciones jurídicas, entendidas como posiciones estables en las que se encuentran personas o entidades, susceptibles eso sí, de generar relaciones jurídicas, de ser punto de partida de éstas”: Casado, P. (2002), p. 322. En el mismo sentido: Fernández del Pozo, L. (2013), pp. 79-80. Sin embargo, el tercero en los registros de bienes no necesariamente es aquel que deriva su derecho de uno anteriormente inscrito, como señala el autor, pues existen dos tipos de terceros, ambos adquirentes de derechos que han inscrito y que se encuentran en vinculación con una relación jurídica previa o con una relación jurídica paralela (véase en nuestro caso los arts. 2014 y 2022 CC).

Por tanto, el tercero es el sujeto, distinto a los socios⁹⁰¹, que entra en relación voluntaria con la sociedad⁹⁰², normalmente por medio de un contrato⁹⁰³.

El tercero protegido necesita buena fe activa, en concordancia con la STC N° 0008-2015-PI/TC, que debe mantenerse hasta la celebración del acto entre la sociedad y el tercero, pues el registro de sociedades sirve de base para el tráfico, pero no necesariamente para que inscriban el acto (“registro hacia afuera”).

3.3. Eficacia constitutiva (pero, relativa)

La eficacia registral constitutiva significa que una situación jurídica nace desde la inscripción, como es el caso de la personalidad jurídica (plena) de las sociedades. Para ello, es necesario distinguir entre el pacto social y adquisición de la personalidad, pues, el primero queda legalmente consumado con el acuerdo de las partes, incluso tácito, en aportar bienes o servicios para la realización en común de una actividad económica y repartirse los beneficios (arts. 1 y 39 LGS), en cambio, el segundo se adquiere con la inscripción (art. 6 LGS). La exposición de motivos del Código de Comercio lo enuncia con los siguientes términos: “constituye el Registro mercantil la

901 “Tercero” es una persona ajena a la sociedad, lo cual no comprende a los socios, pues ellos forman la voluntad social y quedan vinculados con sus acuerdos (art. 111 in fine LGS)

902 Es aquel sujeto que entra en relación con la sociedad por un acto de tráfico (negocial), es decir, que tuvo como base la posibilidad de conocer el registro y contratar en base de esa información; por lo que no se incluye como terceros a los que se vincularon con la sociedad en forma involuntaria o fortuita. “La confianza tutelada por la norma es aquella que induce al confiante a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, calificado de ‘acto de disposición’ o ‘inversión de confianza’. Por ello, la publicidad negativa no tutela, en principio, al tercero ‘no activo’, es decir, la víctima de un acto ilícito”: De Eizaguirre, J. (1999), p. 238. En el mismo sentido: “se distingue normalmente, en orden al ámbito de protección en el que es defendido el tercero de buena fe, entre situaciones de naturaleza negocial y las de otro tipo, circunscribiendo la aplicación del artículo 15.1 HGB (Código de Comercio Alemán) a las primeras, pero no a las demás en donde esa protección no se entiende justificada. La propia exposición de motivos del HGB excluye expresamente el efecto de la publicidad registral de las relaciones extracontractuales en función de la nula relevancia que en su conformación pueda tener el Registro Mercantil”: Sequeira, A. (1995), p. 1251.

903 En efecto, “tercero será toda persona distinta del causante de la inscripción, es decir, la persona a quien perjudica la inscripción y a quien favorece la no-inscripción”: Garrigues, J. (1987), T. III, p. 77.

única prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil". Este es el requisito formal que la Ley considera necesario para convertir la colectividad de socios en un nuevo y distinto sujeto de derechos, con autonomía jurídica y patrimonial.

Sin embargo, vale aclarar que la "eficacia constitutiva" está vinculada estrictamente con la adquisición de personalidad jurídica perfecta o absoluta, con todo lo que ello implica, pero en ningún caso podrá entenderse que la sociedad no-inscrita o los actos de tráfico que celebre son inválidos. El art. 428 LGS señala expresamente que los contratos de la sociedad irregular son válidos, lo cual implica que la ley reconoce un grado de subjetividad a ese grupo de personas que han decidido actuar en forma unitaria, pero a quienes les falta el requisito de publicidad.

La eficacia constitutiva supone que la falta de inscripción de la sociedad anónima no permite oponer la limitación de responsabilidad, aunque le conste y le sea conocida al tercero⁹⁰⁴. Por tal motivo, la inscripción tiene fundamental importancia para efectos de separar los patrimonios, y, por ende, adjudicar a cada uno de ellos la responsabilidad que le corresponde⁹⁰⁵. En buena cuenta, de esa forma "nace" la persona jurídica en cuanto el tipo social adoptado. Por tanto, el registro sirve para adquirir una perfecta subjetividad y, con ello, una absoluta separación patrimonial, pero, en ningún momento, la actuación válida de la sociedad no-inscrita queda en entredicho⁹⁰⁶. Por tal razón, vale precisar que la inscripción constitutiva tie-

904 Pau, A. (1995), p. 210.

905 "El efecto constitutivo de la sociedad –como se ha dicho- se basa en que solo desde el momento de la inscripción en el registro de empresas se permite la aplicación de la normativa del tipo indicado en el acto constitutivo (comprendida la normativa de la "persona jurídica"): desde el momento de la inscripción en el registro de las empresas, las reglas típicas de los contratos ceden el paso a las reglas propias de los estatutos del tipo (y, en particular, la regla de la unanimidad cede a la regla mayoritaria, incluso para las modificaciones del contrato). Con la inscripción en el registro de empresas surge la organización societaria (entendida como conjunto de reglas de imputación y organización de la actividad común del tipo elegido)": Calvosa, L. (2008), pp. 456-457.

906 La misma solución existe hace más de un siglo, para lo cual basta revisar el art. 24 CCom, todavía vigente: "Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a terceras personas, quienes, sin embargo, podrán utilizarlas en lo favorable".

ne como efecto lograr un especial nivel de personería jurídica; pues otros efectos se producen por el solo hecho jurídico de actuar conjuntamente, sin necesidad de la publicidad⁹⁰⁷.

Fuera del caso de la adquisición de personería, la ley no señala en forma explícita otra hipótesis de inscripción constitutiva, sin embargo, en vía interpretativa deberá aceptarse algunas otras hipótesis:

- a) Fusión por constitución de una nueva sociedad: la inscripción tiene carácter constitutivo, por cuanto este supuesto se reconduce a la exigencia legal de la inscripción como forma necesaria para la adquisición de la personería jurídica. En cambio, en la fusión por absorción se mantiene la personalidad de la sociedad incorporante, por lo cual es dudoso que el efecto quede condicionado a la inscripción. Es cierto que el art. 353 LGS establece que la fusión entra en vigor con la fecha señalada en el acuerdo, sin embargo, esta queda supeditada a la inscripción. Los importantes efectos sustantivos de la fusión, que consisten en la extinción de las sociedades absorbidas, la inexistencia del proceso liquidatorio, la transmisión en bloque del acervo patrimonial y la agrupación de todos los socios en una única sociedad, hacen recomendable que la inscripción se convierta en el signo reconocible idóneo por sus efectos legitimadores y de publicidad⁹⁰⁸.

907 La exposición de motivos del Código de 1902 ya reconoce que las sociedades no-inscritas producen determinados efectos, por lo cual la inscripción supedita solamente la adquisición de la personalidad. "como consecuencia del mismo principio, se deroga la legislación anterior sobre los efectos de la no inscripción de las escrituras de sociedad y de los poderes conferidos á los factores; declarando, en armonía con la teoría general del Registro de la propiedad territorial, que estos contratos surtirán efecto entre los otorgantes; pero no en perjuicio de tercero, quién, sin embargo, podrá utilizarlos en lo que sean favorables".

908 Esta postura ha encontrado acogida en una decisión del Tribunal Registral: "... La nueva Ley señala asimismo, que sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes, produciéndose la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas con la inscripción de la fusión; Que, así como la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción, la culminación de la existencia de la persona jurídica se produce también con la inscripción de su extinción, resultando que mientras no se inscribe la extinción la personalidad jurídica se mantiene": RTR N° 039-2000-ORLC/TR de 17.02.2000.

- b) Escisión: el art. 378 LGS prescribe que la escisión está supeditada a la inscripción. Sin embargo, nuevamente el primer párrafo de este artículo hace dudosa la solución cuando establece que la escisión entra en vigor con la fecha fijada por el acuerdo societario.
- c) Transformación: el art. 341 LGS permite concluir que la inscripción tiene eficacia constitutiva, aunque una vez más se incurre en el defecto de agregar un enunciado que desvirtúa la anterior solución, pues se establece que la transformación resulta vigente desde el día siguiente de la fecha de la escritura pública respectiva.
- d) Extinción: tiene carácter constitutivo, por lo que solo concluye la personería con la inscripción (art. 6 LGS), sin embargo, una vez más cabe resaltar que el efecto constitutivo nunca es absoluto, ni puede imponerse a la realidad. Por ejemplo, si la sociedad se extinguió, pero quedaron subsistentes obligaciones no pagadas, entonces los acreedores podrán accionar judicialmente contra socios y/o administradores⁹⁰⁹.

3.4. Eficacia de oponibilidad

Aquí es necesario diferenciar claramente dos planos: primero, el del hecho jurídico, que existe y es válido; segundo, el de la publicidad de ese hecho. En el caso de las inscripciones en el registro de sociedades, la diferencia de planos es evidente, salvo en algunos pocos casos: el hecho jurídico existe y es válido sin necesidad de inscripción (por ejemplo: el otorgamiento de un poder)⁹¹⁰, pero otra cosa es la publicidad de ese hecho -que antes ya era un “ser”, lo que da lugar a determinados efectos o consecuencias jurídicas. En contrario, la eficacia constitutiva presupone que el hecho jurídico no está consumado sin la inscripción, y si bien se origina normalmente con un acto

909 “inscrita la liquidación y extinción, esa circunstancia puede hacerse valer contra terceros demandantes. Obviamente, eso sí, pueden demandarse socios y anteriores administradores o liquidadores responsables”: Fernández del Pozo, L. (2013), p. 89.

910 “Por regla general, la inscripción no añade al acto inscrito nada respecto de su eficacia jurídica. Así, la revocación de un poder surte todos sus efectos entre el mandante y el mandatario, una vez comunicada la revocación al apoderado; sin que su inscripción en el Registro Mercantil constituya requisito de su eficacia. Por tal razón se habla en tales casos de eficacia puramente declarativa de la inscripción”: De Eizaguirre, J. (1999), p. 227.

o negocio extra-registro, sin embargo, el nacimiento de la situación jurídica requiere del registro. “La inscripción declarativa perjudica al tercero, pero, además, permite que la publicidad extrarregistral (conocida por el tercero) le perjudique también. La inscripción constitutiva es, sin embargo, ella misma la vía única y excluyente de cualquier perjuicio del tercero”⁹¹¹.

En buena cuenta, el efecto de publicidad-conocimiento implica que la inscripción del hecho incide sobre cualquier tercero, pues se entiende que este lo conoce; por su parte, la falta de inscripción del hecho implica que este no es conocido por el tercero, ante lo cual le es inoponible. La ley pone en evidencia la eficacia negativa, que está ligada a la ignorancia del hecho, no a su existencia o inexistencia⁹¹². En doctrina se dice que el efecto más eficaz de la publicidad es proteger a quien “no sabe”, y que por ello confía en la información que existe en el registro⁹¹³. Así ocurre, normalmente, pues los casos conflictivos se solucionan en gran medida a través de la llamada publicidad negativa. Además, y sobre este mismo punto, debe tenerse en cuenta que la oponibilidad no puede catalogarse como efecto propio de la inscripción, puesto que opera cuando la realidad jurídica y el registro coinciden absolutamente, por lo cual fácil es entender que el efecto lo produce más bien la propia realidad (Paz Ares)⁹¹⁴.

La publicidad-conocimiento en el registro de personas jurídicas, o de sociedades, se diferencia notoriamente con el de publicidad-preferencia, de los registros de bienes, en los cuales el registro sirve para dirimir derechos enfrentados.

911 Pau, A. (2001), p. 904.

912 La mejor doctrina dice lo siguiente: “Los actos y hechos para los para los que esté prevista y realizada la inscripción devienen oponibles frente a terceros desde el momento de la inscripción, y no se admite la prueba de la ignorancia no culpable; se crea, así, una presunción absoluta de conocimiento por los terceros (denominada eficacia positiva). Hasta que no se produzca la inscripción, por el contrario, los actos o hechos para los que esté prescrita no son oponibles a terceros, a menos que se demuestre el efectivo conocimiento por parte de estos: se crea, así, una presunción relativa de no conocimiento (denominada eficacia negativa)”: Motti, C. (2008), p. 114.

913 Vicent Chuliá, F. (2006), p. 147.

914 Cit. De Eizaguirre, J. (1999), p. 233, aunque este no se muestra conforme con dicha afirmación.

3.4.1. Oponibilidad positiva

a) Definición: hecho inscrito perjudica a tercero

El juego de la publicidad registral meramente declarativa presupone que el hecho jurídico existe y es válido, es decir, el evento debe haber acontecido eficazmente en el mundo del derecho. Un tema distinto es impugnar la validez (o existencia) del propio acto inscrito, ya que eso nos lleva a un principio distinto, el de fe pública. La distinción es clara en doctrina, aunque con distintos nombres⁹¹⁵. Por tal motivo, todo acto inscrito se reputa conocido por los terceros en forma general, sin que tenga relevancia la eventual falta de culpa en la consulta del registro (art. 2012 CC, concordante con el art. 26 CCom). Pero, este conocimiento no es suficiente, en tanto se necesita que el hecho jurídico (conocido) sea oponible por el solo mérito de la inscripción. Por ello se dice que la publicidad positiva beneficia al sujeto que inscribe, en este caso a la sociedad, pero perjudica al tercero que sufre un riguroso régimen de oponibilidad absoluta.

Para la doctrina está claro que se trata de un principio obvio, que se basa en la primacía de la realidad jurídica; así, un hecho significativo (verídico) puede ser opuesto a terceros, y especialmente si además está inscrito⁹¹⁶. En buena cuenta, la inscripción se opone al tercero de manera absoluta, con lo cual se establece un conocimiento legal, y no una simple presunción de conocimiento que podría ser materia de objeción. El art. 26 CCom

915 Por ejemplo, la doctrina alemana denomina “publicidad negativa” a la de mero conocimiento/desconocimiento del hecho, mientras que el efecto de fe pública registral, o convalidación para el tercero del acto nulo, se llama “publicidad positiva”. En tal sentido, “hay que distinguir entre los casos de inoponibilidad de lo no inscrito (publicidad negativa, en la jerga al uso entre ellos; omisión de la inscripción *ex* § 15,1 HGB) y los que caen bajo el principio de fe pública registral (publicidad positiva, por publicidad legal inexacta o no conforme con la realidad jurídica extrarregistral; § 15,3 HGB)”: Fernández del Pozo, L. (2013), p. 77.

916 Schmidt, K. (1997), p. 409. El autor alemán lo llama “efectos de la correcta inscripción y publicación”, el cual está regulado en el art. 15, 2º párrafo, CCom Alemán. En la doctrina de ese país es común que el nombre de “publicidad positiva” se asocie con la fe pública. En el texto principal prefiero que la “publicidad positiva” se asocie con la oponibilidad, como lo hace la doctrina italiana, y ello por un fundamento sistemático. Sin embargo, este problema terminológico no puede ocultar el hecho que el efecto de publicidad y el efecto de fe pública son hipótesis distintas, aunque el uso del mismo nombre pueda llevar a confusión.

lo consagra en forma expresa: *“Los documentos inscritos solo producirán efecto legal en perjuicio de terceros, desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados”*. Nótese que esta norma no se limita a establecer una presunción absoluta de conocimiento, como el art. 2012 CC, pero sin dilucidar con qué fines se le establece, sino que avanza a fijar la consecuencia concreta: las inscripciones “producirán efecto legal en perjuicio de terceros”.

Este efecto resulta especialmente riguroso, en cuanto establece una ficción directamente perjudicial al tercero (v.g. una sociedad concede poderes a su gerente que no comprende la facultad de vender inmuebles, que se inscribe en el registro; empero, a pesar de tal situación, el gerente vende un inmueble; en tal caso, el comprador (tercero) no podrá alegar válidamente que desconocía esta limitación, incluso, aunque efectivamente no haya podido consultar el registro por causas extraordinarias (ejemplo: catástrofe), y se encuentre en situación de ausencia de culpa⁹¹⁷. Este efecto de la publicidad registral, y su estricta mecánica, pretende favorecer al sujeto inscrito, y, con ello, al tráfico en general. Otro ejemplo que puede darse es el siguiente: un socio colectivo ya dejó de pertenecer a la sociedad, en virtud de un acuerdo de modificación parcial del pacto social, por lo que dejó de ser responsable solidario de las deudas sociales. Si el acto de rescisión parcial del socio está inscrito en el registro, entonces el tercero quedará afectado por el hecho jurídico inscrito, por lo que deberá sufrir la consecuencia de que el socio no responde más por las obligaciones de la sociedad, haya consultado el registro, o no.

b) Excepciones

En suma, la publicidad no crea el hecho jurídico, el cual existe y es válido por sí mismo. Sin embargo, una excepción a la publicidad se presenta si el tercero busca ampararse en un hecho no-inscrito que enerve o mediatice los efectos de lo inscrito y, por tanto, lo favorezca. Este resultado es posible por cuanto el hecho existe en el mundo jurídico, sin importar su falta de inscripción, por lo que el tercero podrá utilizarlo o invocarlo en su favor. Nótese que la inscripción favorece a la sociedad en tanto le dispensa de cual-

917 Sánchez Calero, F. (1986), p. 73.

quier otra prueba respecto del conocimiento general de un hecho jurídico, pero ello no impide que el tercero pruebe (lo que en la práctica puede ser muy difícil) que el hecho no-inscrito sí existe. El art. 16 *in fine* LGS señala que toda persona puede ampararse en los actos o acuerdos adoptados por la sociedad, en cuanto le favorezcan, y sin importar su falta de registro. Por tanto, aquí prima la realidad por sobre el formalismo registral. En la misma línea se encuentran los arts. 25 y 29 CCom, los cuales autorizan que el tercero invoque el hecho no-inscrito en cuanto le sea favorable.

Por tanto, la primera excepción a la oponibilidad del registro consiste en que el tercero pueda probar la existencia de un hecho no-inscrito de la sociedad, que la vincula u obliga. La realidad jurídica, cuando se prueba frente al sujeto inscrito, se impone a la publicidad. Un ejemplo es el art. 14 LGS, el cual señala que el nombramiento de administradores y demás apoderados de una sociedad surte efectos desde la aceptación expresa o tácita de quien recibe los poderes. Es decir, se tiene la condición de apoderado desde que se acepta el nombramiento, y no desde que este se inscribe. Una vez más, el hecho relevante es la realidad, y si el tercero la conoce a través de mecanismos extrarregistrales, pues este hecho se opone a la sociedad. La misma situación acontece con el art. 17 LGS, en el que se otorga completa eficacia a los poderes no registrados, bastando para ello que el tercero lo invoque a su favor. Un ejemplo más de la llamada “oponibilidad de la realidad”. Como dice Cándido Paz Ares, “en realidad, la oponibilidad (...) no puede catalogarse como efecto propio del Registro, puesto que solo opera cuando la realidad extrarregistral coincide con la registral, debiendo entenderse, por tanto, que el efecto lo produce la realidad y no el Registro”.

Otros ejemplos adicionales ayudarán a entender esta excepción: Uno, la sociedad se niega a reconocer un contrato por cuanto el apoderado que lo celebró no está inscrito, sin embargo, si el tercero comprueba la existencia del acto de poder (por ejemplo: con una copia certificada del libro de actas), entonces la sociedad queda obligada, pues el hecho jurídico (poder) existe y el tercero puede invocarlo en su favor. Dos, un tercero invoca la responsabilidad solidaria del socio colectivo cuyo ingreso a la sociedad mediante el acuerdo de modificación de pacto social, no consta inscrito. Empero, si el tercero comprueba la existencia del acuerdo de incorporación entonces

rige este, aunque carezca de inscripción, por lo cual dicho socio colectivo, no-inscrito, igual responde por las deudas sociales.

Una segunda excepción del principio de oponibilidad registral se produce cuando el sujeto inscrito crea una apariencia incompatible con el registro; pues, a nadie está permitido que engañe a los terceros con una apariencia, y luego desdecirse de la misma a través de la información contradictoria del registro. Ello sería contrario a la buena fe, pues nadie puede oponer a otro su propia torpeza; en este punto existe coincidencia en la doctrina más autorizada⁹¹⁸. Por tal razón, se dice que no solo el tercero debe contar con buena fe, sino que también debe exigirse lo propio a la sociedad (sujeto inscrito). Por ejemplo: la sociedad tiene un apoderado notorio, con fama pública de tal y con poder de decisión, sin embargo, en un litigio se niega tal apariencia, pues se aduce que el apoderado es otro, por lo que los actos de aquel no obligan a la sociedad. En tal caso, la conducta incoherente del sujeto inscrito, contraria a la buena fe, hace que no pueda invocar el registro en contra de sus propios actos. Así, luego de “la revocación de un apoderamiento, se mantiene pese a todo en su actividad de apoderado con las credenciales correspondientes (poder, rótulo de apoderado en su lugar de trabajo, etc.). Este hecho aparential adicional y específico anula la eficacia destructora de la inscripción”⁹¹⁹. Sobre el particular, se dice, también, que la protección de la confianza, en base a una apariencia, puede ser más fuerte que la oponibilidad del registro, ya que la confianza en las actuaciones y declaraciones tiene más peso en el tráfico que el contenido del registro, que normalmente no se consulta, salvo para las operaciones de relevante importancia económica⁹²⁰. El art. 280 CCom da suficiente base normativa para sostener esta afirmación, conforme lo veremos luego, con más detalle.

918 Vicent Chuliá, F. (2006), p. 147.

919 De Eizaguirre, J. (1999), p. 234, quien cita en su apoyo a los profesores alemanes Canaris y Schmidt.

920 Schmidt, K. (1997), p. 410, quien agrega, en afirmación que debe compartirse, que la apariencia solo puede oponerse de acuerdo con las circunstancias del caso particular, específicamente cuando la fuerza de los hechos sean de tal magnitud que no puedan ser desconocidos; en caso contrario, el efecto del registro podría quedar peligrosamente debilitado.

3.4.2. Oponibilidad negativa

a) Definición: hecho no-inscrito no perjudica a tercero

Por el contrario, cuando un hecho jurídico otorgado por la sociedad, no se inscribe, entonces no perjudica a tercero, por lo cual, para él, es como si tal hecho no existiera. La falta de inscripción beneficia al tercero, quien reputa no existente el acto no-inscrito, y perjudica al sujeto que debió inscribir, pero no inscribió, que es la sociedad. La falta de inscripción favorece al tercero por cuanto la sociedad no cumplió con la carga de inscribir un hecho referido a sí mismo. El art. 25 C Com, referido a actos en general, regula este principio cuando establece de manera elíptica (por remisión a otras normas), que la falta de inscripción no perjudica a terceros; en el mismo sentido se encuentra el art. 29 CCom, por el cual los poderes no-inscritos no pueden utilizarse en perjuicio de tercero. En suma, la ausencia de inscripción protege al tercero de buena fe frente a divergencias de la realidad referidas a la situación legal normal (cuando la ley señala tal condición), o protege al tercero frente a las divergencias referidas a la situación precedente (cuando hay acto inscrito o conocido, cuya modificación no se registró)⁹²¹.

Los actos sujetos a inscripción y no inscritos, no afectan a los terceros, salvo que estos lo invoquen para favorecerse con el conocimiento extrarregistral del hecho. Por ejemplo: una sociedad revoca el poder a un gerente inscrito, sin embargo, omite inscribir la revocatoria; aquí los terceros no podrán ser perjudicados por la revocación no inscrita, quienes mas bien serán amparados por la inscripción previa que no ha sido modificada desde la perspectiva tabular. Otro ejemplo: un socio colectivo ha permanecido inscrito, a pesar de haberse modificado el pacto social con su salida; por tanto, el tercero que no conoce la modificatoria no podrá ser afectado por ella, con lo cual el socio colectivo (inscrito, pero que en la realidad ya no lo es) deberá responder por la obligación.

Nótese la diferencia entre el conocimiento y el desconocimiento: en el primero, la realidad es oponible a todos; en el segundo, la realidad no es oponible al tercero de buena fe, por cuanto existe un contenido previo del

921 De Eizaguirre, J. (1999), p. 238.

registro, o un contenido que conoce extra-registro, que no ha sido modificado⁹²².

b) Excepciones

La falta de inscripción también tiene excepciones, y para ello debe recordarse que la situación jurídica no nace con la inscripción, sino que pre-existe y es válida para el mundo del derecho, lo que autoriza a cualquiera para invocar el hecho no-inscrito.

Por la primera excepción es posible que la sociedad pruebe que el tercero sí conoce el hecho, por lo que este se encuentra en estado de mala fe, pues tiene conocimiento extrarregistral de la realidad, con lo cual se enervan los efectos de la inoponibilidad. Esta excepción se deduce del principio general de buena fe que se encuentra presente en todas las normas sobre protección de terceros. En efecto, el registro sirve para confiar en una determinada información, y que el tercero no se vea afectado por datos ocultos, sin embargo, sería intolerable que un tercero que conoce la situación real, discordante con el registro, sea finalmente protegido y amparado por efecto exclusivo de un formalismo tabular. La mala fe, del tercero en este caso, no puede ser objeto de tutela. La doctrina considera que el tercero que invoca la inoponibilidad del acto no inscrito debe contar con buena fe, esto es, no basta que alegue la falta de inscripción, además, debe desconocer la existencia del acto no inscrito. Evidentemente, la carga de la prueba recae en el que pretende negar la buena fe, que en este caso sería la sociedad (o en general, el sujeto inscrito). Sobre el particular, José Girón Tena sostiene que las relaciones normales entre publicidad material y de hecho exige que no se premie la inmoralidad que supone valerse de la publicidad, beneficiándose de sus efectos, a pesar de que el tercero conociera efectivamente el hecho de que se tratase. En el mismo sentido opina Manuel de la Cámara, para quien debe condicionarse la protección derivada de la publicidad negativa del registro al desconocimiento efectivo de la realidad, en tanto la buena fe es un principio cardinal del ordenamiento jurídico⁹²³. En nuestro país, recientemente, se ha cuestionado la necesidad de la buena fe, especialmente

922 Ibid., p. 235.

923 Cit. Esturillo, A. (1992), p. 302.

por autores influenciados por el economicismo, en tanto dicho requisito generaría inseguridad y debilitaría la eficacia de la inscripción. Sin embargo, afirmaciones de este tipo se refutan fácilmente si tenemos en cuenta que el registro es un medio y no un fin, por lo que el automatismo no es algo deseable, si con ello el registro, creado para tutelar la honestidad y la confianza, resulta protegiendo al malicioso y fraudulento. Por lo demás, en el Derecho moderno se advierte una tendencia progresiva a debilitar los preceptos relativos a la forma en base al fortalecimiento del principio de buena fe⁹²⁴. Por tanto, la polémica, en los últimos tiempos, ha amainado conforme se reconoce en grado sumo la importancia de la honestidad en la actuación de los individuos. Por tanto, la inoponibilidad queda descartada si se prueba que el tercero conoce el acto no inscrito⁹²⁵. En los casos anteriores, si la sociedad ha comunicado al tercero la revocación del poder, aunque no haya inscrito el acto de revocación, igual este será oponible por virtud del conocimiento efectivo y real del hecho, esto es, porque el tercero tiene mala fe. Otro ejemplo puede darse si la sociedad prueba que el tercero conoce que el socio colectivo ya se retiró, por lo que dicho socio no responde de la deuda frente a ese tercero que conocía la realidad jurídica, al margen del registro.

Un sector de la doctrina opina que, para destruir la buena fe del tercero, debe probarse la existencia de un conocimiento efectivo de la inexactitud o del hecho no-inscrito; por tanto, no se considera tercero de mala fe al que vagamente tiene noticias de un hecho no inscrito, y sobre cuya realidad o verdad puede tener, además, dudas⁹²⁶. Sin embargo, esta interpretación favorecedora de una buena fe forzada, puede cuestionarse desde la perspectiva de que la exagerada protección del tercero hace que se derogue la

924 Amorós Guardiola, M. (1967), p. 1581.

925 Sobre este tema, se ha opinado lo siguiente: "Desde luego que parece un abuso del lenguaje hablar de protección registral de hechos no inscritos, y no tengo inconveniente en admitirlo o decir que es una paradoja. Pero hablo de protección registral al tercero de buena fe que desconoce los hechos sujetos a inscripción y no inscritos porque esa protección solo se brinda frente a los hechos, actos e indicaciones inscribibles, es decir, frente a aquellos actos que teniendo trascendencia para el tráfico deberían haber sido inscritos y no lo fueron. El Registro protege por lo que dice y por lo que no dice; y en este caso se protege por lo que no se dice pero que debió haberlo dicho (actos sujetos a inscripción y no inscritos)": Torrent, A. (1993), pp. 1413-1414.

926 Farías, M. (1998), pp. 913-914.

realidad jurídica, en perjuicio también de un interés digno de tutela, por lo que la solución racional es suponer que la buena fe se pierde cuando el tercero actúa con culpa, esto es, omite una diligencia mínima de comprobación de las situaciones que se le presentan a la vista y que deberían haberlo hecho dudar respecto de la exactitud del registro, lo cual se encuentra sólidamente respaldada con la STC N° 00018-2015-PI/TC.

Una segunda excepción se presenta cuando el tercero invoca y prueba el hecho no-inscrito, teóricamente en su perjuicio, pero que en la práctica resulta a su favor. Nótese la diferencia con el caso anterior, en donde la sociedad es quien prueba el conocimiento del tercero en relación con el hecho no-inscrito. El ejemplo típico es la celebración de un contrato entre la sociedad y un tercero, para lo cual este basa su actuación en el poder inscrito del representante, y aduce la ignorancia de la revocatoria no-inscrita; sin embargo, luego el tercero se da cuenta de la conveniencia de desligarse del negocio (por ejemplo: consiguió un comprador que ofrece un mejor precio). La doctrina alemana habla del derecho de elección del tercero, por el cual este elige la situación más favorable para sí, ya sea el registro o el hecho no-inscrito. El tema ha generado dudas, pues parece abusivo que se pueda optar entre una situación de hecho ficticia y otra verdadera, en cuyo caso no habría más que decidir el caso por efecto de la situación real. Sin embargo, debe darse como valor entendido que el tercero, al momento de celebrar el negocio, no conoce la realidad jurídica (en caso contrario tiene mala fe, y estamos en la hipótesis de excepción anterior), por lo que el derecho de opción solo se manifiesta después de celebrado el negocio, cuando el tercero toma conocimiento de esas dos posibilidades a su favor, ya sea el registro o la realidad; por lo demás, la doctrina ha sabido perfeccionar los conceptos, y así dice, para que no suene chocante, que el tercero no opta por las circunstancias de hecho, sino por sus consecuencias jurídicas⁹²⁷. La cuestión alcanza para una monografía. Por ejemplo, si el tercero contrata con una sociedad a través de un apoderado inscrito, pero ya revocado, genera el derecho de optar por la realidad (revocación) o por el registro (poder); en el primer caso deberá accionar contra el falso procurador por resarcimiento

927 Schmidt, K. (1997), p. 422.

de daños; en el segundo caso buscará la ejecución del contrato; si el tercero decide accionar contra el falso procurador, y luego de advertir su insolvencia ¿será posible optar ahora por dirigirse contra la sociedad? La doctrina alemana señala que es posible la variación, pues el tercero no opta por una cuestión de hecho, sino por un mecanismo de tutela jurídica. Igual duda se genera si el tercero opta por demandar a ambos, claro que, bajo títulos distintos, en cuyo caso también opina por la respuesta favorable, ya que mientras la sociedad no haya consentido el acto sin poder, entonces no hay razón para liberar al procurador falso⁹²⁸. Nótese las grandes dificultades de orden sustantivo que surgen de la aplicación de esta doctrina. Un caso también de elección del tercero, pero conjunta, se produce cuando este pretende ampararse en el registro y simultáneamente en la realidad. Por ejemplo: un acreedor exige la responsabilidad del socio colectivo ya retirado, pero que todavía figura inscrito, pero en la misma inscripción consta que la sociedad solo se obliga con la firma conjunta de dos socios-administradores, sin embargo, el acreedor no solo pretende basarse en la inscripción que lo favorece por la responsabilidad del socio, sino que también pretende ampararse en la escritura pública de retiro del socio, por cuanto en esa situación, la sociedad queda obligada con la firma de uno solo de los administradores. Nótese que el tercero invoca, al mismo tiempo, el hecho inscrito y el hecho no-inscrito, pero ambos contradictorios, ya que al conocer este último, entonces no puede alegar la responsabilidad del socio colectivo, que no tiene esa condición; por el contrario, si alega solo el hecho inscrito entonces la sociedad no está obligada por falta de la doble firma. En caso de alternativas contrapuestas, no es posible que el tercero ejerza la doble opción simultánea, pues ella atenta contra la buena fe⁹²⁹; y un tercero de mala fe no puede ser tutelado por el registro.

Por último, uno de los puntos que ha motivado mayor debate es si el desconocimiento requiere que exista un acto previo inscrito, y luego un acto

928 Ibid., pp. 422-423.

929 Vicent Chuliá, F. (2006), p. 147. En la doctrina alemana, de donde surge el ejemplo, la opinión mayoritaria se decanta por rechazar la figura, sin embargo, los Tribunales Alemanes han optado por admitir la doble elección conjunta. Así lo narra Schmidt, K. (1997), pp. 424-425, quién por su parte, y, en contra de la opinión mayoritaria, se muestra decididamente a favor de la decisión judicial.

posterior no-inscrito, ante lo cual el tercero, por ignorancia de este último, confía en la situación generada por el acto inscrito. Una primera postura señala que no es posible que se produzca el efecto negativo cuando no hay el acto previo inscrito; por ejemplo: no se inscribió la revocatoria, pero tampoco se inscribió el poder. En tal sentido, se dice: “Ordinariamente, el principio de la publicidad negativa se refiere solo a las modificaciones y a la extinción de las relaciones jurídicas anotadas en los libros del registro. Tal es el caso de los supuestos citados. Se protege la confianza en la subsistencia de los hechos anteriormente inscritos”⁹³⁰. Sin embargo, en la doctrina alemana, la opinión predominante, pero no uniforme, es la contraria, por lo que no se necesita de la inscripción del acto previo para efectos de que el tercero reciba protección, pues lo decisivo en este caso es el silencio del registro; es decir, el elemento clave de la publicidad negativa es que un hecho favorable al sujeto que tiene la obligación de inscribirlo (revocatoria), queda finalmente fuera del registro; y viceversa, no es necesario que un hecho favorable al tercero y que este quiera hacer valer (poder), haya sido inscrito. En suma, la doctrina alemana discute entre la necesidad de una protección concreta de la confianza en virtud de un acto inscrito que la genere (primera tesis), o si basta una protección abstracta de la confianza (algunos, como John, hablan de “confianza tipificada”), sin necesidad de confiar en un determinado hecho notorio (segunda tesis)⁹³¹. El profesor alemán Schmidt se pregunta si lo relevante es que el tercero confíe en el contenido registral o que el sujeto inscrito tenga razones para alertar al tráfico mediante la inscripción. Según él, el sujeto inscrito asume la responsabilidad por la falta de inscripción tan pronto como corresponda al interés del tráfico; por tanto, lo importante no es que se haya inscrito el poder (acto primigenio), sino que falte el registro de la revocatoria, pues ello activa la responsabilidad, en este caso, de la sociedad⁹³². Si bien esta segunda postura es la que mejor tutela los intereses que se encuentran en pugna⁹³³, sin embargo, se pueden presentar algunas

930 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 74.

931 Schmidt, K. (1997), p. 414.

932 Ibid., p. 417. En este punto debe recordarse que este registro se considera de “responsabilidad”.

933 “Las dudas se plantean cuando se está ante situaciones no registradas pero que son modificadoras de una situación anterior que tampoco había tenido acceso al Registro Mercantil.

hipótesis francamente dudosas, en las que resulta injusto no haber exigido la inscripción del acto primigenio, tal y como resalta Alfred Hueck en el siguiente ejemplo clásico: Una sociedad colectiva está formada por A y B; luego ingresa C, quien casi en forma inmediata se retira por problemas de salud; luego de muchos años después, la sociedad, así como A y B caen en quiebra, ante lo cual se pide que C responda en forma individual por las deudas sociales⁹³⁴. Para solucionar estos casos extremos se propone que si C nunca había llegado a actuar como socio, desde el punto de vista de la protección abstracta del tráfico, entonces tampoco hay la necesidad de llamar la atención del tráfico sobre la extinción de una situación que nunca generó confianza en nadie; en otras palabras, solo si un poder o la incorporación como socio hubieran sido puestos en el mundo, existe motivo para que el sujeto inscrito también recurra al mundo, llamando la atención respecto a la extinción de un poder o del retiro del socio. Esta se convierte, así, en una hipótesis más de restricción de la inoponibilidad, por la que el tercero no puede encontrar protección de la falta de inscripción, en cuanto una determinada situación jurídica no ha actuado en el tráfico, y siendo así, la falta de inscripción o notoriedad de la situación jurídica, así como de la revocación o modificación, resultan intrascendentes⁹³⁵.

3.5. Eficacia convalidante en favor de tercero (fe pública registral)

3.5.1. Función

El juego de la publicidad conocimiento/desconocimiento presupone que el hecho jurídico exista y sea válido, es decir, que exista el suceso en el

En tanto en cuanto que el tercero había confiado originalmente en una situación extrarregistral se ha estimado por un sector de la doctrina que esta misma confianza la debería de haber tenido con respecto a las situaciones que la modificaban. No solo la afirmación parece que debe limitarse en su alcance con respecto a aquellas modificaciones que en ningún momento se exteriorizaron, sino que además no se estima acertada en cuanto se responsabiliza al tercero de una opción que nunca pudo evitar y de cuya falta de acceso al Registro no puede responder. El tercero se ha de ver amparado claramente frente al silencio registral con respecto a modificaciones de situaciones ya inscritas, pero también frente a aquellas otras que alteran situaciones no registradas o que modifican el régimen de derecho dispositivo que las regula sin tener el correspondiente reflejo registral": Sequeira, A. (1995), p. 1252.

934 Cit. Schmidt, K. (1997), p. 415.

935 Ibid., pp. 417-418.

mundo fenomenológico y que sea válido en el mundo del derecho. En tal caso, no hay debate sobre el hecho, sino sobre la publicidad de ese hecho. Sin embargo, un tema distinto se presenta cuando la inscripción es irregular o indebida, pues nunca debió realizarse, en tanto el hecho es inválido, a pesar de lo cual, la inscripción terminó efectuándose⁹³⁶. Por tanto, una cosa es el problema del hecho jurídico válido, que puede haberse inscrito o no, lo cual da lugar a que se apliquen las reglas de la publicidad conocimiento/desconocimiento; y otra cosa muy distinta ocurre cuando el hecho no es válido, pero igual se logró inscribir, con lo que se genera una legitimación engañosa que puede ocasionar perjuicios a los terceros. En este segundo ámbito, juega exclusivamente el llamado principio de fe pública, por virtud del cual se establecen los efectos que produce una inscripción, aun cuando contenga un hecho inválido.

Vamos a poner un ejemplo para aclarar en forma definitiva la aplicación de uno y otro. La sociedad A otorga un poder y lo inscribe, luego revoca el poder, pero no lo inscribe, por lo que el tercero B cuenta con la situación previa del poder inscrito, sin que le afecte la revocatoria oculta. Aquí entra en juego, la falta de inscripción del hecho jurídico que no perjudica a tercero. Un caso distinto se presenta si el poder otorgado por la sociedad A es nulo, pese a lo cual consta inscrito. La segunda hipótesis no se refiere a la inscripción o falta de inscripción de un hecho válido, sino a la inscripción

936 Sobre el particular, hay que estar prevenidos respecto a la cuestión terminológica. Por ejemplo, De Eizaguirre, J. (1999), p. 241, considera que la publicidad positiva se refiere a las situaciones en que el registro informa un dato inexacto, con lo cual en realidad se está hablando de la fe pública. Con pleno conocimiento de causa, y no por error, el profesor español opta por esta solución terminológica, propia de la doctrina alemana, que, por nuestra parte, preferimos desoír, en virtud de los siguientes fundamentos: a) Las frases "publicidad positiva" y "publicidad negativa" aluden a los dos reversos de un mismo fenómeno, por lo cual no sería posible que uno exista sin el otro; sin embargo, en muchos ordenamientos se admite la inscripción-conocimiento, pero no el de la inscripción-convalidante, con lo cual se daría el paradójico caso de un sistema que admite la publicidad negativa, pero no la positiva, con el consiguiente caos en el discurso jurídico; b) los requisitos legales de aplicación de uno u otro tipo de publicidad no siempre es coincidente; c) por nuestra tradición jurídica, pues el término "fe pública" está fuertemente enraizado, e incluso, a veces, supera su natural ámbito de aplicación.

En la doctrina italiana, están claramente diferenciadas ambas hipótesis con denominaciones distintas: Ragusa Maggiore, G. (2002), pp. 145-146, a diferencia de Alemania, en la que se usa "publicidad positiva" para referirse a la "fe pública". Véase: Schmidt, K. (1997), p. 427.

de un hecho inválido, lo que se resuelve con la regla adoptada por cada ordenamiento nacional respecto de la fe pública, pues si el legislador lo rechaza, entonces la sociedad A queda desvinculada del poder, pues podrá aducir eficazmente la nulidad; mientras que B no tendrá protección alguna. En contra de lo que pudiese pensarse, son muchos los sistemas jurídicos que rechazan el efecto de fe pública en forma general o absoluta, en tanto se considera excesivo que la simple apariencia de un hecho, en vista de la nulidad, se convierta drásticamente y de forma taumatúrgica en realidad⁹³⁷. Por el contrario, si la ley estableciera este principio, entonces A no podría liberarse y, en consecuencia, B quedaría protegido por virtud de su confianza en el registro, aun cuando este sea inexacto por contener un hecho nulo

937 Es el caso, por ejemplo, del Derecho italiano, en el cual se dice lo siguiente: "Del registro se siguen todos los efectos previstos por el declarante, solo si a la verdad presunta el hecho declarado corresponde la verdad de su contenido. Al tercero es, pues, oponible el hecho, no su verdad o realidad, que pueden ser negadas por el tercero, quien podrá probar la divergencia entre el hecho declarado y verdad del hecho, o directamente la inexistencia del hecho (por ej. el socio de una sociedad de nombre colectivo ha hecho registrar su receso, con la finalidad de no responder por las deudas asumidas por la sociedad después del receso, mientras en efecto ha continuado a operar con la sociedad). La fórmula del arto 2193, inciso 2º, es bastante clara en su propósito: no es oponible por parte del tercero su ignorancia de los hechos sujetos a publicidad (y publicados), pero puede ser demostrado que el hecho inscrito era falso o inexistente. Además, el tercero podrá probar que el hecho no podía ser opuesto, puesto que la situación que él refleja se refiere a un acto inválido, por nulo o anulable. En la realidad y en la validez de la situación están interesados todos los terceros, pero los ajenos a la situación no tienen un poder de acción: esto incumbe solo a los interesados directamente y en consecuencia al declarante o a quien de la declaración podría recibir un perjuicio directo. Esta identificación del sujeto a quien incumbe el poder de actuar se podría también configurar como presencia -en contraste con una posición genérica de intereses (que es relativa a los terceros que carecen de un poder inmediato y directo de acción)- del titular de un derecho subjetivo. Es ciertamente exacto lo que afirma Pavone La Rosa que la inscripción es puesta en interés del público y que por ello no debe resolverse en una vejación de los terceros constreñidos a aceptar como verdadera una señalización no conforme a la realidad, pero debe precisarse que la impugnación de la señalización puede ser hecha solo por quien sufra el perjuicio y no por cualquiera. Es verdad, en cambio, que el interés general en la verdad de los hechos inscritos puede traducirse en una señalización al juez del registro, para que provea a su cancelación. De quien lo solicita, confirma el carácter de voluntaria jurisdicción de los proveídos del juez del registro, puesto que la inscripción no es definitiva, sino revocable y modificable en cualquier momento": Ragusa Maggiore, G. (2002), pp. 145-146.

(efecto de fe pública referido a un hecho jurídico inválido)⁹³⁸, sin embargo, incluso en tal caso, se requeriría que la inscripción del hecho irregular sea imputable a la persona jurídica, efecto de darle razonabilidad al sistema, pues, evidentemente, el sujeto inscrito no podría ser afectado por una falsificación por una discordancia entre título/inscripción⁹³⁹.

3.5.2. Regulación sin norma general, pero con disposiciones específicas

Los arts. 24 a 26 y 29 del CCom se refieren exclusivamente al efecto de publicidad-oponibilidad, esto es, las consecuencias que se producen si el hecho jurídico está inscrito o no, pero bajo el presupuesto de la validez de ese mismo hecho. Por tanto, en esas normas no se contiene el principio de fe pública registral⁹⁴⁰. Tampoco puede aducirse el art. 2014 CC, aplicable solo a los registros de bienes, pues el tercero protegido es el sub-adquirente en una cadena de transmisiones, todas inscritas, en donde el acto previo es

938 Vale la pena señalar las diferencias entre la eficacia negativa de la inscripción y el principio de fe pública registral, ya que en este específico caso pueden presentarse algunas confusiones. La fe pública tiene la función que: "preserva al tercero de buena fe de las consecuencias dañosas que puede acarrearle la declaración judicial de inexactitud o nulidad de una inscripción en la que se basó la adquisición de su derecho, mientras que la publicidad material negativa se contrae a que no perjudique al mismo lo que, teniendo necesidad de inscribirse, no se inscribió en el Registro": Esturillo, A. (1992), p. 270.

939 "Si por error el registrador extiende el poder en la hoja de B cuando se concedió para A, un sector tal vez mayoritario de la doctrina alemana entiende que en ese caso B podrá eximirse de cualquier responsabilidad por los actos del expresado factor invocando falta de imputabilidad por error del registro mercantil o del organismo encargado de la publicación": Fernández del Pozo, L. (2013), pp. 77-78.

940 Con relación al Derecho alemán, creador del moderno Registro Mercantil, se dice que el efecto de legitimación (presunción de legalidad y exactitud) no puede fundarse solo en el efecto de la oponibilidad. En efecto, si el hecho está inscrito, y como tal es oponible, ello no significa que el interesado lo pueda oponer porque es legal y exacto, ni tampoco que el tercero pueda confiar en él. Las normas de oponibilidad registral (como nuestros arts. 24 a 26 y 29 CCom) simplemente afirman que lo no-inscrito no puede oponerse a un tercero salvo que éste lo conociera y que, por el contrario, lo inscrito sí le es oponible. Desde esta perspectiva, la publicidad registral tiende simplemente a amparar al tercero frente a lo que el Registro no dice, pero sin asegurar que su contenido es exacto y legal. Por tal razón, la legitimación y la fe pública podrán darse como consecuencia de la inscripción cuando la ley lo dicte, pero en ningún caso traen su razón, o se fundamentan, en la oponibilidad o inoponibilidad. Así, en el excelente estudio de: Sequeira, A. (1995), p. 1255.

nulo. En un registro de personas, por el contrario, solo se inscriben hechos de la misma persona, y los terceros toman en consideración esos datos para decidir si contratan o no; pero las adquisiciones sucesivas que se realizan no tienen acceso en este tipo de registro.

De este *excursus* se infiere que nuestro ordenamiento carece de una norma que establezca el principio de fe pública con carácter general para el registro de sociedades. Ninguno de los dos Códigos de Derecho Privado (Civil y de Comercio) lo establecen, pero la Ley General de Sociedades, en algunas hipótesis concretas, sí permite tutelar a los terceros en casos de nulidad de algunos actos societarios e impugnación de acuerdos. Por tanto, aquí la fe pública no tiene alcance general para convalidar cualquier nulidad frente a tercero, sino tiene un alcance particular en algunas hipótesis previstas en normas específicas.

a) Nulidad del contrato de sociedad (una aparente fe pública registral)

La teoría general del negocio jurídico determina que en los casos de nulidad se produce su ineficacia y, en consecuencia, la imposibilidad de producir los efectos jurídicos acordes con la naturaleza del negocio, lo que da lugar a la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración⁹⁴¹. La nulidad es la desaprobación que hace el ordenamiento respecto de un negocio, lo que trae como consecuencia la ineficacia, por lo cual el negocio no produce los efectos que normalmente debería producir. La ineficacia, por tanto, presenta dos características: es una consecuencia de la nulidad, y tiene una función de remedio, a través del cual la nulidad puede desarrollarse, y con lo cual se protege el interés general o el interés de la parte perjudicada con el defecto⁹⁴². Como remedio, la nulidad permite que las partes puedan volver las cosas al estado primigenio, con lo cual el negocio queda bloqueado del mundo jurídico, tanto frente a las mismas partes, como para terceros. En este último caso, la ineficacia por nulidad trae abajo la adquisición del tercero⁹⁴³. Sin embargo, el ordenamiento jurí-

941 Lázaro, E. (1994), p. 51.

942 Roppo, V. (2001), p. 737.

943 *Ibid.*, p. 738.

dico tutela distintos intereses y no puede cerrar los ojos ante la realidad. Si bien no hay dudas que el afectado con la nulidad merece protección, también parece lógico admitir que deba proveerse algún mecanismo de tutela a favor de ciertos terceros que actúan de buena fe bajo la creencia de que el negocio es válido. En palabras de Alejandro Bérnago, “los actos realizados por una persona confiada en una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera, son definitivos y oponibles, como lo serían los actos fundados en situaciones absolutamente regulares, consolidándose los derechos adquiridos al amparo de esta situación y produciendo sus efectos erga omnes”⁹⁴⁴. Aquí aparece una situación intermedia: la ineficacia puede hacerse valer contra determinadas clases de terceros, y no contra todos⁹⁴⁵.

De esta manera, el art. 37 LGS, por el cual la nulidad declarada del contrato de sociedad (inscrito) no surte efectos frente a los terceros de buena fe, se convierte en una aparente protección fundada en el registro. En efecto, la declaración de nulidad abre el proceso liquidatorio, lo cual implica reconocer efectos importantes a la sociedad, aun cuando exista una nulidad declarada judicialmente. Por último, la nulidad puede ser sanada a través de un acuerdo que modifica el contrato social y elimina “a posteriori” el vicio existente (art. 34 LGS). Todos estos efectos parecen anómalos, en tanto, no corresponden con la nulidad en estricto, lo cual se explica, según Castán, en que “frente a la rigidez de los principios jurídicos está ahí la realidad de la vida, enseñándonos que cuando una sociedad, a pesar de estar viciada de nulidad, ha funcionado, no puede una decisión legal hacer tabla rasa de los hechos producidos y de los intereses creados a su amparo”⁹⁴⁶. Por tanto, si bien el art. 37 LGS parece subsumirse en el principio de fe pública registral, pues la nulidad del hecho inscrito (contrato de sociedad) no perjudica los actos realizados frente a los terceros de buena fe (por ejemplo: son válidas la compraventa de mercaderías o el préstamo bancario tomado por la sociedad), sin embargo, debe señalarse que la sociedad, inscrita o no, puede celebrar negocios válidos y eficaces, así como adquirir bienes. En consecuencia,

944 Cit. Esturillo, A. (1992), p. 273

945 Roppo, V. (2001), p. 739.

946 Lázaro, E. (1994), p. 136.

la nulidad del contrato de sociedad no impide que se reconozca la presencia de una sociedad irregular, o de hecho, la misma que mantiene su capacidad de contratación y vinculación con terceros, aunque con algunas reglas agravadas de responsabilidad.

El art. 37 LGS consagra la validez de los actos y contratos celebrados por la sociedad y los terceros, a pesar de la nulidad del contrato social, lo que incluye los actos en calidad activa o pasiva de la sociedad. En efecto, si esta transmite un derecho, el tercero no es afectado y su adquisición se mantiene; por el contrario, si la sociedad ha adquirido un derecho, podría ocurrir que el tercero pretenda ampararse en la nulidad para impugnar la adquisición del bien y, con ello, revertirlo a su favor. En tal sentido, recuérdese que en sede del principio de inoponibilidad, el tercero puede invocar un hecho no-inscrito que le sea favorable (art. 16 LGS). Ello, en este ámbito, significaría en el tercero una conducta contraria a la buena fe, por lo tanto, no podría ser objeto de tutela. En efecto, el art. 37 dice textualmente que la nulidad “no surte efectos frente a los terceros de buena fe”, lo cual constituye una redacción destacable, pues la nulidad no surte efectos en general, sea a favor o en perjuicio del tercero, por lo cual, en el ejemplo planteado, el vendedor-tercero no podrá desligarse del vínculo negocial, por virtud de esa específica patología. El citado art. 37 se encuentra en el contexto de nulidad del envoltorio de la persona jurídica, pero no en la nulidad concreta del negocio particular; razón por la que no se produce la invalidez de este último. Siendo así, la norma en cuestión no constituye la aplicación del principio de fe pública registral, sino, la simple conservación de la validez del negocio, sea otorgado por una persona jurídica formal, sea por una irregular.

Un tema distinto es el concerniente a los efectos de la nulidad en el mismo contrato de sociedad, y no en las relaciones que entable con terceros. En tal ámbito, el régimen normativo de la nulidad del contrato social contiene derogaciones importantes del régimen general. Así, pues, los socios (que no son terceros) se encuentran igualmente obligados a efectuar los aportes hasta que se cumpla con el pago de los acreedores sociales (art. 36, 2º párrafo LGS), y debe recordarse que la obligación de aportación es elemento característico y tipificante del contrato de sociedad. Sobre esto, se expone un argumento justificativo de corte económico: “frente a este sacrificio im-

puesto a los socios de la sociedad de capitales nula, se tiene la ventaja más general ofrecida a toda sociedad de capitales de ver eliminado un posible obstáculo para llevar a cabo negocios⁹⁴⁷. Otros efectos que produce la inscripción del contrato social, y que son modificaciones del régimen civil de la nulidad, son los siguientes:

- a) Causales tipificadas de nulidad, tales como la falta de consentimiento o consentimiento viciado de un número de socios que haga perder la pluralidad, causa ilícita⁹⁴⁸, estipulaciones (se entiende, esenciales) contrarias a normas imperativas o por la omisión de las estipulaciones obligatorias; o por defecto de la forma obligatoria prescrita (art. 33 LGS). Si bien la intención del legislador mercantil fue, probablemente, eliminar la supletoriedad del Derecho Civil, sin embargo, no creemos que eso sea posible, pues las normas codificadas sobre el negocio jurídico son la base constitutiva para el reconocimiento del carácter vinculante de los actos de autonomía privada. En consecuencia, no es fácil admitir que el Código Civil pueda desplazarse de un plumazo, por una simple voluntad legislativa, cuando en realidad se encuentra en juego los principios constitucionales de la libertad de contratación, pero con fines lícitos.

947 Galgano. F. (1999), T. II, p. 263.

948 La ley habla de "objeto" contrario a la ley o a las buenas costumbres, y queda la duda si esto se refiere al objeto estatutario o también incluye al objeto real. En el primer caso la hipótesis sería meramente teórica por cuanto difícilmente los socios expresarían en el estatuto controlado por el notario, y luego por el registrador, un objeto ilegal. Por tal razón debe admitirse que las sociedades constituidas con un fin ilícito real, aunque no manifestado, pueden ser declaradas nulas. La hipótesis puede presentarse en sociedades cuyo fin es encubrir bienes producto de la corrupción política, o realizar lavado de activos, o encubrir delitos, o realizar actividad bancaria o de seguros sin autorización administrativa, etc. En tal sentido: Lázaro, E. (1994), pp. 167-168. No se diga sobre el particular que la ilicitud del objeto real se sanciona con la disolución judicial instada por el Poder Ejecutivo según el art. 410 LGS, pues, dicha hipótesis se refiere a los casos en donde la ilicitud del objeto es sobrevenida, mientras la nulidad del contrato social está prevista para los casos en que la ilicitud del objeto es originaria, ya sea porque así consta en el estatuto o porque los socios tenían esa motivación jurídicamente relevante desde la fundación de la sociedad. Por último, vale acotar que el uso de "objeto" se realiza aquí como sinónimo de "propósito" o "fin", por lo cual se alude a la causa del negocio, y no propiamente a lo que se llama objeto en la teoría jurídica.

- b) Posibilidad de eliminar la causal de nulidad con efecto retroactivo a través de la modificación sucesiva del pacto social (art. 34 LGS)⁹⁴⁹.
- c) La pretensión de nulidad solo puede instarse por personas con legítimo interés, dentro del plazo de caducidad de dos años contados desde la inscripción (art. 35 LGS). No obstante, debe admitirse que las causales civiles de nulidad radical -fuera de las estrictamente societarias-, pueden invocarse dentro del plazo de prescripción extintiva de diez años que consagra la legislación común.
- d) La sentencia que declara la nulidad produce la disolución de pleno derecho, con el consiguiente inicio del proceso de liquidación. En tal sentido, y como efecto anómalo de la nulidad, la sociedad mantiene su personalidad jurídica para efectos de la liquidación (art. 36º, 1º párrafo LGS).

Un tema que puede generar dudas es si los socios o administradores responden solidariamente por las obligaciones sociales como efecto de la nulidad. Si bien esta consecuencia resulta ser extremadamente gravosa, especialmente para aquellos sujetos que no dieron lugar a la patología, sin embargo, esa parece ser la solución a la luz del art. 423 LGS cuando señala que es irregular toda sociedad “que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley”, y es obvio que la nulidad implica efectivamente que el procedimiento de formación no se ha realizado conforme a la ley, por lo cual habría que aplicar la consecuencia jurídica prevista en el art. 424 LGS. No obstante, puede sostenerse una opinión distinta por dos razones fundamentales: a) El art. 36, 2º párrafo LGS establece que los socios siguen obligados a realizar los aportes pendientes, con lo que implícitamente se le libera de una responsabilidad ulterior; por lo demás, esta disposición no tendría mucho sentido si, además del aporte, el socio tendría responsabilidad personal. En efecto, ¿por qué se obliga a que el socio aporte los bienes faltantes a la socie-

949 “la nulidad no puede ser pronunciada cuando la causa de invalidez haya sido eliminada y tal eliminación haya sido publicada mediante inscripción en el registro de las empresas. En este caso, en efecto, la nulidad inicial no sería productora de efectos en cuanto no podría referirse al futuro, habiendo sido eliminada la causa de nulidad, y de otra parte no podría influir respecto a las relaciones surgidas antes de su eliminación, dado que para la ley la declaración de nulidad no tiene eficacia retroactiva”: Ferri, G. (2006), p. 311.

dad, cuando el socio mismo responde con su patrimonio personal?; b) El art. 37 LGS dice que la nulidad “no surte efectos frente a los terceros de buena fe”; por tanto, para el tercero, el pacto social es válido, y no resultan aplicables las reglas que presuponen lo contrario, como sería por ejemplo los arts. 423 y 424 LGS, que de esta manera quedan descartados. Por tal motivo, un sector de la doctrina considera que de esta forma se libera a los socios de cualquier obligación distinta de la aportación, con lo que en buena cuenta se asegura el privilegio de la responsabilidad limitada al capital empresarial, incluso en este caso de patología extrema⁹⁵⁰. En suma, se dice que: “se parte, por tanto, de considerar que el contrato social no sólo da lugar a una simple relación obligacional, sino a toda una organización que no puede someterse absolutamente al régimen general del negocio jurídico viciado”⁹⁵¹.

Si bien el art. 37 LGS contiene la protección del tercero de buena fe respecto de la nulidad del contrato social, sin embargo, no queda claro cuál es la consecuencia jurídica que se produce con el tercero de mala fe. Alguien podría sostener que en tal caso sí se aplican las normas de la sociedad irregular por tratarse de un procedimiento de constitución no arreglado a ley, con la consiguiente responsabilidad solidaria de socios y administradores (arts. 423 y 424 LGS). Esta conclusión es simplemente inadmisibles, pues el tercero de mala fe tendría mayor protección que el de buena fe, en tanto gozaría de un mayor número de patrimonios responsables como garantía genérica a favor de sus créditos. Por ello, no extraña que en el régimen español, por ejemplo, la protección se configure con cualquier tercero, sin importar su estado subjetivo, ante lo cual se dice que se han elevado los efectos derivados del carácter constitutivo de la inscripción frente a cualquier tercero, sin atender a su buena fe, con lo que se trata de evitar que la nulidad de la sociedad trascienda a los negocios celebrados por esta⁹⁵². Pero, nuestro art. 37 LGS sí hace esa distinción, por lo que la pregunta subsiste: ¿qué pasa con el tercero de mala fe? Los contratos celebrados con la sociedad irregular podrán ser declarados nulos, pero por la causal de connivencia dolosa (cau-

950 Ambos argumentos pertenecen a: Lázaro, E. (1994), p. 144.

951 Kübler, F. (2001), p. 545.

952 Lázaro, E. (1994), p. 140.

sa o fin ilícito), si fuese el caso, la cual podrá ser invocada por cualquiera de las partes, sociedad o tercero, pues ambos tienen mala fe.

En buena cuenta, la nulidad del contrato o pacto social tiene efecto *ex nunc*, para el futuro, y no para el pasado. La idea que está presente es la de una organización económica permanente y profesional destinada a la producción de bienes o servicios para el mercado, con el fin de obtener un lucro; y en tal condición, la actividad que desarrolla (benéfica, para la economía de mercado) no puede eliminarse de raíz, por lo que la consecuencia legal es introducirla en el estado liquidatorio, por la que se pondrán fin a sus negocios en forma ordenada⁹⁵³.

b) Nulidad absoluta de acuerdos sociales

El art. 150 LGS señala que procede la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta general que sean contrarios a las normas imperativas, o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. La norma establece, seguidamente, un régimen distinto al que es propio de la impugnación, pues autoriza que cualquier persona con legítimo interés pueda interponer la acción, y no solo los accionistas, y además amplía el plazo de caducidad hasta un año para instar la nulidad, que se computa desde la adopción del acuerdo.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha encontrado un problema respecto de la concordancia de los regímenes de impugnación del art. 139 y el de nulidad del art. 150. El primero se aplica, entre otros casos, a los acuerdos que contravengan la ley de sociedades, mientras en el art. 150 también indica que hay nulidad en los acuerdos contrarios a cualquier ley imperativa, incluyendo las que “incurran en causales de nulidad previstas en esta ley (de sociedades)”. Por tanto, a *prima facie*, una misma decisión societaria, cuando sea opuesta a una ley imperativa, puede ser atacada a través de la impugnación o la nulidad, lo que obviamente significa una grave incoherencia, pues no se explica la coexistencia de dos remedios alternativos para una misma

953 “Los efectos de la sentencia declarativa de nulidad de la sociedad son regulados, a fin de asegurar que la eliminación del tráfico jurídico de la organización social viciada se realice de conformidad con técnicas que respeten los distintos intereses involucrados en la actividad desarrollada hasta ese momento”: Calvosa, L. (2008), p. 464.

patología. Sin embargo, en realidad, no existe antinomia entre los arts. 139 y 150, siempre que leamos con cuidado los textos y entendamos la *ratio legis* de ellos.

En primer lugar, no caben dudas de que todos los ordenamientos jurídicos se inspiran en reconocer dos clases de vicios en los acuerdos sociales, y en general en la teoría del negocio jurídico. Unos son graves, por lo que se reconoce legitimación amplia para accionar, caducidad o prescripción más larga, mayor dificultad o imposibilidad para convalidar el acuerdo, etc. Otros son menos radicales, por lo que reciben un trato legislativo inspirado en el principio de conservación del acto. Pues bien, esta dicotomía, mejor o peor expresada, también se encuentra presente en los regímenes de impugnación, por un lado, y los de nulidad, por el otro⁹⁵⁴.

En segundo lugar, la distinción es clara, desde la literalidad de la norma. Así, pues, en la única hipótesis susceptible de confusión, el art. 139 dice que el acto es impugnabile cuando el “contenido sea contrario a esta ley”, lo cual se refiere a la justicia o injusticia del contenido del acuerdo, valorado según los cánones expresados por la ley de sociedades; por tanto, en ningún caso se refiere a los siguientes temas: a) requisitos de validez del negocio jurídico; b) proceso de formación de la voluntad social cuya falta de requisitos esenciales impida que nazca una voluntad mínimamente reconocible como tal; c) contenido del acuerdo cuando se encuentre en juego las normas imperativas o principios-base que tutelan el ordenamiento jurídico en su conjunto (y no solo las que contravengan las normas imperativas específicas del ámbito del Derecho de sociedades, en cuyo caso sí se aplica el art. 139). En las tres hipótesis mencionadas, todas especialmente graves en atención a la descalificación jurídica que el ordenamiento hace, ora del proceso de formación del negocio, ora del contenido del acuerdo en relación con los principios fundantes de libertad consentimiento informado y licitud, entonces la sanción es la nulidad del acuerdo, por lo que se aplica el art. 150.

954 Un importante partícipe en el proceso de gestión de la ley se muestra conforme con esta postura. Por ejemplo: “Ahora bien, un acuerdo societario, al margen de los mecanismos que se emplean para formar la voluntad de la sociedad, no deja de ser un negocio jurídico, y como tal se encuentra sujeto a las normas generales sobre nulidad y anulabilidad del mismo”: Elías Laroza, E. (2000), T. I, p. 396.

Por tales motivos, no existe igualación de hipótesis ni posibilidad de confusión.

En tal sentido, vale la pena mencionar algunas situaciones patológicas cuyo remedio es la acción de nulidad: acuerdos en los que existe omisión o inexistencia de los requisitos esenciales de convocatoria y quórum, y no simples defectos (falta absoluta de convocatoria cuando no se trata de junta universal, falta del número mínimo de socios para formar el quórum (véase, la Casación N° 1082-2006-Lambayeque, comentada en el párrafo siguiente); celebración de una falsa junta universal, sin la presencia de todos los socios; acuerdos que se adoptan sin tener la mayoría requerida por la ley o por el estatuto; acuerdos adoptados por la minoría, y no la mayoría, sea por error de cálculo doloso o culposo, o por haber participado falsos representantes que votan a favor; acuerdos en donde falta la manifestación de voluntad por incapacidad absoluta de un grupo de socios representativos para hacer mayoría o que se encuentran en situación de incapacidad natural (falta de discernimiento temporal); acuerdos que pretenden simular una decisión corporativa que no existe; acuerdos que contienen un objeto física o jurídicamente imposible; acuerdos con causa inexistente, falsa o ilícita; acuerdos que contravienen principios fundantes del ordenamiento o que atentan contra la dignidad de la persona o sus derechos fundamentales; etc. La lista es larga pero se puede reconducir a cualquiera de las tres hipótesis tipológicas mencionadas en el párrafo precedente, con lo cual se facilita la labor interpretativa al momento de aplicar la norma.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de discutir en un caso concreto⁹⁵⁵, si las causales de nulidad del acto jurídico mantienen su autonomía con relación a la nulidad de acuerdos del art. 150, esto es, si una decisión societaria puede ser objeto de nulidad según las reglas del Código Civil. La sentencia con buen criterio estableció lo siguiente: i) Las causales de nulidad establecidas en el Código Civil también constituyen hipótesis de nulidad de los acuerdos sociales; ii) Sin embargo, en ese caso se aplican las disposiciones específicas del art. 150, principalmente el plazo de caducidad de un año, por lo cual en el caso específico se declaró caduca la pretensión anula-

955 Casación N° 1082-2006-Lambayeque de 26.10.2006.

toria (además, véase el art. 151 LGS); iii) en forma implícita (*obiter dicta*) se estableció que la falta de quórum en una junta constituye causal de nulidad del acuerdo, y no de impugnación, lo cual ratifica nuestra interpretación en el sentido de que existen “defectos de convocatoria y quórum” (regulados por el sistema de impugnación) y “omisión o inexistencia de convocatoria y quórum” (regulados por la nulidad).

Por su parte, la sentencia que declara fundada la nulidad de acuerdos, produce efecto frente a la sociedad, los socios y los terceros, sin distinción, por lo cual la actuación del tercero que se basa en un acuerdo radicalmente nulo, no tiene protección, y se verá arrastrado por las consecuencias que se deriven de la invalidez. Para llegar a esta conclusión, téngase en cuenta que el art. 150 (y la ley, en general) no contiene norma de protección de los terceros en caso de nulidad absoluta de los acuerdos societarios, por lo cual debemos concluir que en esta hipótesis se privilegia la realidad jurídica, manifestada en la nulidad. “Es ineficacia absoluta (en sentido pleno) aquella que puede generalmente hacerse valer sea entre las partes, sea por los terceros, sea contra los terceros”⁹⁵⁶. Nótese que en la nulidad del contrato de sociedad, hay una aparente norma de protección al tercero (art. 37 LGS), lo que ya descartamos. Por tanto, la única norma de fe pública registral en el ámbito societario se encuentra en la impugnación de acuerdos (art. 148 LGS), y en algunas otras hipótesis específicas que veremos luego.

Alguien podría pensar que es injusto no proteger al tercero de buena fe que contrata en virtud de un acuerdo social nulo (radical) o falso, pero inscrito. Sin embargo, debe tenerse en consideración que en esta hipótesis existen dos perjudicados a tomar en consideración; uno, efectivamente, el tercero de buena fe y, otro, la sociedad, cuyo acuerdo es descalificado por el propio ordenamiento jurídico. En tal caso, la tutela del tercero conlleva la desprotección de la sociedad; y la tutela de la sociedad conlleva la desprotección del tercero; es decir, el Derecho sabe que cualquiera sea la opción elegida, siempre habrá algún interés sacrificado, y en esta hipótesis concreta, ha preferido que prevalezca la realidad jurídica, representada por la nulidad, antes que la simple apariencia materializada en una inscripción.

⁹⁵⁶ Roppo, V. (2001), p. 738.

La doctrina más moderna viene proclamando las ventajas de un sistema ecléctico, sin soluciones radicales, en donde la inscripción juegue un papel muy importante para la seguridad del tráfico, pero sin cerrar los ojos a la realidad ni a los valores fundamentales⁹⁵⁷. Así, en los ordenamientos europeos hay una creciente tendencia a la valoración positiva de los hechos que acontecen fuera del registro, en el sentido de compatibilizar el régimen de la publicidad con valoración ética de las conductas⁹⁵⁸. Aquí es necesaria una ponderada evaluación de los intereses en juego; y no como a veces se pretende por los teóricos, para quiénes sólo prima la seguridad, olvidando que una seguridad injusta no es tal⁹⁵⁹.

Según el art. 150, la falsificación del acto societario conlleva, según interpretación difundida, la nulidad por ausencia de manifestación de voluntad (art. 219-1 CC), en tal caso, el sujeto protegido es la sociedad, al no haberse consagrado el principio de fe pública para la nulidad radical, por lo que el tercero no podrá cobrar el crédito frente a ella. Bien vistas las cosas, en este ejemplo, parece razonable que la sociedad quede liberada de responsabilidad, pues ni siquiera se le puede imputar culpa en la falsedad del acto. Por tal razón, en el caso, se impone la realidad, por lo que la nulidad pro-

957 Farías, M. (1998), p. 927.

958 Manzano, A. (1994), T. I, p. 389.

959 Aunque muchos no lo crean, en el sistema alemán primigenio no existía fe pública en el registro mercantil, y solo la jurisprudencia trató de suplir el defecto por vía interpretativa, con el fin de salvar los casos de injusticia material. En efecto, el Registro no tiene la eficacia de perfeccionar derechos a favor de terceros, aun si éste de buena fe confió o se apoyó en una inscripción ilegal. "Si, por ejemplo, como consecuencia de una equivocación del encargado del Registro, motivada por la existencia de dos firmas semejantes, se inscribe como poder conferido por una de ellas el que en realidad fue otorgado por la otra, el tercero que contrató con el mandatario en cuestión no puede invocar la inscripción para demandar a la empresa que en realidad no confirió el mandato": Heinsheimer, K. (1933), p. 32. Vamos a poner un ejemplo para aclarar la cuestión, y que lo expone el gran jurista alemán Gierke: "Una persona llamada F, mediante un poder falso, se inscribe como factor (apoderado) del comerciante C; F toma un préstamo de P en nombre de C; P concede el préstamo confiando en el Registro, por creer que F es efectivamente factor de C. Llegando el vencimiento del préstamo, P reclama el capital de C. La falta de fe pública en la inscripción permitiría a C, en este caso, excusarse de responsabilidad, alegando con éxito que él no otorgó poder alguno a F, y que el Registro es inexacto. La existencia de fides publica, por el contrario, impediría que P, tercero de buena fe que había confiado en el Registro, se viera perjudicado en su derecho al reintegro": Cit. Garrigues, J. (1987), T. III, p. 81.

duce sus efectos ordinarios, con lo que se niega reconocimiento al acuerdo social, sobre cuya base se celebró el negocio jurídico con el tercero⁹⁶⁰. Es correcto sostener, por tanto, que nuestro sistema, en términos generales, no consagra el principio de fe pública en el registro de sociedades, por lo que el tercero se perjudica con la nulidad. Sin embargo, en puridad, el caso narrado no es de nulidad, sino de inexistencia (falsedad), cuya diferencia no se encuentra en la fe pública registral -pues, en ambos casos se le niega-, sino en la caducidad anual que opera en la nulidad, pero que es imprescriptible en la inexistencia, en tanto lo falso nunca puede convertirse en auténtico.

El sistema de nulidad de acuerdos previsto en el arts. 150 LGS se ubica en el ámbito de la sociedad anónima, cualquiera que sea la modalidad adoptada, pero este régimen se extiende también a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (art. 294 *in fine* LGS) en cuanto esta norma llama en auxilio las disposiciones de sociedad anónima en sede de “convocatoria y celebración de juntas generales”, e igual remisión se produce en el caso de las sociedades en comandita por acciones (art. 282, 1º párrafo LGS). Por el contrario, las sociedades colectivas, en comandita simple y las civiles no son reguladas por el art. 150, sino por la disposición general prevista en el art. 38 LGS, en virtud de la cual se declaran nulos los acuerdos societarios que omiten las formalidades de publicidad, contrarios al orden público, buenas costumbres o al estatuto, y los que lesionen los intereses de sociedad en beneficio de uno o más socios. En tal caso, la nulidad puede ser instada por cualquier persona que cuente con legítimo interés, y la pretensión caduca a los dos años de la inscripción. Nótese que el art. 38 LGS excluye la aplicación del principio de fe pública, por lo que en este punto no existe diferencia con relación al régimen de nulidad de acuerdos del art. 150. Sin embargo, es evidente que en el ámbito de las sociedades de personas la protección a favor de los terceros será económicamente igual, o mayor, aun con la inexistencia de fe pública en estos casos, por cuanto los socios, individualmente considerados -salvo en la civil de responsabilidad limitada-, también responden por todas las obligaciones sociales (art. 265 LGS), cuya literalidad hace pensar que involucra las deudas negociales y las de responsabilidad

960 Ragusa Maggiore, G. (2002), p. 145.

extracontractual. Así, la nulidad del acuerdo normalmente será considerada una hipótesis de acto ilícito que ocasiona un daño, por lo que la responsabilidad solidaria de los socios quedará activada frente a los terceros. Este mecanismo de tutela (de resarcimiento) reemplaza a la fe pública.

Asimismo, existe otra diferencia importante en el régimen de nulidad de acuerdos del art. 150 (para sociedades anónimas, limitada y comandita en acciones) y el de nulidad del art. 38 (para sociedades civiles, colectivas y en comandita), consistente en que la primera confiere un plazo de caducidad de un año para instar la demanda, mientras en la segunda el plazo es de dos años.

Para terminar este punto, vale la pena adelantarse a dos argumentos que seguramente se pretenderán utilizar en contra de nuestra posición. El primero, referido a que la demanda de nulidad de acuerdos es inscribible, y si ello es así, entonces algún efecto debe surtir en relación con los terceros. Aquí, hay un error de perspectiva: la fe pública protege al tercero de buena fe frente a la nulidad del acto inscrito; por tanto, se trata de una institución en beneficio de terceros, siempre y cuando el ordenamiento así lo reconozca. En caso contrario, la inscripción de la demanda produce publicidad-conocimiento, con lo que se evitan equívocos y engaños. En el caso de la nulidad absoluta, es cierto que dicha invalidez se opone igual a los terceros como consecuencia de la falta de protección, por lo que la anotación de la demanda de nulidad no tiene mayor interés; sin embargo, el registro también pretende que toda la realidad jurídica, de alguna manera relevante, sea publicada; por lo demás, de esa manera se evita que la sociedad pueda ser imputada de responsabilidad civil por haber tolerado una apariencia que ocasiona un engaño en el tercero, lo cual será estudiado en el párrafo siguiente. El segundo argumento, referido al art. 3-c Ley 26366, en el cual se indica que una de las garantías del Sistema de Registros Públicos es la “seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del registro”. Esta norma tiene un objeto en blanco, pues no señala cuál es el efecto concreto que obtienen los que se amparan en el registro, de tal suerte que puede tratarse de una eficacia constitutiva, declarativa, probatoria, convalidante a favor del tercero, convalidante del propio acto nulo, etc. ¿A cuál de ellas se refiere el art. 3-c? La respuesta es que no se refiere a ninguna, por

lo cual mal puede sostenerse que estamos en un caso de fe pública, cuando esto no se indica en la norma, pues se limita a señalar que la inscripción tendrá alguna incidencia a favor de terceros, y no hay dudas de que eso ocurre en el ámbito de las sociedades con el juego del principio de publicidad positiva y negativa. Por tanto, es evidente, que estamos en presencia de una norma en blanco que requiere ser integrada con los preceptos concretos que regulan los efectos de la publicidad en cada registro en particular, en los cuales siempre existe una consecuencia protectora para ciertos terceros, pero ¿cuál es esa consecuencia?, pues eso no lo dice, por lo que hay la necesidad de recurrir a las normas específicas referidas a cada uno de los registros.

c) Impugnación de acuerdos sociales

La impugnación de acuerdos, un tipo de vicio menos grave, puede ser objeto de una tipología simplificadora, a efectos de su mejor estudio y comprensión:

- a) Acuerdos viciados por defectos en el procedimiento de formación de la voluntad social (concordancia de los arts. 139 a 143 LGS): Aquí se incluyen los casos en los que la impugnación se origina por defecto de convocatoria o quórum (tramitados como proceso sumarisimo, según art. 143 LGS), tales como: imprecisión de la agenda a tratar; participación en la asamblea de personas no legitimadas; formación de quórum con un representante con poder defectuoso (por ejemplo: verbal) o insuficiente; formación de quórum con un accionista que no está registrado en el libro matrícula o que se registró menos de 48 horas antes de la sesión; falta de lista de asistentes; omisión de un requisito relevante o sustancial en el texto documentado de la asamblea (acta); impedimento de la deliberación, aunque se haya procedido a la votación, entre otros. Nótese que en estos casos la asamblea ha sido irregularmente constituida, a diferencia de los casos del literal siguiente (“b”), que presuponen que la asamblea está bien constituida. En este punto, es necesario hacer presente que los “defectos de convocatoria” son diferentes a los casos de omisión o inexistencia de las formalidades esenciales sobre convocatoria o quórum (art. 38 LGS), por cuanto aquí la san-

ción debe ser la invalidez, bajo el régimen de nulidad absoluta previsto en el art. 150 LGS (por ejemplo: falta absoluta de convocatoria cuando no se trata de junta universal, error en el plazo que debe existir entre la convocatoria y la asamblea, convocatoria por un órgano no competente, celebración de la sesión en un lugar ajeno al domicilio estatutario), ya que en estos casos, la voluntad social ni siquiera es reconocible como hecho social, o la voluntad debe reputarse ausente por omisión de las garantías mínimas de una correcta formación de la voluntad. Si bien es cierto que en ambas hipótesis (“defecto” u “omisión”) se produce un vicio en la formación de la voluntad social⁹⁶¹, sin embargo, en la primera, la invalidez debe considerarse relativa por la menor magnitud del defecto (una especie, aunque diferente, de anulabilidad⁹⁶²), mientras que en la segunda, la voluntad social está ausente, en tanto el vicio es de tal envergadura que se asimila a la falta de exteriorización de la voluntad del grupo, junta o asamblea⁹⁶³. El sistema jurídico ita-

961 “La regular constitución del órgano asambleario y el regular desarrollo de las operaciones asamblearias según el iter procedimental anteriormente indicado, son en efecto un presupuesto de validez de la deliberación asamblearia: si una irregularidad en el iter procedimental se ha verificado, esta irregularidad incide sobre el acto final, es decir, sobre la validez de la deliberación”: Ferri, G. (2006), p. 332.

962 La misma opinión tiene la doctrina italiana cuando comenta su legislación sobre sociedades, en el sentido que allí también se reconoce una especial disciplina de la invalidez (que se le llama “ordinaria”), caracterizada por la previsión de un término breve de impugnación y por la limitación de los sujetos legitimados para proponerla. Este régimen se entiende, o refiere, “en términos de anulabilidad”: *Ibid.*, p. 333.

963 En el texto principal se propone una interpretación distinta basada en la lectura conjunta de los arts. 139 a 143 LGS, a efecto de diferenciar las hipótesis de vicios relativos y graves, como aquellas nulidades radicales en la convocatoria o formación de quórum, las que deben regirse por la nulidad *ex art.* 150 LGS. Por lo demás, en el Derecho comparado, generalmente esa es la solución, ya que los casos de convocatoria gravemente irregular llevan a la nulidad absoluta de la junta y del acuerdo; así por ejemplo sucede en Alemania: Kübler, F. (2001), p. 343.

En Italia se sigue esa misma postura, según se analiza en el texto principal, con cita de Giuseppe Ferri. El derecho de ese país es aleccionador sobre este tema, ya que la legislación anterior establecía que todos los vicios de procedimiento de la voluntad social eran atacados por simple anulabilidad (como parece haber sido la intención pretendida en nuestro art. 139 LGS), sin embargo, la jurisprudencia enmendó la plana al legislador por medio de la creación pretoriana de la figura de “acuerdos inexistentes”, en mérito del cual, los vicios radicales en el proceso de formación de la voluntad traían como resultado que

liano, por ejemplo, también considera que se debe considerarse la gravedad del vicio que afecta la *fattispecie* procedimental (procedimiento de formación de la voluntad social), ya que una cosa es el simple vicio y otra es la falta de un elemento esencial de la *fattispecie*, cual es, precisamente, la ausencia de convocatoria, en cuyo caso se llega a decir que el acuerdo es inexistente⁹⁶⁴. Esta interpretación, que se basa en una lectura conjunta de los arts. 139 y 143 LGS, tiene como finalidad evitar que una rápida caducidad legalice acuerdos fraudulentos, simulados o simplemente inexistentes, por cuanto la seguridad jurídica no puede ser excusa para proteger la mala fe. Por lo demás, esta perspectiva se encuentra acorde con los principios del buen gobierno corporativo, cuya principal función es tutelar los intereses de los accionistas minoritarios, quienes son justamente los más expuestos a sufrir los perjuicios por convocatorias o asambleas sin un mínimo de regularidad.

- b) Acuerdos viciados por razón del contenido: aquí se encuentran las decisiones contrarias a la propia ley de sociedades (art. 151 LGS), las que se opongan al estatuto o pacto social, o las que lesionen el interés social en beneficio de uno o más accionistas (art. 139, 1º párrafo LGS). La norma precisa que los acuerdos contrarios al estatuto o pacto social son nulos, aun cuando se cuente con la mayoría necesaria para realizar la modificación estatutaria, si es que esto no se hizo previamente (art. 38, 2º párrafo LGS). Nótese que en

el acuerdo no exista para el Derecho, por lo que la única sanción viable es la nulidad. Con respecto a dicho régimen (anterior), se decía que: “la jurisprudencia actual considera inexistente la decisión de la asamblea cuando faltan en ella aquellos elementos que se consideran necesarios para la identificación del concepto mismo de decisión”: Galgano, F. (1999), T. II, p. 354.

En nuestro ordenamiento, la solución es más simple, si tenemos en cuenta que el régimen de impugnación del art. 139 abarca solo los “defectos” de convocatoria y quórum (según la interpretación sistemática dada en conjunción con el art. 143 LGS); y el término “defecto” implica que el acto es y existe en el mundo fenomenológico, pero con carácter defectuoso o viciado; en cambio, distinto es el caso si el acto sufre una alteración tan grave que no hay voluntad social (“omisión” o “inexistencia”), por lo que esta hipótesis debe regirse por el art. 150 LGS, lo que incluye las nulidades sancionadas por el Código Civil, y entre ellas, las producidas por falta de manifestación de voluntad (art. 219-1 CC).

964 Ferri, G. (2006), p. 330.

estos casos la asamblea o junta se presupone constituida en forma regular, pues en caso contrario estaríamos en el literal “a”. Entre los acuerdos patológicos que pueden ingresar en esta categoría, se encuentran los siguientes, extraídos de la jurisprudencia española, extraída de sus autores: emisión de acciones que han sido pagados en menos de una cuarta parte; emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial; creación de acciones con voto plural; exclusión del derecho de suscripción preferente sin cumplir con los requerimientos legales; nombramiento de administradores vitalicios; autorización para la adquisición de acciones propias fuera de los límites y sin los requisitos legales; conversión en sociedad anónima abierta sin encontrarse dentro de los presupuestos que habilitan tal modificación, entre otros⁹⁶⁵. La Corte Suprema, por ejemplo, ha declarado la nulidad de un acuerdo de aumento de capital que infringía el derecho de suscripción preferente⁹⁶⁶. Por otra parte, con relación a las decisiones que lesionan el interés social en beneficio de uno o más accionistas, debe indicarse que esta causal de impugnación busca evitar el abuso de las mayorías en desmedro de la sociedad. A falta de casuística propia, la jurisprudencia española ofrece los siguientes ejemplos: aumento del plazo de duración de los administradores y elevación sustancial de la retribución calculada sobre las utilidades; entrega de sumas de dinero a título de dudosas indemnizaciones a otra sociedad; cambio de denominación social a efecto de que un grupo de socios inicie la formación de una nueva sociedad que tome el

965 Muchos de estos ejemplos los hemos tomado de: Uría, R. et. al. (1992), pp. 331-332.

966 QUINTO: Que, el derecho de suscripción preferente debe ser ejercido alternativamente por todos los accionistas, de manera que puedan mantener la proporción accionaria que tienen en el capital, lo que no se logra si se declara que se reconoce el derecho de realizar aportes dinerarios y seguidamente se aprueba el nuevo texto del artículo del estatuto en el que consta el capital, incorporando tan solo los montos aumentados por efecto de la capitalización de acreencias. SEXTO: Que, el reconocimiento del derecho de realizar aportes dinerarios por parte de la junta general implicará determinar el monto de los aportes dinerarios que podrán efectuar los accionistas para poder mantener la proporción que tienen en el capital; y una vez determinado el monto de los aportes dinerarios, resultará de aplicación el procedimiento y formalidades para el aumento establecido en el artículo 208 de la propia Ley 26887: Casación N° 3239-2006-Lima de 24.10.2006.

nombre antiguo; retribución del presidente del directorio en magnitud superior a las utilidades; aprobación de estados financieros con gastos personales de algunos socios; cesión de todos los activos a otra sociedad competidora que pertenece al grupo de accionistas que propició la operación, entre otros⁹⁶⁷. Otros acuerdos impugnables por este motivo son: la negativa sistemática del reparto de utilidades para crear reservas innecesarias, o la capitalización que tiene por finalidad diluir la participación de los socios minoritarios en el capital, o la atribución de derechos suplementarios a los mayoritarios, pero bajo el ropaje jurídico de una relación externa al vínculo societario⁹⁶⁸. La impugnación de los acuerdos, por razón del contenido intrínseco, constituye una autorización para que el juez evalúe la gestión de la sociedad, razón por la que su intervención debe ser prudente; pues, lo contrario significaría reemplazar la iniciativa y decisión del empresario por un Tribunal. Además, nótese que los conflictos de intereses normalmente se presentan en el ámbito de la administración como consecuencia de la celebración de un concreto acto o negocio jurídico en el que tenga interés un grupo de los socios. Si bien en forma dogmática puede sostenerse que la administración no corresponde a la junta general, con la consiguiente inutilidad de este mecanismo impugnatorio, sin embargo, la doctrina más atenta ha señalado que, en la práctica, la asamblea puede co-gestionar indirectamente la empresa a través de directivas, recomendaciones o autorizaciones formulada al órgano de administración; o directamente a través de comités internos; por lo que aquí pueden presentarse múltiples ejemplos de falta de correspondencia entre el “negocio gestor” (poder) y el “interés del *dominus*” (interés de la sociedad en la correcta actuación del gestor)⁹⁶⁹.

- c) Acuerdos anulables según el Código Civil: cuando se produce error, dolo, violencia, incapacidad relativa o alguna otra causal

967 Uría, R. et. al (1992), p. 338.

968 Reyes Villamizar, F. (2009), T. I, p. 216.

969 Guerrero, F. (2002), pp. 190 ss.

que la ley sanciona con este remedio (art. 139, 1º párrafo LGS). El acuerdo social se conforma con la suma de manifestaciones individuales, por lo cual los vicios de la voluntad recaen en estas y no en aquella; por tanto, solamente se producirá esta causal cuando la decisión de voto de uno o varios socios se encuentre afectada por error, dolo, violencia, o incapacidad relativa; pero, además, la voluntad de estos, por su número, sea determinante para la toma de la decisión. Ejemplo: si se adopta un acuerdo por unanimidad de los socios, y uno solo de ellos actúa engañado por la actuación dolosa de otro, entonces no será posible impugnar eficazmente el acto colectivo, pues la invalidez del voto cuestionado no es suficiente para impedir la adopción del acuerdo (art. 223 CC).

Estas tres categorías de acuerdos sociales viciados, tienen en común que se encuentran sujetos a un régimen unitario llamado de impugnación de acuerdos, previsto en los arts. 139 al 149 LGS, lo cual no significa que la patología que las afecta sea distinta a la invalidez⁹⁷⁰, sino que se trata de un conjunto normativo que regula una invalidez especial, asimilable si se quiere a la anulabilidad (véase: Ferri, Giuseppe), y en el cual se da preponderancia a la seguridad del tráfico representada por la conservación del acto, por lo que se establecen reglas tales como la posibilidad de sanar el vicio en forma retroactiva, la legitimación restringida para impugnar, la brevedad del plazo de caducidad, etc. En efecto, las notas distintivas del régimen de impugnación con relación a la normativa general, que lo diferencia de la invalidez de negocios jurídicos, son las siguientes:

- a) No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al

970 En la doctrina española, que tanto ha influido históricamente nuestra legislación sobre sociedades, se dice que en la amplia categoría de acuerdos impugnables deben distinguirse dos sectores: los nulos y los anulables: Uría, R. et. al. (1992), p. 316. Nótese que dentro del conjunto amplio de impugnación se encuentran los acuerdos nulos. En nuestro ordenamiento se ha preferido otra sistemática: por un lado, la impugnación de acuerdos que se presuponen son anulables (art. 139 LGS) y por el otro la nulidad de los acuerdos (art. 150 LGS).

estatuto. En tal caso, el juez deberá tener por concluido el proceso cualquiera sea su estado (art. 139, 2º y 3º párrafo LGS)⁹⁷¹.

- b) Solamente están legitimados para instar la impugnación los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición, los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto (art. 140 LGS). El accionista impugnante debe mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación en el libro matrícula; en caso de transferencia voluntaria de las acciones, se extingue el proceso respecto de él (art. 144 LGS).
- c) El plazo de caducidad para ejercer la impugnación es muy breve: dos meses desde la adopción del acuerdo si el accionista concurrió, tres meses si no concurrió y un mes luego de la inscripción cuando se trate de acuerdos inscribibles (art. 142 LGS). Sin embargo, cuando hay obligación legal de publicar avisos en los diarios respecto de ciertos acuerdos, y no se realiza la publicación, entonces se prorroga el plazo de impugnación hasta que se cumpla con la citada publicación (art. 43, 2º párrafo LGS). Este es un mecanismo, no muy conocido, para lograr un propósito plausible: ampliar el plazo de caducidad.

La sentencia que declara fundada la impugnación del acuerdo y, por consiguiente, su nulidad, produce efecto respecto de la sociedad y los socios (art. 148, 1º párrafo LGS), lo que es lógico por cuanto el acuerdo es un hecho jurídico interno de la sociedad, que obliga a los socios, por lo cual la nulidad necesariamente debe afectarlos. Por ejemplo: se decide un aumento de capital y se emiten acciones, luego el acuerdo es anulado, por lo que las acciones que ya estén en poder de los accionistas sufren la misma sanción. El socio no será considerado un tercero, ya que es partícipe de una u otra manera en el acuerdo. ¿*Quid* cuando estas acciones han sido transmitidas a otra persona? La solución es la misma, pues el adquirente de las acciones se

971 En algún caso, la parte demandante discutió la constitucionalidad de esta norma, pero la Casación N° 796-2008-Lima, de 22.04.2009 eludió el tema con el pretexto de que la ley autoriza declarar la conclusión del proceso, en tanto resulta "ocioso que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre acuerdos que se han dejado sin efecto".

ha convertido en socio, y la sentencia que declara la nulidad produce efectos frente a él. Por lo demás, esta es la única postura viable pues no podría existir un aumento de capital que rija para determinados socios, y no para otros, ya que en ese caso se quebrantaría la estructura organizativa y financiera de la sociedad, en tanto las acciones representan el capital, y no pueden vivir y circular en el tráfico si es que no existe ese capital. Esta reflexión hace llamar la atención respecto de los efectos de la sentencia de nulidad, vía impugnación de acuerdos, pues la nulidad afecta a todos los socios, en cuanto resulta inadmisiblemente, desde una perspectiva lógica, que el acuerdo subsista para unos, y sea nulo para otros. En suma, aunque se trate de socios de buena fe que no hayan participado en el acuerdo anulado, igual no se les considera terceros, ni tienen protección, por cuanto los acuerdos sociales invalidados no surten efecto para ningún socio⁹⁷².

Con respecto a los (auténticos) terceros, se establece que la sentencia de nulidad no afecta los derechos que estos hayan adquirido de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado (art. 148, 1º párrafo LGS). Aquí está presente el principio de fe pública registral, por cuanto no se discute si el hecho está inscrito o no, y los efectos que ello produce, sino, si la inscripción del hecho jurídico, aunque sea nulo (relativamente), genera un efecto protector a favor del tercero. La fe pública, en el ámbito de los registros de personas, significa que cualquier adquisición no podrá ser invalidada a pesar de la irregularidad del acto inscrito que le sirvió de base⁹⁷³.

La protección de la fe pública registral es una modalidad de tutela de la apariencia a favor de los terceros, cuyas notas configuradoras ya han sido estudiadas (acápites 2 y 3 del capítulo anterior).

El sistema de impugnación de acuerdos previsto en los arts. 139 a 149 LGS se ubica en el ámbito de la sociedad anónima, cualquiera que fuese la modalidad, pero este se extiende también a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (art. 294 *in fine* LGS) en cuanto esta norma llama en auxilio las disposiciones de sociedad anónima en sede de “convocatoria

972 Uría, R. et al. (1992), p. 348.

973 Pau, A. (1995), p. 215.

y celebración de juntas generales⁹⁷⁴. Igual remisión se produce en el caso de las sociedades en comandita por acciones (art. 282, 1º párrafo LGS)⁹⁷⁵. Por el contrario, las sociedades colectivas, en comandita simple y las civiles no son reguladas por los arts. 139 a 149, sino por la disposición general prevista en el art. 38 LGS, y en virtud de la cual, se declaran nulos los acuerdos societarios que omiten las formalidades de publicidad, contrarios al orden público, buenas costumbres o al estatuto, y los que lesionen los intereses de sociedad en beneficio de uno o más socios. En tal caso, la nulidad puede ser instada por las personas que cuentan con legítimo interés, y la pretensión caduca a los dos años desde la inscripción. Nótese que el art. 38 LGS excluye la aplicación del principio de fe pública registral, por cuanto simplemente hace remisión a los arts. 34, 35 y 36, pero no al 37. En consecuencia, en el ámbito de las sociedades de personas no rige la fe pública, por lo cual, la llamada “impugnación” del hecho jurídico inscrito perjudica al tercero. La razón de ello se encuentra, tal vez, en que los socios, individualmente considerados –salvo en la civil de responsabilidad limitada-, también responden por todas las obligaciones sociales (art. 265 LGS), cuya literalidad hace pensar que involucra las deudas negociales y las de responsabilidad extracontractual, a lo que puede añadirse la opinión doctrinal prevaeciente, que se sustenta en el carácter imperativo de la obligación de los socios⁹⁷⁶. En efecto, la nulidad del acuerdo social normalmente será considerada una hipótesis

974 En el Derecho alemán, por el contrario, se duda que la sociedad limitada sea una “pequeña SA”, por cuanto en las relaciones internas, la limitada puede acercarse al régimen de las sociedades de personas en cuanto a la mayor flexibilidad de los órganos, la posibilidad de exclusión de socios y las cláusulas de preferencia en la transmisión de participaciones: Ulmer, P. (1998), p. 99. En este punto, si bien puede compartirse teóricamente la opinión del profesor alemán, sin embargo, en el ámbito estricto de formación de la voluntad social (“convocatoria y celebración de juntas”), y no de la configuración y funcionamiento de los órganos, sí debe recurrirse a la normativa de las anónimas por expresa remisión del art. 294 de la ley peruana, lo cual incluye el sistema de impugnación y nulidad de los acuerdos.

975 “Ninguna particularidad frente a la anónima ofrece tampoco el tratamiento de la junta general como órgano integrado por la totalidad de socios de la comanditaria por acciones. Ello significa que su funcionamiento queda sujeto, en principio, a las mismas disposiciones que aquella en cuanto a convocatoria, constitución, asistencia, información, ejercicio e impugnación del derecho de voto”: Fernández de la Gándara, L. (1992), p. 79.

976 La vinculación del socio por las obligaciones nace *ex lege*, y no en forma voluntaria, en el momento de celebrar el contrato: Paz Ares, C. (1993), pp. 26-27

de acto ilícito que ocasiona un daño, por lo cual la responsabilidad solidaria de los socios queda activada. Este mecanismo de tutela (de resarcimiento) a favor de los terceros, reemplaza a la fe pública, que es un mecanismo de protección del acto mismo (de convalidación). Distintas técnicas e instrumentos para lograr el mismo resultado (seguridad jurídica).

d) Otros supuestos

Existen algunos acuerdos societarios que cuentan con un régimen específico de nulidad y protección de los terceros. Es el caso, por ejemplo, de la nulidad de los acuerdos sobre fusión, cuyo plazo de ejercicio es de seis meses contado desde la fecha de inscripción (art. 365 LGS). Nótese que aquí no se hace distinción entre acuerdos impugnables y nulos (arts. 139 y 150 LGS), por lo cual que debería entenderse que cualquiera de las causales indicadas en esas normas puede originar la nulidad de la fusión. Sin embargo, esa solución no es razonable para fines de la justicia material, ni acorde con la sistemática de la ley.

Por su parte, el art. 366 LGS señala que la declaración de nulidad de la fusión, sin importar la causal, no afecta la validez de las obligaciones contraídas después de la entrada en vigencia de la fusión, por lo que establece una protección al tercero de buena fe (efecto de fe pública). Incluso se establece una consecuencia adicional favorable a este, que consiste en la responsabilidad solidaria de las sociedades partícipes en la fusión. Es cierto que la norma no señala quien es el “tercero”, ni los requisitos para su configuración, pero en nuestra opinión debe entenderse que tal condición la tiene aquel sujeto que reúne las siguientes notas: a) adquiere válidamente un derecho a título oneroso, b) la adquisición se realiza sobre la base del acuerdo nulo, c) buena fe del tercero, d) no debe constar en el registro la causal de nulidad, e) imputabilidad de la sociedad. Este régimen excepcional se aplicará también a la fusión de las sociedades colectivas, en comandita simple o civil, ya que la disposición especial se aplica con preferencia a la general del art. 38 LGS. En este caso, sí habrá fe pública, aunque se trate de sociedades de personas. La misma solución se aplica para el caso de la nulidad de escisiones, pues se ha previsto en forma expresa una norma de remisión hacia todo el complejo normativo que regula el tema de nulidad de fusión (art. 390 LGS). Por tanto, los acuerdos viciados en este ámbito tienen

el mismo régimen, y en todos los casos, el tercero es protegido por virtud del principio de fe pública, a lo que se añade la responsabilidad solidaria de las sociedades partícipes con respecto de las obligaciones originadas luego de inscribirse los acuerdos de escisión. Aquí también, y en derogación del régimen común, habrá fe pública para el caso de sociedades de personas.

En el caso de transformación, si bien se ha introducido una norma referida a su nulidad (art. 343 LGS), con plazo de caducidad de seis meses sin embargo, no se dice nada respecto de los efectos que esta produce frente a los terceros, por lo cual habrá que remitirse a las disposiciones generales, sea que se trate de vicios impugnables o nulos (arts. 139 – 150 LGS), en el primer caso, con fe pública, y en el segundo, no; por su parte, en las sociedades de personas, la nulidad de los acuerdos igualmente perjudica a los terceros, al haberse excluido la fe pública (art. 38 LGS).

En el caso de las otras hipótesis de reorganización simple, habrá que admitir la misma solución que en la transformación, aunque con el agregado de que en aquellas no rige el plazo de caducidad de seis meses, sino los plazos generales según se trate de un vicio impugnabile o nulo, o si se trata de sociedades de personas o de capitales.

3.6. Conflictos entre inscripción y la apariencia: la llamada apariencia contra tabulas

La apariencia material es una situación de hecho, con carácter de notoriedad, que resulta de alguna manera imputable a un sujeto; por lo que este asume las consecuencias de la situación que se produce cuando los terceros confían fundadamente en ese comportamiento notorio. En doctrina se habla de tutela de la apariencia, y la ley misma regula una serie de hipótesis en ese sentido, tales como el acreedor aparente (art. 1225 CC), el heredero aparente (art. 665 CC), entre otras. Si el registro coincide con la apariencia, entonces no habrá problemas, y la oponibilidad surtirá eficacia plena.

Sin embargo, la patología se presenta cuando la situación aparente es contradictoria con el registro. Por ejemplo, la sociedad inmobiliaria X tiene inscrito como apoderado a B, mientras que C se presenta como gerente, y para ello tiene disponibilidad física de las viviendas en venta, entrega tarjetas con su condición, recibe dinero y firma los comprobantes con el se-

llo de gerente, y en papel membretado de la sociedad, tiene disponibilidad de entrada y salida del domicilio de la sociedad, los empleados lo tienen como gerente, etc. A pesar de ello, C no está inscrito como tal. La pregunta que surge en forma inmediata: ¿Qué vence? ¿La inscripción o la apariencia? La solución facilista es optar por la inscripción, y sostener que el apoderado inscrito es B, por lo que la actuación de C corresponde a la de un falso procurador que no obliga a la sociedad; empero, llama la atención que una situación tan notoria y que se presta a engaños frente a los terceros que confían en tal apariencia, no pueda ser objeto de tutela alguna, máxime cuando la propia sociedad fue la que permitió la actuación engañosa de C, y ahora pretende negarlo, e ir contra sus propios actos. En España, por ejemplo, se presentó un caso análogo al descrito en este párrafo, y el Tribunal Supremo mediante sentencia de 18 de marzo de 1999 dio prevalencia a la apariencia, por lo cual C termina obligando a la sociedad por su actuación notoria como apoderado, aun cuando no estuviese inscrito como tal. Así dijo el Tribunal: “hoy se protege la confianza en la apariencia, por lo que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente. En este caso, el consejero-delegado (que necesita firma conjunta, pero procedió solo) actuaba en el piso piloto, firmó el recibo de la entrega inicial del precio en nombre de la sociedad, y disponía de un grupo de secretarías y medios burocráticos en el mismo piso piloto”⁹⁷⁷.

En este punto, la doctrina más moderna opina a favor de tutelar la apariencia en determinados casos, incluso cuando está en contradicción con el registro. Para el derecho español, Gómez Segade señala que: “al margen de las normas de publicidad registral, cabría que el tercero demostrase que, actuando con la debida diligencia, ha confiado en circunstancias y hechos claros discordantes con los que han sido objeto de publicidad legal”⁹⁷⁸. En el Derecho alemán, tenemos la importante posición de Karsten Schmidt: “quien provoca o mantiene una apariencia jurídica que es más fuerte que la publicidad registral, queda sometido a la responsabilidad derivada de la confianza en dicha apariencia”⁹⁷⁹. Este autor señala que la apariencia puede

977 Pau, A. (2001), p. 349.

978 Cit. Farías, M. (1998), p. 928.

979 Ibidem.

ser más fuerte que la cognoscibilidad registral, lo cual puede sonar a herejía en nuestro medio, pero su fundamento bien vale una seria reflexión: “a menudo la confianza en conductas y declaraciones tiene más peso que el contenido del Registro, que nadie lee”⁹⁸⁰. En buena cuenta, la tutela de la apariencia frente al registro, en algunas hipótesis, no significa dotar de inseguridad jurídica a las operaciones mercantiles, sino proteger la buena fe del tercero frente al automatismo del registro, lo que se hace más necesario cuando hablamos de un tráfico acelerado de bienes y servicios como ocurre en el ámbito de las actividades mercantiles, y en donde debe primar la lealtad y honestidad.

En nuestro ordenamiento jurídico existen por lo menos tres hipótesis normativas en las que se reconoce y protege la apariencia en el tráfico jurídico⁹⁸¹, incluso sobreponiéndose al registro. Los casos son los siguientes:

- a) El apoderado general notorio es aquel que se entiende facultado para obligar al poderdante en las operaciones ordinarias, aun cuando no cuente con poder alguno, ni se encuentre inscrito. En tal caso, la sociedad no podrá negar al apoderado notorio, ya que la apariencia genera confianza social en los terceros, tan igual o mayor que el registro, la que no puede ser defraudada. Para tal efecto, basta revisar el importante art. 280 CCom⁹⁸², que regula la figura del factor o gerente notorio, cuyos actos obligan a la empre-

980 Cit. Pau, A. (2001), p. 348.

981 En la doctrina: Schmidt, K. (1997), p. 411, se menciona los casos en que el empresario mantiene relaciones comerciales duraderas y estables, en el transcurso de las cuales puede haber modificado su responsabilidad, ante lo cual la jurisprudencia ha imputado el pago de las deudas al sujeto primigenio, antes de la modificación, cuando éste ha creado una apariencia susceptible de generar engaño. Por ejemplo: una sociedad colectiva se transforma en sociedad anónima, por lo que las nuevas deudas contraídas deberían estar sujetas a responsabilidad limitada; sin embargo, los Tribunales Alemanes han imputado responsabilidad individual al ex - socio colectivo que sigue utilizando papelería y efectos propios de su anterior condición jurídica.

982 Art. 280 CCom: *Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, trasgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare*

sa siempre que se celebren dentro de su giro o tráfico. Se trata, por tanto, de una apariencia que genera una representación típica y no-limitable dentro de su ámbito, por la cual el apoderado general (gerente) puede celebrar todos los contratos comprendidos en el objeto social de la sociedad (art. 277 CCom). A veces se ha dicho que el factor notorio es aquel que cuenta con un poder tácito, y no expreso, pero con mayor racionalidad se ha dicho que el tema responde, no a dos clases distintas de factor, sino, a dos modos diferentes de actuación representativa; una, valiéndose del poder como negocio documentado, y otra, en virtud de la notoriedad de la representación, lo que no excluye la existencia de un texto de poder⁹⁸³; es decir, no se trata de dos formas de otorgamiento del poder, sino, de dos formas distintas de ejercerlo. Por su parte, la admisión del factor notorio se encuentra generalizada en el Derecho comparado⁹⁸⁴; sin embargo, surge la duda respecto de los casos en que el apoderado general notorio es revocado en el registro. Una interpretación literal de las normas lleva a concluir que el tercero no puede ampararse en la apariencia, si el registro dice otra cosa; empero, la mejor solución es la contraria: la revocación inscrita hace de conocimiento general la extinción del acto de apoderamiento, pero si la sociedad mantiene en el cargo al factor, a pesar de la revocatoria inscrita, entonces ello crea una nueva y sucesiva apariencia legitimadora que autoriza a entender que se le ha renovado los poderes al factor. Desde una perspectiva temporal,

que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

983 De Eizaguirre, J. (1999), p. 294.

984 "El poder mercantil no necesita ser conferido expresamente. Para decidir la cuestión de si en un determinado supuesto existe o no apoderamiento tácito, precisa tener en cuenta las circunstancias particulares que se presenten. Cuando el propietario del negocio tolera a sabiendas que su hijo haga y deshaga libremente o que su cajero reciba pagos de cuantía desacostumbrada, debe considerarse otorgado el poder necesario para tales operaciones. En un supuesto particular, no es necesario que exista ni siquiera poder tácito. Los empleados en un almacén o tienda se consideran autorizados para la venta y admisión habituales de mercancías, aún cuando positivamente sólo se les hubiera colocado allí, no para la conclusión de ninguna clase de contratos, sino simplemente para acarrear los efectos de un lado para otro": Heinsheimer, K. (1933), p. 75.

los hechos se resumen así: el factor notorio tiene poder de representación *ex art.* 280 CCom; una vez que se inscribe la revocatoria, sin embargo, se produce la extinción de la representación para todos los terceros (arts. 26 y 285 CCom); empero, si el factor continúa notoriamente en ejercicio de la administración y dirección de la empresa, entonces habrá de asumirse que se ha concedido un nuevo poder que se sustenta en la apariencia (art. 280 CCom). Nótese que no se infringe la regla de oponibilidad del registro, sino que se produce un nuevo hecho (apariencia), o la continuación del mismo, que la ley valora como sustento de una representación legal⁹⁸⁵. En otras palabras, la revocatoria produce todos sus efectos, pero nada impide que la sociedad mantenga al mismo factor, con lo cual se asume que existe un nuevo poder. Por lo demás, esta situación es frecuente en la práctica, pues los gerentes cesados en el cargo, muchas veces se mantienen temporalmente a la espera del reemplazante o de que este se familiarice con la nueva gestión. En tal caso, debe reconocérsele facultades representativas a dicho ex – gerente, por virtud de la doctrina del factor notorio.

- b) El apoderado específico notorio, que se regula en el art. 165 CC, tiene un ámbito de aplicación más limitado, pues se refiere solo a la actuación de los dependientes en el momento de realizar operaciones ordinarias en un local abierto al público. Se trata, por tanto, de un apoderamiento específico para la celebración de actos concretos que son propios de un establecimiento que atiende directamente a los compradores o usuarios, y celebra negocios de ejecución inmediata con ellos⁹⁸⁶. En este caso, los dependien-

985 Conforme: De Eizaguirre, J. (1999), p. 294. En el mismo sentido opina Schmidt, K. (1997), p. 410, quien da el siguiente ejemplo: una sociedad colectiva exige la representación conjunta de sus socios, pero en determinado sector del tráfico es recurrente que actúe uno de los socios. La validez del contrato de la sociedad representada por un socio no implica un rompimiento de la oponibilidad registral, sino que la sociedad ha otorgado un poder (a través de la apariencia) para que un solo socio obligue a la sociedad.

986 El art. 165 CC tiene su antecedente en el art. 288 CCom, que todavía se encuentra vigente, y que constituye una norma complementaria de la del Código Civil.

Art. 288 CCom: *Los mancebos encargados de vender al por menor en un almacén público, se reputarán autorizados para cobrar el importe de las ventas que hicieren, y sus recibos serán válidos,*

tes de un establecimiento abierto al público tienen poder de representación de su principal para los actos que allí se realizan; y este poder debe reputarse que surge de la propia apariencia, sin importar lo que diga el registro; es más, podría ocurrir que dicho poder haya sido revocado en el registro, pero aun así, la representación que emana del art. 165 CC es más fuerte, pues se basa en la situación de notoriedad. Por tanto, si el principal desea revocar al dependiente, entonces no basta con hacer lo propio en el registro, sino que es necesario eliminar la apariencia legitimadora, esto es, hacerlo cesar en los hechos del cargo de dependiente que ocupa; solo de esa manera se extingue la apariencia que sustenta el poder. En consecuencia, aquí, como en la figura precedente, estamos en presencia de un poder aparente que nace por virtud del ejercicio de una función, aun cuando el principal ni siquiera haya tenido la voluntad de otorgarlo; empero, igual surge la responsabilidad por la apariencia jurídica en virtud de una declaración tipificada por el tráfico (Canaris)⁹⁸⁷. Por tanto, esta regla debe entenderse como imperativa y el registro es impertinente para derogar este mecanismo especial de protección del tráfico, salvo que se produzca el cese del dependiente, y con ello se extinga, también, el apoderamiento legalmente tipificado.

- c) El uso indebido de nombre en la razón social está previsto en el art. 266 LGS, y el presupuesto de su aplicación es el siguiente: El socio aparente de una sociedad colectiva, que realmente no lo es, pero que permite la inclusión de su nombre en la razón social, responde de las deudas sociales como si fuese socio. Recuérdesse que, en las sociedades colectivas, los socios responden por las obligaciones de la sociedad, y la razón social lleva el nombre de los socios. En este caso, existe un nombre que indebidamente aparece en la

expidiéndolos a nombre de sus principales. Igual facultad tendrán los mancebos que vendan en los almacenes por mayor; siempre que las ventas fueren al contado y el pago se verifique en el mismo almacén; pero cuando las cobranzas se hubieren de hacer fuera de éste, o procedan de ventas a plazos, los recibos se firmarán necesariamente por el principal o su factor, o por apoderado legítimamente constituido para cobrar.

987 De Eizaguirre, J. (1999), p. 297.

razón social, por cuanto esa persona no es socio o dejó de serlo, sin embargo, ello genera una apariencia muy fuerte en los terceros, quienes confiarán en tal hecho notorio para concluir negocios con esa sociedad, incluso si resulta contradictoria con el registro. Nótese que aquí también se presentan los elementos claves de la doctrina de la apariencia: el hecho notorio (uso de la razón social con un nombre indebido), la imputación del hecho al socio (permitir el uso de su nombre en la razón social), el error excusable del tercero (se ve engañado por el uso generalizado de la razón social en el tráfico), en cuanto desconoce la realidad y actúa de buena fe. El fundamento de esta solución rigurosa se encuentra en que la sociedad se beneficia del crédito de los socios, y los terceros que cuentan con la responsabilidad ilimitada de éstos se verían defraudados si la razón social se utiliza con el nombre de una persona sin que éste se oponga⁹⁸⁸. Por tal motivo, la razón social de las sociedades colectivas se encuentra sometida a un principio de veracidad, por el cual los nombres que aparecen en la razón social se reputan socios, aunque no tengan esa condición. La misma regla debe aplicarse a los socios colectivos de las sociedades en comandita simple (art. 281, 1º párrafo LGS) y en comandita por acciones (art. 282-4 LGS), con el agregado de que el socio comanditario-capitalista que consienta que su nombre figure en la razón social responde frente a los terceros como si fuese colectivo, es decir, en forma solidaria e ilimitada (art. 279 LGS). Como todo fenómeno de apariencia se requiere que el hecho sea imputable, en este caso, a la sociedad, por lo menos a través de la tolerancia o aquiescencia. Queda la duda respecto de cuál sería la forma como el afectado con el uso indebido de su nombre pueda atajar esta contingencia. Tal vez la posibilidad más lógica sería entablar una demanda de modificación de razón social, basada en la infracción del aludido principio de veracidad, y anotarla en el registro.

En lo que sí debe convenirse es que la prueba de la apariencia es mucho más complicada que la prueba del hecho inscrito; para esto último basta la

988 Ibid., pp. 619-620.

certificación del registro, mientras que la primera requiere de una serie de elementos de prueba que lleven al convencimiento del juez en cuatro ámbitos: i) que se ha producido una situación de hecho claramente notoria (hecho aparente)⁹⁸⁹, ii) que ese hecho es imputable a la sociedad de alguna manera (culpa) y, iii) que ese hecho tiene la virtualidad de producir un engaño en el tercero que confía legítimamente en esa apariencia (error excusable), y que, por tanto, actúa de buena fe; iv) La existencia de un acto del tercero que resulte digno de protección, específicamente un negocio oneroso. Estos elementos del supuesto de hecho “apariencia jurídica” son reconocidos por la mejor doctrina, encabezada por el profesor alemán Claus Wilhem Canaris y su monografía clásica *Vertrauenshaftung* (literalmente: “Responsabilidad por la Apariencia”)⁹⁹⁰.

Vale la pena destacar la importancia de que la apariencia sea imputable a la sociedad (culpa), pues este es precisamente el título que habilita a imponerle las consecuencias perjudiciales del acto; en caso contrario, se daría una intolerable injusticia, en donde la sociedad llegaría a ser responsable de un acto que se generó por una apariencia que no ocasionó. Por ejemplo: un sujeto imita la apariencia de otro negocio vecino a efectos de confundir a los usuarios de que se trata del mismo negocio y, de esa manera, aprovechar su reputación; en tal caso, la apariencia no es imputable a la sociedad imitada, y resultaría inicuo hacerle responsable por las deudas que generó el otro establecimiento. Por el contrario, la imputación es razonable cuando un sujeto sin poder de representación celebra contratos dentro del giro o tráfico de la empresa, en un establecimiento notoriamente perteneciente a ella y dedicado a sus operaciones, y en el que ostenta de facto el poder de

989 “Para poder dirigirse contra el empresario, al tercero le será suficiente con acreditar que, a pesar de no figurar inscrito en el Registro Mercantil como factor de un empresario, se le reconoce públicamente esta condición y acreditar igualmente la actuación del factor dentro del ámbito del poder de representación”: Rojo, Á. (1999), T. I, p. 217.

990 Canaris señala los siguientes elementos: a) El supuesto base de la confianza (*Vertrauensatbestand*) que constituye un hecho notorio que sirve de base objetiva a la apariencia; b) el tercero debe contar con buena fe, ya sea falta de conocimiento de la verdadera situación jurídica, o exigir, además, la diligencia en la comprobación; c) la confianza debe dar lugar a un acto de tráfico (oneroso); d) imputabilidad al titular de causar el supuesto base de la confianza: De Eizaguirre, J. (1999), pp. 231-232.

decisión⁹⁹¹. En nuestro país se produjo un caso muy interesante, en el cual debió aplicarse la doctrina de la apariencia, sin embargo, la Corte Suprema se pronunció en el sentido que la oponibilidad del registro es absoluta⁹⁹².

991 Juste, J. (2001), T. II, p. 1377.

992 "TERCERO.- Que, sin embargo, tal como lo ha establecido la Sala de revisión en la sentencia de vista de fojas trescientos cincuentidós, en la fecha en que se aperturó el contrato de cuenta corriente y durante el manejo de la misma, se encontraba inscrito en los registros públicos la Junta General de Accionistas de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos noventiséis, en donde se acordó que para suscribir contratos y girar cheques se requería la participación mancomunada de por lo menos dos socios; CUARTO.- Que, en ese sentido, el banco demandado no puede desconocer el contenido de lo establecido en el artículo dos mil doce del Código Civil, norma que recoge el principio de publicidad registral y establece una presunción *jure et de jure*, en virtud de la cual se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; dicha norma jurídica al no admitir prueba en contrario, tiene una naturaleza imperativa a tenor de lo dispuesto en el artículo mil trescientos cincuenticuatro del Código Civil, por lo tanto la voluntad de las partes no puede primar sobre ellas, sino que prevalece la norma de carácter imperativa, tanto más cuando el artículo mil trescientos veintiocho del Código Civil señala que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor; QUINTO.- Que, siendo así la falta de diligencia de verificar el contenido de las inscripciones, origina que el banco haya actuado de manera culposa; debiendo responder por ello (...)": Casación N° 3172-2000-Lima. Los hechos son claros: Una sociedad celebró con un Banco local un contrato de cuenta corriente en el que participó un solo apoderado, y en el que se indica que el cliente debía informar de los cambios en el régimen de apoderados. Sin embargo, de acuerdo con el registro, la sociedad requiere ahora de la firma conjunta para celebrar contratos, aunque esa circunstancia no se haya informado al Banco. Por tal motivo, el cliente solicita una indemnización, y aduce el artículo 2012 CC, por cuanto la oponibilidad absoluta del registro hace que el Banco no pueda alegar el desconocimiento del régimen de firma conjunta inscrita en el registro. En el presente caso, sin embargo, cuando se celebró el contrato de cuenta corriente, el cliente presentó una información registral incompleta, que sin embargo ahora ha utilizado a su favor, con el fin de desligarse de los efectos de este contrato. La decisión final parece comprometida, pues una fácil aplicación del 2012 CC lleva a la protección del sujeto que mintió sobre su verdadera situación jurídica. Esto mismo puede ocurrir cuando la sociedad modifique su régimen de poderes, y simplemente omita comunicar ese hecho al Banco, con lo cual este seguirá pagando cheques, y aceptando retiros, en base de la hoja de poderes que consta en su archivo informático, ya que en la práctica es inviable que en cada acto de ventanilla, se pretenda hacer una búsqueda del registro. Lo más simple es sostener la eficacia exorbitante de la oponibilidad registral frente a los terceros (art. 26 CCom, art. 2012 CC) y, en consecuencia, que el Banco sea responsable por el pago indebido de un cheque, aun cuando la sociedad haya incumplido su obligación contractual de comunicar el cambio producido en el régimen de poderes. Una solución literal de este tipo genera innumerables problemas a la

celeridad del tráfico, y es contraria a la más elemental buena fe. Así, pues, si existe el riesgo de que los poderes de una sociedad hubiesen sido modificados (lo que puede ocurrir todos los días), entonces el Banco se vería obligado a exigir en cada operación, en cada pago de un cheque, en cada retiro de dinero por ventanilla, que el interesado “acredite los poderes mediante un certificado registral de vigencia del día”. Y nótese que el certificado debería ser del día, por cuanto estos documentos solo garantizan la realidad existente al momento de su expedición, y no después, en tanto la situación registral podría cambiar al día siguiente; o en todo caso, el cajero debería hacer una visualización en línea de la información registral. Esta interpretación literal falla si tenemos en cuenta que el registro es una institución destinada a generar publicidad confiable, pero no puede tutelar la mala fe o la inmoralidad. Por tanto, si el sujeto inscrito (la sociedad) intenta oponer la inscripción, entonces el tercero (Banco) podrá utilizar la apariencia legitimadora generada por la sociedad (esto es, probar el comportamiento no-coherente del sujeto inscrito, pues, a pesar de estar obligado a informar, el cliente no cumplió su compromiso y ahora pretende aprovechar de sus actos propios para desligarse de una operación bancaria). En este caso, el comportamiento no-coherente de la sociedad (culpa) genera una apariencia muy fuerte que lleva al tercero a una situación de error excusable. Por tanto, en un caso así, nuestra opinión es que la doctrina de la apariencia constituye un sólido fundamento para proteger al tercero, y el sustento normativo es el art. 280 CCom, pues resulta la propia sociedad quien ha creado un factor notorio a través de una relación estable y duradera con la entidad bancaria (tal y como sostiene Karsten Schmidt, para el Derecho alemán). Por tanto, la institución del Registro (y su oponibilidad) no descarta la realidad, ni elimina la buena fe. En tal sentido, son válidas las cláusulas que obligan a comunicar las modificaciones que haga una de las partes en su régimen de poderes, bajo responsabilidad de mantener una apariencia de la que no podrá desligarse, conforme el art. 280 CCom. No obstante, podría sostenerse que esta interpretación desvirtúa la imperatividad derivada del conocimiento legal que impone la inscripción. Este entuerto se aclara si tenemos en cuenta que la información del registro, a pesar de su oponibilidad absoluta (art. 26 CCom), está sujeta a límites extrínsecos, entre ellos, la realidad jurídica que siempre puede ser invocada por el tercero (art. 16 LGS); la buena fe; la prohibición de favorecerse con sus propios actos. En todos estos casos, se produce una clara discrepancia entre el registro y la apariencia, que debe resolverse con una ponderación adecuada de los intereses en juego. En el presente caso, la propia sociedad ha creado la notoriedad al celebrar un contrato por el cual se obliga a informar cualquier cambio de poderes, con lo cual se genera la confianza del tercero respecto de la subsistencia del representante primigenio, si es que no se informa de lo contrario. Por tanto, quien crea la apariencia en forma voluntaria, no puede luego invocar su propia culpa a efectos de desmentir un hecho notorio que indujo en error excusable al tercero. El registro no es instrumento que permita defraudar la confianza del tercero que se sustentó en un comportamiento del sujeto inscrito, para luego pretender la validación de un comportamiento incoherente de ese mismo sujeto en relación con su anterior conducta. El mismo caso se presenta si una sociedad es demandada en juicio, y luego de contestar la demanda y señalar su domicilio legal, acuerda su fusión, escisión, reorganización simple o transformación, de tal modo que exista la necesidad del trámite de sucesión procesal. Es obvio que cualquiera de los mencionados actos son mecanismos internos de reorganización de la sociedad y, por ende,

4. PRINCIPIOS APÓCRIFOS

4.1. Definición

La institución del registro nace con la finalidad de proteger los derechos sobre predios, en un momento histórico en el que se manifiesta la necesidad que el crédito fluya a la riqueza territorial para la construcción de ciudades, industrias, explotaciones agrícolas e infraestructura en general. Por tantos, los principios registrales originarios se configuran en torno a la realidad inmobiliaria, por lo que surgen los principios de inscripción declarativa o constitutiva, fe pública registral, prioridad, especialidad, tracto sucesivo, entre otros.

Posteriormente, con el crecimiento de la economía, otros ámbitos de las relaciones y situaciones jurídicas fueron incorporadas también a la publicidad registral, como ocurre con los actos de personas naturales o jurídicas. En tal contexto, los principios referentes a los predios se mimetizaron

su puesta en vigor no puede ocurrir con afectación a las partes con las que se haya vinculado por alguna relación jurídica (contractual o procesal). En estos casos, la sociedad no puede ampararse en la "oponibilidad registral" para perjudicar a terceros, por ejemplo, a través del pedido de la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se produjo el acto societario en cuestión. Por tanto, si la sociedad se apersonó al proceso, contestó la demanda y señaló domicilio legal bajo una vestimenta jurídico-formal determinada, no puede luego invocar la inscripción de otra vestimenta formal para eludir el proceso, pues un mínimo de coherencia y buena fe exige que estos hechos hubiesen sido comunicados inmediatamente en el proceso, por lo que la omisión o silencio solo deben perjudicar a la sociedad. Cualquier interpretación en contrario, basada en el "sacrosanto principio de oponibilidad registral", significa que la otra parte debe acudir al registro todos los días con el fin de verificar que su contendiente no se transformó, fusionó, escindió, reorganizó, o que incluso, no modificó a sus apoderados. Nuevamente se impone aplicar la doctrina de la apariencia, contenida en el art. 280 CCom, por lo que debe reputarse que el apoderado investido en juicio es factor notorio para esos efectos. Recuérdese que el sujeto inscrito (y no solo el tercero) también se encuentra sujeto a la buena fe, por lo que no se le permite crear una apariencia que sea contradictoria con el registro, pero simultáneamente tratar de invocar este último. Ello es contrario a la buena fe, pues nadie puede utilizar a favor su propia torpeza; en este punto existe coincidencia en la doctrina más autorizada: Vicent Chuliá, F. (2006), p. 147. En suma: "por existir una realidad de hecho que con frecuencia se mueve de espaldas a los esquemas abstractos de la lógica, es por lo que el Derecho se ve precisado a legitimar ciertas situaciones aparentes dotándolas de alguna eficacia. En unos casos esa eficacia se despliega a favor de quien crea la apariencia o goza de ella. En otros, a favor de terceros que pueden ser, y son de hecho, engañados por la fuerza de la apariencia": De Ángel, R. (1982), p. 22.

a las personas, lo que no es adecuado, pues ambos registros responden a funciones diferentes. El registro de predios se caracteriza por la idea de “integridad”, pues todos los actos y contratos sobre predios buscan la publicidad en el mismo registro, “hacia dentro”; mientras el registro de personas se caracteriza por la idea de “fragmentariedad”, en tanto el registro solo recibe algunos actos internos de la persona, cuya función es servir de base para la celebración de contrque actúa, por tanto, “hacia afuera”. Por ejemplo, la compraventa de predios entre el titular registral y el adquirente se inscribe en el mismo registro de su propósito; en cambio, el apoderamiento es acto interno de la persona, que si bien se inscribe, sin embargo, su función es servir de base para la contratación con terceros, cuyo sitio no es el del registro personal. La doctrina más importante se muestra en conforme en rechazar la fácil identificación entre los principios del registro de predios (o de bienes, en forma más general) con los del registro de sociedades (o de personas, en forma general)⁹⁹³.

Los principios registrales de tracto sucesivo y prioridad, que corresponden al ámbito de los predios, pero que se han trasladado indebidamente al registro de sociedades, son los que denominamos “apócrifos”.

4.2. Tracto sucesivo

El principio de tracto sucesivo presupone la concatenación causal o cadena registral de sucesivos actos derivativos, en los cuales uno es el antecedente del otro, y así sucesivamente (art. 2015 CC). En frase feliz de Nuñez Lagos, se trata que el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana. En

993 “entre ambos registros no hay razón alguna de analogía. Salvo el dato común de ser instrumentos de publicidad, todo son diferencias, que arrancan de la diversidad del objeto de la inscripción, pues mientras en el registro mercantil se inscriben personas y hechos, en el registro de la propiedad se inscriben cosas y derechos reales. Las consecuencias de esta radical oposición son muy importantes. (...) la mayoría de las inscripciones en el registro mercantil no pueden determinar ningún orden de preferencia en los derechos, precisamente, porque no se inscriben derechos, sino hechos (A se dedica al comercio, B otorga un poder general, C se aparta de una sociedad colectiva, la sociedad D eleva su capital, etc.). El orden cronológico de la inscripción es aquí indiferente. Rara vez se producirá colisión entre derechos inscritos y servirá la fecha de presentación para decidir el conflicto entre dos posiciones jurídicas contradictorias”: Garrigues, J. (1987), T. III, pp. 66-67.

tal sentido, es fácil advertir que la idea de tracto sucesivo no se aplica en los registros de personas, por la sencilla razón de que en ellos no se inscriben transferencias de derechos en sucesión derivativa, esto es, por efecto de actos de transmisión. Por el contrario, en los registros personales se inscriben hechos jurídicos, diversos, aislados entre sí, en los que no hay implicación entre ellos. Por tanto, la idea de tracto queda eliminada. La mejor doctrina señala con claridad que en los registros personales no se inscriben cosas y derechos reales, sino personas y hechos jurídicos que normalmente no derivan entre sí, por lo que el tracto sucesivo carece de aplicación práctica⁹⁹⁴.

En nuestra doctrina se considera, erróneamente, que el tracto sucesivo, propio del registro de bienes, tiene un concepto análogo en la llamada “inscripción del acto previo”, que sería aplicable a los registros personales. Para descartar esta afirmación, basta señalar que los términos “tracto” y “previa inscripción” son sinónimos⁹⁹⁵, por lo cual nada se aporta con la utilización diferenciada de palabras, pues en buena cuenta ambos aluden a lo mismo. Sin embargo, esa sinonimia es aplicable al registro de bienes, pues en los registros de personas el tracto, simplemente, no existe. En realidad, lo que se denomina de forma genérica como “acto previo” viene a ser un conjunto de defectos registrales, sin mayor unidad, que se caracterizan por la peregrina idea de que “falta una inscripción para continuar con la siguiente” (sic). Con este nivel de “abstracción”, no puede hacerse doctrina seria. Por tanto, el “acto previo” alberga hipótesis tan disímiles como las inscripciones complementarias, de las que hablaremos seguidamente, la falta de claridad en la declaración, la infracción del principio de especialidad o la ilegalidad del acuerdo. En buena cuenta, la figura comprende todo y nada a la vez, por lo que se trata de un concepto sin mayor relevancia ni utilidad⁹⁹⁶.

994 Ibid., p. 67. Modernamente se ha dicho, sobre el tracto sucesivo, que “cabe dudar de su efectiva utilidad en un registro de base personal como el Registro Mercantil. Nos hallamos, probablemente, ante una muestra de mimetismo respecto del Registro inmobiliario”: De Eizaguirre, J. (1999), p. 220.

995 Para acreditar esta afirmación, basta leer el parágrafo 4 de la Ordenanza Alemana del Registro Inmobiliario (GBO), en la que se define el tracto sucesivo mediante la sumilla de “inscripción previa”.

996 Un ejemplo de dogmatismo, sin explicación sustancial y racional de lo que en sustancia consiste el acto previo, puede encontrarse en la siguiente RTR N° 095-2010-SUNARP-TR-L de 18.01.2010: “Resulta entonces, que de acuerdo a la doctrina el principio de tracto

Por su parte, otro autor habla de coherencia registral, como una idea genérica que permite a toda inscripción ubicarse dentro de un contexto de orden en la hoja del registro⁹⁹⁷. Si bien la coherencia de las declaraciones es un elemento de la calificación del registrador, sin embargo, ese tema no tiene relación alguna con el principio de tracto sucesivo, y menos aún puede admitirse la idea generalizadora de un solo principio que agrupe la coherencia y el tracto. Así pues, una cosa muy clara es el tracto sucesivo, con su idea de concatenación derivativa de transmisiones, todas ellas compuestas por hechos jurídicos autónomos, pero vinculados por el tándem de actos de transferencia y adquisición de derechos que entre ellos se produce; y otra muy distinta es la coherencia, que se refiere a las declaraciones y su correcta comprensión. Por tanto, es posible que haya una declaración coherente, sin tracto sucesivo; y otra incoherente, pero que cumpla el tracto de manera formal. La conclusión es simple: son cuestiones diversas.

La influencia de los principios y reglas del derecho registral inmobiliario ha dado lugar a la expansión indebida de las mismas instituciones en otros registros. Esta opción, francamente equivocada, se advierte en seis hipótesis que normalmente se consideran como ejemplo de tracto⁹⁹⁸:

- a) Para la inscripción de actos o contratos relativos a un sujeto inscribible, será precisa la previa inscripción del sujeto.
- b) Para la inscripción de actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad, será precisa la previa inscripción de estos.

sucesivo es aplicable en estricto en el Registro de Propiedad regido por el sistema de folio real para procurar un historial jurídico de continuidad ininterrumpida de sucesivas adquisiciones cronológicamente eslabonadas. Sin embargo, el acto previo es aplicable más bien a los registros llevados bajo el sistema de folio personal y a otros que no tengan como finalidad la publicidad de transmisiones de carácter real". El Tribunal Registral mantiene desde hace buen tiempo su errática doctrina del acto previo, por ejemplo, en la Res. N° 1241-2009-SUNARP-TR-L de 14 de agosto de 2009, cuyos fundamentos se remiten al libro de Antonio Esturillo López, pero en el que se dice que "el acto previo no es tracto, sino legitimación", esto es, simplemente abarca distintos supuestos de ilegalidad de los acuerdos. ¿Cómo puede sustentarse un concepto cuando el apoyo (cita de autor) niega el mismo concepto?

997 Santa Cruz, A. (2001), p. 97.

998 Las tres primeras se toman de los reglamentos registrales de España.

- c) Para la inscripción de actos o contratos otorgados por apoderados o administradores, será precisa la previa inscripción del poder.
- d) Para la inscripción de la revocatoria de poder se necesita la previa inscripción del poder.
- e) Para la inscripción de un gerente por determinado periodo, se necesita la inscripción del gerente del periodo precedente.
- f) Para la inscripción del acto de transmisión de participaciones en la sociedad comercial de responsabilidad limitada se requiere que el transferente se encuentre inscrito.

La primera hipótesis no constituye problema de tracto, sino del principio de especialidad. En efecto, el tracto implica que todas las inscripciones se agrupan dentro de una hoja organizada sobre la base de una cosa o bien. Nótese que el tracto se presenta cuando la hoja registral (partida) ya está abierta, por lo que es menester agrupar en ella las inscripciones de forma ordenada, regular y sucesiva en cuanto a la transmisión y adquisición de los derechos; en cambio, antes de que se abra la hoja, ni siquiera es concebible la discusión del tracto, por lo que en ese momento solo se encuentra en juego el principio de especialidad. Tracto y especialidad son temas distintos, conforme se comprueba con un sencillo ejemplo: en el registro inmobiliario, en donde sí existe tracto, la falta de inscripción del transmitente hace que no pueda inscribirse el adquirente. En cambio, la falta de matriculación del predio implica que no exista hoja registral (especialidad), pero ello no tiene relación con el tracto, pues ni siquiera existe una inscripción sobre la que pueda concatenarse. En consecuencia, en este ejemplo no existe el presupuesto del tracto, esto es, el requisito *sine qua non* para su operatividad.

La segunda hipótesis conlleva una situación más comprometida para el intérprete, pues no resulta lógico admitir que un segundo aumento de capital, por ejemplo, se pueda inscribir sin que se haga lo propio con el primero, o que una sustitución de poder se realice sin la primigenia inscripción del poder. Si bien es correcta la exigencia de inscribir el acto originario, sin embargo, ello no significa la presencia del tracto sucesivo. La razón es muy simple: este principio solo juega en caso de transmisiones derivativas de derechos, lo que no ocurre en ninguno de estos ejemplos. En realidad, aquí se presenta el tema de complementariedad de las inscripciones, por la cual

un hecho primario (A) es modificado por un hecho secundario (B), lo que da lugar necesariamente a un hecho complejo (A + B). En tales casos, es evidente que no puede desarmarse el hecho jurídico mediante la inscripción de solo una parte (B), por lo que se hace imperativo el requerimiento de inscripción de todo el hecho (A + B). Nótese la gran diferencia que existe entre el hecho complejo, que reclama la publicidad de todo él, y que da lugar a inscripciones complementarias, con relación al hecho derivado, en donde una inscripción es distinta de la otra (ejemplo: dos ventas sucesivas), aunque ellas terminen conformando una cadena de transmisión y adquisición de derechos. La complementariedad de inscripciones no tiene relación con el tracto sucesivo, pues en este los hechos son rigurosamente autónomos (A – B – C – D), con la característica de que un derecho se transfiere por sucesión derivativa o relación de causa a efecto. Un ejemplo para aclarar la cuestión: A le vende a B, y luego B le vende a C. Aquí hay dos compraventas como hechos jurídicos autónomos, con la particularidad de que un negocio justifica la adquisición del comprador B, y la posterior disposición a través del negocio sucesivo. Esta es una típica aplicación del tracto sucesivo. En cambio, la modificación de una cláusula del estatuto social es un hecho secundario (modificación) referido a un hecho primario (estatuto), por lo que el segundo no puede vivir sin el primero, ya que se trata de hechos complejos, en donde uno necesita del otro. Este es un caso de inscripciones complementarias. Nótese que esta última figura también se presenta en los registros de bienes, cuando una compraventa (hecho primario) es susceptible de modificación o aclaración (hecho secundario), por lo que no puede inscribirse la modificación sin que se haya hecho lo propio con la venta, pues resulta necesario que se impida la publicidad de negocios seccionados. En esta hipótesis hay complementariedad, y no tracto. Una cuestión práctica ayudará a entender el distinto ámbito de aplicación de ambas figuras, por lo que no se les puede unificar bajo una categoría única: es el caso de las anotaciones preventivas por defecto de tracto, que tienen importancia en los registros de bienes, pues la fecha de presentación de los títulos y la eficacia temporal de la inscripción deciden los conflictos entre titularidades. Además, véase que los registros de bienes otorgan publicidad-preferencia; mientras los registros de personas confieren publicidad-conocimiento. Por tanto, un hecho jurídico incompleto no puede merecer publicidad, ni siquiera mediante una

anotación provisional por defecto subsanable, ya que la mitad de algo es nada. No puede anotarse un negocio jurídico partido por la mitad. Incluso, también es necesario prevenir contra la aplicación dogmática de la complementariedad, pues su necesidad solo se justifica cuando se trata de hechos que, efectivamente, son indesligables y conforman una unidad sustancial. En caso contrario, la complementariedad también podría ser exceptuada. Así, por ejemplo, se tiene una cláusula estatutaria inscrita (acto 1), que es modificada por primera vez (acto 2) y luego por segunda vez (acto 3). En tal caso, bien podría decirse que el acto 3 ya subsume el acto 2, por lo que bastaría inscribir el último acuerdo para efecto de dotar de publicidad a la actual norma del estatuto, sin que exista un interés atendible con relación al hecho pretérito. En buena cuenta, la complementariedad es requerida para publicar hechos complejos sustanciales, y no cuando uno de las partes haya sido superada por un hecho actual.

La tercera hipótesis, referida a la inscripción previa de los administradores antes de proceder al registro de los actos de disposición que estos otorguen⁹⁹⁹, constituye un tema largamente debatido. Sobre el particular, debe indicarse que no es correcto atribuir una eficacia limitada al poder no-inscrito, pues debe recordarse que el objeto del apoderamiento es permitir que el representante celebre negocios o actos jurídicos con terceras personas. La finalidad de la representación es facilitar al *dominus negotii* (poderdante) que pueda relacionarse jurídicamente con los terceros, ampliando de esta manera su círculo de intereses patrimoniales y personales. Por tanto, resulta impensable concebir un poder que no surta efectos frente a terceros, ya que la representación, por naturaleza, se encuentra dirigida a ellos. Por tanto, un acto de disposición puede otorgarse con poder inscrito

999 A pesar de que en España existe una disposición que exige la previa inscripción, como hipótesis de tracto sucesivo, lo que no ocurre en nuestro país, sin embargo, la doctrina no está de acuerdo con su encuadre dogmático. Por ejemplo, Manuel Olivencia considera que se trata de un simple problema de calificación, pues el registrador debe verificar el orden formal de las inscripciones, en tanto no consten las facultades del otorgante: Cit. Casado, P. (2002), p. 238. Por su parte, en el texto de Serrera, P. (2003), p. 2768, se reconoce que aquí está en juego el llamado principio de legalidad, pero luego en forma equívoca considera que esto también es una manifestación del tracto. En nuestra opinión, el tema ha recibido un erróneo tratamiento en la doctrina registral española, conforme se explica en el texto principal.

o con falta de inscripción; en el primer caso, el registrador de bienes simplemente tiene por válido y existente el poder, sin calificar estos aspectos, pero sí entra a examinar la suficiencia y subsistencia del poder; por el contrario, si el acto de apoderamiento no está inscrito, entonces el registrador de bienes deberá examinar el poder en todos los otros aspectos, por lo que su calificación versará sobre la existencia, validez, suficiencia y subsistencia del apoderamiento con relación al acto dispositivo. Sin embargo, alguien se preguntará: ¿cómo el registrador conoce que el poder subsiste, esto es, que no se encuentra revocado? La respuesta es simple a la luz del ordenamiento sustantivo: la revocatoria del poder solamente se opone al tercero cuando se le ha comunicado; en consecuencia, de acuerdo con la regla general del sistema, el registrador, que solo califica según los documentos aportados (art. 2011 CC), no puede entender que se ha producido la comunicación revocatoria, por lo que debe presumir que el poder subsiste, sin necesidad de inscripción, ya que la única manera de entenderlo revocado es que conste la comunicación de revocación dirigida a dicho tercero (art. 152 CC). Si tenemos en cuenta que la calificación del registrador está limitada a los documentos que se le aportan, y que no puede presumir hechos sobre los que no hay prueba, entonces la conclusión lógica es que el título de apoderamiento está vigente. Este fundamento ha sido reconocido en la Resolución del Tribunal Registral del Norte N° 025-2000-ORRLL/TRN de 24 de agosto de 2000, que ha sido aprobado como precedente de observancia obligatoria, y si bien se refiere al Registro de Mandatos, sin embargo, la doctrina es la misma y se aplica el Registro de Sociedades, máxime cuando este cuenta con una norma expresa que resuelve la cuestión (art. 17 LGS)¹⁰⁰⁰.

1000 Es cierto que en el ámbito de asociaciones no existe una norma como el art. 17 LGS, sin embargo, el razonamiento es idéntico. Por ello, causa asombro que el Tribunal Registral haya negado la inscripción del acto de disposición, mientras no se inscriba el apoderamiento, con el simple argumento que la regla societaria no puede aplicarse por vía analógica: "Si bien es cierto el artículo 17 de la Ley General de Sociedades contiene norma expresa, esta disposición no puede aplicarse analógicamente a todas las personas jurídicas distintas a las sociedades, en tanto la calificación registral para la validez de estos actos es un aspecto que le compete al registrador del Registro correspondiente como es el de personas jurídicas. (...) es necesario que el poder de ambos representantes de la asociación para otorgar la escritura pública de adjudicación se encuentre previamente inscrita en el Registro, a efecto de brindar seguridad jurídica a los terceros (sic) que contraten en

Es evidente, pues, que la calificación favorable de un acto de disposición no está sujeta a la previa inscripción del poder en el registro correspondiente, y el registrador de bienes puede calificar ambos actos, ya que la inscripción del poder no produce especial efecto ni constituye requisito de los actos o negocios que se celebran en virtud del apoderamiento¹⁰⁰¹.

La cuarta hipótesis implica que el acto de apoderamiento no ha llegado al registro, pese a lo cual, cabe sostener que la revocatoria es hecho autónomo, por lo que la inscripción del primero no es requisito para la inscripción del segundo (art. 152 CC). En efecto, algunos argumentos de orden práctico ayudan a sustentar y redondear nuestra tesis: Primero, la inscripción simultánea del poder y su revocatoria, como se exige a menudo por las instancias registrales, no tutela un interés sustancial alguno, pues lo único relevante es el negocio revocatorio (hecho negativo), que se opone desde el momento de la inscripción a la generalidad de los terceros; en cambio, el poder (hecho positivo) nunca estuvo vigente en el registro, pues nació revocado, por lo que carece de la finalidad que la ley prevé, esto es, que un tercero contraata en virtud de un poder inscrito no revocado. En buena cuenta, ¿para qué sirve inscribir el poder que en paralelo se revoca? Nunca podrá emitirse un certificado de vigencia de poder, ni tampoco algún contratante podrá ampararse en la apariencia registral de tal poder. En consecuencia, se trata de una exigencia carente de todo sentido. Segundo, ¿qué ocurre si es muy difícil agenciarse del título (documento) de apoderamiento (por ejemplo: porque se perdió el libro de actas)? En ese ínterin, y como no consta inscrito ni el poder ni la revocatoria, entonces será muy fácil que los terceros puedan invocar la representación aparente del art. 152 CC. Por tanto, la exigencia de inscribir el poder como condición previa a la la revocatoria, es un instrumento facilitador del fraude, y no de la legalidad. Tercero, ¿qué pasa con las revocatorias genéricas respecto de los actos del pasado? Por ejemplo: son usuales las revocaciones que se hacen de “todos los poderes, inscritos o no,

virtud de la información que publicita el registro”: RTR N° 616-2009-SUNARP-TR-L de 11.05.2009.

1001 En tal sentido, para el ámbito de las sociedades, se tiene la RTR N° 043-2010-SUNARP-TR-L de 08.01.2010, aunque no se dan mayores argumentos para arribar a la conclusión, salvo el reiterativo “la ley lo permite”.

otorgados con anterioridad a determinada fecha”. No cabe duda de que este acto es inscribible, y además presta una utilidad valiosa, específicamente en los casos de venta de las acciones de la sociedad. En España, por ejemplo, a pesar de que existe un dispositivo reglamentario que exige la inscripción del acto primigenio, empero, por vía jurisprudencial se ha admitido la utilidad de este tipo de revocación genérica, por lo que se admite su inscripción (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 12 de marzo de 1991)¹⁰⁰². En nuestro país, la solución es más simple, pues no existe norma prohibitiva sobre el tema. El Tribunal Registral entró a la buena doctrina a partir de 2009, cuando ordenó que se inscriba la revocatoria, aun cuando el apoderamiento no estuviese inscrito¹⁰⁰³. Este criterio fue establecido para el Registro de Mandatos y Poderes, pero es perfectamente referible al conjunto de los registros personales. Sin embargo, recientemente, en el año 2011, se aprobó un curioso precedente, que constituye un claro retroceso, por el cual se admite la citada inscripción, siempre que “se adjunte el título del acto de apoderamiento”, aunque sea solo para fines de calificación. La verdad es que no se entiende para qué se requiere el instrumento donde consta el poder, pues finalmente este no es materia de la inscripción, y la revocatoria es un negocio autónomo. Recuérdese que el art. 152 CC señala claramente que la revocación es oponible cuando se inscriba, sin más, pues lo relevante es dar a publicidad el hecho modificativo o extintivo, ya que el hecho primigenio opera por sí mismo frente a terceros, con solo exhibirlo, sin necesidad de una publicidad especial. En buena cuenta, el apoderamiento actúa naturalmente frente a cualquier interesado, con inscripción

1002 Casado, P. (2002), p. 249.

1003 “La revocatoria de poder debe comunicarse a los terceros interesados no para que surta efectos, sino para poner en conocimiento de estos que la misma se ha producido, siendo lo importante que la revocación se haga pública mediante un medio idóneo como es la inscripción en los registros públicos previstos en la norma, en virtud a la presunción absoluta en el sentido que todos conocen el contenido de las inscripciones, es decir, la publicidad material (artículo 2012 del Código Civil) (...) Es decir, el acto de otorgamiento de poder no necesita ser publicitado en el registro para ser válido, sin embargo, el acto de revocatoria, como se ha señalado en el considerando precedente, deberá obtener de acuerdo a lo normado la publicidad del registro a fin que sea oponible a aquellos terceros que de buena fe vayan a contratar sobre la base de un poder revocado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2038 del Código Civil”. RTR N° 1242-2009-SUNARP-TR-L de 14.08.2009.

o sin ella, por su carácter evidentemente positivo, por lo que no requiere de elemento externo alguno. Por el contrario, la revocación solo se expande en forma general mediante la publicidad legal o conocimiento efectivo; y ello se debe a su carácter negativo, pues de esa forma se elimina que cualquier tercero, textualmente cualquiera, pueda tomar el apoderamiento como base para un negocio jurídico.

Por su parte, el art. 2207 CC Italiano de 1942 es explícito en señalar que los actos de modificación o extinción se pueden inscribir, aun cuando no ocurra lo propio con el poder originario. Cada suceso puede inscribirse en forma autónoma a otro suceso, siempre que se traten de hechos jurídicos independientes, aunque vinculados. Esta opinión es la correcta, pues de otro modo debería admitirse que el poder original no-inscrito adquiere relevancia justamente en el momento en que se le extingue. Sin embargo, ¿podemos deducir de esto un principio por el cual los hechos de modificación o de extinción de una situación no registrada consagran la existencia de la situación misma? Este punto de vista es discutible, por cuanto: a) la inscripción de los hechos modificatorios o extintivos se realiza en forma independiente de la situación original; b) si se presume una garantía de los terceros sobre la situación presuntamente registrada, entonces para ellos el hecho nuevo sería inoponible, mientras que al momento de contestarse la legitimidad de una determinada inscripción (ataque a la fe pública), entonces deberían considerarse oponibles frente a terceros los hechos nuevos, aun cuando no estén inscritos; c) los hechos nuevos, no inscritos, no pueden ser opuestos a terceros, dado que estos aseguran sus adquisiciones sobre la base de una situación efectivamente publicada¹⁰⁰⁴, aunque en tal caso debe aplicarse la doctrina del representante aparente consagrada en el art. 152 CC. La doctrina alemana también se admite que un hecho modificativo o extintivo pueda acceder al registro, sin necesidad del acto originario, sin embargo, la justificación es diferente. Así, pues, en ese país se considera que opera la publicidad negativa, es decir, el acto no-inscrito (revocatoria) es inoponible frente a terceros, aun cuando no exista un acto previo sobre el cual se pueda confiar (poder). Se dice que lo decisivo en este caso es el

1004 Ragusa Maggiore, G. (2002), pp. 156-157.

silencio del registro; es decir, el elemento clave de la publicidad negativa es que un hecho favorable al sujeto que tenía la obligación de inscribir (revocatoria), haya quedado injustificadamente fuera del registro; y viceversa, no es necesario que un hecho favorable al tercero y que este quiera hacerlo valer (poder), haya sido inscrito. En resumen, en Alemania se discute entre la necesidad de una protección concreta de la confianza en virtud de un acto inscrito que la genere (primera tesis), o si basta una protección abstracta de la confianza (algunos, como John, hablan de “confianza tipificada”), sin necesidad de confiar en un determinado hecho notorio (segunda tesis)¹⁰⁰⁵. El profesor alemán Schmidt concluye que lo relevante es que el tercero confíe en el contenido registral, o que el sujeto inscrito tenga razones para alertar al tráfico mediante la inscripción. Según él, el sujeto inscrito es el que corre el riesgo de asumir la responsabilidad por la falta de inscripción; por tanto, lo importante no es que se haya inscrito el poder (acto primigenio), sino que falte el registro de la revocatoria, pues ello activa la responsabilidad, en este caso, de la sociedad¹⁰⁰⁶. Por tanto, en línea de principio, la falta de inscripción de un hecho modificadorio, aunque tampoco se haya inscrito el hecho originario, permite utilizar el principio de desconocimiento del hecho no-inscrito frente al tercero¹⁰⁰⁷, en este caso, no se entiende producida la revocación, por falta de inscripción, a pesar de que el poder tampoco se encuentra inscrito¹⁰⁰⁸. En conclusión, es posible inscribir la revocación sin que suceda lo propio con el apoderamiento, ya que no existe tracto sucesivo entre ambos, sino autonomía de actos. Por lo demás, la sucesiva inscripción también hace presumir lo propio respecto de la originaria faltante. En este punto, es preferible la solución alemana.

La quinta hipótesis se refiere al caso de pasos no registrados en el historial de las entidades inscritas, lo que resulta ciertamente admisible, pues en este caso no existe la necesidad de una concatenación rigurosa de hechos, en tanto las lagunas son tolerables por originarse en las propias vicisitudes de la vida societaria, ineludibles, y que en general no afectan la

1005 Schmidt, K. (1997), p. 414.

1006 Ibid., p. 417.

1007 Sequeira, A. (1995), p. 1252.

1008 Schmidt, K. (1997), p. 415.

regularidad del sistema. Por tal razón, cabe inscribir hechos pasados que carecen de relevancia en el presente, pero que lo tuvieron en su momento¹⁰⁰⁹, pues los sucesos jurídicos pueden extinguirse, pero eso no impide que sigan produciendo consecuencias jurídicas; por ejemplo, el directorio culminó su periodo, pero la inscripción cumple fines valiosos, en tanto permite una fácil comprobación del apoderamiento con el que contaban los directivos en el momento de la celebración de los actos con los terceros. Asimismo, es posible la omisión de hechos que debieron darse, pero no se dieron, como es el caso de los directorios o consejos directivos que nunca se nombraron, y sobre los que no cabe exigir su “regularización para el pasado”, cuando en realidad no existieron, y aun cuando metafóricamente lleguen a ser por efecto de la situación tabular, sin embargo, nunca tuvieron funciones en el tiempo previo porque no operaron, ni las tendrán en lo sucesivo porque el hipotético mandato ya venció¹⁰¹⁰.

Una sexta hipótesis se refiere a la transmisión de la condición de socio en las sociedades personalistas, o la transmisión de las participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada. En el primer caso, el cambio de socios implica necesariamente una modificación del pacto social, por lo se aplica la doctrina de hecho complementario, y no la del tracto sucesivo. En el segundo caso, referido a las participaciones de las sociedades limitadas, por el contrario, sí resulta necesario acudir al tracto, pero ello no descarta nuestra doctrina. La razón se encuentra en el registro de personas, que también puede contener bienes, excepcionalmente, como en el caso de las participaciones sociales. Por tanto, al margen del tipo de registro -o continente- que alberga tales actos, lo importante son los actos en sí y su naturaleza -contenido-, en donde encontramos derechos que circulan en forma derivativa, lo que es, precisamente, el substrato de la continuidad de las inscripciones o tracto. Por tanto, en este caso particular, tenemos un re-

1009 Casado, P. (2002), p. 242.

1010 Por lo demás, resulta difícil admitir un principio de tracto sucesivo en los registros personales, cuando no están previstos, ni son necesarios, los mecanismos de reanudación de tracto que sirven justamente para salvar la falta de cumplimiento de este requisito. En efecto, y como dice Manuel Olivencia, la falta de previsión de mecanismos de reanudación, constituye un fundamento importante para negar la aplicación de este principio: *Ibid.*, p. 254.

gistro de derechos, que se incrusta en el interior de un registro personal¹⁰¹¹. Aquí, lo importante es lo segundo (contenido), no lo primero¹⁰¹².

Para concluir este apartado, vamos a realizar el análisis de dos casos reales en los que se invocó el tracto sucesivo.

En el primero, una sociedad solicitó la inscripción de sucesivos acuerdos modificatorios de estatuto y de aumento de capital, que no habían sido inscritos en su oportunidad, por lo cual el registrador denegó la instancia con el siguiente fundamento: “que, previamente, debía inscribirse cada modificación y/o aumento de capital a efectos de respetar el tracto”. La RTR N° 039-2000-ORLC/TR de 17.02.2000, con respecto a este punto, revocó la observación aduciendo que el tracto sucesivo no debe entenderse en el sentido de que el acto previo deba encontrarse *inscrito*, sino que se encuentre acreditado el *título* de donde emana el derecho. Nótese que el Tribunal sostiene en la práctica la necesidad del tracto, mediante el juego de palabras del “acto previo”. Sin embargo, la solución simplísima, desde una perspectiva dogmática, pasa por considerar que los actos modificativos del primigenio dan lugar a un hecho jurídico complejo, en el cual se requiere la conjunción de las distintas partes del todo, ya que este es inscribible, y no sus porciones. Es un caso típico de “inscripciones complementarias” (hecho complejo), y no de “inscripciones concatenadas y sucesivas” (distintos hechos que son

1011 Para darnos cuenta que los mismos problemas jurídicos se repiten en otros ordenamientos, bien vale la pena citar que en Italia, en virtud de una reciente reforma, se permite ahora la inscripción en el Registro de las Empresas de las cuotas de socio correspondiente a las sociedades limitadas, por lo cual la doctrina ya ha establecido que en ese caso el Registro tiene una nueva función encomendada, análoga a la del registro inmobiliario y de muebles registrables, y en donde tiene importancia la continuidad de las inscripciones (con alguna semejanza a nuestro tracto) y la preferencia por inscripción previa en caso de conflicto de derechos: Ibba, C. (2006), pp. 202-203.

1012 La doctrina italiana señala que este es el único caso en el que la publicidad de las empresas produce la función de mecanismo de solución de conflictos entre varios adquirentes (de participaciones sociales), lo que es propio de la publicidad inmobiliaria: Stella, M. (2008), p. 372. La opinión citada es correcta y errónea, de acuerdo con la perspectiva desde la que se miren las cosas. En primer lugar, es correcta si tenemos en cuenta que el registro personal actúa, en este caso específico, en la misma medida que un registro de bienes. En segundo lugar, es errada, en cuanto en realidad estamos en presencia de un registro de derechos sobre las participaciones sociales, por lo que sustancialmente no hay excepción alguna.

la causa y antecedente de las sucesivas transmisiones y adquisiciones de derechos).

En el segundo, un registrador se oponía a la inscripción de una medida cautelar de innovar, bajo el argumento que el acto impugnado (asamblea general) no estaba inscrito, por lo que el acto modificatorio tampoco podía acceder al registro. La RTR N° 598-2009-SUNARP-TR-L de 08.05.2009 rechaza la idea de tracto en los registros personales, pero se trata de un criterio aislado, pues las resoluciones posteriores no han seguido esta doctrina.

4.3. Prioridad

El tema de la prioridad en los registros societarios ha merecido serias e interesantes reflexiones por la doctrina del Derecho mercantil. Por ejemplo, Garrigues sostuvo que la mayoría de las inscripciones en el Registro Mercantil no determinan ningún orden de preferencia, precisamente porque no se inscriben derechos sino hechos jurídicos internos de la propia sociedad, y rara vez se produce conflicto entre posiciones jurídicas contradictorias¹⁰¹³. En este mismo sentido, se dice que el Registro Mercantil es un registro de documentos en los que solo se recogen hechos de la sociedad, y por lo que no puede haber prioridad entre ellos¹⁰¹⁴.

Algunos autores han pretendido señalar que la prioridad, en el ámbito mercantil, no puede operar con el carácter de preferencia, ya que este únicamente se produce en el ámbito de los derechos reales constituidos sobre un mismo bien, por lo que en los registros personales, este principio debe ser redimensionado, y en todo caso, cuenta con poca importancia¹⁰¹⁵. En tal sentido, se dice que la prioridad solamente tiene una aplicación “práctica”, o carácter “formal”, con lo que se intenta justificar algunos casos en los que, aparentemente, la prioridad tiene algún lugar. Así, por ejemplo, el rechazo de los títulos incompatibles respecto de una situación previamente inscrita¹⁰¹⁶. Sin embargo, bien vistas las cosas, estos fundamentos sirven más bien para descartar el principio de prioridad en todos los registros personales.

1013 Esturillo, A. (1992), p. 324.

1014 Nuñez Lagos, R. (1948), T. III, p. 74.

1015 Esturillo, A. (1992), p. 325.

1016 Casado, P. (2002), p. 215.

En efecto, no existen dudas de que la prioridad implica un criterio de preferencia de derechos compatibles, y que toma como base la antigüedad de la inscripción (art. 2016 CC); por tanto, si en un registro no se inscriben derechos que concurren sobre un mismo bien, entonces la consecuencia lógica es que dicho principio no cumple función alguna. Además, el hecho de afirmar que este es un principio “formal” constituye ya una negación de su existencia, por cuanto la prioridad en su real concepto siempre es un mecanismo sustantivo, y no formal, destinado a dilucidar la prelación de derechos concurrentes sobre una entidad objetiva. En conclusión, no se puede forzar la interpretación de las reglas técnicas del registro inmobiliario a efecto de hacerlas calzar con el mundo de las sociedades u otras personas jurídicas. Por tanto, la solución que se impone es descartar la prioridad.

A continuación, vamos a analizar las hipótesis que un cierto sector de la doctrina expone como casos típicos de actuación de la prioridad en los registros de personas¹⁰¹⁷:

- a) La llamada “prioridad” formal que deriva del asiento de presentación.
- b) El cierre del registro frente a títulos opuestos o incompatibles con relación a situaciones jurídicas ya registradas, aunque sean de igual o anterior fecha.
- c) La inscripción preventiva de una denominación social, que otorga un derecho prioritario de exclusión frente a quienes pretendan utilizar el mismo nombre.

La primera hipótesis se refiere a la inscripción y su eficacia cronológica. En terminología simple, ¿desde cuándo vale la inscripción? En tal sentido, se dice que la inscripción obtiene “prioridad” desde la fecha del asiento de presentación del título. Sin embargo, debemos rechazar la aplicación anti-técnica del concepto de prioridad. En efecto, la presentación del título constituye el límite inicial de la eficacia temporal de la inscripción, esto es, constituye el hecho concreto a partir del cual (momento en el tiempo) se considera que el asiento de inscripción produce sus efectos formales y

1017 En este punto vamos a realizar un análisis en base de las hipótesis formuladas por uno de los autores más preocupados en el tema: *Ibid.*, pp. 217 ss.

sustantivos. Por tanto, la presentación del título no es solo causa de la prioridad, sino de todas las consecuencias positivas, lo que incluye, también, el inicio de los efectos de la fe pública o la legitimación, por ejemplo. Siendo así, el asiento de presentación está relacionado con la eficacia temporal de la inscripción en su conjunto, y no solo con la prioridad. Por tal motivo, debe concluirse que la llamada “prioridad formal” no es prioridad.

La segunda hipótesis se refiere a los títulos que son opuestos o incompatibles con otros que ya inscritos¹⁰¹⁸, sean de anterior o igual fecha. Por ejemplo, dos juntas generales de la misma fecha nombran diferentes administradores para cubrir las mismas vacantes. Aquí pareciera correcto que el primer nombramiento cierre el registro con respecto del posterior. Según una opinión, estaríamos en presencia de la prioridad excluyente (cierre del registro) derivada del rigor cronológico de la entrada de los títulos¹⁰¹⁹. Esta postura no puede ser compartida: Primero, la única manifestación del principio de prioridad es la de rango (art. 2016 CC), por cuanto la llamada “excluyente” no es, sino, un efecto -de rechazo de la inscripción- derivado de la falta de tracto sucesivo; por tal motivo, esta opinión tiene, en realidad, como fundamento el tracto, y no la prioridad. Segundo, tampoco se necesita acudir en este caso a la figura del tracto (o prioridad excluyente), pues el problema de las dos juntas de una misma fecha se soluciona de la siguiente manera: si la junta A se inscribió, y luego se presenta la junta B, esta puede también ser inscrita si es posterior (tendría que serlo en cuanto a la hora), y siempre que cumpla con los requisitos de convocatoria y quórum, y el principio de legalidad. Por ejemplo, podría interpretarse como una continuación de la sesión, pero en la que se tomaron acuerdos distintos. Ahora bien, si la junta B es de horario anterior entonces podría inscribirse, pero deberá entenderse que la junta A ya inscrita (posterior), la dejó sin efecto. Nótese que el problema no es la prioridad de derechos basada en el registro, sino en respetar la voluntad social, sin que la entrada anterior o posterior en el

1018 No se considera que exista incompatibilidad en los siguientes casos: cuando el título presentado después (de fecha anterior) confirma el ya inscrito, cuando el presentado después constituye un requisito para la inscripción del presentado antes, cuando el documento presentado después (anterior) reconoce la existencia del ya inscrito, cuando el presentado después (anterior) solamente confirma la nulidad del presentado antes: *Ibid.*, pp. 223-224.

1019 Esturillo, A. (1992), pp. 325-326.

registro sea relevante. Por tanto, si la junta posterior ya se inscribió, entonces derogó la anterior; siendo así, no es que el registro le dé carácter inextinguible a la junta posterior, sino que esa misma circunstancia cronológica hace prevalecer la última voluntad social, sin que sea relevante la prioridad de las inscripciones, sino la vigencia del acuerdo. Por el contrario, si la junta anterior se inscribió, entonces nada obsta para que la junta posterior también se inscriba, siempre que se cumplan los requisitos que la ley prescribe para la validez de los actos colegiados. Otro problema es que el registrador presume la existencia de falsedad ideológica o material del documento objeto de calificación, en vista de la particular situación patológica que se ha presentado; pero eso no tiene relación alguna con la prioridad. En resumen, en estos casos el problema se reduce a la voluntad social y su respeto, y no a la fecha de la inscripción, por lo que la prioridad no otorga nada¹⁰²⁰.

La tercera hipótesis se refiere a los casos de reserva de nombre o de denominación de una sociedad (art. 9 LGS). En tal caso, tampoco se encuentra en juego el principio de prioridad, sino nuevamente en la retroacción de los efectos propios de la inscripción. En buena cuenta, se trata de un adelanto de las consecuencias benéficas de la inscripción, predicable solo respecto

1020 Un nuevo ejemplo: una junta general de 2021 acuerda el nombramiento de un directorio, lo que se inscribe, pero luego se presenta al registro una junta del 2019 con la designación de un directorio que resulta incompatible con el posterior. Aquí simplemente se presume que el último acuerdo derogó el anterior, por lo cual el tema se reduce a la vigencia de los acuerdos, y no a la prioridad según registro. Es más, la junta de 2009 también podría inscribirse, pues los actos realizados por ese directorio en el pasado, durante su etapa de vigor, deberían quedar convalidados. Distinto es el caso, si luego del análisis de ambas juntas se concluye que ambas no pueden coexistir en el registro, pues aquí el problema es la incoherencia de las declaraciones de la propia persona jurídica. En el caso que la junta o asamblea general formule declaraciones incongruentes o contradictorias; por ejemplo, dos asambleas realizadas el mismo día con un sentido diferente y que no puedan interpretarse en un sentido unitario, entonces el registro deberá exigirle una declaración coherente antes de proceder a la inscripción. No hay, por tanto, un problema de prioridad de derechos, sino simplemente un acto voluntario (adoptado por un colegio) que no se entiende o que resulta falto de coherencia. Aquí se requerirá acudir a los criterios de interpretación del negocio jurídico, o en todo caso, a una nueva declaración. Esta solución se impone por cuanto la sociedad como entidad autónoma tiene la potestad de decidir sus asuntos internos, esto es, cambiar a los administradores, desdecirse de los acuerdos anteriores. Sin embargo, la sociedad, como cualquier otra persona, está obligada a expresarse con claridad en el registro.

del nombre, y que tiene la misma naturaleza de la primera hipótesis, relacionada con la eficacia temporal de la inscripción, que persigue responder la siguiente pregunta: ¿desde cuándo la inscripción surte efectos?¹⁰²¹.

Para concluir este apartado, vamos a analizar dos casos reales en los que se invoca el principio de prioridad.

En el primero, mediante RTR N° 327-2001-ORLC/TR de 26.07.2001, decidió dos cuestiones de interés fundamental para nuestro tema: a) se legalizaron dos libros de actas como número uno; pero, se dio preferencia al libro que ya sustentaba una inscripción previa, frente al otro libro que aparece también como “número uno”; b) mediante el nuevo título se solicita la inscripción de un acuerdo de directorio en el cual participan tres directores, que según un título pendiente anterior han sido removidos, por lo cual existiría incompatibilidad entre ambas solicitudes de inscripción.

En relación con el tema a), la existencia de dos libros con certificaciones distintas no es un inconveniente para inscribir los actos que se asientan en el segundo libro, siempre que se acredite que la nueva certificación de apertura se debe a pérdida o conclusión del anterior, conforme prescribe la Ley del Notariado; por su parte, en caso que el acta presentada en forma sucesiva conste en el libro anterior, mientras que el antecedente del registro da cuenta de un libro posterior, entonces la inscripción también resulta procedente, siempre que se acredite que el libro posterior (que consta en el antecedente registral) se abrió por conclusión o extravío, con lo cual se justifica la existencia del libro anterior, que ha sido hallado o se ha recompuesto. Nótese que el tema es casuístico y no se rige por la prioridad del primer libro que obra como antecedente, sino fundamentalmente por la legalidad en el uso del libro de actas, que debe ser certificado por el notario a instancias

1021 Es correcta la doctrina jurisprudencial, por lo menos en sus términos, aunque no sabemos si esa fue la real intención, por la que se aparta la reserva de nombre de la noción de prioridad, y se la identifica, más bien, con el adelanto de efectos de la inscripción: “De esta forma, el Índice Nacional de Reserva de Preferencia Registral de Nombre, Denominación o Razón Social lo que hace es adelantar la protección del nombre, denominación o razón social; protección que lo da la inscripción de la constitución o modificación del estatuto que involucre cambio de nombre, denominación o razón social”: RTR N° 253-2010-SUNARP-TR-L de 19.02.2010.

del apoderado de la sociedad a efectos de darle validez, con lo cual se justifica su utilización de acuerdo con los criterios señalados en el art. 115 LN. Por tanto, el problema se concreta en calificar la legalidad en el uso del libro, y ninguna importancia tiene la prioridad. El art. 134 LGS señala claramente que las actas deben constar en libros o documentos (hojas sueltas) “legalizados conforme a ley”, y eso es justamente lo que el registrador verifica al momento de la calificación. El caso recurrente es la existencia de dos libros de actas en manos de la sociedad, incluso con la misma numeración, pero legalizado por distinto notario. La incongruencia se presenta porque uno de esos libros permitió la inscripción de algún determinado acto en el registro; pero ahora se pretende una nueva inscripción sobre la base de otro libro. El Tribunal Registral ha denegado la petición por “incompatibilidad de libros”, y en cuanto el primer libro utilizado para el acceso al registro gozaría de una especie de “legitimación” (RTR N° 1742-2009-SUNARP-TR-L de 26.11.2009). El fundamento es simplemente erróneo, o ¿acaso puede sostenerse con un mínimo de seriedad que el libro de actas “se inscribe en el registro” y tiene legitimidad registral? Por el contrario, la solución es sencilla, y extrarregistral, pues la utilización del libro paralelo contraviene *prima facie* el art. 115 LN; sin embargo, se trata de un defecto subsanable, en cuanto una junta general válidamente convocada e instalada puede resolver el conflicto validando uno u otro libro, o ambos; o haciendo que el acta se transcriba en el libro que mantendrá eficacia. Por tanto, se trata de vicios meramente formales, fácilmente superables, y en los que nunca se roza el principio de legitimación del art. 2013 CC.

En relación con el tema b), la cuestión es más simple, pues aunque el título previo no esté inscrito, y mientras se encuentre en vigencia el asiento de presentación, entonces debe considerarse que el tema debatido es la legalidad, pues la remoción hace que el nuevo acuerdo haya sido adoptado por personas que no tenían, ya, la calidad de directores. La prioridad no juega rol alguno. Esta conclusión se reafirma, si tenemos en cuenta que, eventualmente, el acuerdo tomado por los directores removidos podría, incluso, ser inscribible; por ejemplo, si la sesión es de fecha anterior a la remoción, o si la remoción fue dejada sin efecto por el propio órgano o por la junta general, o incluso si no ocurre ni uno ni otro, pero el resto de los directores optan

por reconocerlos como miembros del órgano, y permitirles su asistencia y el ejercicio del derecho de voto, no obstante la anterior remoción, con lo cual podría entenderse que se ha producido una tácita dejación de efectos del anterior acuerdo por obra del mismo órgano. Este criterio, aplicable en el registro de personas, está muy alejado del que corresponde en el ámbito de la prioridad, cuyo presupuesto es la existencia de distintos derechos reales (compatibles) que recaen sobre una misma cosa. El principio de prioridad es pertinente para jerarquizar los derechos reales de garantía, pero no tiene sitio alguno en los registros personales. En las sociedades y demás personas jurídicas, existe una idea-fuerza clave: lo relevante es la voluntad actual de la sociedad, sin que esta quede atada por declaraciones anteriores respecto de sus hechos internos, pues obviamente ella tiene la potestad de variar sus decisiones e incluso retractarse de los acuerdos. Mientras no tengamos en cuenta esta regla técnica particularmente importante en las entidades con subjetividad reconocida por el ordenamiento, entonces seguirá haciéndose un uso indebido de la prioridad. Asimismo, es exigible que las declaraciones de la sociedad sean claras e inteligibles, aunque esto último es predicable para todos los actos inscribibles en los distintos registros.

El segundo caso se expresa en la RTR N° 253-2007-SUNARP-TR-T, de 19.09.2007¹⁰²², que trata de un grupo de socios que demanda la convocatoria

1022 “5. Estando a lo señalado, la junta general del 30.04.2007 solo podía llevarse a cabo con los nueve socios que tienen sus derechos inscritos en los asientos B4 y B5, y con las participaciones de las que son titulares según estos asientos. ¿Debian considerarse otros socios, como los demandantes que fueron excluidos, como aparentemente sostiene el juez convocante? En principio no, por dos razones: 1) carecen de legitimidad para participar, al no ser titulares de participaciones sociales según el registro, 2) la convocatoria es un llamado a quienes pueden, conforme a ley, participar en la junta, es decir, para los socios registralmente legitimados (...). 6. Como es de verse, la convocatoria judicial no se limita o incluye solo a los socios que la demandaron. De ese modo, si los demandantes posteriormente transfirieron sus participaciones o, fueron luego excluidos (como ocurrió en el caso de autos), dicha enajenación o exclusión –una vez inscrita- está protegida también por el principio de legitimación, habrá de presumirse su validez en tanto lo contrario no sea declarado judicialmente, o se revoque el acuerdo de exclusión. Significa esto que el proceso de convocatoria judicial tiene como objeto que el juez, por renuencia del obligado legalmente (en este caso el gerente de AAA) cite válidamente a junta general. Existe solo una sustitución del gerente por el juez, lo que significa que el efecto jurídico de la convocatoria es sustancialmente igual a la que hubiera hecho el gerente. Por ello mismo, dicha convocatoria se debe llevar a cabo con arreglo a las disposiciones estatutarias. Di-

judicial de junta general de una SRL, sin embargo, en el ínterin, el otro grupo de socios logra celebrar e inscribir un acuerdo de exclusión de socios, en el que, precisamente, se aparta de la sociedad a aquel grupo de demandantes. Por tanto, una vez que la sentencia firme es favorable a la convocatoria, sin embargo, los demandantes ya no aparecen como socios en el registro por efecto de la “exclusión”. El Tribunal Registral empieza su argumento con un error: *“la convocatoria es un llamado a quienes pueden, conforme a ley, participar en la junta; es decir, para los socios registralmente legitimados”*, lo que implica que el registro es una verdad sacrosanta, que no puede ser desvirtuada, en consecuencia, los únicos socios “legitimados” son los inscritos, y nada más. Entonces, ¿para qué sirven los procesos judiciales? Se trata de una visión deformada del fenómeno jurídico, que pretende encerrarlo en unos cuantos asientos registrales. Por tanto, el error se encuentra desde la base misma del razonamiento que se utiliza, y obviamente la conclusión será incorrecta. Por ejemplo: ¿qué pasaría si el socio “legitimado” murió o vendió sus participaciones?, ¿El registro exigiría la presencia del muerto o del ex – titular, solo porque los nuevos adquirentes dejaron de inscribir? El juez, obviamente, tiene la obligación de hacer valer la realidad jurídica, y no las meras apariencias, por lo que bien puede tener como socios legitimados a los titulares reales de las participaciones, aunque sean extra-registro. Por el contrario, la intervención en la junta general de los anteriores socios (unos auténticos “fantasmas”) conllevaría la nulidad de la reunión y del consiguiente acuerdo. Por lo demás, la hipótesis presentada en este caso es bastante conocida en el Derecho Comparado, y por supuesto en otros lares se resuelve en forma totalmente opuesta a lo seguido por el Tribunal. En efecto, si los demandantes en un proceso de convocatoria judicial son

cho esto, es evidente que el propósito de la convocatoria no es ni puede ser determinar quienes son los socios que deben participar en la junta, pues este es un dato que resulta variable y que en definitiva es proporcionado por el registro. 7. La prueba de que la convocatoria para el 30.04.2007 no podía comprender a los socios excluidos viene dada por el contenido del asiento D5 de la partida de (la sociedad) AAA, correspondiente a la anotación preventiva de la medida cautelar de innovar conforme al cual se ha suspendido los efectos de la exclusión de socios inscrita en el asiento B3 de dicha partida. Ello importa, evidentemente, reconocer que dicha exclusión fue jurídicamente eficaz hasta el momento en que judicialmente se dispuso su suspensión en vía cautelar, es decir, que la suspensión solo tiene eficacia desde el 06.08.2007”.

titulares de participaciones o acciones, y finalmente obtienen sentencia favorable, entonces ellos tienen todo el derecho de participar en la junta que promovieron y lograron. En caso contrario, se llega al absurdo de otorgar una sentencia que admite la convocatoria a junta, pero en la que no se deja participar a los propios demandantes. En este importante caso, el órgano jurisdiccional trató de impedir el fraude procesal y aclaró su propia resolución en el sentido que los socios excluidos debían participar en la junta general convocada por mandato judicial. Pues bien, a pesar de ello, el Tribunal consideró que este argumento no era atendible por una motivación exclusivamente formalista, y que ya no venía al caso, pues la participación de los demandantes en la junta venía impuesta por su condición de actores en el proceso, por lo que la aclaración del mandato era, por decir lo menos, innecesaria¹⁰²³. Por último, los demandantes trataron de evitar cualquier resquicio que los perjudicara y obtuvieron una medida cautelar que suspendía los efectos de la exclusión, por lo que sin ninguna duda quedaron habilitados para intervenir en la junta general. Pues bien, el Tribunal comete otro desaguisado: *“Ello importa, evidentemente, reconocer que dicha exclusión fue jurídicamente eficaz hasta el momento en que jurídicamente se dispuso su suspensión en vía cautelar, es decir, que la suspensión solo tiene eficacia desde el 06.08.2007”*. Para rebatir esta afirmación basta recordar que la medida cautelar de innovar implica una mirada retrospectiva, hacia el pasado, pues, justamente, la demanda se concentra en un acto supuestamente ilegal que ya ocurrió en tiempo pretérito, por lo que se hace imprescindible suspender los efectos desde la propia existencia del acto, que se reputa ilegítimo desde su origen, y no solo a partir del momento en que se concedió la cautelar, como erróneamente dice el Tribunal de Trujillo. Un ejemplo: si un particular denuncia que una compraventa es nula y logra suspender los efectos del acto mediante una medida cautelar, entonces la providencia judicial se expande hacia el

1023 “Si bien se ha acompañado al título la cédula de notificación de la Resolución 34 del 27.4.2007, mediante la cual el juez del 6° juzgado civil de Chiclayo señala en el quinto fundamento que la junta convocada por su despacho debe realizarse “con los socios que han sido excluidos”, ya que la exclusión “no surte efecto para el presente caso”, debe señalarse que, según aparece de las sentencias acompañadas, tal decisión no formó parte de ninguna de ellas, sin perjuicio de que dicha cédula no tiene eficacia inscriptoria por no tratarse de copia certificada por el secretario o especialista legal, además de no haberse acreditado su firmeza” (c. 12).

pasado, esto es, desde la fecha de la celebración del propio contrato, pues se reputará que este carece (provisionalmente) de efectos, por lo que se tendrá como propietario al supuesto vendedor. La opinión contraria, francamente inaceptable, implicaría que la cautela solo tenga eficacia desde su concepción, pero, en tal caso, no tendría sentido, pues si el contrato ya se otorgó en el pretérito, entonces resulta imposible suspenderlo en el presente. La idea que subyace en este error es la invocación de la prioridad registral en los mandatos de innovar¹⁰²⁴, que en realidad son todo lo contrario, pues se erigen en una derogación de la prioridad, pues dicha cautela se extiende al pasado, lo que se acentúa en los registros personales, en donde tal principio ni siquiera existe.

1024 "la situación jurídica inscrita que debe ser tomada en cuenta para realizar el examen registral ha de ser la existente al momento de la presentación del título correspondiente" (c. 1).

Capítulo IX

REGISTROS DE PERSONAS JURÍDICAS

1. TEORÍA DE LA PERSONA JURÍDICA

1.1. Libertad de asociación

El art. 2-13 Constitución señala que toda persona tiene derecho a asociarse y crear fundaciones con fines lícitos, lo que enuncia la libertad que tienen las personas para agruparse entre ellas para realizar un fin común, cuyo contenido es el siguiente:

- a) Libertad de asociarse o no, esto es, adherirse al colectivo o no hacerlo, lo que es típico de toda libertad¹⁰²⁵;
- b) Libertad de organización interna, esto es, la posibilidad de regular las relaciones internas en forma autónoma. Nótese la contradicción que implicaría otorgar esta libertad, pero sin avanzar más, pues en tal caso el régimen interno del grupo quedaría fuertemente intervenido por el Estado y con escasa autonomía. En tal caso, el derecho fundamental, en la práctica, estaría resquebrado en su contenido esencial, por cuanto la libertad de pertenencia a un grupo valdría de bien poco frente a la imposibilidad de decidir los asuntos internos de ese mismo colectivo¹⁰²⁶. En esta misma línea

1025 Rubio, M. (2000), pp. 3-4

1026 La doctrina así lo ha reconocido: "La organización es un elemento fundamental de toda asociación ya que sin ella no es posible el desarrollo coherente y continuado de la actividad asociativa. En cuanto instrumento que engarza los fines con los medios de la asociación, su estructura ha de moldearse del modo más adecuado para hacer eficaz su actuación

interpretativa, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de asociación se rige por tres principios: autonomía de la voluntad para pertenecer o no a un colectivo; autoorganización, que permite encauzar el cumplimiento de los fines de la asociación de la manera más conveniente a sus miembros, para lo cual el estatuto se convierte en el instrumento para regular esas relaciones; fin altruista, o desapego a la obtención de ventajas o beneficios económicos (STC N°1027-2004-AA/TC de 20.05.2004, publicada en el diario oficial el 24 de julio de 2004)¹⁰²⁷.

- c) Libertad de retiro, pues el asociado puede renunciar en cualquier momento a su pertenencia a la asociación, y sin mayores formalismos.

El propio legislador admite la necesidad de dotar de una amplia libertad corporativa a las personas que deseen asociarse con fines lícitos; es decir, una vez que la finalidad sea acorde con el sistema, entonces el medio (la organización) no resulta importante. Las actas de las sesiones que dieron origen al Código de 1936 son explícitas: *“Agregó el señor Olaechea, que este principio de libertad corporativa es extensivo también a las asociaciones de un modo general, las cuales deben quedar sujetas igualmente al requisito formal y necesario de la inscripción, porque toda restricción antecedente sería no solo inconveniente por lo*

en pos de aquéllos; tarea que se realiza a través de los estatutos sociales. Éstos son así la fuente primaria y ordenadora de la organización y el funcionamiento de la asociación y determinan los derechos, deberes y garantías que definen la condición de socio; las causas de disolución, el destino del patrimonio, etc.; en suma, son la expresión normativa de la libertad asociativa y dan cuerpo institucional a la unión estable de personas que cooperan para la consecución de unos fines comunes en que consiste aquélla”: Lucas Murillo De La Cueva, P. (1996), pp.200-201.

1027 La sentencia cita también en su apoyo el art. 16-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): “El ejercicio de tal derecho (de asociación) sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. El Tribunal Constitucional Español ya había admitido, antes, que la libertad de asociación comprende la autonomía de organización. Así la STC 218/1988, de 22 de noviembre: “el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, comprende no solo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el pacto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las Leyes”: Cit. Pérez Escalona, S. (2000), p. 1996.

que queda dicho, sino inconstitucional y antidemocrática”. En el caso concreto, por ejemplo, las asociaciones civiles se regulan por unas pocas normas contenidas en el Libro I del CC, referidas al estatuto y su contenido, los órganos de actuación, representación, impugnación, y, disolución de la entidad. Por su parte, sobre el tema de inscripciones la regulación es también fragmentaria en el Libro IX del CC, que se limita a indicar los actos inscribibles y la posibilidad de inscribir personas jurídicas extranjeras que actúen en nuestro país (arts. 2025, 2029). Por tal motivo no es de extrañar que un sector de la doctrina haya denunciado la existencia de un “grave problema”, representado por las omisiones que afectan al régimen normativo de las asociaciones, lo que ha dado lugar a una variedad de criterios interpretativos, específicamente en el ámbito del registro, lo que tendría que corregirse con normativa reglamentaria, cada día más profusa y de amplio alcance. Este diagnóstico, sin embargo, no parece correcto. En efecto, el régimen normativo de las asociaciones es calculadamente fragmentario, y no se trata de una omisión del legislador, pues lo que se pretende es dotar de la mayor libertad a los sujetos con el fin que puedan actuar su derecho fundamental de libre asociación. Por tanto, no hay lagunas, sino la expresa retirada del legislador a efecto de potenciar una autonomía más amplia, que solo se encuentra limitada por las normas imperativas, orden público, buenas costumbres, pero también la tutela de los derechos fundamentales.

1.2. Definición y elementos constitutivos

La libertad de asociación conlleva, también, la elección del mecanismo jurídico más adecuado a los intereses del grupo de personas, lo que implica la posibilidad de adoptar un tipo de persona jurídica, colectiva o moral.

La persona jurídica puede definirse como la entidad formal que representa normalmente un colectivo de personas que se agrupa por medio de una organización debidamente reconocida por el ordenamiento como sujeto autónomo de voluntad, decisión y capacidad¹⁰²⁸, por lo que podrá asumir derechos y obligaciones como individualidad en el mundo del derecho. En tal contexto, queda simplificada la actividad jurídica (atribución, conserva-

1028 Es conocida la definición de la persona jurídica como “centro unitario de imputación de intereses”: Cfr. Kelsen, H. (1960), pp. 127-129.

ción y protección de derechos subjetivos) y el lenguaje normativo (el predicado se refiere a un sujeto, y no a varios).

Normalmente se considera que la persona jurídica se compone de los siguientes elementos constitutivos:

- a) Conjunto de personas: Es el elemento personal que constituye el substrato del fenómeno asociativo, normalmente de orden colectivo (sociedades), pero también se acepta en casos concretos la actuación individual (empresa individual de responsabilidad limitada, fundación).
- b) Patrimonio: es el instrumento material que permite a los entes personificados el cumplimiento de su finalidad¹⁰²⁹.
- c) Fin: la organización personal tiene un objetivo (lícito), pues la destinación de personas y patrimonio se agrupa en orden a su cumplimiento.
- d) Acto de reconocimiento de la personalidad: Normalmente se materializa a través de un acto específico, sea de carácter político o mediante una decisión judicial o administrativa, según lo disponga cada sistema jurídico.

El colectivo de personas se convierte en un centro unitario de imputación normativa a través del reconocimiento legal¹⁰³⁰, pero los sistemas jurídicos admiten distintas formas de obtener dicho reconocimiento, tales como: i) Libre constitución corporativa, ii) Concesión del Estado de acuerdo

1029 Breccia, U. & Bigliuzzi Geri, L. & Natoli, U. & Busnelli, F. (1992), T. I, V. 1, p. 237.

1030 En tal sentido, todo derecho subjetivo presupone en su contenido y nacimiento un sujeto de derecho. La personificación del colectivo reemplaza a esta. La persona jurídica toma su lugar en las titularidades. La personificación es una técnica jurídica que permite simplificar la participación de organizaciones en el tráfico. Es un instrumento conceptual cuya premisa es que el ente colectivo sea un sujeto de derecho distinto a sus miembros. Por tal motivo, una cosa es hablar de la propiedad de un grupo de sujetos, y otra cosa muy distinta es la propiedad de la persona jurídica; o de las obligaciones del grupo o de la persona jurídica. Posteriormente, la noción de persona jurídica vino a cumplir la función (importante) de limitar la responsabilidad. Ambos conceptos (personalidad jurídica y limitación de responsabilidad) no nacieron simultáneamente, ni se presentan en todos los casos. Sobre este punto es conveniente estar prevenidos.

con razones de conveniencia o utilidad (discrecionalidad)¹⁰³¹; iii) Disposiciones normativas, pues se establecen normas reguladoras para que cualquier grupo humano, a veces individualmente, pueda acogerse a ellos y lograr la personificación. En tal sentido, se delega en un órgano estatal la constatación oficial de las condiciones prescritas por la ley y el consiguiente registro¹⁰³². Este último es el sistema más usado porque tutela la libertad de asociación, en cuanto establece un cauce seguro y reglado para obtener la personalidad mediante el cumplimiento de los requisitos¹⁰³³.

1.3. Capacidad

La capacidad de las personas jurídicas se refiere normalmente a la aptitud patrimonial de adquirir bienes o derechos, y contraer obligaciones¹⁰³⁴, así como algunas dimensiones personales como el nombre y el domicilio, pero obviamente no comprende las situaciones jurídicas que supongan la individualidad humana, especialmente las de condición familiar. En tal sentido, la indemnización por daño moral (*pretium doloris*) genera debate, aunque, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las personas jurídicas cuenta con “derecho al honor”¹⁰³⁵, aunque con un fundamento escueto y

1031 Este sistema discrecional de concesión de la personalidad prácticamente ha desaparecido de nuestro ordenamiento por cuanto contraviene la libertad de asociación y de libre iniciativa empresarial; sin embargo, subsiste tal sistema a favor de la Superintendencia de Banca y Seguros respecto de la autorización de organización de empresas sujetas a su ámbito. Así el art. 21 *in fine* Ley 26702: “Dentro de un plazo que no excederá de noventa (90) días de recibida la opinión del Banco Central, la Superintendencia emitirá la resolución que autoriza o deniega la organización de una empresa, la que no requiere exposición de fundamentos, ni es susceptible de impugnación en la vía administrativa o en la judicial”. Si bien esta norma otorga una amplia discrecionalidad, no parece que en un Estado de Derecho pueda sustraerse una parcela de actuación administrativa del control judicial.

1032 Ferrara, F. (2006), p. 568.

1033 “Se trata de un control de mera legitimidad, en el sentido de que se comprueba la regularidad formal de la sociedad, sin entrar a una valoración sustancial (del fin propuesto o de lo adecuado del patrimonio social) de la índole de aquella”: Breccia, U. & Bigliuzzi Geri, L. & Natoli, U. & Busnelli, F. (1992), T. I, V. I, p. 250.

1034 De Castro, F. (1991), p. 284.

1035 STC N° 04611-2007-PA/TC: El honor es un derecho único, que engloba el honor subjetivo o interno (honra) y el honor objetivo o externo (buena reputación) (c. 37). Por tanto, “el honor como concepto único también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor” (c. 38).

deficiente, no obstante, la inferencia lógica es que se le reconozca los mecanismos de tutela de ese derecho, entre los que se encuentra el resarcimiento por daño moral.

El sistema jurídico reconoce dos tipos de capacidad: general y especial.

Por la primera, las personas jurídicas son titulares de derechos u obligaciones, tal como si fuesen personas naturales, con excepciones legales o por la naturaleza de las cosas, como ocurre con el caso de las asociaciones civiles, que son personas colectivas de capacidad general.

Por la segunda, se reconocen personas jurídicas con la capacidad limitada de celebrar contratos o adquirir bienes, como en los partidos políticos, cuyo financiamiento es restringido por cada adherente, y cuyos fines estrictos no pueden escapar del propio de una organización destinada a alcanzar el poder político. Por otro lado, en ciertos casos, el legislador recorta la capacidad de ciertas personas jurídicas, cuya finalidad no es compatible con una organización de alcance restringido.

1.4. Clasificación

Existen distintas clasificaciones sobre las personas jurídicas, pero la principal es aquella que las distingue entre personas jurídicas de derecho privado o de derecho público. El art. 76 CC establece de manera implícita que el criterio diferenciador se basa en su origen, ya sea por negocio jurídico, o por ley. Por el contrario, no se consideran los criterios decisivos del interés público o privado, las obligaciones de la persona jurídica frente al Estado, la libertad de asociación o la asociación forzosa.

Así, pues, las fundaciones son organizaciones en las que late un interés más allá de lo individual, pero no dejan de ser de derecho privado, pues su origen es el acto de voluntad del fundador. Las universidades cumplen una función pública, cuál es, otorgar los títulos profesionales a nombre de la Nación, por cuya virtud, certifica la calidad de los titulados para el ejercicio de determinada parcela del saber o de la ciencia, pero, igualmente existen algunas de derecho público y otras de derecho privado. Por otro lado, algunas corporaciones son de derecho privado, a pesar de que no existe libertad para adherirse o retirarse, como es el caso del Fondo de Seguro de Depósito,

cuyos asociados son, nada menos, las instituciones financieras que captan ahorros del público, aun cuando se trata de una persona jurídica de derecho privado.

Otra clasificación importante se basa en la relación de los asociados con los beneficios que obtenga la entidad. En tal sentido, se habla de personas lucrativas, esto es, aquellas que benefician económicamente a sus miembros con la actividad realizada a través del reparto de ganancias; y personas no-lucrativas, las que no benefician a sus miembros en forma de reparto económico. Esta diferencia no se sustenta en la actividad intrínseca de la persona jurídica, pues se presupone que todas se encuentran en capacidad de realizar actividades económicas que generan excedentes o rentabilidad. En realidad, lo relevante es la finalidad o destino de la rentabilidad obtenida.

1.5. Teorías explicativas de la persona jurídica

La doctrina tradicional señala que las personas jurídicas son entidades ficticias, pero justificadas por el interés colectivo de que un grupo se unifique a través de un mecanismo técnico para que los derechos cuenten con un sujeto-titular. Es la tesis de Savigny y Windscheid, grandes juristas germanos del siglo XIX. De esta forma, las entidades ficticias tienen capacidad limitada, lo que permite sancionar con nulidad los actos *ultra vires*, esto es, aquellos que se celebran en contravención con el objeto o finalidad de la corporación. Por el contrario, Gierke y Zitelmann, por ejemplo, patrocinan la denominada teoría de la realidad u orgánica de la persona jurídica. Para ellos, los miembros de la organización quedan comprendidos en una “personalidad social”, que se diferencia profundamente de la suma de voluntades individuales. La doctrina alemana terminó inclinándose por esta segunda postura, básicamente por la fuerza persuasiva de su discurso, basado en la existencia de un organismo social que se percibe por la unidad de efectos, de lo que se deduce la unidad de su ser¹⁰³⁶. Así, por ejemplo, se dice que el estatuto no puede limitar la capacidad de la persona jurídica, pues ello implicaría una contradicción con la concesión de personalidad. Sin embargo, tal rotundidad no puede aceptarse, pues, la ley es pródiga en otorgar distintos

1036 Oertmann, P. (1933), pp. 80-83.

rangos de subjetividad, en forma más intuitiva que teórica, de acuerdo con las necesidades sociales y económicas que se pretenda satisfacer.

Por su parte, la tesis de Kelsen es difícilmente encuadrable en alguna de las anteriores, pues reconoce que persona física y jurídica carecen de sustancia, aunque su tesis de entidades normativas equiparables, entonces se acerca al realismo¹⁰³⁷, sin embargo, el mismo autor agrega que la personificación es un mecanismo de técnica jurídica, una simple ficción¹⁰³⁸. En buena cuenta, la tesis del positivismo clásico puede llamarse “formalista”, en tanto la persona física, así como la jurídica, no es otra cosa que la “personificación de un conjunto de normas jurídicas”, negando su identidad con la figura del ser humano¹⁰³⁹.

A pesar de sus muchos patrocinadores, la teoría realista de las personas jurídicas es inaceptable por las consecuencias peligrosas que podrían surgir de ella.

En primer lugar, bajo la premisa de la realidad, entonces el ser humano y la entidad colectiva se encontrarían en el mismo plano ontológico. El hombre y la persona jurídica serían exactamente lo mismo, pero debe recordarse que la primera persona jurídica que existe es el Estado. Esa equiparación, sin embargo, debe rechazarse en forma enérgica, pues la tutela del hombre

1037 Kelsen, H. (1960), p. 128.

1038 Ibid., p. 130.

1039 “El pensamiento kelseniano pretende, por sobre todas las cosas, una unidad en el concepto de persona. Por ende, esta no es más que un concepto jurídico único, que no admite diferencias esenciales que dividan su explicación, pues si no existe la persona fuera del campo del derecho, lejos quedan las discusiones alrededor de su enlazamiento con nociones extrajurídicas. Ni persona física es el hombre, ni jurídica el grupo de hombres o algo distinto al ser humano. Ambas son jurídicas, y para la explicación formal-lógica no se puede identificar este concepto jurídico con el objeto ilimitado del ser humano en sí. Es tan verdadero lo anterior, que, si el derecho recoge en su significado solo algunas de las conductas humanas, escapando las otras al orden jurídico, resulta inaudito presentar una confusión de objetos que desfigure el derecho como ciencia jurídica. Si en análisis jurídico estamos, decir jurídico es redundar. Por esto, al observar con detenimiento la llamada sociedad unipersonal, se entiende todo lo dicho por Kelsen, al no poderse encasillar a este instrumento ni en el concepto de hombre, ni mucho menos en el de agrupación o comunión de los mismos. Persona jurídica es solo un concepto (indivisible), y una unidad de normas la configuran como recurso extraordinario e importante, mas no indispensable”: Teleki, D. (2004), pp. 72-73.

es el fin (razón de ser) del Estado, por tanto, la única realidad para el Derecho es el hombre; y no al revés. Nótese el riesgo de una tesis que sostenga la igualdad entre el ser humano y las personas jurídicas (empezando por el Estado), pues si fuesen lo mismo, entonces sería posible que el primero sea sacrificado en nombre e interés del segundo. Esa es la excusa perfecta para las tiranías y los violadores de los derechos humanos, pues allí se asienta la tristemente célebre “razón de Estado”, que no es otra cosa que poner el Estado por sobre el ser humano. Por tanto, la persona jurídica no es jamás “realidad”, ni se equipara con el hombre, pues se trata de una ficción, o mejor todavía, de un mecanismo técnico-jurídico que se reconoce por el afán asociativo del ser humano, siempre que se pretenda lograr un fin razonable. La siguiente cita es imprescindible: “La teoría de la realidad está vinculada con el totalitarismo, y sus aspectos de tipo biológico (“la persona jurídica es como una persona natural, con órganos, voluntad, etc.) empalman con el Leviathan de Hobbes, como ser absoluto representativo del Estado. Los individuos se vuelven en meras partículas de un enorme cuerpo u organismo social”¹⁰⁴⁰.

En segundo lugar, la equiparación traería como consecuencia el grave efecto de conceder los mismos derechos a las personas jurídicas, sin excepciones, lo que claramente no es admisible. Por este mismo motivo, la tesis kelseniana incurre en exceso de dogmatismo, pues al eliminar el concepto de “hombre” para reemplazarla por el formalista de “persona” como fenómeno exclusivamente normativo, entonces iguala ambas situaciones, lo que es claramente erróneo, conforme se verá luego¹⁰⁴¹.

La disquisición anterior no es meramente especulativa, sino todo lo contrario, pues tiene relevante importancia práctica, conforme veremos con los siguientes casos prácticos:

Primero: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, mediante sentencia de fecha 21.01.2010, se pronunció sobre la constitucionalidad de una ley (votación favorable, pero ajustada, de 5-4) que eliminó los topes a las

1040 Rabinovich-Berkman, R. (2003), pp. 497-498. La lúcida exposición del profesor argentino desvirtúa con sólidos argumentos la denominada “teoría orgánica” de la persona jurídica.

1041 Por ahora, puede señalarse que el art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

corporaciones (empresas) para el aporte a las campañas políticas¹⁰⁴². El argumento central fue muy simple: si la persona natural no tiene límite, entonces la persona jurídica tampoco debe tenerlo. Esto es aplicación concreta de la teoría de la realidad. El problema es que esta injusta igualación permite que las campañas políticas se inundan con dinero de las corporaciones, cuyo fin no es filantrópico, sino lucrativo. ¿Y cuál es el objetivo del aporte? Simplemente las empresas pretenden ganar dinero, y por ello la política es una cuestión meramente instrumental, pero no ideológica o de principios. Pues bien, la equiparación entre el ser humano y la entidad colectiva lleva a socavar las bases de la democracia como sustento del régimen político, pues ya no manda la voluntad del pueblo adoptada mediante un debate libre, público e igualitario, sino la voluntad de las corporaciones.

Segundo: la tesis de la ficción permite levantar el velo de la personalidad jurídica, cuando existe abuso o fraude, pues se le tipifica como simple mecanismo técnico que puede ser superado cuando la finalidad del colectivo se ha desviado, y se convierte en hecho ilícito. Por el contrario, una persona física, un ser humano, no puede sufrir la desestimación de su personalidad, por más repulsivos que sean los actos que cometa. Esa es la gran diferencia ontológica entre ambos conceptos. Es imposible colocarlos en el mismo plano.

Tercero: La concesión de derechos personalísimos a la entidad colectiva solo se justifica en cuanto el interés existencial, y no el corporativo, sea prevaleciente en el caso concreto. Por ejemplo, el derecho de voto, o el financiamiento político no corresponde a la persona jurídica, pues cada miembro del corporativo ya goza del voto, por lo que este no puede duplicarse, por el contrario, el derecho de honor puede defenderse siempre en relación con el ser humano, sea actuándose en forma individual o como organización colectiva, pero en el entendido que la incidencia recae exclusivamente en el primero¹⁰⁴³.

1042 Caso Ciudadanos Unidos v. Comisión Federal Electoral, puede leerse traducido en el siguiente enlace: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos_libros/Sentencias%20Relevantes%20de%20Cortes%20Extranjeras%20No.%201.pdf (consulta: 09.10.2021).

1043 Véase el siguiente considerando de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (1970): "Aunque la sociedad

Las tesis de la ficción y de la realidad parecen extremistas; mientras que la teoría positivista iguala ambos fenómenos, lo que origina los mismos problemas; por tanto, la mejor solución pasa por reconocer que la persona jurídica tiene un substrato humano innegable, por lo que se trata de una unidad organizativa de acción (humana), pero no con la finalidad de igualarse al ser humano, sino con una función utilitaria, por lo que se trata de un

tenga una personalidad moral distinta, un daño causado a la misma afecta a menudo a sus accionistas. Pero el mero hecho de que la sociedad y el accionista sufran ambos un daño no implica que los dos tengan derecho a pedir reparación. En efecto, si bien unos daños que lesionan simultáneamente a varias personas físicas o morales resultan de un mismo hecho, no se puede deducir de ello ninguna conclusión jurídica. Un acreedor no tiene en modo alguno derecho a pedir reparación a una persona que, perjudicando a su deudor, le cause una pérdida. En los casos de este tipo la víctima es afectada indudablemente en sus intereses, pero no en sus derechos. Así, cada vez que los intereses de un accionista son lesionados por un acto dirigido contra la sociedad, es a la sociedad a quien debe acudir para que interponga los recursos deseados, puesto que, aun cuando dos entidades distintas puedan ser afectados por un mismo perjuicio, solamente los derechos de una de ellas han sido violados. (...) La situación es diferente si los actos incriminados van dirigidos contra los derechos propios de los accionistas como tales. Es bien sabido que el Derecho interno les confiere derechos distintos de los derechos de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho a tomar parte en las juntas generales y votar en ellas, el derecho a una parte del remanente del activo de la sociedad con motivo de la liquidación. Si se ha menoscabado uno de los derechos propios de los accionistas, estos tienen un derecho de recurso independiente. Sobre este punto no hay divergencias de opinión entre las Partes. Conviene, sin embargo, distinguir entre un menoscabo directo de los derechos de los accionistas y las dificultades o pérdidas financieras a que pueden encontrarse expuestos por razón de la situación de la sociedad (...) Se puede admitir que el levantamiento del velo (de la personalidad social o hacer abstracción de la personalidad jurídica), procedimiento excepcional admitido por el Derecho interno con respecto a una institución creada por él mismo, desempeña un papel análogo en el Derecho internacional. Se desprende de ello que, en el orden internacional igualmente pueden existir en principio circunstancias especiales que justifiquen el levantamiento del velo en interés de los accionistas. Antes de investigar si existen tales circunstancias en el presente asunto, bueno será mencionar dos casos concretos que implican la necesidad de ir más allá de la personalidad moral, y de los cuales han sido citados ejemplos por las Partes. Se refieren, en primer lugar, al trato de los bienes enemigos y aliados en los tratados de paz y otros instrumentos internacionales durante y después de la primera y segunda guerra mundiales; y en segundo lugar, al trato de los bienes extranjeros a raíz de las nacionalizaciones operadas en estos últimos años por numerosos Estados": Cit. Ramaciotti, B. (1991), pp. 566-567.

concepto técnico-jurídico¹⁰⁴⁴ destinado a personificar agrupaciones, fines o bienes para simplificar la estática y dinámica de los derechos subjetivos.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 12 LGS señala que los actos celebrados por la sociedad, en contravención de su objeto social, son válidos, siempre que el tercero actúe de buena fe. Es decir, el conocimiento efectivo o la posibilidad real de conocimiento hacen que el negocio sea inválido, por lo que la doctrina *ultra vires* sí tiene, aún hoy, relevancia jurídica. Lo que ocurre es que la capacidad de las sociedades mercantiles y civiles es amplia, seguramente influenciado por la seguridad jurídica en las operaciones de comercio, por lo que la nulidad parece excepcional, pero ello no puede predicarse de todas las entidades con personalidad o subjetividad relativa.

2. REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS, EN GENERAL

2.1. Antecedentes históricos hasta la situación actual

Hasta 1936, y con excepción de las sociedades mercantiles o civiles, las personas jurídicas civiles se encontraban sujetas a un régimen de conce-

1044 Podemos rescatar las líneas conductoras, no en todo, de la siguiente tesis, aunque está vinculada al derecho público: "No es posible concebir al Estado como unidad, según un criterio científico-real, afirmando que consiste en la función real de una voluntad popular unitaria que vive en todos los habitantes, como unidad de conciencia, sentimiento, intereses o voluntad. Y como nuestros teóricos del Estado no pueden renunciar a considerar la *volonté générale* como una transustanciación de la *volonté de tous*, se convencen fácilmente de que la unidad de tal 'grupo de voluntad' no sea más que una ficción. Al negar, y con razón, al Estado en cuanto unidad de un organismo real, se cree, infundadamente, que hay que negarlo también como unidad real de organización. Formulado con la claridad precisa, el problema se presenta así: ¿cómo hay que concebir el Estado, en cuanto unidad, en la multiplicidad, sin afirmar que se trata de un ser autónomo, independiente de los hombres que lo actúan, y sin considerarlo como una mera ficción? O, con otras palabras: ¿cómo hay que concebir el Estado dado que es producido por muchos y, sin embargo, él actúa unitariamente? Mucho se hubiera adelantado de admitirse que el problema de la unidad real en la multiplicidad de los hombres que actúan no es exclusivo del Estado, sino que se da, sin excepción, en todas las organizaciones. Es absolutamente exacto decir que el Estado es algo más que la 'suma' de los individuos que lo forman. Pero esto sucede también en la acción de apagar un incendio; también aquí su efecto es completamente distinto de la suma de las acciones particulares que integran la operación, en estado no organizado. La unidad estatal no aparece, de hecho, ni como 'orgánica' ni como ficticia, sino como unidad de acción humana organizada de naturaleza especial. La ley de la organización es la ley básica de formación del Estado": Heller, H. (2002), pp. 292-293.

sión, es decir, se necesitaba de una autorización gubernativa otorgada con carácter discrecional luego de un examen de mérito sobre la conveniencia y utilidad del ente proyectado, lo cual exigía una evaluación de sus fines, patrimonio, así como de la posibilidad de alcanzar su propósito mediante los elementos personales y patrimoniales que tenía a su alcance (Ley 4223). La razón de esta disparidad de trato legal entre las personas jurídicas con fin económico y aquellas sin tal fin, debemos encontrarla en la historia. En el siglo XIX, los ordenamientos europeos establecieron una amplia libertad de iniciativa económica en favor de los particulares, cuya finalidad es crear los presupuestos para una más rápida creación y circulación de la riqueza, y con ello lograr la ansiada prosperidad individual y social; por el contrario, las organizaciones humanas no económicas eran vistas como anti-naturales (no las iluminaba el afán de lucro), peligrosas por ser intermediarias entre el Estado y el individuo, y que podían esconder objetivos políticos, sociales o sindicales, juzgados en esa época como contrarios al orden público¹⁰⁴⁵.

El liberalismo económico prevaleciente en los siglos XIX, y avanzado el XX, no pudo modificar esta postura contraria a la libertad de asociación en muchos países con tradiciones jurídicas más avanzadas (por ejemplo: Italia, España, Argentina, etc.), sin embargo, nuestro Código Civil de 1936 en forma temprana abandonó el sistema de la concesión, y adoptó el criterio liberal de las disposiciones normativas, por cuya virtud, basta el cumplimiento de las formalidades previstas por la ley a través de un procedimiento reglado, y que en nuestro caso ha sido delegado al Registro Público¹⁰⁴⁶. Desde esa fecha, hasta la actualidad, el sistema no ha sufrido mayores modificaciones.

1045 Ibid., pp. 250-251.

1046 Nótese el debate que se produjo en la Comisión Reformadora que dio lugar al Código de 1936, respecto de los sistemas de la concesión o de la inscripción ("disposiciones normativas"), y de lo que ha quedado evidencia en las actas de las sesiones. Manuel Augusto Olaechea: "rechaza absolutamente, por peligrosa e inconveniente, la idea de la intromisión gubernativa en un país en que el Estado carece de órganos técnicos adecuados y, además, por el fundado temor a la arbitrariedad; que, en cambio, considera satisfactorio el sistema de la inscripción, porque esta es un signo visible que realiza ampliamente los fines de publicidad y la debida constitución de la persona, desde el punto de las formas exigidas por la ley, para conceder vida a estos organismos colectivos. Agregó el Señor Olaechea, que este principio de libertad corporativa es extensivo también a las asociaciones de un modo general, las cuales deben quedar sujetas igualmente al requisito formal y necesario

Durante el período de preparación de dicho Código, en efecto, se tuvo mucho temor del peligro que representaban las asociaciones con fines ilícitos reales o aparentes, tales como sindicatos, partidos políticos, facciones anarquistas, en ese momento, juzgados en forma negativa. Por ello, durante las sesiones de la Comisión todavía se discutió si convenía conferir al registrador o al juez, la función de verificar los fines lícitos de la asociación. Por ejemplo, Alfredo Solf y Muro señaló su preferencia por los jueces, en tanto la decisión que debía adoptarse era de la mayor importancia, y se necesitaba de un magistrado especialmente cualificado e independiente respecto de la influencia política. Por su parte, Manuel Augusto Olaechea replicó que los registradores podían asumir esa función, siempre con la oportuna revisión judicial: “que la intervención judicial vendría necesariamente en dos casos: cuando el funcionario encargado del registro rehusara efectuar la matriculación y los interesados reclamaran de esto, y cuando el Poder Ejecutivo solicitara, por órgano del Ministerio Público, la disolución de las asociaciones de actividades ilegítimas”.

Finalmente, Alfredo Solf convino con esta última posición, siempre que los registradores tengan la posibilidad de negar la inscripción de las asociaciones con fines ilícitos y, además, el Poder Ejecutivo cuente con la facultad de pedir la disolución mediante un mecanismo judicial rápido. Estos antecedentes son muy importantes para conocer los alcances que tuvo en cuenta el legislador en el momento de instaurar el Registro de Personas

de la inscripción, porque toda restricción antecedente sería no solo inconveniente por lo que queda dicho, sino inconstitucional y antidemocrática”. Por su parte, Juan José Calle se mostró partidario del modelo de concesión, con argumentos que recuerdan mucho a los que se tuvo durante la codificación francesa para desconfiar de las asociaciones sin fin económico. Las actas de las sesiones dejan constancia de su opinión: “no pasa lo mismo con las asociaciones que tienen un fin ideal, y que requieren autorización gubernativa cuya necesidad es innegable, porque sin ella se corre el riesgo de que bajo la apariencia de fines filantrópicos o de simple recreo o esparcimiento, se creen organismos que comprometan hondamente el orden y la moralidad pública, lo cual debe evitar la ley; siendo preferible que el Gobierno examine los fines y estatutos de una asociación, antes de que tenga que ocurrir, tal vez tarde, al medio violento de suprimirla; que este temor no es inmotivado ni pueril y está plenamente justificado por la manera como en los tiempos presentes se desarrollan y actúan sociedades netamente anarquistas, socavando no solo las bases de la moral social, sino la estabilidad de las instituciones más arraigadas y, por ende, de la existencia de las naciones”.

Jurídicas, cuya finalidad específica fue reemplazar el anterior sistema de concesión por un modelo en donde se elimina la discrecionalidad estatal para el reconocimiento de personalidad jurídica, y, en consecuencia, se encarga al registro la función de comprobar dos requisitos fundamentales: a) el fin lícito de la entidad, b) el cumplimiento de los requisitos formales para su existencia, lo que implica constatar el acto fundacional y el estatuto que lo regula.

Por tanto, hasta 1936, las únicas entidades de derecho privado que se inscribían eran las sociedades mercantiles en el llamado Registro Mercantil, según las previsiones del Código de Comercio de 1902. Por su parte, a partir del Código Civil de 1936, el Registro de Personas Jurídicas otorga publicidad de los distintos entes con finalidad civil, por lo que en ese momento se constituyó con tres libros: de sociedades civiles, de asociaciones y de fundaciones. El RI (de 1936) estableció, sobre el particular, algunas pocas normas de escasa importancia. Posteriormente, el Registro de Personas Jurídicas incorporó el libro de partidos políticos (Ley 15096), que luego pasó al Jurado Nacional de Elecciones donde actualmente se encuentra bajo el nombre de "Registro de Organizaciones Políticas", según la Ley 28094, y un libro de cooperativas (Ley 15260), actualmente regulado por el D.L. 085 que anunció un reglamento de inscripciones sobre cooperativas que nunca se dictó.

El Código Civil de 1984 mantuvo el Registro de Personas Jurídicas, con los siguientes libros: sociedades, fundaciones, comités, sociedades civiles, comunidades campesinas y nativas, cooperativas, empresas de propiedad social y empresas de derecho público, aunque luego se agregó el de organizaciones sociales de base por mérito de la Ley 25307. Por su parte, la Ley 26366, de creación del Sistema de Registros Públicos, reorganizó el sistema anterior en cuatro tipos de Registros: de Propiedad Inmueble, de Propiedad Mueble, de Personas Naturales y de Personas Jurídicas. En esta última categoría se integran, entre otros, por todos aquellos libros que formaban parte del antiguo registro de personas jurídicas, juntamente con las sociedades, empresas individuales de responsabilidad limitada y las personas creadas por ley.

2.2. Función

En nuestro país, efectivamente, se acoge fundamentalmente el sistema de las “disposiciones normativas”, por lo que se requiere que la constitución pase por dos fases: acto de fundación (incluye estatuto) e inscripción, salvo en el caso de las personas jurídicas creadas por ley. En ese sentido, normalmente, el dato formal de la inscripción es exigido por razones de orden y seguridad del tráfico, pero sin convertir esta afirmación en un dogma, como se verá a lo largo de este capítulo.

El registro elimina la incertidumbre de conocer si el grupo de personas ha llegado a ser (o no) sujeto de derecho con capacidad propia, máxime, cuando ello permite que los terceros puedan informarse de los hechos internos de relevancia de la persona colectiva para juzgar la capacidad, representación y responsabilidad que surge por su actuación en el tráfico. En tal sentido, el registro tiene la misión de facilitar al público el conocimiento de ciertos datos importantes para el tráfico, cuya investigación sería difícil o imposible sin él. En tal sentido, los actos que acceden en el Registro, al igual de lo que ocurre en el ámbito de las sociedades, son los hechos y actos de significación para la responsabilidad del colectivo, entre lo que se encuentra en grado relevante la constitución misma, que constituye el mecanismo a través del cual el grupo se reduce a unidad, con la consiguiente responsabilidad autónoma. Aquí, se advierte claramente que este registro nace para delimitar el sujeto a quien se le anuda la responsabilidad patrimonial por las relaciones que entable en el tráfico, de tal suerte que se pueda conocer a ciencia cierta si la responsabilidad se imputa a un comerciante individual, a su cónyuge según el régimen matrimonial, a un colectivo de personas, a una persona moral separada de los socios, etc.

Es innegable, pues, el nexo existente entre los fenómenos de autonomía o separación patrimonial -vínculo de destinación con relieve real- y la exigencia de un apropiado régimen publicitario¹⁰⁴⁷. Por tal motivo, la doctrina germánica dice que se trata de un registro de responsabilidad (*haftungsregister*), en el que se inscriben los hechos y actos de significación para la responsabilidad patrimonial. Este registro permite individualizar el sujeto

1047 Ibba, C. (2006), p. 187.

que es centro de imputabilidad y responsabilidad, por lo que en definitiva cuenta con capacidad jurídica para imputarle la actividad de tráfico, así como las consecuencias. En tal contexto, si se inscribe algún aspecto de carácter objetivo y patrimonial (nombre, domicilio, etc.) se hace con el mismo fin de configuración y delimitación del sujeto que desarrolla la actividad, y que es responsable¹⁰⁴⁸. Igual ocurre con el nombre y la razón social por cuanto la responsabilidad va unida a aquellos datos de importancia para el tráfico. Lo mismo pasa con los apoderamientos porque el representado responde de los actos del representante¹⁰⁴⁹.

2.3. Actos inscribibles

La función principal del registro de personas jurídicas es publicar las inscripciones referidas al historial jurídico de las diversas entidades que allí se agrupan, las cuales van desde el fin no lucrativo en estricto, hasta aquellas que tienen objetivo económico de mutualidad o un objetivo mixto de carácter social y patrimonial. El sujeto de la inscripción será, por tanto, la persona jurídica; mientras que el objeto de la inscripción lo serán los hechos, relaciones y situaciones de interés para el tráfico jurídico.

El listado general de actos inscribibles que se aplican a estas distintas categorías de personas jurídicas es el siguiente (art. 2025 CC):

- a) Acto de constitución: La inscripción inicial es el acto de constitución de la persona jurídica, debidamente documentado en escritura pública (art. 2010 CC), salvo para los casos de cooperativas o comités en las que se admite documento privado con firmas legalizadas (art. 11-2 LGC, art. 111 CC), comunidades campesinas, con la resolución administrativa de reconocimiento oficial y las personas jurídicas creadas por ley, con el texto normativo correspondiente. Esta inscripción da lugar a la apertura de la hoja en el registro, y antes de ello, no es posible que se extiendan inscripciones sucesivas, por virtud del principio de especialidad.

1048 Sequeira, A. (1995), p. 1277.

1049 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 65, cuya doctrina sobre el Registro Mercantil puede aprovecharse en esta sede.

- b) Organización: son inscribibles todas las modificaciones de la escritura del acto constitutivo o del estatuto (art. 2025-1 CC), incluyendo los acuerdos de constituir establecimientos en lugares distintos al domicilio, lo que alude a la apertura de sucursales en el país o en el extranjero, así como la etapa final de actuación de la persona jurídica, a través de los actos de disolución, liquidación y extinción (art. 2025-3 CC). También se inscribe la declaración de concurso, el plan de reestructuración, el convenio de liquidación, el acuerdo de refinanciación, la resolución que declara la conclusión del procedimiento y el auto judicial de quiebra, ya sea en el procedimiento ordinario o en el preventivo (arts. 21 y 22 Ley 27809, General del Sistema Concursal). Es decir, se inscribe todo acto que modifica el primer asiento, incluyendo la ampliación de operaciones en otros territorios, la modificación estructural de la organización y la etapa final de actuación de la sociedad, sea que se haga en forma voluntaria (disolución y liquidación) o en forma controlada (procedimientos concursales)¹⁰⁵⁰. No se inscribe el capital social, ya sea porque no existe como concepto técnico-jurídico (como en el caso de las asociaciones), o porque este es variable (como en el caso de las cooperativas).
- c) Representación: son inscribibles los nombramientos, facultades y cese de administradores y representantes (art. 2025-2 CC). Este tipo de actos es de fundamental importancia para el tráfico, por cuanto la actuación del representante activa la responsabilidad de la persona jurídica, por lo cual los terceros están especialmente interesados en conocer quienes son las personas que la obligan. No debe confundirse los actos de representación con los actos de gestión o mera autorización. Los primeros tienen eficacia externa, por lo que son inscribibles por cuanto tienen relevancia hacia los terceros, quienes tienen interés en conocer la existencia, validez y

1050 "en una síntesis valiente y arriesgada, me atrevería a decir que todos los hechos posteriores a la inmatriculación de un sujeto en el Registro Mercantil no son sino variaciones de las circunstancias reflejadas en la primera inscripción o ampliaciones de su capacidad operativa en lo personal –apoderados-, en lo territorial –sucursales-, o en lo económico": Casado, P. (2002), p. 39.

subsistencia del poder que obliga a la persona jurídica. Los segundos, tienen eficacia meramente interna, entre los socios, o entre la persona jurídica y los administradores, por lo que carecen de relevancia para terceros, y no son inscribibles. Es el caso, por ejemplo, de los comités electorales, de frecuente aplicación en las asociaciones y cooperativas, cuya naturaleza exclusivamente interna los descarta del registro (RTR N° 111-2000-ORLC/TR de 19.04.2000, ahora regulado en el art. 4-e del RIRP).

- d) Actos complementarios: Los hechos primarios son inscribibles (actos principales), tales como el estatuto, el apoderamiento, la disolución; por lo que también ocurre lo propio con los hechos secundarios, como los actos derivados de los principales, esto es, los actos u hechos que modifican, amplían o revocan las inscripciones, al igual que las demandas y resoluciones judiciales o arbitrales referidas a la validez del acto constitutivo inscrito; por tanto, en este último caso, rige el principio de integridad, en cuanto una situación registrada exige que sus variaciones o alteraciones también se registral. Esta solución se deduce del art. 2025-1 CC.
- e) Diversos actos: existe una serie de hechos o relaciones jurídicas, de diverso tipo, que la ley considera inscribible, aun cuando no pueda determinarse el fundamento de tal decisión. Es el caso del contrato de arrendamiento financiero que puede celebrar, por ejemplo, una asociación o cooperativa (art. 8 D.L. 299); otro ejemplo es la publicidad de la información económica, que constituía acto inscribible en el ámbito de las cooperativas¹⁰⁵¹, pero que nunca funcionó en la práctica. En la actualidad, ya no existe la obligación legal genérica de publicar anualmente en diarios los estados financieros de las

1051 Art. 14 LGC: “Toda cooperativa publicará los estados financieros anuales que según la ley deba presentar a la Administración Tributaria, Superintendencia de Banca y Seguros y a cualquier otro organismo del Sector Público, así como los de su disolución y liquidación cuando estas ocurran, mediante el depósito de copias notarialmente certificadas de dichos documentos en el Registro de Personas Jurídicas que le corresponda, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo legal para el cumplimiento de aquellas obligaciones. El depósito registral de los estados financieros, hechos con sujeción al párrafo anterior, reemplaza a la obligación legal de publicarlos en diarios cuando fuere el caso”.

empresas -como sí ocurría en el pasado-, y que podía ser sustituida a través de la publicidad del registro; por tanto, si ya no existe la obligación principal, entonces tampoco existe la obligación sustituta.

Por su parte, la doctrina se muestra partidaria, en forma mayoritaria, del principio de tipicidad del registro, por lo que son inscribibles los actos o hechos previstos por la ley. Se señalan tres argumentos fundamentales para acoger la tipicidad: a) Si se inscribiese actos no previstos por ley, entonces los terceros no tendrían conocimiento de su registración y, por lo tanto, no acudirían al registro, lo que privaría de efecto a estas inscripciones irregulares; b) se recargaría la hoja registral hasta que esta se convierta en inabarcable¹⁰⁵²; c) la tipicidad es una salvaguardia de la seguridad jurídica, ya que no parece lógico que el arbitrio de los particulares o del registrador pretenda decidir en cada caso concreto cuál es la materia registrable.

2.4. Calificación del registrador: ¿entre libertad de asociación o controlismo?

En materia de asociaciones, el Código Civil no peca de una situación lagunosa, como a veces se piensa, sino que adopta una posición estratégica a favor de la libertad y la autonomía de estas organizaciones. Por tanto, se trata de una acción legislativa consciente con un objetivo preciso, y no ante una omisión descuidada o negligente. Por tanto, el derecho fundamental de libre asociación subyace sobre las normas legales y reglamentarias que lo rigen, por lo que estas deben ser entendidas y valoradas en función de la Constitución, y específicamente del principio de autoorganización que se encuentra implícito en la libertad de asociarse. Este criterio interpretativo permite inferir la existencia de cuatro reglas, que facilitan el entendimiento del sistema normativo de las asociaciones y, con ello, la calificación en sede registral:

1052 Pau, A. (1995), p. 192.

2.4.1. Primera regla: El registrador debe calificar los fines de la persona jurídica, pero con respeto de valores constitucionales

El registrador debe calificar los fines de la persona jurídica, evidentemente según los parámetros del estatuto, pues el examen que realiza es de carácter formal y abstracto, pero con la salvedad que tal evaluación exige amplitud de criterio y tolerancia, según los valores fundamentales contenidos en nuestro ordenamiento; por tal razón, en caso de duda tendrá que aplicarse el principio *pro libertate*, y optar por la inscripción. Por tanto, solo en casos evidentes y notorios de ilicitud se podrá denegar el acceso al registro. Esta función de control se introdujo en el Código de 1936 como un mecanismo de constatación *ex ante*, que constituye el contrapeso dentro del sistema liberal de las “disposiciones normativas”, que reemplazó al de la “concesión”. En tal sentido, el Estado no admite asociaciones delictivas, terroristas o con fines ilegales, a las que solo podría atacarse *ex post* luego de un proceso judicial. Por ello, ante la falta de examen de mérito sobre la conveniencia u oportunidad de conceder la personalidad jurídica se reemplaza por medio del control formal-administrativo sobre los fines de la entidad.

Es cierto que, actualmente, la finalidad lícita de las asociaciones debe ser materia de un examen realizado con un mayor grado de tolerancia, en vista de los valores fundamentales de dignidad, libertad, igualdad, no-discriminación, pluralismo y otros que se consagran en la Constitución de 1993¹⁰⁵³; por tal razón, la evaluación del registrador debe tener en cuenta la situación que se origina con el constitucionalismo moderno, y solamente quedará facultado para denegar el registro cuando la ilicitud sea evidente, como ocurriría por ejemplo con una asociación que pretenda financiar la guerra o que busque cambiar el régimen político fuera del marco institucional.

1053 Es interesante señalar, como ejemplo de cambio en las circunstancias sociales y jurídicas, que, mediante Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de 24.04. 1975, se acordó la disolución de una asociación cuya finalidad era fomentar el estudio y la realización de actividades médicas en temas de planificación familiar. Puede verse el texto en: Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 375, Lima, abril 1975, pp. 431 ss. Por el contrario, en la actualidad, la planificación de ese tipo es una política pública de relevante importancia.

El tema no es baladí. Hace algún tiempo se produjo un revuelo mediático por la pretendida inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas del llamado “Movimiento por la Amnistía y los Derechos Fundamentales” (MOVADEF)¹⁰⁵⁴. La solución es muy simple a la luz de la historia y los principios. El sistema de las “disposiciones normativas”, acogido por nuestro país desde 1936, en concordancia con el derecho constitucional a la libre asociación, permite que cualquier organización pueda lograr la personería jurídica, siempre que cumpla los requerimientos formales y su finalidad sea lícita, esto es, que sea compatible con la Constitución. La Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 ya dio cuenta de la potestad atribuida al registrador para evaluar el fin lícito, como una de las claves del sistema. Por tanto, en la hora actual, el registrador del Registro de Organizaciones Políticas cuenta, sin duda, con la potestad de examinar el objetivo de la corporación. En tal sentido, el caso se resuelve de una manera sencilla: si la entidad busca difundir y promover el terrorismo, entonces no podrá ser inscrita. Por el contrario, si la ideología pretende cambiar la estructura de la sociedad peruana, pero dentro de la democracia y el respeto a la paz y los derechos fundamen-

1054 La Resolución N° 008-2012-ROP/JNE, del Registro de Organizaciones Políticas del JNE, de 20.01. 2012, deniega la solicitud de inscripción de la Organización Política “Por la Amnistía y los Derechos Fundamentales”, cuyo fundamento para el tema que nos concierne, es el siguiente: “Por ende, la adopción por parte del Movadef del pensamiento Gonzalo como principio guía en su acta de fundación y en su estatuto genera que esta organización política en vías de inscripción se regule por fines y objetivos que no se enmarcan dentro de lo estipulado en la Constitución Política del Perú, el artículo 1 de la Ley de Partidos Políticos y los literales a), b), c), e) y g) del artículo 2 de la citada ley, que comprende asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático; contribuir a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados en la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado; formular sus idearios, planes y programas que reflejen sus propuestas para el desarrollo nacional, de acuerdo a su visión de país; contribuir a la educación y participación política de la población, con el objeto de forjar una cultura cívica y democrática, que permita formar ciudadanos capacitados para asumir funciones públicas; y contribuir a la gobernabilidad del país. Esta contraposición legal y constitucional en que incurre el principio rector del acta de fundación, ideario y estatuto de la organización política que pretende su inscripción ante este Registro se considera como un defecto no subsanable, puesto que es un elemento esencial de la misma que sirve de fundamento para su nacimiento y el desarrollo de su actividad partidaria por parte de todos sus integrantes, la misma que tendría repercusión en la sociedad en conjunto”. Esta resolución, que pudo ser mucho más convincente, quedó firme por cuanto la organización política se desistió del recurso de apelación, lo que fue aceptada por Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N° J-2012-0077, de 01.02.2012.

tales, entonces deberá ser inscrita, aunque ello no le guste a la mayoría. Esa es, justamente, la tolerancia que inspira a la sociedad democrática, para que todas las corrientes de opinión se expresen en su seno, siempre que no sean violentistas ni destructoras del sistema.

Por el contrario, el examen sobre la finalidad real de la persona jurídica, y no simplemente de la que se consigna en el estatuto, no corresponde al registrador, quien no hace un análisis de hechos. En tal caso, el Ministerio Público podrá solicitar la disolución de la asociación (art. 96 CC), sin perjuicio que, en el caso de la comisión de delitos, el juez imponga la suspensión o cierre de la entidad, como consecuencia accesoria de la pena.

2.4.2. Segunda regla: El registrador no puede interferir en la vida asociativa, salvo ley imperativa o de orden público o violación evidente de los derechos fundamentales

Los asociados son los únicos interesados en el desarrollo interno de la entidad; por tanto, según el principio de autoorganización, ellos deben tener la mayor autonomía a efecto de regular sus relaciones internas, derechos y deberes, órganos de actuación, entre otros. Por tal razón, el estatuto, que constituye la norma fundante de la asociación, no debe ser objeto de intromisión ilegítima por parte del registro a través de dudosas interpretaciones o de fundamentos contrarios a la libertad de asociación. En la actualidad, es fácil constatar que el registro tiene una visión errada del problema, pues entiende que cualquier previsión estatutaria, que no tenga base cercana o lejana en una norma legal, entonces es inválida. En realidad, el principio sobre el cual se asienta esta materia es radicalmente contrario, pues solo en caso de evidentes cuestionamientos de orden público o por cumplimiento inexorable, que puede exigir la remoción de una o más cláusulas del estatuto. La situación actual conlleva, sin embargo, que los asociados deban explicar y justificar su organización interna frente al Estado, con grave peligro de arbitrariedad en las decisiones y quebranto de este derecho fundamental.

En nuestro análisis, las normas inderogables referidas al régimen interno de la asociación son muy pocas, tales como: la exigencia de contar con un estatuto -no obstante, la omisión de algunos de los extremos señalados en

el art. 82 CC pueden ser suplidos por la ley¹⁰⁵⁵, la existencia de dos órganos internos: uno de deliberación para la decisión de los asuntos esenciales¹⁰⁵⁶, y otro de ejecución¹⁰⁵⁷, la ecuación democrática de un voto por asociado (art. 88 CC)¹⁰⁵⁸, la libertad de asociarse y retirarse en forma voluntaria (arts. 80 y 90 CC), la disolución por causas legales (arts. 94 a 96 CC), la imposibilidad de repartirse el haber resultante (art. 98 CC), la prerrogativa del presidente de convocar a las asambleas generales (art. 85 CC). Y poco más.

En duda se encuentra el tema de la convocatoria a asamblea por no menos de la décima parte de asociados (art. 85 CC), cuyo fundamento se encontraría en “el respeto al derecho de las minorías”, por lo que no sería posible elevar el porcentaje en su detrimento minoría, sin embargo, un mejor sustento se encuentra en la *ratio iuris* de la norma, cuál es, instaurar un remedio simple que busca mantener el funcionamiento y operatividad de

1055 Así, por ejemplo, no es necesario que se establezca en el estatuto las reglas sobre su modificación o sobre la disolución de la persona jurídica, pues la ley contiene disposiciones reguladoras de ambas materias.

1056 “El gobierno de la asociación se compone de: a) una asamblea, órgano deliberativo que integran los miembros de la entidad y que aglutina las atribuciones decisorias de mayor trascendencia: designar y eventualmente remover a los integrantes del órgano ejecutivo y a otras autoridades, aprobar su gestión, considerar y aprobar u observar la memoria, balance y cuenta de gastos y recursos que presente el órgano ejecutivo, introducir modificaciones estatutarias, decidir la disolución, orientar la marcha de la entidad y, en general, tiene las funciones no delegadas en otros departamentos. Se reúne periódicamente (sesiones ordinarias habitualmente anuales) o ante ciertas emergencias y para considerar determinados asuntos (sesiones extraordinarias)”: Monti, J. (2002), p. 68.

1057 Por ejemplo, recientes decisiones del Tribunal Registral se han pronunciado en forma severa respecto de las reglas de funcionamiento del consejo directivo (art. 82-4 CC), de tal suerte que se exige normas estatutarias sobre su convocatoria, notificación a los miembros y quórum. Desde nuestra perspectiva, la interpretación debe ser flexible, ya que no existe necesidad de requerir cláusulas sobre la operatividad interna del consejo, sea porque se trata de asociaciones que no lo necesitan, o porque existen disposiciones supletorias o principios que salvan la cuestión. Así, en una asociación de dos o tres miembros, ¿para qué sirven las reglas de actuación del consejo? Por otro lado, aunque la asociación sea muy numerosa, debe tenerse en cuenta que, incluso en defecto del estatuto, el convocante siempre será el presidente del consejo, pues por algo le corresponde la dirección del órgano; el quórum siempre será la mitad más uno de los miembros, y las decisiones se adoptan por mayoría de los concurrentes, ya que ello se deduce del principio mayoritario que gobierna las colectividades. Por tanto, los principios salvan la falta de reglas legales o estatutarias.

1058 Así lo reconoce: RTR N° 055-2000-ORLC/TR de 28.02.2000.

la asociación, y con ello el cumplimiento de sus fines, logrando así dar solución a los casos de parálisis, inactividad o, incluso, ilegalidad de los órganos en actividad¹⁰⁵⁹. En buena cuenta, existe un principio implícito en la regulación jurídica de las personas jurídicas civiles, consistente en propender o apoyar el funcionamiento de los órganos asociativos.

Otro caso problemático es la interpretación expansiva de la democracia interna en las asociaciones, por medio del reconocimiento de la regla “un voto por persona” (art. 88 CC). En Alemania, por ejemplo, se piensa que, si una norma estableciera que todas las asociaciones deban ser democráticas e igualitarias, entonces más bien esa norma sería considerada inconstitucional por imponer de manera forzada un régimen organizativo determinado, en contradicción con la libertad de asociarse; en efecto, si la democracia es tolerancia, entonces no es posible ser intolerantes cuando una asociación no sea estrictamente democrática¹⁰⁶⁰. Asimismo, se dice que una amplia variedad de fines implica una correlativa amplitud en los modelos organizativos¹⁰⁶¹. Todos estos argumentos parecen convincentes a efectos de considerar que el art. 88 CC es una norma que solo obliga a mantener la ecuación de un voto por asociado, pero no tiene aplicación extensiva o por analogía con respecto a otros derechos o deberes de los asociados, por lo que el estatuto tiene la potestad de establecer diversas clases de miembros (socios fundadores, ordinarios, efectivos) que pueden participar en mayor o menor medida en las ventajas de la asociación, pagar o no cuotas, tener el disfrute de ciertas prestaciones, etc., siempre con el límite de un voto por asociado. En igual sentido, puede haber socios con título especial u honorífico, sin derecho de voto ni participación en los asuntos corporativos, y así una infinidad de variedades¹⁰⁶², en cuyo caso, habrá de interpretarse que esos miembros no son propiamente asociados, sino adherentes o integrantes sin plenos derechos.

1059 Otros temas referidos a la convocatoria sí quedan librados al interés y conveniencia de los asociados, por lo que son susceptibles de estipulación diversa; por ejemplo: se puede establecer que dos directivos puedan convocar la asamblea ante la omisión del presidente, o que cualquier directivo lo pueda hacer en ese caso, etc.

1060 Ferrer i Riba, J. & Salvador Cordech, P. (1997), p. 111.

1061 Lucas Murillo De La Cueva, P. (1996), p. 211.

1062 Ferrara, F. (2006), p. 575.

Fuera de este ámbito estricto, bien puede decirse que la asociación cuenta con una amplia autonomía para regular su modelo organizativo (poder regulador) y tomar sus propias decisiones (poder directivo). Esta situación conlleva, en forma inversamente proporcional, que el registro carezca de un margen discrecional en la calificación, por lo cual esta debe someterse a un estricto parámetro de legalidad, sin margen de valoración subjetiva¹⁰⁶³. Aquí, un ejemplo: ¿qué pasa si los asociados fundadores se han reservado mayores derechos? En tal caso, la validez de la cláusula está fuera de toda duda, en virtud del derecho constitucional de libre asociación, que tiene como uno de sus principios fundamentales el de autoorganización, y cuyo único límite es otorgar más de un voto por fundador. Por tal motivo, son admisibles las estipulaciones por las que determinados acuerdos necesitan un porcentaje específico de votos por parte de los fundadores, o incluso la unanimidad, por cuanto en este caso el problema es de mayorías para adoptar un acuerdo, y en donde los fundadores forman una categoría especial, pero no se infringe el principio de un voto por cabeza.

2.4.3. Tercera regla: La ponderación de derechos fundamentales no es competencia del registrador

La libertad de asociarse es un derecho fundamental, pero también existen otros derechos de la misma naturaleza, tales como la dignidad del hombre, la igualdad, la no-discriminación, entre otros. ¿Es posible que se produzca una pugna de derechos?, ¿qué hace el registrador? Los casos paradigmáticos son aquellos en donde se pretende constituir una asociación “solo de hombres”, o en las que “se reserva el derecho de admisión, sin ningún reclamo en caso de denegación”, o “sin admitir nuevos miembros, salvo que todos los asociados estén de acuerdo”. Legítimamente cabe preguntarse si estas cláusulas estatutarias son válidas, y en el Derecho Constitucional se habla de la eficacia horizontal de las normas constitucionales, en el sentido de que estas no solo se constituyen en libertades frente al Estado, sino que son, también, normas de ordenación de la vida social en su conjunto y, por

¹⁰⁶³ En ese sentido se pronuncia uno de los mayores propulsores de la amplitud en la calificación registral, pero quien debe reconocer los límites a los que se somete en el ámbito de fundaciones, y cuya lógica es aplicable también a las asociaciones: Pau, A. (2001), p. 826.

tanto, tienen eficacia horizontal (*Drittwirkung*), esto es, se aplica en las relaciones entre particulares. Siendo así, una asociación o un grupo de personas también están sujetos al mandato fundamental de no-discriminar o de no actuar con arbitrariedad frente a los otros particulares.

La doctrina del *Drittwirkung* es normalmente aceptada desde una perspectiva teórica o de principio, y nuestro propio Tribunal Constitucional la ha adoptado en reiteradas oportunidades (Exp. 976-2001-AA/TC)¹⁰⁶⁴; sin embargo, esta no es de fácil aplicación en la práctica. Por tal motivo, los autores reconocen que la eficacia de los derechos fundamentales es distinta según las relaciones privadas sobre las que se proyectan: “es más bien escasa en el derecho a contraer matrimonio, mínima también en el ejercicio de la libertad de testar, no muy importante en la venta privada de un auto usado, pero bastante más relevante en la redacción y gestión de los contratos de distribución de automóviles nuevos, más que notable en el derecho del consumo y crucial en el derecho laboral”¹⁰⁶⁵. Nótese que la aplicación irrestricta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puede disolver la libertad individual, ya que existe un evidente conflicto entre esta (de contratar, de asociarse, etc.) y otros derechos como la igualdad o no-discriminación. Por ejemplo: ¿se admitiría impedir un matrimonio por cuanto el escogido o escogida fue aceptado, fundamentalmente, por motivos raciales? Es evidente que existen decisiones del ser humano que no necesitan explicarse ni justificarse, por lo que se alejan radicalmente del *quid* de las resoluciones administrativas o judiciales. En tales casos, es evidente que el libre desenvolvimiento de la personalidad pone límites a los otros derechos o valores. Ya en la propia Alemania, país creador de esta doctrina, se ha puesto en alerta respecto de los abusos de la *Drittwirkung*, pues el hombre que debe actuar, según todos los valores de la Constitución, más parece un funcionario público, antes que un sujeto con libertad sobre sus propios intereses. Una Constitución que consagra libertades, no debe utilizar los derechos fundamentales como negación absoluta de la propia libertad que es el fundamento del Derecho Privado¹⁰⁶⁶. Por tanto, una cosa

1064 Castillo, L. (2003), p. 107.

1065 Ferrer i Riba & Salvador Cordech, P. (1997), p. 99.

1066 Münch, I. (1997), p. 51.

es limitar la libertad en aras del bien común, sobre lo que casi todos estamos de acuerdo; y otra, distinta, es eliminar absolutamente la libertad para conseguir el efecto de una dudosa igualdad.

Por tal razón, es menester lograr un equilibrio, en el entendido de que la Constitución es una limitación del poder público, y eso mismo debe ocurrir con el poder privado; en consecuencia, la eficacia entre privados de los derechos fundamentales, y la consiguiente limitación de la libertad, debe aplicarse a los casos de abuso de poder privado o en situaciones en las que un particular goza de dominación en cierto ámbito de relaciones. Siendo así, mientras mayor sea el grado de poder social de uno sobre el otro, entonces también aumenta la eficacia de los derechos fundamentales en esa relación jurídica privada¹⁰⁶⁷; a mayores desigualdades de hecho entre las partes, entonces mayores compensaciones a través de las normas constitucionales.

La ponderación de los intereses en juego (libertad de asociarse vs. otros derechos fundamentales) no es competencia del registrador, pues ello implica un examen del caso concreto (abuso de la posición), y no del control simplemente formal y abstracto que se hace del estatuto. Por tanto, salvo nulidades evidentes por contravenir en abstracto el orden público o las buenas costumbres¹⁰⁶⁸, o de violación directa de derechos fundamentales, en el debate de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones asociativas se necesita de una ponderación de intereses que no es susceptible de realizarse por medio de la calificación registral¹⁰⁶⁹. Tén-

1067 Ferrer i Riba, J. Salvador Cordech, P. (1997), pp. 99-100.

1068 Son nulas las cláusulas estatutarias que regulan materias indisponibles para el propio sujeto individual, como es el caso de los derechos de la personalidad (por ejemplo: renuncia a reivindicación del honor en caso sea expulsado por acuerdo de la asamblea general), o del acceso a los Tribunales en defensa de derechos o intereses legítimos: Lucas Murillo De La Cueva, P. (1996), p. 228.

1069 Nótese que no se rechaza la teoría de la *Drittwirkung*, simplemente se dice que su evaluación no corresponde al registrador. Y ante esta afirmación no se oponga el hecho que los funcionarios administrativos deben aplicar la Constitución mediante control difuso, incluso en contra de normas legales, pues aquí el problema no es la violación de una norma estatutaria en contra de los derechos fundamentales, sino el conflicto entre dos situaciones jurídicas (entre socios, o entre la asociación y el socio) en que se pretende aplicar la eficacia horizontal (entre privados) de la Constitución, y para lo cual se requiere hacer un análisis del caso concreto para determinar la función social o el abuso mono-

gase en cuenta que una aplicación rígida de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, sin tener en cuenta los límites y valores propios del Derecho privado, podrían llevar a desvirtuarlo; por tanto, el problema no está en excluir la validez de los derechos fundamentales en las relaciones *inter-privatos*, sino en ponderar los límites que se producen recíprocamente por la aplicación del principio de autonomía privada¹⁰⁷⁰. En tal sentido, Quadra Salcedo dice que el sistema constitucional “atribuye derechos inmediatos a los particulares en sus relaciones privadas, aunque en cada caso haya de ponderarse el alcance de esos derechos”¹⁰⁷¹. Enseguida realizaremos el análisis de algunas hipótesis:

- a) Un problema usual se presenta respecto de las reglas de admisión o exclusión de socios, esto es, qué límites existen para denegar el ingreso de una persona a la entidad. El profesor alemán Karsten Schmidt señala que se han propuesto dos criterios de solución para la admisión: primero, el test de la posición monopolística, según la cual, la asociación que se encuentra en esa condición, no puede negar la admisión en forma maliciosa o por capricho; segundo, el test de la función económica y social, pues la negativa de admisión de socios está en relación a si la asociación cumple alguna función de relevancia en la sociedad, ya que no es lo mismo denegar el ingreso a un sindicato dominante, que hacer lo propio en un club de aficionados a la música. En buena cuenta, los Tribunales se reservan el enjuiciamiento de la falta de justificación del trato desigual, y del perjuicio ocasionado a quien solicita el ingreso. En Alemania, el fundamento dogmático de esta solución, no necesariamente se encuentra en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, sino, muchas veces, en cuestiones netamente privadas, como acontece si se considera que la negativa de admisión es la causa de un daño injustificado de naturaleza extracontractual¹⁰⁷². En cual-

polístico que hace el colectivo, y en lo que jamás puede avanzar el registrador, pues su examen opera en abstracto, sin conocimiento de hechos.

1070 Peces-Barba, G. (1999), p. 627.

1071 Cit. Ibid., p. 631.

1072 Ferrer i Riba, J. & Salvador Cordech, P. (1997), pp. 103-107.

quier caso, ninguno de estos aspectos se encuentra bajo potestad del registrador, pues el poder social o económico que tenga de hecho una asociación frente a los asociados o pretendidos ingresantes, no puede ser objeto de una calificación formal o abstracta. Sin embargo, puede tener relevancia la existencia de cláusulas que limitan o restrinjan el ingreso de socios, tales como “la asociación se reserva el derecho de admisión” o “todos los asociados deben estar de acuerdo para autorizar el ingreso de un nuevo miembro”. En nuestra opinión, es claro que ambas cláusulas pretenden configurar una entidad cerrada, en la que no se permite el ingreso de nuevos socios; pero ello, en abstracto, no es cuestionable por una simple razón: si A y B se asocian voluntariamente, ¿por qué la ley los debería forzar a recibir nuevos miembros? Evidentemente, una libertad forzada es contradictoria con este derecho fundamental, y lo vacía de contenido¹⁰⁷³. Por lo demás, en las sociedades mercantiles, especialmente las de tipo personalista, pero también en las limitadas o anónimas cerradas, existen distintos mecanismos para evitar el ingreso de nuevos socios, sea porque el estatuto lo prohíbe, salvo modificación unánime del pacto social, como en las colectivas, sea porque establecen cláusulas de preferencia o de consentimiento de la sociedad para la transmisión de las acciones o participaciones. En tal sentido, no se entiende por qué las cláu-

1073 En tal sentido, resulta altamente cuestionable la STC N° 1027-2004-AA/TC, en la cual se dice que la negativa a la admisión de un socio no puede contravenir el principio de dignidad de la persona, con lo cual en la práctica existe un deber de asociarse con todos, aun cuando no compartamos los mismos valores, que justamente por ser subjetivos, no pueden ser juzgados por un Tribunal. En tal caso, debería prevalecer la libertad. Por tal razón, es correcta la siguiente opinión: “La *affectio societatis*, entonces, adquiere un rol principal en las personas jurídicas sin fines de lucro, y residual en las personas jurídicas con fines lucrativos. En las asociaciones concebidas por el Código Civil resulta indispensable y, por tanto, los asociados pueden negarse válidamente a admitir una persona como miembro por el simple hecho de no guardar con ella ese animus al que ya nos hemos referido. El animus, como hemos visto en las notas preliminares, requiere reciprocidad, requisito *sine qua non* para la aceptación de un miembro. El Tribunal Constitucional, en el ejemplo aludido líneas atrás, no puede entonces relativizar la voluntad de las partes que desean asociarse con quien mejor crean conveniente, minimizando su aplicación a un número reducido de asociaciones, y es que en nuestra óptica, ha entendido el concepto al revés”: Salazar, M. (2007), p. 493.

sulas perfectamente válidas en el ámbito de las sociedades, no lo serían en las asociaciones.

- b) Un segundo grupo de casos se refiere a las garantías mínimas que debe exigirse para expulsar a un asociado. Es cierto que este tema no tiene implicancia registral, pues el acceso de socios o su exclusión no son actos inscribibles, pero sí puede tener relevancia el análisis de los estatutos que omitan regular el tema de exclusión de socios, o que no establezcan con claridad los órganos de decisión o que se limiten a formular cláusulas vagas o indeterminadas para justificar la sanción, tales como incurrir en “comportamiento indecente”, o “atentar contra la asociación”, etc. Con respecto a la omisión de normas sobre exclusión, el gran jurista alemán Karsten Schmidt ha señalado que el poder sancionador requiere de base estatutaria o de reglamentos internos¹⁰⁷⁴, pero en todo caso la correcta interpretación de las normas sancionadoras corresponde a los propios asociados, pues el estatuto es norma autónoma, a diferencia de las heterónomas, cuya disociación entre el autor y los destinatarios hace que estos no tengan motivo para sujetarse a la “voluntad del legislador” cuando sea incompatible con el sentido objetivado de la norma. Por otro lado, las sanciones no se imponen en virtud de la autonomía asociativa, debe entenderse, entonces, que la entidad ha renunciado a sancionar a sus miembros¹⁰⁷⁵. Este razonamiento es plenamente satisfactorio y garantista.

En segundo lugar, con relación a la falta de claridad de los órganos que deciden la exclusión, deberá entenderse que la competencia está atribuida al órgano máximo, pues el retiro forzoso de un asociado implica cortar su vínculo asociativo con la entidad, y ese tema de la mayor importancia, por lo que resulta justificado que sea la asamblea quien tome la decisión final, ya sea en única ins-

1074 Los propios asociados puedan interpretar, con carácter vinculante, las normas sancionadoras del estatuto o de los reglamentos internos, pues estas son normas autónomas, por lo que los autores y sus destinatarios son los mismos, y, en tal contexto, ellos pueden dotar de contenido a las normas.

1075 Ferrer i Riba, J. & Salvador Cordech, P. (1997), p. 112.

tancia o en revisión; por otro lado, tampoco es necesario cumplir el principio de doble instancia, pues la decisión privada de los socios compete, en principio, a la asamblea, conforme los argumentos ya señalados, por lo que no existe instancia superior dentro de la asociación; por lo demás, en múltiples procedimientos administrativos no existe doble instancia cuando la decisión la toma un órgano que no depende jerárquicamente de ningún otro; por tanto, lo que es válido en el procedimiento administrativo, también debe serlo en uno de carácter privado que se lleva a cabo por la propia asociación. Téngase en cuenta, adicionalmente, que la decisión de la asamblea es susceptible de revisión, en el fondo y en la forma, por el órgano judicial¹⁰⁷⁶.

- c) Un tercer grupo de casos se refieren a las cláusulas indeterminadas que sancionan con la expulsión, debe señalarse que tampoco existe obstáculo serio para su validez, en tanto el derecho fundamental de libre asociación implica, ya, reconocer una prerrogativa de apreciación por parte de la asociación¹⁰⁷⁷, y siempre en el entendido de que una cláusula de ese tipo deba merecer una interpretación estricta, por cuanto la ruptura de la relación asociativa, que implica desconocer el derecho a mantenerse en la asociación, solamente puede obedecer a graves motivos, tales como las infracciones del deber de colaboración, impago de cuotas, inobservancia de acuerdos, difamación injustificada a los órganos de la asociación, realización de actos contrarios a los fines sociales o comportamiento personal que dañe severamente a la entidad, entre otros¹⁰⁷⁸. A ello debe sumarse el hecho que los Tribunales tienen intacta su capacidad para revisar la decisión, y anularla en cuanto se haya producido una resolución arbitraria, abusiva por desviación de poder, o simplemente cuando se haya realizado una condena sin pruebas.

1076 Según hemos visto, se trata de una potestad inderogable por vía estatutaria, aunque puede sustituirse por una cláusula arbitral.

1077 Ferrer i Riba, J. & Salvador Cordech, P. (1997), p. 119.

1078 Lucas Murillo De La Cueva, P. (1996), p. 230.

- d) Un cuarto grupo son las asociaciones que restringen el ingreso de ciertas personas, y, que podría dar lugar a la tacha por discriminación. Este argumento ha servido para opinar que no son inscribibles las asociaciones, por ejemplo, que limitan el ingreso por razones de género. Curiosamente, en Alemania, esas asociaciones no sufrirían reparo alguno, por cuanto el Estado se considera incompetente para imponer un determinado modelo de organización interna a las asociaciones, ni siquiera el modelo democrático e igualitario; en tal sentido, la doctrina germana considera que la democracia es justamente discrepancia y tolerancia de la posición ajena, por lo que debe aceptarse cualquier organización, aunque sea antidemocrática, siempre que se trate de un acto voluntario de incorporación a ella¹⁰⁷⁹, y, sobretodo se trate de una asociación irrelevante para la comunidad o el bien común.

En España, también se opina por la validez de las cláusulas estatutarias restrictivas de la admisión de nuevos socios: “Dejando de lado aquellas que por decisión fundacional son cerradas, es decir, limitadas a un grupo de personas que son las únicas que reúnen determinadas características singularizadoras, se plantea con respecto de las demás, que, por contraste, se consideran asociaciones abiertas, un interrogante acerca de la existencia para los terceros de un derecho a la admisión. La respuesta al mismo depende de las previsiones estatutarias, las cuales pueden establecer condiciones, tanto en cuanto a los requisitos como a la diferente gradación o clasificación interna de los socios, que suponga mayores atribuciones para los fundadores. A favor de esta solución juega, también, la pervivencia del derecho que tienen los terceros que no resultan admitidos a constituir otra asociación con los mismos fines”¹⁰⁸⁰.

Por tal razón, en Alemania y España se admite la validez de estas restricciones, salvo cuando en el caso concreto se trate de asociaciones que gocen de posiciones dominantes en la vida social o eco-

1079 Ferrer i Riba, J. & Salvador Cordech, P. (1997), p. 111.

1080 Lucas Murillo De La Cueva, P. (1996), p. 225.

nómica¹⁰⁸¹, o como dice Karsten Schmidt, que sean monopolísticas o cumplan una función económico-social relevante, aunque estas restricciones son inviables de enjuiciarse dentro de la calificación del registrador (art. 2011 CC), pues esta se encuentra limitada a un examen abstracto y formal, en el que solo cabe rechazar nulidades notorias, pero no aquellas otras que requieran del análisis de hechos para decidir en el caso.

En tal sentido, para un sector doctrinal, parece excesivo denegar la inscripción de una asociación constituida por dos socios y en la que se consigna como restricción “ser hombres”. Téngase en cuenta que la libertad de asociarse implica decidir con quienes el sujeto comparte su iniciativa de agrupación, y parece irrazonable que la ley imponga forzosamente con quiénes debe llevarse a cabo ese impulso netamente individualista¹⁰⁸². En tal sentido, se dice que la libertad de asociarse comprende un aspecto negativo, el de no-asociarse; por tanto, dicha restricción implica, simplemente, que los asociados no desean compartir el colectivo con otras personas o con personas de determinadas características. Por último, debe valorarse el hecho de que las personas excluidas de ingresar en esta entidad no han sido afectadas en su derecho fundamental a la libre asociación, pues ellas pueden agruparse con quienes deseen y en las condiciones que crean por conveniente en otra organización. La libre asociación no empieza ni termina con una entidad concreta. Por el contrario, nótese que una imposición respecto del ingreso de determinadas personas en una asociación implicaría simplemente la desnaturalización de este derecho, pues se con-

1081 Ferrer i Riba, J. & Salvador Cordech, P. (1997), p. 112.

1082 Nuevamente de acuerdo con las siguientes expresiones: “Una asociación, entonces, resulta ser un vehículo jurídico que reúne a un grupo de personas que guardan vínculos personales entre las mismas, aunque esto pueda resultar redundante. La condición de asociado es personalísima. La reunión de miembros está dispuesta por una interrelación que viene impuesta aun antes de la equiparación al interior de la persona jurídica, pues resultó que una o más características intrínsecas a cada uno de ellos (que puede ser de carácter subjetivo o material, inicial o sobrevenida) los hace calificar para constituir o adherirse al ente”: Salazar, M. (2007), p. 487.

vertiría en un acto forzado, y no puede haber libertad y coacción al mismo tiempo.

Por otro lado, bajo una visión más garantista, se sostiene que si la finalidad estatutaria o concreta de la asociación, a través de tales cláusulas, es consagrar la discriminación, o el sometimiento de la mujer al hombre, entonces la organización es claramente ilícita. En nuestro país, el legislador se inclina por esta solución, en cuanto declara la nulidad de todas las cláusulas discriminatorias por género en las personas jurídicas sin fines de lucro, según se regula en el D.S. N° 004-2008-MIMDES, publicado el 04.04.2008¹⁰⁸³, y, en caso de falta de adecuación, entonces se autoriza a que el Ministerio Público pida la disolución judicial; aunque la pregunta sería, ¿por qué no se establece lo propio en las sociedades mercantiles? Si la cláusula es inconstitucional, entonces lo es en todo ámbito, lucrativo o no.

2.4.4. Cuarta regla: Analogía con la normativa societaria

Es cierto que la ley ha dejado grandes lagunas (intencionales) en la regulación de las asociaciones, pero bien podría ocurrir que el estatuto tampoco haya integrado la normativa, lo que además es frecuente. Ante ello, cabe preguntarse: ¿cómo resuelve el juez o el registrador? En nuestro medio, existe un notorio rechazo a volver la mirada hacia la Ley General de Sociedades en vía supletoria, lo cual es correcto, pues entre ambas no existe identidad de razón, en tanto unas son lucrativas, y las otras, no. Sin embar-

1083 Artículo 1.- Precísase que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política del Perú y de la Ley relativas a la igualdad jurídica del varón y la mujer.

Artículo 2.- La adecuación prevista en el artículo anterior deberá efectuarse en un plazo de noventa (90) días calendario contados a partir de la vigencia del presente Decreto Supremo.

Artículo 3.- Vencido el plazo a que se refiere el artículo 2º, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en su calidad de ente rector encargado de la igualdad de oportunidades para la mujer, verificará el estricto cumplimiento del presente Decreto Supremo.

Artículo 4.- Conforme a lo dispuesto por el Código Civil, el Ministerio Público procederá a solicitar judicialmente la disolución de todas las formas de organización jurídica a que se refiere el artículo 1º, que incumplan lo dispuesto por el presente Decreto Supremo. Asimismo, procederá a formular las denuncias pertinentes por el delito de discriminación, tipificado en el artículo 323º del Código Penal.

go, entre ambos tipos de personas jurídicas, específicamente con las asociaciones, se tiene la base común de tratarse de entidades de derecho privada, voluntarias, sujetos a principios básicos mínimos, por lo que la analogía es posible, pero no la supletoriedad.

Un caso concreto que permite el análisis es el de las asociaciones cuya directiva ha cesado en funciones por vencimiento del plazo, por lo que no se sabe quién tiene potestad para realizar la convocatoria a la asamblea que elija al nuevo órgano de administración, o, en todo caso, si el órgano de administración puede vincular a la persona jurídica con los actos o contratos que celebra fuera de plazo. En un primer momento, el Tribunal Registral estableció que, una vez concluido el período del consejo directivo, este cesa en sus funciones y carece ya de representación, por lo que el presidente queda impedido de convocar a la asamblea general. Para subsanar esta deficiencia, el Tribunal estableció que la asamblea se convoque judicialmente, o en todo caso, se realice una asamblea “universal” en la que concurren todos los asociados (RTR N° 241-98-ORLC/TR). Posteriormente, el Tribunal flexibilizó su criterio, para lo cual alegó la existencia de una representación de hecho, por tanto, el consejo directivo con “mandato fenecido” podía convocar a la asamblea general, pero solo con el fin de elegir una nueva directiva, y siempre que no haya transcurrido mucho tiempo entre la fecha de vencimiento de la directiva y la fecha de la convocatoria (RTR N° 082-2000-ORLC/TR)¹⁰⁸⁴. Sin embargo, luego se creó la “asamblea de regularización” a través de la convocatoria de un presidente extrarregistral (RTR N° 153-2000-ORLC/TR del 24.05. 2000)¹⁰⁸⁵. Este último criterio fue legalizado

1084 Solo dos argumentos son suficientes para desvirtuar esta doctrina: a) La convocatoria a asamblea general no es acto representativo, en cuanto no produce vinculación con terceros, entonces realmente se trata de un acto de gestión interno de la persona jurídica; por tanto, no hay representación, ni siquiera de hecho; b) En la hipótesis negada que un acto interno tuviese carácter representativo, entonces la directiva debería gozar de todas las facultades de representación, pues no podría aceptarse que se confiera unos, y no otras. En otras palabras, o hay representación (aunque sea de hecho), o no la hay.

1085 “...Que, esta instancia ha señalado a través de sus resoluciones que la regularización del nombramiento de los consejos directivos es inscribible siempre que las elecciones se hayan realizado de acuerdo a lo establecido en su estatuto presentando para el efecto alternativamente, las actas de elección acompañadas de sus avisos de convocatoria y relación de asistentes; o el acta de asamblea de regularización en la que se señale la conformación

a través de la Directiva aprobada por Res. N° 202-2001-SUNARP/SN, publicada el 04.08.2001. En esta última se insiste en la representación de hecho limitada, y en la asamblea de regularización. El actual RIRPJ mantiene en lo esencial dicha doctrina.

El problema esconde dos casos distintos: El primero, de elecciones no realizadas en el periodo, en cuyo caso, tendrá que convenirse que el último presidente se mantiene en ejercicio como medio de evitar la acefalía, en virtud del principio implícito de continuidad de los órganos sociales, que tiene expresión normativa específica en el ámbito societario. El segundo, de elecciones realizadas, pero no inscritas, en cuyo caso, sin ambages, habrá de aceptarse que el presidente no inscrito tiene las potestades propias del cargo que detenta en mérito de las elecciones, como hecho jurídico sustancial, aunque obviamente sufra inconvenientes prácticos por falta de publicidad, aunque las instancias registrales tendrán que considerar esa realidad.

2.5. Eficacia de la inscripción

2.5.1. Diferencia de efectos

La publicidad de los registros de bienes difiere de los registros de personas; y la diferencia no se encuentra solo en el hecho evidente del objeto y la materia inscribible (el bien en uno, y la persona en el otro), sino, fundamentalmente, en la función y eficacia que produce cada uno de ellos¹⁰⁸⁶. En teoría, los efectos de la inscripción pueden ser, entre otros, los siguientes: i) constitutivo, cuando la situación jurídica se consuma con la inscripción; ii) oponibilidad, cuando la situación jurídica preexiste a la inscripción, pero esta sirve para proteger a la persona jurídica o a los terceros, según el caso; iii) fe pública registral, cuando la inscripción protege a los terceros frente a la nulidad o ineficacia no conocida del acto o contrato.

Sobre el tema, con la finalidad de evitar repeticiones, remitimos al lector al apartado 3.5 del capítulo VIII referido al mismo tema en el “registro de

de los diversos consejos y el período para el que fueron elegidos, de tal modo que quién convoca a la última asamblea o asamblea de regularización se encuentra legitimado para ello, por contar con mandato vigente, aun cuando su elección no conste inscrita...”.

1086 Es esclarecedora la exposición que realiza: Messineo, F. (1979), T. II, p. 399.

sociedades”, con la finalidad de evitar repeticiones, sin perjuicio de la breve síntesis siguiente.

2.5.2. Noción de “tercero”

Vale la pena reiterar quién es tercero en el registro de personas. Por ejemplo, la asociación A otorga poder a efectos de que se venda un inmueble; ante ello, el apoderado celebra un contrato de compraventa con el comprador B, quien será considerado tercero, por lo cual, si el poder inscrito ya había sido revocado sin que esta circunstancia conste en el registro, entonces la revocatoria realizada por A, no afecta a B. Nótese que este “tercero” (B) no tiene relación alguna con el que recibe el mismo nombre en el art. 2014 CC (tercer sub-adquirente que inscribe su propia adquisición), pero ello no significa que sea un error de técnica legislativa, pues en los registros de bienes y en los registros de personas, el tercero es claramente distinto, ya que en el primero las sucesivas transmisiones se inscriben en el propio registro con lo que se forma una cadena tabular; mientras en el segundo, el acto inscrito (por ejemplo, un poder) sirve como sustento para el acto patrimonial que no llega a ese mismo registro, y que se realiza fuera de él¹⁰⁸⁷. Por tanto, no puede confundirse el tercero del registro de bienes (caso paradigmático: art. 2014 CC), con el tercero del registro de personas. Así, puede definirse como **tercero** a toda persona distinta del causante de la inscripción¹⁰⁸⁸, esto es, aquel que entra en relación negocial directa con la persona jurídica, el que contrata con ella.

2.5.3. Eficacia constitutiva

La publicidad constitutiva implica que algunos hechos o situaciones jurídicas nacen a partir del momento de su acceso en el Registro (art. 77 CC), pero de manera relativa. En efecto, la eficacia constitutiva está vinculada estrictamente con la adquisición de la personalidad perfecta, con todo lo que ello implica, pero en ningún caso se deberá entender que algunas de estas personas no inscritas sean inoperantes o que sus actos sean inválidos. Los arts. 124 a 133 CC regulan, precisamente, las asociaciones, fundaciones y

1087 Casado, P. (2002), p. 322.

1088 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 77.

comités que no están inscritos, y le reconoce en forma expresa una amplia vida social.

La inscripción tiene fundamental importancia para efectos de separar los patrimonios y adjudicar a cada uno de ellos la responsabilidad patrimonial que le corresponde¹⁰⁸⁹. En buena cuenta, la persona jurídica “nace” en cuanto el tipo adoptado. El registro sirve para adquirir una perfecta subjetividad y, con ello, una absoluta separación patrimonial, pero nada más; en ningún momento, la actuación válida de la persona no-inscrita queda en entredicho¹⁰⁹⁰. Por tal razón, vale precisar que la inscripción constitutiva tiene como efecto lograr un especial nivel de personería jurídica; pues los otros efectos se producen por el solo hecho jurídico de actuar conjuntamente, sin necesidad de la publicidad.

La falta de inscripción no impide que la entidad (llamada “no inscrita”) cuente con una subjetividad imperfecta, no-plena o no-cualificada, o simplemente “mínima” o “general”¹⁰⁹¹, pues el ordenamiento jurídico le

1089 “El efecto constitutivo de la sociedad -como se ha dicho- se basa en que solo desde el momento de la inscripción en el registro de empresas se permite la aplicación de la normativa del tipo indicado en el acto constitutivo (comprendida la normativa de la “persona jurídica”): desde el momento de la inscripción en el registro de las empresas, las reglas típicas de los contratos ceden el paso a las reglas propias de los estatutos del tipo (y, en particular, la regla de la unanimidad cede a la regla mayoritaria, incluso para las modificaciones del contrato). Con la inscripción en el registro de empresas surge la organización societaria (entendida como conjunto de reglas de imputación y organización de la actividad común del tipo elegido”: Calvosa, L. (2008), pp. 456-457.

1090 La misma solución existe hace más de un siglo en nuestro país, para lo cual basta revisar el art. 24 CCom (1902), todavía vigente: “Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a terceras personas, quienes, sin embargo, podrán utilizarlas en lo favorable”.

1091 “La personalidad jurídica presupone la existencia de una subjetivización y esta ciertamente habrá de ser de alguna clase, pero la cuestión es constatar que fuera de las figuras concretas, unas coordinadas mínimas ya hacen posible la detección de un sujeto de derecho independiente. Con arreglo a esto la noción de persona jurídica, nuda de cualesquiera otros atributos de superior complejidad, solo evoca un mecanismo de imputación de efectos y acotamiento patrimonial, que tiene su anclaje más básico en el art. 38.I CC. Cuando el grupo alcance individualidad suficiente para ser titular de bienes (“adquirir y poseer”), así como asumir obligaciones y ejercitar derechos (“contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales”), siendo responsable con su propio patrimonio, en cuanto separado del de sus propios socios, podrá hablarse ya de grupo personificado o persona jurídica”: Cabanas, R. (2009), p. 20.

permite celebrar contratos, asumir deudas y adquirir bienes. La razón de ello se encuentra en el propio negocio jurídico constitutivo, cuya causa es la reducción de un colectivo a la unidad para el logro de especiales fines. El ordenamiento jurídico respeta esta finalidad, la reconoce, la reputa válida y la hace respetar.

2.5.4. Eficacia de oponibilidad

La eficacia de publicidad-oponibilidad se comprende cuando se distinguen dos planos: primero, el hecho jurídico, que existe y es válido; segundo, la publicidad de ese hecho. En el caso de las inscripciones con efecto declarativo, que son la mayoría en el Registro de Personas Jurídicas, la diferencia de planos es evidente: el hecho jurídico existe y es válido sin necesidad de inscripción (por ejemplo: el otorgamiento de un poder)¹⁰⁹², pero otra cosa es la publicidad de ese hecho -que antes ya era un “ser”-, lo cual conlleva determinados efectos o consecuencias jurídicas. En buena cuenta, el efecto de oponibilidad tiene dos facetas: la inscripción del hecho incide sobre cualquier tercero, pues se entiende que este lo conoce; por su parte, la falta de inscripción del hecho implica que este no es conocido por el tercero, ante lo cual le es inoponible.

La inscripción conlleva que los terceros conocen el hecho jurídico, sin que sea relevante la verificación, o no, del registro (art. 2012 CC). Esta regla permite que las personas jurídicas opongan un hecho jurídico a cualquiera por el solo mérito de inscribir un hecho interno suyo, lo cual le favorece ampliamente en su actuación en el tráfico. Por tal motivo, se dice que la inscripción beneficia al sujeto que inscribe, en este caso a la entidad; por el contrario, el tercero queda perjudicado por un riguroso régimen de oponibilidad absoluta. Esta presunción de conocimiento, que no admite pacto en contrario (“conocimiento legal”), constituye un efecto especialmente inflexible, porque establece una ficción que perjudica al tercero. La publicidad no crea el hecho jurídico, el cual existe y es válido por sí mismo; en tal sentido, una

1092 “Por regla general, la inscripción no añade al acto inscrito nada respecto de su eficacia jurídica. Así, la revocación de un poder surte todos sus efectos entre el mandante y el mandatario, una vez comunicada la revocación al apoderado; sin que su inscripción en el Registro Mercantil constituya requisito de su eficacia. Por tal razón se habla en tales casos de eficacia puramente declarativa de la inscripción”: De Eizaguirre, J. (1999), p. 227.

excepción de la publicidad positiva se presentará cuando el tercero pretenda ampararse en un hecho no-inscrito que enerve o mediatice los efectos de lo inscrito y, por tanto, lo favorezca. Nótese que la inscripción favorece a la persona jurídica por cuanto dispensa a esta de cualquier otra prueba respecto al conocimiento general de un hecho, empero, el tercero puede probar (lo que en la práctica puede ser muy difícil) que un hecho no-inscrito, existe. Así, se deduce de los principios que informan la eficacia declarativa de la inscripción, por cuanto la existencia del hecho jurídico puede oponer en contra de la persona jurídica.

Por el contrario, cuando un hecho jurídico otorgado por la persona jurídica, no se inscribe, entonces resulta inoponible frente al tercero, por lo cual es como si el hecho no existiera para él, por lo que se dice que la falta de inscripción beneficia al tercero, quien reputa no existente el acto no-inscrito, y perjudica al sujeto que debió inscribir, pero no lo hizo, que es la persona jurídica. En suma, la ausencia de inscripción protege al tercero de buena fe frente a divergencias de la realidad respecto de la situación legal normal (cuando la ley señala esa condición) o protege al mismo frente a las divergencias de la situación voluntaria precedente (cuando hay un acto inscrito cuya modificación no se registró)¹⁰⁹³. Este principio tiene excepciones. En efecto, la doctrina mayoritaria considera que el tercero que invoca la inoponibilidad del acto no inscrito debe contar con buena fe, esto es, no basta que alegue la falta de inscripción, pues, además, tiene que desconocer la existencia del acto no inscrito. Evidentemente, la carga de la prueba recae en el sujeto que pretende negar la buena fe, que en este caso sería el sujeto inscrito. Por tanto, la inoponibilidad no opera si se prueba que el tercero conoce el acto no inscrito, por cuanto se le imputa mala fe.

2.5.5. Eficacia de fe pública registral. ¿Existe?

La publicidad-oponibilidad supone que el hecho jurídico existe y es válido, por tanto, solo se discute las consecuencias de la inscripción o la falta de ella; sin embargo, un tema distinto se presenta cuando la inscripción es irregular o indebida, es decir no debió realizarse, por cuanto el hecho es inexistente o inválido, sin embargo la inscripción ha sido efectuada. Aquí no

1093 Ibid., p. 238.

está en debate la inscripción, sino la circunstancia de que esa inscripción no debió realizarse por inexistencia o invalidez del hecho jurídico.

Vamos a poner un ejemplo para aclarar en forma definitiva la distinción: la persona jurídica A otorga un poder y lo inscribe, luego revoca el poder, pero no lo inscribe, el tercero B cuenta con la situación previa inscrita del poder, y no le afecta la revocatoria oculta; aquí, entra en juego la falta de inscripción del hecho jurídico que es inoponible frente al tercero (efecto declarativo de la publicidad, o la falta de ella, pero siempre referido a un hecho jurídico válido). Un tema distinto se presenta si el poder otorgado por la entidad A en favor del apoderado, y que se inscribe, en realidad se encuentra afectado por alguna causal de nulidad absoluta; en tal caso, el problema no se encuentra en la inscripción o falta de inscripción del hecho, sino en el hecho mismo, ya que este es inexistente o simplemente es nulo, y en consecuencia no debe producir efectos. Este caso se resuelve de acuerdo con las reglas adoptadas por cada ordenamiento nacional respecto de la fe pública, pues si el legislador lo rechaza, entonces A se libera de la ejecución del poder en cuanto aduce eficazmente la nulidad, mientras que B no tiene ninguna protección por creer en el registro. Por el contrario, si la ley establece este principio, entonces A no pueda liberarse y B queda protegido por virtud de su confianza en el registro, aun cuando este sea inexacto por contener un hecho nulo (efecto de fe pública de la publicidad referido a un hecho jurídico inválido). Es evidente que la decisión de política legislativa que se adopte no depende de la simple discrecionalidad, sino que normalmente debe estar sustentada en la organización misma del registro y en los presupuestos técnicos bajo los cuales este opera. En otras palabras, si un registro se apoya, por ejemplo, en solo declaraciones juradas sin autenticidad o sin calificación mínima de legalidad respecto de los actos y documentos que pretenden su inscripción, entonces difícilmente podría suponerse que el contenido del registro sea exacto.

En nuestro ordenamiento no existe una norma que consagre el principio de fe pública registral en el ámbito de las personas jurídicas distintas a las sociedades, pues el art. 2014 CC opera solo en el ámbito de los registros de bienes, y, parece difícil la analogía con la LGS, que lo permite en algunas hipótesis de las sociedades capitalistas, pero no en las personalistas (arts.

34 a 36 LGS). Por tanto, en el ámbito de las personas jurídicas civiles no rige el principio de fe pública, por lo que la nulidad del hecho jurídico inscrito perjudica al tercero.

Para terminar este punto vale la pena adelantarse a dos argumentos que seguramente se pretenderán utilizar en contra de nuestra postura.

El primero, referido a que la demanda de nulidad de acuerdos debe considerarse inscribible, y si ello es así, entonces algún efecto debe surtir en los terceros. Aquí, hay un equívoco de perspectiva: la fe pública protege al tercero de buena fe frente a la nulidad del acto inscrito; por tanto, se trata de una institución en beneficio de terceros, cuando el ordenamiento así lo reconoce. En caso contrario, si no hay fe pública, igual puede producir otros efectos, como el de oponibilidad (art. 2012 CC), mientras que la anotación de demanda evita engaños o fraudes. Por tanto, en caso de nulidad absoluta, es cierto que dicha invalidez se opone igual a los terceros como consecuencia de la falta de protección, por lo que la anotación de la demanda de nulidad no tiene eficacia específica; sin embargo, el registro también pretende que toda la realidad jurídica de alguna manera relevante sea publicada; por lo demás, de esa manera se evitará que la persona jurídica pueda ser imputada de responsabilidad civil por haber tolerado una apariencia que ocasiona un engaño en el tercero.

El segundo argumento, nacido del art. 3-c) de la Ley 26366, por cuya virtud, una de las garantías del Sistema de Registros Públicos es la “seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del registro”, determina que un sector considere que esta norma tutela la fe pública, sin embargo, la citada disposición no señala cuál es el efecto concreto que reciben los que se amparan en el registro, de tal suerte que puede tratarse de una eficacia constitutiva, declarativa, probatoria, fe pública, convalidante del propio acto nulo, etc. ¿A cuál de ellas se refiere el art. 3-c)? La respuesta es que no se refiere a ninguna, por lo que mal puede sostenerse que se trate de fe pública, cuando la norma no lo indica, y esta se limita a señalar un efecto jurídico, sin precisión, por lo que es evidente se trata de una norma en blanco que requiere ser integrada con los preceptos concretos que regulan los efectos de la publicidad en cada registro, pues de ella solamente se puede extraer como consecuencia que el Sistema de Registros Públicos

comprende registros jurídicos, en los cuales siempre existe una consecuencia protectora para ciertos terceros, pero ¿cuál es esa consecuencia?, pues eso no lo dice y hay que recurrir a las normas específicas referidas a cada uno de los registros.

2.5.6. Conflicto entre registro y apariencia

Por último, en doctrina se habla de tutela de la apariencia para determinados eventos, y la ley misma regula una serie de hipótesis en ese sentido, tales como el del acreedor aparente (art. 1225 CC), el heredero aparente (art. 665 CC), entre otras. Si el registro coincide con la apariencia, entonces no habrá problemas y la oponibilidad surtirá eficacia plena. Sin embargo, la patología se presenta cuando la situación aparente es contradictoria con el registro. Por ejemplo, la cooperativa X tiene inscrito como apoderado a B, mientras que C se presenta como gerente, y para ello tiene disponibilidad física de las viviendas en venta, entrega tarjetas con su condición, recibe dinero y firma los comprobantes con sello de gerente en papel membreteado de la sociedad, tiene disponibilidad de entrada y salida del domicilio de la sociedad, las secretarías lo saludan como gerente, etc.; sin embargo, C no está inscrito como tal. ¿Quién vence? ¿La inscripción o la apariencia? La solución facilista es optar por la inscripción, y sostener que el apoderado inscrito es B, por lo que la actuación de C corresponde a la de un falso procurador que no obliga a la cooperativa; empero, llama la atención que una situación tan notoria y que se presta a engaños frente a terceros que confían en la apariencia, no pueda ser objeto de tutela alguna, máxime cuando la propia sociedad fue la que permitió la actuación engañosa de C, y ahora pretende negarlo e ir contra sus propios actos.

En este punto, la doctrina más moderna opina a favor de tutelar la apariencia en determinados casos, incluso cuando se encuentre en contradicción con el registro. Para el derecho español, Gómez Segade señala que: “al margen de las normas de publicidad registral, cabría que el tercero demostrase que, actuando con la debida diligencia, ha confiado en circunstancias y hechos claros discordantes con los que han sido objeto de publicidad legal”¹⁰⁹⁴. Igualmente, en el derecho alemán, y según la corriente mayoritaria

1094 Cit. Farías, M. (1998), p. 928.

de ese país, Karsten Schmidt opina que: “quien provoca o mantiene una apariencia jurídica que es más fuerte que la publicidad registral, queda sometido a la responsabilidad derivada de la confianza en dicha apariencia”¹⁰⁹⁵.

En nuestro ordenamiento existen varias hipótesis normativas en las que se reconoce y protege la apariencia en el tráfico jurídico¹⁰⁹⁶, en contra del registro. Los casos que se pueden aplicar a las personas jurídicas son los siguientes: a) El apoderado general notorio es aquel que se entiende facultado para obligar al poderdante en las operaciones ordinarias, aunque no cuente con poder alguno, y menos con inscripción. En tal caso, la persona jurídica no podrá alegar simplemente que el apoderado es otra persona (oponibilidad absoluta), ya que la apariencia notoria genera confianza social en los terceros, la que no puede ser defraudada. Para tal efecto, basta revisar el art. 280 CCom, aplicable en forma extensiva en las actividades de tráfico mercantil que lleven a cabo las personas jurídicas civiles; b) El apoderado específico notorio (165 CC), que se refiere solo a la actuación de los dependientes al momento de realizar operaciones ordinarias en un local abierto al público, por lo que se trata de un apoderamiento específico para realizar los actos concretos que son propios de un establecimiento que atiende directamente a los compradores o usuarios, y celebra negocios de ejecución inmediata con ellos. Esta regla debe entenderse como imperativa y el registro no puede derogar este mecanismo especial de protección del tráfico, salvo que se cese en la función al dependiente, y con ello se haga cesar la declaración tipificada de apoderamiento.

Estas reglas de protección de la apariencia requieren una prueba más complicada que la prueba del hecho inscrito; para esto último bastaría la

1095 Ibidem.

1096 En la doctrina, como Schmidt, K. (1997), p. 411, se menciona los casos en que el empresario mantiene relaciones comerciales duraderas y estables, en el transcurso de las cuales puede haber modificado su responsabilidad, pero la jurisprudencia ha imputado el pago de las deudas al sujeto primigenio, antes de la modificación, cuando ha creado una apariencia susceptible de generar engaño. Por ejemplo: una sociedad colectiva se transforma en sociedad anónima, por lo que las nuevas deudas contraídas deberían estar sujetas a responsabilidad limitada; sin embargo, en casos análogos, los Tribunales Alemanes han imputado responsabilidad individual al ex – socio colectivo que sigue utilizando papelería y efectos propios de su anterior condición jurídica.

certificación del registro; mientras que lo primero requiere de una serie de elementos de prueba que lleven al convencimiento del juez en cuatro ámbitos: i) que la persona jurídica ha producido una situación de hecho notoria (hecho aparente)¹⁰⁹⁷, ii) que ese hecho es imputable a la persona jurídica, de alguna manera (culpa) y, iii) que ese hecho tiene la virtualidad de producir un engaño en el tercero que confía en esa apariencia (error excusable), y que por tanto actúa de buena fe; iv) La existencia de un acto del tercero que resulte digno de protección, específicamente un negocio oneroso¹⁰⁹⁸. Ya la jurisprudencia determinará si la doctrina de tutela de la apariencia puede aplicarse a otras hipótesis distintas.

2.6. Principios apócrifos

Los principios apócrifos, o falsos, en el registro de personas jurídicas son el de tracto sucesivo y prioridad.

2.6.1. Tracto sucesivo

El principio de tracto sucesivo presupone la concatenación causal o cadena registral de actos derivativos, en los cuales uno es el antecedente del otro, y así sucesivamente (art. 2015 CC). En tal sentido, es fácil advertir que la idea de tracto sucesivo no se aplica en los registros de personas, por la sencilla razón de que en estos no se inscriben transferencias de derechos en sucesión derivativa, esto es, en los que uno sea la causa del otro. Por el contrario, en los registros personales se inscriben hechos jurídicos, diversos, aislados entre sí, en los que no hay implicación entre ellos. Por tanto, la idea de tracto queda eliminada. La mejor doctrina señala con claridad que en los registros personales no se inscriben cosas y derechos reales, sino personas

1097 Rojo, Á. (1999), T. I, p. 217.

1098 Canaris señala los siguientes elementos: a) El supuesto base de la confianza (*Vertrauensstatbestand*) que constituye un hecho notorio que sirve de base objetiva a la apariencia; b) el tercero debe contar con buena fe, ya sea falta de conocimiento de la verdadera situación jurídica, o exigir, además, la diligencia en la comprobación; c) la confianza debe dar lugar a un acto de tráfico (oneroso); d) imputabilidad al titular de causar el supuesto base de la confianza: De Eizaguirre, J. (1999), pp. 231-232.

y hechos jurídicos que normalmente no derivan entre sí, por lo que el tracto carece de aplicación práctica¹⁰⁹⁹.

No obstante, la influencia de los principios y reglas del derecho registral inmobiliario ha dado lugar a la expansión indebida de las mismas instituciones en otros registros. Esta opción, francamente equivocada, se advierte en el Derecho español, cuyo art. 11 del Reglamento del Registro Mercantil reconoce la existencia de tres hipótesis en las cuales se aplicaría el tracto: i) Para la inscripción de actos o contratos relativos a un sujeto inscribible, será precisa la previa inscripción del sujeto; ii) Para la inscripción de actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad, será precisa la previa inscripción de estos; iii) Para la inscripción de actos o contratos otorgados por apoderados o administradores, será precisa la previa inscripción de éstos.

Por nuestra parte, haremos un análisis de cada uno de estos supuestos, con el fin de rechazar la presencia del tracto sucesivo.

La primera hipótesis no es un problema de tracto, sino del principio de especialidad. En efecto, el tracto implica que todas las inscripciones se agrupan dentro de una hoja organizada sobre la base de una cosa o bien. Nótese que el tracto se presenta cuando la hoja registral (partida) ya está abierta, por lo que es menester agrupar en ella las inscripciones de forma ordenada, regular y sucesiva en cuanto a la transmisión y adquisición de los derechos; en cambio, antes de que se abra la hoja, ni siquiera es concebible la discusión del tracto, por lo que en ese momento solo se encuentra en juego el principio de especialidad. Tracto y especialidad son temas distintos, conforme se comprueba con un sencillo ejemplo: en el registro inmobiliario, en donde sí existe tracto, la falta de inscripción del transmitente hace que no pueda inscribirse el adquirente. En cambio, la falta de matriculación del predio hace que no exista hoja registral (especialidad), pero ello no tiene relación con el tracto, pues ni siquiera existe una inscripción sobre la que

1099 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 67.

Modernamente se ha dicho sobre el tracto sucesivo: "cabe dudar de su efectiva utilidad en un registro de base personal como el Registro Mercantil. Nos hallamos, probablemente, ante una muestra de mimetismo respecto del Registro inmobiliario": De Eizaguirre, J. (1999), p. 220.

pueda concatenarse. En consecuencia, en este caso, no existe el presupuesto del tracto, esto es, el requisito *sine qua non* para su operatividad.

La segunda hipótesis conlleva una situación más comprometida para el intérprete, pues no resulta lógico admitir que un segundo aumento de capital, por ejemplo, se pueda inscribir sin que se haga lo propio con el primero, o que una sustitución de poder se realice sin la primigenia inscripción del poder. Si bien es correcta la exigencia de inscribir el acto originario, sin embargo, ello no significa la presencia del tracto sucesivo. La razón es muy simple: este principio solo juega en caso de transmisiones derivativas de derechos, lo que no ocurre en ninguno de estos ejemplos. En realidad, aquí se presenta el tema de complementariedad de inscripciones, por la cual un hecho primario (A) es modificado por un hecho secundario (B), lo que da lugar necesariamente a un hecho complejo (A + B). En tales casos, es evidente que no puede desarmarse el hecho jurídico mediante la inscripción de solo una parte (B), por lo que se hace imperativo el requerimiento de inscripción de todo el hecho (A + B). Nótese la gran diferencia que existe entre el **hecho complejo**, que reclama la publicidad de todo él, y que da lugar a inscripciones complementarias, con relación al **hecho derivado**, en donde una inscripción es distinta de la otra (ejemplo: dos ventas sucesivas), aunque ellas terminen conformando una cadena de transmisión y adquisición de derechos.

La tercera hipótesis, referida a la inscripción previa de los administradores antes de registrar los actos de disposición¹¹⁰⁰, constituye un tema largamente debatido. Sobre el particular, debe indicarse que no es correcto atribuir una eficacia limitada al poder no-inscrito, pues debe recordarse que el objeto del apoderamiento es permitir que el representante celebre nego-

1100 A pesar de que en España existe una disposición que exige la previa inscripción, como hipótesis de tracto sucesivo, lo que no ocurre en nuestro país, sin embargo, la doctrina no está de acuerdo con su encuadre dogmático. Por ejemplo, Manuel Olivencia considera que se trata de un simple problema de calificación, pues el registrador debe verificar el orden formal de las inscripciones, en tanto no consten las facultades del otorgante: Cit. Casado, P. (2002), p. 238. Por su parte, Serrera, P. (2003), p. 2768, reconoce que aquí está en juego el llamado principio de legalidad, pero luego en forma equívoca considera que esto también es una manifestación del tracto. En nuestra opinión, el tema ha recibido un erróneo tratamiento, conforme se explica en el texto principal.

cios o actos jurídicos con terceras personas. La finalidad de la representación es facilitar al *dominus negotii* (poderdante) relacionarse jurídicamente con los terceros, ampliando de esta manera su círculo de intereses patrimoniales y personales. Por tanto, resulta impensable concebir un poder que no surta efectos frente a terceros, pues la representación, por naturaleza, se encuentra dirigida a ellos. Por tanto, un acto de disposición puede otorgarse con poder inscrito o sin inscripción; en el primer caso, el registrador de bienes simplemente tiene por válido y existente el poder, sin calificar estos aspectos, pero sí entra a examinar la suficiencia y subsistencia del poder; por el contrario, si el acto de apoderamiento no está inscrito, entonces el registrador de bienes deberá examinar el poder en todos los otros aspectos, por lo que su calificación versará sobre la existencia, validez, suficiencia y subsistencia del apoderamiento con relación al acto dispositivo.

2.6.2. Prioridad

Por otro lado, el tema de la prioridad en los registros personales ha merecido serias e interesantes reflexiones por la doctrina del Derecho mercantil. Por ejemplo, Garrigues sostuvo que la mayoría de las inscripciones en el Registro Mercantil no determinan ningún orden de preferencia, precisamente porque no se inscriben derechos sino hechos jurídicos internos de la propia sociedad, y rara vez se produce conflicto entre posiciones jurídicas contradictorias¹¹⁰¹. En este mismo sentido, se dice que el Registro Mercantil es un registro de documentos en los que solo se recogen hechos de la sociedad, y por lo que no puede haber prioridad entre ellos¹¹⁰². Sin embargo, algunos autores han pretendido señalar que la prioridad, en el ámbito mercantil, no puede operar con el carácter de preferencia, ya que esto únicamente se produce en el ámbito de los derechos reales constituidos sobre un mismo bien, por lo que, en los registros personales, este principio debe ser redimensionado, y en todo caso, cuenta con poca importancia¹¹⁰³. En tal sentido, se dice que la prioridad solamente tiene una aplicación “práctica” o carácter “formal”, con lo que se intenta justificar algunos casos en los que, aparen-

1101 Esturillo, A. (1992), p. 324.

1102 Nuñez Lagos, R. (1948), p. 74.

1103 Esturillo, A. (1992), p. 325.

temente, la prioridad tiene algún lugar. Así, por ejemplo, el rechazo de los títulos incompatibles respecto de una situación previamente inscrita¹¹⁰⁴.

Luego de analizada la cuestión, debe concluirse que el principio de prioridad no opera en los registros personales. En efecto, no existen dudas que la prioridad implica un criterio de preferencia de derechos compatibles, en el cual se toma como base la antigüedad de la inscripción (art. 2016 CC); por tanto, si en el registro no se inscriben derechos que concurren sobre un mismo bien, entonces la consecuencia lógica es que dicho principio no cumple función alguna. Además, el hecho de afirmar que este es un principio "formal" constituye ya una negación de su existencia, por cuanto la prioridad en su real concepto siempre es un mecanismo sustantivo, y no formal, destinado a dilucidar la prelación de derechos concurrentes sobre una entidad objetiva.

Por lo demás, es frecuente asumir que la llamada "prioridad" formal que deriva del asiento de presentación, es un caso de prioridad aplicado a los registros personales. Sin embargo, esta hipótesis se refiere, en realidad, a la inscripción y su eficacia temporal. En otras palabras, ¿desde cuándo produce eficacia la inscripción? En tal sentido, se dice que la inscripción obtiene "prioridad" desde la fecha del asiento de presentación del título, empero, debe rechazarse la aplicación anti-técnica del concepto de prioridad. En efecto, la presentación del título constituye el inicio de la eficacia temporal de la inscripción, esto es, constituye el hecho concreto a partir del cual (momento en el tiempo) se considera que el asiento de inscripción produce sus efectos formales y sustantivos. Por tanto, la presentación del título no es causa de la prioridad, solamente, sino de todas las consecuencias positivas, y hasta las negativas, que produce la inscripción, lo que incluye, también, el inicio de los efectos de la fe pública o la legitimación, por ejemplo. En tal sentido, el asiento de presentación está relacionado con la eficacia temporal de la inscripción en su conjunto, y no solo con la prioridad. Por tal motivo, debe concluirse que la llamada "prioridad formal" no es prioridad.

En conclusión, no se puede forzar la interpretación de los preceptos y reglas técnicas del registro inmobiliario a efecto de hacerlas calzar con el

1104 Casado, P. (2002), p. 215.

mundo de las personas jurídicas. Por tanto, la solución que se impone es descartar la prioridad.

3. REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS, EN ESPECIAL

El presente rubro hace un estudio del registro, pero en función del tipo particular de persona jurídica, pues, obviamente, cada una de ellas tiene sus particularidades

3.1. Asociaciones civiles

3.1.1. Definición

La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo (art. 80 CC). En tal sentido, la asociación es una entidad permanente que admite una gran variedad de fines, siempre que se encuentre alejada del carácter económico. Por tanto, dentro de esta figura se encuentran las organizaciones dirigidas a un fin egoísta, por así decirlo, en tanto interesa solo a los propios socios (ejemplo: club deportivo), o de fin cultural (por ejemplo: dotar de biblioteca a la comunidad), de apoyo asistencial (ejemplo: clínica para pobres), de interés científico (ejemplo: club astronómico), o incluso de interés o relevancia pública.

Por su parte, en el ámbito de las asociaciones religiosas, el art. 81, 2º párrafo CC, establece que el régimen interno se regula de acuerdo con el estatuto aprobado por la correspondiente autoridad eclesiástica. Así, lo reconoce el Concordato celebrado entre el Perú y la Santa Sede, aprobado por D. Ley 23211 del 25.07.1980. La norma tiene solo una interpretación viable: la aprobación de la autoridad eclesiástica viene exigida exclusivamente cuando se trata de organizaciones que se ubican dentro de la estructura jerárquica de la Iglesia Católica, lo que se deduce del mismo Concordato, así como del derecho fundamental de libre asociación que comprende la posibilidad de organizarse para cualquier fin, incluso de tipo religioso, pues lo contrario implicaría la necesidad de una autorización previa no permitida por la Constitución. Esta postura fue expuesta hace tiempo por el profesor Javier De Belaúnde, y debe ser compartida. El Tribunal Registral también asumió esta línea interpretativa en una decisión cuya sumilla es la siguiente: “No

se requiere la autorización previa de la autoridad eclesiástica cuando se modifica el estatuto de una asociación civil entre cuyos fines se encuentra la difusión de la fe católica, cuando su organización y estructura guardan concordancia con las normas del Código Civil" (RTR N° 736-2005-SUNARP-TR-L de 29.12.2005).

3.1.2. Acuerdos

Las personas jurídicas se integran por dos o más miembros, por lo que su voluntad se manifiesta mediante acuerdos de los asociados, o por medio de los órganos (canales de decisión) previstos en la ley o en el estatuto. Sin embargo, esos acuerdos no requieren de unanimidad, pues ello podría traer como consecuencia la parálisis, mediante el veto del grupo minoritario.

La voluntad de la persona jurídica se manifiesta mediante un procedimiento que asegure los principios de transparencia, igualdad y legalidad, para cuyo efecto se requiere los siguientes actos: a) convocatoria del órgano legitimado; b) reunión con el quórum legal o estatutario, es decir, número mínimo de personas para reputar que la sesión es válida; c) acuerdo aprobado con la mayoría legal o estatutaria, esto es, el número mínimo de personas para entender que la decisión es válida.

En cualquiera de los casos, y para fines de formalidad y autenticidad, los acuerdos deberán constar en libros de actas, que se hayan abierto y legalizado por iniciativa del representante legal.

3.1.3. Libros de actas

Los libros de actas constituyen el documento privado en el que se asientan los acuerdos de los órganos colegiados de las personas jurídicas (junta de accionistas, junta de socios, asamblea de socios, directorio, consejo directivo, etc.). La naturaleza privada del libro se debe a que la ley considera que la propia entidad sea la encargada de la gestión interna de sus documentos, bajo la premisa que los únicos interesados en tal actividad son los socios o asociados, por tanto, no es necesaria, ni conveniente, teóricamente, la injerencia externa. Sin embargo, algunos de los actos de las personas jurídicas tienen relevancia para los terceros (modificaciones de estatutos, apoderamientos, sucursales, fusiones, reorganizaciones, etc.), por lo cual, la copia certificada del libro de actas, o la escritura pública, basada

en el mismo libro, constituyen título inscribible en el registro. Nótese que, en este caso, un simple documento privado, delegado a la propia entidad, tiene la virtualidad de permitir una inscripción, con el natural efecto legitimador (art. 2013 CC), lo que significa una incongruencia entre el antecedente (documento sin certeza) y el consecuente (documento legitimado), que solo puede justificarse por un análisis costo-beneficio, en tanto se simplifica y abarata la gestión documentaria de las organizaciones, pues no existe la necesidad de certificar cada una de las asambleas que realizan los socios, empero, aumenta el riesgo de fraudes.

El CCom 1902 introdujo el sistema del libro privado de actas, que obviamente permitía la manipulación fraudulenta, pero el ambiente de moralidad que regía las relaciones jurídicas de la época impidió que tal mecanismo, simplificado en extremo, constituyese un problema. No obstante, la situación es distinta en la actualidad, cuando nuestro país enfrenta mafias destinadas a la apropiación de bienes ajenos mediante la falsificación documental. En tal contexto, se han establecido los siguientes mecanismos de garantía para atajar el problema:

- a) Los libros se certifican ante notario¹¹⁰⁵ (en teoría, también, ante el juez de paz letrado o ante la propia SUNAT, pero nunca se expidió la norma reglamentaria, por lo que en la práctica no cabe tal posibilidad), para lo cual se extiende en la primera foja una diligencia con la indicación del nombre, denominación o razón social de la entidad objeto del libro, número del libro, número de fojas de que consta, día y lugar en que se otorga; sello y firma del notario. Además, todas las fojas llevarán sello notarial (artículo 113 LN). Mediante esta diligencia, se logra la unificación física de los folios, identificándose la persona titular; con lo cual se busca evitar ma-

1105 La certificación notarial de la apertura de libros se justifica por los siguientes motivos:

- i. Vincular el libro con una determinada persona natural o jurídica, de tal suerte que el contenido del libro constituya prueba en contra de su titular (art. 48 CCom).
- ii. Dotar de fecha cierta la diligencia de apertura del libro (art. 97 LN), lo que tiene importancia para efectos fiscales. Por ejemplo: multas por apertura de libros contables fuera del plazo legal, pérdida del crédito fiscal por no contar con la legalización de la apertura del libro de compras, etc.
- iii. Verificar que el libro se encuentra en blanco al momento de la legalización.

nipulaciones y/o sustituciones de hojas, o cambios en el orden de ellas. Actualmente, ha dejado de exigirse que las fojas se unifiquen materialmente mediante libros encuadernados (conforme lo dispone el artículo 36 CCom), por lo que los los libros pueden formarse también mediante hojas movibles, facilitando que su redacción se efectúe a través de sistemas mecánicos o informáticos de escritura. Así, una vez que se encuentren debidamente numerados y sellados cada una de las hojas movibles, mediante la diligencia de legalización de apertura de hojas sueltas, se logra el mismo efecto de seguridad que en el sistema de libros encuadernados¹¹⁰⁶.

- b) Los libros de actas se certifican ante el notario del lugar del domicilio de la sociedad, lo que constituye una exigencia de seriedad de la diligencia, para evitar la legalización mediante funcionarios por conveniencia, normalmente ubicados en zonas alejadas.
- c) El notario debe llevar un registro cronológico interno de legalización de apertura de libros y hojas sueltas, con la indicación del número correlativo, nombre del titular y registro de contribuyente, objeto y número del libro, y fecha de legalización (art. 114 LN y disposiciones complementarias dictadas por la SUNAT). Esta información es objeto de la declaración anual de notarios, por lo cual, se comunican todas las legalizaciones de apertura de libros a la administración tributaria, entre otros actos.
- d) Las actas que constan en el libro permiten fundar una inscripción, sin necesidad de autenticación de la asamblea o de las firmas de todos los partícipes. Esta poderosa eficacia que tiene el libro, que se convierte en prueba que perjudica a la sociedad o persona titular, exige que haya algún mecanismo de garantía sobre su au-

1106 "La realidad es que la diligencia a la que están sometidos los libros de los empresarios no sólo sirve para unir los diversos folios que puedan ocupar los distintos documentos, permitiendo así imputar a su autor todas y cada una de sus partes. También sirve, una vez que los documentos están allí extendidos, para que ni siquiera su autor pueda introducir modificaciones en ellos. Las actas extendidas en folios sueltos, no diligenciados, pueden ser destruidos por el presidente y el secretario; y sustituidas por otras sin que de ello quede ningún rastro, cosa que resulta imposible una vez extendidas en un libro diligenciado encuadernado o de folios móviles": Paternotte, A. (1994), p. 234.

tenticidad, razón por la que se impone que el notario controle al sujeto que solicita la certificación, que debe ser la misma persona natural, su apoderado o representante legal; en caso de persona jurídica, el apoderado o representante legal. Por tanto, cuando se trate de libro de actas, matrícula de acciones y padrón de socios, a través de los cuales se puede facilitar la celebración de actos de disposición¹¹⁰⁷, el notario deberá llevar a cabo las siguientes acciones de control: i) identificar al solicitante con las rigurosas exigencias del art. 55, modificado por D.L. 1232¹¹⁰⁸; ii) constatar su apoderamiento o representación legal, tanto en la suficiencia, como en la subsistencia del poder (art. 116 LN, modificado por D.L. 1232)

- e) La apertura de un segundo o sucesivo libro de actas requiere que el interesado acredite el hecho de haberse concluido el libro anterior, o que se presente la certificación que demuestre en forma fehaciente la pérdida (artículo 115, primer párrafo LN). Esta nor-

1107 En cambio, tratándose de libros contables, en los que simplemente se llevan las cuentas de la sociedad, pero que no permiten la celebración de actos jurídicos, entonces el control se relaja, en tanto no se requiere efectuar la verificación de identidad, prevista en el art. 55 LN, modificado por D.L. 1232, por tanto, bastará una carta firmada por el apoderado o representante legal en la que solicite la certificación de apertura de dichos libros.

1108 El notario habrá de cumplir los siguientes lineamientos:

- i. Cuando el distrito donde se ubica el notario tenga acceso al internet, entonces el notario exigirá el documento de identidad de los otorgantes o intervinientes, pero también efectuará la comparación biométrica de las huellas dactilares mediante el servicio brindado por el RENIEC.
- ii. Cuando no se tenga acceso al internet, por causa extraña al notario, este exigirá el documento de identidad y la consulta en línea para la verificación de datos e imágenes con el RENIEC, para lo cual podrá requerir la colaboración de su Colegio. Adicionalmente el notario podrá recurrir adicionalmente a otros documentos o a los testigos de identidad.
- iii. En caso de extranjeros, residentes en el país o no, podrá exigir carné de extranjería o pasaporte, y además accederá a la base de datos del registro de la Superintendencia Nacional de Migraciones, pero tal posibilidad aún no está implementada, por tanto, el notario deberá requerir, por seguridad, otros documentos y/o la intervención de testigos de identidad.
- iv. Excepcionalmente, y por razones justificadas (ejemplo: conocimiento directo de la persona, pérdida de documentos, huellas dactilares ilegibles, etc.), el notario podrá dar fe de conocimiento o de identidad, sin necesidad del control biométrico o de la revisión de datos en RENIEC. En estos casos, el notario es automáticamente responsable cuando exista suplantación de identidad.

ma se justifica, pues trata de impedir que se legalicen varios libros para una misma sociedad o persona jurídica, lo que alienta fraudes y engaños; o peor todavía, que se legalicen libros por parte de personas sin interés legítimo. Sobre el particular, resulta evidente que la pérdida del libro se acredita solamente con la denuncia policial respectiva, en tanto no existe ningún otro medio idóneo, salvo que se exija una prueba más rigurosa, que probablemente evitaría muchos fraudes, pero que en la mayoría de los casos entraría peligrosamente el tráfico. En la actualidad, se requiere además la presentación ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), de la comunicación que informe la pérdida, cuyo plazo es de quince días útiles desde la ocurrencia del hecho, con la necesaria indicación del libro extraviado, número y funcionario que lo legalizó. No obstante, tales previsiones no fueron suficientes para impedir los constantes fraudes, por lo cual el D.L. 1232 incorporó un segundo párrafo al art. 115 LN: *“Tratándose de la pérdida del libro de actas de una persona jurídica, se deberá presentar el acta de sesión del órgano colegiado de administración o el acta de la junta o asamblea general, en hojas simples, donde se informe de la pérdida del libro, con la certificación notarial de la firma de cada interviniente en el acuerdo, debiendo el notario verificar la autenticidad de las firmas”*. Es decir, hoy, la pérdida del libro de actas¹¹⁰⁹ conlleva que la persona jurídica deba convocar una sesión de órgano de administración, y si no lo hubiese, de la junta o asamblea general, con el fin de poner en conocimiento ese hecho, y si bien la norma no lo indica, evidentemente se requerirá que el órgano adopte el acuerdo de autorizar la certificación del nuevo libro, pero con la seguridad adicional de que el notario tendrá que certificar la firma de todos los partícipes en el acuerdo.

- f) En caso de actas que contengan actos de disposición o gravamen de bienes, u otorgamiento de facultades de disposición o grava-

1109 Lamentablemente el art. 115 reformado solo se refiere a los “libros de actas”, cuando en realidad también debió incluir los casos de pérdida o extravío de libro matrícula de acciones y padrón de socios.

men, el gerente general o presidente del consejo directivo inscrito tendrá que certificar que los partícipes en la reunión y sus firmas corresponden con la realidad, y, tal constancia tendrá que ser objeto de certificación de firma por notario (D.S. 006-2013-JUS).

En general, la reforma del D.L. 1232 sobre libro de actas constituye una medida, tal vez exagerada, pero que busca poner fin a este tipo de fraudes, con el agregado de la responsabilidad disciplinaria del notario en caso de incumplimiento.

3.1.4. Impugnación de acuerdos

a) Impugnación y Nulidad

El art. 92 CC regula la impugnación de los acuerdos colegiales adoptados por las asociaciones civiles, cuyo régimen jurídico tiene dos características principales: i) restricción de los sujetos legitimados para impugnar (asociados no asistentes, privados ilegítimamente de ejercer el voto o asistentes que votaron en contra con reserva); ii) brevedad del plazo de reclamación (caducidad a los 60 días desde el acuerdo, o 30 días desde la inscripción).

Sin embargo, la norma no establece el vicio, defecto o irregularidad que se corresponde con la impugnación. En términos generales, el sistema jurídico establece que los actos voluntarios celebrados por los particulares (compraventa, poderes, testamentos) deben cumplir ciertos requisitos para ser reconocidos, tales como voluntad libre, seria y exenta de vicios, objeto posible, fin lícito y concordancia con el ordenamiento, por lo que, cuando ello no ocurre, el sistema reacciona para desconocer tales actos la figura de la nulidad, cuyas causales están previstas en el art. 219 CC. Sin embargo, el art. 92, sobre impugnación, no es tan claro respecto a hipótesis que incluye, por tanto, sobre el tema se han planteado dos posiciones contrapuestas.

La primera de ellas sostiene que, en el caso de las asociaciones civiles, las causales de nulidad y anulabilidad se integran dentro del mecanismo de la impugnación, bajo la idea de que el legislador habría optado por la seguridad jurídica al reducir el plazo de impugnación y de los sujetos legitimados para plantearla. En tal sentido, este tipo de “seguridad jurídica” perseguiría convalidar forzosamente todos los vicios, hasta las falsificaciones, con lo cual efectivamente los acuerdos inválidos quedarían inmunizados en pocos

días, pero, ¿a qué costo?, ¿para beneficio de quién?, ¿para proteger qué interés?, es decir, se otorgaría el beneficio de la seguridad, si así puede llamarsele, con la pesada carga de admitir que los actos inexistentes (falsos) pasen a ser auténticos, por lo cual el abuso de la personalidad ajena, la invasión en la identidad del otro, el atentado contra la dignidad humana, que ocurre en todo caso de falsificación, quedaría fácilmente “legalizado”. El fundamento jurídico consiste en que la norma especial (art. 92) prevalece sobre la general (arts. 219 a 220, 2001-1). Por tanto, la primera tesis, sobre el art. 92, se interpreta en el sentido de que todas las causales de nulidad -incluso cuando el acuerdo de asamblea general sea falso- pueden atacarse exclusivamente por medio de la impugnación. Con tal premisa, la caducidad se consumiría a los treinta días desde la inscripción, o a los sesenta días desde la fecha del acuerdo, con la sorprendente consecuencia de que un acto inexistente terminaría convalidándose por el sistema jurídico. El registro se convertiría en una caja mágica que permite multiplicar los panes, o peor aún, sacar cosas de la nada. Por el contrario, la segunda tesis sostiene que la nulidad y anulabilidad son remedios autónomos para atacar vicios del acto, y que no pueden confundirse con la impugnación. La razón dogmática se encontraría en la pura norma; una cosa son los arts. 219 y 221 CC, y otra es el 92.

b) El Quinto Pleno

La Corte Suprema, en un caso muy importante de transferencia de terreno en el que se edificó un centro comercial (Casación N° 2978-2011-Lima, de 02.07.2013)¹¹¹⁰, resolvió la demanda de nulidad de acuerdo, fundada prin-

¹¹¹⁰ El voto en mayoría fue suscrito por los magistrados Valcárcel Saldaña, Cabello Matamala, Calderón Castillo y Cunya Celi. El voto en minoría corresponde a los jueces Huamani Llamas, Ponce de Mier y Castañeda Serrano. Estos lo sustentan, de forma algo confusa, pero lo importante es que, por lo menos, acepta la nulidad de acuerdos colegiales: “5. Este dispositivo legal (art. 92) crea una restricción del derecho de acción única y exclusivamente para los asociados, previendo que los asociados están legitimados para impugnar los acuerdos de la asociación solamente dentro de los plazos especiales fijados por el artículo 92 del Código Civil, sin embargo, ello no impedirá que los terceros formulen pretensión de nulidad de los acuerdos de la asociación al amparo de las normas generales de nulidad del acto jurídico, quienes cuentan con el libre ejercicio de su derecho de acción dentro de los márgenes y plazos que establece el artículo 2001 del Código Civil, quienes pueden solicitar la declaración de invalidez de los acuerdos de la asociación en virtud del derecho de asociación que ostentan”. El argumento es errado, pues la diferencia entre la impugnación y la nulidad no se encuentra en una “restricción del

principalmente en el hecho que algunos asociados no habrían participado en el acuerdo colegial. La sentencia, con una apretada votación de 4-3, resuelve el tema alegando que ya se produjo la caducidad del art. 92 CC, aunque hubiese voluntades inexistentes, por lo que confirma la excepción¹¹¹¹. Un año después, el Quinto Pleno Civil de la Corte Suprema, ahora con el carácter de precedente, volvió a reiterar la misma doctrina, en el sentido que por el estrecho aro de la impugnación, pensado para una astilla de madera, sin embargo, también debe pasar la viga de la invalidez, e incluso de la inexistencia por falsedad, para lo cual emite una extensa sentencia (Casación N° 3189-2012-Lima Norte, de fecha 03/1/2013, publicada el 09/8/2014)¹¹¹², de

derecho de acción”, más o menos arbitraria, sino en la gravedad de los defectos que sufre el acto del acto de voluntad: en la nulidad, se trata de una vulneración a la libertad, licitud y compatibilidad con el ordenamiento, que se vincula con los derechos fundamentales a la dignidad, libertad y autonomía privada; mientras en la impugnación los defectos son meramente patrimoniales o de carácter privado: conflictos de interés y violaciones estatutarias. Por esa razón, la impugnación solo puede plantearse por los asociados, en cuanto los terceros no tienen interés alguno en la pérdida patrimonial que aquellos pudiesen sufrir de modo indirecto, quienes, por tal motivo, son los únicos legitimados para impugnar; en cambio, la nulidad, por tratarse de cuestiones de orden público, pueden plantearla los propios asociados o los terceros. El voto en minoría da a entender que los asociados no pueden pedir la nulidad, pero sí los terceros, por una simple arbitrariedad de la ley, lo que no es aceptable, pues, en realidad, la diferencia de legitimación se debe a la profunda razón antes expresada.

1111 “12.- Que, en consecuencia, el solo hecho que la actora haya invocado como causal de nulidad de los acuerdos que cuestiona las previstas en el artículo 219 del Código Civil no implica que la presente *litis* verse sobre nulidad de acto jurídico, y que por tanto sean de aplicación los plazos de prescripción previstos en el artículo 2001 del Código Civil, pues como se tiene señalado de autos resulta evidente que lo que se impugna es la validez de los acuerdos adoptados por la asamblea general de una asociación civil de personas sin fines de lucro, la misma que conforme a su naturaleza está regida exclusivamente por su estatuto y las normas del Código Civil, siendo por tanto de especial aplicación al presente caso las normas contenidas en el Título II, Sección II del Libro I – Derecho de las Personas del Código Civil vigente; máxime, si se tiene en cuenta que quienes impugnan la validez de dichos acuerdos son los asociados integrantes del actual consejo directivo de la asociación demandante quienes básicamente alegan que la anterior directiva de la asociación civil habría incurrido en irregularidades en convocatoria y en el desarrollo de las tantas veces referida asamblea general de fecha cinco de enero del año dos mil”.

1112 Suscrita por los magistrados Távora Córdova, Ticona Postigo, Rodríguez Mendoza, Aranda Rodríguez (ponente), Huamaní Llamas, Ponce de Mier, Valcárcel Saldaña, Castañeda Serrano, Calderón Castillo y Miranda Molina. Llama la atención esta “unanimidad”, dada la apretada votación del caso anterior, pero más curioso es que los magistrados Huamaní Llamas, Ponce de Mier y Castañeda Serrano -que antes admitieron la nulidad de acuerdos

28 páginas, según la edición del diario oficial, pero cuyo contenido, casi íntegramente, se entretiene en cuestiones francamente irrelevantes para la solución del caso (justicia, seguridad jurídica, sujeto de derecho, persona, teoría del negocio jurídico, etc.), por lo que recién en la pág. 24 se encuentra el único argumento de la decisión (*ratio decidendi*): “245. (...) nos encontramos frente a una norma particular (art. 92) frente a otra que es general (art. 219)”. **Eso es todo.**

La escasa argumentación de la sentencia es notoria, pues simplemente se (mal) aplica en forma mecánica el art. 92 por tratarse de “norma especial”, pero no dice una sola palabra sobre los problemas de orden constitucional (dignidad de la persona, libertad individual, autonomía privada, libertad de contratación) que surgen de la convalidación de supuestos actos sin voluntad, o incluso respecto a problemas de legalidad ordinaria, pues la citada norma permite la impugnación de los “acuerdos”, esto es, de los hechos que tienen tal condición por lo menos en la realidad material, y no de las falsificaciones, que lógicamente constituyen la nada o “no-hecho”. En buena cuenta, la ley permite la impugnación del acto, pero no del no-acto, por lo que este puede cuestionarse en cualquier momento por la vía de la inexistencia. Y si se dice que los terceros podrían atacarlo, entonces, con ello, se reconoce que la impugnación no contiene las causales de invalidez, pues precisamente se autoriza la legitimación amplia de terceros; y siendo así, este último argumento repercute en contra de la tesis mantenida por la decisión. No obstante, para evitar las críticas frente a las injusticias que se consuman con esta sentencia, y para sentirse bien, esta dice que, en todo caso, el agraviado del delito es también culpable de su propia desgracia: “246. (...) *pretendiendo ignorar que no fueron diligentes en el ejercicio de sus derechos*”; y, por lo demás, se agrega que siempre queda el consuelo de meter preso al delincuente: “286. (...) *ha previsto normativa penal vigente*”. Es sorprendente que una decisión judicial del máximo tribunal de la justicia ordinaria considere que todos los bienes de una persona jurídica puedan perderse por una simple falsificación, y que en todo caso la víctima es “co-responsable” por no darse cuenta del hecho ilícito en el brevísimo plazo de 30 días, lo que significa

colegiales- ni siquiera se inmutan para explicar la razón de su voto favorable a la tesis del precedente.

más o menos lo mismo que sostener que el feminicidio sufrido por la agraviada es su culpa, “por no haber reclamado oportunamente”; pero, habría que preguntarle a los autores de la sentencia: ¿si se trata de una falsificación, cómo podría conocerse de tal hecho?, ¿o es que tenemos que acudir al registro todos los días para constatar si un sinvergüenza ha falsificado un acuerdo colegiado? Por si acaso, el art. 2012 CC tiene como destinatario a los **terceros** que pretenden adquirir un derecho, por tanto, solo a ellos les corresponde consultar el registro; pero eso mismo no aplica a los sujetos que ya se encuentran inscritos, como la persona jurídica con sus representantes legítimos, que no tiene por qué consultar el registro, menos para indagar “*si tal vez lo han falsificado, pues ahora resulta que los tribunales convalidan los despojos*”. Por lo demás, ¿cómo queda la eficacia del sistema jurídico cuando se exige prisión al causante del delito, pero sin que la víctima pueda recuperar lo robado? Por lo demás, tampoco se dilucidan otros temas vinculados con el mismo problema, tal como ocurre con la legitimación de los terceros, lo que implica que el precedente no cumplió sus fines.

c) Errores del Quinto Pleno

La principal razón para diferenciar la impugnación (art. 92) respecto de la nulidad o anulabilidad (arts. 219, 221), o inexistencia, no obedece a cuestiones de forma, pues se trata de una distinción se fundamenta en valores constitucionales (libertad, autonomía privada), que lleva a la nulidad o inexistencia, que se diferencia de intereses estrictamente patrimoniales (conflictos de interés, compromisos estatutarios). En efecto, el régimen general de invalidez del Libro II del Código Civil no puede mediatizarse tan fácilmente por una interpretación abusiva del art. 92, pues aquel se sustenta en principios constitucionales, en la protección del sujeto, de su libertad, de su autonomía, de su propia decisión voluntaria. En tal contexto, no es posible que los vicios radicales, como la falta de manifestación de voluntad, la simulación, el fin ilícito u otros sean degradados hasta el nivel de que un plazo ínfimo de treinta o sesenta días permita convalidarlos. La gravedad del defecto, o incluso “la nada”, no justifica la interpretación flexible que habilita la santificación del delito. La Constitución misma, con su base ética-jurídica, se presenta como muralla infranqueable, pues, las reglas sobre invalidez se fundan en el principio superior de libertad individual y autonomía privada,

por lo que tienen un sólido asiento constitucional. En el caso de las falsificaciones, con mayor razón, los principios de dignidad, libertad y autonomía de la persona impiden que un falsario usurpe en forma impune su dignidad y personalidad¹¹¹³, por tanto, el acto falso carece absolutamente de efectos. Esta solución se inspira en los derechos fundamentales de la persona, mientras que dotar de consecuencias a una burda falsificación no protege interés valioso alguno, pues la seguridad jurídica del tercero no puede construirse sobre la absoluta inseguridad de la víctima del fraude. En este caso, ni siquiera existe colisión de principios que pueda dar lugar a un caso complejo. La suplantación o falsificación no puede “fabricar” la voluntad de un sujeto o de un conjunto de sujetos. Un sistema constitucional, inspirado en valores, no puede tolerar que la voluntad inexistente, creada por falsarios, termine obligando y vinculando a la persona que nunca la declaró, que nunca manifestó esa decisión. Nótese la absoluta arbitrariedad que se produce si validamos la injerencia de un falsificador en la voluntad de otro; y que este otro deba aceptar que se trata de “su voluntad”, por efecto de la caducidad.

Es necesario recordar que la dogmática formalista no tiene interés en los valores constitucionales, pues solo se basa en relaciones lógicas y sistemáticas entre normas¹¹¹⁴, por tanto, la dogmática es una técnica de carácter formal que sirve a la producción, interpretación y aplicación del derecho, bajo modelos sistemáticos o puramente lógicos, que es propia de la racionalidad moderna¹¹¹⁵, pero no avanza más. En tal sentido, la dogmática jurídica se emparenta con la defensa de un orden jurídico individualista¹¹¹⁶. La

1113 “Dado que tratar a una persona como un fin en sí mismo implica respetar los fines que se auto-impone, sus objetivos, fines, proyectos, el principio de dignidad humana exige el respeto de las elecciones humanas. No es moralmente posible prescindir de la libertad personal de los gobernados. Cuando tal no es el caso, cuando las leyes son impuestas sin el consentimiento de los gobernados, los ciudadanos son tratados simplemente como medios para los fines que los gobernantes persiguen”: Garzón Valdéz, E. (2006), p. 272.

1114 En efecto, “la dogmática tiene entonces tres tareas: (1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas”: Alexy, R. (2007), p. 349.

1115 Vega, J. (2009), p. 394.

1116 En tal sentido, se dice que: “el discurso dogmático no solo constituye un discurso *interpretativo* al versar sobre las normas jurídicas y elaborar una representación abstracta y sistemática de estas, sino que es también un discurso *justificativo o comprometido prácticamente*

jurisprudencia de los conceptos, para nada neutra u objetiva, jugó un papel relevante para impulsar el crecimiento económico. Por tal motivo, se plantea que los plazos de caducidad sean extremadamente breves con el fin de cerrarle las puertas a los conflictos para “evitar dudas y litigios”, por cuya virtud, se impide el acceso a la justicia de la parte afectada, se clausuran los tribunales y se lanza por la borda el sentido común, para lograr, con ello, el único objetivo de “darle tranquilidad a los inversionistas”, como si el resto de ciudadanos fuesen personas de segunda clase, que no merecerían esa misma “tranquilidad”. Por lo demás, imaginemos que la controversia recayese entre dos inversionistas, con lo que el triunfo de uno sobre el otro sería un mero juego de azar, sin racionalidad alguna. Esta “seguridad jurídica” es análoga a matar al enfermo (caducidad, y ya) con la finalidad de ahorrarse el problema de la enfermedad (proceso judicial)¹¹¹⁷. No puede ser compatible con la Constitución Peruana que esta proclame la dignidad de la persona como valor fundacional del sistema (art. 1º), y, por otro lado, una ley, o peor todavía, una simple interpretación dudosa, permita que esa dignidad sea avasallada groseramente por la invasión en personalidad ajena.

En tal sentido, los dogmáticos y formalistas callan en todos los idiomas sobre estos vicios de constitucionalidad, y se limitan a atingencias sobre el principio de especialidad normativa, el origen histórico de las normas, o sobre “qué dice el Código Suizo” (sic), que son cuestiones superfluas frente a derechos consagrados en la Constitución. Por lo demás, para el Tribunal Constitucional, “*el error no genera derechos*” (STC N° 01254-2004-PA/TC y N° 02247-2011-PA/TC), pero la Corte Suprema, mediante un criterio abstracto y vacío de seguridad jurídica sostiene que “*el dolo sí genera derechos*”. Una decisión francamente insólita, en la que se soslayan la libertad y dignidad.

d) Propuesta de distinción entre impugnación y nulidad

Las personas jurídicas tienen como base subyacente el conjunto de personas que se agrupan en forma organizada para la búsqueda de un fin

con dichas normas y los valores implicados en ellas, es decir, entretrejado con las propias prácticas jurídicas en curso (un compromiso que es el fin objetivo de la institución, con independencia de las preferencias de cada individuo en particular)”: Ibid., p. 396.

1117 Esta lamentable posición, por la cual el derecho deja de existir por razón de la “seguridad jurídica”, puede encontrarse en: Cieza, J. (2013), pp. 85 ss.

lícito, por lo que el ordenamiento les reconoce capacidad de actuación unitaria e independiente. En efecto, existen intereses humanos que no corresponden a un solo individuo, sino que pertenecen en común a un colectivo, más o menos amplio de hombres, y que solo pueden obtener satisfacción mediante la cooperación ordenada y duradera. Por tanto, es menester que el colectivo se organice en forma corporativa, lo cual significa que la actuación de la pluralidad se hace por medio de diversos órganos que expresan la voluntad social, algunos permanentes, otros esporádicos, pero en los que juega un rol fundamental los principios de mayoría (para tomar acuerdos), de especialidad (cada órgano cumple una función) y de delegación permanente (algunos órganos actúan en forma duradera en representación de la pluralidad). De esta forma, se descarta que el colectivo tenga que expresarse a cada momento, por medio de acuerdos unánimes, sin órganos, lo que exigiría que el grupo deba reunirse en forma permanente, todos ellos, y lograr consensos para cada decisión; lo cual haría inviable su actuación en el tráfico. En suma, las personas jurídicas organizadas bajo el molde corporativo requieren de órganos; uno, deliberativo, que actúa en forma esporádica para la toma de las grandes decisiones; y otro, de administración, que actúa en forma permanente para la gestión interna y externa del día a día. La asamblea general de asociados es el órgano deliberativo de las asociaciones civiles, cuyos acuerdos dirigen la vida social mediante decisiones vinculantes para la pluralidad¹¹¹⁸; sin embargo, la existencia de tales acuerdos está

1118 Dejemos paso a la mejor doctrina que explica las características del acto colegial, propio de los órganos colectivos de una persona jurídica, que en realidad se trata de un negocio jurídico unilateral, pues expresa, de modo externo, la voluntad de la corporación: "Cuando el negocio subjetivamente complejo no se configura bajo la especie de un contrato entre dos partes contrapuestas entre sí, y asume, más bien, como acuerdo en sentido estricto, la forma de un acto "colegial" -el acuerdo de una asamblea, por ejemplo- se tiene un haz de declaraciones concordantes. En este supuesto, las declaraciones no permanecen yuxtapuestas ni independientes, sin fundirse en una síntesis, porque sin una síntesis no se formaría un negocio unitario atribuible a la comunión, sin importar el hecho de que esta hubiera llegado a erigirse, o no, en un organismo distinto de los miembros. Lo que ocurre es que las declaraciones concordantes se suman y se funden en una síntesis únicamente en relación con la decisión a adoptar para la tutela del interés común, o para el cumplimiento de la función; la estructura de intereses plasmada por la mayoría de los votos es evaluada, a su vez, por el ordenamiento jurídico, pero solo como un negocio o acto imputable a la comunión y vinculante para ella": Betti, E. (2001), p. 47.

supeditada al cumplimiento de requisitos de convocatoria (citación efectiva y con la debida anticipación para que los asociados puedan asistir a la reunión), quórum (número mínimo de asociados para que la reunión sea válida) y de mayoría (número requerido de asociados favorables a la adopción del acuerdo). Este es el proceso normal de formación de voluntad de las personas jurídicas. Los acuerdos, de carácter colectivo o colegial, son negocios jurídicos, y expresan la voluntad de la persona jurídica, aun cuando para su adopción se haya necesitado la suma favorable de las voluntades individuales conformada por el grupo de asociados, y que exigió, previamente, una reunión sujeta a las condiciones de convocatoria, quórum y mayoría. Pues bien, el supuesto acuerdo de una persona jurídica puede ser inexistente, si media, por ejemplo, una falsificación o no-hecho; o nula, cuando el hecho se encuentra afectado por vicios de libertad, de procedimiento volitivo, de objeto o de falta de concordancia con el ordenamiento jurídico¹¹¹⁹. Por su parte, la impugnación de los acuerdos, prevista en el art. 92 CC incide en los defectos meramente privados (contravenciones al estatuto) o en defectos legales por conflicto de intereses que se manifiesta en la grave disociación entre la voluntad social y la voluntad individual. Los acuerdos colegiales de las personas jurídicas tienen una doble dimensión (voluntad de la persona jurídica

1119 Los acuerdos colegiales pueden ser declarados nulos cuando se trate de actos con relevancia factual, pero que incurran en alguna de las causales que señala el artículo 219 del Código Civil, tales como aquellos en los que el voto determinante fue logrado por medio de la voluntad de un asociado que se encontraba en estado no ecuaníme o afectado por enfermedad o drogas; o cuando la mayoría se prestó para el logro de una simulación (ejemplo: acuerdo de otorgar en uso los distintos departamentos de propiedad de la asociación, a favor de cada uno de sus directivos, cuya finalidad aparente es permitir el cumplimiento de sus actividades de gestión, pero que, en realidad, encubre una cesión gratuita de activos sociales, sin causa justificativa); o para el logro de un fin ilícito (ejemplo: aprobación de honorarios para todos los asociados, a cambio de servicios superfluos, con el fin de repartirse el patrimonio social); o cuando no está claro el objeto al cual se refiere el acto (ejemplo: poder especial para venta de inmueble falto de mínima determinación) También son nulos los acuerdos que infrinjan el orden público. Es el caso de la modificación estatutaria que establece más de un voto para ciertos asociados, en función de sus aportes o méritos, lo que desnaturaliza el carácter personalista de la asociación civil; o la que autoriza el reparto de los activos sociales luego de la liquidación; o la que permite la elección de órganos colegiados de administración con duración perpetua, lo que desnaturaliza el carácter temporal de los representantes. Por su parte, los acuerdos colegiales pueden incurrir en causal de anulabilidad cuando, por ejemplo, el voto determinante del asociado se encuentra afectado por vicio de la voluntad (error, dolo, violencia).

– voluntad de los asociados individuales), lo que implica que en este tipo de negocio se presenta un problema específico, que no existe de modo general en otros actos, y que consiste en la posible disociación entre el interés social y el interés individual, aun cuando este último sea mayoritario.

La impugnación es un defecto exclusivamente de orden privado, sin incidencia ni repercusión en los terceros, por tanto, la sentencia estimatoria solo afecta las relaciones entre los asociados o en el vínculo de estos con la asociación, pero no se expande a los terceros contratantes, salvo que la demanda haya sido anotada o se produzca la inscripción de la sentencia favorable. En tales casos, entra en juego la llamada “publicidad-mala fe”, es decir, las inscripciones registrales sirven para asegurar el conocimiento de la situación jurídica, por lo que los terceros pueden ser imputados de mala fe; en tal caso, su normal inmunidad viene a menos.

¿Cómo justificar esta restricción de los casos impugnables que, aparentemente, no tiene base en el texto normativo? Muy simple: el art. 92 restringe la legitimación para impugnar acuerdos a los asociados que no votaron, o fueron privados del voto, o que votaron en contra del acuerdo, y dejaron constancia de tal hecho; en consecuencia, los votantes, en línea general, y los terceros quedan excluidos de tal potestad. Por tanto, esta figura se refiere exclusivamente a los defectos cuya relevancia se circunscribe al interés particular de los asociados, por lo que su voluntad favorable puede convalidar los defectos; por tal motivo, la patología se concentra en las hipótesis de discrepancia entre los fines de la voluntad corporativa y los fines de las voluntades individuales, en los que el tema de fondo es sustancialmente patrimonial, razón por la que estos defectos se subsanan con la aquiescencia o asentimiento del perjudicado. Por el contrario, ¿podríamos admitir que una asociación tenga como finalidad el terrorismo, o que discrimine por orientación sexual, o que sus directivos no requieran elecciones, solo por el hecho que la asamblea que aprobó tales acuerdos fue universal, y no haya nadie que pueda impugnarla? Es obvio, entonces, que una cosa es el acuerdo nulo por infracción normativa, pues en tal circunstancia se produce una reprobación del orden jurídico al acto particular por contravenir las bases ético-jurídicas de la sociedad; y otra cosa es el acuerdo impugnado, cuyo defecto es particular, pues se refiere a la falta de correspondencia entre dos

intereses privados, cuyo remedio es la impugnación; o también la revocatoria del mismo acuerdo o el voto favorable de los asociados, con lo que nuevamente se logra la coincidencia de los intereses, antes contrapuestos¹¹²⁰.

Las hipótesis concretas de impugnación son las siguientes:

- a) El conflicto de interés, lo que normalmente no es problema en los negocios jurídicos en los que el propio individuo actúa para sí; pues nadie se traiciona o es infiel consigo mismo; sin embargo, todo lo contrario, empero, se presenta en los actos colegiales, cuya doble dimensión permite que el grupo de asociados mayoritarios pueda hacer prevalecer su propio interés en contra del de la asociación¹¹²¹. En efecto, el art. 92 CC señala que son impugnables los acuerdos contrarios al estatuto; y es evidente que todo estatuto, en forma expresa o implícita, establece el deber de lealtad frente a la asociación. La ausencia de norma convencional no impide entenderla incorporada por efecto de la común intención de las partes (art. 1362 CC), que no es otra cosa que las cláusulas no escritas, pero deducidas de la correcta interpretación del texto, por tanto, se trata de una disposición implícita, necesaria e imprescindible para la correcta actuación corporativa.

1120 Morales, R. (2006), p. 557, sostiene que existe confusión entre la nulidad y la impugnación de acuerdos, por lo que reconoce la autonomía de ambas, e, incluso, agrega, que los conflictos de interés son hipótesis de responsabilidad, y no de nulidad. En efecto, es cierto que el legislador pudo remediar estas irregularidades con la técnica del resarcimiento, sin embargo, dentro de su esfera de competencia, ha optado claramente por la técnica anulatoria. Vale acotar que el citado autor comenta la Ley General de Sociedades, y no el artículo 92 del Código Civil, pero sus reflexiones, en tal punto, son igualmente aplicables a esta última norma.

1121 Los conflictos de intereses normalmente se presentan en el ámbito de la administración como consecuencia de la celebración de un concreto acto o negocio jurídico en el que tenga interés un grupo de los socios, sin embargo, ello también repercute en la asamblea general. Si bien en forma dogmática puede sostenerse que la administración no corresponde a la asamblea, con la consiguiente inutilidad de este mecanismo impugnatorio, sin embargo, la doctrina más atenta ha señalado que, en la práctica, la asamblea puede co-gestionar indirectamente la empresa a través de directivas, recomendaciones o autorizaciones formulada al órgano de administración; o directamente a través de comités internos; por lo que aquí pueden presentarse múltiples ejemplos de falta de correspondencia entre el "negocio gestor" (poder) y el "interés del *dominus*" (interés de la sociedad en la correcta actuación del gestor): Guerrero, F. (2002), pp. 190 ss.

- b) La violación estatutaria, aun cuando la aprobación del acuerdo se haga por mayoría, como la elección de un consejo directivo sin seguir las reglas que exigen la actuación de un comité electoral; o el nombramiento de un representante para un plazo mayor que aquel señalado en la norma convencional. Aquí no se aplica el remedio de la nulidad, pues la contravención no se produce respecto de una ley, sino de un pacto.
- c) El abuso de la mayoría sobre la minoría, pues, en tales casos, o existe contravención de la ley (cláusula general de abuso del derecho), o infracción del estatuto. Así ocurre con las exclusiones o expulsiones de asociados que no tienen una justificación razonable, y que esconden la secreta intención de deshacerse de los socios críticos de la mayoría dominante.

En general, es impugnabile el contenido de los acuerdos que infrinjan la ley o el estatuto, siempre se produzca diferencia entre el interés social y el particular, sea por abuso de la mayoría, contravención a la buena fe o violación estatutaria. A falta de casuística propia, la jurisprudencia española nos ofrece los siguientes ejemplos, si bien extraídos de las sociedades mercantiles, sin embargo, también son aplicables a las asociaciones: aumento del plazo de duración de los administradores y elevación sustancial de la retribución calculada sobre las utilidades; entrega de sumas de dinero a título de dudosas indemnizaciones; cambio de denominación social a efecto de que un grupo de socios inicie la formación de una nueva persona jurídica que tome el nombre antiguo; retribución del presidente del directorio en magnitud superior a las utilidades; aprobación de estados financieros con gastos personales de algunos socios; cesión de todos los activos a otra sociedad competidora que pertenece al grupo de accionistas que propició la operación, entre otros¹¹²²; o la atribución de derechos suplementarios a los mayoritarios, pero bajo el ropaje de una relación externa al vínculo societario¹¹²³.

1122 Uría, R. et. al. (1992), T. V, p. 338.

1123 Reyes Villamizar, F. (2009), T. I, p. 216.

e) Propuesta de superar el Quinto Pleno

La primera solución, para los agraviados, pasa por aceptar que los terceros, no asociados, puedan formular demandas de nulidad o anulabilidad, pues su posición jurídica no está regulada por el art. 92, ni por el Quinto Pleno Civil; en consecuencia, los terceros podrán acudir a los remedios de nulidad o anulabilidad, según sea el caso, con lo cual, dicho sea de paso, se desmorona el argumento de la Corte Suprema en pro de la “seguridad jurídica”. ¿Seguridad jurídica, para quién? Para las mafias, para los delinquentes, para los falsarios y estafadores, que supuestamente van a dormir tranquilos con este precedente, pero afortunadamente no podrán hacerlo al quedar abierto el resquicio de los terceros. Incongruencia de la Corte Suprema, pues se busca clausurar la discusión en 30 días, pero luego lo abre para terceros. Ni siquiera existe coherencia con el fin pretendido, aunque ello sirve para dar una salida al problema, en tanto si la demanda interpuesta por el asociado se declara caduca, siempre queda que un tercero formule la misma pretensión.

La segunda solución, para el juez, consiste en declarar inaplicable el precedente, pues tratándose del sentido interpretativo de una disposición legal con alcances generales, entonces se convierte en “norma”, pero del mismo rango al del objeto interpretado (art. 92). En tal sentido, y por la evidencia de la inconstitucionalidad, según lo expuesto, específicamente por la violación a los derechos a la dignidad, libertad individual y libertad contractual, entonces los jueces pueden utilizar el control difuso de constitucionalidad, previsto en el art. 138 Constitución. Por el contrario, no es aceptable la idea de “apartarse del precedente”, en cuanto el art. 400 CPC señala de modo terminante que este precedente “vincula a los órganos jurisdiccionales”, por lo que no cabe apartarse, máxime cuando el art. 22 LOPJ no es aplicable por ser norma general frente a norma especial; sin embargo, queda la salida de hacer uso del control difuso de constitucionalidad, pues, simple y sencillamente la norma jurisprudencial existente (precedente vinculante) vulnera la Constitución.

3.2. Fundaciones

3.2.1. Definición

Las fundaciones son personas jurídicas no lucrativas que se constituyen sobre la base de la afectación de bienes para la realización de un fin de interés social¹¹²⁴. Los elementos esenciales de la fundación son: i) el fin, ii) la dotación (patrimonial) y, iii) la organización interna.

El primer requisito implica que la manifestación de voluntad del fundador debe estar dirigida a la constitución de la fundación, cuyo fin lícito se vincula con el interés social, por lo que no basta cualquier fin no lucrativo.

El segundo requisito se refiere a la necesaria dotación de bienes para que la fundación cumpla su fin, pero ese patrimonio debe ser suficiente, pues, en caso contrario, se incurre en causal de disolución, pues la fundación no puede mantenerse.

El tercer requisito significa que la persona jurídica necesita de un conjunto de reglas que permitan el funcionamiento de la entidad; no obstante, este elemento esencial puede ser obviado por el fundador, empero, el órgano administrativo de control se encuentra obligado a suplir dicha omisión, mediante la aprobación de tales reglas. Por tanto, es un requisito de la personalidad, pero no del negocio¹¹²⁵.

3.2.2. Fundación y asociación

Las tres diferencias más importantes entre fundación y asociación son las siguientes:

- a) La asociación se funda necesariamente a través de un colectivo de personas, que como mínimo puede ser de dos asociados (art. 80 CC); mientras que la fundación puede instituirse por acto unilateral del fundador, y ese es el mecanismo más usual (art. 100 CC).
- b) La asociación no requiere de un patrimonio efectivo al momento de la constitución, aun cuando así parezca decirlo la ley (art. 82-3 CC), pues la interpretación uniforme es que basta indicar los bie-

¹¹²⁴ Seoane, M. (2001), p. 103.

¹¹²⁵ Carrancho, M. (1997), pp. 124-125

nes que integrarían el patrimonio social (por ejemplo: las cuotas de los asociados o las donaciones que se reciban), es decir, resulta suficiente señalar un patrimonio simplemente expectatio, sin concreción actual; en cambio, el acto constitutivo de la fundación debe indicar, ya, los bienes concretos que se afectan en cumplimiento de su finalidad (art. 101 CC).

- c) La asociación es un tipo legal que admite en forma genérica cualquier fin no lucrativo, en beneficio de los socios o de terceros, sea que se trate de actividades de recreación, salud, culturales, científicas o de interés social (art. 80 CC); en cambio, la fundación es un modelo instituido exclusivamente para fines de especial relevancia que la ley califica específicamente de interés social (art. 99 CC). Nótese que el origen histórico de las fundaciones se encuentra en fin de beneficencia para acudir en auxilio de los desposeídos¹¹²⁶, y de allí la precisión que hace el Código Civil; sin embargo, en la actualidad, el criterio se ha flexibilizado, pues se aceptan fundaciones de fe religiosa, culturales, deportivas, de apoyo a la pequeña empresa, y prácticamente cualquier actividad que se conecta por lo menos indirectamente con el interés social¹¹²⁷.

3.2.3. Fundación y Donación

El elemento común entre la fundación y la donación se halla en el carácter de liberalidad de ambos actos, pues en ambos se produce la transferencia de bienes a título gratuito; sin embargo, la diferencia es fundamental y de esencia: la donación tiene una función estática, en tanto se limita a la simple transmisión de bienes, y nada más; en cambio, la fundación cumple

1126 "Desaparecidas en la práctica las 'manos muertas', la fundación tiene en el momento actual un sentido completamente diferente, por naturaleza dinámico y caracterizado por su eficiencia, para reemplazar al Estado (...) Siempre, en el pasado como en el presente, la fundación, tan antigua como el hombre mismo y producto noble de su espíritu, hace presente en el mundo jurídico el querer de las personas aun después de su muerte, afectando medios a favor de beneficiarios indeterminados, como un destino permanente. Resulta que la filantropía cuenta hoy con el prestigio de haber superado y vencido dos siglos de legislación hostil. Y no solo eso, sino que aparece con vigor creciente y con carácter nuevo; la 'mano muerta' se ha tornado titularidad activa; el patrimonio fundacional es ahora un patrimonio dinámico": Cocca, A. (1981), pp. 92-93.

1127 Así lo destaca: De Prada, J. (2002), T. I, p. 59.

una finalidad dinámica, en cuanto los bienes cumplirán un destino permanente de beneficencia a favor de terceros, o de interés social, para lo cual, incluso, se constituye una persona jurídica.

Entre otras diferencias, se individualizan las siguientes:

“La donación se hace en favor de una persona determinada, la fundación tiene un destinatario general, integrado por sujetos individualmente indeterminados, como destino y realización duraderos: una liberalidad en favor de la colectividad en general, sin aceptación determinante de personas concretas.

Distinta es la configuración del negocio jurídico: en la fundación no se precisa de la aceptación, a diferencia de su exigencia en los supuestos ordinarios de donación; el tracto necesariamente continuo de la vida de la fundación como ente perdurable se destaca frente al efecto más o menos instantáneo de la donación. La determinación del donatario ofrece singular valor frente a la indeterminación de los beneficiarios de la fundación. (...)

La liberalidad de la fundación se encamina a socorrer necesidades, premiar méritos o atender vocaciones de personas indeterminadas y que no pueden alegar derecho alguno, incluso puede no haber destinatario específico, como ocurre en la investigación científica y en las llamadas fundaciones de cosas, como la de un museo, un parque o una sala, de modo que la cosa se hace *res communis* y está destinada a todo el mundo”¹¹²⁸.

3.2.4. Acto constitutivo

El acto de constitución de la fundación puede constar en escritura pública o testamento (art. 100 CC), y el registrador debe calificar la existencia de la voluntad de instituir la persona jurídica, la dotación patrimonial y el fin de interés público. Recuérdese el proceso legislativo que dio lugar al Código de 1936, por el que se facultó expresamente al registrador para efecto de evaluar la finalidad de la persona jurídica, por lo que este punto será materia de calificación, y constituye el contrapeso dentro del sistema liberal de las “disposiciones normativas” que se acoge para el reconocimiento de la

¹¹²⁸ Cocca, A. (1981), pp. 97-98.

personalidad, y por el que basta el cumplimiento de los requisitos formales para obtenerla, pero siempre que el fin pretendido por la nueva entidad sea acorde con el ordenamiento jurídico.

En forma potestativa, el fundador puede integrar el negocio con el nombre y domicilio de la fundación, normas de funcionamiento y extinción, destino final del patrimonio, régimen económico y designación de los administradores. En tal caso, el registrador puede realizar la inscripción directamente. Por el contrario, cuando falten algunas de las indicaciones facultativas antes mencionadas, entonces el registrador deberá enviar el título al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, a efecto que esta entidad proceda a integrarlo en el plazo de diez días (arts. 101, 104, inc. 1º a 3º, CC).

El acto constitutivo de fundación es irrevocable una vez que sea inscrito (art. 102 CC), sin embargo, en caso de que el título sea testamentario, es evidente que esta norma no es aplicable una vez producida la muerte del testador-fundador, aunque el acto todavía no se inscriba. Por tanto, la revocación extemporánea constituye un acto *ineficaz*, esto es, no produce el efecto para el que estaba destinado.

Un problema que surge, y que incluso ha dado lugar a un importante caso judicial referido a una fundación con finalidad de museo, es la necesidad, o no, de la intervención del cónyuge en el caso que el fundador dote a la entidad de bienes sociales. Para el derecho español se dice: “queda prohibida la disposición a título gratuito sobre bienes comunes si no media el consentimiento del otro cónyuge; la sanción en estos casos es la nulidad del acto de disposición, según preceptúa el artículo 1322 párrafo 2º del Código Civil. En particular, para la sociedad de gananciales el artículo 1378 del Código Civil sanciona de nulidad los actos a título gratuito realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro que tengan por objeto bienes gananciales, con la única excepción de las liberalidades de uso”¹¹²⁹.

3.2.5. Control administrativo

Las fundaciones, a diferencia del común de las asociaciones civiles, se encuentran sujetas a un control estatal por intermedio del Consejo de Su-

1129 Carrancho, M. (1997), p. 252.

pervigilancia de Fundaciones (CSF), lo que se debe a una serie de razones concurrentes, tales como el fin de beneficencia, el carácter frecuente de acto *mortis causa*, la imposibilidad de que el fundador pueda cumplir con la administración indefinida de la entidad, etc¹¹³⁰.

La Ley 8728 de 25 de agosto de 1938, complementó las normas del Código Civil de 1936 referidas a la creación y funcionamiento de las fundaciones, pero en ella aún se establecía que el agente fiscal de la provincia era el encargado de ejercer la vigilancia de estas entidades¹¹³¹, por lo que hubo necesidad de dictar el D.S. 38 de 07.09.1955, que creó el Consejo Administrativo de Supervigilancia de Fundaciones, precedente del actual CSF, luego modificado por el D.S. 003-70-PM. Asimismo, la norma reglamentaria creó el Registro General Administrativo de Fundaciones en el que se inscriben las fundaciones existentes, y las que se constituyan en lo sucesivo. Este, además, recibía las comunicaciones sobre los aspectos relevantes de la vida económica e institucional de la fundación, todo ello, con fines de vigilancia. Actualmente, el CSF se encuentra regulado por el Código Civil de 1984; D.S. 03-94-JUS, Reglamento del CSF y D.S. 04-94-JUS, Reglamento del Fondo del CSF, estos dos últimos de fecha 11.03.1994. Las normas vigentes mantienen el sistema de doble registro: uno de carácter administrativo en el CSF, con fines de vigilancia y control; y otro de carácter jurídico en el Sistema de Registros Públicos, con fines de publicidad frente a terceros. Esta dualidad se encuentra generalizada en el Derecho comparado; por ejemplo, en España se tiene el Protectorado como institución de tutela y el Registro de Funda-

1130 “Desaparecido el fundador (desaparecido físicamente, en su caso, y desaparecido jurídicamente siempre, porque una vez constituida la fundación, ésta pasa a ser regida por el Patronato, al que puede pertenecer o no el fundador), es necesario que sea el Poder Público quien vele por la fidelidad a los fines fundacionales. Los destinatarios, generalmente indeterminados, carecen de la articulación o vertebración necesaria para hacerlo. Sólo la Administración puede actuar con la debida independencia y distancia; y esa actuación ha de centrarse en tres aspectos: el respeto a la voluntad del fundador, la conservación del patrimonio y la aplicación de sus rendimientos”: Pau, A. (2001), pp. 822-823.

1131 El fundamento de la Ley 8728 justifica la potestad de vigilancia de la siguiente manera: “Que, la existencia de las fundaciones permitidas por el Título III de la Sección Tercera del Código Civil solo se justifica por la utilidad social de los fines que ellas persiguen; Que el Estado, en su condición de personero nato de los intereses colectivos, debe cautelar la adecuada realización de los fines expresados”.

ciones como institución de seguridad jurídica; en la doctrina alemana se habla de *Stiftungsaufsicht* -vigilancia de las fundaciones- y *Stiftungspublizität* -publicidad de las fundaciones-; en el Derecho de los Estados Unidos se distingue entre *Supervision* y *Register of Charitable Trustees*¹¹³².

La intervención sobre las fundaciones genera la siguiente actividad jurídica: i) actos administrativos del CSF; ii) autorizaciones del CSF a las decisiones de los administradores de la fundación; iii) decisiones judiciales instadas por el CSF.

El primer caso comprende la modificación del régimen económico y administrativo de la fundación cuando el anterior régimen impidiese su normal funcionamiento o sea conveniente a sus fines (art. 104-3 CC), la designación o cesación de los administradores (art. 104-2 CC) o el nombramiento de los liquidadores a falta de disposición en el acto constitutivo (art. 104-11 CC). El segundo caso comprende la autorización para disponer o gravar bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación (art. 104-5 CC)¹¹³³. El tercer caso incluye la ampliación o modificación de los fines cuando sea necesario (art. 108 CC) o la disolución de la propia entidad cuando el cumplimiento de su fin sea imposible (art. 109 CC)¹¹³⁴, por ejemplo, por agotamiento del patrimonio.

En este último punto se presentó algún debate doctrinal por virtud de la RTR N° 438-97-ORLC/TR de 20.10.1997, en el cual se decidió que los administradores no pueden acordar la disolución de la fundación, aunque así

1132 Pau, A. (2001), p. 823.

1133 Sobre el particular, la Superintendencia de Registros Públicos emitió una directiva innecesaria, pues se limita a repetir la norma legal. Es el caso del artículo único de la Res. N° 141-2001-SUNARP/SN de 22.05.2001: "En los casos en que una fundación solicite la inscripción de actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de sus operaciones ordinarias, el registrador deberá verificar que éstos cuenten con la autorización expedida por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, así como el cumplimiento del procedimiento o condiciones en que se otorga dicha autorización".

1134 El CSF, mediante Res. N° 042-2001-JUS/CSF de 31.07.2001, aprobó el siguiente criterio: Artículo 1°.- "Interpretar el artículo 109 del Código Civil en el sentido que las acciones judiciales de disolución de fundaciones, se refieren a instituciones inscritas administrativamente en el registro que está a cargo del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, no encontrándose facultado el órgano tutelar para atender ningún otro asunto relacionado con aquellas que incumplan tal requisito".

conste en el acto constitutivo. Sobre el particular, se ha sostenido que los administradores sí pueden decidir la disolución, aunque el legitimado para plantear la demanda sea el CSF, pues finalmente la declaración oficial corresponde al juez. En nuestra opinión, esta distinción es incorrecta, y por lo demás no tiene efecto práctico alguno, pues la única autoridad competente para declarar la disolución de una fundación es el Poder Judicial (art. 109 CC); por tanto, no lo puede hacer el CSF y menos los administradores, por lo cual los actos que realicen estos con esa finalidad no son inscribibles; únicamente se puede inscribir la disolución en mérito de una sentencia firme. Por tanto, los administradores, en el mejor de los casos, solo pueden proponer o sugerir la decisión, pero nada más, por lo cual se trata de una declaración desprovista de efecto jurídico, y por tal motivo, irrelevante desde todo punto de vista. Por su parte, el CSF cuenta solo con la legitimidad para instar la demanda y sostener el proceso en su condición de actor, pero tampoco puede realizar la declaración jurídica. En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal es correcto.

3.3. Cooperativas

3.3.1. Definición

El Código Civil de 1936 no contempló normas sobre cooperativas, y recién la Ley 15260 dispuso que se llevara un Libro de Cooperativas en el Registro de Personas Jurídicas. El Código Civil de 1984 ratifica la existencia de este Libro en el art. 2024-6, aunque no estableció norma alguna sobre este tipo de persona jurídica, la cual se regulada por el D.L. 085, que sufrió posteriores modificaciones, y que dio lugar al D.S. 074-90-TR, TUO Ley General de Cooperativas (LGC), norma todavía vigente.

Por cooperativa, se entiende la agrupación de personas que pretenden realizar un fin común de carácter económico, y en donde los socios buscan servirse a sí mismos mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua (art. 3 LGC). Por tanto, el término “cooperativa” alude a un colectivo cuyo objeto es realizar operaciones con sus propios socios, por lo que se difumina la distinción entre relaciones internas y externas, ya que los socios no solo aportan bienes o servicios, sino contratan con la entidad como si fuesen terceros. Por ejemplo, la cooperativa dedicada al consumo vende a sus asociados como si

fuesen consumidores; la dedicada al crédito presta dinero a sus socios; la dedicada a la producción utiliza el trabajo propio de sus asociados a efectos de realizar una actividad productiva dirigida al mercado¹¹³⁵. Si bien el art. 3 LGC señala que las cooperativas se constituyen “sin propósito de lucro”, sin embargo, ello debe matizarse, pues la esencia de este tipo de persona jurídica permite obtener beneficios económicos a los socios, tales como el derecho a los intereses por la aportación patrimonial realizada (art. 5-1.3 LGC), o la distribución de los excedentes en función de la participación del socio en el trabajo común o en proporción a sus operaciones con la cooperativa (art. 5-1.4 LGC). La finalidad de las cooperativas se encuentra en un *tertium genus*; pues su objeto no es ideal, como podría serlo una asociación; ni tampoco el lucro exclusivo, esto es, invertir un capital para obtener un retorno económico a través de los dividendos¹¹³⁶. La especial finalidad de las cooperativas puede resumirse en una sola palabra: **la mutualidad**, esto es, el favorecimiento de los propios partícipes en sus operaciones con la entidad, y más precisamente en sus economías individuales a través de la obtención de ventajas inmediatas, tales como procurarse bienes, servicios u ocasiones de trabajo a precios más favorables. En tal caso, el lucro de la cooperativa, si así puede llamársele, se realiza a cargo de las mismas personas que la conforman y a las cuales viene redistribuido, y no a cargo de personas extrañas. Esto ocurre, por lo menos, en las cooperativas de mutualidad perfecta; pues, en las otras, la figura se difumina porque las ventajas se obtienen también a través de los actos que se celebran con terceros¹¹³⁷.

3.3.2. Notas características del cooperativismo

Entre las principales características del régimen cooperativo se encuentran las siguientes: libre adhesión y retiro; ecuación de un voto por persona, sin importar la cuantía de la aportación; inexistencia de dividendos por la inversión, sino de intereses si se pactan; distribución del excedente en proporción del trabajo o de la utilización de los servicios; agrupación autónoma del Estado y de la política; afán educativo y promotor dentro de

1135 Garrigues, J. (1987), T. II, pp. 89-90.

1136 Kübler, F. (2001), p. 244.

1137 Ferri, G. (2006), p. 455.

un sistema de relaciones económicas sociales, y no individualistas¹¹³⁸. Estas notas distintivas conforman los llamados “principios cooperativos”, que nuestra ley contempla en el art. 5, y que no pueden ser derogados por el estatuto de la entidad, pues a diferencia de la asociación, en el caso de la cooperativa existe una profunda delimitación tipológica que le da una individualidad propia y la distancia de los otros tipos de personas jurídicas.

3.3.3. Constitución e inscripción

La cooperativa se constituye en mérito de escritura pública o documento privado con firmas legalizadas ante notario (art. 11-2 LGC). Según el texto de la ley, el instrumento de fundación debía ser remitido al Gobierno Regional correspondiente a efecto que se formulen las observaciones respectivas, y, solo en el caso de no haberlas, entonces se procedía a su registro (art. 12). Sobre el particular, algunas precisiones son necesarias: el texto original del D.L. 085 contemplaba una función ejecutiva, de promoción y fiscalización cooperativa por parte del INCOOP, pero el D.L. 592, modificatorio del 085, estableció que sus facultades pasen a los Gobiernos Regionales, de tal suerte que estos serían los encargados de verificar la legalidad formal del instrumento de fundación (no bajo un sistema de “concesión”, pues la Entidad solo se opone cuando el acto de constitución y/o el estatuto fuesen contrarios a la ley: art. 12-1 LGC, por lo que se trató del mismo sistema de “disposiciones normativas”, pero con la competencia atribuida a otro órgano¹¹³⁹). Sin embargo, los Gobiernos Regionales no llegaron a asumir dicha

1138 Vicent Chuliá, F. (2006), p. 630.

1139 No obstante, en su momento, dicha regulación constituyó un avance frente a la norma anterior: la ley 15260, promulgada el 14.12.1964. La exposición de motivos lo explica de la siguiente forma: “En cuanto al nacimiento y formalización legal de las cooperativas, aparece una de las más importantes innovaciones. Se elimina el reconocimiento oficial de carácter administrativo y con ello la enorme cantidad de papeleo necesario actualmente para el reconocimiento de las cooperativas. En este sentido, se asimila a estas entidades al régimen que tienen todas las demás empresas. Las cooperativas se constituirán por escritura pública e, incluso, por documento privado legalizado notarialmente y solicitarán directamente su inscripción a los registros públicos, otorgándose eso sí un prudencial plazo de sesenta días para que el Instituto Nacional de Cooperativas pueda objetar la inscripción de una cooperativa si encontrara motivo legal fundado. En tal caso, el registrador no inscribirá a la cooperativa. Pero si no hay observaciones o a juicio del registrador (que en Perú es en realidad un juez de inscripciones -sic-) las mismas no son fundadas, entonces

función, por lo que se expidió el D.S. N° 007-91-TR, que encargó de manera provisional tales funciones en el INCOOP. Posteriormente, esta Entidad fue declarada en disolución, y luego liquidada, razón por la que, tal potestad de control previo de los estatutos quedó sin efecto, pues no existía órgano estatal que lo cumpliera. Es más, la vigente Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales no establece previsión alguna sobre el tema, por lo que debe entenderse el control previo quedó derogado y, por tanto, solo el Registro Público ejerce la potestad de evaluación de la legalidad formal del acto de constitución cooperativo, en forma idéntica de lo que sucede con las otras personas jurídicas privadas (art. 2011 CC). El Tribunal Registral ha establecido que los gobiernos regionales no tienen competencia actual para controlar la legalidad de los actos cooperativos, ni supeditar la inscripción al pase previo (RTR N° 1088-2009-SUNARP-TR-L, de 10.07.2009¹¹⁴⁰).

Por otro lado, la inscripción es la que produce el nacimiento de la personalidad jurídica, empero, la norma original previó que el registro debía remitir información de las inscripciones al Instituto Nacional de Cooperativas -INCOOP-, con fines estadísticos, pero como dicha institución se encuentra extinta, entonces tal exigencia ya no existe.

Asimismo, en el registro de personas jurídicas se inscribe la reforma del estatuto, la elección de dirigentes, gerentes y demás mandatarios de la entidad, así como la modificación y revocación de sus facultades (arts. 12-7 y 13 LGC). La simplicidad que se aprecia en estas normas es proporcionalmen-

se procederá a la inscripción inmediata después de cumplidos los plazos indicados": Cit. Torres y Torres Lara, C. (1982), p. 124.

1140 "La Ley General de Cooperativas, cuya versión original fue aprobada por el Decreto Legislativo No.85 del año 1981, corresponde a un contexto que no es el presente luego de veintiocho años; y en tal sentido sus distintas reglas deben interpretarse dentro del contexto de cambio legal y constitucional. En efecto, la citada ley establece muchas referencias sobre la intervención de los Gobiernos Regionales sobre la constitución o funcionamiento de las cooperativas; pero bien vistas las cosas, dichas exigencias deben considerarse abrogadas por cuanto el nuevo ordenamiento jurídico-regional no contiene norma alguna respecto a una hipotética potestad de control de los Gobiernos Regionales sobre las cooperativas. Así pues, si la nueva Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales no dispone norma alguna que habilite su competencia o función en el ámbito cooperativo, entonces se infiere que la intervención conferida por normas anteriores ha quedado derogada en forma tácita por cuanto la nueva ley regula íntegramente la materia, de conformidad con el art. I del Título Preliminar del Código Civil".

te inversa a las dificultades prácticas que plantean. Empero, vale la pena acotar que los conflictos resultan análogos a los que se presentan en sede de asociaciones, aunque en el ámbito de las cooperativas existe una norma expresa que declara la supletoriedad de la LGS en caso de vacío o deficiencia de la normativa sobre estructura y funcionamiento de las cooperativas (art. 116-1 LGC), lo que resuelve algunos problemas derivados de la pobre regulación, pero no todas.

3.3.4. Problemas registrales frecuentes

Algunos de los supuestos problemáticos más frecuentes en el registro de cooperativas son los siguientes:

- a) Cooperativas que dejaron pasar el mandato de vigencia del consejo de administración, y no se sabe quién puede convocar la asamblea para elegir al órgano de administración: el criterio seguido en asociaciones implica que, una vez fenecido el mandato de los administradores, entonces la entidad no tiene órganos válidos para manifestar su voluntad, salvo para convocar una asamblea general destinada a celebrar las elecciones. Esta solución evidentemente conlleva, o bien a la parálisis de la persona jurídica, o bien a su informalización, con el surgimiento de conflictos y problemas en su interior. Incluso, la entidad estatal que tuvo competencia de control sobre las cooperativas (INCOOP) convalidó una interpretación análoga¹¹⁴¹. Sin embargo, la solución pasa por la aplicación supletoria de la LGS, para lo cual existe un precepto específico de apoyo (art. 116-1 LGC), por lo que debe entenderse que el último

1141 Resolución Ejecutiva N° 011-92-39.1-INCOOP de 20.01.1992, por cuya virtud, la Dirección Ejecutiva estableció unos criterios normativos para la actuación de los órganos cooperativos. Entre ellos el art. 2: "Precisar que el tiempo de representación de los dirigentes y delegados en las organizaciones cooperativas está ligado, necesaria y condicionadamente a los períodos de mandato para el que fueron elegidos. Todo ejercicio en exceso de la previsión estatutaria constituye ilegalidad".

En mérito de esta cuestionable interpretación dada por un organismo que ya no existe, el Registro procedió a formular observaciones referidas a la caducidad automática del período de los directivos, por lo que en lugar de dar una solución se creó un problema: la acefalía de las personas jurídicas. En todo caso, la citada resolución no puede aplicarse, pues se opone al art. 116-1 LGC, que llama en subsidio a la LGS, que permite que los órganos de administración se mantengan en funciones hasta la nueva elección.

órgano de administración elegido se mantiene en funciones hasta la elección del sustituto.

- b) Cooperativas que no han elegido algún consejo de administración intermedio: el supuesto problema se encuentra en la “falta de tracto sucesivo”, pero este requisito no existe en el ámbito de los registros personales. Por lo demás, resulta inviable que el Registro exija subsanar este defecto a través de la invención de órganos que nunca actuaron, y solo con el objetivo formalista de llenar el vacío en la hoja del registro. La persona jurídica es una entidad viva que actúa en el tráfico y se vincula con terceros, pero también puede adormecerse en forma temporal, y el registro no puede evitar que se produzca tal omisión, salvo que se pretenda sostener en forma maximalista que la cooperativa ha incurrido en causal de disolución por falta de funcionamiento; sin embargo, como esta consecuencia no es una sanción acorde con la inactividad temporal, entonces la única salida lógica es admitir que se inscriban solo los consejos de administración efectivos, y entender que en los períodos intermedios estuvo en vigor el consejo anteriormente elegido. Esta solución, por lo demás, la admite el propio Estado, por ejemplo, con las bajas temporales del registro de contribuyentes tributarios, en donde la SUNAT admite recesos temporales de actuación en el tráfico. Esta salida jurídica tiene como sustento dogmático la visión realista de los fenómenos jurídicos, y como base normativa el art. 116-1 LGC. Sobre el particular, el RIRPJ admite que puedan inscribirse los órganos de administración efectivamente elegidos, aun cuando falten los anteriores.
- c) Cooperativas que no han realizado la renovación por tercios: El art. 33-4 LGC señala que los miembros de los consejos y de los comités de educación y electoral serán objeto de renovación anual en proporciones no menores del tercio sobre el respectivo total, y no podrán ser reelegidos para el período siguiente, salvo disposición contraria del estatuto. En primer lugar, es criticable que una norma legal ingrese a ese nivel de detalle respecto de la organización interna de un colectivo privado, lo que, además, genera pro-

blemas operativos pues cada año deben producirse elecciones. En segundo lugar, ¿qué pasa si no se llevó a cabo la renovación?, ¿o se llevó a cabo luego del período de un año?, ¿o se renovó menos de un tercio?, ¿o se reeligió un miembro en contra del mandato legal? El conflicto se agudiza si tenemos en cuenta que luego de un período de falta de inscripción, el siguiente período arrastrará el inexistente problema del “tracto sucesivo”. Aquí también el asunto se complica en virtud de un cuestionable criterio interpretativo de una Entidad pública ya desaparecida¹¹⁴². Sin embargo, la solución es muy simple: recuérdese que en el registro de personas no hay tracto sucesivo, por lo cual es posible inscribir un consejo de administración sin que haya sucedido lo propio con el anterior, e incluso sin que haya funcionado el anterior. Por tanto, aun cuando no se hubiese producido la renovación por tercios durante ese período, igual no habrá impedimento para que el consejo del período sucesivo sea elegido. La falta de renovación no implica la inexistencia del consejo, pues ello significaría la acefalía de la entidad y su disolución por imposibilidad de funcionar, por lo que habrá de entenderse que se ha producido una prórroga en virtud de la norma supletoria de la LGS (art. 116-1 LGC). Este incumplimiento del deber de renovación no implica parálisis de la persona jurídica, pero sí origina responsabilidad de los miembros del consejo que incumplieron su deber.

- d) Organización más compleja: A diferencia de la asociación, las cooperativas tienen una estructura interna con mayor número de órganos de carácter obligatorio, tales como el consejo de administración (art. 30 LGC), el consejo de vigilancia (art. 31 LGC), los comités de educación y electoral (art. 32-1 LGC). Sin embargo, para el registro, el único acto inscribible es el consejo de administración y los apoderados singulares que se designen, en tanto estos cuentan

1142 La Res. N° 050-92-INCOOP-39.1 de 30.03.1992, por cuya virtud, la Dirección Ejecutiva estableció en su art. 1°: “Necesariamente en las organizaciones cooperativas, las asambleas ordinarias de análisis de gestión, de conocimiento de los estados financieros y de renovación de tercios, se efectuarán en los períodos y fechas que sus estatutos, debidamente inscritos en los Registros Públicos, lo establezcan”.

con facultades representativas frente a terceros, es decir, son los que permitan actuar a la cooperativa en el tráfico por medio de sus declaraciones de voluntad (art. 12-7 LGC). Por tanto, no se inscribe la elección o renovación de los miembros del consejo de vigilancia, de los comités de educación y electoral, y en general de cualquier otro órgano cuya relevancia sea meramente interna¹¹⁴³.

3.3.5. Integración

Por su origen histórico, el cooperativismo nace como un mecanismo de apoyo mutuo y de solidaridad entre los trabajadores, y en el que se privilegia el fenómeno de la concentración, esto es, la integración de cooperativas desde el primer nivel hasta pretender que se logre una gran organización que reúna a todas. El art. 57 LGC señala que las organizaciones de integración cooperativa son: las centrales cooperativas, las federaciones nacionales de cooperativas y la Confederación Nacional de Cooperativas del Perú. Las centrales son organizaciones con finalidad económica que están al servicio de las cooperativas que la integran, de sus socios o del público en general (art. 58 LGC); en cambio, las federaciones nacionales son asociaciones civiles, pues su finalidad es básicamente institucional y gremial, las mismas que se encuentran restringidas a solo una para cada tipo de cooperativa en el país (arts. 59 y 60 LGC); por último, la confederación nacional es única y agrupa todo el movimiento cooperativo peruano con fines institucionales de carácter interno e internacional (arts. 62 a 64 LGC)¹¹⁴⁴; por tal motivo, también es una asociación civil. En efecto, el art. 116-2 LGC señala que las

1143 El tema ha sido decidido ya por el Tribunal Registral en una decisión que irradia a todas las personas jurídicas: "El reglamento electoral es un acto que no es objeto de calificación e inscripción, por tratarse de normas que regulan los procesos electorales realizados al interior de la asociación, máxime si en el estatuto se establecen disposiciones que regulan los procesos electorales realizados al interior de la asociación, máxime si en el estatuto se establecen disposiciones que regulan en forma general las elecciones, además de no estar comprendidos en los actos que son inscribibles establecidos en el artículo 2025 del Código Civil": Res. N° 111-2000-ORLC/TR de 19.04.2000, y, en la actualidad dicho criterio ha sido acogido por el RIRPJ.

1144 La exposición de motivos dice: "el proyecto mantiene el concepto de la ley 15260, en el aspecto de que solo puede haber una federación por cada tipo de cooperativa, y una sola confederación nacional de cooperativas que agrupe, esta última, a todo el movimiento cooperativo nacional": Cit. Torres y Torres Lara, C. (1982), p. 130.

federaciones y la confederación nacional se rigen supletoriamente por la normativa de asociaciones. Ahora bien, sin perjuicio de esta condición jurídica, las federaciones y la confederación se inscriben también en el Libro de Cooperativas (art. 12-5.2 LGC). Aquí se ha querido privilegiar, sin dudas, la función de protección del fenómeno cooperativo, antes que la finalidad ideal y el modelo organizativo que como tal le corresponde.

3.4. Comunidades campesinas y nativas

3.4.1. Reconocimiento constitucional y legal

La naciente República trató de eliminar la propiedad comunal, y, con ello, a las propias comunidades, mediante la autorización de la venta libre de sus tierras, según el Decreto de Bolívar de 1824, sin embargo, poco después se suspendió su vigencia, en cuanto a la libre enajenación, y, posteriormente una Ley de 1846 estableció la nulidad de las ventas de bienes estatales o de comunidades de indígenas. Luego de ello, el Derecho oficial prácticamente ignoró a las comunidades¹¹⁴⁵, como ocurrió con el Código Civil de 1852.

Por el contrario, el siglo XX se inicia con movimientos indigenistas que tratan de realzar su figura y protegerlo. En tal contexto, la Constitución de 1920, por primera vez en una norma de tal jerarquía, reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas (art. 41¹¹⁴⁶). “Como frutos del reconocimiento de las comunidades de indígenas en los primeros años que siguieron a la promulgación de la Constitución de 1920, fue creada la Sección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Fomento y el Patronato de la Raza

1145 “En síntesis, durante el siglo XIX las comunidades campesinas no fueron tenidas en cuenta dentro de la estructura del nuevo Estado ni entre las instituciones del nuevo Derecho sino consideradas una especie de ‘muertos civiles’, hechura de la Colonia, cuyas tierras se encontraban sujetas a vinculación perpetua y, por ende, mal vistas por el nuevo Derecho, aunque a veces fuera tímidamente admitida su existencia real ante la tenaz resistencia de los elementos del Derecho andino. Durante los primeros cien años de vida republicana las comunidades sufrieron los embates del latifundismo ante el olvido del Derecho oficial, aunque a veces tímidamente fuera presumida su existencia real debido a la tenaz resistencia de los elementos del Derecho andino, como en los casos de la ley de 1846, la Ley de Caminos y el Código de Aguas de 1901”: Figallo, G. (2007), p. 112.

1146 “Los bienes de propiedad del Estado, de comunidades indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público en los casos y mediante la forma que establezca la ley”.

Indígena; y fueron dictadas las resoluciones supremas de julio de 1924 y de agosto de 1925, sobre levantamiento de censos y de planos catastrales de las comunidades y de registro oficial de estas¹¹⁴⁷.

La Constitución de 1933 declaró que la propiedad de las comunidades es imprescriptible, inenajenable, salvo expropiación, e inembargable (art. 209). La Constitución de 1979 flexibilizó el régimen, pues si bien mantuvo la condición imprescriptible e inembargable, empero, la inalienabilidad puede levantarse por ley fundada en el interés de la comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de sus miembros calificados, para efectos de venta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad pública (art. 163).

La Constitución de 1993 reiteró que las comunidades tienen existencia legal y son personas jurídicas, pero continuó con la política liberal en cuanto se limita a declarar que sus tierras son imprescriptibles, salvo abandono, pero no indica que sean inembargables, empero, el art. 136 CC sí lo hace, por lo que tal carácter solo tiene, hoy, escudo de legalidad ordinaria, además, se reconoce la libre disposición de sus tierras.

3.4.2. Normativa

Las comunidades campesinas se rigen por la Ley General N° 24656, y su reglamento aprobado por D.S. 008-91-TR. Por su parte, el D. Ley 22175 (de 1978) regula las comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y ceja de selva, mientras su reglamento fue aprobado por D.S. 003-79-AA, complementado por el D. Ley 25891. En el ámbito registral se ha aprobado el RIRPJ, así como la Directiva N° 005-2013, y, la Guía general N° 01-2011-SUNARP/SA, sobre inscripciones en comunidades nativas, mientras la Directiva N° 010-2013-SUNARP/SN, trata de las inscripciones en las comunidades campesinas. También existe la Ley 24657, que declara de necesidad nacional el deslinde y titulación de tierras de comunidades, el D.S. 004-92-TR, reglamento del régimen económico de las comunidades; y el D.S. 045-93-AG, sobre constitución de empresas comunales y multicomunales de servicios agropecuarios¹¹⁴⁸. Por último, en 2013 se aprobó el RIRPJ,

1147 Figallo, G. (2007), pp. 123-124.

1148 Seoane, M. (2001), pp. 130-131.

aprobado por Res. N° 038-2013-SUNARP/SN, que en forma general regula la materia, incluso en el ámbito de las comunidades.

3.4.3. Definición

Según el art. 134 CC, las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de personas naturales, cuya finalidad es mantener sus creencias, usos, costumbres, en conjunción con el aprovechamiento de su patrimonio mediante actividades consuetudinarias para beneficio de los miembros. Sin embargo, su finalidad va más allá del aspecto económico, por cuanto la misma Constitución establece que las comunidades administran justicia comunal según sus costumbres (art. 149), lo cual implica que estas tienen la organización y dirección de la vida social al interior de su ámbito territorial. Por tal motivo, debe considerarse equivocada la definición legal del Código, así como todas las definiciones doctrinales que consideran que su finalidad es simplemente no lucrativa. En tal sentido, debe señalarse que las comunidades tienen un objetivo mixto, de índole social (organización de las relaciones sociales a través de la costumbre y tradición, lo que incluye la administración de justicia) y de índole económico (aprovechamiento y disfrute de las tierras ancestrales y comunitarias).

La comunidad es un tipo de persona jurídica que no está abierta a la libre creación, pues solo tienen esta naturaleza aquellas organizaciones tradicionales, esto es, las que preexisten mucho tiempo atrás. Por tal razón, y en vía interpretativa, se puede sostener que la Constitución reconoce la existencia y personalidad de las comunidades que obviamente ya actúan, y han actuado así desde tiempo remoto (art. 89). Por eso, el texto fundamental dice: *“Las comunidades campesinas (las que ya tienen esa esencia) tienen existencia legal y son personas jurídicas”*, con lo que se cierra la posibilidad de crear comunidades nuevas, que no tengan como base la historia y la tradición.

Es necesario diferenciar las comunidades no-inscritas, pero existentes, y las comunidades inscritas. Por tanto, no cabe “crear” nuevas comunidades, que no tienen base sociológica e histórica, pues ello significaría obtener una protección injustificada.

3.4.4. Nacimiento de la personalidad jurídica

El art. 135 CC señala que la existencia de las comunidades requiere, además, el reconocimiento oficial y la inscripción en el registro. Esta norma fue cuestionada desde su aprobación pues se le consideraba incompatible con la Constitución de 1979 que reconocía la existencia legal de las comunidades, sin mayores requisitos formales. Con la Constitución de 1993, que en ese punto específico tiene casi la misma redacción que la anterior, por lo que deberá entenderse derogada la citada norma del Código.

La entidad pública competente para el reconocimiento de las comunidades campesinas es el Gobierno Regional (art. 2 D.S. 008-91-TR, Reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas¹¹⁴⁹), y, aunque primigeniamente las Direcciones Regionales Agrarias del Ministerio de Agricultura tenían la atribución para las comunidades nativas (D. Ley 25891), sin embargo, en la actualidad, tal competencia también corresponde a los Gobiernos Regionales.

Sobre el particular, debe indicarse que si las comunidades son protegidas es porque se reconoce su carácter de organizaciones sociales, muchas veces inmemoriales, cuyo origen histórico se remonta a fecha anterior al nacimiento de la República, por tanto, en tal específica situación, es obvio que el simple formalismo de una inscripción no puede crear ni modificar la realidad, por lo que se entiende que las comunidades tienen personalidad por sí mismas desde la Constitución de 1920, por el hecho de existir como fenómeno social, por tanto, la inscripción apenas tiene el carácter de noticia o información, pero no constitutiva¹¹⁵⁰. Por tanto, la administración se limita a una comprobación meramente formal de los requisitos legales, todo ello dentro de un procedimiento rígidamente reglado. En suma, el nacimiento de personalidad de las comunidades opera desde su existencia sociológica,

1149 "Para formalizar su personería jurídica, la comunidad campesina será inscrita por resolución administrativa del órgano competente en asuntos de comunidades del Gobierno Regional correspondiente. En mérito a dicha resolución, se inscribirá en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral correspondiente. La inscripción implica el reconocimiento tácito de la comunidad".

1150 En contra: Peña Jumpa, A. (2013), pp. 450-451, quien distingue el reconocimiento general y el reconocimiento específico, y para este último se requiere la inscripción en el registro.

por lo que la inscripción tiene el carácter de publicidad-noticia (informativa), por cuya virtud, el art. 77 CC, en este ámbito, queda descartado.

3.4.5. Denominación

Las organizaciones de personas vinculadas por razones culturales, étnicas o de parentesco, que tienen la condición de estables, tradicionales, cuyo sustento económico se basa en el aprovechamiento de la tierra, recibe actualmente el nombre unitario de “comunidades campesinas o nativas”, sin embargo, en el pasado, las denominaciones eran disímiles: comunidades de indígenas, de indios, etc., lo que finalmente fue unificado por mandato del D. Ley 17716, Ley de Reforma Agraria. El Tribunal Registral emitió una importante decisión sobre este punto de relevancia para identificar a las comunidades (RTR N° 686-2009-SUNARP-TR-L, de 22.05.2009¹¹⁵¹).

3.4.6. Disposición de las tierras

Las comunidades tienen el libre uso y disfrute de sus tierras, que normalmente son de dos clases: i) las de explotación familiar, que se respetan como si fuese propiedad privada, aunque con variantes por motivo de la ubicación (pisos ecológicos) o por cuestiones culturales; ii) las de carácter comunal, que son de aprovechamiento por todos los miembros, especialmente en los pastos de los cerros y pesca de los ríos o lagos, tratándose de comunidades campesinas; mientras en las nativas se comparte los bosques,

1151 “2. El registrador denegó la inscripción por cuanto en la Ficha N° 2404 aparece como titular “Comunidad de Chilca”, mientras que en la escritura pública interviene “Comunidad Campesina de Chilca”; y ante esta discordancia no se han encontrado elementos de conexión que permitan concluir que ambas personas jurídicas sean la misma. 3. Sin embargo, el registrador olvida que el artículo 115° del Decreto Ley 17716, Ley de Reforma Agraria, estableció que las antiguas comunidades de indios, de indígenas o con cualquier otra denominación análoga adoptarían a partir de esa fecha (año 1969), y de pleno derecho el nombre unitario de “Comunidades Campesinas”. Por tanto, y en virtud del imperio de la ley, la denominada “Comunidad de Chilca”, según sus títulos primigenios, pasó a nominarse para todo efecto legal como “Comunidad Campesina de Chilca”. Es evidente, pues, que no puede existir mejor elemento de conexión que una norma con rango de ley que solucionó en su momento dicho conflicto, por lo que corresponde revocar la observación. 4. Por lo demás, no existe riesgo de confusión por cuanto no existe una Comunidad de Chilca distinta a la Comunidad Campesina del mismo nombre”. (por lo expuesto, se revocó la observación del registrador, ordenándose la inscripción).

ríos y lagos¹¹⁵². Sin duda, la tierra es más que un activo patrimonial para la comunidad, pues constituye la base de su forma de vida, por lo que se trata fundamentalmente de un bien de uso, y no de intercambio¹¹⁵³. La Corte Interamericana ha reconocido esta nota distintiva de la propiedad comunal¹¹⁵⁴.

Por tal motivo, la disposición de tierras, si bien ya no está prohibida, se encuentra restringida, pero solo en algunos casos. En caso de enajenación, gravamen, arrendamiento o cualquier otro acto de disposición de tierras de comunidades de la costa, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros de la asamblea instalada con el quórum correspondiente (art. 10-b Ley 26505). En caso de tierras de la sierra o la selva, se necesita el voto conforme de no menos de las dos terceras partes de todos los miembros de la comunidad (art. 11 Ley 26505). Por su parte, la comunidad solo podrá nombrar representante para la disposición de sus tierras, pero solo en el caso de actos particulares (“venta de 10 hectáreas ubicadas en..., por el precio mínimo de...”), mas no en forma general (“venta de tierras, sin límite ni restricción alguna, por el precio que mejor se establezca”), lo que se justifica no solo por el art. 7 de la Ley 26456, en cuanto exige *“asamblea general convocada expresa y únicamente con tal finalidad”*, sino también porque un poder general sería incompatible con la razón de ser de las comunidades, que se basa en la tierra, y no en venderla en su totalidad. Sin embargo, esta última interpretación no ha prevalecido, por lo que se acepta el otorgamiento de poderes generales.

El territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la comunidad, las adquiridas y las adjudicadas por reforma agraria. Las tierras originarias son las que la comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y la que indican sus títulos. Las tierras comunales se oponen a cualquier tercero, salvo que el título de este sea anterior al 18 de enero de 1920 (fecha de la entrada en vigor de la Constitución de 1920, que reconoció a las co-

1152 Peña Jumba, A. (2013), p. 453.

1153 Ibid., p. 454.

1154 “Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”: Sentencia de 31/8/2001, Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua.

comunidades indígenas) (art. 2º Ley 24657). **En este caso, la posesión hace presumir la propiedad (art. 136 CC)**, lo que constituye una especialidad clarísima del derecho agrario frente al derecho común¹¹⁵⁵.

1155 "Las comunidades campesinas como descendientes de los primeros pobladores de nuestro territorio tienen el dominio, a título originario, de las tierras que han venido poseyendo desde tiempo inmemorial. Este derecho, como hemos visto, les fue reconocido por las Leyes de Indias y prevalece sobre los títulos derivados de los propietarios privados a quienes les fueron otorgados por la Corona Española con la expresa condición que no comprendieran las tierras poseídas por los indios. Por consiguiente, tratándose de las tierras que una comunidad viene poseyendo, la posesión equivale al título, por lo que puede decirse que es poseedora-propietaria de ellas. En consecuencia, no procede la acción reivindicatoria de un tercero contra la Comunidad, aunque exhiba título de propiedad y la Comunidad carezca de este; pero, a la inversa de la Comunidad puede reivindicar o demandar la nulidad de la transferencia de tierras que le pertenecen si esta se ha realizado entre el 18 de enero de 1920 y el 31 de octubre de 1993 en virtud de la imprescriptibilidad e inalienabilidad establecida por las Constituciones vigentes durante dicho periodo. La doctrina y la jurisprudencia republicana olvidaron el principio de Derecho Andino, reconocido por la Legislación de Indias y ratificado por el Decreto Bolivariano de 4 de junio de 1825 y la Ley de 31 de marzo de 1828 que declaran a los indios '*propietarios de las tierras que poseen*', hasta que fuera rescatado por Eugenio Castañeda sosteniendo que las Comunidades no necesitan demostrar que son propietarias de las tierras que han venido ocupando para que les sean reconocidos sus derechos. El referido principio tuvo consagración jurisprudencial en la ejecutoria del Tribunal Agrario de 11 de mayo de 1971 que expresó en su parte considerativa que '*las disposiciones tutelares dictados a favor de los denominados *indios* durante los primeros años de la República contenidas en los Decretos Supremos de 8 de abril de 1824 y 4 de julio de 1825, la Ley de 31 de marzo de 1828 y la Resolución Legislativa de 11 de octubre de 1893, deben aplicarse de acuerdo con la correcta ponderación valorativa de la realidad actual que no permite razonablemente exigir a los campesinos títulos saneados sobre las tierras cuyo trabajo constituye el único medio de subsistencia que ha podido ofrecerles la organización social hasta la fecha'* (...)": Figallo, G. (2007), pp. 193-194.

Capítulo X

REGISTROS DE PERSONAS NATURALES

1. CLASES

Los registros personales son aquellos que tienen como base de referencia los actos que celebra un sujeto-titular. El art. 2 Ley 26366, de creación del Sistema Nacional de Registros Públicos, los divide organizativamente en cuatro clases: Registro de Propiedad Inmueble, Registro de Bienes Muebles, Registro de Personas Jurídicas y Registro de Personas Naturales. Este último comprende cinco registros caracterizados porque el sujeto-titular es una persona física o natural: (i) Mandatos y Poderes, (ii) Testamentos, (iii) Sucesiones Intestadas, (iv) Personal, (v) Comerciantes.

2. REGISTRO DE MANDATOS Y PODERES

2.1. Función

El Registro de Mandatos y Poderes se creó con el Código Civil de 1936 con la finalidad explícitamente declarada de otorgar seguridad a los terceros que contratan con apoderados. Sin embargo, bien vistas las cosas, este registro presta seguridad también a los poderdantes¹¹⁵⁶. En efecto, el po-

1156 En los países que no cuentan con un registro análogo, la seguridad del tráfico en el ámbito de los apoderamientos se logra de distintos modos. En el caso argentino, por ejemplo, es necesario que el apoderado exhiba el testimonio original del poder en cada ocasión que se ejercita, y como prueba de que no está revocado porque, en tal caso, debió devolverse el testimonio notarial; sin embargo, como podría ocurrir que el apoderado se niegue injustificadamente a la devolución del documento, entonces resulta necesario, además,

derdante (o *dominus negotii*) tiene a su disposición la posibilidad de revocar poderes con alcance general, y, con una sola inscripción, sin que el tercero pueda aducir el desconocimiento de la revocatoria, por el contrario, en caso de ausencia de inscripción, el *dominus negotii* tiene la carga de que tal hecho sea de conocimiento de los terceros¹¹⁵⁷. En otras palabras, no basta que se produzca la revocatoria, en tanto es necesaria la producción de una especie de “publicidad de hecho”, por la cual, el poderdante tiene el deber de producir en el tercero el conocimiento del acto revocatorio, lo cual puede ocurrir con una comunicación dirigida a todos y cada uno de los interesados (art. 152 CC). Sin embargo, en la práctica, es muy difícil lograr esta publicidad fáctica frente a cualquier interesado en celebrar un negocio con el apoderado, pues ello implica dar a conocer el hecho, *ex ante*, a todos los terceros con algún interés. Por tal razón, la norma civil antes citada establece que la inscripción de la revocatoria elimina la carga de hacer conocer el hecho a los terceros, y, con ello, la revocatoria surte ese mismo efecto general en virtud de los alcances exorbitantes de oponibilidad que produce el fenómeno publicitario (arts. 152 y 2012 CC).

2.1.1. Función general

Por tal motivo, la función del registro, consistente en otorgar seguridad a quienes contratan por intermedio de poderes, se resuelve en beneficiar directamente a los poderdantes, quienes cuentan con un mecanismo sim-

verificar la escritura matriz del apoderamiento, lo cual cumple tres funciones: a) verificar la existencia de la propia escritura, con lo cual se previene la utilización de documentos falsificados; b) comprobar la exactitud e integridad del testimonio; c) constatar la existencia de una nota en la escritura matriz que anuncie la revocatoria del poder. Es el notario a quien le corresponde exigir la presentación del documento y, adicionalmente, estudiar la escritura matriz: Etchegaray, N. (2003), p. 136.

Nótese que, en el Perú, si no existiese este registro, la solución sería análoga, y así ya se contemplaba en cierta medida por la legislación notarial anterior, la misma que ha sido repetida en la ley vigente, aun cuando no se conoce muy bien su actual razón de ser. El art. 48 LN establece que en la escritura matriz deberá dejarse constancia de las modificaciones que haya sufrido el acto de manera sucesiva, para lo cual el notario que otorgue una escritura modificatoria deberá comunicarle tal hecho al notario que extendió el instrumento original. Esta figura sirve para concentrar en una sola hoja (en la matriz) todas las vicisitudes que sufra el instrumento público, por lo cual serviría perfectamente para otorgar seguridad a los terceros que contratan sobre la base de un apoderamiento.

1157 Carresi, F. (1987), T. I, p. 186.

ple para impedir las actuaciones deshonestas del apoderado, siempre que inscriban los actos en el registro. Es el principio de publicidad que beneficia al sujeto que inscribe. Por el contrario, la falta de inscripción de la revocatoria, por ejemplo, beneficia al tercero, ya que este se ampara en la situación inscrita previa, o incluso no inscrita, la que no aparece modificada por el registro. Es el principio de no-publicidad, por el que un acto no-inscrito deviene en inoponible frente al tercero. En tal caso, este se beneficia por la falta de inscripción. “Ordinariamente, el principio de la publicidad negativa se refiere solo a las modificaciones y a la extinción de las relaciones jurídicas anotadas en los libros del registro. Tal es el caso de los supuestos citados. Se protege la confianza en la subsistencia de los hechos anteriormente inscritos”¹¹⁵⁸. Pero, hoy, la doctrina moderna incluye la apariencia del poder no inscrito, pero que se muestra en el tráfico.

Por tanto, debe aclararse que la inscripción del acto de apoderamiento (primera inscripción) no produce un específico efecto legal, pues da lo mismo contar con el título inscrito o no, pues en cualquiera de los dos casos, tal acto, por sí solo, demuestra la existencia, validez y subsistencia del poder. En palabras de Lacruz Berdejo, podríamos decir que la declaración positiva de haberse otorgado un poder no le concede una eficacia específica a la inscripción, sino que es la misma que ya tenía por la declaración del poderdante. En suma, el poder por sí mismo produce efecto frente a los terceros, sin necesidad de la inscripción, bajo el entendido que tercero será cualquier persona que contrata con el apoderado por virtud del título de apoderamiento que se le exhibe. Una vez comprobada la existencia y validez del poder, el tercero podrá contratar con el apoderado y, con ello, vincular al poderdante según las reglas sustantivas generales, sin que la inscripción o la falta de ella produzcan efectos específicos¹¹⁵⁹.

1158 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 74.

1159 La inscripción no aporta ningún efecto especial al poder, pues, según el artículo 145 CC, el poder existe y es válido simplemente cuando ha sido conferido por el *dominus negotii* de acuerdo con las formalidades legales, sin que el registro tenga ningún efecto especial. En tal caso, el poder afecta siempre a terceros, por cuanto esa es su naturaleza, y para ejercitarla bastará con exhibir el título en el que consta, con lo cual se prueba su existencia, validez y subsistencia. Alguien puede preguntarse ¿cómo puede probarse la subsistencia o vigencia, si solo se aportó la prueba del poder en sí? La razón de ello es muy simple:

Distinto es el caso de un acto modificativo, en donde la importancia de la inscripción es fundamental para efectos de lograr la oponibilidad absoluta a través del registro, con lo cual se impide la actuación infiel del apoderado. Por tanto, en los actos de modificación del poder, se hace mucho más importante contar con un mecanismo de oponibilidad general que de cognoscibilidad respecto del hecho secundario que produce una variación en relación con el hecho primario. En buena cuenta, es fácil que se ejerza el poder frente a los terceros, a través de la exhibición de ese único título, sin que la inscripción aporte nada especial; en cambio, si hay modificaciones del hecho, entonces se hace necesario establecer un mecanismo facilitador que permita conocerlos. Téngase en cuenta que una cosa es el hecho jurídico y otra es la publicidad de ese hecho; el hecho de la revocatoria existe y es válido desde que se declara en forma expresa (art. 149 CC) o tácita (art. 151 CC), pero solo será eficaz frente a terceros cuando sea comunicado o se le dote de una suficiente publicidad fáctica que permita darle notoriedad (art. 152 CC); en este punto, el registro facilita la oponibilidad absoluta del acto modificativo (arts. 152, 2012 CC). Como lo dice la mejor doctrina: el solicitante que no haya inscrito la revocación del poder no puede oponer este hecho a los terceros. La inscripción, por el contrario, permite la liberación del poderdante¹¹⁶⁰.

El art. 152 CC contiene una regla de vital importancia, en virtud de la cual, la revocatoria inscrita se opone en forma absoluta a los terceros, lo que implica que la revocatoria no inscrita o no comunicada, resulta inoponible. Sin embargo, el art. 2038 CC agrega que la protección solo opera a favor de los terceros de buena fe y que contraten a título oneroso con el apoderado inscrito, lo que merece una explicación adicional. Un tercero carece de buena fe cuando conoce que se ha producido la revocación a través de medios ajenos al registro mismo (Casación N° 1569-2002-Lima), por lo que no basta el mero desconocimiento para obtener protección (buena fe-ignorancia),

según el art. 152 CC la revocatoria solamente perjudica al tercero a quien se le comunicó ese hecho, por tal motivo, tratándose de una prueba positiva, entonces el poderdante deberá aportar la comunicación de revocación dirigida a ese específico tercero, en caso contrario, aunque la revocación se haya producido, no es oponible al tercero, quien reputará subsistente el poder.

1160 Ragusa Maggiore, G. (2002), p. 156.

sino además es necesario que el tercero actúe con la diligencia exigible en el tráfico; por tal motivo, si por culpa no llega a conocer la revocación del poder, entonces a pesar de su desconocimiento, no llega a obtener tutela (buena fe-diligencia). Según la doctrina italiana, es necesaria la confianza razonable y no-culpable del tercer contratante, es decir, se requiere la apariencia objetiva de apoderamiento del falso procurador, así como la buena fe del tercero (ignorancia del hecho), y que dicho error no se deba a culpa (diligencia)¹¹⁶¹.

Sobre este punto, vale una reflexión ulterior: si la revocación se considera un negocio no recepticio en relación con los terceros (para su eficacia no se necesita notificar a alguien), por lo que solo queda sujeto a la carga de darle publicidad (así: Vincenzo Roppo), entonces el hecho de la revocación, debidamente comunicada al apoderado, produce automáticamente la extinción del poder (recepticio en relación con el representante); por tanto, el apoderado que pretenda continuar en su ejercicio, se convierte en un *falso procurador*, que ya no podrá celebrar negocios en nombre del representado, sin embargo, por tutela de la apariencia, los ordenamientos reconocen la actuación de quien objetivamente cuenta con una situación de apoderamiento, y que produce un engaño no-culpable en el tercero, quien, además, actúa de buena fe. Esta figura conocida como la representación aparente, es una derivación de la doctrina de la apariencia, por cuanto un tercero merece protección en virtud de un hecho que aparenta ser, pero no es. Distinta es la solución si consideramos que la revocación es un acto recepticio en relación con los terceros, que debe comunicarse a estos, pues en tal caso, la falta de publicidad del hecho, o la ausencia de inscripción, da como resultado que la revocación no esté jurídicamente consumada; por lo que no hay la apariencia de algo falso, sino que existe una realidad todavía vigente: el poder subsiste ante la falta de una condición de eficacia. Por nuestra parte, preferimos la primera tesis, ya que el carácter unilateral de la revocación, al igual que el apoderamiento mismo, no calza con la necesidad de notificación de una persona determinada; por lo demás, parece artificioso condi-

1161 Roppo, V. (2001), p. 305.

cionar la eficacia de la revocación a que todos los terceros indeterminados tomen conocimiento de tal hecho.

2.1.2. Función de oponibilidad

El art. 2038 consagra el siguiente supuesto: un apoderado celebra un acto jurídico con tercero, por lo cual vincula a su poderdante; sin embargo, en la realidad jurídica, el poder está revocado, pero de este hecho no existe constancia en el registro. En tal caso, el tercero que adquiere un derecho en forma onerosa y de buena fe, es protegido por virtud de la norma citada, que se inspira obviamente en la doctrina de tutela de la apariencia¹¹⁶². En forma analítica, puede decirse que esta norma requiere los siguientes requisitos para cumplir su función de protección del tráfico:

- a) Tercero de buena fe, esto es, que desconozca la revocación por medios ajenos del registro. En caso contrario, la realidad jurídica se impone.
- b) Tercero a título oneroso, esto es, quien contrata con el apoderado lo hace en virtud de un negocio bilateral que implica para ambas partes un sacrificio patrimonial. Nótese que la protección se da al tercero que celebra un contrato con el apoderado, y no a cualquier tercero que fortuitamente entra en relación jurídica con el apoderado. Por ejemplo: un sujeto sufre un daño por la caída de un edificio, por cuya razón, demanda al propietario del inmueble a través de su apoderado, pero este ya no tiene esta condición por efecto de una revocación no inscrita; en tal caso, la relación jurídica (resarcitoria) se entabló sin tener en cuenta el registro ni el poder, por lo que el tercero no puede ampararse en él. La protección, en suma, solo alcanza a los terceros de tráfico, esto es, los que han entrado

1162 “si una persona adopta una conducta que dentro del marco de circunstancias antecedentes y actuales crea una imagen, da una impresión, en términos generales, o dicho en otras palabras, crea una apariencia (en cuanto no corresponde a la realidad), con ello está induciendo a error a los demás, que por esa razón pueden y deben confiar en ella, en caso de que no la puedan desvanecer con las indagaciones normalmente a su cargo, como personas medianamente advertidas y precavidas, o sin más, que no hayan obtenido la información correctora, por el medio que sea. Por ello se dice que la buena fe creadora de derecho, acá legitimadora en cuanto creadora de representación o de poder de representación, presupone la excusabilidad del error del tercero”: Hinestroza, F. (2008), p. 351.

en relación voluntaria con el poderdante por virtud del apoderamiento.

- c) Tercero que actúa en base de un poder inscrito en el lugar de celebración del contrato. La inscripción es la apariencia sobre la cual el tercero presta su confianza. Nótese que la protección del registro exige que el poder se encuentre inscrito a efectos de que la eventual modificación no inscrita sea inoponible al tercero, con lo que entra a jugar el principio de no-publicidad, esto es, la falta de publicidad del hecho secundario hace que se mantenga intangible el hecho primario (art. 2038 CC). Sin embargo, la falta de inscripción del apoderamiento hace que igualmente sea protegido el tercero que desconoce la revocación, pero en virtud de las reglas del derecho común (art. 152 CC).
- d) En el registro no debe constar inscrita o anotada la revocatoria o la causal de extinción¹¹⁶³. Sobre el particular, debe entenderse que la extinción puede estar inscrita en otro registro, e igual afecta al tercero, pues la primacía de la ficción (poder revocado, pero que se le reputa vigente) es norma de excepción. Es el caso recurrente de los poderes inscritos que en puridad se han extinguido por muerte o incapacidad del representado, y este hecho consta en los Registros de Sucesiones Intestadas, Testamentos o Personal.

El “tercero”, para efectos del art. 2038 CC, y como puede deducirse de nuestra anterior exposición, es aquel que contrata con el apoderado en virtud del poder inscrito. Por ejemplo, el poderdante A otorga poder a favor del representante B, a efectos de que venda un inmueble; frente a ello, B, que actúa en nombre del vendedor A, celebra un contrato de compraventa con

1163 Nótese que el art. 2038 CC habla de causales de extinción no inscritas, lo que es mucho más amplio que la sola revocatoria, pues se incluye las hipótesis de muerte o incapacidad del poderdante, renuncia del apoderado, que sin embargo continúa actuando en forma deshonesta a través del poder, etc. En tal sentido, existe una sentencia de la Corte Suprema (Casación N° 770-99-Ica, de 16.10.2001), en la que se declaró la nulidad de una hipoteca por cuanto el apoderado había actuado en virtud de un poder extinguido por muerte del poderdante (art. 1801 CC). Nótese que para esta ejecutoria no interesa que el tercero haya contratado con un apoderado con poder inscrito en el que la causal de extinción no se había inscrito, lo que resulta correcto de acuerdo con el tenor del art. 2038 CC.

el comprador C, que es el tercero de la norma citada, por lo cual, si el poder inscrito ya había sido revocado, sin que esta circunstancia se haya albergado al registro, entonces la revocatoria es inoponible (no-publicidad), y el tercero resulta protegido. Nótese que este tercero no tiene relación alguna con el que recibe el mismo nombre en el art. 2014 CC (tercer sub-adquirente que inscribe su propia adquisición), pero ello no significa que sea un error de técnica legislativa, pues en los registros de bienes y en los registros de personas, el tercero es claramente distinto, por cuanto en uno las sucesivas transmisiones se inscriben en el propio registro, con lo que se forma una cadena tabular; mientras en los otros, el acto inscrito (en este caso, el poder) sirve como sustento para un acto patrimonial que no llega a ese mismo registro, y que se realiza fuera de él. Por tanto, no puede confundirse el tercero del registro de bienes (caso paradigmático: art. 2014 CC), con el tercero del registro de personas, como es el del 2038 CC. La mejor doctrina está conforme con esta opinión: "Tercero es toda persona distinta de la causante de la inscripción, es decir, la persona a quien perjudica la inscripción y a quien favorece la no inscripción"¹¹⁶⁴. Por tal motivo, el tercero del art. 2038 CC no se relaciona con el tercero del 2014 CC, por lo cual el primero podría ser protegido en mérito de una revocatoria no inscrita, sin embargo, podría no contar con la tutela del segundo, en vista de la nulidad del acto previo que consta en el registro de predios; y viceversa, cuando un tercero cumpla todos los presupuestos del 2014 CC, pero la revocatoria le sea oponible por conocerla de hecho.

En un caso específico se constató que el tercero no tomó en cuenta las circunstancias dudosas de un título de apoderamiento de fecha posterior a la del propio acto dispositivo, de fecha anterior, por lo cual se consideró que no actuó con la diligencia exigible en el tráfico, por lo que su error era inexcusable, a pesar de no conocer la revocación producida, pero se consideró el hecho de que la revocación del poder aparecía asentada en la escritura matriz, lo que implica una actuación culposa¹¹⁶⁵. La decisión es aceptable,

¹¹⁶⁴ Garrigues, J. (1987), T. III, p. 77.

¹¹⁶⁵ "Analizando las normas aludidas –artículos 152, 197, 949, 1802, 2012, 2014 y 2038 del Código Civil- se llega a la determinación de que éstas resultan aplicables únicamente en los casos que exista buena fe y probidad por parte de los contratantes, lo que no ocurre

según las circunstancias del caso, pero es dudoso generalizarla, pues de ser así, entonces el tercero no solo debe consultar el registro, sino también la escritura matriz del poder a efectos de comprobar si existe un asiento que dé cuenta de la modificación del poder, a tenor del art. 48 LN. He aquí el caso que puede colocar en peligrosa situación a los terceros, y que también genera responsabilidad en el notario por faltar a su deber profesional.

La publicidad registral supone la existencia jurídica de un hecho, por lo que regula las consecuencias frente a tercero de la inscripción de ese hecho. Vamos a tratar de sintetizar esas consecuencias:

- a) Poderdante que no inscribe el poder: no se aplican las normas registrales, sino las del derecho civil; por tal razón, el tercero que contrata con el apoderado, sin que conozca la revocación, entonces reputa que el poder subsiste vigente (art. 152 CC). Es la aplicación concreta de la doctrina de la apariencia jurídica destinada a la protección de un tercero de buena fe que contrata con un falso procurador, pero que parecía serlo en la realidad.
- b) Poderdante que inscribe el poder que no ha sido revocado: la inscripción no juega un específico rol, pues el poder subsiste según las reglas generales.
- c) Poderdante que inscribe el poder, pero luego es revocado, sin que este último se inscriba: la falta de inscripción no se opone al tercero de buena fe y título oneroso que contrata en base del poder inscrito (2038 CC). Empero, no basta la sola ignorancia del tercero, es necesario que el error de este no sea culpable. Es el principio de no-publicidad, esto es, lo no-inscrito no afecta lo inscrito.

en el presente caso, al comprobarse que en la escritura pública de compraventa se halla insertado referencias del poder con el que el co-demandado José Laso Gandarillas actuó en representación de la actora, señalando como fecha de inscripción el cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, no obstante que dicha escritura tiene fecha dos de agosto y la conclusión de firmas se dio el mismo día; además de esto en el poder otorgado por la actora a favor del co-demandado, que tenía el notario en su legajo, aparece marginalmente anotada la revocatoria del mismo, señalando, incluso, su fecha de inscripción. Consecuentemente la incongruencia contenida en la anotada escritura es evidente que determina la nulidad el acto jurídico, deviniendo así el recurso en infundado”: Casación N° 1569-2002-Lima, publicada el 31.05.2004.

- d) Poderdante que inscribe el poder, y luego inscribe la revocatoria: el tercero no recibe protección por la oponibilidad absoluta que obtiene el hecho jurídico de la revocación (art. 152 CC)¹¹⁶⁶. Es el efecto propio del principio de publicidad, por lo que el acto inscrito goza de oponibilidad absoluta, lo cual beneficia al sujeto que inscribe (poderdante), y perjudica al tercero que no puede invocar la falta de conocimiento del hecho, aunque ello sea cierto y la falta de verificación del registro no se deba a culpa suya (por ejemplo: imposibilidad física de acudir al registro). “La posición del tercero en el caso del apartado anterior (falta de inscripción), y en el caso presente (inscripción), puede resumirse diciendo que mientras en el primer caso no necesita invocar su ignorancia del hecho no inscrito, porque lo no inscrito no le perjudica, en el segundo caso no puede invocar su ignorancia porque lo inscrito le perjudica, aunque de hecho lo ignore”¹¹⁶⁷. Según el ordenamiento sustantivo, la actuación del falso procurador, en este caso por haberse revocado eficazmente el poder, conlleva la ineficacia del acto jurídico celebrado por quien se atribuyó una representación que no tenía en ese momento (art. 161 CC), aun cuando en la jurisprudencia es usual decretar la nulidad del acto jurídico principal por falta de manifestación de voluntad del titular de los intereses materia de disposición (Cas. N° 1569-2002-Lima, publicada el 31.05.2004).

2.1.3. Función de fe pública registral. ¿Existe?

La publicidad del hecho jurídico conlleva que este incida sobre cualquier tercero, pues se entiende que lo conoce y eso genera oponibilidad; por su parte, la falta de inscripción del hecho implica que este no es conocido por el tercero, por lo que no es inoponible. La ley pone en evidencia la eficacia negativa, puesto que antepone la tutela de los terceros a la del interesado, pero se trata de una tutela que está ligada a la ignorancia del

1166 Si se pretende inscribir el contrato principal en el registro de bienes, y la revocatoria está inscrita antes de la fecha de celebración de dicho contrato, entonces la calificación del registrador debe ser negativa; así lo indica el art. 150 (vigente) RI de 1936: *No serán inscribibles los actos practicados por el mandatario en ejercicio de un poder cuya revocatoria aparezca inscrita con anterioridad a la celebración del acto.*

1167 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 75.

hecho, no a su existencia o inexistencia. Así, pues, publicidad y hecho están en dos planos distintos, y quien no cumple con dar publicidad registral, sin embargo, bien puede probar la existencia del hecho y de su conocimiento por el tercero¹¹⁶⁸. Nótese, pues, que se trata de dos ámbitos distintos: uno, referido a la existencia y validez del hecho jurídico, y el otro a su publicidad.

El juego de la oponibilidad o de la inoponibilidad presupone que el hecho jurídico existe y es válido, esto es, el hecho está presente en la realidad; pero otra cosa son los efectos de la publicidad, o la falta de esta. En este último ámbito juega el art. 2038 CC, ya analizado a profundidad; sin embargo, un tema distinto es impugnar la validez (o existencia) del propio acto inscrito; es decir, formular un debate la inscripción, no de la publicidad del hecho, sino, sobre el hecho mismo, si en realidad existe o es válido.

Vamos a poner un ejemplo para aclarar la distinción: A otorga un poder a B y lo inscribe, luego revoca el poder pero no lo inscribe; el tercero C cuenta con la situación previa del poder inscrito, y no le afecta la revocatoria oculta; aquí, pues, entra a tallar la falta de inscripción del hecho jurídico que es inoponible frente al tercero; empero, un tema distinto se presenta si el poder otorgado por A en favor de B, que se inscribe, en realidad no existe por ser falso o se encuentra afectado por alguna causal de nulidad; en tal caso, el problema no se encuentra en la inscripción o no del hecho, sino en el hecho mismo, ya que este es inexistente o simplemente es nulo y, en consecuencia, no debe producir efectos. El segundo caso está claramente emparentado con el principio de fe pública registral.

La falta de fe pública permite que A se excuse por el falso apoderamiento, pues, la invalidez se propaga a los terceros. Por el contrario, la consagración de este principio implica que A no pueda liberarse, y C queda protegido en virtud de su confianza en el registro, aunque este sea inexacto. En nuestro caso, la misión asignada al Registro de Mandatos y Poderes consiste en reputar universalmente conocido el hecho inscrito, y viceversa cuando no se inscribe, pero distinto es el caso cuando en el Registro se ha verificado una inscripción inexacta; en tal situación, y a falta de norma, el Registro no tiene la eficacia de convalidar derechos basados en títulos falsos o nulos a

1168 Ibid., p. 132.

favor de terceros, aun si este confió de buena fe en una inscripción ilegal. Para el ámbito del Registro Mercantil alemán, pero con una doctrina perfectamente aplicable a nuestra materia de estudio, se ha dicho lo siguiente: “Si, por ejemplo, como consecuencia de una equivocación del encargado del Registro, motivada por la existencia de dos firmas semejantes, se inscribe como poder conferido por una de ellas el que en realidad fue otorgado por la otra, el tercero que contrató con el mandatario en cuestión no puede invocar la inscripción para demandar a la empresa que en realidad no confirió el mandato”¹¹⁶⁹. Por tanto, en forma incorrecta se sostiene comúnmente que el art. 2038 CC se refiere al “principio de fe pública registral”¹¹⁷⁰, cuando en realidad esta norma simplemente otorga protección a los terceros de buena fe respecto de los hechos no inscritos (“poder, modificaciones o extinciones no inscritos”), pero en ningún momento establece que el tercero merezca tutela cuando la inscripción del poder sea inválida o irregular, lo que lleva a la obvia conclusión de que la sola inscripción de un poder no convalida a favor del tercero la nulidad o falsedad del acto de apoderamiento, por lo que, en cualquiera de estas hipótesis, el tercero que contrata con el apoderado deberá sufrir la ineficacia del negocio jurídico por haberlo celebrado con un falso procurador (art. 161 CC), en tanto este no tiene la representación que se atribuye, por virtud de la nulidad. Nótese que el ordenamiento sustantivo del acto jurídico tampoco contempla una protección especial frente a los poderes nulos o falsos, y solamente confiere la oponibilidad absoluta cuando la revocatoria esté inscrita (art. 152 CC), lo que se refiere solo al principio de publicidad (con sus dos variantes), pero no a la fe pública. Por los motivos expuestos, la siguiente ejecutoria suprema es claramente desafortunada: “Si bien la escritura pública de poder especial, inscrita en el Registro de Mandatos, está viciada de nulidad, sin embargo, ello no es oponible al tercero registral, por estar amparado por el principio de fe pública registral (sic), por ende, el acto jurídico mediante el cual adquiere la condición de acreedor hipotecario mantiene su validez” (Cas. N° 1167-98).

Alguien podría pensar que es injusto no proteger al tercero de buena fe que contrata en virtud de un poder nulo o falso, pero inscrito en el Registro

1169 Heinsheimer, K. (1933), p. 32.

1170 Por ejemplo: Soria, M. (2001), p. 340.

de Mandatos. Sin embargo, debe considerarse que en esta hipótesis existen dos perjudicados, y probablemente ambos inocentes: uno, el tercero de buena fe y, otro, el titular del derecho que podría ser despojado por virtud de un poder irregular. La tutela del tercero conlleva la desprotección del titular que sin culpa perdería su derecho por efecto de un apoderamiento que no le es imputable, en vista de su nulidad o falsedad. Por tal razón, en este caso, se impone la realidad jurídica, por lo que la nulidad produce sus efectos ordinarios, con lo que se niega reconocimiento al negocio jurídico, cuya base se encuentra en un poder inválido. De ello puede decirse que al tercero le es oponible el hecho, siempre que sea real; por tanto, en contra del tercero se puede demostrar que el hecho inscrito era falso o inexistente¹¹⁷¹.

2.2. Aspectos esenciales

2.2.1. Denominación

El nombre de “Registro de Mandatos y Poderes” es erróneo, pues el solo mandato, sin representación, no es acto inscribible, por cuanto se trata de un negocio de gestión de intereses ajenos cuya existencia no afecta la esfera jurídica del mandante, en tanto este no se vincula con los terceros contratantes, por lo que no se genera entre ellos derecho u obligación alguna. El art. 1809 CC es claro al respecto: *“El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato”*. Es decir, la misma norma indica que la información que pueda tener el tercero sobre la existencia o no del mandato es irrelevante, por lo que no existe razón ni fundamento alguno para pretender que el mandato sin apoderamiento pueda acceder al registro. Téngase en cuenta que una de las ventajas de la actuación a nombre propio del mandatario, es facilitar el secreto de las operaciones de su mandante; y, precisamente, el secreto y la publicidad registral son conceptos antagónicos. La postura que sostiene que el mandato sin representación es acto inscribible significaría la admisión de otros negocios de gestión de intereses ajenos, tales como el contrato de agencia, de corretaje, y hasta la locación de servicios, lo que resulta inaceptable.

1171 Ragusa Maggiore, G. (2002), p. 145.

Sin embargo la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se muestra partidaria de la tesis, aquí criticada: *“debe señalarse que también es posible inscribir el mandato sin representación, aún cuando debe admitirse la poca utilidad de esta inscripción desde que el tercero que contrata con el mandatario, sabe que éste y no el mandante (aún cuando el contrato de mandato esté inscrito) quien asume los derechos y obligaciones derivados de la relación jurídica en cuestión (art. 1809)”*; sin embargo, ¿cómo es posible que el mismo legislador acepte que está regulando un instituto que no tiene utilidad práctica? Lo que ocurre, en nuestra opinión, es que el codificador intuyó que el contrato de mandato sin representación no encaja con el carácter publicitario del registro, empero, no se atrevió a romper la tradición que viene desde el Código de 1852, que identifica como sinónimos el mandato y el apoderamiento. Si bien el Código Civil vigente ha perfeccionado el deslinde entre ambas figuras, empero lo ha hecho un poco tímidamente, como se desprende, por ejemplo, del art. 1807 CC que presume la representación en todo contrato de mandato.

El mandato es un negocio bilateral (contrato) por el cual el mandante encarga al mandatario la gestión de un acto jurídico, por lo que este actúa por cuenta de aquel. Por el contrario, el apoderamiento es un negocio unilateral por el que se confiere al apoderado facultades para actuar en nombre ajeno. Muchas veces, el poder es una consecuencia del mandato; pero no son sinónimos ni equiparables, pues se encuentran en distintos planos: el mandato regula la relación jurídica interna entre quien encarga una gestión y el que la realiza; mientras que el poder regula la relación externa entre el apoderado que puede vincular al poderdante con los terceros. Por lo demás, es perfectamente admisible un poder sin mandato (por ejemplo, si se causa por virtud de un contrato de trabajo o locación de servicios), o mandato sin poder (solo encargo de gestión, sin facultades representativas).

En conclusión, el mandato sin representación no es acto inscribible por carecer de relevancia frente a los terceros, en tanto constituye un vínculo obligatorio que solo interesa al mandante y mandatario. El tercero que contrata con el apoderado no sufre ni se beneficia con el mandato, pues se trata de una relación interna que para él es irrelevante. La única incidencia, para el tercero, la tiene el negocio de apoderamiento. Por tal razón, en su

momento, será necesario modificar la denominación actual de este registro por la de “Registro de Poderes”.

Nótese que el apoderamiento podría estar incluido en un contrato de locación de servicios, mandato, agencia o corretaje; sin embargo, lo trascendente no es la existencia de estos contratos, sino más bien, que realmente se haya atribuido facultades representativas para actuar en nombre ajeno. Por tanto, si solo tiene relevancia publicitaria el acto de apoderamiento (no importa si es unilateral, o está incluido en otros contratos), el Registro debe adoptar exclusivamente su nombre.

2.2.2. Actos inscribibles

El Registro de Mandatos y Poderes ha pasado por una serie de etapas con respecto a los actos inscribibles.

En una primera etapa se inscribieron los actos de apoderamiento y sus vicisitudes otorgados por personas naturales, y también por personas jurídicas cuando estas no contaban con hoja registral, o la hoja registral era limitada, o no se tenía hoja registral en el lugar donde se pretendía ejercerse la representación. Así ocurrió desde la aparición de este registro, con el Código Civil de 1936, hasta la puesta en vigor de la Ley 26366, de creación del Sistema de Registros Públicos, en 1994. En esta primera etapa, el Registro de Mandatos y Poderes inscribía los actos de apoderamiento de las personas naturales, pero no solo de ellos. Así, también se inscribían los poderes de las personas jurídicas creadas por ley, que carecían de un registro que albergue su nacimiento, por lo que no había hoja registral en el cual se agrupasen las inscripciones relevantes para su responsabilidad. Era el caso, por ejemplo, de las Universidades, los Colegios Profesionales, entre otros, cuyos poderes fueron inscritos en el Registro de Mandatos, hasta que la Ley 26366 creó el registro de personas jurídicas creadas por ley. En la misma situación se encontraron las sociedades civiles, asociaciones y fundaciones que tenían hoja en el registro, pero su alcance era limitado, pues en ella no se inscribían los poderes, sino la constitución, la modificación estatutaria y la disolución, por lo cual era necesario acudir al Registro de Mandatos¹¹⁷² para dar publici-

1172 Art. 137 RI (de 1936): *Los poderes que otorguen las personas jurídicas, así como las revocatorias y sustituciones de los mismos, deberán inscribirse en el Registro de Mandatos.*

dad de tales actos de apoderamiento. Asimismo, debe mencionarse el caso de las sociedades mercantiles que tenían hoja abierta en el registro mercantil, pero que necesitaban actuar en un lugar distinto al de su domicilio, sin contar con sucursal, entonces se permitía que la oficina registral ajena inscribiese el poder de la sociedad, pero en el Registro de Mandatos.

La segunda etapa se inicia con el Código Civil de 1984 (art. 2025), pues el Registro de Mandatos y Poderes dejó de inscribir los actos de apoderamiento de las personas jurídicas con hoja limitada, pues en virtud del principio de unidad inscriptiva, las asociaciones, fundaciones y sociedades civiles contaron a partir de ese momento con una hoja que contiene todo su historial, inclusive los poderes. Sin embargo, el citado registro seguía inscribiendo poderes de personas jurídicas creadas por ley o de personas jurídicas que tenían hoja completa, pero que pretendían actuar en otra localidad a través de un apoderado, sin necesidad de abrir una sucursal.

Por último, en la tercera etapa, vigente desde la Ley 26366, de creación del Sistema de Registros Públicos, se ubicó el Registro de Mandatos y Poderes dentro del ámbito del Registro de Personas Naturales, lo cual exige una interpretación sistemática que lleva a considerar que solo los poderes conferidos por personas naturales tienen acceso a la inscripción. Esta solución, por lo demás, es la más razonable, si tenemos en cuenta que los otros tipos de personas (jurídicas voluntarias o creadas por ley) cuentan con su propia hoja que puede albergar los poderes; por tanto, los actos de apoderamiento por personas jurídicas se albergan en la hoja de estas, cualquiera fuese el caso. En la hipótesis de sociedades con ejercicio en lugares distintos a su propio domicilio, el art. 14 LGS precisó que la inscripción en la hoja de la sociedad basta para ejercer el poder en cualquier lugar, sin perjuicio de que se acordase el establecimiento de una sucursal. En la misma línea se encuentra el art. 32 RRS de 2001 y la Directiva aprobada por Res. N° 255-2001-SUNARP/SN de fecha 10.10.2001.

En la actualidad, por tanto, el Registro de Mandatos y Poderes contiene los actos de apoderamiento y sus vicisitudes otorgados por personas naturales en forma voluntaria. Siendo así, quedan excluidos los poderes de origen legal (por ejemplo: patria potestad, tutela) o los de origen judicial (por ejemplo: administrador judicial de bienes en copropiedad, autorización

para disponer bienes de incapaces, etc.), así como los otorgados en general por personas jurídicas. En algunos casos, esos poderes tienen su sede natural de inscripción en otros registros (Personal), o en otros casos simplemente no se les considera inscribibles por su notoriedad (patria potestad), transitoriedad (autorización para disponer bienes de personas con discapacidad) o por la legalidad que implica por sí misma la actuación que se funda en una decisión judicial, lo que hace innecesario el registro.

La norma matriz de los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes es el art. 2036 CC, que incluye los actos de apoderamiento general o especial, esto es, los que se refieren a un conjunto de negocios del representado o a un negocio singular¹¹⁷³, así como la sustitución, modificación y extinción del poder. Las causales de extinción, salvo la revocación o renuncia, deben encontrarlas en las reglas del mandato, e incluyen la ejecución del encargo, vencimiento del plazo, muerte, interdicción o inhabilitación del poderdante o apoderado (art. 1801 CC, por analogía). Para tratar de vincular la realidad jurídica con el registro, el CPC (art. 833-2) ha previsto, en el caso de los procesos de sucesión intestada, que el juez ordene la anotación de la demanda en el Registro de Sucesiones Intestadas y de Mandatos; en este último caso, con la evidente finalidad de extinguir los poderes. Sin embargo, en la práctica, la norma no se cumple; y lo mismo ocurre en el ámbito de los procedimientos notariales de sucesión intestada, en donde esa norma también resulta de aplicación por vía subsidiaria (art. 3 Ley 26662).

Por su parte, el art. 53 CC sanciona que también es inscribible la declaración judicial de ausencia, por cuanto esta es una causal de extinción de los poderes otorgados por el ausente; pero, no se dice qué pasa con el posible regreso del ausente (art. 59-1 CC), pues, en tal caso, debe suponerse que se eliminan los efectos que produjo, con lo cual se daría lugar a la reviviscencia del poder; sin embargo, en buena técnica legislativa debe interpretarse que la ausencia extingue el poder de forma definitiva (así, el art. 53 CC), lo cual implica una culminación de los efectos, y que no puede volverse atrás.

1173 Alpa, G. (2006), p. 84.

2.2.3. Técnica registral

El Registro de Mandatos y Poderes abre hoja (partida) por cada acto de apoderamiento, y no en base de la persona que lo otorga. En efecto, por cada poder se da inicio a una independiente vida tabular, por lo que una persona que otorga 10 ó 15 apoderamientos da origen a tantas otras partidas como actos se confieran; pero, en ningún caso, los distintos poderes se unifican bajo una partida según el criterio de la persona otorgante. Sin embargo, la publicidad formal se ordena por virtud del nombre del poderdante.

Este Registro siempre tuvo dicha característica, tal y como se advierte del art. 144 (vigente) RI de 1936: *“El libro de mandatos abrirá una partida para cada uno de los que se confiera en instrumento público y se presente para su inscripción, debiendo extenderse, en asientos sucesivos, sus sustituciones, sus modificaciones, sus revocatorias, etc”*. Luego, el RGRP (TUO en 2012) estableció que las partidas se abren por bien o por persona, lo cual hubiese implicado una compleja reforma en el sistema de inscripción en este registro, pues las partidas hubiesen tenido que abrirse por el sujeto, con lo cual, en una misma hoja, se concentrarían todos los poderes que este hubiese otorgado durante su vida. Por tal motivo, en forma casi inmediata, se tuvo que expedir una ampliación del Reglamento a efectos de exceptuar de esa disposición al Registro de Mandatos, con lo que se mantuvo el sistema previo de abrir hoja en virtud de cada poder, y no por sujeto.

Es cierto que esta técnica registral puede traer inconvenientes, pues el otorgamiento de un nuevo poder, por parte de la misma persona, podría originar consecuencias de orden sustantivo, como, por ejemplo, cuando se designa un nuevo apoderado para el mismo acto, en el que ya existía un apoderado anterior, entonces se reputaría que el primer acto ha quedado revocado de manera tácita (art. 151 CC). Esta situación podría advertirse en una sola hoja, que agrupe todos los negocios de apoderamiento conferidos por el mismo sujeto, pero resulta de difícil manejo, aun cuando, sin duda, sería más seguro y acorde con la realidad jurídica. No obstante, el sistema vigente tiene también sus ventajas, pues facilita en gran medida las inscripciones, evita el recargo de información (mucho de ella sería irrelevante por la antigüedad) en una misma hoja, lo que hace inabarcable los datos inscritos por su excesiva cantidad y, por último, simplifica la actuación de

los terceros quienes verifican la información exclusivamente relevante de la hoja que contiene el poder inscrito, sin tener que recurrir a complejas averiguaciones e interpretaciones ocasionada por múltiples inscripciones. Si la experiencia sirve de algo, debe tenerse en cuenta, además, que desde hace ochenta años tenemos la misma técnica de inscripción, y el sistema ha funcionado de manera satisfactoria.

En la hoja que se abre por cada negocio de apoderamiento, que viene a ser el hecho fundante de la partida, se inscriben también las distintas vicisitudes que sufra dicho negocio, entre ellas, las modificaciones, ampliaciones, sustituciones, delegaciones, revocaciones totales o parciales, y las extinciones del poder (art. 144 RI, de 1936). Esta norma no lo prevé, pero obviamente aquí mismo se inscriben las demandas o sentencias judiciales que se refieran a cualquiera de estos actos, específicamente los derivados de los procesos de nulidad de acto jurídico.

Luego de lo expuesto, cabe preguntarse, el registro de mandatos y poderes, ¿es de folio personal?

Un sector doctrinal, y la propia jurisprudencia registral, habla del llamado “folio causal”. La razón de ello estaría en que la hoja del registro no se abre por persona, que debería agrupar todos los apoderamientos del sujeto otorgados durante su vida, sino por “acto causal”, de donde proviene el dudoso concepto y el nombre. En nuestra opinión, sin embargo, el nuevo término no aporta nada, pues si bien la partida se abre por efecto del negocio jurídico, sin embargo, el criterio decisivo sigue siendo el acto del sujeto-poderdante, por lo que igualmente se trata de un registro personal, y no causal, solo con carácter relativo, pues en el folio no se agrupan todos los actos del sujeto, sino un grupo de esos actos relacionados con un negocio particular. En consecuencia, el Registro de Mandatos y Poderes es uno de folio personal-relativo, y no de folio personal-general.

2.2.4. Lugar de inscripción

El art. 2037 CC, modificado por el D.L. 768, señala que “*Las inscripciones se hacen en el registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación*”. La norma se justificó porque buscaba satisfacer una necesidad práctica expuesta claramente por el legislador en la exposición de

motivos: “Como consecuencia de que en el Perú no existe un Registro de Mandatos y Poderes único, sino uno por cada sede registral que administrativamente se ha establecido, se hace necesario determinar en cual de los registros se puede hacer las inscripciones. Se decidió que no existía otra fórmula que la ya prevista por el artículo 1067º del Código Civil de 1936”. En efecto, la existencia de diversas oficinas registrales en las que se puede llevar a cabo la inscripción hace necesario contar con algún criterio que permita decidir la oficina competente para la inscripción. La norma original del Código Civil establecía que el poder se inscribía en el lugar donde se ejerce el poder, pero con la modificatoria, se agrega que el lugar es aquel en donde se va a ejercer *permanentemente* la representación. La razón de la reforma, nunca explicada por el legislador, parece encontrarse en establecer un único lugar de inscripción, con la consiguiente facilitación para los terceros de la carga de verificación de la información; por tanto, aunque el poder se ejerza en varios lugares, solamente se inscribe en uno de ellos, específicamente en donde se ejerza la representación en forma común o habitual. Aquí es necesaria una precisión. El acto de apoderamiento permite al representante celebrar actos jurídicos en nombre de su principal (art. 145 CC), es decir, el ejercicio de la representación implica la celebración por el apoderado de actos jurídicos con los terceros. De esta forma, si el contrato se celebra en Lima, el poder deberá encontrarse inscrito en esta Ciudad, por lo que no es relevante si el instrumento se otorgó en Trujillo, o si el inmueble se encuentra registrado en Arequipa. La opción asumida por el legislador en el art. 2037 CC parece clara, por cuanto dispone que el poder deba encontrarse inscrito en el lugar donde se celebra habitualmente los actos o contratos en virtud de la representación conferida, por lo que se descarta cualquier otro criterio de vinculación (léase, lugar de otorgamiento del poder o lugar de ubicación del bien). Esta posición se ratifica en el art. 2038 CC, por lo cual, la revocatoria no inscrita no puede oponerse a terceros, pero aclara que el lugar determinante para establecer si la revocatoria se llegó a inscribir o no, es el lugar de celebración del contrato (con el tercero, se entiende). Por tanto, en el Registro de Predios o de cualquier otro que verse sobre bienes, la calificación se centrará en verificar que la revocatoria no esté inscrita en la oficina del lugar donde se llevó a cabo el negocio principal. La ley, pues, tiene una motivación clara: facilitar la contratación y el tráfico jurídico, pues la búsqueda registral se limita a

una sola sede administrativa, con lo que se permite conocer el contenido de las inscripciones de manera simple.

No obstante, la reforma parece cosmética y sin relevancia práctica, pues las escrituras de apoderamiento no consignan el lugar donde se va a ejercer en forma *permanente* el poder. Por tal motivo, de no indicarse el lugar de ejercicio habitual del poder, entonces la inscripción podrá efectuarse en cualquier oficina registral en la que se presente el título. En suma, la reforma no solucionó el problema. Así, pues, en la práctica subsisten una serie de inconvenientes de difícil y complicada resolución:

- a) El primer caso consiste en que el poder otorgado por A a favor de B se encuentra revocado en el lugar donde normalmente se debe ejercer la representación, empero, B actuando de mala fe logra inscribir el poder en una oficina distinta, y en ese mismo lugar lo ejercita (celebra un contrato de compraventa), con lo que el tercero resulta protegido por efectos del principio de no-publicidad (art. 2038 CC). El poderdante no podrá evitar este resultado a pesar de su diligencia de inscribir la revocatoria en el lugar habitual de ejercicio del poder, salvo que se exija el absurdo de inscribir la revocatoria en todas las sedes registrales del país.
- b) El segundo caso podría plantearse cuando el Registrador de Predios advierta que en su propia oficina se encuentra inscrita la revocatoria del poder, sin embargo, en el lugar donde se ejercitó el poder (*rectius*: se celebró el contrato con el tercero), este se encuentra vigente por no haberse inscrito la revocatoria, Así, en estricta aplicación del art. 2038 CC, la calificación debería ser positiva.

En ambos casos, la solución planteada parece inaceptable, aunque tampoco podemos perder de vista que el tercero ha confiado en la certeza que le produce el registro en virtud de los artículos 2037 y 2038 CC. Es cierto que tales casos podrían evitarse con una exigencia reglamentaria para que el acto de apoderamiento consigne una cláusula de lugar de inscripción, aunque podría admitirse que el poderdante autorice el registro en cualquier sede, pero, con ello, él sufriría en forma consciente de los riesgos señalados en los ejemplos anteriores, sin embargo, en la actualidad la reforma debería tender a la eliminación de los efectos sustantivos del lugar,

pues, con la informatización de los sistemas, ahora es muy fácil conocer la situación jurídica de los poderes, por lo que debería existir un registro único, de nivel nacional.

2.2.5. Inexistencia de tracto sucesivo y prioridad

El principio de tracto sucesivo implica la concatenación causal o cadena registral de sucesivos actos derivativos entre sí, lo cual significa que un derecho es transmitido por su titular según la cadena, y luego solo ese adquirente puede retransmitir el derecho, y así sucesivamente (art. 2015 CC) o la prioridad (art. 2016). En tal sentido, la idea del tracto sucesivo no se aplica en los registros de personas, por cuanto en ellos no se inscriben transferencias de derechos por vía derivativa. En los registros personales, mas bien, se inscriben diversos hechos jurídicos que no son implicantes uno en relación con el otro. La misma situación se presenta en la prioridad, que, en realidad, resuelve la concurrencia de derechos compatibles

Enseguida haremos un análisis de casos que hacen concluir que el tracto sucesivo está eliminado del registro de poderes.

a) Apoderamiento no inscrito que permite la celebración de acto de disposición

Es frecuente la celebración de actos jurídicos de disposición que se fundan en un acto de apoderamiento, por lo que el registrador exige la previa inscripción del poder en el registro respectivo, aunque no existe un fundamento claro para la denegatoria de la inscripción. Sin embargo, los registradores suelen invocar la falta de tracto sucesivo o del acto previo. Sobre el particular, debemos recordar que en Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil señala que *“en relación con el carácter de las inscripciones en este registro, cabe señalar que ellas son voluntarias. En efecto, no existe disposición legal que establezca de modo general la obligatoriedad de estas inscripciones en este registro”*. Más adelante se agrega: *“En ningún caso se establece una inscripción obligatoria, ni menos constitutiva”*. Es decir, el acto de apoderamiento es perfectamente válido y eficaz con inscripción o sin ella, por tanto, el acto de apoderamiento puede inscribirse, para lo cual, basta la prueba auténtica del apoderamiento, incluso no-inscrito. El criterio es precedente registral, y,

obviamente se exige acreditar la existencia del poder con título público¹¹⁷⁴. Sin embargo, algunos consideran que la inscripción previa del poder viene impuesta por el hecho de que “el poder no inscrito no surte efectos frente a terceros”, por lo que su eficacia se circunscribe a la relación *inter partes* cuando falta la inscripción. Esta afirmación no es correcta, pues resulta absurdo atribuir una eficacia limitada al poder no-inscrito, en tanto la finalidad de los negocios de apoderamiento es permitir que el representante celebre actos con terceros. La finalidad de la representación es facilitar que el *dominus negotii* (poderdante) se relacione jurídicamente con terceros, con lo que se amplía de esta manera su círculo de intereses patrimoniales y personales. Por tanto, resulta impensable concebir un poder que no surta efectos frente a terceros, pues la representación, por naturaleza, se encuentra dirigida a los terceros. En suma, un acto de disposición que pretenda su inscripción en un registro de bienes, puede otorgarse con el respectivo apoderamiento, sea inscrito o no; en el primer caso, el registrador de bienes simplemente tiene por válido y existente el poder, sin calificar estos aspectos, pero sí entra a examinar la suficiencia y vigencia del poder; por el contrario, si el poder no está inscrito, entonces el registrador de bienes debe examinar la existencia, validez, suficiencia y subsistencia de las facultades representativas con relación al acto dispositivo. No obstante, cabe preguntarse, ¿y cómo el registrador conoce que el poder subsiste, esto es, que no se encuentra revocado? La respuesta es simple a la luz del ordenamiento sustantivo: la

1174 “Cuarto: Que, el registrador en la primera observación ha indicado que de acuerdo con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil, para disponer de los bienes del representado, se requiere que el encargo conste por escritura pública debidamente inscrita en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de La Libertad; al respecto cabe indicar que el citado artículo efectivamente señala una forma solemne bajo sanción de nulidad para los actos de apoderamiento en donde se autoriza al representante a gravar o disponer de los bienes de su representado, exigiéndose que el poder conste en escritura pública, sin embargo dicha norma no exige como presupuesto de validez del acto de apoderamiento su inscripción registral, por lo que la observación del registrador no se cñe al principio de legalidad; Quinto: Que, complementando lo señalado en el considerando anterior, cabe precisar que el Código Civil en la parte que regula el Registro de Mandatos y Poderes no señala que sea obligatoria la inscripción de los poderes, y mas aun en la exposición de motivos oficial del Código Civil, se establece que las inscripciones en el Registro de Mandatos y Poderes son voluntarias, por lo que no es posible restarle eficacia a un poder no inscrito: RTR N° 025-2000-ORRL/TRN de 24.08.2000, aprobado como precedente en el 17° Pleno, publicado el 23.05.2006.

revocatoria del poder solamente tiene eficacia cuando se le ha comunicado al interesado, esto es, cuando el tercero con quien se pretende contratar, en virtud del poder, conoce la revocatoria. Por tanto, de acuerdo con la regla general del sistema, se entiende que el poder subsiste, salvo la prueba del conocimiento, por lo que el registrador, al momento de calificar el acto de apoderamiento, deberá considerar que este se encuentra vigente, sin necesidad de inscripción, pues la única manera de entenderlo revocado es que conste la comunicación de revocación dirigida a dicho tercero (art. 152 CC) o su inscripción. Si la calificación del registrador es de ámbito limitado, pues se circunscribe a los documentos que se le aportan, y no puede presumirse hechos sobre los que no hay prueba, entonces la conclusión lógica es que apoderamiento sigue vigente. Es evidente, pues, que la calificación favorable de un acto de disposición no está condicionada a la previa inscripción del poder en el registro correspondiente, y el registrador de bienes puede calificar ambos actos, ya que la inscripción del poder no produce especial efecto ni constituye requisito de los actos que se celebren en virtud del apoderamiento.

Sin embargo, el tercero que pretenda ampararse en una extinción de poder no inscrita, pues necesita que el acto de apoderamiento se encuentre inscrito, pues, en caso contrario no puede configurarse el tercero registral protegido (art. 2038 CC), no obstante, en el ámbito de los poderes no inscritos se aplica el art. 152 CC, por cuanto solo el conocimiento de la revocatoria hace que el tercero quede perjudicado. No debe olvidarse, bajo el riesgo de incurrir en lamentables equívocos, que las hipótesis de protección a los terceros no se agotan con la publicidad del registro, ni este constituye un requisito inexorable para lograr tutela.

b) Inscripción de revocatoria sin que se inscriba previamente el apoderamiento

Es usual discutir si la revocatoria de un poder puede inscribirse en el Registro de Mandatos a pesar de que el apoderamiento previo no se haya inscrito.

Los registradores, por mucho tiempo, denegaron la inscripción por la supuesta “falta de tracto sucesivo o acto previo”; sin embargo, es necesario

recordar que el tracto sucesivo no se aplica en los registros de personas, en tanto no existe transferencia de derechos en vía derivativa. La revocatoria es un negocio jurídico independiente del anterior¹¹⁷⁵, aunque vinculado, por tanto, no existe razón alguna para exigir la previa inscripción del poder. Por lo demás, esa es la solución de nuestro ordenamiento *lege data*, pues el art. 152 CC considera como único hecho relevante la inscripción de la revocación¹¹⁷⁶.

Algunos argumentos de orden práctico ayudan a sustentar y redondear nuestra tesis:

- a) La inscripción simultánea del poder y su revocatoria, como se exige a menudo por las instancias registrales, no tutela un interés sustancial alguno, pues lo único relevante es el negocio revocatorio (hecho negativo), que se opone desde el momento de la inscripción a la generalidad de los terceros; en cambio, el poder (hecho positivo) nunca estuvo vigente en el registro, pues nació revocado, por lo que carece de la finalidad que la ley prevé, esto es, que un tercero contrate en virtud de un poder inscrito quen no esté revocado. En buena cuenta, ¿para qué sirve inscribir el poder que en paralelo se revoca? Nunca podrá emitirse un certificado de vigencia, ni tampoco algún contratante podrá ampararse en la aparien-

1175 La revocación es un negocio jurídico unilateral recepticio, pues se necesita comunicar al apoderado para que goce de operatividad; en caso contrario, el negocio no es eficaz en tanto se le reputa incompleto. Además, la revocatoria debe comunicarse a los terceros interesados en negociar con el apoderado, pero esta carga no se encuentra en el ámbito de la eficacia del negocio, sino en la tutela de la apariencia, pues solo de esa forma los terceros no podrían alegar confianza en una apariencia subsistente: Hinestroza, F. (2008), p. 429. Téngase en cuenta que la revocación es un negocio recepticio en relación con el apoderado, pero no respecto de los terceros.

1176 Por ejemplo, el art. 2207 CC Italiano de 1942 es explícito en señalar que los actos de modificación o revocación del poder, aun cuando no haya sido publicado el acto originario, deben ser inscritos. Ello significa claramente que la modificación y revocación deben recibir publicidad para que opere la eficacia positiva del registro. En base a la autonomía de cada acto inscribible, es posible sostener que un cierto acontecimiento puede inscribirse independientemente de los acontecimientos que lo han precedido, y esta opinión parece exacta, pues de otro modo debería admitirse que el poder original no inscrito adquiere relevancia en el momento en que se le modifica: Ragusa Maggiore, G. (2002), pp. 156-157.

cia registral. Por tanto, se trata de una exigencia carente de todo sentido.

- b) ¿Qué ocurre si es muy difícil para el poderdante agenciarse del título (documento) de apoderamiento, especialmente si se otorga al extranjero, pero el apoderado no quiere devolverlo? En ese ínterin, y como no consta inscrito ni el poder ni la revocatoria, entonces será muy fácil que los terceros puedan invocar la representación aparente del art. 152 CC. Por tanto, la exigencia de inscribir el poder, cuando en realidad lo único que se pretende es la revocatoria, es un medio facilitador del fraude, y no de la legalidad.
- c) ¿Qué pasa con las revocatorias genéricas respecto de los actos del pasado? Por ejemplo: son muy usuales las revocaciones que se hacen de “todos los poderes, inscritos o no, otorgados con anterioridad a determinada fecha”. No cabe duda de que este acto es inscribible, y además presta una utilidad valiosa.

El Tribunal Registral ingresó a la buena doctrina con la RTR N° 1389-2016-SUNARP-TR-L de 07.07.2016 cuando una pareja de esposos pretendió revocar en forma genérica los poderes anteriores que se hubiese otorgado, lo cual fue validado, pues no constituye impedimento que los actos sometidos a revocatoria se encuentren inscritos o no, en tanto la inscripción de poderes es facultativa, no obligatoria, y declarativa, no constitutiva.

c) Complementariedad de inscripciones

Las dos hipótesis anteriores permiten la inscripción del acto sucesivo a pesar de la falta de registro del acto anterior, lo que descarta la existencia del tracto sucesivo. Sin embargo, es posible mencionar otros supuestos más problemáticos. Por ejemplo, ¿qué pasa con la sustitución si el poder anterior no está inscrito?, ¿o con una modificación del apoderamiento cuando el hecho originario no está en el registro? La situación parece comprometida, pues la modificación o sustitución no podrían ser comprendidas o concibles en su texto, si es que no contamos con el poder anterior, por lo cual parece razonable la exigencia de una inscripción previa.

En tal sentido, si bien es correcto afirmar la necesidad, en estos casos, de inscribir el poder originario, sin embargo, eso no lleva a afirmar que sea

necesario rescatar el tracto sucesivo, porque no lo es, ya que este principio solo se aplica en caso de transmisiones derivativas de derechos. Por tal razón, aquí hablamos de **complementariedad de inscripciones**, por cuanto un hecho primario (A) es modificado por un hecho secundario (B), lo que da lugar necesariamente a un hecho complejo (A + B). En tal supuesto, es evidente que no puede desarmarse el hecho jurídico inscribiendo solo una parte (B), por lo que se hace imperativo inscribir todo el hecho (A + B). Nótese la gran diferencia que existe entre los hechos complejos, que reclaman la publicidad de todo él, y que da lugar a inscripciones complementarias, con relación a la revocación del poder, que es un hecho distinto del primigenio, autónomo, pero vinculado por la circunstancia que lo elimina del mundo jurídico. Por su parte, esta figura de complementariedad de inscripciones no tiene relación con el tracto sucesivo, pues en esta los hechos son rigurosamente autónomos (A vende a B, luego B vende a C, finalmente C vende a D), con la característica de que un derecho se transfiere por virtud de la relación causa-efecto. Una cosa muy clara es el tracto sucesivo, y la idea de concatenación derivada de transmisiones, todas ellas compuestas por hechos jurídicos autónomos, pero vinculados por la derivación del derecho que entre ellos se produce; y otra distinta es la complementariedad de inscripciones, en donde el hecho jurídico es único, pero complejo. En nuestra opinión, la única manera de lograr claridad en este tema es por medio de la teoría de los hechos jurídicos.

Una cuestión práctica ayudará a entender el distinto ámbito de aplicación de ambas figuras, por lo que no se les puede unificar bajo una categoría única: es el caso de las anotaciones preventivas por defecto de tracto, las cuales son lógicas y necesarias en el registro de bienes, en donde la fecha de presentación de los títulos y la prioridad es de suma importancia, por cuanto es posible que se presente un conflicto de titularidades; en cambio, este tipo de anotación no juega ningún papel en los registros personales, por cuanto allí no hay conflicto de derechos que se decidan por la inscripción anterior, o por la prioridad. Por lo demás, un hecho jurídico incompleto no puede merecer publicidad, ni siquiera atenuada por una anotación provisional, ya que la mitad de algo es nada. Claras y evidentes diferencias que no

pueden captarse si se insiste en considerar la existencia del tracto sucesivo en los registros personales.

2.3. Aspectos sustanciales

2.3.1. Poder irrevocable

El apoderamiento es un acto jurídico unilateral, por medio del cual se confieren facultades para actuar en nombre ajeno, y su incidencia se realiza, precisamente, en el ámbito externo, en cuanto el apoderado tiene la facultad de actuar como si fuese el poderdante o el titular de los derechos objeto de disposición. Por su parte, el poder tiene una relación interna que se refiere exclusivamente al poderdante y al apoderado, cuyo origen puede encontrarse en diversos vínculos jurídicos: contrato de trabajo, mandato, prestación de servicios, etc. Las dos relaciones son independientes una de la otra, especialmente para el tercero que contrata con el apoderado, pues aquel no se afecta por las vicisitudes que sufra la relación interna¹¹⁷⁷.

En tal sentido, si el poderdante sirve a sus propios y particulares intereses, entonces resulta coherente mantener el principio de libre revocabilidad, cuya finalidad es que el titular pueda decidir lo más conviene para sí, y sin quedar vinculado por su propia declaración anterior. Sin embargo, la ley reconoce algunas hipótesis excepcionales, en las que el apoderamiento puede ser irrevocable, tales como, el poder especial (para negocio particular), o por tiempo limitado (cuestionable decisión legislativa), o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante (art. 153 CC).

La comprensión de este fenómeno jurídico es complicado, y, en nuestro propio sistema jurídico ha ocasionado debates reales y simulados, pero la cuestión empieza a aclararse si convenimos en que el poder irrevocable es una figura anómala de representación, pero que se admite por razones de utilidad práctica. En efecto, el poder está pensado en interés del poderdante, de tal modo que resulta impropio que el apoderado adopte una posición propia en contra de la voluntad del poderdante, e incluso pueda adoptar reglamentaciones jurídico-negociales en su contra; por el contrario, en el

¹¹⁷⁷ Alpa, G. (2006), p. 84.

poder irrevocable, el apoderado cuenta con una postura propia, con una autónoma facultad de satisfacer, mediante el ejercicio del poder, la pretensión de celebración del negocio¹¹⁷⁸. El poder irrevocable es, en realidad, un negocio fiduciario, pues a través de él se logra una finalidad distinta a la propia del negocio utilizado. El caso típico es el siguiente: A, poderdante, otorga poder irrevocable a B, pero en realidad A ya le vendió a B el bien materia de disposición de intereses, o ya le cedió el crédito, por lo que el poder es solo un mecanismo facilitador para que el comprador venda el mismo bien a un tercero, sin necesidad de perfeccionar dos transferencias; o para que el real titular del crédito lo cobre en forma directa. Por tal motivo, la irrevocabilidad del poder solo puede admitirse cuando exista una relación subyacente que justifique la pretensión del apoderado a celebrar un negocio jurídico, incluso en contradicción a la voluntad del poderdante; sin embargo, debe recordarse que esa relación subyacente, que siempre existe en el poder, adquiere un carácter especial en el poder irrevocable, tal como ocurre en el ejemplo antes mencionado. Si bien en todo negocio de apoderamiento, aun en el que cuenta con la estipulación de irrevocabilidad, siempre subyace una relación fundamental, empero, ese acto interno no se inscribe en el Registro de Mandatos y Poderes, por cuanto no influye en el vínculo que se entabla con el tercero, por virtud del poder. Por tanto, en la calificación de los poderes, incluyendo los irrevocables, el registrador no puede exigir que se le acredite el negocio subyacente, y en el ámbito de los irrevocables, debe limitarse a comprobar de manera formal que se cumplan los presupuestos exigidos por el art. 153 CC. Por ejemplo: el registrador podrá negar la inscripción de un poder irrevocable, cuando se trata de un apoderamiento general, pues nadie puede vincularse para todos sus asuntos por la simple declaración de un tercero, aun en contra de su voluntad. Sin embargo, el registrador no podrá exigir, como no lo hace con ningún tipo de poder, la acreditación del negocio interno.

En nuestra doctrina, se ha sostenido equivocadamente que la cualidad de irrevocable solo corresponde al mandato, y no al poder, para lo cual se dice que el poder irrevocable siempre se fundamenta en un negocio subya-

1178 Flume, W. (1998), p. 1017.

cente en el cual se estipula la cláusula de irrevocabilidad o de “no desistimiento”. Los fundamentos para refutar esta posición son los siguientes:

- a) Si bien el CC Peruano tomó algunas normas del CC Italiano de 1942 sobre el mandato irrevocable (art. 1723), y con el fin de transplantarlas a la regulación del poder, sin embargo, ello no descalifica la opción de nuestro legislador, por cuanto los mismos autores italianos están conscientes de que su propia normativa todavía no sale de la confusión entre mandato y poder, por lo que muchas de las normas propias del mandato corresponden, en realidad, al negocio jurídico de apoderamiento, que es, efectivamente, lo que ocurre con la norma sobre el “mandato irrevocable”. Por tanto, los autores de ese país se han visto obligados a recurrir a la analogía con el fin de suplir las deficiencias normativas sobre el apoderamiento¹¹⁷⁹. Siendo así, está demostrado que la irrevocabilidad no corresponde al mandato¹¹⁸⁰, sino al ámbito propio del negocio de apoderamiento, y en ese sentido, los comentaristas italianos estudian el tema en sede de representación¹¹⁸¹. En suma, el error está en el CC Italiano -aunque algunos dogmatizen e idolatren esta norma-, y no en el CC Peruano.
- b) El negocio de apoderamiento, en todos los casos, se justifica en virtud de una relación subyacente (¿por qué se otorga el poder?); normalmente, un mandato, pero no siempre, que es el vínculo interno que justifica o causa el otorgamiento de la procura¹¹⁸². Por tal razón,

1179 Así lo admite expresamente: Roppo, V. (2001), p. 291

1180 “Va de suyo que la revocación es del poder o legitimación para obrar y no del contrato de gestión subyacente, que es autónomo y corre su propia suerte. En consecuencia, producida la cancelación del poder, queda pendiente la liquidación de las relaciones entre representante y patrocinado, a efectos de determinar si la revocación, que eventualmente causó perjuicios al gestor, fue justificada, o fue apresurada o sin fundamento plausible, para, en lo que hace a las relaciones internas, dilucidar el punto de las indemnizaciones a cargo del cliente”: Hinestroza, F. (2008), p. 428.

1181 Otro ejemplo: Gazzoni, F. (1998), pp. 984-985.

1182 “La procura de suyo inviste al designado de poder de representación, pero no genera derechos ni produce obligaciones para el otorgante, como tampoco para el procurador, que por fuerza de ella no está obligado a uso o ejercicio alguno del poder. Cosa distinta es la relación interna en cuya función o razón se ha constituido el poder: el mandato, el

no es exclusivo del poder irrevocable que exista siempre esa relación subyacente, por lo que allí no puede encontrarse el fundamento de la figura, pues, en realidad, esa es una característica de toda la categoría genérica del apoderamiento. El poder irrevocable no calza con el mandato, sino con otro tipo de relaciones jurídicas subyacentes, por mérito de las cuales, el apoderado tiene interés propio en el poder, por lo que se reconoce su irrevocabilidad. Es el caso típico de la cesión de créditos, en donde el cedente otorga poder al cesionario a efectos de cobrar el crédito. En tal caso, el pseudo-apoderado (cesionario) es el titular del derecho materia de disposición, y el cedente ya no tiene ningún interés en él; por tanto, se justifica el poder irrevocable; no ocurre lo propio cuando hay un mandato con cláusula de desistimiento, sino cuando hay otra relación jurídica que inviste de titularidad al apoderado con relación al objeto del poder. Por tanto, la relación subyacente en el poder irrevocable es un negocio fiduciario, alejado por completo del mandato. Por su parte, la más autorizada doctrina del tema se encuentra conforme en considerar que, efectivamente, la irrevocabilidad es propia de la doctrina de la representación, pero bajo una relación interna, sin dudas anómala, vinculada con los negocios fiduciarios¹¹⁸³.

- c) El mandato es un contrato de gestión de intereses ajenos que genera obligaciones, y como tal vincula a las partes; por el contrario, el poder normalmente es revocable por su carácter unilateral y abstracto, y solo excepcionalmente pierde la revocabilidad en determinadas hipótesis. Por tal razón, la cualidad de irrevocable calza solamente con la figura del poder; en cambio, esa misma cualidad en el mandato no encuentra fácil acomodo, y en buena cuenta, se incurre en otro error, pues utiliza una terminología equívoca para

contrato de trabajo, el de sociedad, el de agencia, el de fiducia, etc., de cuyos términos se inferirá si el apoderado está obligado a ejercer el poder y cómo, y las obligaciones del poderdante para con él": Hinestroza, F. (2008), p. 214.

1183 Flume, W. (1998), pp. 1014-1015.

la hipótesis contractual del mandato, pues si este es un contrato, entonces la regla es que las partes no puedan desistirse.

Nuestra postura, sobre la naturaleza del poder irrevocable, queda confirmada cuando acudimos a estudiar algunas normas especiales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Garantía Mobiliaria (art. 47-1) en la cual se señala que es posible pactar que el acreedor pueda vender el bien dado en garantía por medio de un poder irrevocable que no tiene limitación de vigencia en cuanto al plazo, por lo que no se le aplica el art. 153 CC. Aquí, bien entendidas las cosas, no estamos en presencia de un “poder”, sino del ejercicio de una de las facultades propias en todo derecho real de garantía, cuál es, vender el bien a efecto de realizar la garantía (*ius distrahendi*), y, con ello, satisfacer la acreencia con el precio que se obtenga. Por tanto, el acreedor tiene, *per se*, con la constitución de la garantía, la potestad ínsita de ejecutar el bien (léase: hacerlo vender extrajudicial o judicialmente). En este contexto, se comprende que el llamado “poder irrevocable” no pasa de ser, en realidad, un instrumento fiduciario, en donde el fin pretendido no calza con el medio empleado, por lo que se trata de disfrazar el poder forzado de enajenación, con la que ya cuenta el acreedor garantizado a través del simple expediente de hacerlo pasar por el aro de un negocio de apoderamiento, que no es tal, y que nuevamente se constituye en una figura anómala.

El poder irrevocable puede convertirse en revocable por vencimiento del plazo (un año: art. 153 CC), pero difícilmente puede admitirse que ocurra por efecto de vicisitudes de la relación subyacente (denuncia, resolución del contrato, excepción de incumplimiento, etc.). Por ello, es dudoso que el poder irrevocable pueda ser revocado por justa causa, en tanto, si se extingue la pretensión del apoderado o si el poderdante puede oponer una excepción, entonces simplemente desaparece la irrevocabilidad¹¹⁸⁴. En un caso aislado pareció admitirse que el poder irrevocable podía ser dejado sin efecto antes del vencimiento del plazo de la irrevocabilidad¹¹⁸⁵, sin

1184 Ibid., pp. 1019-1020.

1185 “En tanto el poder parte de un acto unilateral de libre voluntad del representado para designar en una persona los actos que debe realizar en su nombre y que van a recaer directamente en su esfera jurídica, debe primar con la admisión de la revocación del poder irrevocable la salvaguarda de dicho interés del representante o del tercero, en tanto

embargo, dos resoluciones posteriores del Tribunal Registral han negado la posibilidad de revocación (RTR N° 503-2003-SUNARP-TR-L, así como la RTR 573-2004-SUNARP-TR-L de 24.09.2004).

2.3.2. Poder para disponer y gravar bienes

Un problema muy frecuente en la práctica jurídica es determinar si un apoderado tiene o no facultades para celebrar a nombre ajeno determinado acto o negocio, y el asunto se torna más complicado cuando se trata de actos que implican disposición o gravamen de bienes. El Código Civil dedica a esta materia el art. 156, el cual señala que los actos dispositivos de la propiedad o de gravamen de bienes del representado, requiera que el encargo conste en forma indubitable y en escritura pública, bajo sanción de nulidad.

La norma, sin embargo, despierta una serie de interrogantes.

En primer lugar, debe precisarse qué se entiende por acto dispositivo. Díez Picazo lo define como aquel que modifica o extingue un derecho subjetivo en forma voluntaria, incluyendo la enajenación, transmisión y cesión del derecho, así como aquellos que importan su voluntaria disminución (v.g. hipoteca) o extinción (v.g. renuncia, condonación). Esta definición parece no ser aplicable al art. 156, pues este se refiere expresamente a “*disponer de la propiedad del representado*”, mientras el “gravamen” se refiere a la constitución o transmisión de derechos reales limitados.

En segundo lugar, el exceso de formalidad (escritura pública) es criticable, pues no hace distinciones por el valor del bien, con lo que el precepto engloba, inclusive, a las enajenaciones de bienes de escaso valor, lo que trae como consecuencia un encarecimiento innecesario de la contratación. Asimismo, parece demasiado rigurosa la sanción de nulidad, lo que no permite la confirmación del acto jurídico, y además se contrapone con la autoriza-

es la voluntad del poderdante la que da nacimiento al acto de apoderamiento sustentada como ya se ha señalado en la preexistencia de una relación de confianza. Por lo que se concluye que es posible inscribir la revocación de un poder otorgado de conformidad con el artículo 153 del Código Civil, cuando la relación de confiabilidad que lo mantiene desaparece, pues así lo ha manifestado el representado”: RTR N° 417-2001-ORLC/TR, de 26.09.2001.

ción para disponer bienes mediante apoderamiento tácito, y que se encuentra contenido en otras normas del mismo Código Civil (v.g. art. 165).

En tercer lugar, el art. 156 exige que “el encargo conste en forma indubitable”, con lo que el legislador establece un parámetro riguroso, y a veces hasta inflexible, en la interpretación del negocio de apoderamiento, de tal manera que, si la declaración de voluntad es ambigua u oscura, se deberá entender que no se han conferido poderes de representación relativo a los actos dispositivos dudosos. De esta manera, se tutela principalmente los intereses del poderdante. Un ejemplo: en un caso judicial se discutió si el poder otorgado para hipotecar comprendía solo las hipotecas que aseguran obligaciones propias del representado, o también incluía la garantía de obligaciones de terceros. La Corte Suprema, de conformidad con el art. 156 CC declaró la nulidad de la hipoteca por falta de representación, lo que en este caso es correcto, pues no había forma de entender comprendido un acto extraordinario que no puede presuponerse, y que puede llevar a la ruina al poderdante, como ocurre con la posibilidad de hipotecar bienes propios, pero en garantía de deudas ajenas. Por tanto, el criterio propuesto exige que haya un presupuesto de voluntad imputable al poderdante, y en base de ello, se procede a realizar la interpretación *ex bona fides*, pues en ningún caso este canon interpretativo autoriza a inventar facultades representativas que no se le puedan imputar al representado.

Otro tema vinculado al poder “indubitado” se refiere a la claridad que debe exigirse al encargo, esto es, si puede englobar bienes en general, o se necesita indicar nominativamente los bienes. El segundo criterio, si bien parece que entraba el tráfico jurídico, sin embargo, protege en mayor medida el interés de los poderdantes. En sede registral y judicial, la solución ha sido unívoca, en el sentido de que lo indubitable se refiere al encargo para disponer de bienes, y no al bien específico materia de la disposición (RTR N° 017-2002-ORLC/TR). En el ámbito judicial, también existe un pronunciamiento específico sobre el tema, ya que allí se discutió si un poder para hipotecar un inmueble requería que se mencione en forma específica el bien sobre el cual recaería el gravamen. En segunda instancia se declaró la nulidad de la hipoteca, pero la Corte Suprema casó la decisión por considerar que el art. 156 exige solo que el encargo conste en forma indubitable

mediante escritura pública, sin necesidad de mencionar los bienes (Casación N° 3809-2003-Lambayeque, de 15.07.2004).

En otro caso judicial (Casación N° 239-2003-Arequipa, de 22.07.2004) se debatió si el poder otorgado por un cónyuge a favor del otro para vender bienes puede abarcar también la venta de bienes sociales. El quinto considerando de la sentencia dice: “... *sin embargo, si bien el poder ha sido otorgado por escritura pública, no cumple la exigencia de que el encargo conste en forma indubitable, pues entre otras, solo se otorga facultades para disponer los bienes del poderdante; no advirtiéndose que el marido le haya otorgado facultades especiales a la cónyuge para disponer de los bienes sociales, que por su naturaleza constituye un patrimonio autónomo con garantía institucional, por cuanto sus normas son de orden público*”; sin embargo, el tema es polémico por obra del propio legislador, en cuanto el art. 292 CC establece que la representación de la sociedad conyugal la ejercen ambos cónyuges, sin embargo, uno puede otorgar poder al otro para ejercer la representación de manera total o parcial; empero, el art. 315 CC señala que en el caso de actos dispositivos, cualquiera de ellos puede ejercer la disposición si cuenta con poder especial. Es decir, la primera norma permite la representación para todos los actos, mientras la segunda solo lo permite para un acto particular. ¿Cómo entender dos normas supuestamente incompatibles?

En cuarto lugar, debe rechazarse el criterio muy difundido respecto a que el art. 156 CC se aplica también a los poderes mercantiles atribuidos a los órganos sociales de personas jurídicas (directorio, gerencia, administradores), pues, en estos casos, priman las normas específicas del Derecho Mercantil (arts. 152, 172, 188, 287 LGS, entre otras). Las normas civiles se aplican supletoriamente las instituciones mercantiles, es decir, el Código Civil se aplica a falta de norma expresa en el ordenamiento jurídico-mercantil (ley o costumbre: arts. 2 y 50 del CCom). En este sentido, la regulación específica de la Ley General de Sociedades deroga, en este ámbito, el art 156 CC, lo que incluye la cuestión referida a la formalidad del negocio de apoderamiento, pero también en su interpretación. Por tal razón, los poderes mercantiles no requieren escritura pública, por lo que basta copia certificada de la parte pertinente del libro de actas de la sociedad; y, además, las facultades otorgadas no se entienden en sentido tan restrictivo. Existe una sentencia de

la Corte Suprema que reafirma este criterio interpretativo, y en el cual se discutió que un gerente de sociedad anónima no contaba con poder indubitante para disponer bienes *ex art.* 156 CC, empero, la Corte estableció que esa norma no es aplicable en el ámbito de la representación orgánica, por lo cual el gerente cuenta con las facultades dentro del objeto para obligar a la sociedad (Casación N° 2671-2001-Callao de 12.08.2002).

3. REGISTRO DE TESTAMENTOS

3.1. Función

La exposición de motivos oficial del Código Civil de 1984 dice: “La función de este Registro es la de publicar u ofrecer publicar el contenido de las expresiones de última voluntad, así como el de otorgar seguridad a quien contrate con herederos, legatarios o albaceas, adquiriendo derechos. De este modo y a título de ejemplo, puede ocurrir que una persona adquiera el derecho de propiedad sobre un inmueble determinado, mediante contrato de compraventa celebrado con su anterior propietario. Puede suceder que este último, a su vez, haya adquirido el derecho de propiedad que transinstituido en un testamento inscrito en el registro de testamentos. El adquirente del derecho de propiedad no va a ser mantenido en él, si es que en el registro de testamentos aparecen razones de nulidad o anulabilidad del testamento en cuestión”. Esta cita permite inferir que el Registro de Testamentos cumple dos funciones: a) dar publicidad de los testamentos, b) dar seguridad a los terceros que contratan con herederos o legatarios inscritos en el registro, siempre que en él no consten las causales de nulidad.

Por su parte, en los países en los que no existe registro de testamentos, o existe imperfectamente, su doctrina ha denunciado lo siguiente: “¿Cómo es posible que en veinte o más años no muera ninguno de estos testadores, para pedirse la apertura respectiva? ¿O es que se trata del don de la inmortalidad en favor de aquellos que testan de este modo? ¿Qué sucede en la práctica y en forma fácil de presumir? Simplemente, a esos causantes se los considera fallecidos *ab intestato* y no como realmente sucede, bajo el imperio de un testamento que debe recibir aplicación, pues por algo se lo otorgó”¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁶ Fueyo, F. (1982), p. 68.

Por tanto, es evidente que el Registro de Testamentos busca dar publicidad de tales actos (finalidad inmediata) a efectos de que se respete la última voluntad de los testadores (finalidad mediata), y se evite que la sucesión voluntaria del causante termine rigiéndose por la sucesión legal. En buena cuenta, este Registro tiene como **primera función**, tal como lo dice la exposición de motivos de nuestro propio Código, dar publicidad de los actos testamentarios con el objetivo de asegurar el respeto de la última voluntad del causante, lo que se relaciona con la superioridad ontológica de la sucesión testamentaria sobre la sucesión legal. **La segunda función** de la que habla la exposición de motivos es más compleja: “asegurar la adquisición de los terceros que contraten con herederos o legatarios inscritos”. En efecto, el registro testamentario tiene la función de asegurar la adquisición de los terceros que contratan con los herederos que cuentan con un título formal que genera apariencia de derecho; en este caso, la inscripción. De esta manera, se pretende facilitar la prueba de la existencia, validez y subsistencia de la cualidad de heredero, para lo cual pesa sobre los terceros una carga de diligencia referida a verificar dicha inscripción en el registro respectivo.

El art. 665 CC regula defectuosamente el conflicto entre el verdadero heredero frente a un tercero de buena fe que adquirió de un heredero aparente, sin embargo, pese a todo, es posible reconstruir su significado mediante las tres reglas que se contienen en el citado precepto:

- a) Art. 665, 1° CC: *“La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos”*¹¹⁸⁷, es decir, la reivindicatoria procede contra el tercero es de mala fe, por tanto, en sentido contrario, para evitar la acción del heredero real, se necesita: (i) tercero, (ii) buena fe.
- b) Art. 665, 2: *“Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume sí, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al herede-*

¹¹⁸⁷ La norma señala que el tercero de mala fe no tiene protección, aunque el título que lo inviste sea oneroso, además, se añade que dicho tercero ha debido “entrar en posesión de los bienes”, pues ello es un requisito de la reivindicatoria, en general.

ro aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos”, con lo que se vincula impropiamente la buena fe civil con la información registral, pero, en todo caso, se trata de una presunción, por lo que es susceptible de prueba contraria, específicamente la inobservancia de los deberes de verificación de la realidad jurídica, en concordancia con la STC N° 00018-2015-PI/TC. En este párrafo se individualizan nuevos requisitos para la protección del tercero: (iii) confianza en el registro de sucesiones intestadas o de testamentos, que inscriba el título hereditario, así como en el registro de bienes, (iv) no conste anotada demanda u otra medida que afecten los derechos inscritos.

- c) Art. 665 in fine CC: *“En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título*”, es decir, si la reivindicación contra tercero de título gratuito, entonces, por contrario sentido, surge un nuevo requisito para la protección del tercero: (v) título oneroso.

Por lo demás, la misma norma habla de “tercero” o adquirente posterior o sucesivo del título hereditario viciado, por tanto, se asume que su propio título es válido, pues, en caso contrario, no sería protegido, en vista que la nulidad propia le afectaría (art. 2013 in fine CC), y, aunque no se menciona la inscripción del título de tercero, sin embargo, no cabe otra alternativa que exigirlo, pues, no puede haber tercero registral sin registro.

En consecuencia, por deducción se tienen dos requisitos adicionales: (vi) título válido del tercero, (vii) inscripción del título de tercero. La conclusión es que los mismos requisitos del art. 2014 CC se reproducen en el art. 665, pero con el agregado de que la protección necesita la previa inscripción del título hereditario no solo en el registro de bienes (como en el de predios), sino también el de sucesiones intestadas o testamentos.

Un ejemplo para aclarar: A ha sido declarado heredero testamentario de un determinado causante, por cuya virtud, celebra acto dispositivo de un bien inmueble en favor del tercero C, pero resulta que el testamento se declara nulo, por lo que, en vía de sucesión intestada, se nombra heredero legal a B. En tal caso, el tercero de buena fe C queda protegido por haber

actuado sobre la base de la titularidad aparente del supuesto heredero A, mientras las acciones reales del verdadero heredero B quedan frustradas. Sin embargo, el art. 665 CC solo ampara las disposiciones que realice el heredero aparente, pero no menciona al legatario o albacea, por lo que, en estricto, sus actos de disposición quedarían fuera del ámbito de aplicación del principio, y, en tal virtud, el art. 51 RIRSIT ha tratado de colmar la laguna, pero ello es dudoso, pues una norma de ese nivel no puede modificar el Código Civil.

3.2. Aspectos esenciales

3.2.1. Actos inscribibles

El Registro de Testamentos fue creado por el Código Civil de 1936, luego reproducido por el Código vigente, y en él se inscriben los siguientes actos (art. 2039 CC):

- a) Testamentos, en cualquiera de sus modalidades, esto es, abierto o por escritura pública, cerrado, ológrafo y los de carácter especial (marítimo, militar y el, meramente teórico, aéreo). También se pueden inscribir testamentos otorgados en el extranjero, sea ante cónsul peruano, en cuyo caso el acto se rige por la legislación nacional, sea ante autoridad o funcionario extranjero, siempre que el acto se haya celebrado de acuerdo con las normas del país en el que fue otorgado (arts. 722, 2095 CC), sin embargo, no se admiten los testamentos mancomunados (intervención de dos personas, normalmente cónyuges, de consuno, en el mismo acto), verbales o nuncupativos (de tradición romanista), ni los que sean incompatibles con la ley peruana. ¿Qué significa esto último? En nuestra opinión, se refiere a aquellos actos que contravengan el orden público, fundamentalmente referido a las formalidades del testamento. Por ejemplo, en algunos Estados de la Unión Americana se permite testamentos ológrafos que se validan sin ningún procedimiento de comprobación, y en los que basta que un funcionario ponga un sello en el documento, sin cerciorarse de la autenticidad del acto. En esos casos, por ejemplo, el testamento es incompatible con la ley peruana, que busca asegurar -sea con la intervención

del notario *ex ante* o con la del juez *ex post*- que el acto responda efectivamente a la última voluntad del testador. En tal caso, el registrador deberá denegar la inscripción por la causal de invalidez del acto (art. 2011 CC).

- b) Las vicisitudes de los testamentos, que deben otorgarse bajo cualquiera de las formalidades del negocio testamentario previstas en el Código Civil, por lo que no bastará una escritura pública o un documento privado que no sea ológrafo. Nótese que una cosa es que el hecho secundario (modificación, ampliación o revocación del testamento) deba realizarse con las formalidades propias del hecho primario (testamento); pero, otra cosa es que el hecho secundario deba formalizarse con la misma modalidad utilizada por el hecho primario. Por ejemplo: un testamento por escritura pública puede ser revocado por uno ológrafo; pero, un testamento abierto no puede ser revocado por una escritura pública. El Código Civil no regula la revocación tácita cuando se otorga un segundo testamento, sin embargo, debe entenderse que se ha producido el efecto revocatorio cuando se establece un nuevo orden sucesoral que de hecho modifica el estado anterior (Trimarchi)¹¹⁸⁸, aun cuando puedan surgir dudas respecto de las estipulaciones accesorias que no sean incompatibles con el nuevo testamento. En ese caso, la interpretación se inclina normalmente por la revocación total, y para ello se utiliza la frase tan usual de los negocios testamentarios, referida a que el querer del testador es “su última voluntad”. Por otra parte, el Código contempla la figura de reviviscencia del primer testamento, cuando el segundo que lo revocó es a su vez revocado por el tercero, salvo que el testador exprese su voluntad contraria (art. 800 CC). La verdad es que esta figura es de dudosa utilidad, pues en un negocio *mortis causa* de tanta trascendencia como el testamento, es difícil justificar que se tenga por última voluntad una simple presunción legal. El argumento que da Lohmann, a favor de esta disposición normativa, se centra en una cuestión práctica:

1188 Cit. Lohmann, J. (1998), p. 434.

evitar que el testador deba repetir su voluntad¹¹⁸⁹. Este argumento, sin duda, no es atendible, pues el beneficio que se pretende obtener (“ahorro” en la renovación de la declaración), no se compara con el riesgo que produce (tutela de una voluntad que podría ser inexistente); por lo demás, si el testador desea reiterar la voluntad expresada en el primer testamento, bien puede manifestarlo así en cláusula única con el pretendido beneficio de ahorro de la declaración (la fórmula podría ser: *“por medio del testamento 3 revoco el testamento 2, y declaro la reviviscencia del testamento 1, cuyas cláusulas en su integridad adquieren vigor como expresión de mi última voluntad”*). Un caso más complicado se presenta cuando el orden sucesoral de un causante se regula por varios actos testamentarios, ya que el último no revocó los anteriores (art. 801 CC), lo que conlleva difíciles problemas interpretativos de los negocios comprometidos. En tal caso, el registrador no debe inscribir la revocatoria de los testamentos anteriores, y simplemente debe limitarse a inscribir todos los negocios, a efecto de que sean los herederos, o el Poder Judicial en última instancia, quienes realicen en su momento la labor interpretativa.

- c) Las escrituras públicas de revocación de la desheredación. Este es el único caso en que un negocio vinculado al orden sucesorio puede formalizarse por escritura pública ordinaria, sin necesidad de otorgar un testamento modificatorio. El caso se presenta cuando el testador ha decidido la desheredación de alguno de sus herederos forzosos, lo que debe sustentarse en alguna causal y ser declarada en testamento; sin embargo, el testador puede decidir el perdón del ofensor, por lo que tiene la vía abierta para revocar la desheredación, y ante lo cual, con el fin de facilitar la formalización del perdón, se autoriza que el acto se lleve a cabo en una escritura pública simple, lo que significa, por excepción, que un acto no testamentario sea inscribible en el Registro de Testamentos.

1189 Ibid., p. 436.

- d) Las sentencias ejecutoriadas sobre nulidad, falsedad o caducidad del testamento; así como las sentencias ejecutoriadas sobre justificación o contradicción de la desheredación. Nótese que la ley establece que la caducidad del testamento se declara por sentencia, sin embargo, existe jurisprudencia a nivel registral que establece que la caducidad de la institución de heredero, por premorencia, puede inscribirse simplemente en mérito de una solicitud comprobada con documentos públicos. En el caso de la desheredación, el testador en vida puede iniciar un proceso de justificación, a fin de obtener una sentencia ejecutoriada que impida que el tema se reabra a su muerte, la cual es inscribible; por otro lado, si el testador no inicia el proceso de justificación, entonces, el tema puede ser debatido por el desheredado a través de un proceso de contradicción, cuya sentencia firme también es inscribible.

Se discute si en el registro se pueden inscribir algunos actos que la ley no indica, lo que debe saldarse con una respuesta matizada, pues el carácter inscribible de los actos no se rige por el principio de autonomía privada, sino por el de tipicidad, en tanto los terceros tienen la carga de verificar la publicidad de ciertos hechos que la ley impone, pero no los otros, ya que ello implicaría que los terceros no sabrían a qué atenerse, ni podría establecerse con claridad los efectos que produce el registro en el caso de inscripciones atípicas. En tal sentido, si la ley considera inscribible un hecho jurídico determinado, entonces también lo son todos aquellos que lo modifican o extinguen, por una evidente cuestión de ordenación sistemática. En la doctrina italiana ha recibido el nombre de principio de integridad (*completezza*), por el cual deben ser inscritos todos los eventos modificativos o extintivos de las situaciones ya inscritas, aun en ausencia de disposiciones expresas, por cuanto mantener la publicidad del hecho primigenio, y negar la del hecho sucesivo, implica que el registro conserve una información no verídica¹¹⁹⁰. Por tal razón, debe compartirse la decisión de inscribir la excusa de aceptación del cargo de albacea, así como la renuncia o remoción judicial de dicho cargo, aunque el argumento dado sea erróneo: *“nada obsta que puedan ser inscritos en el registro de testamentos, en tanto este registro también*

1190 Ibba, C. (2006), pp. 184-186.

busca otorgar seguridad jurídica a quienes contraten con los que aparezcan inscritos como albaceas” (RTR N° 622-2001-ORLC/TR de 28.12.2001). En realidad, basta invocar el principio de integridad, pues si el albacea está nombrado por testamento (art. 779 CC), o son los mismos herederos quienes actúan como albaceas, siendo que la condición hereditaria también deriva del testamento (art. 792 CC), entonces las sucesivas modificaciones o sustituciones buscan mantener la exigencia de verdad en el contenido de las inscripciones. Otro caso dudoso es la renuncia de herencia por el heredero, luego de la apertura de sucesión. La ley no lo indica como acto inscribible, sin embargo, aquí nuevamente podemos aplicar el principio de integridad de las inscripciones; por lo tanto, si accede al registro el acto primigenio (negocio testamentario), entonces también ocurre lo propio con todos los actos modificatorios. El tema ha sido precisado, no siempre en forma correcta por el art. 8 RIRTSI. Un ejemplo: ¿por qué es inscribible el acuerdo de indivisión si se refiere a los bienes, y no a los herederos? También debe analizarse el caso de las donaciones por razón de muerte, ya que si bien estas tipifican como negocios *mortis causa* y la ley las asimila a los legados (art. 1622 CC), sin embargo, no forman parte de ningún testamento, por lo que no parece inscribibles, en virtud de la tipicidad de los actos que acceden al registro, y sin que en este caso pueda auxiliarle la complementación (*completezza*), pues no constituye modificación de un negocio inscribible. En cambio, en el sistema español, las donaciones por causa de muerte sí pueden acceder al Registro General de Actos de Última Voluntad, cuyo nombre precisamente es más comprensivo que el de solo testamentos a efecto de incluir los actos que escapan a la tipicidad del negocio testamentario.

3.2.2. Técnica registral

El Registro de Testamentos abre hoja (partida) con el negocio testamentario que otorga una persona determinada, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el Registro de Mandatos, la partida que se inicia con el testamento es la misma para el caso que la persona otorgase sucesivos negocios testamentos. Por tanto, el registro se organiza sobre la base de la persona o sujeto-titular de los actos inscribibles, en este caso, de los distintos testamentos que celebre durante su vida. Esta situación conlleva que los sucesivos testamentos de una persona deban ser coordinados, por lo

cual, es usual que el notario que comunica la existencia del segundo acto también informe de la revocación del primero; en caso de no indicarse tal circunstancia, el registrador deberá inscribir el nuevo acto sin modificar el precedente, a tenor del art. 801 CC, hasta que finalmente se abra la sucesión y se conozca el contenido de los testamentos, en cuyo momento recién podrá saberse a ciencia cierta si se ha producido una revocación tácita de alguno o de todos los testamentos anteriores. Esta situación se encontraba contemplada por el art. 11 del Reglamento del Registro de Testamentos de 1970 (RRT, derogado): *Las partidas en el Registro se abrirán con el nombre de las personas que han causado o han de causar la sucesión*. Ahora, el tema está regulado en el art. 3 RIRTSI (de 2012).

El registro testamentario es uno de folio personal estricto o general, pues la hoja del registro contiene todos los testamentos del sujeto. En cambio, el Registro de Mandatos y Poderes abre la partida por efecto exclusivo del negocio de apoderamiento de una persona natural, por lo que habrá tantas hojas como actos se otorguen. En tal sentido, el registro de poderes mantiene a la persona como criterio decisivo de ordenación, esto es, las inscripciones se ordenan por el sujeto-poderdante, pero solo de carácter relativo, pues la organización se hace por el “sujeto que otorga un acto”. En consecuencia, el Registro de Mandatos y Poderes es uno de folio personal-relativo, esto es, se ordena por la “persona-acto”; mientras que el Registro de Testamentos es uno de folio personal-general, pues se ordena por la “persona”.

3.2.3. Lugar de inscripción

El art. 2040 CC señala que *“Las inscripciones se hacen en el registro del domicilio del testador y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en el testamento”*. La norma busca solucionar un problema práctico: en el Perú no hay un registro unitario de testamentos -a diferencia del Registro general español- y, por tanto, se hace necesario establecer reglas para determinar en qué Oficina se debe inscribir el testamento. La exposición de motivos es muy clara: *“Una vez más, enfrentados al problema de no contar con un registro nacional único se tuvo que optar por señalar que la inscripción se hace en el registro correspondiente al del domicilio del testador y al del lugar de ubicación de los inmuebles”*. La solución legal busca reducir la carga de verificación que tienen los terceros a efecto de que consulten las oficinas registrales de los

lugares que señala el art. 2040 CC. En caso de omitirlo, el tercero podría sufrir una desagradable sorpresa, pues no tendrá la protección del art. 665, 2º párrafo CC.

¿En que lugar tendrá que verificarse esta información? La Ley establece que sea en el lugar del domicilio del testador y en el de ubicación de los inmuebles. Sobre el tema, se ha opinado que la inscripción del testamento se extiende a la transferencia de bienes muebles, lo que es correcto a tenor del art. 52 RIRTSI.

3.2.4. Mecánica de las inscripciones

Las inscripciones en este Registro operan en dos fases:

Primera, los testamentos son inscritos luego de su otorgamiento, aunque el testador se encuentre en vida (art. 10 RIRTSI). Es evidente que esta situación se aplica solo a los testamentos abierto y cerrado, ya que estos constan en título público susceptible de registro; pero, no ocurre lo mismo con el testamento ológrafo que consta en documento privado, y por tal motivo, no es inscribible hasta su comprobación, que ocurre luego de la muerte del testador. En esta primera fase, la inscripción se limita a dar cuenta del nombre del testador, los testigos, el notario ante quien se otorgó y la fecha del acto; pues el testamento tiene naturaleza reservada mientras no se abra la sucesión; por tal razón, el notario se limita a enviar una hoja que contiene exclusivamente esos requisitos (parte resumido), sin que informe sobre el contenido del acto (art. 71, 73 LN). En el caso del testamento cerrado, se remitirá copia certificada del acta transcrita en el protocolo notarial (art. 74 LN), no copia de la cubierta como decía el art. 6 del viejo RRT, que debió entenderse modificado en este punto, pues en el régimen anterior (del Código Civil de 1936, cuando se dictó el RRT), el notario no retenía el sobre cerrado, pues lo devolvía al testador, con lo que aumentaba en gran medida los riesgos de extravío, pérdida o destrucción de la última voluntad del causante; en esas condiciones, era necesario que el registro contenga la copia del sobre o la cubierta como una medida de seguridad para controlar su autenticidad. Por el contrario, el Código de 1984 exige que el notario conserve el sobre cerrado, por lo que el riesgo de pérdida está reducido a casos excepcionales. El art. 10 del RIRTSI se adecúa al art. 74 LN. Por su parte, “no se podrán expedir manifestaciones de las partidas registrales ni certificados referentes a ins-

cripciones en el Registro de Testamentos mientras no se produzca el deceso del testador, salvo que este lo solicite mediante escrito con firma legalizada notarialmente o autenticada por fedatario de la SUNARP” (art. 46 RIRTSI).

Segunda, una vez que el causante ha fallecido, entonces se procede a la “ampliación del asiento”, lo cual significa que el notario remite el parte del testamento por escritura pública a efecto de informar sobre el contenido íntegro del acto (parte íntegro), por lo que, el registrador extiende una inscripción complementaria en el que da cuenta del contenido del testamento (art. 11 RIRTSI). En el caso de los testamentos cerrados, el parte notarial será remitido por el notario en cuyo oficio se realizó la comprobación y protocolización, si se trata de procedimiento notarial, o del notario que simplemente ha protocolizado el expediente, cuando la comprobación la realizó el juez de paz letrado (art. 11, 2º párrafo, RIRTSI). Recuérdese que la comprobación de testamento cerrado puede ser conocida por notario o juez de paz letrado, a elección del interesado (Ley 26662). En estos casos, el registro exige el parte notarial (íntegro) y la copia certificada del acta de defunción, sea en documento aparte o inserta en el instrumento público. Durante muchas décadas, y hasta el año 2000, aproximadamente, los registradores exigían el pago de un derecho llamado “mandas forzosas” a favor de la Beneficencia Pública del lugar donde se otorgó el testamento, para lo cual se invocaban distintas normas del siglo XIX¹¹⁹¹. Sin embargo, un derecho de este tipo, de carácter fiscal o impositivo, no podía mantenerse vigente si tenemos en cuenta las sucesivas normas de reorganización tributaria, por ejemplo, el D. Ley 25988, de diciembre de 1992¹¹⁹², que derogó todos los impuestos ante-

1191 “La manda forzosa de restauración consiste en la suma de tres soles cuarenta centavos de que cada testador estaba obligado a disponer en su testamento, a fin de que su producto sirviera de fondo para el pago de la deuda interna nacional, y hoy deja a favor de la Beneficencia del lugar: es de tal naturaleza, que se la considera hecha aunque nada se haya dicho sobre ella en el testamento (decreto 22 septiembre 1826, 11 y 21 octubre 1833, 16 febrero 1841, 3 julio y 11 septiembre 1845, 15 octubre 1852). Los escribanos deben pasar mensualmente a la Beneficencia una razón de los testamentos que ante ellos se otorguen y de las cantidades dejadas por los testadores para la manda forzosa de restauración (decreto 12 agosto 1846)”: Seoane, G. (s/f), pp. 70-71.

1192 La indicada norma fue el sustento para entender derogado el antiguo D. Ley 11240, de 30.12.1949, cuyo art. 1º señalaba: “los derechos que cobren los Registros Públicos, de acuerdo con sus aranceles, serán afectados con un impuesto del 10% (diez por ciento) cuyo importe se destinará a la adquisición de máquinas e instalaciones para su mejor servicio”. Sin embargo, SUNARP

riores, cualquiera fuese su clase y denominación, salvo algunos que se mencionaron específicamente, lo que se ratificó posteriormente con el D.L. 771.

En el caso de los testamentos ológrafos o especiales, no existe una primera fase en la mecánica de la inscripción, pues ellos solo adquieren la condición de título público luego de la muerte del causante, por lo que la inscripción se realiza en forma inmediata con respecto de todo el contenido del testamento. Sin embargo, debe anotarse que la primera fase no es obligatoria, ni siquiera en el caso de los testamentos abiertos y cerrados, pues resulta posible que el notario no haya enviado el parte resumido o lo haya enviado a otra oficina registral, por lo que podrá presentar el parte íntegro luego de la muerte del causante, sin ningún inconveniente.

3.2.5. Inexistencia de tracto sucesivo y prioridad

La mejor doctrina señala que en los registros personales no se inscriben cosas ni derechos reales, sino personas y hechos jurídicos en los que no existe derivación de derechos, ni orden preferente entre ellos, por lo que el tracto sucesivo y la prioridad carece de aplicación práctica¹¹⁹³. El tema ha recibido amplio tratamiento en los capítulos precedentes de este libro, y, en este punto analizaremos unos casos.

a) Inscripción previa del testamento frente a posterior acto de disposición

El art. 52 RIRTSI ratifica la obligatoriedad de la inscripción en el registro de testamentos, antes que en el registro de bienes. Eso mismo ya lo establecía el viejo reglamento de 1970 (art. 2). Esta norma permite inferir que existiría una especie de tracto sucesivo, por cuya virtud, debe inscribirse en forma previa el testamento en su registro respectivo, y, luego recién podrá hacerse lo propio con el testamento en el registro de bienes. La afirmación es errónea, por cuanto el tracto sucesivo no se aplica entre distintas hojas

siguió cobrando ese impuesto hasta 1998, cuando el entonces Defensor del Pueblo Dr. Jorge Santistevan de Noriega emitió la Resolución Defensorial N° 33-98/DP de 05.06.1998, en el que advirtió las responsabilidades administrativas y penales de los funcionarios que permitían un cobro ilegal. El efecto fue contundente: SUNARP anunció al día siguiente de la publicación de la resolución, que dejaba sin efecto el cobro del impuesto. La denuncia fue interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC).

1193 Garrigues, J. (1987), T. III, p. 67.

(partidas), sino cuando se trata de una misma hoja cuyas inscripciones se agrupan por una cadena de transmisiones derivadas. Nada de eso ocurre en un registro personal, como el de testamentos, por lo que no existe un problema de tracto sucesivo. En realidad, el art. 52 RIRTSI está referido a la obligatoriedad de la inscripción en el registro de testamentos, por cuya razón, el incumplimiento de tal deber justifica la negativa de la inscripción en el Registro de Predios. Por tanto, la cuestión se refiere a la obligatoriedad de la inscripción, no al tracto sucesivo.

Un ejemplo que acredita esta conclusión es el siguiente: supongamos que se inscriben cinco actos testamentarios que sucesivamente se revocan hasta que solo el último de ellos se mantiene en vigor. Si se tratase de un problema de tracto sucesivo, entonces la hoja del predio debería dejar constancia de los cinco testamentos y hacer presente cuál es el único en vigor; en cambio, como aquí no está en juego dicho principio, sino la obligatoriedad de la inscripción, entonces en el Registro de Testamento deberán contener los cinco actos, por efectos del deber legal impuesto, pero no ocurrirá lo propio en el Registro de Predios, en donde se inscribirá simplemente la transmisión, sin ninguna idea de tracto con respecto de los actos anteriores.

¿Cuál es esa razón de política legislativa que impone la inscripción previa del testamento en su registro? El motivo se encuentra en la naturaleza de **publicidad pura** que tiene este Registro, ya que su función primordial es noticiar la existencia de los testamentos otorgados por el causante, con el objetivo de impedir que se validen testamentos modificados o revocados, o se considere como intestada la sucesión ante la imposibilidad de conocer el otorgamiento del acto testamentario. Por tanto, lo que se pretende lograr es que todos los testamentos sean acogidos por el Registro, con lo que se evita la clandestinidad de los actos testamentarios; reduciendo el riesgo de no respetar la última voluntad del testador. En tal sentido, el legislador busca que los testamentos sean objeto de inscripción, y, para lograr que se consiga esta finalidad, se ha impuesto al notario el deber de comunicación al registro de los testamentos que ante él se otorgan (arts. 73, 74 LN)¹¹⁹⁴.

1194 "La prudencia y sigilo excesivos -y también ingenuos- perjudican la verdad y los derechos legítimos": Fueyo, F. (1982), p. 69.

b) Inscripción de la revocatoria sin que se inscriba el testamento previo

También es usual discutir si la revocatoria de un testamento puede inscribirse sin que haya ocurrido lo propio con el testamento primigenio. La solución tradicional es acudir a la regla del tracto sucesivo para suspender la inscripción. Sin embargo, es necesario recordar que el tracto sucesivo no se aplica en los registros de personas, por cuanto en estos no se inscribe la transferencia de derechos en vía derivativa. La revocatoria del testamento es un negocio jurídico independiente del anterior, vinculado sí, pero autónomo del otro; por tanto, no existe razón alguna para exigir la previa inscripción del testamento antes de proceder a realizar lo propio con la revocación.

Algunos argumentos de orden práctico ayudan a sustentar nuestra tesis:

- a) La inscripción simultánea del testamento y su revocatoria no cumple función jurídica alguna, pues el hecho modificatorio por sí solo priva de eficacia al anterior, sin necesidad de inscribir inútilmente el hecho primario.
- b) ¿Qué ocurre si es muy difícil agenciarse el documento en el que consta el testamento? Por ejemplo, si en la revocatoria se deja sin efecto un testamento ológrafo que no puede inscribirse por no constar en instrumento público. En base de la autonomía de cada acto inscribible, es correcto sostener que un suceso extintivo puede inscribirse en forma independiente del suceso primigenio.

En resumen, es posible inscribir la revocación sin que suceda lo propio con el testamento, ya que en los registros personales no existe tracto sucesivo. Aquí, la cuestión es más evidente que en los apoderamientos, pues el testamento inscrito durante la vida del testador no produce efecto alguno a favor de terceros, y si luego este se revoca, entonces se presupone que el testador está todavía con vida; por tal razón, el anterior testamento deja de cumplir cualquier función relevante, y resulta ya inútil su inscripción. En tal sentido, es correcta la solución del art. 24, 2º párrafo, RIRTSI.

c) Complementariedad de inscripciones

La situación es distinta cuando una modificación, ampliación o revocación parcial no derogan *in toto* el testamento originario, en cuyo caso parece razonable la exigencia de inscripción del hecho inicial. Sin embargo, esto no es un problema de tracto sucesivo, sino de complementariedad de inscripciones, por cuanto un hecho primario (A) es modificado por un hecho secundario (B), lo que da lugar necesariamente a un hecho complejo (A + B). En tal supuesto, es evidente que no puede desarmarse el hecho jurídico mediante la inscripción de solo una parte (B), por lo que se hace imperativo inscribir todo el hecho (A + B). Nótese la gran diferencia que existe entre los hechos complejos, que reclaman la publicidad de todo él, y que da lugar a inscripciones complementarias. En relación con la revocación total de testamento, que es un hecho distinto del primigenio, autónomo, pero vinculado por la circunstancia de que lo elimina del mundo jurídico. En suma, la complementariedad de inscripciones no se asimila con el tracto sucesivo, pues en el segundo los hechos son rigurosamente autónomos, pero en relación de derivación (A vende a B, B vende a C, C vende a D); mientras que en el primero, los hechos conforman uno solo.

Una cuestión práctica ayuda a entender el distinto ámbito de aplicación de ambas figuras, por lo que no se les puede unificar bajo una categoría única: es el caso de las anotaciones preventivas por defecto de tracto, las cuales son lógicas y necesarias en los registros de bienes, por cuanto la fecha de presentación de los títulos y la prioridad es de suma importancia, en tanto cabe la posibilidad de conflicto de titularidades; en cambio, esta misma anotación no juega ningún papel en los registros personales, por cuanto allí no hay conflicto de derechos que se decida por la inscripción anterior o por la prioridad. Por el contrario, un hecho jurídico incompleto no puede merecer publicidad, ni siquiera atenuada por una anotación provisional, ya que la mitad de algo es nada.

d) Nulidad de testamento

La inexistencia del tracto sucesivo hace que la nulidad del testamento deba inscribirse sin necesidad que el testamento se encuentre inscrito con anterioridad. Por tanto, es errado el art. 24, 1º, RIRTSI, pues, ¿para qué sirve inscribir el acto anulado si, precisamente, ya no surtirá efecto alguno? No

obstante, esa norma reglamentaria es superflua, pues el juez está habilitado para ordenar la inscripción con el fin que la decisión se ejecute en forma debida (art. 2011 CC), en concordancia con la tutela jurisdiccional efectiva del art. 138° de la Constitución de 1993.

3.3. Calificación del registrador

En la inscripción de testamentos, se han producido continuos problemas derivados de la calificación jurídica de “heredero” o “legatario”. En efecto, es usual que el testador no consigne con claridad cada una de esas condiciones, de lo que resulta que el registrador duda sobre la naturaleza del sucesor. En nuestra opinión, la única solución admisible es que se transcriba íntegramente la cláusula (o cláusulas) controvertida en el asiento de inscripción, sin necesidad de que el registrador le atribuya una u otra condición jurídica. La razón de ello es muy simple: un funcionario administrativo no puede modificar el contenido del negocio, pues recuérdese que una cosa es el hecho jurídico y la otra es la publicidad del hecho. Siendo así, la publicidad no puede derogar, mediatizar o desaparecer el contenido del hecho. Por tal motivo, lo más saludable, en todos los casos, es que el registrador redacte los asientos con copia textual de las cláusulas relevantes del testamento, sin ingresar al delicado debate referido a la calificación jurídica de las instituciones, a la interpretación de la voluntad del testador, o a los requisitos o condiciones establecidas. De esa manera, se evitan múltiples problemas interpretativos que no corresponde dilucidar al Registro¹¹⁹⁵. En virtud de lo expuesto, la RTR N° 728-2003-SUNARP-TR-L de 14.11.2003 constituye un claro error, pues en ella se estableció que el Registro puede

1195 La RTR N° 017-2004-SUNARP-TR-L de 16.01.2004 resolvió un caso en el que se debatía la inscripción de un testamento que contenía la cláusula de estilo, por cuya virtud, la herencia corresponde a “sus herederos legales conforme a ley”, aunque, en una estipulación anterior, el otorgante había indicado quienes eran su cónyuge e hijos, pero sin declararlos herederos. El Tribunal resuelve considerando que esa sola mención, concordada con lo establecido en la ley, permite deducir que la institución de herederos se ha realizado a favor de esas personas. El caso da lugar a varias reflexiones: a) Un llamamiento a “los herederos legales conforme a ley” indica simplemente una abdicación de la sucesión voluntaria, pues todo lo remite a la ley. En tal caso es necesaria una sucesión intestada: Álvarez Caperochipi, J. (1990), p. 241, b) El registro no puede inferir los herederos, por lo que el registro debió limitarse a reproducir la cláusula de institución genérica, con lo cual en la práctica remite el tema a la sucesión legal. Esta solución se impone en vista que el registrador inscribe un título, y no puede apartarse de él.

interpretar las disposiciones testamentarias cuando estas sean oscuras, ambiguas, inexpresivas, contradictorias o incompletas. La solución simple consiste en transcribir las cláusulas dudosas, sin que el Registro se convierta en una aduana o control de la voluntad del testador, máxime cuando el registrador no tiene la potestad de extraer el contenido sustantivo de un negocio jurídico, con derogación del resto. Eso implicaría un absurdo lógico: que la publicidad pueda vivir por sí sola, sin el hecho jurídico que se publica o modifica. Esta opinión ha sido tomada al pie de la letra por el art. 21 RIRTSI.

Otra cuestión que también ha generado dudas es la nulidad o, en general, los defectos que se adviertan en el contenido de la declaración del testador, y si el registrador puede calificar ese aspecto. Un ejemplo aclarará la situación: el testador declara que tiene cuatro hijos vivos, sin embargo, en forma contradictoria, instituye como herederos a tres de ellos, por lo que ha preterido a uno. En tal caso, la norma civil declara la caducidad de la institución de herederos, por lo que podría pensarse que el registrador no debería inscribir el negocio respectivo. En nuestra opinión, sin embargo, el testamento es un acto *mortis causa*, de imposible subsanación por la muerte del causante, por lo que la potestad de calificación registral debe reducirse a la mínima expresión, esto es, a los vicios formales del testamento. Por tanto, el registro debe expresar la declaración de última voluntad, tal como se expresa, sin reducirla ni interpretarla.

4. REGISTRO DE SUCESIONES INTESTADAS

4.1. Función

La exposición de motivos del D. Ley 14607 (de 1963) justificaba la creación de este Registro de la siguiente manera: *“que en la actualidad es difícil conocer la existencia de tales procedimientos o ubicar los expedientes respectivos, lo que impide completar la titulación de los inmuebles heredados, así como su enajenación o la obtención de créditos con la garantía de los mismos”*¹¹⁹⁶. De ser ello así, el Registro de Sucesiones Intestadas cumpliría una simple función de archivo

¹¹⁹⁶ La exposición del Código Civil de 1984 reitera la misma postura: *“por medio de la publicidad de este registro, se facilita el ejercicio de los derechos de quienes no han sido considerados como herederos en la correspondiente sentencia y se permite completar la titulación de los inmuebles heredados”*.

o recopilador de información, sin producir ninguna de los efectos típicos de la publicidad. Por tal motivo, consideramos que la realidad ha sobrepasado a la voluntad del legislador.

La primera función de este Registro es evitar que se tramiten simultáneamente distintas solicitudes de declaración de herederos, con lo cual disminuye el riesgo de que existan diferentes declaraciones jurídicas (con herederos no coincidentes), sin que alguna de ellas pueda ser preferida frente a la otra. De esta manera, se evita que se tramiten procedimientos sucesivos con decisiones contradictorias, y que ya no deberían ventilarse en la vía no contenciosa, pues lo que corresponde es acudir al proceso (contencioso) de petición de herencia. Esta finalidad es ciertamente importante por cuanto denota un afán de orden y regularidad en la tramitación de los procedimientos. Una sentencia de la Corte Suprema ha reconocido esta función: *“La acción petitoria de herencia es de naturaleza contenciosa y puede acumularse la pretensión de ser declarado heredero, si habiéndose pronunciado con anterioridad una declaración judicial de herederos, hubiesen sido preteridos los derechos hereditarios del demandante, lo cual no podría hacerse valer ya en vía no contenciosa; porque no procede la duplicidad de estos procedimientos no contenciosos como resulta del artículo 831 inciso 5º del Código Procesal Civil”* (Casación N° 1908-97-Ayacucho, de 25.03.1999). Adicionalmente, hay una **segunda función** que normalmente se espera de todo registro jurídico, la cual consiste en asegurar la adquisición de los terceros que contraten con herederos inscritos. De esta manera, se pretende facilitar la prueba de la existencia, validez y subsistencia de la cualidad de heredero, para lo cual pesa sobre los terceros una carga de diligencia referida a verificar la inscripción de la sucesión intestada en el registro respectivo. Si bien las normas de este Registro omiten pronunciarse sobre el tema, empero el ordenamiento civil puro contiene una norma que salva la laguna, cuál es, el art. 665 CC que ha sido examinado en el anterior acápite 3.1 de este mismo capítulo.

4.2. Aspectos esenciales

4.2.1. Actos inscribibles

El Registro de Declaratoria de Herederos fue creado por el D. Ley 14607 (de 1963), que estuvo en vigor hasta el Código Civil de 1984, que lo derogó en forma tácita, pues la nueva ley reguló íntegramente la misma materia

que la anterior ley (art. I TP- CC). El Código sufrió una típica modificación cosmética por medio de la Ley 26707 (12.12.1996), por el cual se le cambió la denominación a “Registro de Sucesiones Intestadas”, sin que ello implique ninguna variación sustantiva.

El Registro de Sucesiones Intestadas permite los siguientes actos inscribibles (art. 2041 CC):

- a) Las anotaciones preventivas de la solicitud de sucesión intestada, sea que el procedimiento se lleve ante notario o ante juez. La finalidad de esta anotación es evitar que se tramiten simultáneamente distintas solicitudes de declaración de herederos, con lo que se reduce el riesgo de que se produzcan declaraciones jurídicas contradictorias, sin que una de ellas pueda ser preferida frente a la otra. Según la jurisprudencia del Tribunal Registral, esta anotación puede cancelarse a los 10 años por mérito de la caducidad prevista por la Ley 26639.
- b) La declaración legal de herederos (ab intestato, o sin testamento) que se produzca a través del procedimiento notarial (Ley 26662) o mediante el proceso judicial no contencioso (CPC). La persona legitimada para solicitar la sucesión intestada puede optar libremente por una u otra vía. Por su parte, la actuación notarial está supeditada a la ausencia de oposición de algún interesado, en cuanto el notario solo actúa en el ámbito no conflictivo de los derechos (*inter volentes*); a diferencia del juez de paz letrado, que puede intervenir con oposición, o sin ella. Cabe plantear la pregunta sobre la posible inscripción de una declaración negativa, esto es, la que desestima la demanda. El Tribunal Registral lo ha considerado inscribible (RTR N° 068-99-ORLC/TR de 29.03.1999). Esta doctrina resulta equivocada, pues una declaración negativa no resuelve, y la publicidad recae sobre actos, no sobre el vacío. La única utilidad de una declaración de este tipo es cancelar la anotación preventiva que se hubiese registrado, pero su efecto en ese caso es cancelar, pero no autoriza a inscribir, por lo que la partida correspondiente debe cerrarse por inexistencia de inscripciones. Por otro lado, debe indicarse que existe una marcada diferencia entre acto negativo

(no-declaración) y acto revocatorio (de testamento, por ejemplo), pues en el segundo se deja sin efecto un acto existente (muere un “ser”); mientras que en el primero, por el contrario, no hay nada ni lo hubo antes (la anotación caduca es “no-ser”). Por tanto, la publicidad del “no-ser” es inútil.

- c) Las demandas que a criterio del juez sean inscribibles. Esta constituye una frase desafortunada, pues, antes que las demandas, en realidad son materia de inscripción “las resoluciones judiciales que anulan, modifican, amplían o excluyan a los herederos declarados en procesos no contenciosos de carácter notarial o judicial”. Aquí, no pretendemos aplicar la analogía, sino una interpretación lógica (*ratio legis*), pues si las demandas son inscribibles entonces también lo son las decisiones que declaran fundadas esas mismas demandas que modifican la declaración de herederos, lo que alude indudablemente a la acción petitoria de herencia. Esto deja en evidencia el error de técnica legislativa incurrido por la Ley 26707, modificatoria del art. 2041 CC, pues en la versión anterior se hablaba expresamente de la acción petitoria, y no como ahora, en donde solo por vía interpretativa se puede llegar a la misma conclusión. La acción petitoria corresponde al heredero que no posee los bienes, y se dirige contra quien los posee bajo título sucesorio para concurrir con él o excluirlo (art. 664 CC). La norma agrega que el demandante puede acumular la petitoria con la pretensión de declaración de heredero, en caso de que medie una declaración previa no contenciosa que no lo incluya, lo que ya está implícito en el mismo concepto de petitoria de herencia¹¹⁹⁷, pues esta es una acción mixta, en tanto el demandante debe probar su cualidad de heredero a efectos de reclamar la posesión de la herencia; por tanto, se trata de una acción declarativa (de heredero) y, simultáneamente, de condena (entrega de bienes específicos). En la petitoria, el título de heredero es el presupuesto o fundamento para lograr la estimación de la demanda, pero hay que probar ese presupuesto, por lo que el juez se debe pronunciar por la declaración de la situa-

1197 Así: Ferrero, A. (2002), p. 188.

ción jurídica. No había razón, pues, para hablar de “acumulación de pretensiones”.

Un caso dudoso de acto inscribible, y que también se presenta en el registro de testamentos, es la renuncia de herencia luego de la apertura de sucesión. La ley no lo prevé, sin embargo, aquí nuevamente podemos aplicar el principio de integridad de las inscripciones; por lo tanto, si accede al registro el acto originario consistente en la condición de heredero, entonces también debe hacerlo el acto modificatorio o extintivo. Otro caso dudoso es la administración judicial de los bienes de la herencia, que, como ya hemos visto, no se inscribe en el registro de mandatos, y tampoco en este registro. Aquí, impera la tipicidad, sin que pueda aplicarse el principio de integridad, en tanto la administración judicial no complementa la declaración de herederos. Por lo demás, la actuación judicial presupone un especial cumplimiento de la legalidad, lo que hace innecesario la publicidad del acto. El tema ha sido complementado por el art. 28 RIRTSI, aunque no siempre en forma correcta. Un ejemplo de error es el acuerdo de indivisión, que se refiere a la parte material de la herencia.

En buena cuenta, el Registro de Sucesiones Intestadas busca que se inscriba una declaración jurídica sobre los herederos legales del causante, y sus vicisitudes, así como las sucesivas declaraciones provenientes del proceso contencioso en el que se discutió, anuló o reconoció la condición de los herederos preteridos.

4.2.2. Técnica registral

El registro de intestados, al igual que el de testamentos, es uno de folio personal estricto o general, pues la hoja del registro contiene todas las declaraciones jurídicas de herederos que se refieran a la misma persona. En cambio, el Registro de Mandatos y Poderes, por ejemplo, abre la partida por efecto exclusivo del negocio de apoderamiento de una persona natural, por lo que habrá tantas hojas como actos se otorguen. Si bien el registro de poderes mantiene como criterio de ordenación a la persona, esto es, las inscripciones se organizan por el sujeto-poderdante, pero solo con carácter relativo, pues la agrupación se hace por el “sujeto que otorga un acto”. En consecuencia, el Registro de Mandatos y Poderes es uno de folio personal-relativo, esto es, se ordena por la “persona-acto”; mientras que el Registro de

Sucesiones Intestadas es uno de folio personal-general, pues se ordena por la “persona” (art. 3 RIRTSI).

4.2.3. Lugar de inscripción

El art. 2042 CC señala: *“Las resoluciones a que se refiere el artículo 2041 se inscriben en el registro correspondiente del último domicilio del causante y, además, en el lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles, en su caso”*. La norma busca solucionar un problema práctico: en el Perú no había un registro unitario de sucesiones intestadas y, por tanto, se hace necesario establecer reglas para determinar en qué oficina se debe inscribir el acto notarial o judicial de declaración de herederos. La exposición de motivos es muy clara: *“Al igual que en el caso del registro de testamentos, la circunstancia de que los procedimientos que se expresan en este registro tengan un alcance limitado a determinada circunscripción territorial, siendo que no contamos con un registro nacional único, plantea el problema que este artículo pretende resolver”*.

¿En que lugar tendrá que verificarse esta información? La Ley establece que sea en el lugar del domicilio del causante y en el de ubicación de los inmuebles. El art. 52 RIRTSI permite que la misma obligatoriedad se aplique a los bienes muebles registrables. La solución legal busca reducir la carga de verificación que tienen los terceros a efecto de que consulten las oficinas registrales de los lugares que señala el art. 2042 CC. En caso de omitirlo, el tercero podría sufrir una desagradable sorpresa, pues no tendría la protección del art. 665, 2º CC.

4.2.4. Mecánica de las inscripciones

Las inscripciones en este registro operan en dos fases:

Primera, las anotaciones preventivas de inicio del procedimiento de sucesión intestada, sea en vía notarial o judicial. De esta manera, se precluye la posibilidad que se tramiten procesos simultáneos que concluyan con la declaración de herederos contradictorios (art. 30 RIRTSI). Por tal motivo, la ley exige, como uno de los recaudos preceptivos para la presentación de la solicitud, el certificado registral negativo de sucesión intestada o testamento. Con el primero, se evita la duplicidad de trámites; mientras que el segundo es un requisito sustantivo del derecho sucesorio, pues la herencia legal solo opera a falta de la herencia testada. El RIRTSI señala que estos

certificados pueden suplirse por el llamado “certificado registral de sucesiones” (CRES), que compendia la información a nivel nacional del causante en ambos registros (art. 49).

Segunda, una vez concluido el procedimiento, se inscribe la declaración jurídica definitiva de los herederos del causante (art. 31 RIRTSI). Sin embargo, la falta de anotación preventiva no impide que se extienda la inscripción definitiva, es decir, la primera fase no es obligatoria ni requisito previo para que se produzca la segunda; aunque obviamente resulta preferible que los procedimientos notariales o judiciales anoten en forma preventiva la solicitud de sucesión intestada, pues de esa forma se impide el trámite de diversos procesos, con la posibilidad de decisiones contradictorias, que es uno de los riesgos en este ámbito.

4.3. Vinculación entre el registro de sucesiones intestadas y el de testamentos

La existencia de un testamento precluye normalmente la posibilidad de solicitar una declaración jurídica de sucesión intestada, pues, la voluntad del primero prevalece, sin dudas, sobre el segundo, que tiene un carácter subsidiario o dependiente de la voluntad expresada en el testamento. Por tanto, si existe un testamento con institución de herederos, entonces no cabe la inscripción de una sucesión intestada, por lo que el afectado deberá reclamar el derecho que le corresponda a través de un proceso contencioso de petición de herencia, caducidad de institución hereditaria, o nulidad de testamento, según sea el caso¹¹⁹⁸. Por tal motivo, el procedimiento de sucesión intestada requiere la presentación de un certificado negativo de testamento, lo cual significa que el Registro ateste la ausencia de inscripciones. En caso de existir un testamento, entonces resulta improcedente plantear una sucesión intestada. Sin embargo, hay casos excepcionales en los que puede ocurrir que una herencia sea dispuesta solo en parte a través del testamento, por lo que se hace necesario que la parte residual se distribuya de

1198 Idéntico criterio en el precedente de observancia obligatoria aprobado por el Undécimo Pleno del Tribunal Registral, y que se sustenta en las Resoluciones N° 01-2004-SUNARP-TR-T de 12.1.2004, N° 194-2003-SUNARP-TR-T de 20.11.2003 y N° 200-2003-SUNARP-TR-T de 26.11.2003.

acuerdo con las reglas de la sucesión legal o intestada. Esta hipótesis no se presenta cuando el testador ha instituido herederos forzosos o voluntarios, pues en virtud del carácter universal de la disposición, y la fuerza expansiva que de ello se deriva, entonces todos los bienes de la masa son atribuidos a dichos herederos, aunque no se mencionen bienes específicos en el acto testamentario. Distinta es la situación si el causante carece de herederos forzosos, y no ha instituido voluntarios, pero ha dispuesto de su herencia en virtud de legados establecidos obviamente por testamento, o solo ha dispuesto parcialmente de la herencia. En el primer caso, y como sabemos, el legado es una atribución singular, por lo que no se expande sobre los bienes no comprendidos en la disposición. En el segundo caso, la falta de disposición (parcial) hace que sea necesaria la sucesión legal con relación al remanente. Por tal motivo, el sobrante de la herencia no dispuesto a través de legados debe atribuirse a los herederos legales de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada¹¹⁹⁹ (art. 739 CC). Aquí concurre la sucesión testada y la intestada, respecto del mismo causante, lo que plantea problemas de orden práctico, ya que la existencia de un testamento impide normalmente la solitud de sucesión intestada. Sin embargo, la norma meramente adjetiva no puede ser obstáculo para actuar el derecho sustantivo, por lo que habrá de entenderse que, en este caso, el notario o el juez, deberán revisar el contenido del acto testamentario y cerciorarse de que no hay herederos instituidos, y que los legados no abarcan todos los bienes de la herencia.

Una hipótesis distinta es que una sucesión intestada se haya inscrito en el registro, y, posteriormente, se pretenda la inscripción del testamento otorgado por el mismo causante. ¿Se inscribe el testamento? Una importante RTR N° 1090-2009-SUNARP-TR-L, de 10.07.2009, optó por la solución afirmativa¹²⁰⁰. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Registral aprobó

1199 Lohmann, J. (1998), p. 93.

1200 “5. Acabamos de señalar que sólo excepcionalmente puede abrirse una partida distinta en el Registro de Sucesiones Intestadas cuando el causante tiene testamento inscrito en el Registro de Testamentos, pero ¿qué ocurre cuando habiéndose inscrito la sucesión intestada del causante, se solicita la inscripción del testamento otorgado por éste en el Registro de Testamentos? 6. En primer lugar es necesario señalar que si bien la sucesión mortis causa puede ser intestada o testamentaria, el elemento que prima para determinar la forma y entre quienes debe distribuirse el patrimonio hereditario es la voluntad del

un precedente contrario, por el cual, una vez inscrita la sucesión intestada, ya no cabe hacer lo propio con el testamento. Este criterio no resiste análisis alguno, pues se funda en argumentos formalistas y dogmáticos inaceptables, tales como “la primera inscripción tiene prioridad” o “la primera inscripción goza de legitimación”. En primer lugar, la prioridad registral es un concepto técnico que no tiene relación alguna con este tema (ver: acápite respectivo en el registro de predios), pero si, a pesar de ello, se quisiera forzar el lenguaje, entonces la solución correcta es “otorgar prioridad” al testamento, pues eso es lo que indica el derecho sustantivo. En segundo lugar, la legitimación no está en juego, pues resulta ampliamente aceptado que una inscripción puede desvirtuarse en la vía judicial o por un título modificatorio posterior, en tanto se trata solo de una presunción relativa (art. 2013 CC, art. 3 Ley 26366). Por lo demás, el precedente registral implica mantenerse en el error, y omitir la verdad, por lo que bien cabe preguntarse: ¿para qué existe el registro, para consagrar falsedades como consecuencia del respeto de dudosos principios dogmáticos? En efecto, mantener la sucesión intestada inscrita en primer lugar –y, con ello, rechazar el testamento que aparece

causante, cuya declaración se encuentra contenida en el testamento, para cuyo otorgamiento el ordenamiento jurídico establece una serie de formalidades y limitaciones a fin de garantizar, por un lado, que la declaración contenida en el testamento sea realmente la voluntad del causante y, por el otro, la protección de los herederos forzosos del testador. 7. En tal sentido, la determinación del destino de los bienes del causante vía sucesión intestada sólo es supletoria, procede únicamente cuando el causante en vida no ha dispuesto voluntariamente el destino de su patrimonio o, habiéndolo hecho, el testamento es incompleto o nulo; precisamente el artículo 815° del Código Civil establece expresamente los supuestos en los que procede recurrir supletoriamente a la sucesión intestada. En cambio, si el causante ha dispuesto en vida el destino de sus bienes y el ordenamiento jurídico reconoce como válida y eficaz la voluntad testamentaria, prevalece ésta. 8. Ahora, si la voluntad del testador expresada en el testamento prevalece, ¿es razonable que la inscripción de la sucesión intestada impida la inscripción del testamento, cuando la existencia de la voluntad del testador contenida en esta ha sido comprobada? Creemos que no, pues si bien una vez inscrita la sucesión intestada ésta goza de los efectos materiales de la publicidad registral, legitimación, fe pública registral y oponibilidad, de manera que cualquier inscripción posterior relativa a la sucesión del causante, sólo podría realizarse en tanto sea compatible con ella; ello no impide la inscripción de la sucesión testamentaria, aun cuando las disposiciones testamentarias no sean compatibles con la sucesión inscrita, pues conforme al ordenamiento jurídico vigente no sólo prevalece la voluntad del testador de designar a sus sucesores y distribuir entre ellos sus bienes, sobre la declaración legal ab intestato, sino además porque tampoco existe impedimento legal o reglamentario alguno para su inscripción” (Finalmente, se ordenó la inscripción del testamento).

luego-, constituye una consciente voluntad de mantenerse en el engaño, con lo que se defrauda a terceros y se desconoce la voluntad del testador.

No obstante, siempre la historia termina poniendo las cosas en su sitio. El nuevo RIRTSI crea una anotación preventiva por existencia de testamento (art. 37), con lo cual, en buena cuenta, se da publicidad al negocio testamentario, aun cuando exista sucesión intestada inscrita. Si bien la solución es aún tímida, pues la anotación tiene plazo de 120 días naturales (art. 38 RIRTSI), sin embargo, constituye un avance. Por lo demás, la sola anotación, aun caduca, ya elimina la buena fe de cualquier tercero, por lo que en la práctica producirá los mismos efectos que cualquier inscripción. Entonces, ¿por qué no se optó por admitir la inscripción del testamento? Pues, simplemente, por pereza mental, por dogmatismo, por falta de racionalidad, en tanto el registro es “cauce de la verdad”, aunque sea conflictiva, y que jamás puede tolerarse un registro mentiroso, con tal de mantener una falsa apariencia de “limpieza” de la partida registral.

5. REGISTRO PERSONAL

5.1. Función

El Registro Personal permite la inscripción de actos de muy variada índole, y si bien en un inicio estuvo pensado para dar publicidad a las incapacitaciones, sin embargo, con el tiempo se ha ampliado el número de situaciones jurídicas inscribibles. Esta razón justifica que la función de este Registro no deba analizarse en forma general, sino por cada categoría de acto.

5.1.1. Función en las discapacidades

La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria Española de 1861 señala: *“Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o disponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes sujetos a otras cargas, es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Solo con el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría el efecto apetecido”*. Nótese, pues, que el entonces llamado libro

de incapacitados, ahora convertido por nuestro ordenamiento en el Registro Personal, busca cumplir una función muy clara: asegurar a los adquirentes que el sujeto disponente tiene capacidad civil de ejercicio para celebrar válidamente un negocio jurídico. En esta línea se encuentra el art. 2034 CC, por virtud del cual se establece que la falta de inscripción del acto (por ejemplo: la discapacidad) es inoponible frente al tercero de buena fe y con título oneroso.

Sin embargo, la importancia del tema obliga a recuperar un antiguo debate de la doctrina española, plenamente aplicable a nosotros. Se trata de la disputa que sostuvieron Roca Sastre¹²⁰¹ y Hermida Linares¹²⁰², hace setenta años. Según el primero, la inscripción de la incapacidad es un elemento propio de la calificación del registrador, pues de esa manera se evita que acceda al registro el acto dispositivo del incapaz; por tanto, lo que se busca es proteger a la persona con discapacidad; por el contrario, si la discapacidad no se inscribe, entonces el acto dispositivo ingresa al registro, pero eso no impide que sea nulo, ya que la inscripción no convalida la nulidad, y el adquirente no es protegido, salvo si este a su vez transmite y da lugar a un tercero sub-adquirente de la fe pública. Según el segundo autor, en cambio, el adquirente es ya un tercero con respecto del proceso de incapacitación y, por tanto, la falta de inscripción hace que este tercero quede protegido; por lo que el acto dispositivo no se puede anular en su perjuicio. En consecuencia, la falta de inscripción de la discapacidad significa la convalidación de la nulidad, por lo que finalidad pretendida es la protección de los terceros que contratan directamente con la persona con discapacidad, pero ello no sea conocido por falta de inscripción. ¿Cuál es la diferencia práctica entre ambas tesis? Supongamos que A es una persona con discapacidad severa, pero no ha sido declarado como tal; luego, A vende un inmueble a B y se inscribe. De acuerdo con Roca Sastre, el negocio jurídico de A y B es nulo, y este no es tercero por ser parte del negocio inválido; en tal sentido, no tiene protección. Por el contrario, según Hermida Linares, B es tercero frente al proceso de incapacitación, y ese tercero es el que merece tutela (no se requiere ser sub-adquirente de la fe pública); por tanto, si la circunstancia no está inscri-

1201 Roca Sastre, R. (1954), T. III.

1202 Hermida, M. (1952).

ta, el tercero B (en realidad, es el segundo) queda protegido, y la causal de nulidad no le afecta, por lo que el negocio entre A y B queda convalidado. En buena cuenta, para Roca Sastre, B no es tercero, por lo que es afectado por la nulidad, mientras que, para Hermida Linares, el mismo B es tercero registral protegido, y la nulidad no le perjudica.

¿Cuál de las dos posturas acoge el art. 2034 CC? Pues, la cuestión es compleja, por lo que requiere un examen analítico de casos:

- a) A y B celebran un negocio jurídico, **antes de la demanda de interdicción**, por lo cual esta obviamente no se inscribe, pero la causal de discapacidad severa o de capacidad restringida es **notoria** al momento de la celebración. El art. 582 CC ha sido derogado, pero la solución debería ser la misma, pues el negocio sufre de invalidez, por lo que ello afecta a las partes. Por su parte, el art. 593, 2º CC sigue esta línea en caso de ebrio habitual y toxicómano. Sin embargo, puede existir un tercer sub-adquirente C que deriva su derecho por transmisión de B, el que será protegido siempre que cumpla los requisitos de los arts. 2014 y 2034 CC, si se trata de bien registrado, o solo los requisitos del 2034, si es un bien no-registrado.
- b) A y B celebran un negocio jurídico, **luego de la demanda de interdicción**, pero esta no se inscribe, aunque la causal de discapacidad severa o de capacidad restringida también es **notoria** al momento de la celebración: el negocio sufre de invalidez, y afecta a las partes. Es cierto que el art. 582 CC ha sido derogado, pero la misma solución se impone en virtud de los principios generales. Por su parte, una idéntica regla opera en caso de pródigo, mal gestor, ebrio habitual y toxicómano (art. 593 CC). Sin embargo, puede existir un tercer sub-adquirente C que deriva su derecho por transmisión de B, el mismo que será protegido por el ordenamiento, siempre que cumpla con los requisitos de los arts. 2014 y 2034 CC, si se trata de bien registrado, o solo los requisitos del 2034 CC si es un bien no-registrado.
- c) A y B celebran un negocio jurídico, **antes o después de la demanda de interdicción**, por lo que esta obviamente esta no se inscribe; adicionalmente, la causal de discapacidad severa o capacidad res-

tringida **no es notoria** en el momento de la celebración: el negocio no puede ser anulado por esta causal (art. 593 CC), y, tampoco en los otros supuestos por la misma regla aplicada por analogía, por lo que resulta irrelevante las normas de protección del registro a favor del tercer sub-adquirente C.

- d) A y B celebran un negocio jurídico, y consta inscrita o anotada la causal de incapacidad de A: el negocio jurídico es inválido entre las partes, con el añadido de que el efecto expansivo de la inscripción hace que un sucesivo tercer sub-adquirente sea afectado también por la invalidez (art. 2034 CC, a contrario).

En buena cuenta, el art. 2034 contiene insospechadas hipótesis y su coordinación con el ordenamiento civil es compleja.

5.1.2. Función en la ausencia

En los Códigos del siglo XIX, la ausencia se consideraba una incapacidad absoluta (de hecho), por lo que era lógico permitir su inscripción dentro del conjunto de incapacidades. En el Derecho moderno, sin embargo, la ausencia no se reputa como tal, pues el ausente puede estar vivo y tener plena capacidad de ejercicio. Por tanto, la ausencia se considera una situación peligrosa temporal, por cuya razón, el ordenamiento busca asegurar el patrimonio del ausente, por lo que, ante la probabilidad de su muerte, se otorga la posesión temporal de los bienes a sus herederos forzosos (art. 50 CC). ¿Qué naturaleza tiene esta posesión temporal? No se trata de un simple hecho posesorio, conforme podría deducirse del art. 51, 2º CC, sino de un derecho subjetivo que guarda similitudes con el usufructo (de origen judicial), y en el que se excluyen los actos de disposición o gravamen.

Pues bien, en nuestra opinión, la inscripción de la ausencia es superflua. Por ejemplo, si el ausente se presenta ante un notario, y dispone de sus bienes, entonces cesa la ausencia según el art. 59-1 CC, y el acto dispositivo debería inscribirse; aun cuando alguien exigirá que previamente el juez constate el regreso del ausente y levante esa situación jurídica (art. 60 CC). Sin embargo, la pregunta queda en el aire: ¿para ese efecto meramente formal y sin importancia se inscribe la ausencia? Lo mismo ocurre si el ausente decide regresar del destierro y otorga un poder para administrar

sus bienes. Por tal motivo, parece claro que la ausencia no debe inscribirse, pues se trata de una situación provisional que no impide que el ausente pueda en cualquier momento interesarse en sus bienes; y si dispone de ellos no hay razón para no inscribir el acto (conformes: Roca Sastre, Moisset de Espanés). Sin embargo, alguien podría asumir que la inscripción de la ausencia sirve a los herederos que toman posesión. Bien vistas las cosas, nuevamente la respuesta es negativa, por cuanto los herederos no son “apoderados” susceptibles de revocación, por lo que cuentan con una situación relativamente estable que no es modificada, salvo la actuación propia del ausente; por tanto, basta que los herederos exhiban el título judicial a los terceros, sin necesidad de darle publicidad, pues ese título difícilmente es susceptible de modificación, y además tampoco permite la realización de actos dispositivos.

En cuanto a la designación de curador interino por desaparición, también la inscripción resulta inútil por las reducidas facultades que tiene el curador, y además, porque su actuación está suficientemente asegurada por la legalidad que presupone todo nombramiento judicial, y que hace prácticamente irrelevante la publicidad.

En el caso de la muerte presunta, pues nuevamente la inscripción carece de utilidad, en tanto el efecto de esta es el mismo de una muerte natural, cuya necesidad de contar con un título de legitimación se cumple suficientemente con la partida de defunción. Además, surge la pregunta: ¿la muerte presunta genera oponibilidad para colocar en situación desventajosa al tercero? Pongamos como ejemplo, la extinción del acto de apoderamiento otorgado por el declarado muerto presunto.

Por último, en cuanto al reconocimiento de existencia, este presupone la previa declaración de muerte presunta. En tal hipótesis, si el reaparecido otorga un acto dispositivo, entonces este no será inscrito, ya que el bien corresponde ahora a los herederos; por tanto, tratándose de una titularidad definitiva, entonces hay un problema de falta de tracto que debe subsanarse con el reconocimiento de existencia. Para solucionarlo, no se requiere de la publicidad emanada de un registro especial, sino basta con otorgar el título formal de legitimación a efectos de que el reaparecido actúe en el tráfico. En nuestro caso, más importante que el registro personal, será en realidad que

el sujeto cuente con el DNI -que reconoce su existencia-, y tal vez que exhiba la resolución judicial que dio lugar al reconocimiento.

5.1.3. Función en la separación de patrimonios y sustitución de régimen

El régimen de sociedad de gananciales es el que rige por mandato de la ley durante la vigencia del matrimonio, salvo que se opte voluntariamente por la separación de patrimonios antes de contraer el vínculo, o se le sustituya durante su vigencia (art. 295 CC). Por tal razón, el hecho primario (legal) es oponible por sí mismo, sin ninguna publicidad. Por el contrario, el hecho modificativo (separación o sustitución) requiere de escritura pública y publicidad (arts. 295 y 296 CC), empero, queda la duda respecto de los alcances o efectos que el registro produce en estos casos.

La primera pregunta consiste en determinar el carácter de la escritura pública, esto es, si constituye o no una formalidad ad-solemnitatem para efectos de expresar la voluntad de los otorgantes. Aquí, la respuesta es indudablemente afirmativa, es decir, se requiere la escritura pública como única forma admitida por el ordenamiento para expresar la voluntad que determina la conclusión de este negocio jurídico (nuevamente: arts. 295 y 296 CC).

La segunda pregunta consiste en dilucidar si la publicidad del hecho modificativo (separación o sustitución) constituye una hipótesis de inscripción constitutiva o declarativa. En el primer caso, la variación del régimen de separación de patrimonios no se produce absolutamente hasta la inscripción, ni siquiera en las relaciones entre los cónyuges; en el segundo, sí se produce la variación, pero la publicidad puede jugar un papel en garantía de los terceros interesados. El art. 295 CC, referido a la separación de patrimonios antes del matrimonio, no deja dudas de que la publicidad es declarativa, por cuanto el registro es “para que surta efecto”. Sin embargo, el art. 296 CC, referido a la separación de patrimonios luego del matrimonio, tiene una redacción más comprometida cuando dice: “para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal”. Es cierto que una lectura textual de esta norma debiera llevar a sostener que se trata de una inscripción constitutiva, sin embargo, hay razones de orden sistemático que apuntan a lo contrario: Primero, el

art. 319 CC señala que, en las relaciones entre cónyuges, el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce con la escritura pública, y no con la inscripción, lo que se encuentra en clara contradicción con el art. 296 CC. Segundo, el art. 2034 CC, que regula los efectos del registro personal, alude claramente a la inoponibilidad del acto no inscrito, lo que implica que este surte naturalmente sus efectos, salvo frente a los terceros que entren en relación directa con los bienes o patrimonio de los cónyuges. Tercero, la sustitución judicial del régimen patrimonial (art. 297 CC) no puede estar supeditado a la inscripción constitutiva, ya que se trataría de una condición inaceptable para la eficacia de una decisión del órgano jurisdiccional. Por tal razón, y en vía sistemática, la sustitución del régimen matrimonial no requiere del registro para efectos constitutivos, ya sea en el ámbito convencional, como en el ámbito judicial.

Una vez aclarado que la inscripción tiene efecto declarativo, ¿qué significado tiene? La cuestión es muy simple: una cosa es el plano del hecho, que existe como tal, y otra cosa es el plano de la publicidad. El hecho puede ser publicado o no en el registro, pero el hecho existe y es válido. Pues bien, si partimos de esa premisa, la escritura pública de separación (art. 295 CC) o sustitución (art. 296 CC) es un hecho jurídico modificadorio, que, como tal, ya es un evento real para el mundo del derecho; por lo que, entre cónyuges, rige plenamente, y también rige para los terceros que no han entrado en relación jurídica determinante (contratos onerosos) con alguno de los cónyuges, o cuando los terceros se benefician con el hecho, aunque no esté inscrito, y lo invocan a su favor. Un ejemplo del primer caso: A y B celebran la sustitución de su régimen patrimonial, no la inscriben, y luego A se ve obligado a pasar alimentos a su menor hijo, C; en tal supuesto, C no es tercero contractual (como lo exige el 2034), y no puede ampararse en la falta de inscripción para considerar que la deuda de alimentos es una carga de la sociedad conyugal, léase de los bienes de ambos; ante esta situación, C solo podrá atacar el patrimonio de A, aun cuando la sustitución no esté inscrita, ya que se le opone el hecho jurídico. Un ejemplo del segundo caso: A y B celebran la sustitución de su régimen patrimonial, no la inscriben, luego A celebra un contrato con el tercero C, y sostiene que no encontrándose inscrita la sustitución, entonces el régimen que rige para el tercero es la sociedad de

gananciales, y como ambos cónyuges no han celebrado el negocio, entonces este es nulo; aquí, no puede aplicarse la regla de la publicidad, porque esta sirve para beneficiar al tercero, y no para perjudicarlo; en tal situación, el tercero C simplemente invoca la existencia del hecho jurídico, aunque no esté inscrito.

El efecto de la falta de inscripción es que el hecho jurídico determinante (separación o sustitución) no se opone al tercer contratante, esto es, para él rige el hecho jurídico primario de carácter legal, es decir, la sociedad de gananciales. Sin embargo, esto en muchas ocasiones no representa un beneficio para el tercero, o en todo caso le será inocuo, por cuanto este podrá invocar la realidad jurídica, lo que significa ampararse en la existencia del hecho jurídico, aunque no tenga publicidad. Nótese que el art. 2034 menciona que la mecánica del registro es para que “no afecte a terceros”, por lo que este queda en libertad de no utilizar la falta de inscripción -que no le favorece-, y mas bien prevalerse del hecho jurídico -que le favorece-. Por su parte, los cónyuges no pueden oponer el acto no inscrito, pero ello también tiene una excepción: si prueban la mala fe del tercero, esto es, el conocimiento que este tiene del hecho jurídico por medios externos, entonces se le opone.

5.1.4. Función en la unión de hecho

La Ley 29560 (publicada el 16.07.2010) amplió los alcances de la ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos para incluir la declaración de la unión de hecho que formulen hombre y mujer, sin impedimento matrimonial, ante notario. Este acto es inscribible, según dicha ley, en el registro personal.

La unión de hecho es acto inscribible en el registro personal, a diferencia del matrimonio, pues se trata de “cuasi-estado civil” que no tiene acceso en RENIEC, por lo que se ha optado por llevarlo al registro público, en forma similar a lo que ocurre con la inscripción del divorcio, que también es un estado civil. En efecto, si RENIEC no toma en cuenta la unión de hecho, y tampoco lo hiciese el registro personal, entonces el resultado sería que esta específica situación de la vida de los ciudadanos, con directo efecto patrimonial, se encontraría en la absoluta clandestinidad. Por tanto, la falta de publicidad del registro civil hace que el acto sea trasladado al registro

personal, lo que asegura oponibilidad, pero que, en contrapartida, permite a los interesados el acceso general, simple y eficaz a los datos inscritos. Pero, ¿qué función cumple esta inscripción? La falta de inscripción de la unión de hecho declarada no impide que el bien deba ser reputado como social. Es la misma situación que se presenta cuando un sujeto con estado civil de casado se hace pasar por soltero. Siendo así, el negocio jurídico de disposición celebrado por uno solo de los convivientes sería inválido, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República, máxime cuando esta misma ha señalado que la inscripción del reconocimiento de unión de hecho es declarativa. El defecto, aun cuando sea oculto, no convalida el negocio jurídico afectado por la nulidad, sin embargo, respecto de un tercero de buena fe y título oneroso, entonces podría obtenerse la protección del art. 2034 CC, concordante con el art. 2014 CC si se trata de bien registrado. Por el contrario, la inscripción de la unión de hecho en el registro personal impedirá que un tercero se ampare en el principio de fe pública registral, pues la causa de nulidad del acto de disposición (falta de intervención del concubino) consta del propio registro.

No obstante, queda la duda sobre la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA, publicada el 30.11.2011, que establece el domicilio de los concubinos como lugar de la inscripción, pero simultáneamente crea un “Índice Nacional de las Uniones de Hecho”, lo que contraviene la ley, pues las inscripciones en el registro personal son de ámbito territorial, no nacional, por lo que el tercero solo podrá ser afectado por las inscripciones, u omisiones, que se produzcan en la oficina registral competente (art. 2033 CC), esto es, la del domicilio de los concubinos o del lugar de los inmuebles. La creación del Índice Nacional hace pensar que toda la información del país podría afectar a tercero, lo que ha sido correctamente denunciado por la doctrina¹²⁰³.

1203 “Así, me queda la gran duda sobre la aplicación del artículo 2012 del Código Civil. ¿Alguien podrá eludir su mandato y su condición de presunción irrefragable cuando contrate con alguien cuya unión de hecho esté inscrita en un registro distinto al del lugar en el que contrata? ¿El registrador, en tanto no exista el Índice Nacional del Registro Personal, deberá “bucear” por todas las zonas registrales o lo deberá hacer quien contrate con un soltero, al cual parece que tendremos que pedirle un certificado negativo de unión de hecho? Pero, ¿de cuál jurisdicción registral?”: Vega Mere, Y. (2012), p. 16.

5.2. Aspectos esenciales

5.2.1. Actos inscribibles

El Registro de Propiedad Inmueble fue creado por ley de enero de 1888, y en él se permitió la inscripción de la entonces incapacidad de las personas que sean propietarias de inmuebles. Por su parte, el Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad (del mismo año) instituyó un libro auxiliar llamado "Registro Personal", en el cual se tomaría razón de todas las incapacidades declaradas judicialmente, aunque no se tratase de propietarios inscritos, con lo cual el registrador tendría un elemento auxiliar de calificación, a efecto de verificar si el transmitente o el adquirente gozaba de suficiente capacidad de obrar. El antecedente normativo de este sistema se encuentra en la Ley Hipotecaria Española, que hasta la fecha tiene un régimen similar: la incapacidad de los propietarios se inscribe en la misma hoja del inmueble, pero también existe un libro de incapacitados, que es básicamente un índice alfabético de declaraciones judiciales de incapacidad, que no se agrupa mediante partidas, pero sí constituye un elemento auxiliar del Registro para fines de calificación. Posteriormente, el Código Civil de 1936 avanzó hacia un Registro propio, por el cual se abre una hoja por razón de la persona y su declaración de incapacidad. En tal sentido, este registro nace con la finalidad de albergar los entonces actos de incapacitación, sin embargo, también acceden a él actos de distinta naturaleza. Por tal motivo, para efecto de simplificar nuestra exposición, es conveniente hacer una clasificación por tipos de actos inscribibles: (i) Actos que afectan la capacidad de obrar o de ejercicio para los actos de la vida civil, (ii) Actos que modifican la situación jurídica de la persona con relación al poder de disposición de los bienes, (iii) Actos que designan a representantes legales.

En virtud de la tipología, pasamos a efectuar un análisis individual de los actos inscribibles en el Registro Personal (art. 2030 CC):

- a) Las resoluciones que declaran la discapacidad, así como las que declaran el cese o rehabilitación. Propiamente, este es el origen del Registro Personal, que se entendió originalmente como un libro de incapacitados, como así se denominaba en su momento, cuya finalidad era dotar de seguridad jurídica a los adquirentes a través

de un mecanismo publicitario que permitiese conocer la interdicción del transmitente.

- b) Las resoluciones que declaran la desaparición, ausencia, ausencia por desaparición forzada¹²⁰⁴, muerte presunta y el reconocimiento de existencia. La desaparición implica que una persona no se encuentra en su domicilio y ha transcurrido 60 días sin noticias de su paradero (art. 47 CC). Esta es una situación de hecho que puede originar, aunque no siempre, el nombramiento de un curador interino, siempre que no haya un representante con poder suficiente. Por tanto, es un error decir que se “inscribe la desaparición” (art. 2030-2 CC), ya que el único acto formal que puede acceder al registro es el nombramiento de curador interino, aunque esta hipótesis ya está prevista en el art. 2030-4. Luego de dos años de la desaparición, puede solicitarse la declaración judicial de ausencia (art. 49 CC), lo que implica otorgar la posesión temporal de los bienes a los herederos forzosos (art. 50 CC). Por su parte, la declaración de muerte presunta es procedente cuando ha transcurrido diez años desde la desaparición o cinco si tuviera más de 80 años, o cuando ha transcurrido dos años desde la desaparición si esta se produjo en peligro de muerte, o sin ningún plazo cuando existe certeza de la muerte (art. 63 CC). Sin embargo, la sola ocurrencia del hecho impide que se pueda constituir un tercero necesitado de protección. Por tanto, ¿si no es posible que exista un tercero, entonces para qué se inscribe?
- c) Las resoluciones que impongan inhabilitación o pérdida de la patria potestad. La norma menciona también las “sentencias que imponen pena de interdicción civil”, lo que era congruente en el momento de dictarse el Código Civil de 1984, pues en esa fecha estaba en vigor el Código Penal de 1924, que incorporaba dentro del catálogo de penas a la interdicción civil; sin embargo, esta ya no existe en el Código Penal de 1991; por tanto, actualmente este acto

1204 Prevista por la Ley 28413, que regula las desapariciones forzadas producidas durante el período 1980-2000, la cual -a pesar de su nombre- tiene los efectos de una declaración judicial de muerte presunta.

inscribible ha quedado sin efecto¹²⁰⁵. Por otro lado, la pérdida de la patria potestad es un acto inscribible inútil, por cuanto la patria potestad normalmente la ejercen ambos padres, por lo que, si uno de ellos pretende ejercer la representación, entonces le basta con exhibir el título formal de pérdida de la patria potestad del otro. Aquí, solo hay dos posibles legitimados (los padres), por tanto, los terceros no tienen un universo sobre los cuales investigar, por lo que no hay posibilidad concreta de sufrir algún engaño.

- d) Los actos de discernimiento de tutor o curador, así como la remoción, acabamiento, cese y renuncia. El “discernimiento” viene a ser la homologación que hace el juez respecto de la persona que se presenta ante él, justificando su nombramiento y prestando garantías para ejercer el cargo. Es decir, no se inscribe la designación de tutor o curador que haga el legitimado (por ejemplo: el padre en testamento) o que haga la ley (por ejemplo: un cónyuge con respecto del otro que ha sido declarado en incapacidad), sino la autorización u homologación que realiza el juez luego de evaluar la solicitud del interesado, y según lo que establezca el testamento, la ley o el consejo de familia, de acuerdo con el caso.
- e) Las resoluciones que declaren la nulidad de matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación. La inscripción de estos actos tiene como finalidad publicar la situación jurídica de la persona con respecto del poder de disposición, gobierno, administración y responsabilidad sobre sus bienes. En efecto, cualquiera de estos actos conlleva que cada cónyuge (antes regido por la sociedad de gananciales) recobre su poder de disposición individual. No obstante, parece que la publicidad para este tipo de actos resulta innecesaria, por cuanto ya está prevista la misma inscripción en el Registro de Estado Civil, más específicamente en la partida de matrimonio, la cual debería servir sobradamente como título de legitimación respecto del cambio producido en el estado civil.

1205 Conforme: Soria, M. (2001), p. 329.

- f) Los convenios de separación de patrimonios y sustitución de régimen patrimonial del matrimonio, así como la sustitución judicial. Nótese que el art. 2030-7 CC menciona la “separación de patrimonios no convencional”, lo que no es correcto, por cuanto antes de contraer matrimonio, los futuros cónyuges no podrían entablar un proceso judicial a efecto de instituir un régimen distinto al de sociedad de gananciales; en tal caso, los cónyuges deben ponerse de acuerdo (por ejemplo: con el convenio de separación de patrimonios), o simplemente no contraer matrimonio. Por tal motivo, la ley se refiere a la situación en que el matrimonio ya ha sido contraído, pero bajo el régimen de sociedad de gananciales, y uno de ellos desea variarlo por justa causa; por ende, la ley debe interpretarse en el sentido de que la referencia se hace a la “sustitución del régimen patrimonial no convencional”. La inscripción de estos actos tiene como finalidad publicar la situación jurídica de la persona con respecto del poder de disposición de sus bienes, de tal suerte que cualquiera de estos actos conlleva que el cónyuge (antes regido por el ámbito de la sociedad de gananciales) recobre su poder de disposición individual.
- g) La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos inscribibles según la ley de la materia. Esta norma es prácticamente una remisión a la vigente Ley 27809, General del Sistema Concursal. Sobre el particular, si bien el CC habla de inscribir “la declaración de inicio del procedimiento”, en realidad el acto inscribible es la resolución que declara el concurso o la disolución y liquidación del deudor (art. 21.1 Ley 27809). También se inscriben el Plan de Reestructuración, el Convenio de Liquidación, el Acuerdo Global de Refinanciación, la resolución que da por concluido el procedimiento concursal y el auto judicial que declara la quiebra.

5.2.2. Técnica registral

El Registro Personal abre hoja (partida) por cada acto susceptible de inscripción. En efecto, cada uno de estos actos permite el inicio de la vida tabular independiente, por lo que una persona que reclama la separación

de patrimonios, divorcio, pérdida de patria potestad o incapacitación, dará origen a distintas partidas, que no se unifican, aunque pertenezcan al mismo sujeto. Este Registro siempre tuvo esta característica, tal y como se advierte del art. 151 (vigente) RI 1936: *Se abrirá una partida para cada acto jurídico. En el primer asiento de ella se insertará la resolución consentida del juez que ordena la inscripción, y en asientos sucesivos las resoluciones que modifiquen o revoquen la primera, y las cancelaciones que ordene el juez o que resulten de los documentos según los casos.* Vistas las cosas, ¿el registro personal se agrupa bajo el folio personal? Un sector doctrinal, y la propia jurisprudencia registral, habla del llamado “folio causal”. La razón de ello estaría en que la hoja del registro no se abre por la persona, que debería agrupar todos los actos del sujeto otorgados durante su vida, sino por el “acto causal”, de donde proviene el dudoso concepto y nombre. En nuestra opinión, sin embargo, el nuevo término no aporta nada, pues si bien la partida se abre por efecto del acto o negocio jurídico, sin embargo, el criterio decisivo sigue siendo el sujeto, por lo que igualmente se trata de un registro personal, y no causal, solo que de carácter relativo, pues en el folio no se agrupan todos los actos del sujeto, sino un grupo de esos actos relacionados con un ámbito particular. En consecuencia, el Registro Personal es uno de folio personal-relativo, y no de folio personal-general.

No obstante, el Registro de Estado Civil (RENIEC), que tarde o temprano consolidará para sí esta información, prevé utilizar un sistema de hoja única por persona, con lo que todos los actos del Registro Personal quedarán agrupados por virtud del sujeto titular de las situaciones jurídicas producidas. Tal posibilidad resultará facilitada por las modernas técnicas informáticas de archivo, procesamiento y búsqueda de datos.

5.2.3. Lugar de inscripción

El art. 2033 CC señala que *“Las inscripciones se hacen en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles, si fuera el caso”*. La norma busca solucionar un problema práctico: en el Perú no había un registro unitario y, por tanto, se hace necesario establecer reglas para determinar en qué oficina se debe inscribir los distintos actos que pueden acceder al registro personal. ¿En que lugar tendrá que verificarse esta información? La Ley establece que sea en el lu-

gar del domicilio de la persona afectada y en el de ubicación de los inmuebles. La solución legal busca reducir la carga de verificación que tienen los terceros a efecto de que consulten las oficinas registrales de los lugares que señala el art. 2033 CC.

5.3. Vinculación con otros registros

5.3.1. Registro personal y Registro de bienes

El Código de 1936 creó el registro personal independiente, pues antes existía el “libro de incapacitados”, por lo que nacieron los problemas de coordinar este registro con el inmobiliario. Luego, en el año 1970, la Corte Suprema -entonces encargada de dictar los reglamentos registrales- aprobó la Ampliación del Reglamento de las Inscripciones, en el cual se introdujo el sistema de hojas movibles o fichas para extender los asientos. En esas fichas, referidas al Registro de Propiedad Inmueble, se establecieron distintos rubros a efecto de ordenar las distintas inscripciones, y uno de los rubros (“f”) es el llamado “Registro Personal”, lo que implica que en él se trasladan las inscripciones de dicho registro, relativas a personas que aparecen como propietarias de bienes inmuebles.

El motivo de esta correlación es muy simple: facilitar la labor de verificación de los terceros, quienes en una misma hoja cuentan con la información de la situación jurídica del bien, así como de las vicisitudes personales que haya sufrido el propietario¹²⁰⁶. La Ampliación del Reglamento de las Inscripciones fue derogada por el RIRP (de 2003), por lo cual los rubros quedaron sin sustento normativo, sin embargo, la costumbre los mantuvo, hasta que se dictó la Res. N° 105-2011-SUNARP/SA de 07.12.2011, sobre correlación del registro personal con el registro de predios, que luego fue reemplazado por la Directiva N° 003-2015-SUNARP/SN, publicada 10.04.2015, que regula “el sistema de correlación del registro de predios y del registro personal”.

1206 Cuando se encontraba vigente la citada norma reglamentaria, se expidió la siguiente resolución por el Tribunal Registral: “en el rubro F de las partidas registrales del Registro de Propiedad se hará mención de las inscripciones previstas en el artículo 2030 del CC (resoluciones y acuerdos que importen limitaciones que afectan a la persona, en cuanto a su capacidad, régimen patrimonial vigente en el matrimonio, patria potestad, entre otros) en el registro personal y que se refieran a las personas que figuran como propietarias del inmueble”: RTR N° 226-2001-ORLC/TR de 29.05.2001.

De esta forma, por lo menos en teoría, el sujeto que pretenda iniciar negociaciones respecto de un bien inmueble ya no será sorprendido con un certificado registral que informa del propietario del bien y de los gravámenes que sufre, pero que no decía nada sobre las potenciales inscripciones en el registro personal.

5.3.2. Registro personal y Registro de Estado Civil

El art. 2012 CC establece la ficción de que la información del registro, toda ella, es conocida por todos. Esta imposición solo puede justificarse si las personas tienen acceso general, simple y eficaz a tal información. En caso contrario, la ficción se convertiría en la mayor de las arbitrariedades estatales, pues se presumiría el conocimiento de unos datos ocultos o de muy difícil acceso. Es decir, no habría relación entre el resultado y el medio. Por tanto, la publicidad registral necesita, como contrapartida, que cualquier persona puede acceder de forma general, simple y eficaz a los datos inscritos.

El acceso general significa que todos los sujetos puedan conocer la información registral, sea de forma libre, sea a través del filtro de la prueba de un interés lícito para buscar la información. Nuestro país sigue el modelo libre, pues a nadie se le pregunta su motivación para obtener los datos que busca. Incluso, el acceso a la información se hace en línea, por lo cual no existe necesidad alguna de justificar la solicitud. Otros ordenamientos jurídicos, señaladamente el caso español, exigen que se acredite el interés lícito en la búsqueda de la información, si bien sumariamente y presumiéndose en algunos funcionarios que normalmente requieren los datos por razón de su labor, como notarios, corredores, etc. El acceso simple y eficaz implica que cualquier persona puede contar con la información jurídica relevante en poco tiempo y a bajo costo; y si ello no es posible, entonces el registro no puede oponer, por lo que se limita a ser medio de prueba. Es el caso, por ejemplo, del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), creado por la Constitución de 1993 con el objetivo de unificar todos los datos personales en una institución centralizada, incluyendo los del estado civil. En tal sentido, su Ley Orgánica, N° 26497 derogó los arts. 2030 al 2035 CC, referidos al registro personal. Por tanto, existía un evidente propósito de subsumir el registro personal en el RENIEC. Sin embargo, como la nueva enti-

dad no tenía capacidad para otorgar acceso simple y eficaz de la publicidad, entonces se tuvo que dictar apresuradamente la Ley 26589 (18.04.1996), por la cual se dispuso la puesta en vigor nuevamente de los arts. 2030 a 2035 del Código Civil, pero en forma temporal, hasta que se reorganice debidamente el sistema de inscripciones del RENIEC. Sin embargo, hasta el momento subsiste el registro personal, luego de veinticinco años de “temporalidad”. El RENIEC, por su especial carácter, que contiene datos sensibles para la reserva e intimidad de las personas, tiene dificultades para facilitar el acceso a la información; además, los datos provienen de distintas fuentes, todavía no unificados, como son las actas que se han llevado y se llevan todavía en las Municipalidades, lo que impide tener por ahora una base de datos única. Por tal motivo, no es posible que toda esa información acceda a los terceros, con el efecto de publicidad positiva y negativa (oponibilidad e inoponibilidad). Por tanto, la falta de publicidad formal (acceso fácil y confiable de los datos inscritos), hace que que la información contenida en el registro civil no pueda oponerse sin más a terceros, pues se daría el paradójico caso que la información afecta al tercero, pero este no tiene forma de acceder a ella, ni siquiera con la mayor diligencia posible. “Dicho de otro modo, el principio hipotecario de que ‘lo no inscrito no perjudica a tercero’ no juega en el ámbito del Registro Civil, más que en los casos excepcionales en los que el legislador así lo ha establecido”¹²⁰⁷.

Es sintomático señalar que en nuestro ordenamiento no existe norma alguna que atribuya esa eficacia al Registro del Estado Civil, y es obvio que no puede predicarse la supletoriedad del Libro IX del Código Civil respecto de esta institución jurídica, pues el sistema de registros públicos no lo incluye, según la Ley 26366, ni tampoco hace lo propio la Ley N° 26497. En consecuencia, el registro civil, antes que cumplir una función de oponibilidad, tiene una evidente finalidad probatoria, pues los actos documentados que él contiene (nacimiento, matrimonio, defunción e identidad) son prueba privilegiada. La indicada circunstancia ha permitido que el Registro Personal subsista dentro del ámbito de la Superintendencia de Registros Públicos (SUNARP), por cuanto aquí sí resulta posible la concentración, ordenación,

1207 Díez del Corral, J. (1993), p. 17.

puesta en conocimiento y oponibilidad de la información contenida en los datos inscritos¹²⁰⁸. Sin embargo, no puede desconocerse que la Ley 26497 exige la unificación de este Registro en el RENIEC, con lo que se pretende lograr una hoja personal para cada sujeto, en la que se inscribirán todos los actos relativos a su estado y capacidad civil, con la consiguiente mejora técnica del sistema actual. En tal sentido, las modernas técnicas de tratamiento informatizado de datos permitirán conocer las inscripciones con mayor facilidad y seguridad. Por tanto, una vez logrado un adecuado sistema de publicidad formal (acceso del público a los datos inscritos en forma general, simple y eficaz), entonces será posible prescindir del registro personal. Para ello, además, la ley habrá de garantizar que los registradores accedan a dicha fuente de consulta para calificar los títulos.

Este caso, real, demuestra que no basta el acceso generalizado a la información para entender que el citado registro puede generar oponibilidad. El RENIEC sí permite obtener los datos, pero exige una búsqueda irracional en cuanto al costo, si se trata de conocer, por ejemplo, si determinada persona ha contraído matrimonio o no. Por tanto, se necesita más que acceso general, pues también se requiere que la búsqueda sea simple, eficaz, a bajo costo y que permite encontrar el dato relevante para el usuario.

6. REGISTRO DE COMERCIANTES

El art. 1° CCom establece que son comerciantes, tanto las compañías mercantiles o industriales (sociedades), como “los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente”, con lo que se menciona a los comerciantes individuales o personas naturales que ejercen el comercio o industria en forma habitual. El Registro Mercantil creado por el art. 16 CCom se compuso de tres libros: comerciantes particulares, sociedades y buques. Sin embargo, la Ley 26366 modificó la organización del Sistema de Registros Públicos, que se dividió en cuatro clases: Registro de Propiedad Inmueble, Registro de Bienes Muebles, Registro de Personas Ju-

1208 No es tampoco una situación inédita, pues en Alemania, Suecia, Holanda y Noruega, existe un Registro especial para dar publicidad de la situación patrimonial derivada del matrimonio, que es distinto al Registro del Estado Civil: De la Iglesia, E. (2005), p. 826.

rídicas y Registro de Personas Naturales. Es decir, la citada organización ya no se basó en la actividad (mercantil), sino en los bienes o sujetos, por tanto, el Registro Mercantil dejó de existir, por lo que sus libros se integraron en alguno de los Registros antes citados. El de sociedades pasó al de Personas Jurídicas, mientras el de Comerciantes al de Personas Naturales. Sin embargo, ello no impide que las normas sustanciales del Registro Mercantil sigan vigentes, pues lo anterior se refiere a la cuestión administrativa, pero no al carácter y efecto de las inscripciones.

En tal sentido, la inscripción en el Registro de Comerciantes será potestativa, a diferencia del caso de las sociedades, cuya inscripción es obligatoria (art. 18 CCom). La razón es que la situación de comerciante nace del ejercicio habitual de la actividad (art. 1-1 CCom), no del registro, que, sin embargo, se presume cuando se anunciare públicamente la existencia de un establecimiento que tenga por objeto una operación mercantil (art. 3 CCom), así como por la inscripción (art. 2013 CC).

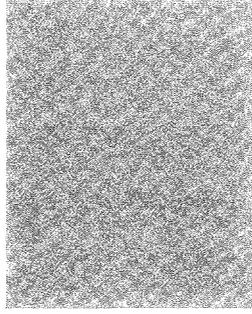
El RRM, de 1970, reguló las inscripciones de comerciantes y sociedades mercantiles, pero, la segunda sección fue derogada por el RRS, de 2001, mientras la primera se mantiene en vigor luego de más de medio siglo, lo cual se debe, probablemente, a la poca importancia del registro de comerciantes, no solo por el pequeño número de inscripciones en vista de la mayor relevancia ganada por las sociedades, y, su responsabilidad limitada, sino también por su carácter de registro potestativo, adicionado a los limitados efectos que producen las inscripciones, pues la comercialidad nace sin problemas por el ejercicio de la actividad, sin necesidad del registro.

El registro de comerciantes es de folio personal, es decir, por cada comerciante se abre una hoja especial en la que se extenderán todas las inscripciones de su propósito, pero mientras no haya la primera inscripción no podrán realizarse las secundarias (art. 2 RRM). Los habilitados para solicitar el registro son los comerciantes o empresarios mercantiles individuales, así como los industriales, y lo que se dedican a la industria de construcción, pero en forma expresa se deniega que ello pueda ocurrir en el caso de las personas físicas que se dediquen a la agricultura o minería (art. 4 RRM).

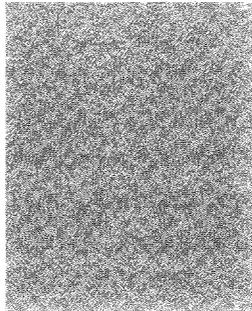
La primera inscripción se hace en mérito de solicitud con firma certificada por notario, en el que se indique: nombre, estado civil, edad, nacionalidad, nombre del cónyuge, si lo tuviere, la clase de comercio o industria a que esté dedicado o haya de dedicarse, nombre comercial del establecimiento, si decidiera adoptar uno, domicilio comercial con indicación del lugar donde funciona el establecimiento principal, sucursales o agencias que tuviera, fecha en que ha comenzado o piensa comenzar sus operaciones, declaración jurada de no encontrarse comprendido en las incompatibilidades establecidas en los arts. 13 y 14 CCom (art. 5 RRM), a lo cual debe acompañarse copias del RUC y licencia de funcionamiento (art. 6 RRM).

Las inscripciones secundarias son: cambio de las circunstancias indicadas en la solicitud inicial (art. 8 RRM), poderes otorgados a gerentes, factores o cualquier representante, así como sustituciones y revocatorias, fenecimiento y liquidación del negocio (art. 9 RRM). Los poderes se inscriben en mérito de escritura pública, mientras que las sustituciones por escritura fuera de registro (art. 15 RRM), en cuyo caso, no se necesita la inscripción en el Registro de Mandatos y Poderes (art. 17 RRM). Es necesario señalar que la eficacia de los poderes inscritos se rige por el principio de oponibilidad registral, tanto en su vertiente positiva: "lo inscrito perjudica a tercero" (art. 26 CCom), como en la negativa: "lo no inscrito no perjudica a tercero" (art. 29 CCom).

Las sucursales de comerciantes individuales no es acto frecuente, pero sí posible, por lo que se inscriben en la partida principal, pero también se abre una hoja en el lugar donde funciona el establecimiento secundario, para lo cual, basta el certificado del registrador que ha autorizado la primera inscripción (art. 22 RRM). El fenecimiento del negocio se inscribe en mérito de solicitud con firma certificada por notario, y, luego de extendida la cancelación, el registro procederá a publicar el aviso prescrito en la Ley 10564 (05.05.1946), por una sola vez en el diario que inserta los avisos judiciales, pero, a falta de diario, se colocarán avisos en la oficina registral y en otras dos oficinas públicas (art. 19 RRM).



**SEGUNDA
PARTE:
DERECHO NOTARIAL**



Capítulo XI

NOCIONES GENERALES

1. FUNCIÓN DEL NOTARIADO

Las instituciones jurídicas no surgen en forma espontánea, ni por decisión iluminada de un legislador específico. Por el contrario, las instituciones generalmente responden a una sentida necesidad social, que requiere ser cubierta a través de principios o normas de Derecho. Así, pues, cuando los hombres advierten que resulta imprescindible atribuir los bienes para aumentar la producción y la riqueza, entonces surge la propiedad; igual, cuando se advierte que los miembros de una sociedad no pueden abastecerse por sí solos, entonces surge el contrato como herramienta jurídica destinada a regular esas relaciones sociales de intercambio de bienes o servicios.

La vida jurídica está constituida por un entramado de relaciones humanas que necesitan ser desarrolladas en paz y armonía, con justicia y para el bien común. El Derecho tiene precisamente ese cometido; pues su objeto es la conducta social, y la pauta que ayuda para lograrlo son las normas jurídicas. Esa conducta social, reglada por el Derecho, puede desarrollarse en dos ámbitos: (i) en la normalidad, sin contienda; (ii) en conflicto de intereses o controversia. En el ámbito jurídico, la salud social no solo se mantiene con la solución de las contiendas o por medidas represivas, sino, procura que los conflictos no lleguen a producirse, y que las relaciones sociales se desenvuelvan normalmente dentro del orden jurídico. El entramado de actos ajustados a derecho puede promoverse por instituciones jurídicas adecuadas para facilitar ese bien obrar, pues, sin una vida contractual sana no existe seguridad jurídica, y sin seguridad no puede haber prosperidad económica¹²⁰⁹.

1209 Vallet de Goytisolo, J. (1984), pp. 314-315.

1.1. Función de tutela del consentimiento libre

Los particulares se vinculan entre sí por medio de contratos, actos o procedimientos privados, por lo que surgió, como conveniente y/o necesario, que un tercero imparcial, debidamente calificado, certifique la autenticidad y legalidad de los derechos adquiridos, con el fin de evitar o aminorar la posibilidad de que en el futuro surjan conflictos o litigios entre las partes. De esta manera, la actuación del notario se inserta dentro de la dinámica de las relaciones jurídicas privadas para dotarlas de seguridad y confianza, facilitando así la circulación de los bienes e incentivando la producción, el crédito y el desarrollo económico en general. Por tanto, la necesidad crea al notario, pues su función se abre paso en conjunción con las exigencias de autenticidad y aseguramiento de los derechos¹²¹⁰.

Un ejemplo terminará de aclarar el panorama: el mutuante ha decidido otorgar un préstamo de dinero (mutuo) a un mutuuario, y para ello redacta el contrato respectivo. Sin embargo, el primero desconfía que el segundo pueda, luego, negar su firma en el contrato, y alegue no haber recibido ningún préstamo. ¿Qué hacer? En este caso, el mutuante puede acudir a un notario, con el fin de que este certifique la firma del mutuuario, con lo que tendrá la garantía y seguridad que Pedro no podrá negar luego su firma. El resultado ha sido beneficioso en triple medida: a) Para el mutuante, la actuación del notario le da seguridad a su derecho, b) Para el mutuuario, la actuación del notario le permite obtener el crédito, pues en caso contrario, el mutuante no hubiera celebrado el contrato; c) Para la sociedad en gene-

1210 Por ello, bien vale la pena reproducir las siguientes palabras: Por ello, bien vale la pena reproducir las siguientes palabras: "Los actos y contratos en que se desarrolla la vida jurídica cristalizan documentalmente. Ahora bien: un documento falso, inexacto o simplemente imperfecto es un peligro para el tráfico jurídico por el perjuicio que puede ocasionar no sólo a las partes (dificultades de interpretación, cumplimiento, etc.) sino también a los demás al crear una apariencia que no responde a la realidad. La probabilidad de que se produzca tal documento es grande cuando el acto o contrato se confecciona sin más intervención que la de las partes y a veces de algún testigo más o menos imperito y más o menos irresponsable; pero se minimiza con la intervención tanto en la configuración del negocio como en su plasmación documental, de alguien con preparación jurídica especializada, imparcialidad profesional y responsabilidad por su actuación: el Notario. Por ello el ordenamiento provee a esa intervención y dando un paso más para facilitar aquel tráfico, impone a todos la confianza en el documento creado, dota a este con la cualidad de creíble forzosamente por todos": Ávila, P. (1990), pp. 2-3.

ral, pues la actuación del notario permitió la movilización y circulación de la riqueza, con beneficio para la economía.

La actuación del notariado, en primer lugar, **garantiza la voluntad libre y auténtica en los contratos** o actos privados, de tal suerte que el consentimiento sea prestado con libertad, conocimiento, capacidad, y sin vicios.

1.2. Función de tutela del consentimiento informado

Sin embargo, el solo valor de la libertad, llevado a un extremo, puede encubrir abusos cuando las posiciones de las partes se encuentren notoriamente desequilibradas, por lo que el notariado también participa, no ya para lograr la igualdad absoluta -que no pasa de ser una utopía, y tal vez ni siquiera sea deseable-, sino con el fin de **apoyar en la igualación de las partes** mediante diversas técnicas que tratan de nivelar los desequilibrios, tales como el “consentimiento informado”, por cuya virtud, el notario explica a las partes, especialmente a la débil, las consecuencias jurídicas del acto a celebrarse, con el fin que pueda tomar la decisión más adecuada para sus intereses, o como la “imparcialidad”, por lo que el notario no es asesor de uno de los contratantes, sino de ambos, porque se rige exclusivamente por el principio de legalidad, por tanto, al margen del poder económico, político o social de una de ellas, el notario sirve por igual a ambos, con lo que se propende a reequilibrar las disparidades, sin coaccionar, sin interferir, pero sí con información adecuada, suficiente y relevante, adecuándose a la ley¹²¹¹. Este es un medio valioso para nivelar a las partes¹²¹².

1211 “La obligación suprema del notario consiste en atestiguar la verdad para así garantizar el tráfico jurídico. Deberá contribuir en que haya justicia en el tráfico jurídico. Por supuesto no podrá, como el juez, fallar decisiones en firme para equilibrar intereses divergentes; únicamente le compete el intento de influir en la voluntad de las partes y solo hasta el punto en que ellas se muestren dispuestas a escuchar las palabras de información, asesoramiento y exhortación del notario. En ello tendrá que guiarse por su conciencia y sentido de tacto, es decir, tendrá que seguir por tanto sus propios principios morales. Y estos no se dejan fijar por disposiciones concretas del legislador”: Fessler, H. (1982), pp. 63-64.

1212 “Para que exista verdadera libertad en las relaciones jurídicas interpersonales, especialmente en la contratación, y no un mero espejismo de libertad, es necesario que se desarrollen en unas circunstancias que garanticen un mínimo de igualdad. La libertad contractual ha de contemplarse desde el punto de vista de ambos contratantes; ya que la

La libertad es relativa, pues el mayor o menor grado de libertad está íntimamente relacionado con la natural vulnerabilidad del ser humano, su ansia de protección y seguridad, así como las circunstancias particulares y de vida que rodean a cada uno. Por ejemplo, un enfermo grave tomará ciertas decisiones que no las hubiera adoptado en otra situación; igual ocurrirá con un desempleado o un pobre. En realidad, la libertad está mediatizada entre sujetos desiguales, pues el rico tiene en forma obvia “más libertad” de decisión que el pobre, lo que se traduce en una inmensa gama de opciones, alternativas o decisiones. El otro, por el contrario, tiene “menos libertad” pues está sometido al poder político o económico de su contraparte. El que subsiste de un puesto de trabajo difícilmente puede contraponerse a su empleador de quien depende él y su familia. ¿Hay verdadera libertad de decisión? ¿Realmente podemos hacer lo que nos plazca sin más límites que nuestro voluntarismo? La libertad y la igualdad son siempre relativas, pues están grandemente condicionadas a la situación real, concreta e histórica de los sujetos¹²¹³. La idea de una mínima intervención del Estado no puede sostenerse, pues ello implicaría dar carta blanca para mantener la disparidad frente a situaciones de notoria disparidad en el poder de negociación

libertad de uno no puede ser el pretexto del atropello de los derechos del otro. Por ello, en las relaciones jurídicas, además de la libertad, también deben ser tenidos en cuenta otros derechos fundamentales como son la *igualdad* y la *justicia*. Una libertad absoluta, sin ninguna clase de límites y sin ninguna consideración a los posibles desequilibrios y desigualdades entre los contratantes, puede llegar a convertirse en un espejismo, un monstruo o una caricatura de libertad. Defender la libertad en las relaciones jurídicas, y olvidar las situaciones de desigualdad, significa dar carta de naturaleza al abuso y a la injusticia, ya que solo existiría libertad para el más fuerte, el más astuto o el mejor informado, en perjuicio del más débil o necesitado. Así -dice Dekkers-, *la igualdad crea la libertad. La libertad sola es la opresión*. O, como dice Larenz, *la realización de la autodeterminación a través del contrato presupone que ninguna de las partes se encuentre en la necesidad de plegarse a todo lo que la otra parte le pida, a causa de su inferioridad económica o porque dependa completamente de las prestaciones de la otra*”: Cavallé, A. (2012), pp. 81-82.

1213 Así, Savater, F. (2004) p. 90: “Obra de nuestra libertad de seres dependientes y vulnerables, la asociación basada en leyes y costumbres trata de configurar un ámbito en el que podamos desarrollar elecciones que no siempre sean a vida o muerte”. ¿Qué dirá ante ello la doctrina jurídica que opina en la libertad absoluta es sustento de cualquier acuerdo? El hombre es un ser dependiente y vulnerable ante múltiples factores, por lo que su libertad es limitada, y en algunos casos es prácticamente una ilusión.

de los actores económicos. Esta conclusión no es nueva¹²¹⁴, pero en la época presente se ha acentuado la necesidad de la intervención estatal para lograr la igualación de las partes.

Por tanto, la realidad social y económica del ser humano se sitúa entre dos perspectivas, no coincidentes y de difícil amalgama: la libertad y la igualdad, pues la convivencia de dos valores, muchas veces contrapuestos, no es pacífica y ofrece grandes dificultades. La pregunta surge en forma inmediata: ¿qué es preferente?, ¿libertad o igualdad? En tal sentido, ambos reduccionismos llevan a fanatismos; por ejemplo, la idea que subyace en la frase: “las sociedades justas son aquellas en las que rige la libertad”, fácilmente degeneran en el abuso de la libertad por parte del más fuerte; pues, los poderes económicos y políticos subyugan la libertad, y ese es un fenómeno histórico comprobado sobre el que no vale extenderse más. Por el contrario, la frase: “las sociedades libres son aquellas en las que rige la igualdad”, puede terminar ahogando la libertad por obra de un Leviatán (gobernante) que decida lo que “es justo, conveniente a todos o igualitario”¹²¹⁵. La STC N° 0008-2003-AI/TC, c. 12 ha reconocido que la libertad, por sí sola, no es suficiente para igualar las posibilidades de los hombres; y se necesita una acción interventora para dotar de una mínima base material que permita a los individuos ejercer de forma real y efectiva su libertad. Solo así se hace efectiva la cláusula del “Estado Democrático y Social” contenido en el art. 43° de la Constitución¹²¹⁶. Las dos posiciones representan perspectivas diferentes sobre la vida: la ética individual de la voluntad y la libertad, o la ética social de la responsabilidad. Ello significa que no solo el poder público, sino también la sociedad y sus miembros singulares responden por

1214 “El carácter ‘sagrado’ que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales; mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para el libre desenvolvimiento de la personalidad. En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado. La historia no se repite, sí los artificios. Como otras veces (recuérdese lo dicho sobre el Derecho feudal), un grupo social poderoso emplea la forma del contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislado, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio”: De Castro, F. (1987), pp. 77-78.

1215 Zagrebelsky, G. (2009), pp. 75-76.

1216 Sandel, M. (2000), p. 138.

cada uno de los miembros de la sociedad. El Derecho Civil ya no atiende solo a la autonomía individual de cada uno, sino también a la defensa de los vulnerables. La autonomía privada, en la actualidad, no es mera forma, sino consecuencia de una libertad real, en la cual los interesados logran una situación de mínimo equilibrio¹²¹⁷. Por tanto, no basta el notario que solo asegura el respeto por la voluntad, sino también el equilibrio del intercambio, no mediante una intromisión en el acuerdo, sino con el aseguramiento del consentimiento informado, pues, luego de ello, cada quién es libre para tomar sus decisiones.

1.3. Función de tutela del consentimiento libre e informado con plena sujeción a la legalidad

El notariado actúa en el nivel de aplicación del derecho, para lo cual, escucha en forma directa a las partes y documenta los fines lícitos que los particulares pretendan lograr, con la forma jurídica más conveniente y ajustada a la legalidad.

Si el juez ya no es más boca de la ley, pues justamente se encuentra en la fase dinámica de aplicación del derecho, entonces lo propio ocurre con el notario. Así, el derecho abstracto de los Códigos fue reemplazado por un derecho judicial o práctico que trata de vivificar la norma, darle contenido concreto, salvar sus lagunas, dudas o incongruencias; corregir las injusticias notorias de un texto no bien pensado; brindar soluciones coherentes desde la perspectiva valorativa con relación al resto del ordenamiento, etc. El Derecho actúa por medio del lenguaje y dentro de las limitadas capacidades cognoscitivas del hombre presente que obviamente no puede imaginar todos los conflictos posibles de hoy y del futuro. Por tanto, bien rápido se tuvo que abandonar la pretensión del ordenamiento infalible, cerrado, sistemático y coherente¹²¹⁸.

En tal sentido, no es posible que exista una norma perfecta, sin necesidad de añadidos, complementos, desarrollos o interpretaciones. El Derecho no puede petrificarse en un mandato, no del legislador, sino de un

1217 Hesse, K. (2001), pp. 73-79.

1218 Kaufmann, A. (2006), p. 252.

Tribunal, pues la riqueza de los desarrollos ideológicos, filosóficos y jurídicos no cesa. Esta necesidad de superar la norma se presenta con frecuencia en el Derecho vivo, y por ello muchos contratos atípicos, basados en la libertad contractual, han nacido en el seno del notariado¹²¹⁹. Por tanto, no es raro que múltiples cláusulas, reglas, contratos o negocios jurídicos hayan sido creados o modelados a través de las fórmulas notariales, de la cual pasaron a la legislación. Un caso conocido en España es la sociedad limitada (en nuestro país, sociedad comercial de responsabilidad limitada = SRL), la cual no existía en el Código de Comercio de dicho país, del año 1885, pero que fue conformada a través de la práctica notarial, hasta que finalmente el legislador le dio reconocimiento expreso a través de la ley de 1953, sobre sociedades limitadas, cuya exposición de motivos reconoce que esta figura nació por virtud de la elaboración notarial¹²²⁰.

1219 “Las notarías son cocinas de donde continuamente surgen nuevas figuras contractuales, de ahí la importancia de esta figura desde el punto de vista de la función notarial. El contrato de vitalicio o cesión de bienes a cambio de alimentos o también conocido por contrato de alimentos, es un ejemplo de contrato con un amplísimo desarrollo en los protocolos notariales, hasta su reciente regulación. Son muchos los ejemplos, tal vez de los más conocidos por su uso frecuente en los últimos tiempos: aportación a la sociedad de gananciales y los contratos de desplazamiento patrimonial entre el patrimonio privativo o ganancial de los cónyuges, la cesión de solar a cambio de parte de la construcción, también conocido por cesión de suelo por vuelo, permuta de cosa futura, permuta de solar a cambio de obra, permuta de solar por pisos y locales, contrato de permuta de solar por obra construida o de cosa cierta actual por cosa futura; y un largo etcétera”: Cavallé, A. (2012), p. 295.

1220 La exposición de motivos de la ley de 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, dice textualmente lo siguiente: “Del abandono de que el legislador hizo víctima a la sociedad de responsabilidad limitada derivó una gran incertidumbre acerca, en primer término, de su naturaleza, así como de su carácter, y, por tanto, del régimen jurídico aplicable. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros, forzadas a reconducir esta figura a alguno de los otros tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio, según convenía a la justa solución en cada caso, han llevado a cabo una labor constructiva muy valiosa, pero que refleja, no obstante, la desorientación a que la práctica misma había llegado al configurar las sociedades de responsabilidad limitada, creadas unas veces como anónimas, no sujetas a los preceptos del Código de Comercio y de las leyes especiales, y otras, como colectivas, con limitación de responsabilidad, cuando no como una combinación, más o menos armónica, de diversos tipos sociales; que todo ello era permitido por al arbitrio de los fundadores, nunca tan libérrimo como en este caso. Y corresponde especialmente a la técnica notarial española el mérito de haber encauzado jurídicamente el impulso de comerciantes e industriales, favorable a este tipo de sociedad que ha alcanzado un notable desarrollo en nuestra vida mercantil. Toda esta labor creadora, singularmente la

El notariado es fuente de soluciones prácticas no previstas por la ley¹²²¹, y, por lo cual, crea derecho¹²²².

En conclusión, el notario es garante de la seguridad materializada en la voluntad libre y auténtica, pero también, y de manera irrenunciable, debe serlo de la igualdad¹²²³, por tanto, no basta dar fe del acuerdo, pues la segu-

de la jurisprudencia, puede decirse que había preparado, e incluso que demandaba ya su coronación legislativa”: Cit. Serra, J. & Arbizú, M. (1994).

1221 “Cuando no existe regulación legal adecuada de algo, la razón práctica de los particulares –asesorados por juristas especializados en la función cautelar y configuradora de negocios jurídicos- provee la concreción y regulación comercial precisa de esas relaciones jurídicas, puestas al servicio de todos aquellos fines necesarios o que pueden resultar útiles para una vida social mejor”: Cit. Pérez, H. (2001), p. 28.

1222 Es conveniente citar, aquí, la actividad creativa de un notario cubano de primer nivel: “En mi experiencia profesional, desde mi despacho notarial, he tenido que darle solución a situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico, pero no contrarias a él, intentando diseñar un traje adecuado a quien no encuentra en el armario del Derecho el idóneo para encauzar sus pretensiones. En este orden, he autorizado escrituras sobre estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad a pesar de que el ordenamiento cubano no reconozca expresamente la delación voluntaria de la tutela; contrato de uso de nombre e imagen en exclusiva, aun cuando no disponemos de un Código Civil que reconozca exhaustivamente cada uno de los derechos inherentes de la personalidad, y tan solo un artículo 38, con función tuitiva ante su vulneración, o actas de inclusión de herederos indebidamente excluidos en actas de declaración de herederos. En todos los casos, la solución técnica del notario ha sido una respuesta anticipada al ordenamiento jurídico (...):” Pérez Gallardo, L. (2010), pp. 30-31.

1223 “De todas maneras está por discutir si el principio de la libertad contractual por sí solo será capaz de garantizar una justicia material, a saber, la “regulación correcta”. No queda contestada la pregunta que pueda surgir aquí en torno a la justicia contractual con el solo hecho de que cada una de las partes contractuales haya dado su consentimiento para el acuerdo. Podrá tener validez solamente hallándose los contratantes enfrentados en condiciones de igualdad económica e intelectual, pero no cuando a una parte corresponda, en este aspecto, una preponderancia. La protección del (económicamente) más débil jugó un papel decisivo en el asesoramiento y la adopción del Código Civil. Además, después de entrar en vigor la Constitución, hay que agregar la obligación por parte del legislador y de la jurisdicción, en consecuencia de la cláusula de Estado Social (artículos 20 y 28 de la Constitución) de asegurar, en caso de perturbada paridad contractual, la justicia contractual en proporción suficiente. Mientras tanto se consolidó tal propósito mediante prescripciones a favor del más débil. El legislador ha previsto para una serie de negocios jurídicos la colaboración forzosa del notario. Con ello el notario –y lo mismo sucede con el juez- queda obligado a servir igualmente tanto a la libertad contractual como a garantizar la justicia contractual. En ese ámbito podrá cumplir con su cometido solamente cuando no sea representante de una parte, sino como asesor imparcial de los interesados (artículo 11 del Reglamento Federal de Notarios): Fessler, H. (1982), p. 53.

ridad exige también un mínimo de equilibrio entre los contratantes, para lo cual realiza las siguientes actividades: brinda adecuada asesoría conforme a la legalidad, advierte de cláusulas abusivas o situaciones irregulares (fines dudosos, futuros problemas jurídicos, falta de prueba de la propiedad del vendedor, etc.), adecúa la voluntad de las partes con el fin buscado, entre otras¹²²⁴.

1.4. Ventajas del notariado

La función notarial cumple una importante misión cautelar o de prevención de conflictos, a través de la intervención de un tercero imparcial en la conformación documental del negocio jurídico, al que dota de autenticidad, entre otros fines. Sin embargo, se ha discutido si la función del notario conlleva un sobre costo que pueda retraer la actividad económica, pues en realidad se sobrepone a la del abogado. Sobre el particular, podemos decir, en primer lugar, que todo servicio útil conlleva necesariamente un costo (pues en caso contrario habría que eliminar a los abogados, médicos, etc.), por tanto, lo importante es determinar si tal costo resulta inferior frente a los beneficios que se obtienen¹²²⁵; en segundo lugar, la función notarial no

1224 Sobre este tema, el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Atenas (2001), formuló las siguientes conclusiones: "Por regla general, el notario es el primer jurista que afronta nuevas figuras jurídicas en el sector del Derecho Privado en ámbito no contencioso, y responde a la necesidad de reglamentación contractual concreta de las mismas. El notario, en su intento de comprender el verdadero alcance aplicativo de la ley y sus innovaciones y coordinarlas con el sistema vigente, llega a menudo a identificar nuevos supuestos. Así, estos son fruto de una interpretación creativa, sin la cual las normas, a veces, acabarían por no encontrar un espacio adecuado para ser aplicadas. De cualquier forma, cabe decir que la actividad del notario en la aplicación de la ley siempre es, en cierta medida, creativa, porque, aun cuando no dé lugar a la aparición de nuevas formas negociales, siempre está orientada a encontrar el valor real del dictado legislativo, de cuya aplicación es también el primer intérprete, puesto que es el primer responsable".

1225 El economista español Pastor Prieto, luego de un exhaustivo trabajo de campo, ha dicho lo siguiente: "¿Qué efectos produce la intervención de los notarios en el tráfico jurídico? La intervención notarial aumenta los beneficios –más propiamente, las ventajas, los ingresos u otra expresión de utilidad- de la transacción y reduce sus costes. Para empezar muchas de esas intervenciones permiten el registro del negocio jurídico en cuestión y con ello mejoran su eficacia; por ejemplo, el uso que pueda darse en la fase probatoria de un litigio. De esa o de otra forma la intervención notarial aumenta la certidumbre del resultado pretendido con el intercambio, haciendo mayor la probabilidad de que aquél finalmente llegue a producirse y con ello se materialicen las ventajas que comporta. Por otra parte,

puede identificarse con la del abogado, pues el primero es un perito especializado en materia de contratación que actúa como tercero imparcial; en cambio, el segundo es, por definición, defensor de parte. Por tanto, una actividad no puede refundirse en la otra.

En tal sentido, podemos sintetizar los siguientes beneficios o ventajas que recibe la sociedad por efecto de la función notarial¹²²⁶:

- a) Disminuye los costos de información y asesoría.
- b) Cumple una función de árbitro entre los contratantes (“tercero imparcial”), sin costo adicional, lo que podría llamarse “auditoría legal”.
- c) Crea el derecho dispositivo, especial para las partes, a través de una redacción documental ajustada a derecho y de acuerdo con los fines lícitos pretendidos por los contratantes.
- d) Proporciona “ahorro” a largo plazo, pues previene el conflicto mediante la adecuada formación del negocio.
- e) Asegura la pronta ejecución de lo convenido a través de un título ejecutivo.
- f) Evita el gasto importante de cualquier seguro de título, o de cualquier otro mecanismo destinado a obtener seguridad jurídica.

Las ventajas económicas del notariado no se advierten tanto en la relación individual, en la que un análisis tosco podría llevar fácilmente a considerarlo un sobrecosto, sino, en la relación social, en la que se aprecian las ventajas de contratos con alto grado de confiabilidad y legalidad, disminución de las causas de litigio, y apoyo al crecimiento económico¹²²⁷. Tales

la actuación notarial puede reducir los costes de transacción, al facilitar la identificación, la negociación, la celebración del intercambio y la exigibilidad de lo acordado. De esta forma el pago total (pago que comprende el precio más los costes de la transacción) es menor de lo que sería sin su intervención”: Cit. Simó Santoja, V. (2001), pp. 100-101.

¹²²⁶ En este punto seguimos a: Pérez, H. (2001), p. 35.

¹²²⁷ “las intervenciones del Estado en relación con los servicios notariales encuentran su principal sentido y justificación en el hecho de que se trate de una regulación cuyo efecto no se limita a la producción y puesta en el mercado de un determinado tipo de servicios, sino que tiene un alcance muy superior, afectando al funcionamiento, eficiencia y transparencia de otros mercados. Porque la finalidad del servicio notarial es precisamente la interven-

beneficios presuponen una alta calificación técnica y honestidad del protagonista de la fe pública, cumplimiento pleno de los deberes de intermediación, asesoría y control de legalidad, así como de una organización que vigile escrupulosamente a sus miembros, con el fin de asegurar una especial calidad del servicio. Desde una perspectiva económica, el notariado se encuentra justificado, empero, se necesita avanzar, por parte de los Colegios notariales, en el cumplimiento de los presupuestos prácticos que aseguran su legitimidad en la sociedad, y sin lo cual, se daría la razón a los críticos, pues se presentaría un servicio superfluo, caro y burocrático. En efecto, el problema de la actividad notarial en nuestro país se relaciona con débil fiscalización, zonas poblacionales no atendidas y graves indicios de incumplimiento de las normas.

2. OBJETO DEL NOTARIADO: FE PÚBLICA

La doctrina más autorizada considera que “dar fe” significa “afirmar, con obligación de todos de creer en tal afirmación, que se ha celebrado un contrato o se ha realizado un hecho, en los términos que se narran”¹²²⁸. En tal sentido, el notario, por la propia naturaleza de su función, es un típico sujeto que otorga fe “*de los actos y contratos que ante él se celebran*” (art. 2 LN). Por tanto, la fe pública implica que la narración del notario sobre un hecho se impone como verdad, se le tiene por cierta. Por tal motivo, la única manera de dar fe respecto de un hecho es cuando se le ha observado y presenciado, por ello, la fe pública presupone que el notario ha percibido en forma senso-

ción, la regulación de la contratación, de otros bienes y servicios. Y si la intervención en esos mercados se considera conveniente en la medida en que el puro mecanismo del mercado parece inevitablemente conducir a decisiones sub-óptimas, en la medida en que existan fallos en esos mercados (y la abundante y creciente normativa sobre información y defensa de los consumidores en esos sectores es buena prueba de ello), la regulación de los mismos a través del control notarial presenta, frente a otros modos de intervención, la ventaja de su eficiencia, ya que no introduce sesgos en la forma en que esos bienes o servicios se producen o se ofertan, sino que simplemente da mayor transparencia a su contratación. En este sentido, existen numerosas evidencias históricas sobre el valor de la seguridad jurídica y la garantía de los derechos de propiedad tienen para los procesos de crecimiento y desarrollo económicos”: Garrido, P. (2000), pp. 183-184.

1228 Ávila, P. (1990), p. 4.

rial los hechos y dichos de las partes, sobre todo por actos de vista y oído¹²²⁹. Una vez percibido el hecho o acto, este se documenta con presunción de verdad. Como dice Vallet de Goytisolo: “ante el hecho, el notario tiene como misión la autenticación, es decir, la de dar fe de lo que ve, oye o percibe con sus sentidos”.

El notario es el típico protagonista de la fe pública, pues toda su función se subsume en ese concepto, sin embargo, asume tal misión, básicamente, en el ámbito contractual y negocial privado. Si bien es cierto que la LN señala que la función notarial se ejerce en forma exclusiva (art. 3), empero, esa característica debe matizarse a efecto de evitar interpretaciones equívocas, pues el notario actúa principalmente en el ámbito del derecho privado, específicamente en la contratación, sin perjuicio que la ley expanda sus alcances. Por tanto, en línea de principio, el notario carece de fe pública fuera del ámbito privado, salvo específicas excepciones legales, por lo que, se encuentran fuera de su alcance la fe pública judicial y la administrativa¹²³⁰. La fe judicial opera en todas las actuaciones propias del proceso judicial, en cuyo caso será el secretario de juzgado (ahora: especialista legal) quien otorgue fe de los distintos actos procesales que lo requieran¹²³¹. Por su parte, la fe administrativa se actúa por medio de los fedatarios institucionales de las entidades públicas, o, por los mismos funcionarios que certifican los actos en que intervienen (arts. 138 y 139 TUO Ley 27444).

En resumen, la fe pública es compartida por el notario, el especialista judicial, el fedatario institucional, el propio funcionario que certifica su acto, así como otros distintos actores en ámbitos específicos (corredores de

1229 Gattari, C. (2004), p. 305.

1230 El art. 235 CPC lo presupone, cuando considera como documento público, no solo el notarial, sino, también aquel otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; debiéndose entender que no se trata de cualquier funcionario, sino del que cuenta con potestad fedante establecida por la ley.

1231 De acuerdo con el art. 266-6 LOPJ, el secretario de juzgado tiene la obligación de “autorizar las diligencias y las resoluciones que correspondan según la ley y el reglamento”. Mas adelante se agrega que el secretario puede “expedir copias certificadas, previa orden judicial” (inciso 13). Esta es la razón por la que un notario no debe participar en una actuación o diligencia judicial (ejemplo: embargos, lanzamientos, audiencias, etc.), pues existe otro funcionario con fe pública dentro de ese ámbito; y en caso de hacerlo, incurre en grave falta disciplinaria.

bolsa o agentes de intermediación en el mercado de valores, capitanes de buque, martilleros públicos, entre otros), por lo que cada uno de ellos deberá respetar la parcela de actuación que sus leyes respectivas le reconocen, sin invadir la ajena. Por su parte, el notario, a diferencia de los anteriores, su función se centra en la fe pública, no es accesoria, por cuya virtud se entiende como exclusiva en el ámbito privado, con excepciones, pero no excluyente en otras sedes, como la administrativa o judicial¹²³².

Sobre el particular, sin embargo, hay que tener mucho cuidado en la terminología y en los conceptos, pues en esta materia fácilmente se puede llegar a equívocos. Así, pues, la fe pública (notarial, judicial o administrativa) se circunscribe a la creencia oficial que se impone respecto del relato o narración que realiza un funcionario, por lo que, solo en tal caso, cabe hablar de fe pública o de instrumento público. Por ejemplo, el secretario de juzgado narra lo acontecido en la audiencia judicial, y lo que aparece en el acta queda revestido de fe pública, por lo que se trata de un instrumento público. Por otro lado, cuando el juez expide una resolución judicial, la fe pública no abarca el contenido de la resolución, ya que esta podrá ser legal o ilegal, de acuerdo con la normativa jurídica, sin que pueda aplicársele las categorías propias de la fe pública (falso o verdadero); no obstante, la autenticidad de la resolución y la fecha de expedición sí son cuestiones sobre las que juega la fe pública, pues se trata de datos que pueden constatarse en forma inmediata o directa, por lo que en ese exclusivo ámbito el secretario de juzgado actuará en virtud de su capacidad fedante. Por tanto, no todo documento que pasa por las manos de un funcionario público se convierte en instrumento público, pues ello solamente ocurre cuando en el documento existe una atestación de fe pública, esto es, una imposición oficial de ver-

1232 "Como se verá más adelante, la escritura pública no es, históricamente, sino una emanación del instrumento público y más específicamente de la sentencia judicial. La fe pública de la escritura pública no es pues, aparentemente, una fe distinta en su esencia de la fe pública del instrumento público. Dentro de nuestros textos legales el instrumento público es un género y la escritura pública es una especie dentro del género de los instrumentos públicos. Nos hallamos, entonces, frente al hecho de que la idea originaria relativa al escribano, en su condición de funcionario de fe pública, no tiene el sentido de un monopolio. Existen otras personas que, sin título de escribano, se hallan legalmente en condiciones de dar fe o de expedir instrumentos a los que la ley coloca, en cuanto a fe se refiere, en el mismo rango que la escritura pública": Couture, E. (1949), T. III, pp. 24-25.

dad. Por ende, no es correcto sostener que “todo el expediente judicial o administrativo es un instrumento público”. Con toda razón se ha dicho lo siguiente: “¿Así que un escrito presentado por la parte, al contacto físico con el resto de las fojas se convierte en instrumento público? Y cuando lo desgloso, ¿qué pasa? Por último, ¿para qué le hace falta al juez una fe como la notarial? Para nada; en efecto, típico es del juez, que discierne el derecho del entuerto, aquella potestad del juicio, esto es, del iudicium”¹²³³. Por lo expuesto, pueden referirse las siguientes reglas:

- a) Los actos de particulares, documentados sin fe pública, no se convierten en instrumentos públicos por su sola incorporación en un expediente o por su ingreso en las oficinas de la administración.
- b) Los actos de funcionarios, cuando se refiera al mismo documento en el que interviene, queda autenticado por su sola firma (art. 139 TUO Ley 27444).
- c) Los actos de funcionarios, cuando se refieran a copias autenticadas, necesita la intervención de fedatario institucional, que precisamente ejerce fe pública administrativa (art. 138 TUO Ley 27444).
- d) Los actos de funcionarios, cuando se refieran a su contenido, no al acto en sí, solo quedan autenticados cuando se cuente con la dotación legal de fe pública.

3. DERECHO NOTARIAL

3.1. Definición

El Derecho Notarial puede definirse como el conjunto de principios y normas que regulan la función notarial, con su resultado en el instrumento público, y la organización del notariado. Son, pues, dos grandes bloques los que componen esta disciplina jurídica, debiéndose precisar, en palabras del civilista español José Castán Tobeñas, que: “los efectos de la función notarial se sintetizan y resumen en la producción del instrumento público”, por lo que, el Derecho notarial se sustenta en el instrumento. En este contexto, si el Derecho civil regula la “forma” de los actos y contratos, mientras el Derecho

¹²³³ Gattari, C. (2004), p. 300

notarial regula la “forma de esa forma”¹²³⁴, entonces su carácter es adjetivo. El Derecho notarial y el Derecho de la forma son dos círculos que se intersecan en parte; por lo que, uno no comprende totalmente al otro. En efecto, existen múltiples formas que escapan al Derecho notarial, como las verbales, las de documentos meramente privadas y las de documentos públicos de orden judicial o administrativo, por lo que, el Derecho notarial es solo una parte del Derecho de la forma, pues comprende un tipo de documentos públicos, pero excede al tema de la forma¹²³⁵. En tal sentido, el Derecho notarial tiene como categoría principal de estudio a la forma documental, pero como procedimiento; a diferencia de lo que ocurre en el Derecho civil, pues en tal ámbito se estudia la forma del negocio jurídico. En efecto, el Código Civil impone la forma del instrumento público, instrumento privado, la ológrafa o la libertad de formas en tanto continente que alberga la declaración de voluntad, es decir, se trata del resultado de la actividad humana. En cambio, la Ley del Notariado regula el procedimiento para llegar a la forma documental notarial, es decir, el conjunto de fases, pasos y requisitos para constituir un instrumento público válido¹²³⁶.

En virtud de lo expuesto, actualmente se admite que el Derecho notarial goza de autonomía científica, pues tiene unos principios, contenido y doctrina propia, la misma que se basa en el objeto (instrumento) y en el agente (notario) de la función notarial, así como en su organización institucional.

1234 “el Derecho notarial no regula la forma de los contratos, sino las formalidades o forma procesal -procedimiento- para dar forma sustantiva a los contratos (o negocios jurídicos). (...) El notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público: uno por uno, todos los movimientos están reglados. El notario necesita sujetarse, antes de la firma y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales y que en su conjunto definen el Derecho notarial como Derecho formal; lo que antes que nada quiere decir: Derecho que en sí es todo, colección de formalidades, esto es, forma, procedimiento, forma de la forma, y no solo forma de los actos y contratos civiles”: Nuñez Lagos, R. (2013), p. 40.

1235 *Ibid.*, pp. 38-39.

1236 *Ibid.*, pp. 39-40.

3.2. Principios¹²³⁷

El Derecho notarial como disciplina jurídica que estudia la función notarial, el notario y el instrumento público se encuentra regido por principios que subyacen de las normas. He aquí algunas de ellas:

- a) Principio de la forma: conforme se ha visto en el acápite anterior, el Derecho notarial regula el procedimiento (“forma de la forma”) para lograr la culminación del instrumento público.
- b) Principio de intermediación: Los otorgantes del acto deben comparecer en forma directa ante el notario, o en caso de testimonios de exhibición, deben presentarse las cosas ante el notario.
- c) Principio de consentimiento: el notario interviene en el ámbito de la libertad individual, de la autonomía privada; pero no en el conflicto.
- d) Principio de legalidad: el notario ha de atenerse a las normas que regulan el procedimiento o formas del instrumento y, asimismo, deberá cuidar que la voluntad de las partes se adapte a los parámetros de las normas sustantivas.
- e) Principio de matricidad: el instrumento público ofrece una garantía superior, entre otros fundamentos, porque el acto se contiene en un documento matriz que el notario conserva adecuadamente.

3.3. Función notarial

3.3.1. Definición

El notario es el profesional del derecho que ejerce función notarial, consistente en la potestad de dar fe de actos y contratos que ante él se celebran, así como emitir decisión en los procedimientos no contenciosos de su competencia, atribuidos por ley (art. 2 LN). Es bueno mencionar que la ley considera al notario como un profesional del derecho, por lo que remarca su ejercicio privado, pues no pertenece al escalafón público, ni cobra sus emolumentos del presupuesto estatal, ni se encuentra sujeto a jerarquía administrativa, pero sí se encuentra investido de una potestad pública por delegación o concesión del Estado: la fe pública. Esta condición explica que el

1237 Ibid., pp. 35-37.

notario tenga el beneficio del número cerrado de miembros, del monopolio de ciertas actividades de fe pública y, además, sustenta los constantes pedidos del notariado para volver a la remuneración por arancel.

La mejor doctrina, en efecto, habla de la función pública y privada del notario. Si solo existiese la primera, entonces se daría fe del hecho en su estado natural, tal como ocurrió, en forma pasiva. Por la segunda, en cambio, el notario colabora en la confección del acto mediante su actividad profesional, por lo que incide en los mismos hechos que van a documentarse. El notario no es un fotógrafo de la realidad (Sciello), sino, que él mismo ha contribuido a crear esa realidad porque se inserta en medio de los hechos, los anticipa, asiste preventivamente en ellos, los conforma jurídicamente. Esta actuación hace que el notario se encuentre inmerso en una misión antilitigiosa, pues la fe pública busca, además, un “equilibrio no precario de los opuestos intereses de las partes” (D’orazi)¹²³⁸.

En efecto, el sistema jurídico ha acudido a la función notarial con el fin de asegurar la intervención de un tercero imparcial, que vele por la consecución de un acto auténtico y sujeto a la legalidad, pero siempre con la utilización del escrito para perpetuar la fiel representación de lo dispuesto o concertado.

3.3.2. Características generales

Desde una perspectiva general se han señalado las siguientes notas distintivas de la función notarial¹²³⁹:

- a) Se inicia y sigue a instancia de parte, es decir, los interesados recurren al notario cuando lo juzgan necesario o conveniente para sus intereses; por tanto, el notario nunca actúa de oficio, salvo excepción legal.
- b) Se actúa intervolentes, es decir, con partes que tienen intereses coincidentes, sin que exista conflicto o contención entre ellas. Un caso distinto es el de las actas, en donde el notario se limita a com-

1238 Rodríguez Ádrados, A. (1996), V. II, pp. 304-307.

1239 Ávila, P. (1990), p. 2.

probar un hecho y, por ende, no es necesario que exista acuerdo entre todos los interesados.

- c) Se ejerce al servicio de intereses privados, pues el ámbito natural de ejercicio de la actuación notarial se encuentra en la contratación o en las relaciones negociales de particulares; ello no obsta para que la función notarial sirva también al interés público, aunque en forma indirecta, pues así se contribuye a la obtención de la paz jurídica y estabilidad en la sociedad.
- d) Es una función de carácter técnico-jurídico, pues en ella se necesita la interpretación de la voluntad de las partes y su traducción al lenguaje jurídico.
- e) Es cautelar o preventiva, porque busca asegurar y garantizar los derechos, con lo cual se trata de cumplir el fin perseguido por las partes, con lo que se evita, en la medida de lo posible, el arribo a un conflicto.

3.3.3. Características específicas

La función del notario se ejerce en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial (art. 3 LN), como enseguida se explicará:

- a) El ejercicio personal implica que el notario debe participar en forma directa e inmediata en el acto, hecho o circunstancia que se certifica o autentica, por tanto, se trata de una función *intuitu personae*, que no puede delegarse en dependientes o auxiliares, quienes solo pueden realizar actividades complementarias o materiales, pero ninguna relacionada con la fe pública (art. 17-i LN), salvo las excepciones que la ley contempla, como es el caso de las notificaciones que se hacen en el trámite de protesto de títulos valores por intermedio de secretarios designados por el propio notario¹²⁴⁰, o

¹²⁴⁰ El art. 74.1 de la Ley 27287, de Títulos Valores, establece que el protesto será efectuado mediante notificación dirigida al obligado principal por notario o secretarios de éste, y por juez de paz en caso de no haber notarios en la plaza. El art. 74.2 agrega que los secretarios son designados por el notario, y su designación y cese deben ser comunicados al Colegio de Notarios respectivo, el que debe mantener un registro de secretarios notariales. Sin embargo, debe señalarse que el protesto no solo es una notificación, único extremo que puede ser materia de delegación, pues en realidad se trata de un procedimiento en

en el caso de notificaciones en asuntos no contenciosos que pueden diligenciarse a través de los “auxiliares notariales de asuntos no contenciosos”. Nótese que la fe pública significa una atestación de verdad respecto de los hechos narrados por el notario, quien se convierte así en una especie de “testigo especialmente cualificado por la ley”, ya que su dicho es valorado como auténtico. Por tal motivo, la fe pública tiene como presupuesto que el notario por sí mismo haya percibido el hecho por sus sentidos, viendo y oyendo. En este ámbito no existen la distinción entre “actos personales” y “actos personalísimos”, como ha veces se ha querido indicar. Todas las certificaciones que produce el notario exigen su actuación personal, directa y con inmediación; sino ¿cómo podría atestar algo que no le consta por no haberlo presenciado? Los llamados “actos personalísimos”, según el derecho sustantivo, no tienen ninguna relación con el notario, pues ello se refiere más bien al otorgante del negocio jurídico, y no al documentador de este. El testamento, por ejemplo, es un acto personalísimo del otorgante, que debe expresar su voluntad en forma directa, y no puede hacerlo por representante. En cambio, para el notario, la actuación es siempre personal, sin importar si el negocio es personalísimo o no -desde la perspectiva del otorgante-, en tanto la potestad legal le ha sido atribuida a él, y no a un intermediario o empleado. El ejercicio personal es tan intenso que, incluso en situaciones especiales (por ejemplo: enfermedad, vacaciones, licencia), el notario solo es reemplazado por otro de igual condición dentro del mismo distrito notarial (art. 20 LN).

- b) El ejercicio autónomo del notario implica que este se encuentra sujeto exclusivamente a las leyes, y no cabe revisión o apelación de su decisión ante un órgano superior. Por tal motivo, el notario puede decidir si presta su ministerio o no, ante el requerimiento

el que el obligado puede realizar el pago de la deuda y solicitar la devolución del título valor. Solo en caso que no se produzca el pago el notario levanta el protesto y extiende un acta protocolar en el registro de protestos, además de guardar copia del título y de la notificación en libros, hojas sueltas u otros medios mecánicos o electrónicos (art. 78.1).

de un usuario; sin embargo, el ejercicio de cualquier libertad conlleva necesariamente la responsabilidad subsiguiente del notario en caso de rechazo injustificado de su actuación.

- c) El ejercicio exclusivo significa que, en el ámbito de normalidad de los derechos, el notario es quien tiene la potestad de fe pública, y, en tal sentido, da fe de los actos y contratos que ante él se celebran, así como, lleva a cabo los asuntos no contenciosos permitidos por la ley. Sin embargo, la exclusividad de la función puede ser objeto de excepciones por virtud de la ley, como ocurre con el caso de una serie de funcionarios o profesionales privados a quienes le viene atribuida una capacidad fedante que constituye una excepción a la citada exclusividad. Es el caso de los agentes y sociedades corredoras de bolsa que tienen fe pública para los contratos celebrados en el mercado de valores, o del capitán del buque que cuenta con fe pública para la incidencia de algunos actos celebrados durante la travesía marítima, lo que incluye el otorgamiento de testamentos en casos especiales. En el ámbito de normalidad de los derechos (extrajudicial), el notario es el órgano típico que ejerce la función fedante, pero con excepciones legales.
- d) El ejercicio imparcial del notario implica que su función la ejerce al margen y por encima de las partes, sin defender a una sobre la otra, pero sí en defensa de la legalidad, o como dice Vallet de Goytisolo, “ajustando el negocio al derecho”. Por tal razón, el notario cumple su misión cuando cumple la ley, sin importar si ello favorece en el caso concreto a una de las partes. De esta manera, la función del notario se aleja de la del abogado, pues este sí es defensor de parte, y no requiere guardar imparcialidad. El notario es un profesional del derecho, pero no puede ejercer como abogado patrocinante o letrado en causa judicial o administrativa, justamente para mantener la separación de funciones entre defensor de parte, propia del abogado, y actuación imparcial, característica del notario. Sin embargo, esta prohibición de patrocinio tiene varios matices: Primero, el notario puede ejercer la abogacía, incluso en el ámbito judicial, en causa propia o de parientes cercanos (art.

17-e LN); Segundo, el notario puede ejercer la docencia, pues ello no implica patrocinio; Tercero, el notario tiene libertad de escribir obras jurídicas, pues la libertad de creación artística o científica es un derecho fundamental del ser humano que no puede ser mediaticado. La función notarial es imparcial, sea desde la postura objetiva o subjetiva. Por la primera, el notario debe abstenerse de dar fe respecto de un acto, hecho o circunstancia en la que participe algún pariente o en el que tenga algún interés personal o económico, según las causales de impedimento previstas por la propia ley. Aquí hablamos de “parcialidad objetiva”, pues el solo hecho de que se produzca el impedimento, hace que el notario no pueda participar, aun cuando su actuación pueda ser, en el caso concreto, ajustada plenamente a la legalidad. Por la segunda, el notario debe abstenerse de dar fe, fuera de los casos de impedimento, cuando en un caso concreto mantenga interés, de una u otra manera, con el resultado del acto o negocio jurídico, lo cual implica un supuesto de “parcialidad subjetiva”. Pero, la imparcialidad va más allá, pues exige que el notario asesore a las partes en igualdad de condiciones, explicando los efectos del instrumento que se pretende celebrar (art. 27 LN), sin favorecer a una frente a la otra¹²⁴¹. Esta es la diferencia que se advierte con la labor del abogado, eminentemente adscrito a la defensa de parte.

3.3.4. Contenido

La función del notario se centra, principalmente, en dos ámbitos: (i) Dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran, (ii) Comprobar hechos y tramitar los asuntos no contenciosos previstos en la ley (art. 2 LN), es decir, la función notarial no solamente consiste en *dar forma* a un determinado acto o negocio jurídico, sino además en *dar fe* de dicho acto. Por tal

1241 “Precisamente esta actitud (de imparcialidad), sin mengua de la asistencia a la parte débil es la determinante de las funciones conciliadoras y arbitrales, tan importante en la conclusión de un negocio, integrándolo y previniendo la posible guerra de la litis. Y conste que no es esta una función marginal, porque como antes hemos señalado la voluntad o voluntades que llegan a la notaría suelen ser incompletas, imprevisoras y discordantes, y es el momento de siendo imparciales conciliar y arbitrar con rigor técnico y científico de equidad”: Simó Santoja, V. (2001), p. 99.

motivo, la función puede resumirse en *dar forma pública*. El término “dar fe” significa imponer como cierta la narración que el notario hace en el instrumento. Si bien la función notarial se concreta o resume en la autorización del instrumento público, sin embargo, tal autorización es un punto culminante al cual se desemboca tras una serie de actos que exige una actividad funcional complementaria¹²⁴². Para este efecto, el notario deberá:

- a) Recibir o indagar la voluntad de las partes¹²⁴³.
- b) Dar forma jurídica a esa voluntad.
- c) Autorizar el instrumento público, con el que se formaliza el acto o negocio, dotándole de fe, es decir, afirmando que los hechos narrados por el notario son ciertos, lo que la ley respalda.
- d) Conservar el instrumento, a fin de que en cualquier momento pueda conocerse su contenido.
- e) Expedir copias del instrumento.

En la comprobación de hechos y en el trámite de los asuntos no contenciosos (ejemplo: rectificación de partida), el notario también da forma pública, aunque en el primer caso se limita a constatar un hecho que ve, oye y presencia por sus propios sentidos; mientras en el segundo, declara los derechos en vía extrajudicial, una vez que se comprueba la notoriedad del hecho que da origen a la prerrogativa jurídica, para cuyo efecto constata la ocurrencia de sus presupuestos.

1242 Ávila, P. (1990), p. 1.

1243 Por virtud de ello, el notario tiene el *deber-poder de indagar la voluntad* de las partes; por tanto, el notario no se limita a escuchar y verbalizar las declaraciones de voluntad, siendo tal sólo si es conciente e informada. Esto es para obtener una voluntad sin ningún error. Además, el notario debe estar seguro que la voluntad del particular sea compatible con la voluntad colectiva basada en el ordenamiento jurídico, esto es, el llamado *control de legalidad*. Por tanto, el notario deberá asegurarse de que la voluntad, libre de vicios, no tendrá consecuencias distintas a aquellas conocidas y queridas por las partes. Deriva de todo lo antes expuesto el *deber notarial de aconsejar*. De esta manera el notario cumple su función primaria de ser instrumento de paz social y de prevención de litigios, con lo cual no solamente se cumple la misión de interés público encomendada por el Poder a través de la delegación de fe pública, sino además satisface una necesidad muy profunda del ser humano, cuál es, la necesidad de creer o depositar su confianza en alguien. Estas y otras interesantes consideraciones, a la luz de la legislación italiana, pueden verse en el excelente artículo del notario italiano: Di Cagno, V. (2001), pp. 19-20.

Capítulo XII

INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

1. TEORÍA BÁSICA DEL INSTRUMENTO

1.1. Documento e instrumento

Según la doctrina, “documento” es todo objeto físico que representa y sirve para demostrar la realidad de otro objeto, de un hecho o de un acontecimiento cualquiera; en cambio, “instrumento” es todo objeto material representativo del pensamiento mediante signos lingüísticos, esto es, a través de la escritura. Por tanto, “documento” es el género que incluye a la especie “instrumento”, pues, mientras el primero es todo objeto que permite conocer un hecho (lo que deriva de su etimología latina *docet* = conocer), tal como un escrito, una fotografía o una reproducción en video; por el contrario, el segundo solo comprende un tipo de documento: el escrito, que se caracteriza porque plasma el pensamiento a través de la palabra graficada mediante signos lingüísticos. El Código Procesal Civil utiliza la denominación “documento”, lo que es coherente con el concepto que regula, pues en él se considera como tal a todo objeto en general que sirve para acreditar un hecho (art. 233). Es obvio, pues, que una norma de este tipo busca facilitar que las partes puedan probar sus pretensiones, y, por ello, autoriza que cualquier objeto pueda servir para acreditar un hecho o suceso. En cambio, la Ley del Notariado utiliza el vocablo “instrumento”, pues el notario solamente autoriza documentos escritos.

1.2. Instrumento público y privado

Es usual la clasificación entre instrumentos “públicos” y “privados”. El art. 235 CPC establece que se consideran como instrumentos públicos a aquellos que han sido otorgados por notario o por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones. Por el contrario, es documento privado el que no tiene esas características, según el art. 236 CPC. La definición legal es porbrísima, pues, en realidad, la diferencia se encuentra en la fe pública, propia de los instrumentos públicos, pero ausente en los privados. Sobre el particular, la fe pública implica que la narración sobre un hecho se impone como verdad, se le reputa cierta, por efecto de la ley que otorga tal condición al ejercicio de ciertas profesiones o funciones públicas. La fe pública es el medio para procurarse un instrumento público, que constituye el resultado, pero el presupuesto o antecedente de la dación de fe nacida de la observación presencial del hecho¹²⁴⁴, pero, en cualquier caso, el protagonista de toda esta secuencia es el notario o funcionario dotado de fe pública.

En suma, puede esbozarse el siguiente esquema:

NOTARIO O FUNCIONARIO:

OBSERVACIÓN DEL HECHO === FE PÚBLICA === INSTRUMENTO PÚBLICO

El notario, por ejemplo, narra un hecho que ocurre frente a él (observación), y, en virtud de la potestad con la que cuenta (fe pública), entonces trae como resultado un documento escrito auténtico (instrumento público). El notario o funcionario certifica la ocurrencia de un hecho, que se supone es verdadero por efecto de la fe pública¹²⁴⁵, pero si no lo es, entonces se incurre en falsedad. En el mundo de los hechos juegan los criterios de verdadero y falso. Por el contrario, un razonamiento jurídico no se produce en el ámbito fáctico, sino en un mundo conceptual, susceptible de un juicio de razonabilidad y legalidad, cuyo resultado será la mejor o menor corrección del

¹²⁴⁴ Gattari, C. (2004), p. 305.

¹²⁴⁵ Sin embargo, vale aclarar, no todo documento que pasa por las manos de un funcionario público se convierte en instrumento público, pues ello solo ocurre cuando en el instrumento en sí existe una atestación de fe pública expresada por un sujeto dotado legalmente de esa capacidad.

argumento, según el ordenamiento jurídico, pero no su verdad o falsedad. Los hechos, en el lenguaje, se materializan en las proposiciones; mientras el derecho lo hace en prescripciones¹²⁴⁶.

Por el contrario, el documento privado es aquel cuya redacción y autoría proviene de los mismos particulares que lo otorgan, por lo que el notario, aunque participe de alguna manera, es un tercero extraño a su origen y contenido. Por tal motivo, este documento privado, que puede ser objeto de certificación notarial de firmas o de copias, no se convierte en público; es decir, no muta de naturaleza jurídica, pues dicho contrato sigue siendo uno redactado y de autoría de las partes, y en el que la fe pública no recae sobre todo el instrumento, sino exclusivamente en la afirmación de verdad referida a las firmas de ciertas personas. “Dicho documento tiene fecha y firma auténticas; pero como cabe que haya sido firmado sin leer o enterarse de su contenido, podrá, cuando se reclame su cumplimiento, alegarse ignorancia del documento (...), a diferencia de lo que ocurre en el instrumento público, en que, por la manifestación del notario de haber sido leído el documento, sólo cabe la impugnación por falsedad¹²⁴⁷; por tanto, se trata de un documento privado en el que solo consta la certificación de firmas¹²⁴⁸, sin que el notario haya participado en el acto jurídico, por lo que la citada legalización no lo convierte en público, pero si goza de fe el elemento extrínseco consistente en la atestación del notario referida a que las firmas corresponden a determinadas personas y obviamente la fecha de esa diligencia

1246 “Ahora bien, prescripciones y proposiciones difieren asimismo en varios puntos muy importantes. En primer lugar, las proposiciones son susceptibles de ser verdaderas o falsas, no así las prescripciones. Esta calidad de las proposiciones no significa que necesariamente se sepa siempre si son verdaderas o falsas, ni siquiera que se tenga la esperanza de saberlo, sino que puedan lógicamente ser lo uno o lo otro. Así pues, *hay una vida después de la muerte* es verdadero o falso, lo mismo que *el agua hierve a 100°*. Por el contrario, las prescripciones no pueden ser verdaderas, ni falsas. Al mandato *no fumar*, no se puede responder es falso, sino solamente *me niego a obedecerle* o *usted no tiene el derecho de dirigirme órdenes*: Troper, M. (2008), p. 47.

1247 Ávila, P. (1990), pp. 187-188.

1248 La legitimación o legalización de firmas es una declaración notarial puesta al pie del instrumento privado, en la que se certifica como auténticas las firmas que allí aparecen, ya sea porque el notario ha llegado a esa conclusión por conocimiento directo (comparecencia del firmante), o por considerarla idéntica con relación a otras firmas indubitadas: Giménez Arnau, E. (1976), p. 801.

(art. 236 CPC). Por lo demás, esta es la interpretación que se deduce de una adecuada lectura de nuestro ordenamiento. Así, el art. 26 LN dice que: “*Son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función*”. Nótese que esta norma no dice que el documento privado se convierta en público, sino que se reputa instrumentos públicos a las certificaciones, lo que indica que el documento en sí mantiene su propia naturaleza.

1.3. Instrumento Público Notarial

1.3.1. Definición

Los hechos jurídicos, muchas veces, transcurren en un instante, y, por ello, se perderían irremediabilmente en el tiempo si es que el ser humano no hubiese ideado una serie de herramientas para asegurar su permanencia, como ocurre con la tecnología de la escritura¹²⁴⁹. Por tanto, el aseguramiento de los derechos subjetivos de los particulares necesita el documento escrito¹²⁵⁰, pero, además, que este no pueda ser contradicho o cuestionado con una simple negativa maliciosa, por cuya razón, es relevante la intervención de un tercero que le dote de fe pública mediante la observancia de una

1249 “La escritura o grafía difiere como tal del habla en el sentido de que no surge inevitablemente del inconsciente. El proceso de poner por escrito una lengua hablada es regido por reglas ideadas conscientemente. (...) Afirmar que la escritura es artificial no significa condenarla sino elogiarla. Como otras creaciones artificiales y, en efecto, más que cualquier otra, tiene un valor inestimable, y de hecho esencial para la realización de aptitudes humanas más plenas, interiores”: Ong, W. (2011), pp. 84-85.

1250 Por ello, bien vale la pena reproducir las siguientes palabras: “Los actos y contratos en que se desarrolla la vida jurídica cristalizan documentalmente. Ahora bien: un documento falso, inexacto o simplemente imperfecto es un peligro para el tráfico jurídico por el perjuicio que puede ocasionar no sólo a las partes (dificultades de interpretación, cumplimiento, etc.) sino también a los demás al crear una apariencia que no responde a la realidad. La probabilidad de que se produzca tal documento es grande cuando el acto o contrato se confecciona sin más intervención que la de las partes y a veces de algún testigo más o menos imperito y más o menos irresponsable; pero se minimiza con la intervención tanto en la configuración del negocio como en su plasmación documental, de alguien con preparación jurídica especializada, imparcialidad profesional y responsabilidad por su actuación: el Notario. Por ello el ordenamiento provee a esa intervención y dando un paso más para facilitar aquel tráfico, impone a todos la confianza en el documento creado dota a éste con la cualidad de creíble forzosamente por todos”: Ávila, P. (1990), pp. 2-3.

serie de garantías y formalidades que coadyuven a la certeza. Esta función desde antiguo la cumple el notario. Por tanto, el instrumento público notarial se caracteriza por tres aspectos esenciales o sustanciales, sin los cuales no existe: (i) documento escrito, (ii) documento estrictamente formal, (iii) documento autorizado por notario, que se materializa con la firma autógrafa.

El instrumento notarial, por tanto, solo existe a partir que se cumplen todos los aspectos esenciales: escrito, formal, y, sobre todo, autorizado por notario. No puede hablarse de instrumento notarial “en trámite”, “pendiente”, “condicionado”, o a la “espera de la firma”. El acto notarial es (con todos sus requisitos de existencia) o no es. Por lo demás, este principio es compartido por todos los actos estrictamente formales, especialmente otorgados en ejercicio de una potestad pública o en interés público, pues, ninguno de ellos existe mientras no se cumpla el último paso: la autorización del funcionario competente, por lo que, sin ello, simplemente carece de vida jurídica. En efecto, no existen resoluciones judiciales o disposiciones fiscales mientras el juez o fiscal no las haya autorizado¹²⁵¹, como tampoco “denegatorias fácticas de la confianza” por el Congreso, que requiere el acto formal de votación, y, por lo mismo, tampoco es posible leyes de facto. Ni uno ni otro. En virtud de lo expuesto, puede inferirse que no es posible hablar, o imaginar siquiera, actos notariales verbales, informales o sin forma. El notario no actúa desde la oralidad, ni tampoco lo hace por medio de hechos materiales, normalmente equívocos, dudosos e inseguros. La conclusión es que no hay función notarial fuera del instrumento autenticado, certificado o declarativo de derechos¹²⁵², por tanto, no existe instrumento notarial “fáctico”, informal u oral.

1251 El art. 122 CPC establece los requisitos propios de una resolución judicial, entre los que se encuentra “la suscripción del juez o auxiliar jurisdiccional” (inc. 7), sin lo cual no tiene existencia. El art. 125.1 CPC establece lo propio en el ámbito del proceso penal.

1252 El Derecho notarial se asienta en dos columnas: “el notario y el instrumento. De igual manera que en el derecho real existe una relación jurídica de persona (el notario) y una cosa (el instrumento público). El documento sin firma del notario no pertenece al Derecho notarial. La actividad del notario sin documento (sin potencia o en acto) es extraña al Derecho notarial, esto es, para el instrumento público. Por lo mismo, el documento, como cosa en el derecho real, es elemento esencial, principal y final del Derecho notarial”: Núñez Lagos, R. (2013), p. 39.

Los instrumentos notariales son aquellos en los que el notario, a solicitud de parte requirente o por mandato legal, autoriza en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia, y con las formalidades de ley (art. 23 LN). El efecto fundamental es la dotación de fe pública, que consiste en la narración efectuada por el notario, que se impone como apariencia de verdad de un hecho, que presupone haberlo presenciado. Sin embargo, la intervención del notario en un instrumento no implica que todo él se encuentre dotado de fe pública, pues ello dependerá del tipo de instrumento y de la posición que ha tenido el notario con respecto del acto que documenta (Carnelutti). Por tanto, es necesario estar prevenido de la creencia vulgar de que toda certificación notarial conlleva dotar de fe pública a la integridad del documento, de principio a fin, e incluso en su contenido intrínseco¹²⁵³. Por tal razón, la intervención del notario convierte en público exclusivamente el ámbito sobre el cual recae la fe pública, pero no todo el instrumento. Por ejemplo, la certificación de firmas que se realiza en un contrato privado no lo convierte en instrumento público (art. 236 CPC), pero si es pública (goza de fe) la atestación del notario referida a que las firmas corresponden a determinadas personas (art. 26 LN), pero no el resto del documento.

Por otro lado, el instrumento notarial por excelencia (escritura pública) no se agota en la fe pública, pues también debe agregarse la labor de consejo notarial, por lo que no es correcto suponer que se trata de certificar cualquier hecho, una materia en bruto, sin tamiz jurídico, pues se supone que el notario es un jurista especialmente cualificado que, antes de recibir la declaración de voluntad de las partes, explora la con diligencia la intención de los contratantes, los asesora y expresa el propósito en la forma más acorde a la legalidad y a los fines lícitos. En consecuencia, el instrumento notarial expresa la doble actividad del notario, que se resume en “dar forma” (asesorar y colaborar en la correcta expresión de la voluntad) y “dar fe” (certificar exactamente el hecho acaecido).

1253 La ley peruana tiene una visión equívoca de la intervención notarial, en tanto pareciera suponer que toda certificación del notario le atribuye al instrumento la cualidad de público (art. 25 y 26 LN). Esta conclusión no puede admitirse según la doctrina reiteradamente expuesta aquí, y además resulta incoherente con el art. 236 CPC, en el cual se sostiene que la mera certificación sobrepuesta en un documento privado no lo convierte en público.

1.3.2. Clasificación

La variedad de instrumentos públicos notariales exige realizar distintas clasificaciones en función a particulares características y efectos, conforme se detalla a continuación.

Una primera clasificación de los instrumentos, muy importante para efectos del Derecho notarial, es aquella que los divide en protocolares y extra-protocolares. Los primeros son aquellos que se documentan en el protocolo del notario, esto es, en su archivo cronológico, numerado y foliado de instrumentos, los cuales son objeto de conservación y custodia por parte del notario. Para la mejor doctrina, solo estos son instrumentos públicos, en estricto¹²⁵⁴. Los segundos, por el contrario, son aquellos redactados y de autoría de particulares (instrumentos privados), sobre los que se atesta una certificación notarial determinada respecto de cierto ámbito de la fe pública (legitimación de una fotocopia o de una firma, etc.). Estos últimos, por su propia naturaleza -resultado de la acción de los particulares- no se documentan en el protocolo del notario, ni este los custodia o conserva. El art. 25 LN señala que son instrumentos protocolares, las escrituras públicas (típico instrumento protocolar) y las demás actas que el notario incorpora al protocolo y que se encuentra obligado a conservar. El art. 26 de la misma ley, agrega que son instrumentos extra-protocolares las actas y demás certificaciones que se superponen al documento, y que no se conservan en el protocolo.

Una segunda clasificación de instrumentos notariales hace una distinción entre escrituras públicas y actas. Para tal efecto, debe considerarse que la intervención notarial puede referirse solo a la comprobación de un hecho de la realidad material o fenomenológica (por ejemplo: el estado físico de una cosa), en cuyo caso el instrumento que lo contiene es típicamente un acta que narra o relata una circunstancia que es objeto de apreciación sensorial por el notario; en cambio, si la intervención notarial implica la recepción de una declaración de voluntad, en la que las partes consienten sobre un determinado acto jurídico y disponen de sus intereses, entonces el instrumento que lo contiene será una escritura pública, en cuyo caso de-

1254 Chico Ortiz, J. & Ramírez, C. (1972), pp. 42-43.

berá identificarse a las partes, verificarse que estas actúen con capacidad, libertad y conocimiento; recibir su declaración de voluntad, y, por último, comprobar su conformidad, previo deber de consejo o información. La ley admite esta fundamental diferencia, pues el art. 51 LN define la escritura pública como todo instrumento notarial protocolar que contiene uno o más actos jurídicos. *A contrario sensu*, y en principio, las actas -que son mera comprobación de hechos- no se documentan a través de escrituras públicas, por ende, son instrumentos extra-protocolares. Sin embargo, esta armonía lógica no se sigue al pie de la letra, pues existen otras consideraciones que el legislador ha tomado en cuenta, por ello, también se reconocen actas protocolares (transferencia de muebles registrables) o actos jurídicos celebrados ante notario, pero extraprotocolares (poderes fuera de registro).

1.3.3. Valor probatorio

La Ley del Notariado habla reiteradamente de “dar fe”, que implica la creencia legal en la veracidad de la narración dada por un tercero imparcial (notario), sin embargo, en el instrumento notarial típico, la escritura pública, coexisten diversas certificaciones o juicios, conforme a la siguiente distinción¹²⁵⁵:

- a) Narración de hechos por el notario: En caso de hechos presenciados directamente por el mismo notario, narrados en el instrumento público, entonces opera la presunción de verdad en mérito de la fe pública (art. 24 LN). Por ejemplo: los comparecientes son las personas que dicen ser.
- b) Declaraciones jurídicas de los comparecientes: La fe notarial no abarca estas declaraciones, pues no se trata de hechos cognoscibles en forma directa por el notario, sino de meras apreciaciones u opiniones de los interesados, por lo que no cabe predicar certeza en este ámbito. El notario no da fe de la declaración jurídica del compareciente: “el vendedor declara ser propietario”, pues no se trata de un hecho directamente apreciable por los sentidos.

¹²⁵⁵ Ávila, P. (1990), pp. 154-155.

- c) **Declaraciones de voluntad:** Es necesario distinguir entre “declaración de voluntad” y “sinceridad de las declaraciones de voluntad”, pues, el notario sí da fe de las declaraciones prestadas por los interesados, esto es, que los otorgantes han querido comprar y vender, otorgar un poder, o testar. Hasta allí llega la fe pública, pues el notario ha presenciado el hecho físico de la prestación de consentimiento de las partes, y el consiguiente otorgamiento del acto jurídico. Sin embargo, el notario no da fe de la sinceridad de las declaraciones de voluntad, pues los otorgantes pueden haber disfrazado su voluntad, o simular, o pretender engañar a terceros o al Fisco, etc. La sinceridad de las declaraciones no es competencia del notario, ni de nadie, pues los pensamientos o los acuerdos ocultos no pueden ser advertidos cuando, precisamente, el objetivo es mantenerlos en la oscuridad.
- d) **Juicios (no afirmaciones de hechos):** El notario, por ejemplo, realiza un juicio respecto de la capacidad de las partes, así como sobre la libertad y conocimiento suficiente con la que actúan para obligarse. Pues bien, este juicio es una estimación u opinión especialmente cualificada que realiza un tercero imparcial, pero que en ningún caso está amparada por la fe pública, ya que no se trata de un hecho en el baste la simple apreciación por los sentidos.

La fe pública opera plenamente en el tráfico patrimonial, no judicializado, pues la intervención del notario produce presunción de veracidad respecto de la realización del acto jurídico, de los hechos y circunstancias que el notario presencia por sí (art. 24). El art. 12 de la Ley 26662, de competencia notarial en asuntos no contenciosos, establece que el documento extendido en este ámbito es auténtico, y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o invalide en la vía judicial; en realidad, esta norma quiso decir que la declaración notarial en asunto no contencioso es “título legal habilitante” para el ejercicio y tutela del derecho, pero ello no puede referirse a la “autenticidad” propiamente dicha, ya que esta se aplica al mundo de los hechos (que son ciertos o no), pero no al mundo de los derechos subjetivos (que se presumen legales o no). En el ámbito de los instrumentos extra-protocolares, la ley indica que, según sea el caso, pues existen distin-

tos tipos de certificaciones notariales, estos dan fe respecto del acto, hecho o circunstancia, identidad de personas u objetos, suscripción de los documentos, confiriéndoles fecha cierta (art. 97 LN).

Por el contrario, las cosas son distintas en el ámbito del proceso judicial, pues, el Código Procesal Civil acoge la doctrina de la apreciación razonada para efectos de valorar la prueba (art. 197), por cuya virtud, se descarta el sistema de prueba tasada. En atención a ello, el Código no contiene norma alguna sobre el valor probatorio de los instrumentos notariales, o de sus traslados. No obstante, el juez se encuentra vinculado con las afirmaciones racionales, por tanto, si bien cuenta con amplia libertad para apreciar el valor de la prueba, incluso en caso de instrumentos públicos, sin embargo, necesita motivar, explicar, dar razones para validar o desacartar los medios probatorios, por tanto, si pretende hacerlo con un instrumento dotado de fe pública, entonces puede apartarse de la presunción de veracidad, pero mediante afirmaciones racionales, pues, en caso contrario, la decisión judicial, sin razones de apoyo, pecaría de arbitrariedad.

2. INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES PROTOCOLARES

2.1. Definición

El instrumento público protocolar es aquel que extiende en el protocolo del notario (art. 25 LN), es decir, en la colección ordenada de fojas que se guarda y conserva para efecto de mayor seguridad, por tanto, se trata de documento matriz, u original especialmente resguardado, del cual se pueden expedir traslados, y, además, en el caso particular de la escritura pública, el notario recibe la declaración de voluntad de los otorgantes que constituyen un acto jurídico vinculante y obligatorio (art. 51 LN), por tanto, el notario participa en forma intrínseca en su celebración para efecto de un adecuado control del consentimiento, en todos sus niveles, y de la legalidad.

2.2. Clases

Los instrumentos públicos protocolares son las escrituras públicas de todo tipo, incluso testamentos, pero también las actas de protocolización, actas de declaración de derechos (en asuntos no contenciosos), y, otros tipos

de actas (de transferencia de bienes muebles registrables, protestos), entre otros (art. 25 LN).

2.2.1. Escritura Pública

La escritura pública es el documento matriz incorporado en el protocolo, autorizado por notario, que tiene la relevante particularidad de contener uno o más actos jurídicos (art. 51 LN), por lo que se realiza el control de la prestación del consentimiento libre e informado, pero también de la evaluación de la legalidad. En el próximo acápite (3), por su importancia, se realizará un análisis detallado.

2.2.2. Acta de protocolización

El registro (protocolo) notarial de escrituras públicas no solo permite extender el instrumento homólogo, sino también las llamadas “actas de protocolización”, que son la constancia del notario, que se documenta mediante acta, por la que se incorpora a su protocolo documentos, normalmente privados, cuando la ley así lo permita. El objetivo de tales actas es proporcionar fecha cierta a los documentos privados, conservarlos con la seguridad que implica el protocolo notarial y tener la posibilidad de contar con traslados o reproducciones. En tal sentido, el acta de protocolización es un instrumento autorizado exclusivamente por el notario, sin otro partícipe, pues en este caso no se recibe declaraciones de voluntad de los autores de algún acto o negocio jurídico, sino que se limita a dejar constancia escrita, pública y con fe notarial de la incorporación de documentos al final del tomo del protocolo correspondiente.

El acta contendrá lo siguiente (art. 65 LN, modificado por D.L. 1232):

- a) Lugar, fecha y nombre del notario
- b) Materia del documento
- c) Los nombres de los intervinientes del documento protocolizado, pero con la atingencia de que ellos no comparecen ante el notario
- d) El número de fojas de que conste.
- e) Nombre del juez que ordena la protocolización y del secretario, con la mención de la resolución e indicación de encontrarse con-

sentida o ejecutoriada, o la denominación de la entidad o persona que lo solicita.

- f) Tratándose de la protocolización de laudos arbitrales deberá requerirse la comparecencia del árbitro o uno de ellos designados por el tribunal arbitral para su identificación (novedad: D.L. 1232). Por tanto, en este caso específico, el acta se convierte, en la práctica, en una escritura pública en la que se produce la declaración ratificatoria de uno de los interesados, que no es otro que el árbitro. La modificatoria del D.L. 1232 se origina en los casos de fraude inmobiliario llevado a cabo por medio de los laudos arbitrales. Sin embargo, la reforma consistente en que el notario certifique la identidad del árbitro que emitió la decisión es una solución inocua, pues, el problema se originaba por arbitrajes amañados sin convenio, no por la identificación del árbitro, es decir, el remedio no tiene relación con la enfermedad.

2.2.3. Acta de transferencia de bienes muebles registrables

Las actas protocolares de transferencia vehicular tienen una regulación propia (arts. 78 a 80 LN), por tanto, estas normas se aplican en primer lugar, por su carácter especial, sin embargo, su carácter genérico hace que solo se refieran a la existencia del registro, los actos documentados y la autorización para utilizar formatos preimpresos.

La laguna se salva por medio del art. 79 LN en cuanto establece que este tipo de actas se regula por las normas precedentes del mismo título de la ley, en cuanto sean pertinentes. Pues bien, las normas que preceden ese título regulan las escrituras públicas, los testamentos y los protestos, por lo que, la única subsidiaridad posible se encuentra en los arts. 50 a 66 LN, sobre el registro de escrituras públicas. Esta identificación entre acta de transferencia y escritura pública no es antojadiza, pues en ambos instrumentos se documentan declaraciones de voluntad con efecto vinculante. Nótese que cuando la intervención notarial implica la recepción de una declaración de voluntad, en donde las partes consientan un determinado negocio jurídico y disponen de sus intereses, entonces el instrumento que lo contiene será una escritura pública, en donde se identifica a las partes, se verifica que éstas actúen con capacidad, libertad y conocimiento; se recibe su declaración

de voluntad, y finalmente se comprueba la conformidad de la declaración de las partes con el texto documentado. En resumen, las normas y disposiciones legales aplicables a toda acta notarial de transferencia vehicular son las siguientes:

- a) Arts. 78 a 80 LN, sobre actas de transferencia de bienes muebles registrables, así como el D.S. 036-2001-JUS, aplicable solo a las actas vehiculares.
- b) Arts. 50 a 66 LN, sobre escrituras públicas y en cuanto fuese pertinente, según el llamado que hace expresamente el art. 79 LN.
- c) Arts. 36 a 49 LN, sobre instrumentos públicos protocolares, ya que este tipo de acta corresponde a esa categoría general.

Por lo expuesto, el notario deberá cumplir los requerimientos legales de la técnica documental, que, en este caso, son aquellos previstos para la escritura pública, sea la introducción, cuerpo y conclusión. Por su parte, la legislación fiscal, y administrativa, impone algunos requisitos adicionales que el notario debe cumplir a fin de llevar a cabo la documentación, tales como verificar la acreditación del pago del impuesto vehicular durante los tres primeros años que siguen a la inscripción en el registro vehicular (D.L. 776, Ley de Tributación Municipal), así como la vigencia del seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) al momento de la transferencia (D.S. 024-2002-MTC, Reglamento Nacional de responsabilidad civil y seguros).

2.3. Protocolo notarial

2.3.1. Definición

El protocolo notarial es la colección ordenada y cronológica de registros en los que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares, con arreglo a ley (art. 36 LN). El registro notarial es un conjunto numerado de cincuenta fojas ordenadas correlativamente¹²⁵⁶, el cual debe ser autori-

¹²⁵⁶ El registro (50 fojas) puede ser llevado de dos formas (art. 38 LN modificado por Ley 31338): i) En 25 pliegos de papel emitidos por el Colegio de Notarios, los mismos que se colocarán unos dentro de otros, de modo que las fojas del primer pliego sean la primera y la última, que las del segundo sean la segunda y penúltima, y así sucesivamente; ii) En 50 fojas emitidas por el Colegio de Notarios que se colocarán en orden de numeración seriada, y que permite su impresión a través de un sistema computarizado, de tecnología

zado antes de su utilización mediante un sello y firma puesto en la primera foja del registro por parte de un notario especialmente designado para este efecto, bajo el procedimiento y medidas de seguridad que se fijen por el Colegio respectivo (art. 39 LN). Por cada diez registros (es decir, con 500 fojas) se forma un tomo, el que debe encuadernarse y empastarse en el semestre siguiente a su utilización, los que serán numerados en orden correlativo (art. 41 LN).

2.3.2. Clases

El protocolo notarial está conformado por los siguientes registros, cada uno de los cuales se ordena y empasta en forma separada (art. 37 LN):

- a) Escrituras públicas.
- b) Testamentos.
- c) Actas de protesto.
- d) Actas de transferencia de bienes muebles registrables.
- e) Actas y escrituras de procedimientos no contenciosos.
- f) Instrumentos protocolares denominados de constitución de garantía mobiliaria y otras afectaciones sobre bienes muebles (art. 32 de la ley 28677 y Reglamento aprobado por Dec. Sup. 012-2006-JUS).
- g) Otros que la ley determine.

El registro de escrituras públicas es aquel en el que se extienden escrituras, protocolizaciones y las actas que la ley determina (art. 50 LN). Esta norma incurre en un error, pues en realidad solo son dos los instrumentos susceptibles de ingresar al registro notarial: las escrituras públicas y las actas. La protocolización es la incorporación de un documento determinado en el protocolo del notario, y que se formaliza a través de un acta (art. 64,

informática u otros de naturaleza similar, o para que el registro se efectúe a mano. Téngase en cuenta que la Ley 31338, además, ha modificado el art. 696 CC, para efecto de que el testamento por escritura pública ya no requiera imperativamente que se escriba a puño y letra por el notario, pues, ahora también se permite que se redacte por medio de tecnología informática u otro de naturaleza similar, sin perjuicio de insertar las disposiciones escritas que entrega el testador, lo cual es facultativo.

65, 66 LN)¹²⁵⁷. Es menester precisar que este tomo es aquel que se forma por cada diez registros (quinientas fojas), ordenadas correlativamente según su numeración; de esta forma, es al final del tomo, y no a continuación del acta de protocolización en que se incorporan los documentos. La finalidad de la protocolización no es otra que la custodia y conservación de estos documentos en el archivo del notario, quien luego de ello podrá expedir copias o traslados¹²⁵⁸.

Es curioso señalar que la protocolización de la comprobación del testamento ológrafo debe extenderse en el registro de escrituras públicas, no en el de testamentos (art. 67, 1° LN, en sentido contrario), como debiera ocurrir de *lege ferenda*. Asimismo, para que surta efectos, el testamento ológrafo debe quedar protocolizado en el plazo de un año desde la muerte del testador (art. 707 CC), y, si bien existen posturas que interpretan literalmente esta norma, esto es, que el proceso judicial (no contencioso) de comprobación de testamento ológrafo y la remisión del expediente para efectos de protocolización, debe concluirse estrictamente en el plazo de un año de la muerte del causante, sin embargo, en nuestra opinión esta norma debe entenderse como que el plazo de un año se computa para efectos de la presentación de la demanda o la solicitud ante el juez, luego de lo cual las actuaciones posteriores retrotraen sus efectos hasta esa fecha. La primera tesis, que aquí se niega, implicaría que la eficacia del testamento ológrafo quede sujeto a la simple aleatoriedad consistente en la demora del proceso judicial, con la consiguiente posibilidad de premiar la mala fe de quien lo dilate por no convenirle la comprobación del citado testamento; en tal sentido, la interpretación literal de esa norma conlleva darl valor jurídico a la celeridad o no

1257 Romero Valdivieso, M. (2000), p. 56.

¿Qué pasa cuando un juez ordena el otorgamiento de la escritura pública a favor del demandante? En estos casos, el juez envía el expediente judicial a fin de que el notario transcriba las piezas procesales más importantes en la escritura, pero en ningún caso se remite para efectos de protocolización. Así pues, téngase en cuenta que la protocolización implica la incorporación del instrumento en el protocolo del notario, y del cual ya no puede separarse; en cambio, la remisión del expediente en estos casos se hace exclusivamente para efectos de extender una escritura pública (y no, un acta), luego de lo cual el expediente debe ser devuelto al juzgado a fin de que este continúe con las actuaciones pendientes (por ejemplo: liquidación de costas y costos, etc.): Ibid., p. 55.

1258 Ibid., p. 56.

del aparato judicial, y posibilitar que reine la mala fe, en contradicción a la última voluntad del causante¹²⁵⁹. La interpretación ha recibido consagración en el art. 834 CPC, por el cual se establece que, de rechazarse la solicitud de comprobación del testamento, entonces puede iniciarse un proceso contencioso para ese fin, contándose con el plazo de un año desde que quedó ejecutoriada la resolución del no contencioso, con la finalidad de presentar la nueva demanda. Por tanto, el plazo del Código Civil debe entenderse reformulado a la luz del Código procesal.

Por otro lado, las actas se extienden generalmente para comprobar hechos por parte del notario, y en forma ordinaria son instrumentos extra-protocolares, aunque por excepción pueden incorporarse al protocolo, normalmente para efectos de conservación. Según el art. 50 LN, en el registro de escrituras públicas puede extenderse solamente las actas que señala la ley, sin embargo, la propia Ley del Notariado ha ampliado esta posibilidad, ya que el art. 96 indica que, a solicitud del interesado, los instrumentos extra-protocolares son susceptibles de incorporarse al protocolo notarial.

El registro de testamentos sirve de asiento instrumental para los testamentos en escritura pública (abiertos) o cerrados (art. 67, 1° LN). Se lleva en forma directa por el notario para garantizar la reserva que la ley establece. En el otorgamiento de los testamentos, deben seguirse las formalidades prescritas por el Código Civil y la Ley del Notariado. Algunas de las formalidades impuestas al testamento por escritura pública, no son aplicables al resto de las escrituras públicas, y la razón de ello es muy simple: esas formalidades adicionales están impuestas por la legislación sustantiva (CC), y no por la adjetiva (LN), que se limita a establecer reglas comunes para todas las escrituras públicas. Entre estas formalidades adicionales, se encuentra la intervención de dos testigos instrumentales y la unidad del acto, pero, desde la vigencia de la Ley 31338 (publicada: 11.08.2021) no existe la necesidad de que el testamento sea redactado de puño y letra por el notario, pues se acepta la redacción del texto mediante sistemas mecánicos o computariza-

1259 El plazo de un año para solicitar la comprobación es uno de caducidad, esto es, de inexcusable cumplimiento. Así lo indicaban, ya, antiguas ejecutorias de la Corte Suprema de 26 de abril y 22 de mayo de 1944: Lanatta, R. (1974), p. 134.

dos de escritura; la intervención de dos testigos instrumentales, y la unidad de acto.

El registro de protestos autoriza llevar las actas de protesto de títulos valores, sea por falta de aceptación o por falta de pago. Pueden llevarse registros por separado para títulos valores distintos, con lo cual se hace posible el uso de formatos pre-impresos (arts. 75 y 77 LN), e incluso se permite un registro informático de las actas (D.S. 010-2010-JUS). Sin embargo, la Ley de Títulos Valores establece que, mediante cláusula expresa, se excluya la necesidad del protesto, lo cual se ha generalizado, por lo que este instituto es prácticamente residual, con nula importancia práctica.

El registro de actas de transferencia de bienes muebles registrables permite extender las siguientes actas: a) de vehículos automotores; b) de otros bienes identificables que la ley determine. Las actas podrán constar en registros especializados por razón de los bienes muebles materia de la transferencia y en formularios pre-impresos para tal fin (arts. 78 y 80 LN). Mediante D.S. 036-2001-JUS se estableció que la transferencia de propiedad de vehículos automotores se formaliza, a partir de su vigencia, mediante acta de transferencia de bienes muebles registrables, para efectos de la inscripción (art. 1º). Anteriormente, la formalidad requerida era la legalización notarial de firmas en el contrato privado, pero esta práctica ocasionó constantes problemas de falsificaciones, pues resulta mucho más sencillo falsificar una atestación en documento privado, antes que un instrumento protocolar con mayores garantías de seguridad.

El registro notarial de asuntos no contenciosos hace constar las escrituras públicas, actas y protocolizaciones que dispone la Ley 26662, sobre competencia notarial en asuntos no contenciosos (sucesión intestada, rectificación de partidas, patrimonio familiar, comprobación de testamento cerrado, adopción de persona mayor de edad, inventarios). En el mismo registro, constan las escrituras públicas y actas que se extienden en virtud de la Ley 27157, de Regularización de Edificaciones y la Ley 27333, Complementaria de asuntos no contenciosos, por la cual se documentan las declaraciones de prescripción adquisitiva de dominio y formación de títulos supletorios. Para los asuntos no contenciosos en que deba extenderse escritura pública (por ejemplo: rectificación de partida, patrimonio familiar), entonces resul-

ta preceptiva la minuta autorizada por abogado. Las actas notariales que, además, conllevan la protocolización, son los inventarios y la sucesión intestada (arts. 33 y 43 Ley 26662), mientras la comprobación del testamento cerrado exige la aplicación supletoria del art. 823 CPC¹²⁶⁰.

El registro notarial de garantías y otras afectaciones sobre bienes muebles autoriza extender las actas referidas a los negocios jurídicos sobre garantías mobiliarias y otras afectaciones que señala el art. 32 de la ley 28677. Este registro fue creado por el art. 1º Dec. Sup. 012-2006-JUS, aun cuando la norma se justifique como una “interpretación” del art. 34 de la Ley 28677, sobre Garantía Mobiliaria. Sin embargo, el asunto quedó zanjado cuando la vigente LN (art. 37-f) estableció que uno de los registros es el de “instrumentos protocolares de garantía mobiliaria”, con lo que el primigenio formulario pasó a convertirse en acta protocolar. Por otro lado, llama la atención que el art. 1 D.S. 012-2006-JUS exija que la apertura del registro sea comunicada por el notario¹²⁶¹, cuando esa misma obligación no se presenta en los otros registros.

2.3.3. Acceso público

Uno de los principios del notariado latino es el llamado “secreto del protocolo”, esto es, que las escrituras públicas y actas no pueden ser revistados libremente por cualquier persona, sino exclusivamente por aquellos que demuestren interés legítimo en tomar conocimiento de él. La razón se encuentra en resguardar el secreto profesional, que es una obligación legal del notario, y un derecho del cliente o usuario del servicio notarial. Sin embargo, en el caso peruano, y por vieja tradición histórica, la ley establece que el protocolo notarial es de acceso libre al público, sin necesidad de que se demuestre un interés específico en el contenido del instrumento (art. 93 LN). Esta norma agrega que el conocimiento del protocolo se hará a través de manifestación del documento, lo que implica un contacto directo con él, para lo cual podrá tomarse los apuntes o notas que sean necesarios, aunque, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el usuario no podrá exigir que se le proporcione copias simples o testimonios mediante foto-

¹²⁶⁰ Romero Valdivieso, M. (2001), p. 58.

¹²⁶¹ Rojo, Á. (1999a), T. I, pp. 234-239.

copias del documento para evaluar la certeza de las firmas (STC N° 03025-2014-PHD/TC, N° 01358-2021-PHD/TC), sin embargo, ello es claramente erróneo, pues, en este caso, el derecho de acceso al archivo corresponde a los usuarios, quienes, por tanto, pueden exigir la entrega de copias simples, en concordancia con la Ley 27806, o de testimonios fotocopiados para evaluar las firmas de las partes.

La excepción del acceso público opera en el registro de testamentos, cuyo carácter es reservado, en tanto el notario está prohibido de informar o manifestar el contenido o la existencia de los testamentos, mientras viva el testador. Esta reserva no se aplica cuando el pedido lo hace el mismo otorgante (art. 72 LN), y en todo caso, el secreto cesa definitivamente con su muerte, para lo cual el notario exigirá el certificado de defunción (art. 71 LN).

Es dudoso si el usuario está obligado a sufragar honorarios por la manifestación que se le haga del contenido del protocolo notarial, o se trata de un servicio gratuito. La respuesta, en nuestra opinión, es negativa, pues la libre manifestación de los instrumentos es un derecho irrestricto de cualquier persona, por lo no es exigible remuneración alguna. Sin embargo, en los casos de abuso, esto es, cuando una persona, por ejemplo, pretenda pasarse el día entero “revisando el protocolo notarial”, sin ninguna limitación de tiempo, entonces cabe establecer restricciones o limitaciones temporales que se funden en la razonabilidad, pues lo contrario permitiría desorganizar la gestión y administración de la oficina notarial.

Es bueno mencionar que nosotros hablamos expresamente de “acceso público del protocolo”, y no de “publicidad del protocolo”, para evitar lamentables confusiones con respecto de la publicidad registral. En efecto, el protocolo del notario es un archivo ordenado y cronológico de instrumentos, cuya función es recibir los actos y contratos autorizados por el notario, por ello, la documentación de un acto jurídico en el protocolo notarial no le otorga la publicidad propia del registro, ni la oponibilidad frente a terceros, pues resulta impensable que los ciudadanos tengamos la obligación de revisar todos los protocolos notariales con el fin de tomar conocimiento de algún acto. Por tanto, el protocolo es un archivo que puede ser revisado por cualquiera (por ser de libre acceso), pero que no genera oponibilidad ni preferencia registral.

2.3.4. Traslados

Los traslados son copias certificadas de los instrumentos protocolares que el notario ha autorizado en el ejercicio de su función, por tanto, si la escritura pública original queda definitivamente incorporada al protocolo notarial, entonces se hace necesaria su reproducción literal autenticada, a efecto de que los interesados puedan hacer valer sus derechos con un documento que tenga el mismo valor jurídico que el original. Este es uno de los principios del notariado latino, en el sentido que las copias autenticadas tienen idéntico valor probatorio que la escritura, con el fin de aportarlas en sede judicial o extrajudicial. Los traslados reconocidos por la ley son el testimonio, los partes y la boleta, pero no resulta exigible la expedición de copias simples, en virtud de las lamentables STC N° 03025-2014-PHD/TC, N° 01358-2021-PHD/TC, conforme se explica en el acápite anterior.

El testimonio contiene la transcripción íntegra del instrumento protocolar, con la fe que da el notario de su identidad con la matriz, la indicación de la fecha y foja donde corre, la constancia de encontrarse suscrito por los comparecientes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas y expedido con sello, signo y firma, con la mención de la fecha en que se expide (art. 83 LN). Este traslado también puede emitirse en formato digital cuando se cumpla la ley de la materia (art. 86 LN, modificado por D.L. 1232).

El parte es también una transcripción íntegra del instrumento protocolar, pero con la particularidad de que va dirigida al registro para su inscripción. Aquí también el notario da fe de la identidad con la matriz, la constancia de encontrarse suscrito por los comparecientes y autorizado por él, rubricado en cada una de sus fojas expedido con su sello y firma, con la mención de la fecha en que se le expide (art. 85, 1° LN). Cuando se trata de formato papel, el D.L. 1232 agrega un último párrafo en el art. 85: “el parte debe constar en papel notarial de seguridad que incorpore características especiales que eviten la falsificación o alteración de su contenido”, lo que aún se desconoce cómo podrá cumplirse, máxime porque el tipo de papel lo determinan los propios notarios mediante la Junta de Decanos¹²⁶².

1262 14° DCTF-LN, incorporada por el D.L. 1232: “El papel notarial de seguridad para la expedición del parte, a que se refiere el artículo 85° de la presente ley, deberá ser de uso uniforme

Por último, la boleta es un resumen del instrumento protocolar, o la transcripción de las cláusulas o términos que el interesado solicita, con la designación de los otorgantes, naturaleza del acto jurídico, fecha y foja donde corre, y la constancia de encontrarse suscrito por los comparecientes, con la respectiva autorización por el notario, rubricado en cada una de sus fojas expedida con sello y firma, con la mención de la fecha en que se expide. El notario, cuando lo considere necesario, agregará cualquier referencia que dé sentido o complete la transcripción solicitada (art. 84 LN). Este traslado también puede emitirse en formato digital cuando se cumpla la ley de la materia (art. 86 LN, modificado por D. L. 1232).

La antigua ley del notariado (de 1911) señalaba la obligación de numerar los testimonios que se iban entregando, lo que exigía que el notario haga las atestaciones respectivas en la escritura matriz respecto de cada testimonio expedido. Esta formalidad no se mantiene en la nueva ley, y esta solución debe juzgarse favorablemente, pues la indicación del número de testimonio, en la hora actual, resulta superflua y sin ningún fundamento. La antigua obligación se explica en los ordenamientos jurídicos en donde el protocolo es secreto, y los terceros solo pueden acceder a un traslado cuando tengan un específico interés para consultarlo, por lo que se hace necesario llevar un control riguroso respecto de los testimonios expedidos, el nombre del solicitante y el interés justificativo para ello. Sin embargo, tal formalismo resulta innecesario cuando el protocolo es de libre acceso, como en nuestro caso.

Los traslados notariales (testimonio, boleta, parte) pueden expedirse, a elección discrecional del notario, a través de manuscrito, mecanografiado, copia fotostática o por cualquier medio idóneo de reproducción (art. 86, primer párrafo LN), pero, en caso de que el interesado requiera uno de los mecanismos, entonces debería aceptarse el pedido, pues, finalmente, el acceso a los archivos es derecho del usuario, no del notario, sin embargo, la STC N° N° 01358-2021-PHD/TC declara infundada una demanda de habeas data que pretendía exigir la entrega de un testimonio fotocopiado, y, ello con el atendible interés de evaluar la autenticidad de las firmas.

a nivel nacional y de aplicación a partir del 1 de abril de 2016. La Junta de Decanos del Colegio (sic) de Notarios del Perú determinará las características especiales del papel notarial de seguridad y demás acciones necesarias destinadas a su implementación”.

Es bueno mencionar que el instrumento protocolar consta en soporte papel con firma manuscrita o autógrafa, pero los distintos traslados (copias) pueden extenderse en soporte electrónico, por lo que constituyen documentos electrónicos¹²⁶³, que en principio solo tienen carácter privado, carentes de certeza, sin embargo, los traslados notariales son instrumentos públicos, por lo que se necesita dotarles de autenticidad¹²⁶⁴, por lo que, tratándose del soporte virtual, se necesita la certificación de la firma digital, que requiere de entidades certificadoras que se basan de claves privadas y públicas¹²⁶⁵. La Ley N° 27269, modificada por la Ley N° 27310, y reglamentada por el D.S.

1263 Los documentos electrónicos tienen dos características: "1) están plasmados en un alfabeto técnico y preciso, capaz de describir la realidad, y 2) están representados en una superficie física (magnética o digital). Por consiguiente, ello nos debe llevar a concluir que todos los documentos electrónicos son documentos escritos si bien el lenguaje empleado en dicha escritura no es un lenguaje humano, sino informático (código binario) y los instrumentos gráficos no son la pluma o el bolígrafo sino el teclado o la pantalla del ordenador": Ortega, J. (2010), p. 67.

1264 "Tradicionalmente, en una cultura jurídica apegada al papel, la firma manuscrita ha gozado de una reputación y de un prestigio extraordinarios. La fiabilidad absoluta, que tradicionalmente se liga a la firma manuscrita, no tiene parangón con otros tipos de firma realizados con el concurso de medios técnicos, que persiguen el cumplimiento de los mismos fines pero con mayor grado de seguridad y de fiabilidad. No en vano, la firma manuscrita tradicional presenta riesgos obvios que son minimizados por ese aprecio social": Ibid., pp. 84-85.

1265 El sistema opera de la siguiente forma: "mediante el uso de las dos claves, el emisor de un mensaje aplicará al mismo su clave privada emitiendo el mensaje cifrado a su destinatario que, al recibirlo, aplicará sobre él la clave pública del emisor, descriptando el texto y haciéndolo legible. Así, al tornar legible un mensaje aplicando el destinatario la clave pública del emisor, el receptor del mensaje se beneficia de las funciones que cumple la criptografía asimétrica: 1. El emisor queda perfectamente identificado (identificación). 2. Obtiene la seguridad de que el mensaje fue emitido y firmado por el poseedor de la clave privada que corresponde a la clave pública (autenticación). 3. Obtiene seguridad de que el mensaje no ha sido alterado, pues de haberlo sido, el mensaje hubiera resultado ilegible (integridad). 4. Desaparece la posibilidad de que el emisor niegue la autoría de la firma, pues si es posible descriptar el mensaje mediante la clave pública, es evidente, muy fácilmente demostrable, que el mensaje fue firmado mediante la clave privada que únicamente posee el emisor (no repudio). 5. Tanto el emisor como el receptor obtienen un altísimo grado de confidencialidad, sin necesidad de intercambiar claves con anterioridad. Esto es especialmente importante en canales de comunicación inseguros, como internet, y, en general, en todas las redes telemáticas abiertas (confidencialidad). Al firmar un documento electrónico mediante criptosistema asimétrico, tanto el emisor como el receptor tendrán la seguridad de que solo ellos podrán conocer el contenido del mensaje": Ibid., pp. 99-100.

052-2008-PCM, regula la firma y certificados digitales¹²⁶⁶; mientras el D.L. 681 establece normas sobre uso de tecnologías avanzadas en archivo de documentos e información. El D. L. 1232 ha introducido el siguiente párrafo: “Los testimonios, las boletas y los partes expedidos (...) en el caso de remitirse en formato digital, deberán, además, cumplir con las condiciones y requisitos de la ley de la materia”, lo cual significa que, en efecto, deberá aplicarse

1266 Art. 1º Ley 27269: La presente Ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad. Entiéndase por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una finca manuscrita.

Art. 2º Ley 27269: La presente ley se aplica a aquellas firmas electrónicas que, puestas sobre un mensaje de datos o añadidas o asociadas lógicamente a los mismos, pueden vincular e identificar al firmante, así como garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos.

Art. 3º Ley 27269: La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.

Art. 4º D.S. 052-2008-PCM: Los documentos electrónicos firmados digitalmente dentro del marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica deberán ser admitidos como prueba en los procesos judiciales y/o procedimientos administrativos, siempre y cuando la firma digital haya sido realizada utilizando un certificado emitido por una Entidad de Certificación acreditada en cooperación con una Entidad de Registro o Verificación acreditada, salvo que se tratara de la misma entidad con ambas calidades y con la correspondiente acreditación para brindar ambos servicios, asimismo deberá haberse aplicado un software de firmas digitales acreditado ante la Autoridad Administrativa Competente. Esto incluye la posibilidad de que a voluntad de las partes pueda haberse utilizado un servicio de intermediación digital.

La firma digital generada en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica garantiza el no repudio del documento electrónico original. Esta garantía no se extiende a los documentos individuales que conforman un documento compuesto, a menos que cada documento individual sea firmado digitalmente.

La comprobación de la validez de un documento firmado digitalmente se realiza en un ambiente electrónico aplicando el software de verificación de la firma digital. En caso de controversias sobre la validez de la firma digital, el juez podrá solicitar a la autoridad administrativa competente el nombramiento de un perito especializado en firmas digitales, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 252º, 264º y 268º del Código Procesal Civil. Si el documento firmado digitalmente se ha convertido en una microforma o microarchivo, el notario o fedatario con diploma de idoneidad técnica vigente cumplirá con las normas del Decreto Legislativo N° 681 y cuidará de cumplir aquellas normas pertinentes de la ley y de este reglamento.

las seguridades propias de la normativa de firma digital. Esta fórmula tiene el propósito de validar los traslados digitales que se presentan en el registro para la inscripción de actos y contratos, con lo cual se evita la remisión informática de los partes y la posterior regularización con papel firmado y sellado, en tanto la versión digital del traslado carecía de base legal.

Por último, si el instrumento protocolar no está suscrito por todos los comparecientes, entonces el notario se encuentra prohibido de expedir traslados. Es obvio que mientras no se completen todas las firmas del instrumento, este se encuentra incompleto, por consiguiente, carece de eficacia jurídica. En tal caso, el notario podrá expedir una certificación especial en la cual se deje constancia que el instrumento ha sido extendido, pero que no ha sido suscrito (art. 90 LN).

2.3.5. Destrucción total o parcial del protocolo

La ley del notariado contiene una regulación insuficiente para los casos en los que el protocolo ha sufrido destrucción, deterioro o sustracción (art. 49), pues no se establece un procedimiento específico para reponer el instrumento. La norma se limita a decir que el notario podrá solicitar al Colegio respectivo, la autorización para la reposición.

El primer defecto de esta norma es que solo se pone en el caso de destrucción o pérdida de un instrumento aislado, y no del protocolo entero o de una parte de él. Así, pues, la reposición de un instrumento aislado no parece un problema demasiado complicado si es que ya se extendieron traslados o constan inscripciones registrales; pero el tema se agrava si se trata de la reconstrucción de uno o varios tomos de escrituras públicas. Sin embargo, sobre este punto, que es el más problemático, hay silencio absoluto, aunque bien podría pensarse que esta norma también es aplicable para este caso, pues existe identidad de razón entre la destrucción de un instrumento y la destrucción de un conjunto numeroso de instrumentos.

El segundo defecto de la norma se encuentra en que no establece un procedimiento riguroso para la reconstrucción, pues se limita a señalar la necesaria solicitud del notario y la consiguiente autorización del Colegio respectivo. Pero, ¿cuál es el procedimiento para dar por respuesto un instrumento?, ¿qué pruebas son aceptables?, ¿se necesita un contradictorio o es

procedimiento inquisitivo? La verdad es que las dudas deben resolverse a la luz de las reglas generales del procedimiento administrativo, con todas las garantías de audiencia, bilateralidad, igualdad, razonabilidad y decisiones motivadas y fundadas en derecho.

La importancia de validar un instrumento que ya se perdió es de tal magnitud, que en muchas legislaciones se establece que ese efecto solo se logra con el pronunciamiento judicial. En nuestro país, seguro por un exceso de flexibilidad, se permite que la autorización sea prestada por el Colegio notarial. En el Derecho comparado se arbitran procedimientos de reposición y reconstrucción con mucho detalle, y con amplias garantías para los interesados. Así, por ejemplo, en el Derecho español, se establece la visita de un delegado del Colegio notarial para dejar constancia de la situación, inicio de procedimiento con citación a los interesados, actuación de prueba, remisión del expediente al juez y auto judicial que ordena la reposición¹²⁶⁷. En el caso argentino, la regulación también es similar, pues se exige citación y audiencia de los interesados, y posteriormente orden judicial. En cualquier hipótesis, la reconstrucción se basa en la existencia de una copia que permita conocer el contenido del instrumento¹²⁶⁸.

En tercer lugar, no pueden igualarse las distintas hipótesis que se mencionan en el artículo 49 de la ley, pues una cosa es el deterioro del instrumento (que sí permite conocer el contenido), y otra cosa muy distinta es la destrucción o sustracción del instrumento (que puede dificultar en gran medida o imposibilitar el conocimiento del acto documentado)¹²⁶⁹.

1267 Ávila, P. (1990), pp. 179-180.

1268 Sobre la prueba que se requiere para validar una copia, la doctrina dice: "La renovación o reposición de escrituras exige, además, el concurso de las dos condiciones siguientes: a) que la copia no esté raída, ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente. En otros términos, es necesario que se encuentre en condiciones regulares y que sea claramente legible. Esta condición la establece en términos literales el art. 1011 y lo único que debemos agregar es que los términos: lugar sospechoso, deben entenderse en el sentido de partes esenciales, como la fecha, nombres, cualidades, cosas, etc., naturalmente siempre que las borraduras no estén salvadas al final de la escritura (arts. 989 y 1001); b) la segunda condición es que la copia que se trata de renovar o reponer haya sido expedida en forma legal": Mustapich, J. (1955), T. I, p. 439.

1269 Un ejemplo de las dificultades prácticas en la aplicación de esta norma se encuentra en el siguiente caso real: se extendió una escritura pública en donde debían concurrir

2.4. Archivo notarial

El archivo notarial está integrado por los siguientes libros y/o documentos (art. 81 LN):

- a) Los registros que lleva el notario: de escrituras públicas, de testamentos, de actas de protesto, de actas de transferencia de bienes muebles registrables, de asuntos no contenciosos, de actos de garantía mobiliaria, que deben estar encuadernados y empastados.
- b) Los tomos empastados de las minutas que hayan servido para extender las escrituras públicas.
- c) Los documentos protocolizados.
- d) Los índices que señala la ley.

El notario llevará índices cronológico y alfabético de los distintos registros de instrumentos protocolares (escrituras públicas, testamentos, actas de transferencia, actos de garantía mobiliaria y asuntos no contenciosos), pero en el caso del registro de protestos solo se lleva índice cronológico (art. 91 LN), que puede constar en formato informático. El índice consignará los datos necesarios para individualizar el instrumento, y, de esa forma, permitir su rápida ubicación en el protocolo. Los índices se documentan en tomos, hojas sueltas que luego se encuadernan y empastan o, alternativamente, mediante archivos electrónicos, siempre y cuando, en este último caso, la información sea tratada mediante las normas reguladoras de ley de firmas y certificados digitales.

varios otorgantes; uno de ellos firma el instrumento pero luego realiza un garabato a fin de "anular" su firma y con ello pretender inutilizar el documento; el notario la solicitó autorización de reposición al Colegio de Lima, en el entendido que se había producido un deterioro, y con lo cual se busca una declaración oficial referida a que la firma primigenia se mantiene inalterable. Ante la solicitud, el Colegio responde que no era procedente la reposición por cuanto todavía no se había completado la firma de todos los otorgantes y, por ende, *"todavía no existía un instrumento notarial perfecto y eficaz"*. Esta solución, pegada a la letra de la ley, no puede compartirse, pues las normas de reconstrucción están pensadas para salvar un instrumento como tal, y al margen del acto sustantivo que en él se contenga. Por lo demás, téngase en cuenta lo baladí del argumento referido a que *"hoy no procede la reconstrucción, pero sí mañana cuando se hayan completado todas las firmas"*.

3. ESCRITURA PÚBLICA: INSTRUMENTO NOTARIAL PROTOCOLAR MÁS CARACTERÍSTICO

3.1. Aspectos esenciales

La escritura pública, sin lugar a duda, es el instrumento notarial por excelencia, pues, en él se conjugan todas las ventajas de la actividad notarial, entre ellas, la certeza de hechos o actos, el consentimiento informado, la evaluación de la legalidad, así como la seguridad que otorga un documento protocolar.

3.1.1. Definición y caracteres

El art. 51 LN señala que la escritura pública es todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por notario, y que contiene uno o más actos jurídicos. La sencilla definición legal reúne todas las características que normalmente se reconoce a la escritura en doctrina: (i) Instrumento típicamente notarial; (ii) Carácter protocolar; (iii) Los otorgantes expresan una declaración de voluntad, por la cual disponen de sus propios intereses con efecto jurídico.

3.1.2. Función: ¿representativa o constitutiva del acto jurídico?

La escritura pública permite la coexistencia de dos planos, teóricamente separables: el plano del *negocio*, que pertenece al derecho sustantivo; y el plano del *instrumento*, que pertenece al derecho notarial, pero ambos se encuentran entrelazados¹²⁷⁰, aun cuando la explicación teórica es diferente; por un lado, se dice que la escritura pública se construye bajo la idea de “representación” de un acto; por el otro, se sostiene que el documento es la “constitución” de ese mismo acto.

La tesis representativa considera que el acto jurídico es el hecho de la vida, mientras el instrumento es la representación de ese hecho. Es el caso, por ejemplo, de un lienzo que busca reproducir algún paisaje o panorama, en donde el primero es objeto representativo y el segundo es objeto representado, pero el lienzo nunca podrá identificarse con la realidad. En tal sentido, el notario fabrica un instrumento que representa el negocio jurídico o contrato, que sirve para hacer perdurable ese hecho. El *actum* comprende las situacio-

1270 Cit. Vallet, J. (1984), pp. 313 ss.

nes, hechos, actos o contratos de la vida jurídica; mientras que el *dictum* es el documento representativo que puede contener la simple narración de un hecho o ser expresivo de un negocio jurídico¹²⁷¹. La conclusión, entonces, es que el documento escrito es “prueba” del acto, pero no es el acto, pues, en el mejor de los casos, es su representación con fines probatorios.

Por tal motivo, la tesis del *actum/dictum* es errónea, pese a su fuerza persuasiva, casi poética, además de la poderosa influencia de su más importante propugnador: Carnelutti. No obstante, luego de un estudio profundo y riguroso sobre el tema, no queda otra alternativa que rechazar tesis del documento como objeto representativo, y sustituirla por aquella de la función constitutiva. Las razones son de mucho peso, tanto desde el derecho positivo, como desde la teoría del lenguaje¹²⁷²:

En primer lugar, la tesis representativa presupone que la declaración de voluntad verbal es la única “verdad” reconocida por el sistema jurídico, mientras el documento escrito es un simple objeto material, que constituye la representación del anterior, pero no constituye el acto en sí, que es enteramente verbal¹²⁷³. Esta concepción es fácilmente rebatible, pues el derecho civil reconoce, cómo no podía ser de otra manera, que las formas del acto jurídico operan mediante el lenguaje verbal y el escrito (art. 141 CC), y no solo con el primero. Por tanto, no es aceptable que el instrumento sea la mera “representación” del acto verbal, en cuanto el escrito también es una fórmula válida para manifestar la voluntad, por sí misma. Los sujetos que comparecen ante el notario prestan su consentimiento sustancial con la firma del instrumento, por tanto, hacen uso del documento público como expresión del pensamiento con significado jurídico sustancial, sin que se trate de una

1271 En el *actum*, el notario interviene para recibir las declaraciones de voluntad, pero con una previa labor de consejero y previsor de las consecuencias jurídicas del negocio. En lo que se refiere al *dictum*, el notario es el protagonista por ser el narrador del *actum*; es decir, en el *dictum*, el notario asume la autoría del documento, con las siguientes reglas: i) En la esfera de los hechos, el notario narra fielmente lo que oye y percibe por sus sentidos. ii) En la esfera negocial o contractual, el notario recoge con autenticidad las declaraciones de voluntad de los otorgantes: *Ibid.*

1272 Las ideas que se exponen en el presente acápite han sido extraídas de la obra fundamental de: Rodríguez Ádrados, A. (1996), T. III, pp. 173-182.

1273 Es la posición de Carnelutti, citada en: *Ibid.*, pp. 174-175.

simple declaración administrativa frente a la autoridad en la que solo se repite mecánicamente el acto previo. En tal contexto, la escritura implica el otorgamiento de un acto jurídico con forma pública escrita, por lo que, si hubo voluntad previa en documento privado (por ejemplo, la minuta), entonces la escritura constituye una renovación del consentimiento (“*renovatio contractus*”, en palabras de Nuñez Lagos), es decir, se trata de un “nuevo contrato”, que no solo reafirma el anterior, con las mismas o diferentes cláusulas, sino que lo hace en forma pública, con mayores garantías y eficacia¹²⁷⁴. En efecto, el art. 59º-c LN señala que los otorgantes “ratifican” el acto, lo cual implica prestar nuevamente su consentimiento, con lo cual se origina un nuevo contrato, pero en forma pública. La escritura, como acto jurídico formal, no puede coexistir con otro acto jurídico del mismo contenido, pero informal, pues ello significaría que hay dos contratos sobre el mismo contenido, vigentes simultáneamente, lo que es una contradicción¹²⁷⁵. Por tanto, la única solución lógica es que el segundo acto, formal, subsuma al primero, que deja de tener vigencia. Así como no hay dos leyes iguales, tampoco hay dos contratos idénticos, por una obvia cuestión de imposibilidad jurídica. Por tanto, es incorrecto afirmar que “la escritura formaliza la minuta”, con lo cual la preponderancia la tendría el acto informal, que asumiría el carácter

1274 “el contrato reproductivo implica, por voluntad de las partes, una fusión de los materiales del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimientos y una refundición de las declaraciones de voluntad. Hay una *renovatio contractus* integral. El contrato segundo, o contrato reproductivo, es un soporte de la completa voluntad contractual, en absoluto independiente del acuerdo primario. La construcción dogmática del contrato reproductivo la deriva Degenkolb de una imagen comparativa con el derecho público: el contrato reproductivo viene a ser, respecto de los acuerdos anteriores, como el texto refundido de una ley”: Nuñez Lagos, R. (1945), p. 18.

1275 “Lo interesante de la investigación de Degenkolb es la posibilidad jurídica de manipular la materia o contenido contractual del primer acuerdo, y volver a moldearlo y fundirlo en una *renovatio contractus*, que es un contrato nuevo, y por tanto, de efectos constitutivos o dispositivos. Pero esto, que se produce o no se produce, según la voluntad de las partes, en la contratación privada, acontece necesariamente cuando el contrato lo redacta un notario. (...) El notario moldea y da forma a la materia contractual, y las partes tienen que prestar consentimiento de nuevo ante el notario. Es una *renovatio contractus*, causada por la intervención de un funcionario público aplicando preceptos de carácter formal. No es un problema de mera interpretación de voluntad, sino de aplicación de normas de carácter adjetivo. Y en todo caso de documentación de un verdadero contrato reproductivo, según Degenkolb, estamos en presencia de documentos dispositivos (o constitutivos), no de documentos probatorios”: *Ibid.*, p. 19.

dominante; por el contrario, es correcto sostener que “la escritura pública renueva el consentimiento de la minuta”, es decir, el nuevo acto supera o sintetiza en algo distinto -según la terminología de Hegel- el viejo acto¹²⁷⁶. Una interpretación diferente, por la cual la escritura repite mecánicamente la minuta, tendría como resultado que la “verdadera voluntad” es la prestada en el documento privado, pues el acto notarial no sería otra cosa que una repetición burocrática de lo anterior. Así, el instrumento público se convertiría en un accesorio del instrumento privado, lo que no parece aceptable. Por tanto, la mejor solución pasa por considerar que la comparecencia ante notario exige prestar un nuevo consentimiento, renovando el anterior, pero en forma pública, con mayor eficacia.

En segundo lugar, el lenguaje escrito es el mecanismo más perfeccionado para expresar el pensamiento, de manera fija, segura, perdurable y con máxima precisión, es mediante la escritura¹²⁷⁷; en consecuencia, las relaciones jurídicas, cada vez más complejas, no podrían subsistir con el inestable lenguaje verbal. Por lo demás, recuérdese que la escritura dio origen a la historia, la literatura, el conocimiento¹²⁷⁸, por lo que es parte inseparable de

1276 “El problema de la *renovatio contractus* debe ser examinado, al menos, desde dos puntos de vista. El primero lo constituye la hipótesis de redacción de un documento en el que plasma un anterior contrato verbal no documentado. En este caso entendemos que la documentación constituye un nuevo contrato que asume respecto del anterior un papel novatorio. La anterior reglamentación de intereses que quedó establecida verbalmente queda sustituida por la reglamentación de intereses plasmada en el documento. El documento nova el acuerdo verbal. Si el contenido del uno y el otro son idénticos, la documentación constituirá un contrato meramente declarativo o un contrato de fijación. Si la documentación modifica el acuerdo anterior nos encontraremos en presencia de un negocio dispositivo respecto de la situación reglamentada”: Díez Picazo, L. (1995), T. I, p. 260.

1277 “Las tecnologías no son solo recursos externos, sino también transformaciones interiores de la conciencia, y mucho más cuando afectan la palabra. Tales transformaciones pueden resultar estimulantes. La escritura da vigor a la conciencia. La alienación de un medio natural puede beneficiarnos y, de hecho, en muchos sentidos resulta esencial para una vida humana plena. Para vivir y comprender totalmente, no necesitamos solo la proximidad, sino también la distancia. Y esto es lo que la escritura aporta a la conciencia como nada más puede hacerlo. Las tecnologías son artificiales, pero, -otra paradoja- lo artificial es natural para los seres humanos. Interiorizada adecuadamente, la tecnología no degrada la vida humana sino por el contrario, la mejora”: Ong, W. (2011), p. 84.

1278 Rodríguez Ádrados, A. (1996), p. 169.

la cultura humana de los últimos 5,000 años. El lenguaje oral nace espontáneamente, por lo que se aprende en la vida simple en comunidad; en cambio, el lenguaje escrito, por su carácter de tecnología, es artificial, por lo que necesita aprenderse y estudiarse, pero permite que el hombre arribe a nuevas cotas. En tal sentido, la tesis representativa del documento conlleva que los actos jurídicos son verbales, mientras los escritos son la prueba de los actos; en consecuencia, sigue una ruta antihistórica, en tanto pretende “oralizar” la vida contractual, lo que es incompatible con relaciones dinámicas y cada vez más complejas, pues el avance que representa la escritura se perdería frente a la inestabilidad de la tradición oral¹²⁷⁹. En suma, los actos y las relaciones jurídicas se configuran, fundamentalmente, por el lenguaje escrito, que sirve para que los individuos expresen su pensamiento con relevancia jurídica, utilizando los signos lingüísticos tangibles (grafía) que permiten la fijación segura de la idea en un texto, y la perduración de los relatos con fines de continuidad histórica¹²⁸⁰. Por tanto, debe rechazarse la tesis que propugna la función representativa del instrumento, reemplazándola por la de la función constitutiva, por cuya virtud, también el lenguaje escrito es la forma de expresar el pensamiento con relevancia jurídica, con lo cual se constituye o nace el acto jurídico; es decir, a partir de la firma, o huella, el individuo asume la paternidad del escrito con efectos jurídicos, pues, de esa manera, se manifiesta eficazmente la voluntad propia, en concordancia con los arts. 140 y 141 CC; por tanto, el acto nace directamente con la voluntad escrita, y no solo con la voluntad verbal “representada” en el escrito.

1279 Imagínese un contrato de concesión, de cincuenta o cien páginas, que se otorgue verbalmente, por lo que su recuerdo debería conservarse por tradición oral, pero ello daría lugar a infinidad de litigios.

1280 “El lenguaje desempeña una función del instrumento del pensamiento mismo, y no ya de su exteriorización, ya que ‘el pensamiento -mejor diríamos la intención de pensamiento-busca expresarse en palabras y con ello hacerse realmente pensamiento’ (Alonso), y esta función instrumental del pensamiento la cumple el lenguaje escrito con mayor perfección, pues, debido a aquel factor tiempo y a las posibilidades que encierran el borrador y las repetidas lecturas y enmiendas en busca de la expresión precisa, permite una fineza que no puede alcanzar la palabra; sin mengua de su función receptiva, sino todo lo contrario, ya que también el destinatario puede tomarse todo el tiempo que quiera para acabar de comprender el sentido de lo escrito, disminuyendo el riesgo de falsas interpretaciones”: Rodríguez Ádrados, A. (1996), p. 176.

Este cambio de perspectiva, realmente notable, produce importantes consecuencias:

Primero, cuando se actúa por medio de apoderado, la representación debe subsistir hasta el momento en que se renueva el consentimiento ante notario (art. 59º-j LN), pues se trata de un nuevo acto jurídico. Por el contrario, si la voluntad en la escritura fuese meramente “administrativa”, pues repite lo previo, entonces la vigencia del poder solo debería subsistir hasta el instrumento privado.

Segundo, el notario debe examinar la capacidad de los otorgantes en el momento del acto notarial, pues aquí se emite un nuevo consentimiento sustancial, pero en forma pública (art. 59º-j LN). En cambio, si la voluntad preponderante fuese simplemente la de la minuta, entonces nada agregaría que el sujeto sea capaz o no en el momento del acto notarial.

Tercero, la renovación del consentimiento hace que el segundo acto supere al primero, dejándolo sin efecto, pero ello permite plantear la siguiente interrogante: ¿qué pasa si la escritura pública es declarada nula? En tal caso, la escritura no existe, al igual que el acto entrelazado con ella; pero tampoco quedan rastros del acto privado, que fue superado por el acto público; por tanto, ¿la nulidad del acto escriturado arrastra la nulidad del acto en minuta? En este caso, no se aplica el art. 225 CC, por el cual, la nulidad del documento no conlleva la nulidad del acto, pues ello solo aplica cuando el documento es probatorio, y no la forma misma de la manifestación de voluntad, por lo que, al no haber documento, entonces no hay declaración alguna. Sin embargo, fuera de la norma citada, puede encontrarse la solución, pues si la escritura es “acto de renovación del consentimiento”, que supera un acto anterior, entonces la nulidad del segundo acto implica la reviviscencia del primero (art. 1287 CC); por tanto, la nulidad de la escritura da lugar a la vigencia de la minuta, pero no por aplicación del art. 225 CC, que convertiría a la escritura pública en mero documento probatorio, sin sustantividad propia, sino por efecto del fundamental art. 1287: “*Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive*”¹²⁸¹. No siempre se considera por

1281 “El supuesto del artículo 1287 del Código Civil es que la obligación originaria fuese válida y que se le novara por una obligación que adoleciera de vicio de nulidad absoluta. En tal

la doctrina que una hipótesis de renovación contractual pueda identificarse con la novación, pero aun cuando no fuera así, igual la norma sería aplicable por tratarse de la expresión, en caso concreto, del principio general por el cual la nulidad del acto derivado conlleva la validez del acto primario¹²⁸².

Cuarto, una hipótesis comprometida es la del pacto privado que obliga a las partes al otorgamiento de escritura (art. 1412), lo que genera dudas, pues una obligación es incompatible con el acto de voluntad. Sin embargo, la regulación de los contratos preparatorios (arts. 1414 y ss. CC) permite deducir que es posible que un segundo contrato surja de una obligación previa nacida de un primer contrato¹²⁸³, que es precisamente una hipótesis análoga a la obligación de escriturar, solo que en este caso no se origina un contrato distinto y definitivo, sino un contrato idéntico o casi idéntico, en el que se ha producido la renovación del consentimiento para fijar el contenido del acto en forma pública¹²⁸⁴.

caso, siguiendo el razonamiento que aducimos al referirnos al artículo 1286 del Código Civil, diríamos que se pretende cambiar algo por nada, razón por la cual se entiende que no se habría producido novación alguna. Sin embargo, no es como señala el Código, que la obligación primigenia 'reviva', sino más bien que 'nunca murió', ya que la segunda obligación, al ser nula, no fue capaz de 'matarla' y de operar una novación, razón por la cual el empleo del término 'revive' podría prestarse a confusiones. Consideramos necesario precisar que la palabra *revive* empleada por el Código Civil es una de uso común, mas no técnico, razón por la cual sugeriríamos usar la expresión 'seguirá surtiendo efectos', pues de ello se trata justamente el problema": Osterling, F. & Castillo, M. (2014), V. IV, pp. 1653-1654.

1282 "La historia y la doctrina están de acuerdo en que a toda obligación que se le amplía su esfera de efectividad o vigencia se la convierte en obligación nueva. Así ocurría en Roma con la stipulatio que agregaba un aliquid novum una utilitas a un contrato precedente. El otorgamiento de una cautio interrumpía la prescripción y se interpretaba como un reconocimiento o repetición de la deuda antigua": Núñez Lagos, R. (1945), p. 38.

1283 "La obligación legal o contractual de otorgar escritura pública contiene una prestación de hacer (comparecer ante notario y observar con él una determinada conducta) (...) Por la ley, tienen que someterse a la legislación notarial para lograr la escritura pública. De donde resulta que la conducta que a los otorgantes exige la legislación notarial constituye parte integrante de la prestación de hacer escritura pública, porque, sin tal conducta, el notario, no solo no puede, sino que debe, negar su ministerio": Ibid., p. 30.

1284 "Y no cabe duda que en el otorgamiento de la escritura pública juega un papel preponderante el elemento volitivo de las partes, pues la obligación de otorgar escritura pública es común a las mismas y no privativa de una sola de ellas, y la legislación notarial exige expreso consentimiento de las partes en el acto y para el acto de otorgamiento. Como negocio de cumplimiento, la escritura pública es, como todo negocio de pago, un negocio dispositivo, un documento dispositivo": Ibid., pp. 31-32.

Quinto, la renovación del consentimiento en forma pública exige que el contrato en documento privado quede subsumido en el nuevo, que es el único subsistente. La minuta, entonces, sería reafirmada en acto público, por lo que pasaría a convertirse en el contenido del único contrato subsistente, en forma pública, por lo que el acto privado dejaría de existir. Esta situación ha llevado a plantear que el otorgamiento de la escritura implica automáticamente que todos los acuerdos verbales o en documento privado, que fueron el sustento del posterior acto notarial, quedasen sin efecto; por tanto, la escritura derogaría los pactos privados de los individuos, sea que consten en minuta o de otra forma. Los grandes notarialistas españoles han sostenido enfáticamente este efecto, aunque tal posición nunca ha ocupado la posición de doctrina predominante. En nuestro país, no cabe duda, por los fundamentos antes expuestos, que el acto privado contenido en la minuta queda superado y sintetizado por el acto público de la escritura, pero no parece tan fácil llegar a la conclusión de que todos los pactos privados de las partes, extra minuta, quedan sin vigencia, en tanto, por alguna razón o motivación, los contratantes han decidido dejarlos a salvo del acto público¹²⁸⁵.

También hay consecuencias prácticas en el ámbito del derecho notarial, como ocurre, por ejemplo, cuando la escritura pública no transcribe fielmente la minuta, conforme lo impone la ley; por tanto, la minuta y la escritura presentan una discordancia de contenido. En tal caso, ¿qué prima, el acto informal o el acto formal? De sostenerse que la voluntad plasmada en la escritura es meramente burocrática, entonces la primacía le corresponde a la minuta, por lo que sería posible que el notario modifique la escritura pú-

1285 En contra de la teoría de la *renovatio contractus* se muestra un gran jurista español: "En fin, no puede negarse eficacia a las declaraciones aclaratorias, interpretativas o complementarias de lo convenido, hechas después o antes de otorgada la escritura. La ley no permite un corte arbitrario de la declaración negocial, atender solo a lo escriturado o considerar extrajurídico o fuera del negocio todo lo demás. La misma labor interpretativa exige no desdeñar dato alguno para reconstruir y averiguar la verdadera voluntad negocial. El vínculo contractual no nace con ni depende del otorgamiento de la escritura; existe en cuanto reúne los requisitos legales para ello, y es ese contrato ya existente el que se eleva a escritura pública": De Castro, F. (1997), pp. 309-310. El problema de esta concepción, por la cual el contrato se "eleva" a escritura pública, es que no explica el consentimiento prestado ante notario, al cual reduce a una voluntad meramente burocrática, por lo que el contrato (único) es el que consta verbalmente o en documento privado, por tanto, el acto formal es apéndice del acto informal.

blica, a través de acto unilateral, para dejar establecido que la voluntad real de las partes es conforme a la minuta, con lo cual degradaría la voluntad plasmada en la propia escritura hasta el nivel de convertirla en mero ritualismo. Esta solución no es aceptable, ni desde el plano teórico, porque la voluntad manifestada ante notario nada valdría frente a la voluntad informal, lo que es poco menos que absurdo; ni desde el plano práctico, porque el fácil cambio de la minuta, o de una hoja de la misma, con dolo o culpa, pondría a las escrituras ante el fácil expediente de ser modificadas sin el más mínimo nivel de seguridad jurídica. Por tanto, la mejor solución es aceptar que la escritura, discordante de la minuta, conlleva un consentimiento nuevo que refunde el anterior, sintetizándolo, por lo que prima la voluntad manifestada en el acto formal frente a la voluntad del acto informal, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del notario por incumplimiento de la ley.

En suma, la función de la escritura pública “constituye” o “da nacimiento” a un acto jurídico nuevo, con forma pública, en tanto implica que los otorgantes prestan su consentimiento renovado ante el notario, cuya finalidad es superar y sintetizar el acto anterior de forma privada en uno de forma pública; por tanto, la escritura no “representa” un acto verbal, ni un acto en documento privado que simplemente se “formaliza”, pues ello implicaría que el documento público es mero accesorio o apéndice, lo que obviamente no es aceptable.

3.1.3. Estructura

La técnica documental estudia la estructura interna de los documentos, lo cual significa la distribución y combinación de las distintas partes que integran su composición o texto. El manejo fluido de la estructura interna pone de manifiesto la habilidad para combinar los distintos elementos que plantea cada documento en su individualidad. Esta división en secciones o partes posibilita estudiar en forma separada cada una de ellas, con lo cual se logra mayor precisión y detalle en el análisis¹²⁸⁶, así como la fácil lectura para los interesados.

¹²⁸⁶ Etchegaray, N. (2003), pp. 69-70.

En doctrina, se sugiere que la estructura de la escritura pública se divida en dos partes sustanciales: el texto negocial y las constancias notariales. En efecto, una cosa es la voluntad de las partes, y otra muy distinta son las menciones del notario (afirmaciones de verdad, juicios o menciones). Es de suma importancia establecer el sujeto del que emana una determinada aseveración, pues así se tendrá en claro al responsable de ello. Por ejemplo, la declaración de titularidad de un inmueble o la ausencia de cargas al dominio son siempre manifestaciones del transmitente, y nunca del notario, por lo que este último no tiene responsabilidad por la veracidad o no de esa afirmación¹²⁸⁷. La ley peruana establece, desde hace más de cien años, en tres leyes notariales diferentes, que la estructura interna de la escritura pública se divida en tres partes: introducción, cuerpo y conclusión (art. 52 LN). La introducción permite expresar la comparecencia de los otorgantes y sus datos personales y de identificación; luego, el cuerpo contiene la declaración de las partes y los comprobantes de representación u otros necesarios; por último, la conclusión contiene la mención de que el instrumento ha sido leído, la ratificación del consentimiento por los otorgantes, las firmas y la autorización.

3.2. Introducción de la escritura

La introducción expresará lo siguiente (art. 54 LN):

- Lugar y fecha del instrumento.
- Nombre del notario.
- Comparecencia de los sujetos, con sus respectivos datos de identificación y personales; así como la constancia de actuar en nombre propio o en representación, con indicación del documento que lo autoriza.
- Documento de identidad o los documentos determinados para la identificación de extranjeros, conforme a la normativa de la materia, y la verificación de la respectiva categoría y calidad migratorias vigentes que lo autorice a contratar (modificado por D.L. 1236), con la respectiva fe de conocimiento o de identificación.

¹²⁸⁷ Ibidem.

- Intervención de intérprete cuando uno de los comparecientes ignore el idioma en que se redacta el instrumento.
- Intervención de una persona (testigo a ruego), en el caso que el compareciente sea iletrado, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que el compareciente imprima su huella digital.
- La indicación de intervenir los apoyos de las personas con discapacidad, o los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.
- Juicio del notario sobre capacidad, libertad y conocimiento con el que actúan los comparecientes.
- Mención de que la declaración de voluntad se materializa con minuta, o sin ella.

3.2.1. Lugar y fecha del instrumento

La escritura pública es un instrumento protocolar que contiene un negocio jurídico otorgado en presencia de notario, y que requiere ser ubicado en el espacio y tiempo. Esa es la razón fundamental por la que se exige la indicación de lugar y fecha en el instrumento público (art. 54-a LN).

La mención del lugar, en efecto, resulta importante, porque de esa manera se localiza el otorgamiento del instrumento, lo que permite determinar si el notario actuó dentro del territorio (distrito notarial) en el que goza de competencia, o no; o si el notario aseveró con certeza respecto del lugar del otorgamiento. Por ejemplo: si la escritura se otorgó fuera del lugar de competencia, esta es nula pues fue extendida por sujeto incompetente (en ese lugar). En cambio, si el notario aseveró que la escritura se otorgó en su oficina, y luego se prueba que no ocurrió en ese lugar, entonces habrá nulidad porque no se sabe a ciencia cierta donde se prestó el consentimiento. Esta incertidumbre hace que el instrumento no pueda ser localizado en el espacio, y esa situación lo invalida. No obstante, la mención del lugar se entiende cumplida con la indicación más o menos detallada de este (dirección o ubicación del domicilio u oficina en que se llevó a cabo el otorgamiento), o bien con una simple indicación de “en mi oficio notarial”, en cuanto este se encuentra perfectamente localizado y fiscalizado por los órganos de vigilancia

del notariado, por lo que esta fórmula *per relationem* no puede generar duda. En cambio, ¿qué ocurre si el notario no menciona el lugar de otorgamiento de la escritura, ni en forma expresa, ni *per relationem*? En nuestra opinión, en tal caso, la solución será presumir que la extensión del instrumento se ha realizado, efectivamente, en la oficina localizada del notario, en virtud del art. 16-a LN: “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”.

La mención de la fecha se justifica porque el protocolo notarial es el conjunto de instrumentos ordenados en forma estrictamente cronológica, por lo que sería inadmisibles que una escritura posterior en el orden, sin embargo, sea anterior en cuanto a la fecha. Ese error conlleva a presumir la falsedad de la fecha, lo que ocasiona la nulidad del instrumento por infracción de una norma imperativa que se sustenta en la seriedad y legalidad formal en la configuración de los documentos que integran el protocolo (art. 45 LN: “Los instrumentos públicos protocolares se extenderán observando riguroso orden cronológico, en los que se consignará el número que les corresponda en orden sucesivo”). Igual sanción se produce por la falta de fecha, en cuanto no consta la localización temporal del instrumento¹²⁸⁸. Por lo demás, la ubicación cronológica del acto documentado también tiene relevancia desde la perspectiva del derecho sustantivo, pues la ausencia de fecha fehaciente hace imposible determinar si el otorgante actuó con poder vigente, o se encontraba con capacidad de entender y querer sus actos (discernimiento), o si había sido objeto de interdicción, etc.

3.2.2. Nombre del notario

La mención del nombre del notario es de toda evidencia, pues solo así se puede conocer si el instrumento ha sido otorgado ante la persona que cuenta con el nombramiento oficial, de acuerdo con la ley. También es posible que el notario se encuentre de licencia o de vacaciones, en cuyo caso será necesario hacer la mención del notario que se encuentra reemplazando o sustituyendo al titular del oficio.

1288 Chico Ortiz, J. & Ramírez, C. (1972), p. 71.

3.2.3. Comparecientes

La ley no define los sujetos de la escritura pública, sin embargo, hace una distinción que no puede obviarse. En efecto, el art. 54-c LN establece que la introducción expresará el nombre del compareciente y sus datos personales; en cambio, los incisos f) y g) de ese mismo artículo se refieren a la intervención de un intérprete o de otra persona para los casos en que el compareciente no pueda firmar. Esta distinción permite inferir que el término “compareciente” denomina a las personas que formulan las declaraciones de voluntad en la escritura pública, con fines de vincularse jurídicamente, sea en nombre propio o en nombre ajeno; en cambio, las distintas personas que no declaran ni estipulan, pero intervienen con miras de auxilio o apoyo, son llamados “intérprete”, “otra persona” o “intervinientes”, y normalmente emiten “declaraciones de ciencia”, pues comprueban un hecho o prestan asistencia técnica para la configuración del instrumento (testigos a ruego, testigos de identidad, traductores, peritos, etc.)¹²⁸⁹.

Por tanto, desde el ámbito instrumental, las personas que declaran su voluntad ante el notario son “comparecientes”, sea en nombre propio, sea como apoderados que actúan en representación de otro, por lo que, existe una doble obligación: identificación y representación, pero que ahora se suma el de verificación de beneficiario final. Desde el ámbito sustantivo, por el contrario, la “parte” es el elemento personal del acto o contrato, es decir, el sujeto que dispone y reglamenta los intereses contenidos en el acto o negocio. Ambas cualidades (compareciente y parte) pueden coincidir, como ocurre cuando el vendedor actúa en nombre propio, por tanto, es él quien comparece directamente ante el notario como parte sustancial del contrato; por el contrario, ambas cualidades se separan en el fenómeno de la representación, pues el compareciente es el apoderado, mientras la parte es el poderdante. En consecuencia, la escritura, en su doble calidad de negocio documentado, también se ve influido por esta dual perspectiva, tanto desde el instrumental, como desde el civil. Por tal motivo, el otorgante directo de la escritura es el “compareciente”, mientras que la persona sobre la que re-

1289 Gattari, C. (2004), p. 96.

caen los efectos jurídicos del negocio es la “parte” u “otorgante” (por medio de representante).

Nótese que el notario no es sujeto del instrumento, pues no participa en el acto, pero es autor del instrumento, en cuanto la narración de los hechos le pertenece a él, lo que se encuentra cubierto por la fe pública¹²⁹⁰.

a) Fe de identificación o de conocimiento de los comparecientes

El notario identifica a los comparecientes mediante dos mecanismos reconocidos por la ley: la fe de identidad y la fe de conocimiento (art. 55, 1º LN, modificado por D.L. 1232). Por el primero, el notario puede identificar a un sujeto mediante la verificación del documento nacional (DNI), esto es, se trata de una certificación por obra de cédula oficial y auténtica. Por el segundo, el notario declara que conoce al sujeto por trato o fama, y, en tal condición, no requiere del documento nacional (así, en forma correcta, lo establece el reglamento de la ley).

La fe de conocimiento estuvo generalizada con la Ley N° 1511, vigente durante ochenta años, desde 1911 a 1992, cuando entró en vigor el Decreto Ley N° 26002. En ese momento, ya resultaba impensable que un notario conozca a los varios millones de habitantes de la capital, por ejemplo. No obstante, es importante que se mantenga la fe de conocimiento para salvaguardar ciertos casos de notoriedad o trato con el compareciente, lo que hace innecesario portar el documento formal, y de esa manera se logra resguardar los derechos constitucionales de las personas, en cuanto se permite acceder al notario aun a las personas indocumentadas, que por eso no dejan de tener derechos humanos, siempre que el notario, de alguna u otra

1290 “La autoría de la redacción que asume el notario, incluye: ante todo, la narración de los hechos que, ante él, ocurren y que percibe *visu et auditu sui sensibus*, tales como: que comparecen ciertas personas a quienes identifica, y que asumen las declaraciones (de voluntad, normalmente, pero que también pueden serlo solo de verdad en caso de ser meramente confesorias), con la adición de una afirmación del notario, esencial en todos los documentos notariales, expresiva de que el documento público nace a la vida jurídica como instrumento público, y consistente en la aseveración plasmada en la frase sacramental ‘doy fe’, de que la narración a que se refieren sus declaraciones es exacta y veraz”: Vallet de Goytisolo, J. (2012), p. 88.

fórmula, pueda emitir fe de conocimiento o, en todo caso, auxiliarse con los testigos de identidad.

La correcta identificación de los comparecientes evita la suplantación, pues, lo contrario, implicaría, desde una perspectiva individual, que el acto sea inútil para producir efectos entre las partes¹²⁹¹, pero, desde una perspectiva social, traería como consecuencia el desprestigio del sistema jurídico por falta de seguridad jurídica. Por tal motivo, se justifica ampliamente que la ley imponga al notario el deber de verificar la identidad de los otorgantes. La identificación personal se atribuye legalmente como deber del notario al momento de extender la escritura, lo que debe realizar en forma personal y con la máxima diligencia.

La fe notarial genera una presunción de verdad que se impone de manera enérgica, pues el hecho se supone cierto; por tanto, quien pretenda negar la presunción, deberá anular el acto mediante la “*querella nullitatis*”, es decir, un proceso autónomo, especialmente dirigido a desvirtuar la verdad manifestada por el notario, razón por la que debe emplazarse en juicio¹²⁹². Este efecto necesita presupuestos de justificación, como la existencia de funcionario cualificado, sometido a responsabilidad, sujeto a estrictas obligaciones de forma, y, especialmente, presenciar directamente el hecho, bajo consecuencia de incurrir en delito contra la fe pública.

1291 “El instrumento público no puede cumplir sus fines sin que se acredite su legítima procedencia de la persona a quien se atribuye, la intervención real en el mismo de la persona que en él figura como interviniente, o, dicho de otro modo: que no ha habido suplantación de personalidad en la creación del instrumento. Pero el tráfico jurídico exige que no haya que acreditar a posteriori, una y otra vez, que no hubo suplantación, sino que pueda establecerse para siempre la presunción de aquella legítima procedencia. Y esa presunción sólo cabe si en el momento del otorgamiento el Notario se cerciora, llega al convencimiento por su ciencia propia (identificación inmediata), por la afirmación de otras personas o por los documentos que presente el compareciente (identificación mediata u objetiva) de que éste es la persona que dice ser”: Ávila, P. (1990), pp. 52-53.

1292 “La *querella nullitatis* está imperfectamente prevista en el art. 124 de la Ley del Notariado. Sobre el tema se dice que: “la técnica jurídica en cuanto al modo de impugnación que, a mi juicio, simboliza una mayor protección del valor probatorio legal, es la vigente en Derecho italiano, que impone instar una declaración específica de la falsedad del documento para eliminar su valor probatorio legal, declaración que puede obtenerse en un proceso civil autónomo o en un debate incidental específico inserto en el proceso civil en el que se aportó el documento”: Ortells, M. (2004), p. 1937.

La fe notarial se sustenta en que el sujeto con capacidad fedante ha visto, oído y percibido el hecho con sus sentidos; y, en este caso, hay una especie de intermediación por cuanto el notario debe identificar al compareciente a través del documento de identidad, sin embargo, la doctrina en forma abrumadora considera que en este ámbito también juega la fe pública, pues al notario no le basta atestar que concurrió “una persona ante él”, en cuyo caso el tráfico contractual no obtendría seguridad alguna, sino, que “concurrió una persona cuya identidad es X”. Por tanto, como la escritura pública documenta un acto o negocio jurídico, entonces es necesario tener certeza de los otorgantes e intervinientes, con el fin de evitar que el negocio nazca defectuoso por falta de consentimiento de aquellos que hablan y declaran a través de la escritura¹²⁹³. En tal sentido, el D.L. 1232, al modificar el art. 55 LN, ha introducido diversas exigencias en orden a la identificación de los comparecientes, como medida para prevenir el fraude inmobiliario, por lo cual se generaliza el indicado deber, por lo que pueden existir problemas de congruencia con el precedente D.S. 006-2013-JUS.

El nuevo art. 55 LN, con la modificatoria del D.L. 1232 establece las siguientes reglas concretas para lograr la adecuada identificación de las personas en sede notarial:

- a) Cuando el distrito donde se ubica el notario tenga acceso al internet, entonces el notario exigirá el documento de identidad de los otorgantes o intervinientes, pero también efectuará la comparación biométrica de las huellas dactilares mediante el servicio brindado por el RENIEC.

1293 “El instrumento público no puede cumplir sus fines sin que se acredite su legítima procedencia de la persona a quien se atribuye, la intervención real en el mismo de la persona que en él figura como interviniente, o, dicho de otro modo: que no ha habido suplantación de personalidad en la creación del instrumento. Pero el tráfico jurídico exige que no haya que acreditar a posteriori, una y otra vez, que no hubo suplantación, sino que pueda establecerse para siempre la presunción de aquella legítima procedencia. Y esa presunción sólo cabe si en el momento del otorgamiento el Notario se cerciora, llega al convencimiento por su ciencia propia (identificación inmediata), por la afirmación de otras personas o por los documentos que presente el compareciente (identificación mediata u objetiva) de que éste es la persona que dice ser”: Ávila, P. (1990), pp. 52-53.

- b) Cuando no se tenga acceso al internet, por causa extraña al notario, este exigirá el documento de identidad y la consulta en línea para la verificación de datos e imágenes con el RENIEC, para lo cual podrá requerir la colaboración de su Colegio. Adicionalmente, el notario podrá recurrir a otros documentos o a los testigos de identidad.
- c) En caso de extranjeros, residentes en el país o no, podrá exigir carnet de extranjería o pasaporte, y además accederá a la base de datos del registro de la Superintendencia Nacional de Migraciones, pero tal posibilidad aún no está implementada¹²⁹⁴, por tanto, el notario deberá requerir otros documentos y/o la intervención de testigos de identidad.
- d) Excepcionalmente, y por razones justificadas (ejemplo: pérdida de documentos, huellas dactilares ilegibles, etc.¹²⁹⁵), el notario podrá dar fe de conocimiento¹²⁹⁶, o de identidad, sin necesidad del control biométrico o de la revisión de datos en RENIEC. En estos casos, cuando no haya concordancia con la realidad, el notario es automáticamente responsable cuando exista suplantación de identidad.

El art. 54 LN no ha sido formalmente modificado, sin embargo, el D.L. 1232 introduce un nuevo párrafo (final) en el art. 55 LN, por cuya virtud, el notario deberá dejar constancia en el mismo instrumento de las distintas verificaciones o constataciones a las que está obligado, o, en caso contrario,

1294 10° DCTF-LN, incorporada por el D.L. 1232: "Para la identificación de los extranjeros residentes o no en el país a que se refiere el artículo 55 de la presente ley, la Superintendencia Nacional de Migraciones deberá poner a disposición de los notarios el acceso a la información de la base de datos del registro de carnés de extranjería, pasaportes y control migratorio de ingreso de extranjeros, en el plazo de ciento ochenta (180) días calendario, contados desde la vigencia del presente Decreto Legislativo", es decir, a fines de marzo de 2016, en teoría, el sistema debería estar operativo.

1295 La obligación de verificación biométrica queda exceptuada, para fines particulares, cuando la identidad del compareciente ya había sido comprobada en anteriores instrumentos notariales extendidos ante el mismo notario (art. 7-1° D.S 006-2013-JUS).

1296 La fe de conocimiento requiere "el conocimiento directo y personal por el notario de los otorgantes, consistente en la convicción racional de que el otorgante es la persona que por sus nombres y apellidos se expresa en el instrumento": Jaurrieta, A. (2008), p. 35.

la justificación por no haber seguido el procedimiento impuesto. Por tanto, el notario tendrá que dejar alguna de las menciones siguientes en la introducción de la escritura, que se enuncian a título de modelos:

- a) *“el notario verificó la identidad de los comparecientes mediante la presentación de su documento nacional de identidad y la comprobación de huellas dactilares por control biométrico del RENIEC”.*
- b) *“el notario verificó la identidad de los comparecientes mediante la presentación de su documento nacional de identidad y la comprobación con la base de datos del RENIEC, que es consistente con los datos físicos de la persona que se presentó ante mi oficio, y, dejándose constancia que hubo imposibilidad material de acceder al control biométrico”.*
- c) *“el notario verificó la identidad de los comparecientes mediante la presentación de su carné de extranjería (o pasaporte), y la comprobación con la base de datos de la Superintendencia de Migraciones, que es consistente con los datos físicos de la persona que se presentó ante mi oficio”.*
- d) *“el notario verificó la identidad de los comparecientes mediante la presentación de su carné de extranjería (o pasaporte), y con la presentación de otros documentos consistentes como (licencia de conducir o carné universitario, por ejemplo) o la declaración de testigos (indicación de nombres) que comprueban su identidad, ante la ausencia de información de la Superintendencia de Migraciones”.*
- e) *“el notario da fe de conocimiento del otorgante del acto jurídico, pues declara conocerlo por trato (o fama) en los últimos años, en consecuencia, es superflua cualquier otra comprobación, bajo su propia responsabilidad”.*
- f) *“el notario da fe de conocimiento del otorgante del acto jurídico, pues en anteriores escrituras públicas (indicar fechas) se comprobó tal hecho con el control biométrico de huellas dactilares, por lo que es superfluo cualquier otra constatación adicional, bajo su propia responsabilidad”.*

La versión original del art. 55 *in fine* LN señalaba despreocupadamente que el notario no incurría en responsabilidad cuando erróneamente diese fe de identidad inducido por la actuación maliciosa de los comparecientes. La exoneración de responsabilidad era demasiado general, por lo que alentaba la impunidad, en tanto los perjudicados no recibían siquiera una

indemnización. Sin embargo, la nueva redacción del art. 55 LN, modificado por D.L. 1232 cambia la situación anterior, en cuanto establece que el notario solo quedará liberado de responsabilidad cuando en forma estricta cumpla los deberes legales de identificación en las diferentes hipótesis (peruanos o extranjeros, sea que se trate de oficios notariales en lugares con acceso a internet, o cuando no haya ese acceso, lo que podría exigir la presentación de otros documentos¹²⁹⁷ y/o de testigos de identidad), y además cuando haya actuación maliciosa de los comparecientes o de otras personas, lo que el notario debe prevenir mediante su actividad diligente y cuidadosa al extremo. Por tanto, si el notario ejecuta los deberes de control biométrico y de comprobación de datos en línea, entonces difícilmente podría haber problemas de identidad, máxime cuando también se le impone obligaciones de diligencia para atajar la malicia del tercero. En suma, la perspectiva originaria ha sido modificada, por lo que, en la actualidad, el notario es responsable por suplantaciones, salvo que hubiese cumplido los estrictos deberes legales de identificación con diligencia. En cambio, cuando el notario inobserva alguna de las reglas de su profesión respecto de la identificación de los sujetos (*lex artis*), entonces el daño se produce por culpa suya, por lo que es responsable civil, sin perjuicio de que un tercero hubiese contribuido también con el resultado.

b) Verificar la intervención de una persona en representación de otra

El notario extiende la escritura, no solo desde el punto de vista instrumental, sino, también, desde el sustantivo, por lo que deberá verificar que el compareciente en la escritura tenga la autorización o los poderes necesarios para obligar a la parte; en caso contrario, el negocio nacería mal formado. En efecto, la comparecencia en la escritura pública puede realizarse en dos condiciones: en nombre propio o en nombre ajeno; en este último caso, como representante legal, como representante voluntario o como representante legal de persona jurídica. El art. 54-e LN, modificado por D.L.

¹²⁹⁷ Un documento de identidad supletorio, adicional al DNI, es aquel "documento oficial expedido por autoridad competente de su país de origen que sirva a efectos de identificación (...) en todo caso, el documento utilizado deberá contener fotografía y firma del otorgante": *Ibid.*, p. 37.

1372, señala que debe indicarse el documento que lo autoriza, lo cual implica que basta mencionar el título de donde emana el poder, esto es, el acta certificada, la escritura pública o la inscripción registral. Por su parte, el art. 57-b establece que debe insertarse el comprobante (léase: documento) que acredita la representación, cuando sea necesario. En nuestra opinión, esta inserción solo es exigible cuando el acto de apoderamiento no conste en instrumento protocolar, por lo que la oportuna transcripción evitará que surjan en el futuro discusiones respecto de la existencia o no del título de poder. En el caso de las personas jurídicas, estas constituyen un mecanismo técnico-jurídico para facilitar las relaciones económicas y sociales. En tal sentido, el notario debe identificar a la persona natural compareciente ante él, y cuyo accionar representa a la corporación, pero, además, evalúa la representación de la persona jurídica que se invoca. En este segundo caso, se trata de un juicio o estimación del notario, con especial privilegio probatorio, pero que no pasa de eso, por ser la manifestación de un profesional en ejercicio de sus atribuciones de adecuar los actos jurídicos a la legalidad. Pues bien, el notario deja constancia de la comparecencia en nombre ajeno (representación) del otorgante, para lo cual deberá examinar los siguientes puntos referidos estrictamente a este tema: (i) Suficiencia del poder, esto es, que el representante cuente con las facultades para celebrar el acto, (ii) Subsistencia del poder, lo que se conoce comúnmente como su “vigencia”, esto es, que el poder no haya sido extinguido.

Por otro lado, en doctrina notarial se habla del “poder no acreditado” cuando una persona invoca una representación que en ese momento no puede demostrar documentalmente y, sin embargo, por cuestiones de urgencia, tiene la necesidad de extender la escritura pública del acto o negocio en donde se ejerce la citada representación. Sin embargo, la ley peruana no solo omite toda referencia a la figura, sino, además, el art. 54-e), modificado por D.L. 1372, exige la “indicación del documento que lo autoriza”, por lo que se entiende rechazada aquella alternativa.

c) Verificar presentación de la declaración de beneficiario final

El D.L. 1372 establece la obligación de las personas jurídicas y/o entes jurídicos de informar la identificación de los beneficiarios finales, entendiéndose por este último a la persona natural que efectiva y finalmente po-

see o controla personas jurídicas y/o entes jurídicos, o, la persona natural que finalmente posee o controla un cliente o en cuyo nombre se realiza una transacción (art. 3.1.a). La obligación se resuelve en una declaración jurada informativa (art. 3.1.b). Los sujetos obligados son las personas jurídicas y/o entes jurídicos que presentarán su declaración en forma progresiva (art. 3.1.c). Por su parte, los notarios tienen la obligación de verificar la presentación de la declaración jurada de beneficiario final, o, en caso de incumplimiento, deberán informarlo a la SUNAT (art. 9). En tal sentido, el art. 16-d) LN, modificada por D.L. 1372, establece que el notario está obligado a requerir la constancia de presentación de la declaración de beneficiario final, sin embargo, en forma contradictoria, el art. 54-e) LN, modificado también por D.L. 1372, señala algo distinto, pues el notario deberá indicar los datos de identificación del beneficiario final, por tanto, aquella norma establece la obligación de comprobar la presentación de una declaración, pero esta última va más allá, pues pretende que se identifique el beneficiario final en el texto de la escritura. En este contexto, la Res. Superintendencia N° 185-2019/SUNAT dicta disposiciones para que los notarios verifiquen la presentación de la declaración o comuniquen el incumplimiento, con lo que se descarta la identificación de los beneficiarios finales, especialmente porque el art. 54-e) señala que ello ocurre: “conforme a la legislación de la materia”, y, esta solo habla de un control de una obligación formal. Por lo demás, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, mediante Oficio Circular N° 017-2019-JDCNP/P de 09.12.2019¹²⁹⁸, establece importantes consideraciones: en primer lugar, la obligación se centra en los instrumentos protocolares, lo cual se justifica porque tal obligación consta específicamente en el art. 54-e) LN; en segundo lugar, indica que la citada obligación se entenderá realizada, “extendiendo la constancia de cumplimiento o no de la obligación de la persona jurídica o ente jurídico de haber presentado la declaración de beneficiario final, expresada en el instrumento protocolar, teniéndose en cuenta para ello la naturaleza de las obligaciones que corresponde cumplir al notario, y, por otro lado, el carácter confidencial y reservado que corresponde a los datos del beneficiario final (Res. SBS N° 5709-2012)”, y, en tercer

1298 <https://www.juntadedecanos.org.pe/backend/storage/app/public/noticias/1576268248-Oficio%20Circular%20N%C2%BA%20017-2019-JDCNP-P.pdf> (consulta: 12.10.2021).

lugar, la falta de presentación de la declaración no impide extender el instrumento, pero se dejará constancia de ello.

3.2.4. Intervención de otras personas

a) Traductor y/o perito

Los comparecientes son los sujetos que hablan y se expresan en la escritura pública, sin embargo, es posible que también intervengan otros partícipes. Así, el art. 54 LN permite distinguir entre “compareciente” y “otras personas que intervienen”. La diferencia entre uno y otro se encuentra en que el primero formula declaraciones para sí o en nombre ajeno para disponer de intereses y reglamentar relaciones jurídicas; en cambio, “las otras personas” tienen una intervención marginal en el texto documentado, aunque importante. Es el caso del intérprete, que no es un declarante, en el sentido que sobre él no recaen los efectos del negocio, ni tampoco actúa en representación, por lo que su participación se limita a traducir el texto documentado de la escritura a uno o más de los comparecientes que no son inteligentes en el idioma propio del instrumento. El art. 30 LN agrega que el notario debe exigir la intervención de un intérprete cuando advierta que el compareciente desconozca el idioma, para lo cual este debe nombrar al intérprete de su confianza, que no requiere ser un traductor público o con título profesional. La norma agrega que el intérprete realizará la traducción simultánea al compareciente, lo que implica que ambos sujetos deben concurrir en forma conjunta a la audiencia y firma del instrumento. En caso de inobservancia de la simultaneidad, entonces la escritura será inválida. La razón de ello es muy simple: en tal caso, no puede afirmarse que el otorgante ha actuado con conocimiento exacto de las estipulaciones del instrumento, y que en realidad lo ha firmado prácticamente a ciegas.

El mismo art. 30 LN señala que el intérprete deberá manifestar, bajo su responsabilidad, que la traducción se ha realizado a conformidad. Por su parte, el notario podrá (es una facultad, no una obligación) insertar el texto en el idioma del interesado, o adherir al instrumento notarial una copia legalizada, con la mención de este hecho. Respecto a la inserción del documento, no existe duda alguna de que se trata de una trascripción del documento privado en el instrumento protocolar. Por el contrario, la adhesión

del texto en el idioma del compareciente significa que este documento se pega en el protocolo notarial, y si bien la ley no lo dice, nuestra opinión es que este pegado se realiza al final de la escritura, y luego de la conclusión y suscripción, aunque dejando constancia en el texto del citado hecho. Por tal razón, es conveniente que el compareciente firme el instrumento en el que consta la traducción. No obstante, el notario podría exigir que el texto en el idioma (extranjero) del compareciente, de tal suerte que pueda compararse si la traducción realizada es fiel o no, y, en consecuencia, si la declaración del otorgante en la escritura responde a su voluntad. De no seguirse esta precaución, entonces será prácticamente imposible negar el valor de la traducción, con lo que, en la práctica, la expresión del compareciente queda sujeta a la arbitrariedad del traductor. En suma, el intérprete se limita a traducir al texto de la escritura al compareciente que desconoce el idioma en que se ha formalizado y, por ende, no se le considera testigo. Siendo así, el intérprete no está sujeto a las incompatibilidades por parentesco que señala el art. 56 LN. El intérprete es, propiamente, un perito¹²⁹⁹, pero no requiere ser profesional ni técnico en la materia, por lo que, el riesgo de una traducción infiel por dolo o culpa lo carga el compareciente que lo aporta.

En la escritura pública pueden intervenir otros peritos, aunque su presencia no esté regulada en la ley, como es el caso de los médicos o psiquiatras. Los primeros, para constatar la salud física de la persona, especialmente los de edad avanzada o que sufren algún mal grave. Los segundos, para constatar la salud mental.

b) Testigos

La escritura pública prevé también la intervención de testigos de diferente signo:

1299 “El intérprete en el instrumento público, actúa como perito que auxilia al notario en la comunicación con el compareciente. Es una necesidad que impone al notario acudir a un experto encargado de proporcionarle los conocimientos del idioma que posee para facilitar la autorización del instrumento público. Se trata, siguiendo la clasificación procesal, de un perito “percibiendi”, en tanto su función consiste en la sustitución o ayuda al notario en la mera aprehensión o captación de un dato fáctico, concretamente la destreza y exactitud en la traducción de la lengua extranjera, máxima de la experiencia especializada que se busca con su concurrencia”: Pérez Gallardo, L. (2010), p. 105.

- a) El “testigo a ruego” participa en la escritura, a solicitud del compareciente, en el caso de que este no sepa o no pueda firmar, ya sea por tener la condición de iletrado, ciego o porque adolezca de algún defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital (art. 54-g LN). Su función es suplir la falta de firma del compareciente, y suscribir el instrumento por él. En tal sentido, no se trata propiamente de un testigo, y sería más conveniente denominarlo “firmante a ruego”. La misma norma indica que este partícipe no está sujeto a los impedimentos de parentesco que se aplican a los testigos (art. 56 LN), por lo que un cónyuge, ascendiente o descendiente puede actuar sin problema alguno. Es más, el firmante a ruego puede hacerlo por varias personas imposibilitadas, pero siempre que se traten de la misma parte, es decir, que conforman un centro unitario de interés. Por el contrario, no cabe que el testigo actúe por ambas partes, ubicadas en posiciones disímiles (por el vendedor y comprador, por ejemplo), pues ello pondría en duda la moralidad e imparcialidad del firmante.
- b) El “testigo de identidad” ingresa en el acto público cuando el notario tiene duda sobre la identificación de alguno de los comparecientes. Esta figura no tiene, hoy, la importancia que tuvo en el pasado, pues con los modernos sistemas de identificación personal, que abarcan la verificación de la autenticidad del documento nacional (DNI) y el control biométrico (mediante conexión con el archivo de RENIEC de huellas digitales), entonces la confianza en la palabra de un testigo tiene poco margen de acción. El testigo de identidad participa a requerimiento del notario, y no del compareciente, cuando advierta deficiencias en la identificación de alguno de los sujetos que declaran en la escritura. La ley los menciona en plural (testigos de identidad), por lo que la costumbre hace menester la presencia de por lo menos dos testigos, sin embargo, desde un análisis racional de la norma, tal exigencia no es correcta, pues el único que evalúa la necesidad de su presencia es el notario, lo que puede saldarse con uno solo. Por otro lado, la fehaciencia del testigo, a falta de norma, puede conseguirse por el conocimiento que el notario tenga sobre la identidad de este, o por su legitimidad

social o honorabilidad pública, o por la cercanía parental que tenga con el sujeto que se pretende identificar. La figura, hoy residual, aún tiene utilidad en casos no poco frecuentes en nuestra realidad social (centros poblados alejados, ausencia de tecnología, necesidad imperiosa de celeridad, extranjeros indocumentados, personas que han cambiado su nacionalidad, etc.), por tanto, el notario podría hacer uso de los testigos de identidad para completar la labor identificadora con plena seguridad, y de esa forma resguardar el derecho fundamental de toda persona de contratar o testar en condiciones especiales de autenticidad o legalidad, por lo que se encuentra en juego la tutela de derechos constitucionales¹³⁰⁰.

- c) El “testigo instrumental” tiene la función de ratificar lo ocurrido durante el otorgamiento de la escritura, esto es, coadyuva con el dicho de las partes y del propio notario. En tal sentido, se trata de una garantía adicional de la realización del acto, pues la presencia de personas extrañas a los intereses que se disponen a través del instrumento permite reafirmar la narración del hecho acaecido. La presencia de estos testigos no implica el ejercicio de una fe pública paralela, en tanto no son fedatarios, sino, son representantes de la comunidad para efectos de verificar la realidad del acto notarial. La Ley Orgánica del Notariado Español de 1862, impuso la presencia de dos testigos en todo instrumento protocolar, lo que, a su vez, pasó a nuestra ley notarial de 1911. El sistema perduró hasta el D. Ley 22634, del año 1979, que eliminó de forma casi absoluta la concurrencia de los dos testigos instrumentales, salvo para los testamentos, con lo que se simplificó en gran medida la redacción y otorgamiento de los actos notariales. La vigente ley del notariado mantiene el mismo criterio. La solución legal es correcta, sin dudas, pues el instrumento notarial es auténtico y no necesita más

1300 La ley notarial cubana (art. 27) señala los casos en los que, por excepción, se permiten los testigos de identidad: a) que, el compareciente no pueda aportar al momento del otorgamiento y autorización del instrumento público, el documento o carné de identidad; b) la inminente causación de un perjuicio irreparable que provocaría la postergación de la autorización; c) que, el notario no pueda ofrecer fe de conocimiento de la persona necesitada de comparecer.

que la fe del notario. Los testigos no dan mayor credibilidad al instrumento, por lo menos, eso es lo que se deduce todos los días de los despachos notariales¹³⁰¹. El argumento de la “representación de la sociedad” ha caído en descrédito, pues los testigos instrumentos son partícipes absolutamente pasivos, sin función ni relevancia alguna, por lo que difícilmente puede justificarse en la práctica la utilidad que supuestamente otorgan en la teoría. Por lo demás, parece que la sociedad vigila al notariado, no tanto por estos testigos inocuos, sino, por la rigurosa disciplina que encauza a sus miembros. Por tanto, la única excepción en nuestro ordenamiento vigente se da en el caso de los testamentos, y ello en virtud de la legislación sustantiva (art. 696 CC, incluso luego de la modificación por Ley 31338, publicada el 11.08.2021), más no de la notarial. El art. 56 LN señala que el testigo requiere tener la capacidad de ejercicio, y no estar incurso en los siguientes impedimentos: ser sordo, ciego o mudo; ser analfabeto; ser cónyuge, ascendiente o descendiente del compareciente; ser cónyuge o pariente del notario dentro de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; ser dependiente del notario, y aquellos que no se identifiquen plenamente. Sin embargo, si el impedimento no fuese notorio al tiempo de su intervención, se le tendrá como hábil si la opinión común así lo hubiese considerado. Esta regla es una aplicación concreta del principio del “error común”, arraigado en el Derecho francés, por lo cual, la apariencia se reputa como verdad, cuando la situación aparente habría hecho incurrir en error a cualquiera (“error común”)¹³⁰².

1301 “El documento notarial es auténtico por la intervención del notario, no de los testigos, ellos no ofrecen más autenticidad, ni más solemnidad. La autenticidad y la solemnidad no admiten gradación, ni el empleo de adverbios de cantidad, para calificarlas. El documento es auténtico o no lo es. El acto es solemne o no. Igual argumento, respecto de la mayor o menor credibilidad del documento. En ninguno de los actos en que aún se exige la presencia de testigos instrumentales, el notario se siente más protegido en su actuar por la firma de aquellos en el documento. Y si por el contrario, ha de controlar, dentro de sus posibilidades, que no estén incurso en ninguna de las prohibiciones establecidas ex lege para concurrir como testigo (...)”: Pérez Gallardo, L. (2010), p. 44.

1302 “Error común es error colectivo en el acto, y este título provee justificación al error del sujeto individual. Pero un error colectivo en el acto no es requerido en el fenómeno de la apariencia, incluso si a veces, como en la hipótesis del heredero aparente, la falsa

Un tema que genera dudas es la simultaneidad de una misma persona en las distintas funciones de testigo, o sea, si un testigo instrumental puede serlo de identidad o a ruego. En nuestra opinión, desde una perspectiva técnica, la salida correcta sería la negativa, pues el primero tiene la misión de apreciar la actuación de las partes y del notario, contrastándola con la que aparece en el instrumento. Sin embargo, el art. 696.1 modificado por Ley 31338 permite que el testigo instrumental pueda actuar como testigo a ruego o de identidad, lo cual, si bien regula solo el testamento, empero, tratándose de un acto estrictamente formal, entonces permite deducir que la misma solución, incluso con mayor razón, se aplica a todas las escrituras públicas. Por el contrario, en el caso del intérprete se mantiene la incompatibilidad, pues, si bien se trata de un supuesto no regulado, sin embargo, pues ese tipo de testigo presencia el acto como tercero neutral, por lo que no podría serlo como traductor, esto es, en condición de partícipe complementario del acto.

En el caso de simultaneidad de persona como testigo a ruego y de identidad, la solución que se impone es la positiva, pues resulta favorable para los intereses de la seguridad jurídica que la misma persona que firma a pedido del compareciente pueda atestar que la conoce de fama o trato, lo que se justifica por la confianza que uno depositó en el otro, en cambio, sería extraño que el testigo a ruego no conozca al compareciente. La misma relación de confianza hace que sea justificada la intervención conjunta de una misma persona como intérprete y testigo de identidad o a ruego. ¿Qué mayor seguridad para el compareciente que el intérprete de una declaración en idioma que no domina, sea una persona cercana para él? Por último, la propia naturaleza de la actuación testimonial o del intérprete, hace que sea necesaria su presencia simultánea con el compareciente a quien asiste,

cualidad del sujeto pueda tener en la colectividad amplia difusión, y en algunos casos no podría siquiera proyectarse como normal: la posición de acreedor aparente, por ejemplo, no puede tener una tal resonancia pública para constituir un conocimiento colectivo. Por tanto, es mejor considerar la fórmula del error colectivo posible, de reciente propuesta, porque con ella, en sustancia, todo análisis de la situación subjetiva, de los individuos o de la colectividad, queda fuera de cuestión. Esta última teoría, hablando de posibilidad, pone en relieve, más que el estado colectivo de los sujetos, las causas idóneas para producirlo: y estas causas son evidentemente objetivas. Tanto vale entonces considerar directamente -y no indirectamente, como se hace cuando se habla de posibilidad- el fundamento objetivo de la apariencia": Falzea, Á. (1985), p. 122.

auxilia, identifica o presencia en el acto. En caso contrario, el instrumento quedaría afectado de nulidad trascendente, pues la actividad del testigo o del intérprete no podría certificar o traducir.

c) Apoyos y salvaguardias

Los “apoyos” son aquellos normalmente designados por las personas con discapacidad para concurrir ambos a la prestación de consentimiento como un mecanismo de colaboración con la persona en situación de vulnerabilidad, pero no para sustituirla, según el régimen de la capacidad civil establecido a partir del D.L. 1384 (2018), en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). En la misma medida, el notario tendrá que controlar el cumplimiento de los ajustes y salvaguardias, como mecanismos de protección o restricciones que previenen hipotéticas situaciones de abuso del apoyo.

En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13.12.2006) es el primer gran tratado de derechos humanos del siglo XXI, cuyos principios son: “in dubio pro capacitas” e “intervención mínima” (pasa de un sistema de “sustitución” de la persona a uno de “apoyos”), con lo cual se visibiliza el 10% de la población mundial con discapacidades mentales y físicas. La Convención establece el respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar decisiones, su voluntad, sus preferencias (Preámbulo, letra n, así como arts. 3 y 12.4). La idea es respetar la dignidad de la persona con discapacidad, de tal suerte que otros no se apropien de su vida, bienestar y decisiones. Los Estados que ratifican o se adhieran a la Convención tienen que adecuar su legislación interna y derogar las disposiciones que resulten incompatibles. En el caso peruano, hubo distintos proyectos en el Congreso, pero, finalmente el D.L. 1384 ha realizado la adecuación, con necesarias reformas en el Código Civil, Código Procesal Civil y Ley del Notariado. Por tal motivo, es ridículo que, en nuestro país, con retraso jurídico de un siglo, se encuentren voces que formulen críticas a la adecuación normativa, que constituye una obligación universal, acorde con los tiempos y la vigencia de los derechos humanos de personas vulnerables, pese a lo cual, con posiciones, que podrían calificarse de reaccionarias, to-

davía pidan retornar a la situación anterior, que hasta por el nombre (“inapaces”) no era compatible con la Constitución.

El D.L. 1384 elimina el término “incapacidad”, salvo en el art. 43 CC, respecto a la incapacidad absoluta, predicada para los menores de 16 años, “salvo para aquellos actos determinados por la ley”. Por su parte, las personas con discapacidad (por edad, enfermedad, accidente, congénita) cuentan con plena capacidad de ejercicio, sin embargo, pueden necesitar apoyos (art. 3, 2° y 45 CC, modificados por D.L. 1384). En todo caso, no se le aplica el régimen de la curatela -que ha quedado circunscrito a las personas mayores de edad con capacidad de ejercicio restringida (art. 44 CC incisos 4 a 8, concordante art. 564 CC, modificado por D.L. 1384), previa interdicción judicial (art. 566, modificado por D.L. 1384)- sino el de apoyos designados por juez o notario (art. 45-B CC, incorporado por D.L. 1384). En resumen, cuando la persona con discapacidad puede expresar su voluntad, entonces el nombramiento de apoyo se hace ante notario, mediante una escritura pública (arts. 29 a 34 D.S. 016-2019-MIMP), inscrita en el registro personal, cuando no haya representación, o, en el registro de mandatos y poderes, cuando lo hubiese (RTR N° 1135-2019-SUNARP-TR-L, convertido en precedente por el 214° Pleno), aunque esto último es criticable, pues la representación es una figura añadida al apoyo, sin reemplazarlo, por tanto, el acto principal, como unidad, debe arrastrar al accesorio, con el fin que la inscripción se realice también en el registro personal. Por otro lado, cuando la persona con discapacidad no puede expresar su voluntad, entonces tal función recae necesariamente en el juez (art. 659-E CC, incorporado por D.L. 1384).

3.2.5. Juicio de capacidad, libertad y conocimiento

La introducción deberá expresar la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los comparecientes (art. 54-h LN). Esta es una manifestación del notario, consecuencia de su calidad de jurista, y cristaliza en un juicio que, por ser tal, y no la comprobación de un hecho, solo llega a adquirir el valor de una afirmación proveniente de persona especialmente calificada. En efecto, la capacidad (de entender y querer los actos propios) no puede afirmarse que sea un hecho que directamente se constate en forma sensorial, por lo que no tiene amparo de fe pública. En cambio, la presunción de verdad impuesta por el juicio notarial -siendo igualmente conside-

rada como cierta en el tráfico-, produce una eficacia menor, cuando se le contradice. En algunos casos, por la gravedad de la dolencia que padece el compareciente o por su avanzada edad, el notario requiere la intervención de médicos, psicólogos o psiquiatras, aunque su presencia no está regulada por la ley. Los médicos constatan la salud física de la persona, mientras los psiquiatras lo hacen respecto de la salud mental. La pericia médica o psiquiátrica no libera al notario de su obligación profesional de emitir el juicio de capacidad en relación con los comparecientes, sin embargo, podría liberarlo de responsabilidad si se utilizó la diligencia debida (conurrencia de un facultativo especialmente cualificado), quien no habría podido advertir la discapacidad que sufre el sujeto. En tal caso no hay culpa profesional, por lo que tampoco existe responsabilidad.

Por el contrario, en el ámbito de la libertad (actuación sin presiones internas o externas) o el conocimiento (consentimiento informado de los efectos del acto celebrado) de los comparecientes, el notario no puede auxiliarse en ningún experto, pues la libertad se evalúa en su contacto directo con las partes, mientras el conocimiento surge de su propia actuación cuando ejecuta su deber de consejo o información en advertir los efectos legales del instrumento que autoriza (art. 27 LN).

3.2.6. Mención de que el instrumento se extiende con minuta o sin ella

En el caso particular de nuestro ordenamiento jurídico, la minuta es un documento privado que ya contiene el acto o contrato celebrado por las partes, con la particularidad de que viene autorizado por abogado, y además en él se hace la rogación al notario con el fin de extender la escritura pública. Asimismo, y, por simplicidad, la ley del notariado ha establecido algunos actos jurídicos que no requieren la presentación de minuta; por tanto, en ellos los comparecientes declaran directamente su voluntad ante notario, sin intermediación escrita. Esos actos son: otorgamiento y modificaciones de poder, renuncia de nacionalidad, nombramiento de tutor y curador, reconocimiento de hijos, autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad, aceptación o renuncia de herencia, declaración jurada de bienes y rentas, declaración de voluntad de constitución de pequeña o microempresa, donación de órganos y tejidos,

constitución de hipoteca unilateral y cualquier otro que señale la ley (art. 58 LN). Sin embargo, aun en estas hipótesis, el interesado puede optar facultativamente por manifestar su voluntad a través de minuta.

3.3. Cuerpo de la escritura

El cuerpo contiene fundamentalmente la declaración de voluntad de las partes expresada en minuta previa, o sin ella cuando la ley lo permita, lo que fija el conjunto de derechos y obligaciones asumidas por las partes. Además, en él se insertará el comprobante que acredita la representación (instrumento probatorio del acto de apoderamiento), si fuera el caso, o se cualquier otro documento que sea exigible o conveniente para conformar o completar la citada declaración de voluntad (art. 57 LN).

El cuerpo de la escritura se corresponde con el texto del negocio, por lo que sus autores directos son las mismas partes¹³⁰³, sin perjuicio que el notario pueda ejercer el deber de consejo o información, con la finalidad de apoyar a los interesados en la adecuación del negocio a la legalidad, pero en cualquier caso esa participación es propia a la de un asesor cualificado¹³⁰⁴, pero no lo convierte en declarante o creador de la declaración. El contenido del cuerpo, expresado en los derechos y obligaciones de las partes, servirá para que el notario pueda calificar el acto o negocio, con el fin de nominar jurídicamente la escritura pública¹³⁰⁵, pero con la salvedad de que el *nomen*

1303 Etchegaray, N. & Capurro, V. (2011), p. 285.

1304 "El notario debe velar por el cumplimiento de la legalidad vigente. La moderna doctrina notarialista ha venido a poner de manifiesto la importante labor que realiza el notario como controlador de la legalidad del acto o del negocio jurídico y los importantes efectos positivos que produce dicho control en el sistema económico. Este control de legalidad que realiza el notario tiene, pues, fundamentalmente, dos aspectos: uno activo, procurando adaptar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico, y otro negativo, expulsando de la garantía de la fe pública a aquellos que no quieren adecuarse al mismo. La dialéctica entre estos dos principios representa el caballo de batalla del quehacer notarial": Garrido, M. (2007), p. 75.

1305 "Uno de los principios que informa la actuación notarial es el de calificación, que se manifiesta entre otras expresiones, en la determinación del tipo instrumental y del tipo negocial o del hecho que se ha de cobijar en el documento público. Para poder calificar se exige que el notario sea un profesional del Derecho. Solo alguien, experto en temas jurídicos, puede determinar el negocio, acto o hecho jurídico que se pretenda instrumentar por los sujetos que requieren de la actuación notarial. Se trata de una operación jurídica que engarza las voluntades de las partes con el fin práctico que ellas persiguen": Pérez

iuris es señalado casi siempre por los interesados, aunque el notario puede rectificarlo cuando exista error patente o notorio.

3.4. Conclusión de la escritura

Por último, en la conclusión se expresará lo siguiente (art. 59 LN, modificado por D.L. 1232¹³⁰⁶):

- La fe de haberse leído el instrumento, por el notario o por los comparecientes, a elección de estos.
- La ratificación, modificación o indicaciones de los comparecientes que también serán leídas.
- La fe de entrega de bienes que se estipulen en el acto jurídico, si fuese el caso.
- La transcripción literal de normas legales cuando en el cuerpo de la escritura se le citen, y se refieran a actos de disposición u otorgamiento de facultades,
- La transcripción del documento o declaración que sea necesario y que pudiera haberse omitido en el cuerpo de la escritura.
- La intervención de personas que sustituyen a otras, por mandato, suplencia o exigencia de la ley, siendo que estas anotaciones podrán constar al margen del instrumento.
- Las omisiones que a criterio del notario deban subsanarse para obtener la inscripción de los actos jurídicos objeto del instrumento y que los otorgantes no hayan advertido.

Gallardo, L. (2013-2014), p. 535, que constituye uno de los escasos trabajos sobre tan importante materia.

1306 El último inciso de esta norma, introducida por el D.L., presenta falencias formales. En efecto, nótese que el inciso final se ha agregado en forma apresurada, pues la escritura concluye siempre con las firmas de los otorgantes, sin embargo, ahora la constancia de control y diligencia podría aparecer teóricamente luego de las firmas, lo que obviamente es incoherente. Es más, véase el inciso i) que termina con la letra “y” que conecta el penúltimo párrafo con el último, pero si bien ello era cierto en la versión original del art. 59, sin embargo, luego de la modificación del D.L. 1232, el inciso i) ya no era el penúltimo párrafo, pero el conector “y” se mantuvo como fiel testigo de la forma en la que se redactan las normas en nuestro país.

- La corrección de algún error u omisión que el notario o los otorgantes adviertan en el instrumento.
- La constancia del número de serie de la foja donde se inicia y de la foja donde concluye el instrumento.
- La impresión dactilar y suscripción de todos los otorgantes, así como la suscripción del notario, con indicación, tanto de la fecha en que firma cada uno de los otorgantes, como de la fecha en que concluye el proceso de firmas del instrumento.
- La constancia de haber efectuado las mínimas acciones de control y debida diligencia en materia de prevención del lavado de activos, especialmente vinculado a la minería ilegal u otras formas de crimen organizado, respecto a todas las partes intervinientes en la transacción, específicamente con relación al origen de los fondos, bienes u otros activos involucrados en dicha transacción, así como con los medios de pago utilizados (novedad: D.L. 1232).
- La constancia de haber verificado la declaración de beneficiario final
- El medio de pago bancario, cuando sea exigible.

3.4.1. Fe de lectura¹³⁰⁷

Es un requisito de honda tradición histórica -ya presente en la Pragmática de Alcalá (1503), dictada por Isabel La Católica-, que los escribanos lean los instrumentos, presentes que sean las partes y los testigos. Desde esa época, este deber se ha mantenido casi inalterable en la legislación notarial. La finalidad de la lectura es asegurar que los otorgantes hayan prestado su conformidad con pleno conocimiento del texto documentado. La importancia del requisito es tan grande, que, en caso de omitirse la fe de lectura, se entenderá que esta no se ha producido, con la consiguiente nulidad del instrumento notarial por ausencia de un elemento esencial, pues, en tal caso, se reputa que los otorgantes se han obligado sin conocimiento efectivo del negocio estipulado.

1307 En este punto seguimos a: Gattari, C. (2004), p. 138.

Dos aspectos hay que resaltar en la lectura: el hecho real e histórico de haber leído el instrumento y la constancia notarial. Una cosa es leer y otra decir que se ha leído, esto es, el hecho real obra en la dimensión “acto”; mientras la constancia aparece en el “instrumento”. Para la apariencia jurídica, como ya se ha dicho, resulta más importante esta última, pues al haberse consignado que se leyó la escritura, se atribuye a las partes conocimiento del contenido y de la redacción. Si tal hecho fuese negado, se deberá probar la nulidad a través de una acción autónoma (querrela de nulidad), por tratarse de un hecho amparado por la fe pública. En el Derecho comparado, normalmente se considera que el sujeto obligado a la lectura es el notario, y los comparecientes son los escuchas. Sin embargo, nuestra ley indica que la lectura del instrumento puede realizarse, ora por el notario (en cuyo caso, necesariamente se hace en voz alta, clara e inteligible), ora por las partes en forma directa. La norma agrega que cualquiera de las fórmulas utilizadas se hace a elección del notario, quien es el que da fe de la lectura, sea por que la realice él o por sí los comparecientes. La solución facilitadora de la ley tiene como finalidad eliminar formalidades exageradamente rigurosas.

3.4.2. Ratificación del consentimiento y agregados

Una vez realizada la lectura de la escritura pública, sea por el notario o por los comparecientes, se entiende que estos se encuentran debidamente informados del texto documentado, por lo que recién pueden prestar su consentimiento. Por ello, luego de la lectura, la ley señala que debe efectuarse la constancia de ratificación de voluntad de los otorgantes (art. 59-b LN). Si bien es cierto que este requisito se entiende obligatorio, sin embargo, el hecho que los otorgantes hayan firmado la escritura pública significa que estos han ratificado su voluntad de obligarse, pues, en caso contrario, ¿por qué se habría firmado el instrumento? En tal sentido, el otorgamiento de la escritura es la declaración del compareciente de que las declaraciones (de voluntad o de ciencia) son exactas y las acepta como propias. El notable jurista español Nuñez Lagos, luego de un estudio histórico del tema, llega a esta conclusión, pues el otorgamiento se considera un nuevo, último y definitivo consentimiento de los otorgantes, y que tendría la significación de una proclamación de paternidad del negocio y del instrumento. Por tanto, el elemento culminante del otorgamiento es la suscripción del instrumento

protocolar, lo que se entiende como el definitivo consentimiento del texto documentado. Por ello, la ratificación de la voluntad (art. 59-b LN) se refunde con el requisito de suscripción del instrumento (art. 59-j LN). En tal sentido, la sola firma de las partes presupone el otorgamiento, esto es, la prestación definitiva del consentimiento.

Por su parte, la misma norma (art. 59 LN) permite que las partes realicen agregados o modificaciones del texto del negocio, los cuales se consignan en la conclusión de la escritura. En el caso de que exista contradicción entre una estipulación pactada en el cuerpo del instrumento, y otra en la conclusión, entonces se entenderá que esta última prevalece, pues por cuestión temporal es la última voluntad manifestada, con lo que se deroga o modifica lo anterior. En los casos de modificación o agregado, es evidente que no se requiere autorización de abogado, ni rogación, pues en el estado de la audiencia notarial ya no resultan aplicables las formalidades propias de la minuta.

3.4.3. Entrega de bienes

Es frecuente que los contratos celebrados ante el notario no se limiten a expresar las declaraciones vinculantes, sino también a ejecutar las prestaciones, o por lo menos algunas de ellas, tales como el pago del precio, y, en menor medida, la entrega del bien. En tales casos, en la fase de conclusión de la escritura, se inserta un acta que comprueba un hecho, como ocurre, por ejemplo, con el desplazamiento posesorio del cheque de gerencia al cual se le dota de efecto cancelatorio del precio.

3.4.4. Transcripción de normas que otorgan facultades, de documentos o declaraciones

Es frecuente que los actos de apoderamiento se limiten a citar las normas legales, con función de señalar un conjunto de facultades, tal como los arts. 74 y 75 CPC, pero sin explicitar el contenido, por tanto, con la transcripción de las disposiciones normativas se asegura el consentimiento informado del compareciente, por lo que, se trata de una formalidad esencial. Por otro lado, los documentos adicionales o anexos (por ejemplo: planos), así como las declaraciones de las partes, constan en el cuerpo de la escritura

(art. 57 LN), pero, en caso de haberse omitido, entonces la subsanación se consignará en la conclusión (art. 59-e LN).

3.4.5. Intervención de sustitutos

El texto del instrumento público, ya redactado, puede quedar pendiente de firma por mucho tiempo, sea por desidia, sea por distintas vicisitudes, como la muerte de los comparecientes o el cambio de apoderados. En tales casos, el texto no se modifica, por lo cual, la intervención de sustitutos (nuevos representantes o herederos) puede realizarse mediante anotaciones marginales en el instrumento (art. 59-f LN), lo cual tiene como finalidad evitar la alteración del texto ya redactado e impreso.

3.4.6. Subsanación de diversos errores u omisiones

a) Para la inscripción registral

La inscripción en el registro puede quedar supeditada al cumplimiento de distintos requisitos formales, por cuya virtud, se habilita que la subsanación en la conclusión del instrumento (art. 59-g LN), como puede ocurrir, por ejemplo, con el inserto de un acta certificada que acredita un acuerdo societario.

b) Para la eficacia documental

La escritura pública es el instrumento protocolar, autorizado por el notario, en el cual se documenta la celebración de uno o más actos jurídicos (art. 51 LN). La escritura es el típico documento producido por el notario, y se encuentra sujeto a rigurosos requisitos de forma que busca garantizar, entre otras circunstancias, la identidad de las partes, su consentimiento libre e informado, la integridad del texto sobre el cual las partes se comprometen y la inalterabilidad física a través del archivo en el protocolo. En efecto, si se busca que los contratantes actúen con pleno conocimiento sobre el compromiso al cual se sujetan, entonces resulta necesario que se resguarde la integridad del texto; es decir, que las partes se obligan a un preciso y delimitado texto escrito que no pueda ser modificado o alterado luego de su firma. Por tal razón, el art. 57 LN señala que la declaración de voluntad de los otorgantes vendrá contenida en minuta autorizada por letrado, salvo excepciones, la que deberá ser insertada en forma literal. De esta manera se vela por la fidelidad de la declaración de las partes, pues el notario transcribe el texto

escrito contenido en la minuta, el que no se altera o modifica. Sin embargo, puede ocurrir que al momento de la transcripción se produzcan distintos tipos de errores que pueden agruparse en dos hipótesis claramente distintas:

- a) La minuta firmada por las partes se transcribe literalmente en la escritura; pero luego el notario advierte que hay un **error sustancial** en la declaración, lo que puede ocurrir, por ejemplo, si las partes consignan un determinado precio en letras que es distinto al que aparece en números. En tal caso, no existe error en la transcripción, sino en la declaración misma, por lo que el notario deberá advertir de ese hecho a las partes con el fin de subsanar el error a través de una **declaración aclaratoria** en la conclusión de la escritura. La firma de las partes en la conclusión de la escritura subsana el error.
- b) La minuta firmada por las partes no se transcribe literalmente, por omisión o agregación indebida, ante lo cual hay un **error material** en la redacción del instrumento, por lo que el notario puede corregir el error en la conclusión de la escritura pública a través de una **redacción aclaratoria**. En este caso la minuta está mal transcrita en el cuerpo del instrumento, por lo que la subsanación en la conclusión se limita a mantener el texto de la minuta, lo cual se convalida con la firma de las partes.

Las dos hipótesis de corrección están permitidas por el art. 59-h) LN, como antes ya fueron admitidas por el Dec. Ley N° 26002. Por tal motivo, el procedimiento de corrección es válido, sea para realizar declaraciones o redacciones aclaratorias.

3.4.7. Serie de la foja donde se inicia y concluye el instrumento

La indicación de la serie de la foja donde se inicia y concluye el instrumento (art. 59-i LN) tiene la finalidad de individualizarlo dentro del protocolo para fines de seguridad documental, sin embargo, la jurisprudencia registral no la considera una formalidad esencial, por lo que su ausencia no impide la inscripción del título.

3.4.8. Impresión dactilar y suscripción de los otorgantes

La firma se generaliza en la Edad media, cuando en las declaraciones escritas se pone el nombre propio al final de la redacción, con lo que se establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad de aquel que lo firma. En tal sentido, se entiende por firma la representación gráfica que hace una persona, en forma manuscrita, y con signos que son habituales en él. La ley no exige que la firma contenga el nombre de quien suscribe, por lo que puede tratarse de simples trazos de fantasía. La finalidad de la firma es vincular un escrito con una persona, de tal manera que esta asuma la paternidad de aquél, con lo que se objetiva en el papel la prestación del consentimiento.

La impresión dactilar consiste en el acto de imprimir la yema de un dedo de la mano en un documento, al costado de la firma, y para lo cual deberá realizarse un entintado a fin de que los rasgos de la huella queden impregnados en el papel¹³⁰⁸. Este requisito tiene como fundamento que los dibujos curvilíneos de las yemas de los dedos son distintos de una persona a otra, o en todo caso, la posibilidad de igualdad es remotísima, de acuerdo con el cálculo de probabilidades. De esta manera, la impresión dactilar se convierte en un elemento más de individualización de la persona, y en muchos casos, en el elemento decisivo. La Ley 28580 (publicada: 12.07.2005) introdujo dos modificaciones en el art. 59-j de la antigua LN, pues, además de la firma de los sujetos de la escritura pública, exigió que se consigne la fecha en que cada compareciente firmó, así como la impresión dactilar de todas las partes. En la práctica, este último requisito se cumplía en muchos casos como medida de prevención, pero no era obligatorio.

En relación con la firma, existen dos sistemas en el Derecho comparado: la unidad de acto y la unidad de contexto. Por el primero, los comparecientes y testigos deben concurrir todos juntos, y en forma simultánea, a la lectura y firma del documento. Por el segundo, los comparecientes pueden concurrir separadamente a la firma del instrumento, entendiéndose que, si bien no hay unidad de acto en la prestación del consentimiento, sin embargo, sí hay unidad de contexto, por cuanto todos los otorgantes quieren lo mismo, y prestan su consentimiento sobre idéntico texto documentado,

¹³⁰⁸ González, C. (1953), p. 241.

aunque cada uno lo pueda hacer en distintas fechas. Este es el sistema que rige en nuestro país. El sistema de unidad de contexto tiene algunas excepciones, como es el caso de los testamentos, en donde el otorgamiento se efectúa en acto único, según la legislación sustantiva; además, la intervención de intérpretes y firmantes a ruego exige, por la propia naturaleza de la función que estos cumplen, que concurren simultáneamente con la persona que desconoce el idioma, a efectos de realizarle la traducción simultánea, o con la persona que no sabe o no puede firmar, a fin de actuar, precisamente a su ruego, durante la audiencia notarial.

3.4.9. Autorización del notario

El art. 23 LN establece en forma general que los instrumentos públicos son los que el notario ha autorizado en ejercicio de su función, como elemento de existencia (concordante: arts. 51 y 97 LN), mientras el art. 59-j) LN se refiere como “la suscripción del notario” en el instrumento protocolar, por su parte, el art. 97, 1° LN habla de la necesaria “autorización” de los instrumentos extraprotocolares.

La autorización es la declaración escrita del notario (acto), materializada en la suscripción o firma del instrumento (hecho), por cuya virtud, manifiesta su conformidad plena con el acto, por lo que este se convierte en auténtico, público y solemne. La autorización es el punto final de la actividad del notario, de exclusiva competencia suya, que la ejerce solo él, sin compartirla con ninguna otra autoridad. Por ello, cuando se trata de una escritura pública, entonces se distinguen dos actos materialmente separables, como el otorgamiento y la autorización, en tanto, el primero corresponde a las partes, pero, el segundo al notario¹³⁰⁹, aunque ambos conforman una unidad sustancial, pues solo con su concurrencia existe instrumento¹³¹⁰. En

1309 Giménez Arnau, E. (1976), p. 674.

1310 Por tal motivo, la sola firma de las partes, sin la del notario, no lo convierte en instrumento notarial, por tanto, el documento público, en realidad, nace en instante único, cuando se autoriza el acto, lo cual presupone el cumplimiento de las exigencias previas, entre ellas, el otorgamiento de las partes. Ello es tan cierto que el art. 61 LN se pone en el caso en que todas las firmas de la escritura se hayan completado, pero no exista la autorización del notario, quien ya hubiese cesado en el cargo, pues, en tal caso, cualquier interesado podría solicitar por escrito al Colegio de Notarios encargado del archivo, a fin de que

cambio, los instrumentos extraprotocolares, normalmente, no reciben una declaración de partes, sino se limitan a comprobar un hecho. En cualquier caso, la autorización como declaración del notario (acto) se concreta o materializa por medio de la conducta física de firma (hecho). Es evidente que uno no puede existir sin el otro, pues, si el instrumento notarial es documento escrito y formal, entonces la autorización del notario, como declaración de conformidad, no puede constar verbalmente, por tanto, es imprescindible la firma como una constancia escrita de la autoría del documento, acreditativa de la autorización, y, con lo que se produce, a partir de ese momento, la existencia del instrumento.

La autorización eleva un acto privado a la categoría de instrumento público, de competencia del notario, no de las partes, por ello, aunque generalmente sean simultáneas, el otorgamiento y la autorización, pueden considerarse como dos partes distintas de la escritura¹³¹¹. Ello es tan cierto que el art. 61 LN se pone en el caso en que todas las firmas de la escritura se hayan completado, pero no exista la autorización del notario, quien ya ha cesado en el cargo. Aquí, cualquier interesado puede solicitar por escrito al Colegio de notarios encargado del archivo, a fin de que designe un notario que dé fe de este hecho y autorice la escritura con indicación de la fecha en que se verifica dicho acto, con citación previa de los interesados. Transcurrido dos años desde el cese, el protocolo notarial será remitido al Archivo General de la Nación o al Archivo Departamental, según sea el caso, ante quien se podrá realizar esta misma solicitud (D. Ley 19414). Por el contrario, si el notario ha cesado, y la escritura no se encuentra firmada por todos los comparecientes, entonces cualquiera de estos podrá suscribirla, para lo cual lo solicitará por escrito al Colegio de Notarios encargado del archivo, a fin de que designe un notario que dé fe de tal hecho (art. 62 LN), con la indicación de la fecha. Transcurridos dos años del cese, el protocolo notarial es remitido al Archivo General de la Nación o al Archivo Departamental, según sea el caso, en donde se podrá realizar la misma solicitud (D. Ley 19414), cuya finalidad es que notario ad hoc certifique prestación de consentimiento del sujeto cuya intervención faltaba.

designe un notario que dé fe de este hecho y autorice la escritura con indicación de la fecha en que se verifica, con citación previa de los interesados.

1311 Giménez Arnau, E. (1976), p. 674.

3.4.10. Constancia formal del origen de los fondos

El art. 16-p) LN, modificado por D.L. 1372, establece la obligación del notario de cumplir con las normas pertinentes en materia de prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo, conforme a la legislación de la materia. En tal sentido, el art. 59-k) LN, modificado por D.L. 1232, exige dejar constancia de las “mínimas acciones de control y debida diligencia” en relación con el origen de los fondos involucrados en la transacción, como medida de prevención del lavado de activos, especialmente vinculado con la minería ilegal u otras formas de crimen organizado. Por tal motivo, en la práctica, la conclusión de la escritura contiene una declaración jurada de licitud de fondos, que podría expresarse en los siguientes términos: *“las partes declaran, bajo responsabilidad, que los fondos, activos y recursos que son materia del presente acto jurídico, han sido obtenidos por mecanismos jurídicos lícitos, previstos por las leyes, por tanto, no se encuentran incursos en actividades de minería ilegal, evasión o defraudación tributaria, crimen organizado en sus diversas modalidades o lavado de activos en general”*. La falta de constancia determina la no inscripción del título, sea que se trate de escrituras públicas, o incluso de actas de transferencia de bien mueble registrable (RTR N° 243-2017-SUNARP-TR-T de 06.06.2017).

No obstante, fuera de este ámbito, también subsisten las obligaciones del notario en relación con la legislación contra el lavado de activos, específicamente la Ley 27693, D.L. 1106, D.S. 020-2017-JUS, Res. SBS 5709-2012, en tal sentido, deberá verificar la integridad de sus colaboradores, capacitarlos, llevar un registro de operaciones, conocer a su cliente, verificar documentos sobre antecedentes patrimoniales y personales, evaluar su pertenencia a grupos de riesgo, informar las operaciones sospechosas, entre otras, pero de ello no se deja constancia en la escritura pública, sino que constituyen obligaciones pre y post-documento¹³¹², por tanto, son deberes administrativos ajenos a la legislación notarial en estricto.

1312 La guía de orientación de notarios 2021, en la legislación anti-lavado, puede verse en el enlace: https://salavirtualcnl.notarios.org.pe/SalaVirtualOCP/pluginfile.php/126/mod_resource/content/1/Gu%C3%ADa%20Informativa%202021.pdf (consulta: 12.10.2021).

3.4.11. Constancia de medio de pago bancarizado

La conclusión de la escritura -siempre que se trate de transmisión de propiedad u otro derecho real sobre inmueble o vehículo; constitución de sociedad aumento o reducción de capital, que supere el monto de 3 UIT-, deberá insertar necesariamente (o adjuntar) el medio de pago bancario utilizado para cancelar la obligación, y en caso que no se haya utilizado alguno, entonces el acto jurídico no podrá ser formalizado, según la Ley 30730 (publicado: 21.02.2018, vigente a los seis meses: 21.08.2018), que modifica los arts. 3, 5 y 7 del TUO de la Ley 28294, para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, aprobado por D.S. 150-2007-EF. Para otros actos (ejemplo: compraventa de bienes muebles no vehículos, préstamos, cancelación de préstamos, arrendamientos, contratos preparatorios, contratos que generan obligaciones de hacer, etc.), igual es obligatoria la utilización de medios de pago, sin embargo, la omisión no impide la formalización del acto jurídico, sin perjuicio que se incluya la cláusula de no utilización del medio de pago bancario. No obstante, el art. 2 D.S. 006-2013-JUS¹³¹³ establece la obligatoriedad de realizar pagos a través del sistema financiero cuando el monto sea superior a S/. 3,500.00 nuevos soles, pero siempre que “tengan que pagar los usuarios en dichas sedes”, es decir, dentro de las oficinas notariales¹³¹⁴.

1313 *“Las transacciones, pago de contratos u otras obligaciones que se celebren al interior de los oficios notariales, así como cualquier otro tipo de servicio que tengan que pagar los usuarios en dichas sedes, por montos superiores a los S/. 3500,00 (tres mil quinientos nuevos soles) o su equivalente en moneda extranjera, deben ser realizados necesariamente a través de empresas del Sistema Financiero, utilizando cualquiera de los medios de pago establecidos en el artículo 5º del texto único ordenado de la ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía aprobado mediante Decreto Supremo N° 150-2007-EF”.*

1314 La parte considerativa del D.S. 006-2013-JUS señala que: “el presente Decreto Supremo determina la necesidad de generar mecanismos para conseguir mayor seguridad personal y jurídica a través de la limitación del uso de dinero en efectivo en las transacciones y operaciones contractuales, económicas u otras que se realicen en los oficios notariales, supliéndolas con otras formas o medios de pago”. La norma fue emitida luego de un lamentable suceso ocurrido en una oficina notarial, que culminó con la muerte de una de las partes de un contrato de compraventa. El caso devino en una confusa trama de conspiración, como puede verse en: <https://elcomercio.pe/lima/crimen-notaria-paino-dictan-15-anos-carcel-procesados-404228>.

3.5. Competencia del notario en actos de disposición y gravamen sobre predios

3.5.1. Poder de disposición: Definición

El poder de disposición es un concepto general en los derechos patrimoniales, reales y de crédito, que se corresponde naturalmente con el sujeto titular del derecho. En caso de titularidad compartida, la facultad de disposición sobre el derecho es mancomunada o compartida. Hay una regla importante que vale destacar: el conjunto de las titularidades de todos los derechos, sobre un objeto, determina el derecho pleno sobre el objeto y el correspondiente poder de disposición sobre él. Por ejemplo, la suma de todas las unidades inmobiliarias de la propiedad horizontal permite la disposición plena del edificio; o la suma de la propiedad y sus gravámenes determina la disposición plena¹³¹⁵.

En tal sentido, el poder de disposición permite, mediante la voluntad del titular, la creación de relaciones jurídicas en torno con el derecho que ostenta, por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial de la propiedad comprende los “actos de transferencia”, lo cual incluye obviamente los de adquisición y disposición, ya sea a título de donación o herencia (STC N° 0008-2003-AI/TC, de 11.11.2003). Así, la situación inicial de un derecho puede dar lugar a su propagación o repercusión mediante los actos de transmisión. Ello se expresa en dos reglas propias del concepto de “adquisición derivativa”, tales como la *nemo plus iuris* (nadie puede dar más derecho del que tiene) o *resoluto iure concedentis resolvitur ius accipientis* (la extinción del derecho antecedente determina la extinción del derecho consecuente)¹³¹⁶.

3.5.2. Poder de disposición: Componentes

El poder de disposición constituye la habilitación jurídica para celebrar actos dispositivos que sean eficaces sobre el derecho patrimonial. El poder de disposición tiene dos componentes: objetivo y subjetivo¹³¹⁷.

1315 Badosa, F. (2009), pp. 48-49.

1316 Ibid., p. 59.

1317 Ibid., p. 43.

El primero (objetivo) es la “disponibilidad del derecho” o la aptitud para ser objeto del negocio de disposición, constitución y transmisión (por ejemplo, nuestro art. 1532 CC, habla de los bienes cuya enajenación no esté prohibida). La disponibilidad es una calidad general de los derechos patrimoniales, aunque se le excluye en los siguientes casos: i) bienes fuera del comercio; ii) por virtud del propio derecho según su configuración legal; iii) por el estatuto legal de un derecho que, siendo disponible en sí mismo, está vinculado a una adquisición futura que impide en el presente los actos de disposición (reversión, fideicomiso)¹³¹⁸.

El segundo componente (subjetivo), o “facultad de disposición”, significa que el autor del negocio tenga la habilitación por sí o de una persona determinada para realizar eficazmente los negocios dispositivos respecto de ella. La facultad de disposición se refiere al ámbito jurídico, no al poder de disposición material referido al objeto del derecho. Normalmente la facultad dispositiva (“ordinaria”) corresponde a la titularidad del derecho; mientras que en algunos casos la facultad está conferida a personas ajenas al derecho (“extraordinaria”). La habilitación ordinaria es plena, salvo para casos de transmisiones gratuitas; y la habilitación extraordinaria requiere de una fuente de creación. En algunos casos se presentan conflictos entre ellas¹³¹⁹.

La diferencia entre la disponibilidad y el poder de disposición se aprecia especialmente en las limitaciones. Así pues, la falta de disponibilidad es inherente al objeto del derecho; mientras que la ausencia de facultad dispositiva se refiere a la persona-titular, y no al objeto. Es evidente que la limitación del primer elemento es excepcional, razón por lo que se tiende a identificar, erróneamente, la facultad de disposición del otorgante con el poder de disposición¹³²⁰.

1318 *Ibid.*, pp. 44-45.

1319 *Ibid.*, p. 47.

1320 *Ibid.*, pp. 43-44.

3.5.3. Poder de disposición: Consecuencias

El poder de disposición sobre la titularidad del derecho origina tres consecuencias jurídicas¹³²¹: i) el poder no es suprimible porque atentaría contra la mencionada titularidad, pero sí es limitable, en razón de limitaciones legales o *ex voluntate* mediante la técnica de la prohibición de disponer, cuando estas sean permitidas; ii) La facultad se extingue con la titularidad, y si bien no hay norma expresa, el sistema jurídico presupone que hasta el momento de la transmisión del derecho, el transmitente conserva la facultad inherente a la titularidad; iii) El ejercicio de la facultad ordinaria es una apariencia del ejercicio del propio derecho. Por su parte, la facultad extraordinaria se presenta en el Derecho sucesorio, de familia y también en el estrictamente patrimonial; aunque en algunos casos, mediante figuras próximas a las de un administrador de bienes o de patrimonio, en los que muchas veces se despoja de la facultad al propio titular. Por el contrario, en otras hipótesis, un derecho ajeno retiene la facultad de disposición respecto de otro bien. Es el caso del *ius distrahendi* en los derechos reales de garantía; en los cuales el titular del derecho mantiene la facultad dispositiva. En otros casos, la facultad de disposición sobre un derecho ajeno es accesoria de un gravamen, como el usufructo con facultad de disposición, propio del Derecho español¹³²².

3.5.4. Poder de disposición: Clasificaciones

a) Poder de disposición en sentido amplio y en sentido estricto

El art. 923 CC establece que el propietario tiene disposición de sus bienes, lo cual significa que puede celebrar actos de disposición, cuya finalidad consiste en modificar la situación jurídica de la cosa, como ocurre con las transferencias, constitución de gravámenes y derechos reales menores. El término “disponer” puede entenderse en dos sentidos: uno, amplio, por el cual los actos de disposición comprenden los de transferencia y gravamen; otro, restringido, por el que se refiere solo a la transferencia. En tal sentido, el art. 923 CC señala que el propietario cuenta con la potestad de disponer sobre el derecho subjetivo, como referencia genérica, por lo que se entiende

1321 Ibid., p. 49.

1322 Ibid., pp. 50-51.

incluido los actos de gravamen, por tanto, asume la tesis amplia. Sin embargo, el art. 156 CC establece que los actos de apoderamiento para disponer y gravar requieren de escritura pública, bajo sanción de nulidad, por lo cual, en forma contradictoria, adopta la tesis restringida. Por su parte, el art. 4 LN, modificado por la Ley 30313, luego superado por el art. 123-A LN, introducido por el D. L. 1232, ahora modificado por el D. L. 1310, hace la misma distinción entre “actos de disposición o de gravamen”, por tanto, sin lugar a duda, acoge nuevamente la tesis restringida de “disponer”, distinto de “gravamen”, lo cual significa que ambos tienen un ámbito distinto.

En buena cuenta, el propietario puede “disponer” (en sentido amplio), en el sentido que tiene la potestad de transferir o modificar el derecho, lo que comprende tres tipos o clases: actos de disposición propiamente dichos (en sentido estricto), actos de gravamen y actos neutros. Los actos de disposición propiamente dichos son aquellos que producen la transferencia integral del derecho, por tanto, en ellos, el transmitente pierde la titularidad, pues el derecho se traslada absolutamente en el adquirente, por lo que el transmitente deja de ser titular (STC N° 0008-2003-AI/TC, de fecha 01.11.2003). Por tanto, serán reputados actos de disposición, la compraventa, la permuta, la donación, la dación en pago, en los que se transfiera la propiedad del bien, o cuando se produzca renuncia abdicativa o liberatoria, así como cuando se transfiera íntegramente algún derecho real sobre el bien, como ocurre en la transmisión de usufructo, superficie o hipoteca -en este último caso, se denomina propiamente “cesión”. En buena cuenta, la prerrogativa *in toto* escapa del alcance propiamente del antiguo titular. Por su parte, el acto de gravamen constituye o transmite un derecho real de manera parcial, en consecuencia, el sujeto transmitente conserva el derecho, mientras el adquirente recibe “una parte”, si se quiere entendido en forma pedagógica. La necesidad de que el gravamen involucre derechos reales se justifica porque el derecho obligacional no afecta la propiedad frente a terceros, por tanto, no la “grava” o “persigue”, y más bien se trata de acto de administración. En suma, serán reputados actos de gravamen: la constitución de hipoteca, anticresis, usufructo, superficie, servidumbre, uso o habitación, en tanto el propietario conserva el derecho, pero gravado, así como la constitución de servidumbre, uso o habitación por el usufructuario o superficiario, quienes

mantiene esos derechos. En doctrina se considera que también son actos de disposición, pero neutros, los que afectan el objeto y, con ello, al derecho, pero no la titularidad, que sigue en manos de la misma persona, como ocurre con los actos de constitución del régimen de propiedad exclusiva o común -que modifica el régimen jurídico del objeto-, o los de acumulación o independización de predios, que no cambian la titularidad, pero sí alteran el carácter físico del bien, creando nuevos derechos¹³²³.

b) Poder de disposición y Acto de disposición

En principio cabe aclarar que el “poder de disposición” es un concepto general, por cuya virtud, el sistema jurídico autoriza que el propietario pueda trasladar, modificar o extinguir el derecho, mientras el “acto de disposición” es el resultado de ejercer ese poder, lo que se materializa en un negocio particular. Por ejemplo, el propietario puede “disponer” mediante el “acto” de compraventa o permuta.

El “acto de disposición” es un concepto surgido en el Derecho alemán, como antitético al de “acto de obligación”¹³²⁴, por tanto, el primero abarca los actos que transfieren derechos en forma inmediata (negocio abstracto real), mientras el segundo tiene como finalidad la generación de obligaciones, de tal suerte que la compraventa y la donación son negocios obligatorios, pero el negocio real es de disposición. Esta distinción, basada en el sistema abstracto de atribuciones patrimoniales, empero, no es aplicable en nuestro Derecho, y casi en ningún otro inspirado en los negocios causales. En efecto, para el Derecho alemán, los negocios traslativos (compraventa, por ejemplo) no ingresan dentro de la categoría de los de disposición, sino de los obligatorios, por lo que se excluyen los traslativos mediatos, pues solo abarcan los traslativos inmediatos¹³²⁵. Por el contrario, el Derecho italiano, más

1323 Pau, A. (1998), p. 22, que los denomina actos con “efecto de modificación físico-jurídico”. Por otro lado, existen algunos autores que dudan que los actos de constitución de propiedad horizontal, por ejemplo, puedan subsumirse en el ámbito de los de disposición o gravamen, sin embargo, finalmente debe aplicarse las normas de los negocios de disposición, “puesto que la nueva situación creada tiene carácter permanente y da lugar a que los bienes de cada consorciado queden sujetos a limitaciones, cargas o prohibiciones de trascendencia real”: Pérez, E. (1995), p. 286.

1324 Mengoni, L. (1964), T. XIII, p. 189.

1325 Ibid., pp. 190-191.

próximo con el nuestro, establece que el negocio de compraventa constituye el punto de referencia causal del efecto traslativo del derecho, por tanto, concurre con el hecho sucesivo que determina la transferencia, si fuese el caso, para formar el supuesto traslativo¹³²⁶. En efecto, cuando el negocio es parte del fenómeno de la transferencia, por su carácter causal, entonces parece lógico considerar que se trata de un acto de disposición.

Los negocios de transferencia son los que trasladan en todo o parte el derecho en favor de la contraparte, entre ellos se encuentra típicamente la compraventa (negocio traslativo integral) o usufructo (negocio traslativo parcial), que son actos de disposición. La doctrina más moderna formula interesantes consideraciones sobre este tema, pues, la constitución de un derecho real menor y la transmisión de un derecho patrimonial, en general, son negocios dispositivos con las siguientes características: actuación sobre un derecho que es su objeto, y producción de un efecto perjudicial en el sujeto que era titular. El sacrificio patrimonial se advierte en el ámbito jurídico y económico, pues, en lo primero, la disposición incide sobre el derecho con el efecto de transmitirlo, gravarlo o extinguirlo, mientras, por lo segundo, el acto de disposición se relaciona con el patrimonio del que transmite el derecho, pero no el patrimonio de destino¹³²⁷. Sin embargo, es posible objetar que el requisito del perjuicio patrimonial sea realmente un elemento típico de todos los negocios de disposición, pues también se habla de actos dispositivos “neutros”, que constituyen la organización u ordenación del derecho, por lo que se trata de negocios de disposición que no representan un sacrificio económico. Es el caso de los actos de división, constitución de regímenes inmobiliarios, configuración de los derechos, entre otros. Por tanto, el elemento común de todos los negocios dispositivos es la actuación jurídica sobre el derecho que es su objeto¹³²⁸. La cuestión, sin duda, es polémica.

c) Acto de disposición y Acto de administración

La tradicional distinción entre “acto de disposición” y “acto de administración” se sustenta en la idea de que existen derechos que “afectan” la

¹³²⁶ Ibid., p. 192.

¹³²⁷ Badosa, F. (2009), p. 41.

¹³²⁸ Ibid., pp. 41-42.

propiedad, es decir, perjudican a los terceros, pero otros, no. Por tanto, los actos que constituyen o transmiten derechos reales serán de disposición o gravamen, según que la transferencia sea total o parcial; mientras que los actos de administración involucran derechos obligacionales¹³²⁹. Los típicos actos de administración, tradicionalmente reconocidos por la doctrina, son los contratos de arrendamiento o comodato. Por ejemplo, el art. 156 CC establece que para disponer los bienes del representado se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, por tanto, en el caso de los actos de administración (arrendamiento o comodato), el poderdante podrá expresarse en forma general, no especial, por lo que sería aceptable que el acto de apoderamiento se refiera a las facultades para gestionar o administrar el bien, para entender que dichos negocios jurídicos se encuentran incluidos.

3.5.5. Competencia notarial

a) Historia

El notario ejerce su función dentro de los límites territoriales de una provincia, aunque la ubicación de su oficina se localiza en un distrito (art. 4 LN). Pues bien, la situación primigenia de la LN, y de las anteriores, consideraba que el notario era competente para otorgar escrituras sobre inmuebles, cualquiera que fuese la ubicación del predio, siempre que las partes prestasen su voluntad ante el notario dentro del límite de la provincia. No obstante, el problema del fraude inmobiliario determinó que el art. 4 fuese modificado por Ley 30313, y, en virtud de ello, quedó establecida la nulidad de toda escritura pública de disposición o gravamen de predios ubicados fuera de la competencia territorial del notario. Sin embargo, luego de pocos meses, el D.L. 1232 incorporó el art. 123-A LN que estableció un campo anulatorio más reducido: *“Son nulas de pleno derecho las escrituras públicas de actos de disposición o de constitución de gravamen, realizados por personas naturales sobre predios ubicados fuera del ámbito territorial del notario. Asimismo, la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud*

¹³²⁹ En forma tradicional, se define el acto de administración como “el que tiene por finalidad la conservación y explotación -obtención de rendimientos- del inmueble”: Pau, A. (1998), p. 22.

de una norma especial en los formularios o documentos privados (...)", pero el D.L. 1310 limitó aún más la nulidad, pues, tal remedio ya no se aplica cuando el notario cuenta con el sistema biométrico de identificación de personas. Por su parte, el art. 123-B incorporado por D.L. 1232, señala las siguientes excepciones a la nulidad: "a) actos de disposición o de constitución de gravamen mortis causa. b) actos de disposición o de constitución de gravamen que comprenda predios ubicados en diferentes provincias o un predio ubicado en más de una, siempre que el oficio notarial se ubique en alguna de dichas provincias. c) Fideicomiso, d) Arrendamiento financiero o similar con opción de compra¹³³⁰". Sin embargo, en el caso de la contratación bancaria, financiera o crediticia en el que se transfiera o grave un bien inmueble, el consumidor tiene derecho a elegir un notario que se ubique en el lugar del bien, salvo cuando no haya notarios, no estén habilitados, tengan problemas de salud, emergencia, personas con discapacidad, se trata de un acto con varios inmuebles o uno en diferentes lugares (Ley 30908), lo cual aumenta la complejidad, y hasta irracionalidad, del sistema.

b) Situación actual

En resumen, el notario tiene competencia para extender los siguientes instrumentos:

- a) Escrituras públicas de actos de disposición o gravamen otorgados por personas naturales sobre predios ubicados dentro del ámbito territorial del notario, con lo cual se excluyen los actos de personas jurídicas.
- b) Certificaciones notariales de firmas en actos de disposición o gravamen otorgados por personas naturales sobre predios ubicados dentro del ámbito territorial del notario, realizados en virtud de norma especial en los formularios o documentos privados, sobre predios ubicados dentro del ámbito territorial del notario. Es el caso de los formularios del D. L. 1177, que regula el contrato de arrendamiento, de arrendamiento-opción de compra y de arren-

¹³³⁰ Este último inciso se aplica al arrendamiento financiero y arrendamiento-opción de compra que se encuentran fuera del ámbito del D.L. 1177, por tanto, en tal caso, no hay restricción en la competencia notarial. Por el contrario, el arrendamiento, arrendamiento-opción de compra y arrendamiento financiero del D.L. 1177 establece que el notario sea del lugar de localización del predio.

damiento financiero sujeto a dicha norma¹³³¹, y el D. L. 1196, que regula el contrato de capitalización inmobiliaria¹³³².

Las restricciones antes indicadas no aplican si el notario cuenta con sistema biométrico de identificación de personas (art. 123-A LN, introducido por D.L. 1232, modificado por D.L. 1310), con la salvedad del derecho del consumidor en la contratación bancaria, financiera o crediticia que establece la Ley 30908.

En consecuencia, los siguientes actos quedan excluidos absolutamente de las limitaciones por competencia territorial en virtud del predio, sea que se cuente o no con sistema biométrico: (a) escrituras públicas de actos de administración (art. 123-A LN, en sentido contrario); (b) escrituras públicas o certificaciones de firmas de actos de disposición o de gravamen otorgados por personas jurídicas (art. 123-A LN, en sentido contrario); (c) certificaciones de firmas de actos de disposición o de gravamen otorgados por personas naturales, siempre que no se haya amparado en norma especial que permita el uso de formularios o documentos privados, es decir, que se trate de certificaciones ordinarias regidas por la ley del notariado, exclusi-

1331 Para sujetarse a esta norma se necesitan tres requisitos sustanciales y tres requisitos formales. Los primeros son: i) el arrendador tiene que ser empresa con objeto de construcción y/o venta de inmuebles, salvo que se trate de arrendamiento financiero, en donde el arrendador es empresa financiera, si es que se pretende obtener exención del IGV; ii) el arrendatario tiene que ser persona natural; iii) el fin del arrendamiento es la vivienda. Los segundos son: i) formulario, ii) certificación notarial; iii) inscripción en el registro administrativo RAV. Por su parte, la intervención del notario solo puede ocurrir en el “*distrito o provincia donde se encuentre ubicado el inmueble arrendado*” (art. 6.4 D.L. 1177), lo que debe interpretarse en el sentido que se trata del “*distrito notarial*” (cuando se trata de colegio notarial de una sola provincia, como Lima), o a la “*provincia geográfica*” (cuando se trata de colegio notarial con varias provincias, como Callao). Esta es la única interpretación concordante con el art. 123-A LN, incorporado por el D.L. 1232, por lo cual, “*la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados*”, cuando la diligencia se efectúe “*fuera del ámbito territorial del notario*”, que es provincial dentro del distrito notarial. Sin embargo, tal restricción queda sin efecto si el notario cuenta con sistema biométrico de identificación de personas.

1332 Art. 5-B in fine de la Ley 28364, incorporado por D.L. 1196, establece que: “*Es competente el notario, o en su defecto el juez de paz letrado, de la provincia donde se encuentra ubicado el inmueble objeto del contrato de CI*”, que también se mantiene en vigor por el art. 123-A LN, incorporado por el D.L. 1232.

vamente (art. 123-A LN, en sentido contrario); (d) actos de fideicomiso (art. 123-B.c LN); (e) actos de arrendamiento financiero o arrendamiento-opción de compra, pero de régimen ordinario, y no los del D.L. 1177 (art. 123-B.d LN); (f) actos de disposición o de gravamen que comprenda predios ubicados en diversas provincias o de un predio ubicado en más de una provincia (art. 123-B.b LN); (g) actos de disposición o de gravamen mortis causa (art. 123-B.a LN).

c) Hipótesis dudosas de actos de disposición o gravamen

En este punto, es interesante hacer un análisis de algunas hipótesis dudosas:

- a) **OPCIÓN:** es el contrato por el que el propietario del inmueble (concedente) otorga opción a otra persona (optante), con el fin que en un determinado plazo decida la adquisición, o no. En consecuencia, la opción implica que el concedente ya prestó su voluntad de enajenar, no con eficacia inmediata, sino futura, pero de la que no puede desligarse, pues se encuentra en situación jurídica de sujeción frente al optante. Por tal virtud, un sector de la doctrina considera que la opción es acto de disposición, pues contiene la voluntad preliminar, pero voluntad al fin y al cabo para disponer, por tanto, si se trata exclusivamente de contrato de opción, entonces se necesita que el acto lo otorgue el notario del lugar del predio, pero tal restricción no aplica cuando el notario cuenta con sistema biométrico (art. 123-A LN, introducido por D.L. 1232, modificado por D.L. 1310). Distinto es el caso del compromiso de contratar, en el cual el acto dispositivo necesita un nuevo acuerdo de voluntades, o sentencia constitutiva, por tanto, el acto preliminar no dispone todavía.
- b) **ARRENDAMIENTO-OPCIÓN:** Son dos contratos coaligados, es decir, la voluntad de las partes se dirige al logro de ambos objetivos: el arrendamiento y la opción (D.L. 1177). Por los fundamentos expresados en el párrafo anterior, el arrendamiento-opción sería considerado acto de disposición, sin embargo, no está sometido a la restrictiva competencia territorial del notario por razón del predio (art. 143-B.c LN), salvo que se trate de contrato sometido al D.L.

1177 (art. 6.4), que sí impone la competencia por razón del predio, en concordancia con el art. 123-A LN, incorporado por el D.L. 1232, pero no aplica cuando el notario cuenta con sistema biométrico, según modificación del D.L. 1310.

- c) **LEASING INMOBILIARIO O ARRENDAMIENTO FINANCIERO:** Es un contrato financiero, por el cual el arrendador adquiere un bien inmueble a pedido del arrendatario, con el fin que se lo procure, en principio mediante la cesión en uso del bien, pero en la que subyace el pago periódico del valor mismo del activo, por tanto, al final de la relación, el ejercicio de la opción, ya pactada, exige el pago de un precio meramente simbólico (D.L. 1177, concordante con el D.L. 299). La diferencia entre el arrendamiento-opción y el leasing inmobiliario se encuentra en que el primero agrupa dos contratos con finalidades distintas que se ejecutan en diferentes momentos temporales: en principio, es cesión en uso, exclusivamente; luego, el ejercicio de la opción; mientras el segundo es un solo contrato, en el que la cesión en uso es relación simplemente instrumental con el objetivo de lograr el financiamiento para la adquisición del bien. Por obvias razones, la voluntad plasmada en el acto de leasing persigue la enajenación del inmueble, pero tal efecto solo se consuma al final de la relación jurídica, por tanto, nuevamente se trataría de acto de disposición; sin embargo, no está sometido a la restrictiva competencia territorial del notario por razón del predio cuando se trata del arrendamiento financiero general (art. 123-B.c LN), pero sí en el caso del contrato sometido al D.L. 1177, que es norma especial, por cuya virtud, solo es competente el notario del lugar del predio para certificar el formulario respectivo, en concordancia con el art. 123-A LN, incorporado por el D.L. 1232, salvo que el notario cuente con sistema biométrico de identificación, en cuyo caso no se aplica la restricción, según la modificación del D.L. 1310.
- d) **ACTOS MODIFICATIVOS:** Los actos de modificación o aclaración de uno dispositivo o de gravamen, al cual se integran, también

mantienen la misma condición, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

- e) **ACTOS EXTINTIVOS:** La misma situación que en el caso precedente ocurre con los actos extintivos, que implican la renuncia o la cesación de efectos de actos dispositivos o de gravamen anteriores. La pérdida del derecho que se ocasiona en acto voluntario es negocio dispositivo, pero no para crear o transmitir el derecho, sino para cesarlo.
- f) **CANCELACIÓN DE HIPOTECA:** Es el acto por cuya virtud el acreedor hipotecario declara su voluntad de extinguir la hipoteca, normalmente por efecto del pago de la obligación, no obstante, en muchos casos, el acto se otorga sin mencionar la causa de extinción, por lo que se le reputa negocio abstracto. En cualquiera de estos casos, y por los fundamentos expresados en el párrafo anterior, se le considera acto dispositivo.
- g) **ACTO DE APODERAMIENTO:** El titular de intereses patrimoniales puede autorizar a otra persona que actúe en su nombre, incluso para la celebración de ventas o hipotecas, por ejemplo (art. 156 CC). Sin embargo, el poder en sí mismo no es acto dispositivo o de gravamen, pues la autorización concedida al tercero no hace disposición o enajenación efectiva alguna, sino que permite hacerla, que no es lo mismo. El acto dispositivo exige una voluntad definitiva, aunque futura, como ocurre con el contrato de opción, pero en el otorgamiento de poder no hay voluntad de disponer, sino mera autorización. No es lo mismo un “hecho consumado” que un “hecho potencial”. El apoderamiento es lo segundo. En buena cuenta, el poder sirve para disponer o gravar (mera potencialidad), pero no dispone ni grava. Por lo demás, el legislador ha reafirmado esta solución.

d) Conclusiones sobre los actos de disposición

ACTOS DE DISPOSICIÓN (EN SENTIDO ESTRICTO):

- Compraventa
- Permuta
- Donación

- Dación en pago
- Constitución de superficie
- Transmisión integral de usufructo
- Transmisión integral de superficie
- Cesión de hipoteca
- Cesión de rango hipotecario
- Renuncia
- Cancelación de hipoteca
- Extinción de usufructo, superficie, servidumbre, uso o habitación
- Constitución de régimen de propiedad exclusiva y común o independización y copropiedad
- Acto voluntario de acumulación o independización de fincas
- Opción
- Fideicomiso¹³³³
- Arrendamiento-Opción¹³³⁴
- Arrendamiento financiero¹³³⁵
- Actos de modificación o aclaración de uno dispositivo

ACTO DE GRAVAMEN:

- Constitución de usufructo
- Constitución de servidumbre
- Constitución de uso o habitación
- Constitución de hipoteca

1333 Pese a tratarse de acto de disposición, no obstante, se le exceptúa a la limitación de la competencia territorial del notario por razón del inmueble (art. 123-B LN incorporado por D.L. 1232).

1334 No obstante, se le exceptúa de la limitación de competencia territorial del notario por razón del inmueble en el contrato general de arrendamiento-opción (art. 123-B LN, incorporado por D.L. 1232), pero no en el formulario del mismo contrato sometido al D.L. 1177 (art. 6.4) concordante con el art. 123-A LN, en cuyo caso concreto se necesita del notario del lugar del predio, pero, tal restricción no opera si el notario cuenta con sistema biométrico de identificación, según la modificación del D.L. 1310.

1335 No obstante, se le exceptúa de la limitación de competencia territorial del notario por razón del inmueble en el contrato general de arrendamiento financiero (art. 123-B LN, incorporado por D.L. 1232), pero no en el formulario del mismo contrato sometido al D.L. 1177 (art. 6.4), concordante con el art. 123-A LN, en cuyo caso concreto se necesita del notario del lugar del predio, pero, tal restricción no opera si el notario cuenta con sistema biométrico de identificación, según la modificación del D.L. 1310.

- Constitución de anticresis
- Transmisión parcial de usufructo o superficie
- Actos de modificación o aclaración de uno de gravamen

ACTOS EXCLUIDOS:

- Apoderamiento (poderes)
- Compromiso de contratar
- Arrendamiento¹³³⁶
- Comodato
- Traspaso de posesión
- Actos de modificación o aclaración de alguno de los anteriores

4. INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES EXTRAPROTOCOLARES

4.1. Definición y modalidades

La distinción entre instrumento protocolar y extraprotocolar es básica en el Derecho notarial, pues se funda en la importancia central que tiene la custodia de un documento escrito matriz, único, que el notario conserva para efectos de potenciar la seguridad.

La escritura pública es el instrumento que otorga la máxima seguridad en el tráfico jurídico, para lo cual se haya rodeada de ciertas garantías que justifican su excepcional valor probatorio: notario como funcionario especialmente calificado, redacción por el notario, confección con estrictos requisitos de forma, conservación del original en protocolo, consejo del notario para adecuar la voluntad a la legalidad, fe pública de las declaraciones de voluntad de las partes, entre otras. Históricamente, la escritura es la cul-

¹³³⁶ No obstante, el D.L. 1177 establece que los contratos de arrendamiento, sometidos a su régimen, necesitan formularios certificados por el notario del lugar del inmueble (art. 6.4: "Es competente el notario, o en su defecto del juez de paz letrado, del distrito o provincia donde se encuentra ubicado el inmueble arrendado"), pese a que no se trata de acto de disposición o gravamen. Esta norma especial se encuentra en vigor por el art. 123-A LN, incorporado por DL 1232: "Asimismo la nulidad alcanza a las certificaciones de firmas realizadas por el notario, en virtud de una norma especial en los formularios o documentos privados", sin embargo, tal restricción no opera si el notario cuenta con sistema biométrico de identificación, según la modificación del D.L. 1310.

minación, por ahora, de una sucesiva graduación de documentos, que van desde el menos al más perfeccionado¹³³⁷.

La actividad del notario trae como resultado la conformación de la escritura pública, por lo que uno es inseparable del otro. No hay funcionario, autoridad o sujeto con la capacidad, fuera del notario, que pueda crear escrituras, salvo los jueces de paz y los cónsules, con algunas restricciones, pero ello solo ocurre por necesidad en cuanto se trata de lugares en los que no se ejerce el notariado, sea en el país o en el extranjero. Es cierto que la escritura es el instrumento típico y característico de la acción notarial, sin embargo, con el paso del tiempo, y por razones de necesidad práctica, “el antiguo concepto de que el escribano solo podía dar fe en el protocolo fue abandonado paulatinamente”¹³³⁸, razón por la cual se aceptaron las certificaciones en documentos preparados por las mismas partes, sin protocolo, que luego de la

1337 Con singular maestría, estas sucesivas variantes se han descrito por Vallet de Goytisoló, J. (2012), pp. 66-67:

- a. En un nivel mínimo, documentos redactados por un no profesional sin testigos o con testigos no cualificados que no aseguren su regularidad, ni su redacción, ni doten de autenticidad a las firmas de los sujetos activos del negocio documentado, aunque testimonien su otorgamiento,
- b. Dando un paso más allá, en ese aspecto testimonial, documentos de iguales características a las expresadas con la sola particularidad, variante, de que un testigo cualificado, con una función pública, autentique las firmas de los negociantes.
- c. O, en el aspecto de su redacción, con la variante de que su redactor sea un profesional reconocido para la función redactora, pero sin función pública autenticadora.
- d. O, con esos dos pasos más, uno en cada sentido, es decir, en ambos aspectos, testimonial y de redacción: documentos redactados por un profesional cualificado reconocido para la función redactora y con las firmas de los contratantes autenticados por otro profesional con función pública autenticadora de ellas.
- e. Dando otro paso más en el ámbito testimonial, o autenticante, que ese segundo profesional no solo autentique las firmas sino el otorgamiento del propio documento.
- f. E, integrando estos avances, tenemos el supuesto en que la documentación y la autenticación las realice solo un profesional con funciones a la par redactoras y autenticadoras
- g. En fin, ese documentador-autenticador profesional cabe que haya estado ya integrado, como consejero, en el *actum* recogido en el *dictum*.

En los cuatro primeros supuestos nos hallamos ante documentos privados, aunque en el segundo y el cuarto sean legitimadas las firmas. En los tres últimos supuestos los documentos son públicos, pero solo los dos últimos corresponden plena y totalmente al sistema notarial latino, y aún más perfectamente el referido en último lugar”.

1338 Pelosi, C. (1980), p. 252.

atestación notarial eran retiradas por los interesados. De esta forma, nace la clasificación de los instrumentos notariales entre escrituras públicas (protocolares)¹³³⁹, por un lado, y de los otros documentos (extraprotocolares), por el otro, bajo la premisa de que la escritura es el acto notarial por excelencia. En tal sentido, el instrumento extraprotocolar nace por efecto de la práctica jurídica, en cuanto la seguridad de las relaciones privadas exigía que el notario pudiese intervenir en nuevos ámbitos¹³⁴⁰, diferentes a los de la escritura, tales como la certificación de firmas en documentos privados o la remisión de cartas con la debida comprobación de entrega en el lugar de destino, entre otras necesidades que se fueron sucediendo con el tiempo. En suma, el notario, el instrumento notarial y las nuevas certificaciones son un buen ejemplo de que el Derecho sigue a la realidad social, y no al revés. Según la ley peruana, los instrumentos extraprotocolares pueden ser actas o certificaciones. Las primeras son instrumentos redactados por el notario, en el que otorga fe de la realización de un hecho y, excepcionalmente, de alguna declaración de voluntad. Los segundos son atestaciones en documento privado redactado por sujetos particulares, en donde el notario comprueba, de forma extrínseca, aquel hecho específico que le consta.

Son actas (art. 94 LN):

- 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

1339 Con la atingencia que los instrumentos protocolares, hoy, no se reducen a la escritura pública, sino que la categoría ha ido expandiéndose, como sucede, por ejemplo, con las actas de protocolización.

1340 Por ejemplo, la certificación de firmas en instrumento privado se ha abierto camino, poco a poco, a veces al margen de la ley, como da cuenta la doctrina extranjera: "En España eran conocidas antes de la Ley Orgánica del Notariado de 1861. En el informe emitido por el secretario técnico de la Junta de Decanos, el Dr. Jerónimo López, el 19 de octubre de 1977, se rastrean precedentes, anteriores a la referida ley, en los siglos XVIII y XIX. Pero la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 guardó silencio acerca de las legitimaciones de firmas, que la circular del 10 de febrero de 1863 admitió": Vallet de Goytisolo, J. (2012), p. 92. En nuestro país, también, la certificación de firmas nació primero en la práctica, y luego fue reconocida por la ley.

- e) de licitaciones y concursos
- f) de inventarios; y subastas, de conformidad con el Dec. Leg. 674, Ley de promoción de la inversión privada en 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
- j) de verificación de documentos y comunicaciones electrónicas en general
- k) Otras que la ley señale

Son certificaciones (art. 95 LN):

- a) La certificación de firmas
- b) La certificación de reproducciones
- c) La certificación de apertura de libros
- d) La certificación de copias de actas
- e) La entrega de cartas notariales
- f) La constatación de supervivencia
- g) La constatación domiciliaria dentro de su jurisdicción
- h) Otras que la ley determine

El reconocimiento legal de los instrumentos extraprotocolares, sean actas o certificaciones, trae como lógica consecuencia que: *“la autorización del notario de un instrumento público extraprotocolar realizada con arreglo a las prescripciones de esta ley, da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción de los documentos, confiriéndole fecha cierta”* (art. 97, 1º párrafo LN), pero el D.L. 1232 ha incorporado un segundo párrafo al art. 97 con el fin de aumentar la seguridad en la identificación de este tipo de instrumentos, sin embargo, el objetivo difícilmente se logrará si la misma norma señala que la comparación biométrica de huellas dactilares es solo facultativa, pues *“el notario podrá utilizar el sistema”*.

4.2. Actas

El “acta” es instrumento notarial extraprotocolar que comprueba un hecho, cualquiera que este fuese -y que solamente se encuentra excluido para los casos en que la atestación constituya una potestad delegada a otro funcionario (art. 98 LN)-, que por la gran variedad de hipótesis que pueden solucionar en la práctica, se rigen por el principio de *numerus apertus*, por tanto, el notario podrá constatar cualquier hecho, salvo norma en contrario, como ocurre, por ejemplo, por la atribución a un tercero de la potestad fedante. Por tal motivo, son plenamente válidas las actas de subasta privada o remate organizado por un particular, sin que ello se encuentre circunscrito a los casos regulados en el D.L. 674. Por tanto, el acta como medio de comprobación de un hecho, sin otra pretensión, se rige por el principio de libertad.

Pues bien, si las actas tienen por objeto un mero hecho, por lo cual, el notario extiende el instrumento sobre la base de la actividad presencial de vista y oído, entonces no ingresa en el ámbito de las declaraciones de voluntad con efecto jurídico, ni en la alteración de las titularidades jurídicas, por cuya virtud, se limita a narrar el hecho, tal como es, no lo manipula ni la modifica; por tanto, la firma de las partes, si se produce, no es otorgamiento ni consentimiento, sino la simple conformidad con lo narrado por el notario¹³⁴¹, en virtud de lo cual, a diferencia de la detallada normativa que existe para la redacción de las escrituras públicas, en el caso de las actas prácticamente no hay reglas para dicho fin. Esta situación exige acudir a la doctrina para proponer una adecuada redacción de este instrumento notarial¹³⁴²:

- a) Comparecencia: Lugar y fecha en que se realiza la actuación notarial, así como la concurrencia de los interesados que se encuentren en el lugar, pudiendo identificarlos o no. No se requiere consignar ningún dato personal de los que comparecen, ni fe de capacidad, ni tampoco fe de identificación, pues no se trata de un negocio jurídico en el que se dispone de los propios intereses.

¹³⁴¹ Etchegaray, N. (2003), pp. 29-30.

¹³⁴² Ávila, P. (1990), p. 128.

- b) Solicitud de la actuación notarial: debe expresarse la rogación del solicitante.
- c) Narración del notario: que versa sobre los hechos que percibe.
- d) Aprobación de los interesados y observaciones: las actas podrán ser suscritas por los interesados, y necesariamente por quien formule alguna observación con respecto de la actuación notarial o la narración efectuada (art. 98 LN).
- e) Autorización del notario: La conformidad escrita y firmada por el notario convierte el documento en instrumento público.

Las actas son de muy variada índole, por lo que corresponde hacer el análisis de algunas de sus modalidades más importantes¹³⁴³:

Las actas de presencia: son aquellas que acreditan la realidad o verdad de un hecho. En ellas puede recogerse cualquier suceso que el notario presencie o perciba por sus sentidos. En este caso, son necesarios los siguientes presupuestos: la inmediación del notario; la comunicación de la actuación notarial a la autoridad que presida el acto público en el caso que este se encuentre en desarrollo; la autorización del poseedor o propietario que detente el lugar, en caso de que la diligencia no se realice en sitio público; la abstención del notario de influir o coadyuvar a la realización del hecho. Las típicas actas de presencia son las de: destrucción de bienes; entrega; juntas y demás actuaciones corporativas; licitaciones y concursos; sorteos y entrega de premios.

La ley no habla de otro tipo de actas, como las de exhibición de cosas o documentos, o de referencia o notoriedad; sin embargo, en el caso de las dos primeras debe admitírseles a tenor de la redacción enunciativa del art. 98 LN, máxime si ambas constituyen el resultado de la constatación de un hecho. Las actas de exhibición de cosas, o documentos, tienen como finalidad acreditar la posesión de una cosa o documento por parte de determinada persona, o la existencia de aquellos en determinado lugar, y si bien no tienen regulación en la ley peruana, sin embargo, pueden admitirse a tenor del art. 98 LN. Se advierte alguna similitud con el inventario de bienes, aun-

¹³⁴³ Ibid., pp. 127 ss.

que en nuestro ordenamiento este se regula como un procedimiento autónomo. Por su parte, las actas de referencia tienen la función de acreditar las manifestaciones que espontáneamente hace una persona. Se entiende que en ellas se hace constar la comparecencia del requirente y del manifestante (o del requirente-manifestante), la solicitud del requirente para que haga constar las manifestaciones de que se trate y sus términos. Tampoco tiene regulación en nuestra ley, pero deben admitirse a tenor del art. 98 LN.

Las actas de notoriedad son aquellas que comprueban y fijan determinados hechos que se entienden notorios, de acuerdo con las circunstancias y la investigación sumaria realizada por el propio notario; además, se lleva a cabo una declaración o reconocimiento de derechos, con la consiguiente legitimación de situaciones fundadas en el hecho, cuya notoriedad se comprueba. Por los importantes efectos jurídicos que genera, esta clase de actas se rige por el principio de *numerus clausus*, en vista de que no se limitan a la constatación de un hecho, que es lo permitido por el art. 98 LN, sino que avanza a convertirse en el título formal de un derecho, por lo que se exige previsión legal específica en tal sentido.

4.3. Certificaciones

Las certificaciones (art. 95 LN) se caracterizan porque la actuación notarial se circunscribe a una atestación concreta y específica, en cuyo caso, la intervención del notario se hace sobre un instrumento ajeno a él, del cual no es autor. Esta especialidad de las certificaciones hace que se rijan por el principio del *numerus clausus*, que no cabe ser extendido por vía analógica. Esta conclusión, como ya hemos visto, se extrae del mismo texto legal: art. 95-h LN.

4.3.1. Certificación de firmas

a) Definición y naturaleza

La certificación o legalización de firmas es una declaración notarial puesta al pie del instrumento privado, en la que se constata como auténticas las firmas que allí aparecen, pero nada más, pues la legitimación del notario es abstracta, en cuanto “no se conecta con el negocio, acto o requerimiento

del que se trate”¹³⁴⁴; por tanto, la certificación no otorga certeza respecto a que los otorgantes hayan leído o comprendido el documento, o que el contenido responda a la voluntad real de las partes, o, por último, que el contenido sea adecuado a la legalidad, salvo que en forma patente constituya por sí mismo acto ilícito o contrario a la moral o a las buenas costumbres (art. 108 LN).

La certificación notarial de firmas no cambia la naturaleza del documento privado, pues la intervención del notario es mínima y limitada (art. 245 CPC), por cuya virtud, es lógico que el notario no asuma responsabilidad por el contenido del acto. En efecto, el mismo art. 106 LN establece que la certificación de firmas se realiza en instrumento privado, por lo que este no se convierte en público. No obstante, el notario rechazará la certificación cuando, por sí mismo, y en forma evidente, notoria e incontrovertible, se trate de acto ilícito o inmoral (art. 108 LN). Por ejemplo: el notario debe negarse a intervenir cuando se pretenda legalizar firmas en minutas de anticipo de legítima, donación u otras en donde la formalidad exigida sea la escritura pública, por cuanto en ese caso, estaría realizando una certificación en un acto evidentemente nulo. Igual ocurre si se pretende certificar firmas en un testamento en documento redactado e impreso por computadora, con lo cual se desnaturaliza el carácter de ológrafo.

b) Mecanismos de certificación

El art. 106, 1° LN señala que el notario certificará firmas en documentos privados cuando hayan sido suscritos en su presencia o cuando le conste de modo indubitable la autenticidad de la firma. Ello significa que el notario podrá utilizar como medios de certificación la “comparecencia”¹³⁴⁵, por lo que el juicio se formará por conocimiento directo, o por “apariencia”, al con-

¹³⁴⁴ Vallet de Goytisolo, J. (2012), p. 93.

¹³⁴⁵ Lo que puede ocurrir por las firmas puestas en la presencia directa del notario, o cuando la persona reconoce las firmas ya puestas en el documento, como si fuesen propias: *Ibid.*, p. 94. La ley solo habla de suscripción frente al notario, pero también debe admitirse la segunda hipótesis, aunque en tal caso sería conveniente redactar la constancia en tal sentido, así como exigir que el interesado estampe su impresión dactilar, para evitar que este luego intente negar la firma. La hipótesis es lícita desde que se acepta la certificación sin comparecencia de la parte, entonces, con mayor razón debe admitirse la que se hace con la comparecencia para ratificar la firma ya estampada.

siderar que la firma es idéntica con relación a otras indubitadas¹³⁴⁶. El sistema de “apariencia” convalida lo que en la práctica constituye el mecanismo de “registro de firmas”, por el cual, ciertos clientes usuales de un notario tienen archivada su firma para efecto de evaluación en los posteriores actos de certificación. La solución no es descabellada, pues se le admite en diversos ordenamientos con el fin de simplificar el diligenciamiento de documentos de menor importancia en el tráfico jurídico, con la ventaja de la desburocratización del oficio notarial, sin ceder un ápice en la responsabilidad por la veracidad de la atestación.

c) Identificación de los firmantes

El art. 106 LN establece que: “*el notario certificará firmas en documentos privados cuando le hayan sido suscritas en su presencia, o cuando le conste de modo indubitable la autenticidad de la firma*”, por lo cual, se admiten dos sistemas para identificar a las personas, sea el de la comparecencia personal o el de la apariencia, es decir, cuando de algún modo le conste la autenticidad, como ocurre, por ejemplo, con los famosos “registros de firmas”. Nótese que la norma habla de “identidad de firmantes”, y no de “identidad de comparecientes u otorgantes”, lo cual es indicativo de que firma puede venir ya puesta en el instrumento privado, por lo que el notario no tiene presente en acto de intermediación. Por su parte, el art. 106 ha sido modificado por el D.L. 1232 en el sentido que el notario tendrá que verificar la identidad de los firmantes, bajo responsabilidad, pero no modifica el sistema de apariencia, sino que lo ratifica, por lo cual esta nueva disposición no puede significar que el notario deba cumplir los medios de identificación del art. 55, pues ello sería contradictorio con el mecanismo de la apariencia. Entonces, ¿qué significa verificar la identidad? Pues, el notario tendrá que utilizar los mecanismos más idóneos para el caso concreto con la finalidad de lograr la plena identificación de los firmantes, para cuyo efecto podrán utilizarse las exigencias del art. 55 LN, o no, pero en cualquier eventualidad, queda sujeto automáticamente a la responsabilidad consiguiente, sin que pueda liberarse de la misma si es que no utilizó los medios del art. 55. Es cierto que puede generar polémica el art. 16-d) LN, modificado por D.L. 1236, en tanto requie-

1346 Giménez Arnau, E. (1976), p. 801.

re la presentación de documento de identidad, así como de los documentos exigibles para la autorización de instrumentos notariales protocolares o extraprotocolares, lo que haría suponer que los mismos deberes impuestos en las escrituras públicas se aplican a las certificaciones de firmas, sin embargo, tal interpretación es errónea, pues la disposición misma establece que la identificación de las personas se realiza “conforme a la normatividad de la materia”, con lo cual se salva la vigencia, como precepto especial, del art. 106 LN.

La redacción de la diligencia notarial podría hacerse de la siguiente forma, según el sistema empleado:

- a) *“Certifico que la firma puesta en el presente instrumento privado corresponde indubitablemente a (.....), identificado con DNI (.....), por haberlo suscrito ante mí, previa comprobación de su documento oficial de identidad, así como del control biométrico de RENIEC, doy fe”* (sistema de comparecencia personal)
- b) *“Certifico que la firma puesta en el presente instrumento privado corresponde indubitablemente a (.....), identificado con DNI (.....), luego de un juicio positivo por haberlo revisado cuidadosa y diligentemente con relación al documento oficial de identidad”* (sistema de apariencia)

En el primer caso se presenta fe pública, pues el notario ha presenciado el hecho en forma directa, lo que es concordante con la certificación de la diligencia; en cambio, en el segundo caso, solo se presenta un juicio notarial, permitido por el art. 106 LN, pero, en cualquiera de las hipótesis, se produce responsabilidad en caso de error.

La certificación de firmas no requiere la impresión dactilar del firmante, en tanto ese requisito ha sido impuesto exclusivamente para las escrituras públicas. Por lo demás, si se acepta la certificación sin comparecencia del firmante (art. 106 LN), entonces obviamente la impresión no podría ser exigida. Sin embargo, si el documento ya fue firmado cuando se le presenta ante el notario, entonces deberá requerirse, como medida de precaución, pero no como imperativo legal, que el interesado estampe su impresión dactilar, con el fin de evitar que este luego se retracte de ella. Además, por virtud del principio de veracidad, en los casos que el instrumento venga ya firmado, entonces el notario deberá dejar constancia que la certificación se

hace “con el reconocimiento de su firma que hace en este acto el interesado, ante la presencia del notario, para lo cual, y como reafirmación, estampa su huella digital”. Por otro lado, si alguno de los otorgantes del documento no sabe o no puede firmar, lo hará una persona llevada por él, a ruego; en este caso, el notario, de ser posible, exigirá -aquí sí- la impresión dactilar del otorgante, de la cual dejará constancia, y asimismo certificará la firma de la persona llevada por el otorgante, y que asume la calidad de firmante a ruego (art. 107 LN).

d) ¿Puede certificarse la representación?

Un problema frecuente en la práctica consiste en el requerimiento de los usuarios para que se certifique la firma, pero también el cargo de representación que se ejerce en determinada persona jurídica, o como apoderado de una persona natural. Algunos notarios rechazan certificar la representación al amparo del art. 106 LN que solo se refiere a la “firma”, pero otros sí lo aceptan, lo que genera dudas e incertidumbres. Por nuestra parte, acogemos la tesis positiva, en tanto la firma se hace en nombre propio, o en nombre ajeno (art. 161 CC), por lo que no podría aceptarse la disociación absoluta entre “firma” y “concepto de la firma”, por tanto, el notario puede hacer la certificación completa, o incompleta, a requerimiento del interesado¹³⁴⁷.

La certificación puede redactarse de la siguiente forma:

- a) *“La firma que precede corresponde indubitablemente al señor/a (.....), identificado/a con DNI (.....), por haberla suscrito ante mí, previa comprobación de su documento oficial de identidad y del control biométrico de RENIEC, doy fe, quien, además, procede en calidad de representante de la persona jurídica (.....), según poder vigente inscrito en la partida (.....), según he constatado mediante juicio de diligencia”* (el notario ha verificado la identidad, sobre la que da fe, pero también emite un juicio sobre la suficiencia y subsistencia del apoderamiento)

¹³⁴⁷ La mejor doctrina notarialista confirma este criterio: “Estas legitimaciones puede tener dos modalidades: o bien se limitan a responder de la legitimidad de la firma, o bien, además de ello, hacen constar que el firmante tiene la cualidad invocada en el documento (p. ej., secretario de un consejo de administración)”: *Ibid.*, p. 802.

- b) “La firma que precede corresponde indubitablemente al señor/a (.....), identificado/a con DNI (.....), por haberla suscrito ante mí, previa comprobación de su documento oficial de identidad y del control biométrico de RENIEC, doy fe, quien, además, manifiesta bajo su responsabilidad que procede como representante de la persona jurídica (.....), sin haberlo constatado” (el notario ha verificado la identidad, sobre la que da fe, pero no la representación)
- e) **Circulación internacional de los instrumentos con certificación de firma**

La ley permite que el notario certifique firmas en documentos redactados en idioma extranjero (art. 109 LN), para efectos de facilitar la circulación de los documentos en el tráfico internacional. Si bien esta norma resulta conveniente, sin embargo, hemos notado la existencia de algunos problemas en su aplicación.

Una primera anomalía se produce en los formularios preparados en los Estados Unidos, cuya certificación viene impresa en idioma inglés, ante lo cual, los usuarios requieren del notario peruano para que complete la certificación en el mismo idioma. Esa situación vulnera el art. 28 LN, por cuya virtud, los instrumentos notariales (incluyendo los extra-protocolares) deben redactarse en castellano o en el idioma que la ley permita.

Un segundo caso es el de los actos jurídicos que requieran una determinada formalidad, de acuerdo con el ordenamiento peruano, pero que en otro país basta la certificación de firmas. En tal situación, el notario peruano debe negar su intervención, pues la formalidad de los actos jurídicos se rige por la ley del lugar en que se otorgan (art. 2094 CC), y la legislación notarial es de carácter imperativo y de aplicación territorial. Así pues, en nuestro país circulan muchos documentos con el título de *Power at Attorney*, u otros similares, en los que se pretende otorgar poder para pleitos a un abogado, siendo que este acto está reservado a la escritura pública, según nuestra legislación, que es la única que rige la actuación del notario peruano.

Por otro lado, no es aceptable poner en duda la actuación del funcionario extranjero sobre la legalidad del acto en sede de otro país, pues, lo mismo podría ocurrir con el notario peruano cuando recibe un documento

extranjero. En tal caso, la solución razonable pasa por aceptar la presunción consistente en que el funcionario extranjero actúa correctamente según las leyes de su país, y de esa manera, también se presumirá que el notario peruano actuó conforme a la legalidad cuando se examine su certificación en el extranjero. La doctrina especializada se encuentra conforme con dicho criterio, cuyo origen es jurisprudencial¹³⁴⁸.

f) Medio de pago bancarizado

La conclusión de la escritura -siempre que se trate de transmisión de propiedad u otro derecho real sobre inmueble o vehículo; constitución de sociedad aumento o reducción de capital, que supere el monto de 3 UIT-, deberá insertar necesariamente (o adjuntar) el medio de pago utilizado para cancelar la obligación, y en caso que no se haya utilizado alguno, entonces el acto jurídico no podrá ser formalizado, según la Ley 30730 (publicado: 21.02.2018, vigente a los seis meses: 21.08.2018), que modifica los arts. 3, 5 y 7 del TUO de la Ley 28294, para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, aprobado por D.S. 150-2007-EF. Para otros actos (ejemplo: compraventa de bienes muebles (no vehículos), préstamos, cancelación de préstamos, arrendamientos, contratos preparatorios, contratos que generan obligaciones de hacer, etc.), igual es obligatoria la utilización de medios de pago, sin embargo, la omisión no impide la formalización del acto jurídico, sin perjuicio que se incluya la cláusula de no utilización del medio de pago. No obstante, el art. 2 D.S. 006-2013-JUS establece la obligatoriedad de realizar pagos a través del sistema financiero cuando el monto sea superior a S/. 3,500.00 nuevos soles, pero siempre que “tengan que pagar los usuarios en dichas sedes”, es decir, dentro de las oficinas notariales.

1348 “nuestra jurisprudencia (se refiere a la argentina) ha elaborado una regla en virtud de la cual existe una presunción iuris tantum que actas notariales hechas en el extranjero por escribanos públicos cumplen con sus respectivas legislaciones. Esta jurisprudencia es razonable y convendría extenderla del poder notarial a cualquier documento oficial extranjero, y de los requisitos formales a la totalidad de requisitos de validez del documento. De ser así, el escribano no habría de examinar la conformidad del documento oficial extranjero con los derechos extranjeros aplicables. Aunque ello depende de la calidad que inviste el autor del documento. Si es un notario público o un funcionario que solo invista calidad de autenticante o fedatario, mal podemos confiar en el cumplimiento de sus respectivas legislaciones. Otra situación se da si el autor del documento es, a la vez. Su asesor y configurador”: Perugini de Paz, A. (1988), pp. 102-103.

g) Responsabilidad del notario

La nueva redacción del art. 55 LN, modificado por D.L. 1232 establece que el notario solo quedará liberado de responsabilidad cuando en forma estricta cumpla los deberes legales de identificación en las diferentes hipótesis (peruanos o extranjeros, sea que se trate de oficios notariales en lugares con acceso a internet, o cuando no haya ese acceso, lo que podría exigir la presentación de otros documentos (oficiales, con foto) y/o de testigos de identidad), y además cuando haya actuación maliciosa de los comparecientes o de otras personas. Por tanto, si el notario ejecuta los deberes de control biométrico y de comprobación de datos en línea, entonces difícilmente podría haber problemas de identidad, máxime cuando también se le impone obligaciones de diligencia para atajar la malicia del tercero. Por tanto, pese a mantenerse parcialmente la redacción original, la perspectiva ha sido modificada: el notario, hoy, es responsable por las suplantaciones, salvo que hubiese cumplido los estrictos deberes legales con plena diligencia. En cambio, cuando el notario inobserva alguna de las reglas de su profesión respecto de la identificación de los sujetos (*lex artis*), entonces el daño se produce por culpa de él, al margen que el tercero también ha contribuido al resultado, por lo que es responsable.

En suma, si cumple estrictamente las exigencias del art. 55 queda liberado, también en el caso de certificación de firmas; en caso contrario, no, pero no habrá producido infracción de la fe pública, pues el notario se encuentra autorizado, en este ámbito, para realizar su actividad por apariencia, sin necesidad de la comparecencia personal.

Por otro lado, el art. 106, 2º párrafo LN, desde la versión original, proscribió las falsas legalizaciones en las que el notario eludía su responsabilidad legal, mediante fórmulas tales como “(...) se certifica que la firma es similar al documento de identidad”, o que “(...) se parece”, o que “(...) se ha comparado con la original notándose semejanza entre ambas”, etc. La norma declara nula “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”. En estos casos el notario incurre en responsabilidad.

4.3.2. Libros de actas de personas jurídicas

Los libros de actas constituyen el documento privado en el que se asientan los acuerdos de los órganos colegiados de las personas jurídicas (junta de accionistas, junta de socios, asamblea de socios, directorio, consejo directivo, etc.). La naturaleza privada del libro se debe a que la ley considera que la propia entidad sea la encargada de la gestión interna de sus documentos, bajo la premisa que los únicos interesados en tal actividad son los socios o asociados, por tanto, no es necesaria, ni conveniente, teóricamente, la injerencia externa. Sin embargo, algunos de los actos de las personas jurídicas tienen relevancia para los terceros (modificaciones de estatutos, apoderamientos, sucursales, fusiones, reorganizaciones, etc.), por lo cual, la copia certificada del libro de actas, o la escritura pública, basada en el mismo libro, constituyen título inscribible en el registro. Nótese que, en este caso, un documento privado, delegado a la propia entidad, tiene la virtualidad de permitir una inscripción, con el natural efecto legitimador (art. 2013 CC), por cuya virtud, se ha necesitado establecer mayores garantías conforme el D.L. 1232:

- a) Los libros se certifican ante notario¹³⁴⁹ (en teoría, también, ante el juez de paz letrado o ante la propia SUNAT, pero nunca se expidió la norma reglamentaria, por lo que en la práctica no cabe tal posibilidad), para lo cual se extiende en la primera foja una diligencia con la indicación del nombre, denominación o razón social de la entidad objeto del libro, número del libro, número de fojas de que consta, día y lugar en que se otorga; sello y firma del notario. Además, todas las fojas llevarán sello notarial (artículo 113 LN). Mediante esta diligencia, se logra la unificación física de los folios, identificándose la persona titular; con lo cual se busca evitar ma-

1349 La certificación notarial de la apertura de libros se justifica por los siguientes motivos:

- i. Vincular el libro con una determinada persona natural o jurídica, de tal suerte que el contenido del libro constituya prueba en contra de su titular (art. 48 CCom).
- ii. Dotar de fecha cierta la diligencia de apertura del libro (art. 97 LN), lo que tiene importancia para efectos fiscales. Por ejemplo: multas por apertura de libros contables fuera del plazo legal, pérdida del crédito fiscal por no contar con la legalización de la apertura del libro de compras, etc.
- iii. Verificar que el libro se encuentra en blanco al momento de la legalización.

nipulaciones y/o sustituciones de hojas, o cambios en el orden de ellas. Actualmente, ha dejado de exigirse que las fojas se unifiquen materialmente mediante libros encuadernados (conforme lo dispone el artículo 36 CCom), por lo que los los libros pueden formarse también mediante hojas movibles, facilitando que su redacción se efectúe a través de sistemas mecánicos o informáticos de escritura. Así, una vez que se encuentren debidamente numerados y sellados cada una de las hojas movibles, mediante la diligencia de legalización de apertura de hojas sueltas, se logra el mismo efecto de seguridad que en el sistema de libros encuadernados¹³⁵⁰.

- b) Los libros de actas se certifican ante el notario del lugar del domicilio de la sociedad, lo que constituye una exigencia de seriedad de la diligencia, para evitar la legalización mediante funcionarios por conveniencia, normalmente ubicados en zonas alejadas.
- c) El notario debe llevar un registro cronológico interno de legalización de apertura de libros y hojas sueltas, con la indicación del número correlativo, nombre del titular y registro de contribuyente, objeto y número del libro, y fecha de legalización (art. 114 LN y disposiciones complementarias dictadas por la SUNAT). Esta información es objeto de la declaración anual de notarios, por lo cual, se comunican todas las legalizaciones de apertura de libros a la administración tributaria, entre otros actos.
- d) El notario deberá realizar las siguientes acciones de control, cuando se trate de libro de actas, matrícula de acciones y padrón de socios, a través de los cuales se puede facilitar la celebración de

1350 “La realidad es que la diligencia a la que están sometidos los libros de los empresarios no sólo sirve para unir los diversos folios que puedan ocupar los distintos documentos, permitiendo así imputar a su autor todas y cada una de sus partes. También sirve, una vez que los documentos están allí extendidos, para que ni siquiera su autor pueda introducir modificaciones en ellos. Las actas extendidas en folios sueltos, no diligenciados, pueden ser destruidos por el presidente y el secretario; y sustituidas por otras sin que de ello quede ningún rastro, cosa que resulta imposible una vez extendidas en un libro diligenciado encuadernado o de folios móviles”: Paternotte, A. (1994), p. 234.

actos de disposición¹³⁵¹: (i) identificar al solicitante con las rigurosas exigencias del art. 55, modificado por D.L. 1232¹³⁵²; (ii) constatar su apoderamiento o representación legal, tanto en la suficiencia, como en la subsistencia del poder (art. 116 LN, modificado por D.L. 1232).

- g) La apertura de un segundo o sucesivo libro de actas requiere que el interesado acredite el hecho de haberse concluido el libro anterior, o que se presente la certificación que demuestre en forma fehaciente la pérdida (art. 115, 1° LN). Esta norma se justifica, pues trata de impedir que se legalicen varios libros para una misma sociedad o persona jurídica, lo que alienta fraudes y engaños; o peor todavía, que se legalicen libros por parte de personas sin interés legítimo. Sobre el particular, resulta evidente que la pérdida del libro se acredita solamente con la denuncia policial respectiva, en tanto no existe ningún otro medio idóneo, salvo que se exija una prueba más rigurosa, que probablemente evitaría muchos frau-

1351 En cambio, tratándose de libros contables, en los que simplemente se llevan las cuentas de la sociedad, pero que no permiten la celebración de actos jurídicos, entonces el control se relaja, en tanto no se requiere efectuar la verificación de identidad, prevista en el art. 55 LN, modificado por D.L. 1232, por tanto, bastará una carta firmada por el apoderado o representante legal en la que solicite la certificación de apertura de dichos libros.

1352 El notario habrá de cumplir los siguientes lineamientos:

- i. Cuando el distrito donde se ubica el notario tenga acceso al internet, entonces el notario exigirá el documento de identidad de los otorgantes o intervinientes, pero también efectuará la comparación biométrica de las huellas dactilares mediante el servicio brindado por el RENIEC.
- ii. Cuando no se tenga acceso al internet, por causa extraña al notario, este exigirá el documento de identidad y la consulta en línea para la verificación de datos e imágenes con el RENIEC, para lo cual podrá requerir la colaboración de su Colegio. Adicionalmente el notario podrá recurrir adicionalmente a otros documentos o a los testigos de identidad.iii. En caso de extranjeros, residentes en el país o no, podrá exigir carnet de extranjería o pasaporte, y además accederá a la base de datos del registro de la Superintendencia Nacional de Migraciones, pero tal posibilidad aún no está implementada, por tanto, el notario deberá requerir, por seguridad, otros documentos y/o la intervención de testigos de identidad.
- iv. Excepcionalmente, y por razones justificadas (ejemplo: conocimiento directo de la persona, pérdida de documentos, huellas dactilares ilegibles, etc.), el notario podrá dar fe de conocimiento o de identidad, sin necesidad del control biométrico o de la revisión de datos en RENIEC. En estos casos, el notario es automáticamente responsable cuando exista suplantación de identidad.

des, pero que en la mayoría de los casos entrabaría peligrosamente el tráfico. En la actualidad, se requiere además la presentación ante la SUNAT de la comunicación que informe la pérdida, cuyo plazo es de quince días útiles desde la ocurrencia del hecho, con la necesaria indicación del libro extraviado, número y funcionario que lo legalizó. No obstante, tales previsiones no fueron suficientes para impedir los constantes fraudes, por lo cual, el D.L. 1232 incorporó un segundo párrafo al art. 115 LN: *“Tratándose de la pérdida del libro de actas de una persona jurídica, se deberá presentar el acta de sesión del órgano colegiado de administración o el acta de la junta o asamblea general, en hojas simples, donde se informe de la pérdida del libro, con la certificación notarial de la firma de cada interviniente en el acuerdo, debiendo el notario verificar la autenticidad de las firmas”*. Es decir, hoy, la pérdida del libro de actas¹³⁵³ conlleva que la persona jurídica deba convocar una sesión de órgano de administración, y si no lo hubiese, de la junta o asamblea general, con el fin de poner en conocimiento ese hecho, y si bien la norma no lo indica, evidentemente se requerirá que el órgano adopte el acuerdo de autorizar la certificación del nuevo libro, pero con la seguridad adicional de que el notario tendrá que certificar la firma de todos los partícipes en el acuerdo.

En general, la reforma del D.L. 1232 sobre libro de actas constituye una medida, tal vez exagerada, pero que busca poner fin a este tipo de fraudes, con el agregado de la responsabilidad disciplinaria del notario en caso de incumplimiento.

4.3.3. Certificación de copias de actas

El sistema jurídico peruano permite la inscripción de una serie de acuerdos de sociedades o personas jurídicas en general (específicamente, los poderes), en mérito de la copia certificada del acta asentada en el respectivo libro (art. 6 RRS), por lo que no será suficiente la mera certificación

1353 Lamentablemente el art. 115 reformado solo se refiere a los “libros de actas”, cuando en realidad también debió incluir los casos de pérdida o extravío de libro matrícula de acciones y padrón de socios.

de reproducciones (comúnmente llamadas “copias legalizadas”). En tal sentido, si bien ambos documentos notariales comparten la categoría de “testimonios por exhibición”, es decir, en ellos, el notario da fe de la existencia del documento, sin que exista matriz al cual remitirse; sin embargo, la diferencia fundamental se encuentra en la constancia de apertura del libro, que siempre debe existir en las copias certificadas de actas, por lo cual se incluye la indicación del libro, su apertura y fojas donde consta el acuerdo. De esta manera se logra una garantía que vincula el libro con la persona jurídica de la que emana, pues la certificación está restringida a su representante, y es quien supuestamente lo conserva en su poder. Este criterio de seguridad es el fundamento más importante para rechazar la certificación de reproducciones (copias legalizadas de cualquier instrumento original, no necesariamente de libro de actas, sin la constancia de haberse extraído de un libro legalizado conforme a ley). En efecto, en la expedición de copias certificadas, el notario atesta la transcripción literal del acta (o lo reemplaza por el sistema de fotocopiado), o de la parte pertinente, con indicación del libro, fojas donde consta el acta, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para su cabal contenido, así como el funcionario (notario o juez, cuando se trata de los casos anteriores al D. Ley 26002) que legalizó el libro, la fecha y número que se consignó a la legalización (art. 104 LN).

Pues bien, tratándose de “testimonio por exhibición”, el notario solamente certifica la identidad de la copia con el original; con el agregado de que los originales corresponden a determinado libro de actas. En tal sentido, la fe pública se extiende a ese ámbito, por lo que resulta pertinente la regla siguiente: *“el notario no asume responsabilidad por el contenido del libro u hojas sueltas, acta o documento, ni firma, identidad, capacidad o representación de quienes aparecen suscribiéndolo”* (art. 105 LN). Precisamente, como el drama del fraude se hizo evidente en toda su magnitud en los últimos tiempos, se ha pretendido atajar tal problema mediante las siguientes garantías: (i) el gerente general con nombramiento inscrito en las sociedades mercantiles o civiles, será quien certifique al final del acta, y bajo su responsabilidad, que los socios o accionistas tienen esa condición y que sus firmas les corresponden; (ii) la firma del gerente general que hace esta declaración certificará su firma ante notario; (iii) el requirente del acta certificada será el gerente

con nombramiento inscrito, y no por otra persona (D.S. 006-2013-JUS, Única DCF). Las mismas garantías se aplican a las asociaciones, fundaciones, cooperativas y demás entidades no societarias, pero dicha responsabilidad recaerá en el presidente. No obstante, la norma genera serios problemas, específicamente si el gerente inscrito quedó revocado por la junta general que le piden certificar pese a que su designación ha culminado y no tiene facultades para actuar en nombre de la persona jurídica; o cuando el gerente se enemistó con los socios; o si el gerente inscrito ha fallecido o quedó incapacitado; entre otras hipótesis que carecen de solución.

4.3.4. Certificación de reproducciones

a) Definición y naturaleza

La certificación de reproducciones (fotocopias) implica la fe del notario respecto a que una copia guarda conformidad con su original (art. 110 D.L. 1049). Se trata, sin dudas, de lo que la doctrina notarial denomina “testimonio por exhibición”, esto es, el notario da fe de la existencia del documento, sin que exista matriz a la cual remitirse, por cuanto simplemente se ha exhibido el original. Este limitado ámbito de la fe pública hace que la copia legalizada (como se denomina, comúnmente) no varíe la naturaleza del documento original, ni lo autentique, ni lo certifique en forma intrínseca, pues solo iguala el contenido de la copia con el original. La limitada eficacia de fe pública de la certificación de reproducciones determina que el notario quede exonerado de toda responsabilidad por el contenido del documento original, sea la firma, identidad, capacidad o la representación a que se aluda, máxime cuando en el ámbito de la certificación de acta se tiene una norma de exoneración (art. 105 D.L. 1049), la cual es perfectamente aplicable en vía extensiva, pues la copia certificada de acta y la de reproducciones comparten la misma naturaleza de testimonios por exhibición.

b) Finalidad

La certificación de reproducciones tiene la exclusiva finalidad de seguridad documental, pues los documentos originales, especialmente privados, siempre corren el riesgo de pérdida, deterioro o extravío, por tanto, la intervención del notario, en este caso, se limita a resguardar una copia autenticada, que, en cualquier caso, sirva para reemplazar el original que se

hubiese perdido en forma definitiva. No tiene otra finalidad. En tal sentido, la certificación de reproducciones es un acto extrínseco del notario, por lo que, no participa de modo alguno en el documento original, es decir, no lo valida o invalida, no da fe de su contenido, no asume responsabilidad de lo que allí se exprese o manifieste, pues su función opera externamente, por lo que, solo sirve para resguardar un sustituto o reemplazo documental. Nada más.

c) Protocolo de actuación

La certificación de reproducciones no suele hacer alusión a la rogación, es decir, el nombre de la persona que ha solicitado la certificación, y, ello en virtud de un uso largamente asentado que privilegia la celeridad del tráfico¹³⁵⁴. En efecto, en este caso, el usuario o cliente solicita verbalmente la certificación, para lo cual, deberá portar el documento original, por tanto, el notario, luego de evaluar la concordancia entre este y la copia, procede con la certificación. Nótese los tres pasos del protocolo: (i) usuario o cliente solicita el servicio, (ii) cliente porta o exhibe el documento original, (iii) notario constata original y copia, por lo que, en caso de conformidad, procede a certificarlo. Los instrumentos extraprotocolares, incluida la certificación de reproducciones (fotocopias), solo existen con la autorización del notario: *“la autorización del notario de un instrumento público extraprotocolar realizada con arreglo a las prescripciones de esta ley, da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción de los documentos, confiriéndole fecha cierta”* (art. 97, 1º D.L. 1049).

La primera duda surge respecto a la identificación de un “original”, sin embargo, puede plantearse una definición, como aquel documento que contiene una declaración de voluntad o un hecho en forma directa, sin intermediación. En caso de tratarse de una declaración de voluntad, entonces

1354 “El uso lo ha admitido así, con toda lógica. Si el notario no puede actuar de oficio, el hecho de su signatura y firma supone que ha habido un requirente, y que este requirente tenía interés legítimo. Por otra parte, la identidad de lo original y lo fotocopiado, constituye un hecho que, acreditado por la fe notarial, debe hacer innecesarias otras indicaciones o circunstancias que harían más dilatorias y lenta la diligencia, con lo cual la fotocopia perdería una de sus grandes ventajas: la rapidez con que se puede hacer el cotejo y la autenticación”: Giménez Arnau, E. (1976), p. 799.

tendrá esa condición el texto con firma autógrafa. Por el contrario, en caso de una copia con la constancia original de recepción, emanado de entidad pública, y, que sirve de cargo de presentación, entonces se asume que existe un elemento de originalidad que permite la certificación. En el mundo virtual, las cosas son más complicadas, pues el documento informático solo se convierte en cosa material mediante una impresión, pero esta no cuenta con firmas autógrafas o constancias directas, por tanto, se asume que tal impreso es original, por lo que el notario podría certificarlo, pero sería conveniente hacer tal salvedad.

La segunda duda surge cuando el documento original presenta enmendaduras o interpolaciones, en cuyo caso, el notario, a su criterio, podrá denegar la certificación o expedirla dejando constancia de tal hecho (art. 111 LN). En la práctica, parece preferible esta segunda alternativa, pues muchas veces los originales de documentos privados, al tener mínimos formalismos, contienen errores o enmendaduras, lo que se agrava con el paso del tiempo, por lo que la mejor solución apunta a expedir la certificación, que puede ser fundamental para el usuario, dejando constancia de las enmendaduras. Por el contrario, cuando el original es un documento público, sí parece conveniente denegar de plano la certificación, pues lo contrario podría legitimar un instrumento sobre el que existan fundadas dudas sobre su autenticidad y legalidad. Estas reglas prácticas, empero, deberán evaluarse en cada caso particular.

La tercera duda se origina cuando el acto contenido en el documento original sea objetable, ilícito, ilegal o inauténtico. Pues, en tal caso, el notario no lo convierte en legal por una certificación de reproducciones, en tanto su finalidad es autenticar la copia para fines de resguardo futuro.

La cuarta duda surge en el caso de instrumentos públicos con matriz, en el que se puede obtener una copia auténtica, por lo que, en su momento se discutió si era procedente certificar las reproducciones de un testimonio expedido por otro notario, pues, ello podría sobreponerse a la misma función que cumple un traslado de instrumento protocolar¹³⁵⁵. Sobre el particular, se cita una antigua Circular del Colegio de Notarios de Lima, de fe-

1355 El debate puede verse en el interesante artículo de: Corvetto, A. (1991).

cha 10.08.1983, que a la letra dice: *“La Junta Directiva del Colegio de Notarios de Lima ha considerado conveniente recordar a Ud., evite la certificación de fotocopias de testimonios emitidos por otros notarios de la Ciudad de Lima, ya que así se hacen valer dichas fotocopias legalizadas como si fueran otros testimonios, cuando estos trasladados solo deben efectuarlos aquellos notarios que consideran (sic) la escritura matriz y que son los llamados a brindar las facilidades correspondientes al público”*.

Un destacado notario se pronunció en contra de la directiva, por lo que considera legal la costumbre que allí se detalla. El argumento es simple: una vez expedido el testimonio, este se convierte en un instrumento con identidad propia, y puede servir para muchos fines, entre ellos, la reconstrucción del original destruido. En esta certificación de reproducciones, la actuación del notario recae sobre el traslado, y no sobre el instrumento protocolar, que no se tiene a la vista.¹³⁵⁶ La discusión citada ya es puramente histórica, pues en la actualidad se encuentra claramente asentada la postura a favor de la certificación de reproducciones de un traslado notarial (testimonio, boleta, parte) por un notario que no tiene en su poder el protocolo de donde emana ese instrumento. El tema tiene relevante importancia práctica, pues permite definir, bajo el mismo criterio, que también deba aceptarse la certificación de copias legalizadas, o de instrumentos en los que haya un elemento original (como en el ejemplo dado por Corvetto: la fotocopia de un escrito presentado a una repartición pública, pero cuyo cargo o sello está en original). Por tanto, la palabra “documento original”, que utiliza el art. 110 LN, debe ser interpretado en forma extensiva, máxime cuando el art. 234 CPC considera documento, entre otros, a cualquier impreso, fotocopia, facsímil o fax, por lo que, cualquiera de ellos, podrá ser objeto de una legalización de reproducción, siempre que el documento exhibido ante notario cuente con un elemento propio de original (por ejemplo: firma original en la copia autenticada por notario o funcionario, sello original en cargo, o se trate de impreso de documento virtual, etc.).

¹³⁵⁶ Sobre el particular, se ha dicho: “si se puede fotocopiar y autenticar el testimonio de una sentencia judicial, ¿qué razón hay para que no se pueda fotocopiar la copia de una escritura? Téngase presente que puede ocurrir que, en un determinado momento negocial o procesal, el notario y su protocolo puedan estar a una distancia inasequible para que el interesado pueda recurrir a aquél”: Giménez Arnau, E. (1976), p. 796.

Por último, cuando el documento fotocopiado tiene varias caras o folios, puede emplearse cualquiera de estos dos sistemas: estampar en cada fotocopia la diligencia de autenticación; o bien extender una diligencia final de autenticación, expresando el número total de fojas que la componen y uniéndolas de alguna manera¹³⁵⁷. En la práctica, se aprecia la coexistencia de ambos sistemas, máxime cuando no existe norma definitoria al respecto.

4.3.5. Entrega de carta notarial

La carta notarial es una certificación de antigua data en nuestra práctica notarial, y tiene como única finalidad dejar constancia auténtica de que determinada comunicación¹³⁵⁸ ha sido remitida a una dirección que se indica en el propio documento; y, obviamente, no es necesario que el destinatario firme o selle el cargo de recepción, ya que la afirmación del notario, respecto de la entrega de la carta, se encuentra amparada por la fe pública. En tal sentido, la aquiescencia del destinatario nada agrega, y, por ello, bien puede faltar sin que reduzca la validez de la certificación. Asimismo, se entiende como entrega válida el hecho que la carta se deje bajo puerta cuando nadie atendió el requerimiento, pues no puede exigirse que el notario realice la imposible labor de acudir una y otra vez al domicilio hasta encontrar una persona. Por lo demás, bien podría ocurrir que el destinatario se niegue a atender el llamado del notario, y con ese fácil expediente se frustraría la diligencia. Por tal motivo, en este caso, es suficiente que el notario haga la averación referida a que la carta se dejó bajo la puerta, pues nadie atendió su llamado. No obstante, es posible que la carta no pueda ser entregada por diversas circunstancias (negativa radical de la persona que se encuentra en el lugar de destino, inexistencia del lugar, inexactitud de la dirección, peligrosidad, etc.), ante lo cual el notario cumple su deber con la atestación correspondiente, dando cuenta de las circunstancias que impidieron la entrega. Existe una resolución del Tribunal del INDECOPI que dio la razón a

1357 *Ibíd.*, p. 798.

1358 La ley 28580 (que modificó el art. 100 de la anterior LN) señala que la entrega no solo abarca cartas, sino también instrumentos. No está claro qué pretende la modificación legal, ya que el único instrumento que se remite a un destinatario puede ser una carta. Tal vez, y en vía de especulación, se busca admitir en forma expresa que las cartas puedan ir acompañadas de instrumentos anexos, lo cual, en la práctica, se ha llevado a cabo desde siempre. La vigente LN ha reproducido la redacción de la anterior norma.

un notario cuando este no pudo dejar la carta por determinada razón justificativa. El art. 100 LN ha acogido esta interpretación en forma expresa, por cuanto el notario está obligado a dejar constancia de la entrega “o de las circunstancias de su diligenciamiento”.

La actuación del notario se lleva a cabo dentro de los límites de su jurisdicción (provincia dentro de su distrito notarial, que no es lo mismo que distrito de localización); asimismo, se permite que el notario curse cartas, por correo certificado, a una dirección situada fuera de su jurisdicción, pero en este caso no podrá hacer el diligenciamiento personal, y se deberá limitar a expedir la carta a través del correo certificado, y en el duplicado que devuelva al interesado, atestará ese hecho, y agregará la constancia documental expedida por la Oficina de correo (art. 101 LN).

Por último, el notario no asume responsabilidad alguna por el contenido de la carta, ni de la firma, identidad, capacidad o representación del remitente (art. 102 LN). La regla se justifica porque la fe notarial se circunscribe únicamente a la entrega de la carta.

4.3.6. Constatación de supervivencia

La constatación de supervivencia es la verificación que hace el notario de que tal persona existe, está con vida en determinado momento, lo cual le consta por cualquier medio y, naturalmente, bajo su responsabilidad. La utilización de esta constancia es frecuente, pues en forma periódica se le debe presentar ante las oficinas encargadas del pago de las pensiones de jubilación¹³⁵⁹.

La constatación de supervivencia se realiza, actualmente, en formatos pre-impresos, que son distintos, ya sea que la persona cuente con capacidad de ejercicio o no. En el primer caso se exige la presencia del superviviente, quien debe firmar e imprimir su huella dactilar en el formulario. En el segundo caso, además de la presencia del superviviente y de requerirle su impresión dactilar, se exige la presencia y firma del representante legal, y que este exhiba el título forma que lo inviste como tal (partida de nacimiento si

¹³⁵⁹ González, C. (1953), pp. 94-95.

es padre, resolución judicial de discernimiento del cargo de tutor, pero ahora también podrían participar los apoyos de las personas con discapacidad).

4.3.7. Constatación domiciliaria

La constatación domiciliaria es una certificación que fue atribuida a los notarios por virtud de la Ley 27839, publicada el 11.10.2002, y que modificó el art. 95 de la antigua LN. Actualmente, está mencionada en el art. 95-g de la vigente LN. Esta certificación consiste en la inspección que el notario realiza en un determinado domicilio, a pedido del mismo interesado, y en el cual se constata mediante una sumaria toma de dichos, la realidad del domicilio. En puridad, se trata de un acta de notoriedad, basada en una inspección en el domicilio del requirente.

En su momento, la Policía Nacional también contaba con la función de expedir certificados de constatación domiciliaria, así como los Gobiernos locales dentro de su jurisdicción (art. 2 Ley 27839), aunque en este último caso, se trata de una atribución de nula aplicación práctica. Además, se estableció que los jueces de paz puedan hacer lo propio en los casos previstos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, cuando no haya notario en la localidad. Sin embargo, por Ley 28862 eliminó la competencia de la policía en la emisión del certificado domiciliario, a efectos de concentrar la actuación de ese órgano tutelar en la seguridad ciudadana, y se le atribuyó en exclusiva esa función al notario y a las municipalidades. La norma fue inmediatamente aclarada, por medio de la Ley 28882 (publicada:16.09.2006), con el objetivo de simplificar la exigencia de este certificado, para efecto de que todos los órganos de la administración pública deben aceptar una declaración jurada simple en la que se indique el domicilio del interesado, a excepción de los casos en que sea requerida imperativamente para fines electorales o judiciales. La idea que subyace en esta ley es facilitar la vida del ciudadano, a través de la presunción de veracidad de las declaraciones en procedimiento administrativo.

Por último, es usual encontrar solicitudes de certificación del domicilio de una determinada persona, pero requerida por un tercero, y no por el titular. Sobre el particular, se ha opinado que, en tal caso, "se efectuará otro tipo de diligencia notarial, o sea una constatación notarial de lo solicitado,

levantándose el acta de presencia notarial respectiva”¹³⁶⁰. Esta opinión no puede compartirse, pues, tal situación, propiciada por una persona ajena viola derechos fundamentales, en especial, la intimidad.

4.3.8. Poderes

La ley mantiene la tradicional distinción entre poderes por escritura pública, fuera de registro y por carta con firma legalizada (art. 117), pero cada una de estas modalidades resulta aplicable según la cuantía del encargo (art. 122), sin perjuicio de lo que dispongan las normas sustantivas y procesales sobre la materia. Por ejemplo, para disponer o gravar bienes del representado se requiere escritura pública (art. 156 CC) así como para actuar en proceso judicial. Por otro lado, los procedimientos administrativos permiten que el apoderado actúe con una carta simple.

El art. 54 del reglamento establece la cuantía para el uso de los diversos poderes, con lo que se entendió derogado el antiguo D.S. 033-83-JUS, pero, el reglamento perdió vigencia por medio de una acción popular judicial, entonces las cuantías ya no tienen fundamento en norma escrita, sino en la costumbre:

- a) Hasta ½ UIT: Poder por carta con firma legalizada
- b) Más de ½ hasta 3 UIT: Poder fuera de registro
- c) Más de 3 UIT: Poder por escritura pública

Esta valorización no deja de tener problemas de orden práctico que no se han resuelto. Por ejemplo, el cobro de pensiones se cuantifica por el monto cobrado mes a mes, o por la suma de los devengados de un año, o por más tiempo, además, la pertinencia o no de la carta-poder o del poder fuera de registro para litigios judiciales y cobro de consignaciones para los procesos de alimentos o de pago de arriendos.

Otra innovación de la ley consiste en introducir un índice cronológico para los poderes otorgados fuera de registro (art. 117 *in fine*), con lo cual se llevará un listado de los actos notariales de este tipo por razón de temporalidad, y con lo que se busca aumentar la seguridad jurídica y evitar, así, la predatación de instrumentos.

¹³⁶⁰ Tambini, M. (2010), p. 499.

Capítulo XIII

ASUNTOS NO CONTENCIOSOS DE COMPETENCIA NOTARIAL

1. ASUNTOS NO CONTENCIOSOS Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La jurisdicción significa la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, es decir, resolver una controversia con autoridad de cosa juzgada hasta asegurar su pleno cumplimiento. Por tal motivo, la decisión en los asuntos no contenciosos no constituye ejercicio de jurisdicción, sino de una función comprobadora y legitimadora de situaciones jurídicas, sin oposición de terceros, por lo que no existe litis.

La doctrina, normalmente, habla de “asunto no contencioso” como sinónimo de “jurisdicción voluntaria”.

La jurisdicción voluntaria tiene un origen fundamentalmente histórico, pues en cierto momento de desarrollo del Estado de Derecho, se necesitó de un órgano estatal que comprobase las situaciones de hecho para reconocer *prima facie* titularidades jurídicas; razón por la cual, el Poder Judicial fue encomendado para resolver tales solicitudes, dentro del principio de separación de poderes¹³⁶¹. En tal sentido, por coherencia terminológica, la “jurisdicción” se presenta cuando el asunto es conocido por un juez; mientras el adjetivo “voluntario” proviene de la circunstancia que la potestad jurisdic-

1361 Téngase en cuenta que lo mismo ocurrió con el mismo Registro de Propiedad Inmueble, pues, en el Derecho comparado existen muchos ordenamientos, especialmente en un primer momento, que atribuyeron al juez la potestad de decidir las inscripciones o, en todo caso, que el funcionario sea un adscrito del despacho judicial, con el fin que sus decisiones sean revisadas por el juez.

cional opera propiamente en el ámbito conflictivo, por lo que, fuera de ello, se trata de una competencia voluntaria, facultativa, casi de un añadido que otorga le ley, y que es sobre-abundante. En tal sentido, es usual que los términos “jurisdicción voluntaria” y “asunto no contencioso” se confundan, lo que es incorrecto, pues si bien ambos comparten la característica de la ausencia de conflictividad, sin embargo, el primero lo resuelve el juez, mientras que el segundo corresponde a las autoridades administrativas (órganos de administración pública) o privadas (notarios), aunque también, muchas veces, a jueces. Sin embargo, cuando se trata de órganos no judiciales que resuelven asuntos no contenciosos, entonces no es adecuado llamarlo “jurisdicción voluntaria”, pues no se encuentra inmerso el estamento judicial, por tanto, no se encuentra en juego la potestad jurisdiccional, ni siquiera la voluntaria.

En la actualidad, la tendencia mundial se dirige hacia el retorno de las competencias no contenciosas a los órganos ajenos a la jurisdicción, ora desde la perspectiva teórica de negarle el carácter de jurisdicción propiamente dicha, ora desde la perspectiva práctica por la necesidad de aliviar la congestión inveterada del órgano judicial.

2. ¿CUÁNDO UN ASUNTO ES NO CONTENCIOSO?

Las pretensiones son contenciosas cuando un sujeto determinado pide que se le reconozca algún derecho o se ejecute una prestación; mientras que el sujeto obligado, también determinado, se resiste o niega el reconocimiento o la ejecución. Por tanto, bien podría decirse que lo contencioso se caracteriza por contraponer una voluntad de querer y, frente a ella, una voluntad de negar. Así pues, el conflicto de intereses presupone que el agente activo persigue algo, mientras el agente pasivo lo rechaza, pero ambos son sujetos concretos, por tal razón, aun contra su voluntad, ese obligado podría perder el derecho o ser condenado a la actuación o ejecución. La cuestión contenciosa surge por la propia naturaleza de la situación nacida inter-partes, no por el hecho coyuntural de que el obligado, ya en el proceso judicial, decida oponerse a la demanda, o no.

Por el contrario, cuando una petición busca legitimarse con la decisión de una autoridad, sin que, en principio, quede afectado la posición jurídica

de ninguna otra persona, entonces se trata de un asunto no contencioso¹³⁶², por tanto, en ese caso, las reglas procedimentales normalmente exigen que la solicitud sea comunicada a los terceros en general, mediante avisos o publicaciones, pues, no existe una parte obligada propiamente dicha, por ello, la decisión carece de la autoridad de cosa juzgada, pues esta surge de un conflicto de intereses, con una parte vencida.

Por tanto, el carácter contencioso o no se encuentra presente en la situación jurídica misma, con anterioridad a la presentación de la demanda o solicitud, y, por ello, un asunto no contencioso tiene ese carácter desde que se realiza la petición, pues ello surge de los datos concretos de la relación jurídica sustancial, no como efecto de la oposición o no que efectúe un tercero. Es decir, lo no contencioso, como también el concepto inverso, se determina en forma anterior al procedimiento, no después, por lo que es viable señalar que un asunto no contencioso, por naturaleza, se convirtió en contencioso por el efecto de la oposición de un tercero, sin embargo, no es aceptable sostener que un asunto contencioso se convirtió en lo contrario por falta de oposición. Esta última circunstancia no califica la petición no contenciosa, sino el hecho de que la declaración de una titularidad jurídica, en principio, no afecta a persona alguna.

En tal sentido, no solo las acciones de condena (obligaciones de dar o hacer) son contenciosas, sino también las acciones declarativas, en las que se exige el reconocimiento o comprobación de un derecho o de una determinada situación jurídica, como ocurre con el caso típico de la acción declarativa de dominio (o “mejor derecho de propiedad”, según la idea que subyace en este término jurídico de corte nacional). En esta última no se condena a nada, simplemente se dilucida quién es el propietario de un bien, pero el tema es claramente contencioso pues con ella se fuerza a un sujeto que no quiso reconocer una cualidad jurídica que es invocada por un tercero. Nadie podría sostener con mínima sensatez que los procesos de mejor derecho de propiedad “deben delegarse al notario cuando no hay oposición”.

¹³⁶² En caso de conocerse las personas afectadas, pero no sus nombres, entonces el tema tiene carácter contencioso. Por ejemplo, un propietario pretende demandar a un grupo de poseedores por reivindicación. Los sujetos existen, sin dudas, pero no se conoce sus identidades, por lo que habrá de adoptarse una forma especial de notificación, pero la naturaleza del proceso no cambia.

Por el contrario, en el caso de la sucesión intestada, la petición de un sujeto para que se le declare heredero no se contrapone a la voluntad de ningún sujeto determinado. Es decir, no hay persona concreta a quien se le vaya a extinguir un derecho o se le modifique una situación jurídica previa¹³⁶³. Precisamente, por ese motivo, se hace necesaria la publicación de edictos, pues al no existir una persona concreta a quien se le afecte o lesione en sus intereses o derechos, entonces la petición califica de no contenciosa. Lo propio ocurre con la rectificación de partidas, pues el solicitante no se opone a nadie en particular con su petición de modificación de datos. En efecto, ¿contra quién contiende? Se podría decir que se litiga contra cualquier hipotético afectado, pero eso implica, precisamente, que el asunto no se dirige contra algún sujeto en concreto, razón por la que estamos nuevamente en presencia de un tema no contencioso.

Es claro, pues, que normalmente en los asuntos no contenciosos se requiere la publicación de edictos como forma de notificación a la generalidad; y, por ello, se colige que solo existen demandados hipotéticos, pero ninguno individualizado. Nótese la diferencia: cuando existen sujetos determinados a quienes se les afecta con una petición jurídica, ya sea que se conozca sus nombres o no, entonces el asunto es contencioso. En cambio, cuando no existan sujetos determinados, sino meramente eventuales o hipotéticos; y, por tal motivo, obviamente no se controvierte contra alguien en particular, sino con la generalidad, entonces el asunto es no-contencioso.

3. COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

3.1. Finalidad

El objetivo de la Ley 26662 (publicada: 22.09.1996) es devolver los asuntos no contenciosos a órganos especializados en derecho privado, con potestad de certificación y/o comprobación, distintos del Poder Judicial, con el fin de facilitar la vida al ciudadano y, de paso, descongestionar los Tribunales con asuntos que para ellos resultan superfluos. La Ley 26662, en su versión original, estableció cinco asuntos no contenciosos de competencia

¹³⁶³ Por supuesto siempre cabe que el solicitante falsee la información que le proporciona al notario, pero ello no elimina que, con los recaudos presentados, la petición se califica de no contenciosa.

notarial: rectificación de partidas, adopción de personas capaces, patrimonio familiar, inventarios, comprobación de testamento cerrado y la sucesión intestada¹³⁶⁴. Luego se amplió a otros temas, como el reconocimiento de la unión de hecho, convocatoria de junta general de accionistas o el divorcio.

La intervención notarial en los asuntos no contenciosos se justifica por las siguientes razones: (i) existe ausencia de *litis*, es decir, se trata simplemente de esclarecer una incertidumbre jurídica o declarar un derecho no controvertido; (ii) existe consentimiento o asentimiento de los interesados, o por lo menos ausencia de oposición, siempre que no existan afectados concretos o determinados; (iii) no tiene carácter de cosa juzgada; (iv) permite que los jueces se dediquen a resolver temas en los que sí existe conflicto.

La experiencia práctica de la ley ha demostrado que esta cumple su finalidad, pues un altísimo porcentaje de los asuntos no contenciosos se tramita ante notario, no ante el juez de paz letrado, a pesar de la competencia alternativa que ambos comparten.

3.2. Disposiciones generales

El art. 1º Ley 26662 establece la competencia alternativa de los jueces y notarios en los asuntos no contenciosos de rectificación de partidas, adopción de personas capaces, patrimonio familiar, inventarios, comprobación de testamentos cerrados y sucesión intestada. De los seis casos contemplados en la versión primigenia de la ley, tres de ellos concluyen en el otorgamiento de una escritura pública (rectificación de partidas, adopción de personas capaces, patrimonio familiar), y tres requieren la extensión de un acta (inventarios, comprobación de testamentos cerrados, patrimonio familiar).

En la escritura pública se produce una declaración de voluntad, pues se trata del instrumento típico que documenta el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Esta declaración de voluntad, en nuestro ordenamiento, generalmente viene precedida de una minuta autorizada por abogado. Si bien no hay duda de que el patrimonio familiar y la adopción (de personas capaces) son actos jurídicos que se sustentan fundamentalmente en la declaración de voluntad del otorgante, sin embargo, es dudoso que ocurra

¹³⁶⁴ Sobre el tema puede consultarse con provecho el interesante trabajo de: Becerra Palomino, C. (2000), pp. 59 ss, de quien hemos tomado algunas ideas.

lo propio en la rectificación de partida, pues la corrección solicitada por el interesado se sustenta, no en una declaración, sino en los instrumentos públicos complementarios que hacen evidente el error material. Por tal razón, la rectificación de partida debió culminar con un acta, en la que el notario legitime una determinada situación jurídica, luego de un sumario esclarecimiento de los hechos.

El art. 3 Ley 26662 se refiere a las normas que deben aplicarse en la tramitación de los asuntos no contenciosos, estableciéndose, en primer lugar, a la propia ley especial, luego, a la ley del notariado, y, finalmente, con carácter analógico, el Código Procesal Civil. La actuación del notario en los asuntos no contenciosos se rige primariamente por el complejo normativo propio del Derecho notarial, pues este es el que regula propiamente su función. En consecuencia, el llamado que se hace al Código Procesal Civil debe entenderse en vía analógica, para las situaciones en las que claramente la legislación notarial contenga una laguna en el procedimiento. La razón de ello se encuentra en que el Código Procesal regula la función del juez, especialmente desde la perspectiva contenciosa, que es distinta a la actuación del notario, que se realiza sin contención y dentro del ámbito de normalidad del derecho¹³⁶⁵.

El art. 5 Ley 26662 señala que todo trámite se inicia mediante petición escrita de los interesados y sus representantes, esto es, apoderados voluntarios o apoderados legales, si se trata de menores o incapaces. La petición consta en solicitud o minuta, conforme ya lo hemos visto, lo que depende si el trámite culmina en acta o escritura pública, respectivamente. Sobre el particular, es bueno indicar que, en el caso de la escritura pública, los solicitantes necesariamente deberán ser identificados en el momento de otorgar-

1365 Aquí, un ejemplo que aclara el panorama: existen tres asuntos no contenciosos que concluyen con una escritura pública; de acuerdo con la legislación notarial, la escritura pública requiere de minuta, que luego conforma un tomo aparte llamado "minutario"; por tanto, el notario deberá llevar un minutario de asuntos no contenciosos que contengan las minutas de rectificación de partidas, adopción de personas capaces y patrimonio familiar. Por el contrario, existen otros tres asuntos no contenciosos que concluyen en acta, y que no se inician con minuta, razón por la cual los expedientes de sucesión intestada, inventarios y comprobación de testamento cerrado, no forman minutario, sino que se protocolizan al final del registro de asuntos no contenciosos. En ambas situaciones se ha aplicado exclusivamente la legislación notarial.

se el instrumento notarial; en cambio, en el acta, no es necesaria la identificación, puesto que la solicitud -al igual que una demanda en vía judicial- no es objeto de fe de identidad. Téngase en cuenta que el acta se funda, no en la voluntad de la persona, salvo como elemento inicial de requerimiento, sino en la declaración del notario que homologa un derecho no controvertido, para cuyo efecto, se sustenta en los instrumentos públicos que le sirven de base para la sumaria aplicación de los hechos, y la consiguiente fijación del derecho en la situación jurídica dada. La solicitud debe indicar el pretendido derecho subjetivo que le asiste a los peticionantes, así como el fundamento legal. Sobre el particular, se discute si el notario puede modificar el sustento jurídico planteado en la solicitud. En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa, pues en el ámbito de los asuntos no contenciosos, el notario pre-constituye el título mediante la aplicación del derecho al caso concreto, por lo que su apreciación jurídica no puede quedar mediatizada por el error jurídico en el que hubiesen incurrido las partes. Este tema es de especial aplicación en el ámbito de las sucesiones intestadas.

El art. 6 Ley 26662 exige consentimiento unánime de los interesados, no solo en el momento inicial, sino, durante el procedimiento, pues si en algún momento surge una oposición, entonces el notario deberá suspender su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente. Esta norma, con infeliz redacción, trata de señalar que el notario actúa su ministerio en el ámbito de intervolentes, es decir, cuando exista consentimiento a favor, o por lo menos cuando haya asentimiento presunto por falta de oposición. Así, por ejemplo, en la sucesión intestada, el peticionante puede ser una sola persona, la que a su vez solicita que se notifique a otros sujetos que cuentan con vocación hereditaria. En este caso, “no hay consentimiento de todos los interesados”, pero aun así el procedimiento puede iniciarse, y si es que no se produjese ninguna oposición entonces este se culminará con una declaración del notario. Por otro lado, en un buen número de asuntos no contenciosos, se exige la publicidad mediante edictos, por lo cual es posible que un interesado tome conocimiento del procedimiento por esa vía, y se oponga. Por tal razón, es bastante claro que la ley no puede referirse al “consentimiento de todos los interesados” para iniciar los procedimientos, ni para culminarlos, como dice incorrectamente la ley, pues basta la falta de oposición, siempre que no se afecte a personas concretas o determinadas.

El art. 7 Ley 26662 prevé el caso de que el notario pueda requerir, de oficio, la colaboración de las autoridades para obtener datos e informes que les sean indispensables para la tramitación de los procedimientos no contenciosos, para lo cual la norma impone un deber de colaboración en el funcionario requerido. Si bien se ha criticado esta norma señalando que desvirtúa la función notarial, pues, el notario podría sustituirse en el interés de la parte quien debe ser la que aporta los medios probatorios, sin embargo, a pesar de esta crítica, en nuestra opinión, la norma se justifica, no para requerir las pruebas que haya omitido el peticionante, sino, más bien, para corroborar la autenticidad de los documentos que se le hubiese presentado (por ejemplo: partidas de nacimiento) o para completar una prueba que ya se exhibió (por ejemplo: requerir a un funcionario que preste información respecto a si determinada certificación mantiene su vigencia, o si tiene nuevos datos al respecto). Demás está decir que el uso de esta potestad es excepcional, y solamente puede ejercitarse cuando se justifique debidamente, según las circunstancias del caso.

El art. 12 Ley 26662 indica que el documento notarial (*rectius*: instrumento) se presume auténtico y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. En tal sentido, si bien en principio los instrumentos notariales gozan normalmente de una doble presunción de autenticidad y legalidad, sin embargo, esta conclusión debe matizarse a efectos de evitar errores. Así pues, la autenticidad juega exclusivamente en el ámbito de los hechos (que pueden calificarse de ciertos o falsos), en donde juega la fe pública; mientras que la legalidad se aplica en el derecho. Por tanto, así debe entenderse e interpretarse esta norma, pues en algunos casos (ejemplo: la sucesión intestada), lo único que se encuentra es la aplicación del derecho y, por tanto, la declaración notarial se presume fundamentalmente ser ajustada a la legalidad; pues, aquí, los hechos se reputan probados con las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, por virtud de la exigencia de instrumentos públicos con privilegiado valor probatorio. Por tanto, hay que tener mucho cuidado con el art. 12, ya que la presunción de autenticidad se circunscribe a los hechos, y existen algunos procedimientos en los que no hay constatación de hechos directos.

El art. 14 Ley 26662 exige que las minutas y solicitudes estén autorizadas por abogado, lo que se justifica por su naturaleza, en los que se requiere

del mayor celo y seriedad profesional. En la práctica, los abogados resultan también beneficiados con la competencia notarial de asuntos no contenciosos, pues si los procedimientos se realizan con mayor rapidez, entonces el abogado invierte menor tiempo para patrocinar debidamente a su cliente.

3.3. Disposiciones específicas

La ley 26662 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la competencia del notario en algunos asuntos no contenciosos, lo que posteriormente fue ampliado por disposiciones sucesivas, como las Leyes 27157, 27333, 29227, 29560, 30933, entre otras. En el próximo acápite se estudiarán cada uno de esos procedimientos.

Sin embargo, los cambios normativos pueden conllevar que algunos de los asuntos no contenciosos haya quedado sin objeto. Es el caso del art. 4 D.L. 1310, que estableció normas sobre curatela especial con el fin de nombrar a una persona con la finalidad especial de cobro de pensiones y devolución de Fonavi, pero, los únicos sujetos a quienes beneficiaba este procedimiento eran las personas privadas de discernimiento (art. 43-2 CC) y las que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (art. 44-3 CC). No obstante, ambas normas han sido derogadas por el D.L. 1384, por lo que la curatela especial carece ahora de aplicación, por tanto, deberá entenderse abrogada en forma tácita.

4. ASUNTOS NO CONTENCIOSOS, EN PARTICULAR

4.1. Rectificación de partidas

La rectificación de partidas tiene por finalidad corregir errores evidentes, sea en el nombre, fechas u otros; esto es, procede solo cuando el error es notorio, y la corrección puede sustentarse en instrumento público. Por el contrario, no procede cuando se pretende cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información de la partida que no surja de un error evidente (art. 15 Ley 26662)¹³⁶⁶.

¹³⁶⁶ Vamos a poner un ejemplo: en la partida de nacimiento se consigna el nombre de: "Juana María López López", pero en la partida de matrimonio consta como: "Juana López López". Aquí, en virtud del primer instrumento público se constata la existencia de un error material en el segundo, razón por la cual procede la rectificación en la vía notarial. En cambio,

El trámite notarial de rectificación de partida es el siguiente:

- a) Se debe presentar minuta por parte de sujeto legitimado¹³⁶⁷ (la ley habla incorrectamente de “solicitud”, pues el trámite concluye en una escritura pública) autorizada por abogado, en el que se exponga el derecho del otorgante y se precise el fundamento legal. Se le acompañan los instrumentos públicos que justifiquen la corrección del error en la partida respectiva¹³⁶⁸.
- b) El notario publica un extracto de la solicitud en el diario oficial y en otro de mayor circulación.
- c) Transcurrido diez días útiles desde la publicación del último aviso, y si no hubiera oposición, el otorgante puede firmar la escritura pública, a la cual se le insertan los instrumentos que acreditan el pedido.
- d) El notario, por sí o por tercero, cursa partes a la municipalidad en la que corre asentada la partida, para efectos de que se extienda la anotación marginal de rectificación.

Por último, sería conveniente modificar la Ley 26662, a efecto de que los notarios cuenten con la misma facultad que los jueces y, por ende, puedan rectificar de plano, sin necesidad de publicación, cuando se trate de errores en los nombre y apellidos que aparezcan en las partidas, consistentes en la palabra “de” o las letras “y”, “i”, “e” o “a”, u otro error manifiesto de

cuando no se trate de error material, como los casos de nombre infamante, entonces la competencia es judicial.

1367 La legitimación se rige por las siguientes disposiciones:

- a) En el caso de partida de nacimiento: si el titular es mayor de edad, él debe presentar la solicitud; si es persona con discapacidad o ha fallecido, la presenta su representante legal o el apoyo, junto con el interesado, o a falta de este, cualquiera de sus parientes hasta el cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad. Sin embargo, se ha omitido considerar al cónyuge como legitimado para solicitar la rectificación, lo que resulta cuestionable cuando el titular de la partida ha fallecido o tiene discapacidad.
- b) En el caso de la partida de matrimonio: cualquiera de los cónyuges; empero, por muerte (o incapacidad), la legitimación se extiende a cualquiera de los parientes antes indicados.
- c) En el caso de la partida de defunción: cualquiera de los parientes antes indicados; empero, también se omite al cónyuge, lo que es un evidente error.

1368 Cabe resaltar que la doctrina notarial, y la práctica, considera que no existe inconveniente para tramitar la rectificación de varias partidas en una sola escritura pública.

ortografía, sexo o similar. Esta rectificación de plano, sin necesidad de publicaciones, fue autorizada por virtud de la Ley 23613 (de 10.06.1983), con el fin que el juez civil disponga sin más trámite la corrección cuando se le presente una solicitud con firma legalizada y se invoque alguno de los errores antes mencionados. Esta ley fue derogada por el Código Procesal Civil que entró en vigor el 28.07.1993, pero mantuvo el mismo sistema especial de rectificación en el art. 829.

4.2. Adopción de personas capaces

En el caso de la adopción de personas capaces, una persona deja de pertenecer a su familia consanguínea con el fin de adquirir un vínculo civil con otra familia.

Los requisitos de la solicitud son los siguientes:

- a) Debe constar en minuta autorizada por letrado.
- b) El adoptante y el adoptado deben ser mayores de edad, con capacidad de ejercicio.
- c) Presentar las partidas de nacimiento del adoptante y adoptado.
- d) Presentar la partida de matrimonio del adoptante y adoptado, si fueran casados.
- e) Presentar la aprobación de cuentas si el adoptante ha sido representante legal del adoptado.
- f) Presentar el testimonio del inventario de los bienes del adoptado, si los tuviera.
- g) Cumplir los requisitos del art. 378 CC: solvencia moral del adoptante (lo que se acredita con una declaración jurada), diferencia de edad entre adoptante y adoptado, de por lo menos 18 años (lo que se comprueba con las partidas de nacimiento requeridas) y que los cónyuges del adoptante y/o adoptado acepten la adopción, si estos fueran casados (lo que hace necesaria su intervención en la escritura pública).

Luego de comprobado que la minuta reúne los citados requisitos, el notario extiende la escritura pública respectiva. Nótese que este asunto no da lugar propiamente a un procedimiento, pues basta el consentimiento prestado por los otorgantes en la escritura pública, sin necesidad de trámite adicional, por lo que se trata fundamentalmente de un acto voluntario, con

mínima actividad procedimental fuera de la que corresponde en toda escritura, esto es, recibir las declaraciones de las partes y verificar la legalidad del acto. Una vez otorgado el instrumento se remite el parte a la Oficina del Registro Civil con el fin de que se extienda una nueva partida de nacimiento y, además, se anote al margen la nueva situación jurídica en la partida original, que mantiene efecto solo para determinar los impedimentos matrimoniales. Precisamente, en virtud de esto último, RENIEC no acepta que el adoptado sea una persona extranjera, no inscrita en el registro nacional de nacimientos, o cuando ha sido asentada en forma "ad hoc", en una oficina registral incompetente (STC N° 07977-2013-PHC/TC). Nótese que en estos casos se trata, en realidad, de otorgar nacionalidad peruana en forma irregular, mediante la adopción de un extranjero, sin pasar por el procedimiento de naturalización.

4.3. Patrimonio familiar

La constitución de patrimonio familiar implica la afectación de un bien inmueble al uso de uno o varios miembros de una familia, con fines de protección, para mantener la condición de casa habitación, o predio destinado a la agricultura, artesanía, comercio o industria (art. 489 CC). Para ello, el bien adquiere las cualidades de inembargable e indisponible. Las personas que pueden constituirlo son: cualquiera de los cónyuges sobre bien propio, ambos cónyuges sobre los bienes comunes, el padre o la madre (no cónyuges) sobre sus bienes, cualquier persona dentro de su tercio de libre disposición. Los beneficiarios pueden ser: los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que estén en estado de necesidad, los hermanos menores o incapaces del solicitante.

Los requisitos de la solicitud son los siguientes:

- a) Nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio del constituyente.
- b) Indicación del predio que se pretende afectar.
- c) Acreditar que el predio no está afectado por hipoteca, anticresis o embargo, para lo cual se presenta el certificado registral de gravámenes.
- d) Señalar a los beneficiarios, con indicación del vínculo familiar que los une.
- e) Declaración expresa de no tener deudas pendientes.
- f) Presentar las partidas que acrediten el vínculo.

Luego que se han cumplido los requisitos, y transcurrido diez días útiles desde la publicación, sin que medie oposición, se eleva la minuta a escritura pública con los siguientes insertos: partidas que acrediten el vínculo entre constituyente y beneficiario, publicaciones y constancia de haber tenido a la vista el certificado de gravámenes. En ese momento, los otorgantes deben renovar su voluntad a través de la prestación de consentimiento ante notario, lo que implica la firma del instrumento público.

La ley dice que para la modificación o extinción del patrimonio familiar se siguen los mismos trámites que para su constitución. Esta norma, obviamente, no pretende exigir que el patrimonio constituido ante juez se disuelva de la misma forma, y que el constituido ante notario se extinga de igual manera. En realidad, la norma regula el procedimiento para la modificación y extinción del patrimonio familiar en vía notarial, que por economía legislativa hace una remisión al mismo trámite requerido para la constitución. Siendo así, un patrimonio familiar de origen judicial puede ser extinguido por vía notarial, siempre que se den los presupuestos exigidos. Sin embargo, en caso de que el patrimonio familiar beneficie a un menor de edad o persona con discapacidad severa, sin apoyos, no puede ser extinguido en la vía notarial, pues resulta evidente que los beneficiarios no pueden prestar su consentimiento, que es la hipótesis típica de actuación del notario.

4.4. Facción de inventarios

El procedimiento de inventario consiste en certificar la existencia de determinados bienes que pertenecen a un sujeto pretérito o actual que no puede atender a su cuidado (muerte, ausencia, incapacidad) o cuando sea necesario para conseguir determinado efecto impuesto por la ley o voluntad de las partes (adopción de mayores de edad, usufructo). Para tal fin, es necesario levantar una relación detallada de los bienes con el propósito de individualizarlos y establecer su existencia, sin calificar la propiedad ni su situación jurídica, para lo cual se describirán en forma ordenada, indicando el lugar en que se encuentran, su estado y características.

El inventario puede solicitarlo cualquier persona que tenga legítimo interés, lo que alude a los herederos o acreedores del causante, los partícipes en la relación jurídica (de usufructo, por ejemplo), los parientes hasta

cuarto grado de consaguinidad y segundo de afinidad. Los bienes susceptibles de inventario son todos aquellos que menciona el peticionante en su solicitud, y también aquellos no comprendidos en ella, pero cuya inclusión la solicite cualquier interesado, siempre que se sustente en algún título. La inclusión de bienes se puede requerir hasta el momento mismo en que se realiza la comprobación. Terminada la diligencia, y aunque el expediente todavía no esté protocolizado, ya no cabe solicitar la inclusión de otros bienes.

Sobre la competencia notarial, el art. 29 Ley 26662 establece que es competente el notario de cualquiera de los lugares en que se encuentran los bienes, sin embargo, si se han presentado varias solicitudes en esos distintos lugares, y solo en esa hipótesis, entonces el único competente será el que recibió la primera solicitud. Es cierto que la ausencia de un mecanismo publicitario hace muy difícil que el segundo notario tome conocimiento de que se está realizando un inventario sucesivo, sin embargo, si se parte del hecho que los bienes se encuentran ubicados en los mismos lugares, y en posesión de los mismos interesados, es posible que cualquiera de estos manifieste dicha circunstancia. En tal caso, si el segundo notario toma conocimiento del hecho, y lo comprueba, entonces deberá inhibirse, y, probablemente, ante falta de norma expresa, remitir lo actuado al primer notario.

Presentada la solicitud de inventario, el notario fijará día y hora para la realización de la diligencia, lo que se notificará a los interesados. La diligencia se efectuará no antes de los tres días hábiles de la última notificación, de conformidad con el art. 147 CPC, aplicable analógicamente por defecto de la legislación notarial. La oposición, o el pedido de inclusión se realizan por escrito, de lo cual se pone en conocimiento a los otros interesados. De la diligencia de inventario se levanta un acta extra-protocolar, describiendo ordenadamente los bienes que se encuentran en el lugar, su estado y características, sin calificar la propiedad ni la situación jurídica de los mismos. En este momento también cabe la oposición o la solicitud de inclusión de bienes. Concluida la diligencia, el notario y los interesados que concurran, si así lo desean, firmarán el acta. Si alguno no quisiera hacerlo, se dejará constancia de ese hecho. Concluido el procedimiento, el notario protocolizará lo actuado, lo que significa extender un acta (protocolar) en el registro

de asuntos no contenciosos y, luego de ello, proceder a la incorporación del íntegro del expediente al final del tomo.

4.5. Comprobación de testamento cerrado

El testamento cerrado es aquel que otorga el testador en forma privada, pero que se lo entrega a un notario en pliego cerrado para efectos de custodia y conservación. El notario que recibe el testamento debe levantar un acta en su registro (protocolo) de testamentos, así como en el mismo pliego cerrado, lo que será firmado por él, el testador y los dos testigos. Luego de la muerte del testador, la comprobación del testamento cerrado puede solicitarla aquel que se considere heredero o legatario del testador, el acreedor del testador o del presunto sucesor.

Los requisitos de la solicitud son los siguientes:

- a) Nombre del causante.
- b) Nombre y dirección de los presuntos herederos.
- c) Adjuntar: la partida de defunción del causante y la certificación registral de que no figura inscrito otro testamento.
- d) Nombre y domicilio de los testigos de la entrega del testamento cerrado.
- e) Presentación del mismo testamento cerrado, para el caso de los otorgados durante la vigencia del Código Civil de 1936, o de copia certificada del acta de entrega (para los otorgados durante la vigencia del actual Código), o en su defecto, certificación notarial de la existencia del testamento. En nuestra opinión, también es suficiente el certificado literal de registros públicos en el que se acredite la inscripción del testamento cerrado.
- f) Cuando el sobre esté deteriorado, entonces se adjuntan los siguientes documentos adicionales: copia certificada del acta extendida en el registro notarial, la declaración de conformidad de los testigos y el cotejo de la firma o letra del testador¹³⁶⁹.

¹³⁶⁹ Este requisito permite inferir que, si no existe sobre deteriorado, entonces no es necesario cotejo de la firma y manuscrito del testador, lo cual constituye una clara diferencia con el proceso judicial de comprobación de testamento ológrafo, conforme se aprecia en la

La regulación de este procedimiento es realmente pobrísima, y ni siquiera se indica las formalidades de la apertura del testamento. En primer lugar, el notario deberá citar a todos los interesados expresados en la solicitud con una anticipación no menor de tres días hábiles antes de la diligencia (aplicación por analogía del art. 147 CPC). En el día y hora indicados, con los interesados asistentes, y con la presencia del notario que tuvo en su poder el testamento cerrado, se procederá a comprobar el estado de la cubierta, y si esta se encontrase deteriorada, se tendrá presente los documentos adicionales indicados en el párrafo anterior. Si existe conformidad, el notario abrirá el sobre, y firmará y sellará en todas sus páginas, de lo que se dejará constancia en el acta. Por el contrario, si la cubierta está deteriorada, de tal manera que fuese posible el cambio del pliego, entonces el procedimiento finalizará en forma anticipada, a efecto de que los interesados hagan valer su derecho en la vía judicial, especialmente en cuanto a la comprobación del testamento como ológrafo, si reúne las condiciones legales que se imponen en ese caso. En último lugar, por aplicación analógica del art. 823 CPC, debe entenderse que el notario levantará un acta respecto de lo ocurrido durante la diligencia de comprobación de testamento, lo que incluye tenerlo por comprobado si no existe defecto formal alguno. Luego, según el art. 10 Ley 26662, se entiende que todo el expediente se protocoliza, lo cual implica que se extiende un acta de protocolización, y lo actuado se incorpora al final del tomo del registro de asuntos no contenciosos, procediéndose luego a enviar el parte íntegro al registro público.

Por último, llama la atención que la ley no diga nada respecto de la posible incompatibilidad que surge cuando el notario de la comprobación sea el mismo que custodió el testamento cerrado. Sobre el particular, se ha dicho que nada puede presuponer que el notario actúa en contra de la ley y de

sentencia de la Corte Suprema de 23.01.1995, Exp. N° 1930-94: "Que, en consecuencia, el hecho de que no haya existido contradicción oportuna a la comprobación, o el hecho de no haberse tachado el testamento o negado la autoría del mismo, no exime al juez de la obligación que le impone el artículo 709 del Código Civil de comprobar la autenticidad de la letra y firma del testador, mediante el cotejo, pericia y en su caso la de testigos que no pueden ser menos de tres ni más de cinco; Que, en el caso sub-judice el juez ha omitido toda o cualquier actuación de prueba pertinente para comprobar la autenticidad del testamento que sustente su decisión, incurriendo en la nulidad del acto procesal".

los principios éticos; siendo ello así, según dicha opinión, esta posibilidad estaría permitida. Sin embargo, a nuestro criterio, el mismo notario que custodió el testamento cerrado no puede evaluar el ejercicio de su propia función, y, como consecuencia de ello, no puede decidir en forma imparcial si, por ejemplo, el sobre de la cubierta está deteriorado o no (art. 37 Ley 26662), ya que ello podría provocar su responsabilidad. Por tanto, es evidente que el propio notario no puede evaluar su actuación, esto es, enjuiciarse a sí mismo, razón por la cual, y en aplicación del art. 2 LN, que regula el principio de imparcialidad, el notario que custodió el testamento cerrado no puede llevar a cabo la comprobación.

4.6. Sucesión intestada

La declaratoria de herederos por sucesión intestada procede en todos los casos señalados en el art. 815 CC, aunque la hipótesis más usual ocurre cuando el causante no ha dejado testamento. De esta manera, y a través de la actuación notarial, se busca legitimar la situación jurídica de los herederos a través de un procedimiento no contencioso de carácter extra-judicial. Cualquier interesado (presunto sucesor o legatario, acreedor del causante o del presunto sucesor, etc.) puede solicitar la declaración de herederos por sucesión intestada, conforme lo dispuesto por el art. 830 CPC.

La solicitud debe contener lo siguiente¹³⁷⁰:

- a) Nombre del causante.
- b) Nombre y dirección de los presuntos herederos, para efectos de notificarlos. No será necesaria la notificación de los presuntos herederos cuando estos sean los mismos solicitantes (¿para qué se les notificaría si ellos mismos han instado el procedimiento?), o cuando los presuntos herederos no residan en el lugar del procedimiento, siempre que así se haya señalado en la solicitud.
- c) Fundamento legal que asiste a los solicitantes.
- d) Relación de bienes del causante, aunque puede ser genérica: *“todos los bienes que sean de propiedad del causante al momento de su fallecimiento”*.

¹³⁷⁰ Bazán Naveda, C. (2000), pp. 115 ss.

- e) Partida de defunción del causante.
- f) Partidas de matrimonio y/o nacimiento que acrediten el entroncamiento de los presuntos herederos, o documento público de reconocimiento, o resolución judicial.
- g) Certificación negativa expedida por los registros públicos, respecto de la existencia de testamento u otro proceso de sucesión intestada, referido al último domicilio del causante y al lugar donde se encuentren los bienes, si es que dicho lugar está señalado con precisión en la solicitud.

El notario competente será aquel que corresponda al lugar del último domicilio del causante (art. 38 Ley 26662), y si bien la norma notarial no regula el tema, la práctica notarial admite que en el mismo procedimiento se realice la sucesión intestada de dos personas en forma conjunta, en especial cuando se trata de cónyuges fallecidos.

Una vez presentada la solicitud, se notificará a todos los interesados (con la salvedad señalada previamente), y se mandará hacer una publicación en el diario oficial, y otra en un diario de mayor circulación. No se notificará a la Beneficencia del lugar, salvo que se trate de herencia vacante. Asimismo, el notario oficiará a los registros públicos con el fin que se realice la anotación preventiva de la solicitud. Luego de efectuadas las publicaciones, y transcurrido el plazo de quince días hábiles sin que exista oposición, entonces el notario queda habilitado para realizar la declaración de herederos. Cualquier interesado que no sea solicitante, puede requerir se le comprenda en el procedimiento como llamado a la herencia, debiendo acreditar el derecho que le corresponde mediante la presentación de la partida o del documento público correspondiente. Esta solicitud de inclusión es puesta en conocimiento de los otros interesados a efecto de que se pronuncien dentro del término de diez días. No produciéndose oposición, se les incluirá en la declaración de herederos. Concluido el procedimiento, sin oposición, el art. 43 Ley 26662 señala que el notario declarará los herederos, para lo cual tiene en cuenta los instrumentos públicos que sustentan el derecho de los peticionantes, sin hacer ninguna valoración adicional. En otras palabras, se trata de una típica "acta de notoriedad", por la cual, el notario comprueba hechos notorios (a través de los instrumentos públicos), y en virtud de ello,

y por ausencia de oposición, los subsume en la norma pertinente a efecto de formular una declaración jurídica (no, de fe pública) de una titularidad.

4.7. Separación convencional y divorcio ulterior

Este procedimiento tiene por finalidad que el notario declare, en primer lugar, la separación legal de los cónyuges por mutuo acuerdo, siempre que haya transcurrido por lo menos dos años desde que se contrajo el matrimonio; y, en segundo lugar, que se dicte el divorcio o extinción definitiva del vínculo matrimonial. Las normas que lo regulan son la Ley 29227 y su reglamento aprobado por D.S. 009-2008-JUS, por las que se permite la separación y divorcio notarial o municipal, como alternativa al proceso judicial. Es competente, en forma alternativa, el notario del lugar correspondiente al último domicilio conyugal o al de celebración del matrimonio.

Los requisitos para la separación convencional, en vía notarial, son los siguientes:

- a) No tener hijos menores de edad o, de tenerlos, contar con sentencia firme o acta de conciliación (Ley 26872 y reglamento) respecto del ejercicio de la patria potestad, tenencia, alimentos y régimen de visitas.
- b) No tener hijos mayores de edad con incapacidad o, de tenerlos, contar con sentencia firme o acta de conciliación respecto de la curatela, alimentos y visitas. En este último caso, se requiere, además, sentencia que declara la interdicción y nombramiento de curador.
- c) Carecer de bienes sociales o contar con régimen de separación de patrimonios inscrito en el registro.

La solicitud debe contener los siguientes requisitos:

- a) Escrito que señale nombre, domicilio particular, último domicilio conyugal, documento de identidad, firma y huella digital de cada uno de los cónyuges. La solicitud debe indicar en forma expresa la voluntad de separarse.
- b) Copia simple de los documentos de identidad.

- c) Copia certificada de la partida de matrimonio, expedida con antigüedad no mayor de tres meses a la presentación de la solicitud.
- d) Declaración jurada, con firma y huella digital de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o con incapacidad.
- e) Copia certificada de las partidas de nacimiento de los hijos menores o mayores con incapacidad, expedida con antigüedad no mayor de tres meses a la presentación de la solicitud.
- f) Copia certificada de la sentencia firme o acta de conciliación respecto del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas, de los hijos menores de edad.
- g) Copia certificada de la sentencia firme o acta de conciliación respecto del ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores de edad, pero incapaces.
- h) Copia certificada de la sentencia firme que declare la interdicción del hijo mayor con incapacidad, y el nombramiento de curador.
- i) Testimonio de escritura pública de separación de patrimonios o de sustitución de régimen patrimonial del matrimonio, con la consiguiente liquidación de los bienes gananciales, debidamente inscrita en el registro.
- j) Declaración jurada, con firma y huella digital de los cónyuges, en caso de carecer de bienes sociales.
- k) Declaración jurada del último domicilio conyugal firmada por ambos cónyuges.

El notario verifica el cumplimiento de los requisitos dentro del plazo de 5 días contados desde la presentación de la solicitud; y luego, en el término de 15 días convoca a una audiencia única, en la que los cónyuges deben ratificar su voluntad de separarse. En caso de inasistencia justificada de uno o ambos cónyuges, se convoca a una nueva audiencia en un plazo no mayor de 15 días, y en caso de nueva inasistencia, el procedimiento concluye. En caso de que los cónyuges asistan y ratifiquen su voluntad de separarse en la audiencia, entonces el notario declara la separación convencional en acta protocolar, la que se extenderá en el registro notarial de asuntos no contenciosos.

Luego de transcurrido dos meses de expedida el acta notarial de separación convencional, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al notario la disolución del vínculo matrimonial. El notario resuelve en el plazo de 5 días, y hace constar su declaración en acta; sin embargo, la norma exige que la solicitud de divorcio se eleve a escritura pública que se extienda en el registro notarial de asuntos no contenciosos. También se inserta el acta de declaración de divorcio. Finalmente, el notario remite los partes al Registro Personal, la Municipalidad y RENIEC.

En un principio se cuestionó la constitucionalidad del divorcio notarial, pero es evidente su carácter no contencioso, basado en la voluntad de los cónyuges, sin perjuicio de que existen poderosas razones, vinculadas con los derechos fundamentales, para que el legislador provea diversos mecanismos de disolución del vínculo matrimonial¹³⁷¹.

4.8. Reconocimiento de unión de hecho

La Ley 29560 (publicada: 16.07.2010) incorporó un nuevo asunto no contencioso en la primigenia Ley 26662: el reconocimiento de unión de hecho, que se define como el estado, por el cual, dos personas, hombre y mujer, hacen vida en común por el transcurso de dos años continuos, en forma análoga al matrimonio y sin encontrarse impedidos legalmente para

1371 Hace algunos años, el Tribunal Constitucional señaló que la conservación del matrimonio, sin establecer los mecanismos de su disolución, conlleva la posibilidad de violar los derechos fundamentales de la persona individual, los que se encuentran en posición superior a la finalidad de protección de la familia: "en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales y legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del artículo 337 del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, esté o no casada (...) Que, si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el artículo 337 del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de esta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados (dignidad, integridad física, psíquica y moral, libre desarrollo, bienestar, honor, buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, no ser víctima de violencia ni a tratos humillantes), tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio. El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges debe sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano" (STC N° 018-96-I, de 29.04.1997).

contraerlo. La consecuencia de ello es que los bienes adquiridos durante su vigencia tienen la condición de sociales. La unión de hecho fue regulada por primera vez por la Constitución de 1979, y luego por la de 1993, que le otorga un especial estatuto protector, pues la considera, también como el matrimonio, causa fundante de la familia, que es organización base de la sociedad. No obstante, el Código Civil de 1984 apenas le dedica un par de artículos a un fenómeno social recurrente. La jurisprudencia había señalado en forma reiterada que la unión de hecho solo podía reconocerse a través de sentencia judicial, por lo que la Ley 29560 ha intentado superar ese *impasse* mediante un procedimiento notarial.

Los requisitos de la solicitud son los siguientes:

- a) Nombres y firmas de ambos solicitantes.
- b) Reconocimiento expreso de que conviven por dos años continuos, por lo menos.
- c) Declaración expresa de que los solicitantes se encuentran libres de impedimento matrimonial, y que no tienen vida en común con otra persona.
- d) Certificado domiciliario de los solicitantes.
- e) Certificado registral negativo de la unión de hecho.
- f) Declaración de dos testigos que conozcan a los solicitantes y su condición familiar.
- g) Otros documentos que acrediten la unión de hecho por el plazo legal.

Una vez que el notario encuentra conforme la solicitud y los requisitos, entonces manda publicar un extracto del pedido, tanto en el diario oficial como en otro de mayor circulación. Una vez transcurrido 15 días, sin oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración de reconocimiento de unión de hecho, protocolizando los actuados en el registro notarial de asuntos no contenciosos. Finalmente, el notario remite el parte al Registro Personal. El art. 52 de la Ley 26662, incorporada por la Ley 29560, permite que se deje sin efecto la unión de hecho mediante escritura pública en la cual podrán liquidar el patrimonio social. En este caso, obviamente, no se necesita de publicaciones. Sin embargo, la unión de hecho se extin-

que por voluntad de cualquiera de los convivientes, de conformidad con el Código Civil, pues se trata de un estado de hecho, pero la Ley 29560 parece indicar que se requiere una escritura pública otorgada por ambas partes, lo que sin dudas es una grave incoherencia.

Por su parte, ¿qué función cumple la inscripción de la unión de hecho en el registro personal? La falta de inscripción del título formal de unión de hecho no impide que el bien deba ser reputado como social. Es la misma situación que se presenta cuando un sujeto con estado civil de casado se hace pasar por soltero. Siendo así, el negocio jurídico de disposición es inválido, según la jurisprudencia de la Corte Suprema. El defecto, aun cuando sea oculto, no convalida el negocio jurídico en el que se incurre en la nulidad, sin embargo, respecto de un tercero de buena fe y título oneroso, entonces podría obtener la protección del art. 2014 CC. La inscripción de la unión de hecho en el registro personal impedirá que el tercero se ampare en el principio de fe pública registral, pues la causa de nulidad del acto de disposición (falta de intervención del concubino) consta del propio registro. No obstante, la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA, publicada el 30.11.2011, modificada por Res. N° 050-2012-SUNARP/SN, establece el domicilio de los concubinos como lugar de la inscripción, pero simultáneamente crea un “Índice Nacional de las Uniones de Hecho”, lo que contraviene la ley (art. 2033 CC), pues las inscripciones en el registro personal son de ámbito territorial, no nacional, por lo que, el tercero solo podrá ser afectado por las inscripciones, u omisiones, que se produzcan en la oficina registral competente, esto es, la del domicilio de los concubinos o del lugar de los inmuebles. La creación del Índice Nacional hace pensar que toda la información del país podría afectar a tercero, lo que ha sido denunciado por la doctrina¹³⁷².

La pareja en unión de hecho, así registrada, puede sustituir el régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de pa-

1372 “Así, me queda la gran duda sobre la aplicación del artículo 2012 del Código Civil. ¿Alguien podrá eludir su mandato y su condición de presunción irrefragable cuando contrate con alguien cuya unión de hecho esté inscrita en un registro distinto al del lugar en el que contrata? ¿El registrador, en tanto no exista el Índice Nacional del Registro Personal, deberá “bucear” por todas las zonas registrales o lo deberá hacer quien contrate con un soltero, al cual parece que tendremos que pedirle un certificado negativo de unión de hecho? Pero, ¿de cuál jurisdicción registral?”: Vega Mere, Y. (2012), p. 16.

trimonios, pese a la falta de norma expresa, pero sí en virtud de la identidad de efectos con la sociedad de gananciales matrimonial (Acuerdo del 221° Pleno de 17 y 18.12.2019, luego seguido por la jurisprudencia en la RTR N° 993-2019-SUNARP-TR-T de 19.12.2019 y N° 086-2021-SUNARP-TR de 29.04.2021).

4.9. Convocatoria a junta obligatoria anual y junta no obligatoria

La junta general obligatoria debe realizarse una vez al año dentro de los tres primeros meses del ejercicio. En caso de no convocarse, entonces podrá solicitarla el titular de una sola acción con derecho a voto, o un solo socio. Las otras juntas generales de accionistas, no obligatorias, pueden convocarse cuando lo solicita un mínimo de acciones que señala la ley o el estatuto. En cualquiera de estos casos, La Ley 29560 (publicada: 16.07.2010) incorpora otro asunto no contencioso en la primigenia Ley 26662: la convocatoria a junta obligatoria anual y a junta general no obligatoria.

La importancia de esta norma se encuentra en que las sociedades mercantiles requieren tomar decisiones a través de sus órganos colegiados con el fin de que sus acciones institucionales se encuentren dentro del marco de la legalidad. En efecto, ocurre reiteradamente que los directorios u órganos de administración se resisten a convocar las juntas generales establecidas por la ley o el estatuto. En tal caso, se coloca a los socios en el difícil trance de solicitar una convocatoria judicial mediante un proceso lato que se prolonga indefinidamente, que incentiva las conductas oportunistas de los directivos, y más bien desincentiva el cumplimiento de la ley. Por tal razón, se ha requerido que el legislador establezca un mecanismo expeditivo para lograr la rápida solución a los problemas derivados de la renuencia a la convocatoria a junta general, sin perjuicio que los hipotéticos afectados tengan a salvo la posibilidad de impugnar judicialmente los acuerdos. Aquí el notario actúa dentro de los márgenes naturales de la función que le compete, esto es, la de preparar y documentar los actos jurídicos, para lo cual constata la previa legalidad del procedimiento de formación de voluntad del órgano colegiado y luego se otorga fe pública respecto a la propia voluntad manifestada por el colectivo durante la asamblea. La ley señala que la oposición pone fin al procedimiento, en cuanto supone que ello elimina el carácter no contencioso, si enmabrgo, esta conclusión se basa en una premi-

sa falsa, pues la oposición no debiera llevar a concluir que el procedimiento se ha vuelto “contencioso”, pues, en el presente caso, la petición busca documentar un acto colegiado, que por naturaleza queda fuera de la conflictividad. En buena cuenta, la solicitud de convocatoria, por esencia, siempre es no contenciosa, por tratarse de actos internos destinados a que se exprese la voluntad social, mientras que la controversia recién se predica en forma posterior, con el acto colegiado ya formado, y su eventual nulidad, lo que se reserva al órgano jurisdiccional.

La solicitud debe contener los siguientes requisitos:

- a) Nombre, documento de identidad y firma de los requirentes.
- b) Documento que acredite la condición de accionista, sea la matrícula de acciones o el certificado de acciones. En el caso de otras formas societarias, con la escritura pública y/o certificado registral de la condición de socio.
- c) Copia del documento donde se expresa el rechazo a la convocatoria, o la carta notarial enviada al directorio o gerencia, según el caso, solicitando que se convoque la junta general.

La convocatoria notarial procede cuando el órgano obligado se hubiese negado a realizar la convocatoria que la ley o el estatuto establecen con carácter obligatorio (por ejemplo: junta anual), o cuando un determinado número de socios lo hubiese solicitado. En cualquier caso, el notario realiza siempre la comprobación de los hechos cuya consecuencia jurídica es la convocatoria a junta. Por tanto, una vez que el notario encuentra conforme la solicitud y los requisitos, entonces manda publicar el aviso de convocatoria, debiendo respetarse las formalidades que señala el art. 116 de la Ley General de Sociedades. Es curioso, pero en este caso no se notifica a la sociedad para que exponga lo que conviene a su derecho; y, en cambio, se dispone en forma directa la convocatoria a junta. El notario encargado de la convocatoria, a pedido de él o de los socios, debe dar fe de los acuerdos adoptados en la junta general, levantando un acta, la que protocoliza en el registro notarial de asuntos no contenciosos, si es que no se le pone a su disposición el libro de actas; en caso contrario, el acta se extiende en el libro. Por su parte, en la hipótesis de que la sociedad no ponga a disposición del notario el libro matrícula de acciones a efecto de controlar la asistencia, en-

tonces se realiza la diligencia con la información que se tenga. El parte o el testimonio del acta de protocolización y los actuados tienen mérito suficiente para la inscripción, así como la copia certificada del libro de actas, si fuese el caso. En la hipótesis de oposición de uno o más socios, entonces el notario da por concluida su intervención, y remite lo actuado al juez competente, que en este caso es el juez de paz letrado del domicilio de la sociedad, por aplicación del art. 2 Ley 26662, lo cual es altamente criticable.

4.10. Constatación de causales de desalojo

4.10.1. Finalidad

La Ley 30933 persigue simplificar los procesos de desalojo, en este caso, mediante la creación de lo que llama un “proceso especial”, que se inicia con la ejecución forzada (orden de lanzamiento), para cuyo efecto, el título ejecutivo con eficacia tan enérgica se construye en dos etapas: (i) contrato de arrendamiento en escritura pública o formulario certificado (FUA), que incluye cláusulas de soemtimiento a la ley (arts. 4 y 5), (ii) acta notarial de constatación de las causales de desalojo (art. 8.4.1). Por tanto, el título ejecutivo del “proceso especial de desalojo” está constituido de la siguiente manera, en dos fases:

REQUISITO PREVIO FASE CONTRACTUAL (escritura pública de arrendamiento) o (FUA: formulario único de arrendamiento)	+	TÍTULO EJECUTIVO FASE DE INCUMPLIMIENTO (acta de constatación del incumplimiento)
--	---	---

El título ejecutivo de la Ley 30933, en estricto, lo constituye el acta que “deja(ndo) constancia fehaciente e indubitable del vencimiento del contrato o de la resolución del mismo por falta de pago” (art. 8.4), es decir, comprueba el incumplimiento de estas obligaciones del arrendatario, sin embargo, la ejecutividad no se funda solo en el acta, sino también en la escritura pública antecedente, en la que consta la voluntad de las partes de someterse a la constatación notarial. La función del notario, en este caso, consiste en instruir un expediente, comprobar hechos y formular una calificación jurídica que concluye en un “acta de constatación” (art. 8.4.1). El Derecho notarial conoce desde hace mucho tiempo este tipo de instrumentos, y los denomi-

na “actas de notoriedad”, no muy conocidas en nuestro medio¹³⁷³. En efecto, este tipo de instrumento no constituye un acta de presencia de hechos -en que el notario constata por sí mismo la ocurrencia de un suceso, viendo y oyendo -, sino es uno en el que se evalúa la prueba proporcionada por el requirente, a veces con la posibilidad de que el obligado pueda manifestarse en su defensa, y, luego de ello, cierra el acta con la comprobación, o no, del hecho notorio, que no es otra cosa que la construcción de una prueba realizada por notario, fedatario o funcionario público, que a partir de ese momento servirá de prueba para legitimar determinadas situaciones jurídicas, previstas en la ley. En este ámbito, el notario no sentencia ni resuelve, sino que constituye una prueba. Por tanto, una cosa es la decisión de carácter jurisdiccional, y otra la “consideración fáctica”¹³⁷⁴, como ocurre con todos los medios probatorios.

La doctrina considera que la jurisdicción voluntaria se presenta en los asuntos de derecho privado, en los que el acuerdo de las partes, por sí solo, no es suficiente para lograr el efecto jurídico, o cuando no existe ese acuerdo, por cuya virtud se necesita que una autoridad “controle la legalidad” (puede ser un notario)¹³⁷⁵, no para recibir una declaración, sino para comprobar hechos y atribuir la eficacia prevista por la ley. La utilidad de las actas de notoriedad se encuentra en: “la declaración y reconocimiento de derechos y la legitimación de situaciones, fundados en el hecho cuya notoriedad se comprueba”¹³⁷⁶, pero requiere un expediente, una instrucción y, finalmente, la declaración; todo ello mediante un acto inicial de requerimiento, y uno de cierre, declarativo: “el instrumento público no surge instantáneamente, sino que se va formando por la adición al acta inicial de requerimiento (del particular al notario), de las diligencias en que se hagan constar las distin-

1373 El conocimiento de las “actas de notoriedad” podría iniciarse con la revisión del siguiente artículo: https://www.google.com/search?q=acta+de+notoriedad&rlz=1C1CHBF_esPE-845PE846&oq=acta+de+notoriedad&aqs=chrome..69i57j69i59j69i60j0l3.8094j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8 (consulta: 23.6.2021).

1374 Barrio del Olmo, C. (2016). En: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revisita-67/6661-funcion-notarial-y-desarrollo-practico-de-la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria> (consulta: 23.6.2019).

1375 Gómez-Ferrer, R. (2009), p. 64.

1376 Ávila, P. (1990), p. 143.

tas actuaciones del notario y el juicio de este sobre la notoriedad”¹³⁷⁷. En el caso de España, por ejemplo, las actas de notoriedad aparecieron en el Reglamento Notarial de 1935; y, en nuestro país en 1996, con la Ley 26662, de competencia notarial en asuntos no contenciosos. No obstante, en nuestro país se siguen pensando erradamente que el notario tiene la única función de “certificar firmas y copias”¹³⁷⁸.

La Ley 30933 señala que, luego del requerimiento del arrendador, el notario instruye un procedimiento en el que evalúa la legalidad de la solicitud, corre traslado al arrendatario, y, luego de ello, mediante un juicio profesional, levanta un “acta de constatación” (art. 8), en el que se comprueba el incumplimiento de la obligación de devolución del bien, sea por vencimiento de plazo o por incumplimiento del pago de la renta (art. 7). El acta se convierte en “título ejecutivo especial” (art. 8.4.1), pero recuérdese que, además, tiene como basamento la escritura pública. Leídas estas normas en forma más razonable, y luego de lo expuesto, queda en evidencia que la actuación del notario es meramente comprobadora y de constitución de una prueba¹³⁷⁹.

4.10.2. Escritura pública de arrendamiento

La escritura pública normalmente constituye, por sí mismo, un título ejecutivo, en tanto documenta una obligación cierta (indubitable), expresa

1377 Ibid., p. 144.

1378 Para cambiar ese “chip”, puede leerse el interesante estudio de: Barrio del Olmo, C. (2016).

1379 No obstante lo dicho, el acta de constatación del incumplimiento podría entenderse sobreabundante, pues hubiera bastado que el contrato de arrendamiento, así como las obligaciones y cláusulas especiales, consten documentadas en instrumento público para que se configure un título ejecutivo, mientras el incumplimiento, tratándose de hecho negativo, se acreditaría con la afirmación del acreedor, por lo que la carga de la prueba del pago correspondería al deudor, la misma que puede ejercitarse en el plazo de la oposición que debiera contener el proceso de ejecución, en muy breve plazo (3 días) y con causas tasadas; o, en todo caso, en lugar de la escritura pública, por haberse pactado el arrendamiento en documento privado, entonces sí debió instituirse el acta de constatación, como una especie de procedimiento monitorio notarial, en el que las obligaciones impagas se acreditan mediante instrumento, y luego se certifica su existencia con la actividad del notario de comprobación de hechos y traslado al obligado, luego de lo cual se levanta un acta de notoriedad que constituye título ejecutivo, como sucede en la Ley 30933, solo que allí también se exige la previa escritura pública.

(inequívoca) y exigible (no sometida a condiciones, plazos o modos) (art. 689 CPC), aunque, en este caso, la obligación se refiere a la restitución del bien inmueble arrendado. La certeza que se atribuye a ciertos actos, documentos o resoluciones, y que le dota la condición de título ejecutivo, es competencia del legislador, que, con criterios de política legislativa decide la tutela de determinadas situaciones jurídicas¹³⁸⁰, sea por la rigurosidad de la prueba, sea por haberse culminado el debate judicial declarativo, sea por la tradición de ciertos documentos. Por su parte, el incumplimiento de la obligación no necesita acreditarse por el demandante-acreedor, pues se trata de hecho negativo, por lo que basta la afirmación del interesado, y, en todo caso, el demandado-deudor tiene que desvirtuarlo mediante la prueba que acredite el cumplimiento de su prestación.

Sin embargo, en el caso de la Ley 30933, el título ejecutivo se ha desplazado al acta de constatación de las causales de desalojo (art. 8.4.1), mientras la escritura pública ha quedado reducida a un requisito previo (arts. 4 y 5), cuya función es documentar la obligación de restitución del arrendatario, así como las cláusulas de sometimiento a ley, a la competencia notarial y fijación de una cuenta bancaria para el pago de la renta, pero que necesita complementarse con un acta de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, por lo que no basta la sola afirmación del demandante, sino que constituye un exceso de celo para proteger la fortaleza de la ejecución. En este punto, la doctrina señala que: “los procesos ejecutivos no difieren en modo alguno debido a la certeza propia de los títulos ejecutivos individuales y son del todo indiferentes a tal certeza diferente”¹³⁸¹, sin embargo, el legislador italiano, en todos los casos, establece un proceso de ejecución en el que la oposición del ejecutado no conlleva efectos suspensivos automáticos¹³⁸², lo que en cierta manera se asemeja al diseño de la Ley 30933, con la diferencia que el juez de ejecución italiano, con las pruebas sobre la mesa, sí puede suspender la ejecución “por motivos graves”, y, eventualmente, remitir la causa a otro juez por razón de materia o cuantía¹³⁸³, por lo que se trata

1380 Proto Pisani, A. (2018), p. 716.

1381 Ibid., pp. 717-718.

1382 Ibid., p. 720.

1383 Ibid., pp. 719-720.

de “remedio cognitivo, externo al proceso de ejecución”¹³⁸⁴; sin embargo, el juez peruano no tiene previsto ese remedio, pero, en el último de los casos, podría crearse en forma pretoriana, sin efecto suspensivo, salvo “motivos graves”.

La Ley 30933 establece y regula “el procedimiento especial de desalojo mediante la intervención de notario y con ejecución judicial”, es decir, el desalojo se realizará en proceso de ejecución, pero ello exige configurar el título ejecutivo con la escritura pública de arrendamiento (art. 4.2 Ley 30933), que no requerirá de minuta (art. 58-k D.L. 1049, modificado por 3° DCF Ley 30933), pero sí contendrá los siguientes requisitos específicos:

- a) El contrato de arrendamiento deberá contener una cláusula de allanamiento a futuro por parte del arrendatario para la restitución del bien inmueble por vencimiento del plazo de contrato o resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta (art. 5.1 Ley 30933), por tanto, en forma imprescindible el acto tendrá que contener “renta” y “plazo” (determinado o indeterminado, del cual pueda deducirse el vencimiento). Este requisito podría cuestionarse como superfluo, sin embargo, tal vez se justifica en la necesidad del “consentimiento informado” que prestará el arrendatario, pues, desde la celebración del contrato, tendrá pleno conocimiento de las consecuencias del impago de la renta o del vencimiento del plazo para efectos de la desocupación acelerada del inmueble. Una cláusula de este tipo ya fue requerida para el desalojo con cláusula de allanamiento previsto en la Ley 30201, que aún se mantiene en vigencia.
- b) El contrato de arrendamiento deberá contener una cláusula de sometimiento expreso a lo establecido en la Ley 30933 para que el notario constate las causales de vencimiento del plazo del contrato o la resolución por falta de pago de la renta, y el juez de paz letrado ordene y ejecute el desalojo (art. 5.2 Ley 30933). Esta cláusula implica que las partes se someten de manera expresa e indubitable a la competencia del notario para la constatación de cualquiera de

1384 Ibid., p. 720.

las dos causales, así como la ejecución del desalojo por parte del juez de paz letrado. Nuevamente esta exigencia podría ser obviada, sin embargo, tal vez se justifique con la idea del consentimiento informado del arrendatario para el caso en que se produzca algunas de las causales indicadas.

- c) El contrato de arrendamiento deberá contener el número, tipo y moneda de la cuenta de abono abierta en una empresa del sistema financiero o cooperativa de ahorro y crédito, en cualquiera de los casos supervisada por la SBS, para que el arrendatario abone la renta convenida en el contrato (art. 5.3 Ley 30933). En caso de que la cuenta de abono sea modificada, el arrendador pone en conocimiento al arrendatario de dicha situación mediante comunicación de fecha cierta, por tanto, mientras no se efectúe dicha comunicación, los pagos realizados en la cuenta primigenia son reputados válidos. Este requisito es necesario para efecto de la posterior constatación que deba realizar el notario en caso de impago de la renta. También se trata de un requisito que ya estaba previsto en el desalojo ejecutivo del D.L. 1177 (art. 7).

El contrato de arrendamiento celebrado por escritura pública puede modificarse o ampliarse con la misma formalidad que el contrato primigenio (art. 4.3 Ley 30933), lo que permite asumir que la citada forma es imperativa (art. 1411 CC), por tanto, la modificación producida fuera de ese cauce no es válida (art. 1413 CC). La justificación de esta norma se encuentra en que los importantes efectos procesales de la escritura pública de arrendamiento no podrían decaer con un acuerdo informal, en documento privado, o incluso verbal, con lo que el proceso de ejecución se convertiría en uno de cognición para evaluar la existencia de tales supuestas modificaciones o adendas. Por su parte, los anteriores contratos de arrendamiento, o los que no se sometieron a la Ley 30933, igual podrán acogerse a la misma, siempre que se celebre una adenda que cumpla con la forma de escritura pública y los requisitos especiales previstos en los arts. 4 y 5 de la ley (Única DCT Ley 30933).

Las exigencias descritas son imperativas, por lo que su omisión acarrearía que el título no tenga la calidad de ejecutivo, por lo que el juez debe-

ría declarar la improcedencia de la demanda por incumplimiento de requisitos formales (art. 9.2 Ley 30933, concordante con el art. 690-F CPC). Sin embargo, queda discutir que tal condición no se pierde cuando el requisito omitido no tiene relación con la causal de desalojo producida en el caso concreto. Por ejemplo: en caso de no indicarse la cuenta bancaria para el depósito de la renta, pero la causal ocurrida es vencimiento de contrato; o no se indica el plazo, pero la causal consiste en falta de pago; en tales casos, debería entenderse que el sometimiento del arrendatario solo opera en relación con una de las causales, por lo que sería viable el proceso de ejecución de desalojo. En buena cuenta, es admisible que las partes se sometan a una sola de las causales previstas por la ley, y no por las dos.

4.10.3. Procedimiento de constatación de causales de desalojo

a) Solicitud

El arrendador presenta la solicitud de desalojo ante el notario, mediante un escrito simple en el que señale su nombre, documento de identidad, domicilio y firma; asimismo, el nombre del arrendatario, su domicilio contractual, y, de ser el caso, número del documento de identidad o la copia (art. 6.1 Ley 30933). La solicitud debe acompañarse de lo siguiente: i) original (aplicable al FUA) o copia legalizada del FUA, necesariamente inscrito en el RAV-, o del testimonio de escritura pública de arrendamiento, que debe cumplir los arts. 4 y 5 de la ley; ii) original o copia legalizada de la carta notarial cursada al arrendatario en el inmueble materia de desalojo y a su domicilio contractual, de ser el caso, en el que *“se requiere la restitución del bien inmueble por el vencimiento del plazo o por la resolución del contrato por falta de pago, según corresponda”* (art. 6.2 Ley 30933).

b) Causales de desalojo

La solicitud de desalojo solo puede ampararse en las causales siguientes:

- a) Vencimiento del plazo del contrato, sea determinado o indeterminado (art. 7.1 Ley 30933), por la simplicidad de la comprobación, que exige dejar “constancia fehaciente e indubitable” (art. 8.4.1 Ley 30933).

- b) Incumplimiento del pago de la renta, o “falta de pago”¹³⁸⁵, de acuerdo con lo establecido en el propio contrato, por lo que se respeta la autonomía privada en este punto, o, a falta de pacto, entonces se aplica el art. 1697-1 CC, en específico, dos meses y quince días de incumplimiento en el caso de renta mensual, o de tres cuotas incumplidas si la renta se paga en periodos menores al mensual, o de una cuota incumplida, más quince días, si la renta se paga en periodos mayores al mensual (art. 6.3, concordante con art. 7.2 Ley 30933).

1385 La pretensión doctrinal de distinguir entre desalojo por “falta de pago” o “resolución por falta de pago” es un esfuerzo inútil, en tanto los dos términos son equivalentes, pues la resolución del contrato es un efecto legal (art. 1697-1 CC) que se produce por la “falta de pago”, y si bien es cierto que se necesita la voluntad resolutoria del arrendador, sin embargo, esta voluntad puede constar tácitamente en la propia demanda de desalojo (art. 585 CPC), sin necesidad de carta previa, o en la carta de requerimiento del bien inmueble. En buena cuenta, la resolución del arrendamiento por falta de pago no se rige por las normas generales de resolución de contrato, salvo supletoriamente, sino por sus normas propias, como el art. 1697 CC, que lo considera efecto legal, una vez manifestada la voluntad resolutoria, sin necesidad de cláusula expresa o de intimación con quince días de plazo; ratificado por el art. 585 CC, que permite que la voluntad resolutoria se exprese en la demanda: “cuando el desalojo se fundamente en dicha causal (falta de pago)”, sin otra exigencia. Por tanto, el debate sobre la causal de “falta de pago” o de “resolución por falta de pago” carece de relevancia, pues significan fundamentalmente lo mismo, bajo la premisa de que el arrendador puede formular la demanda judicial de desalojo común, sin carta resolutoria previa, sino en forma directa, por lo que asumirá que se produce por “falta de pago”. Por lo demás, este es el sistema histórico del desalojo en el Perú, tanto en el Código de Procedimientos Civiles de 1911 (art. 952: “Cuando la acción se funde en la falta de pago de la merced conductiva...”), como en las leyes especiales de inquilinato, tales como la Ley 8765 de 20.10.1938, que estuvo en vigor hasta 1991 cuando fue derogado por el D.L. 709 (art. 1.- “Los juicios de desahucio por falta de pago de la renta de las casas, departamentos o piezas destinadas a habitación, cualquiera sea la cuantía de la renta, se sujetarán al procedimiento que esta Ley establece”) o el D. Ley 21938 (art. 14-a: “La acción de desahucio procederá si el inquilino adeuda dos meses quince días de alquiler”), sino también en el derecho español, tanto en la doctrina (para no distraer, basta mencionar la reciente obra de: Besser, G. (2014), como en la práctica sucede hasta en la actualidad, en la que se habla de demanda por “falta de pago”, conforme puede verse en: <http://www.graduadosocial.org/archivos/desahucio201603.pdf> (consulta: 07.7.2021), todo lo que constituye precedente directo de nuestro juicio de desahucio (actual: desalojo). Por estos mismos fundamentos, no hay inconveniente alguno para que la Ley 30933 hable de “incumplimiento de pago de la renta” (art. 7.2) o de “resolución por falta de pago” (art. 8.4.1), convirtiéndolos prácticamente en sinónimos, pues, adviértase que, en este caso, no se requiere un acto previo de resolución, sino que la demanda por “falta de pago” contiene en su seno la voluntad resolutoria.

El incumplimiento del pago se verifica con la cuenta de abono pactada en el contrato, lo que se computa hasta antes de la recepción de la carta notarial (art. 7 in fine Ley 30933), por tanto, un pago realizado luego de ese momento, o extemporáneo, ya no tiene eficacia para desvirtuar el incumplimiento. Por último, se ha sostenido que el incumplimiento del pago de la renta “exige” verificar si se pactó cláusula resolutoria expresa, o no, pues, supuestamente, en el primer caso bastaría remitir la carta (art. 1430 CC), pero, en el segundo se necesitaría la intimación por quince días para que luego opere la resolución (art. 1429 CC). Ni uno ni otro. El régimen de resolución del contrato de arrendamiento tiene carácter especial, y permite optar por la resolución cuando se produce el incumplimiento del art. 1697-1 CC, para lo cual basta la voluntad resolutoria del arrendador sea manifestada en una carta, en una solicitud de conciliación o directamente en la demanda, pero en cualquier caso tiene que comunicarse esa decisión al arrendatario, por tratarse de una declaración recepticia.¹³⁸⁶ Es más, debe aceptarse la voluntad resolutoria tácita del arrendador cuando envía la carta notarial con el fin directo de exigir la devolución del bien, pues, de ser ello así, presupone la decisión resolutoria (art. (art. 7.2 Ley 30933)¹³⁸⁷; en todo caso, deviene en intrascendente si hubo cláusula expresa, o no, lo que es propio del régimen general de resolución contractual, que aquí no se aplica¹³⁸⁸, salvo en forma subsidiaria.

1386 El desalojo por “falta de pago” es una causal autónoma que no tiene relación con la precariedad, conforme lo reconocen diversas normas del sistema procesal (arts. 585, 591 CPC), lo que además se justifica porque solo en el caso del desalojo por “falta de pago” se permite acumular dicha pretensión con la de pago de arriendos (art. 585 CPC), lo que no podría hacerse en el desalojo por precario.

1387 Sin embargo, la Ley 30933 pudo omitir perfectamente la necesidad de carta previa, pues la voluntad resolutoria también podría manifestarse en la demanda judicial, incluso en forma tácita, o en la solicitud que conoce el notario.

1388 Exactamente la misma situación se presenta en Argentina, como puede verse de la siguiente opinión: “El desalojo se trataba de una acción de resolución de origen legal excluida del procedimiento del pacto comisorio tácito del art. 1204 (hoy cláusula resolutoria implícita del art. 1088). Esta postura se ve ratificada por la regla del art. 1089 del Código Civil y Comercial en cuanto remite a lo previsto en disposiciones especiales”: Leiva, L. (2019), p. 293.

Por su parte, en caso de que el incumplimiento se refiriese a otras obligaciones, entonces el arrendador tendrá que acudir al proceso de desalojo común (art. 585 CPC).

La Ley excluye la absurda discusión sobre el “precario”, nacida por una jurisprudencia tan extraviada como su doctrina servil, pues, claramente se trata de un arrendatario cuyo contrato ha vencido. Por ello, no se entiende la insistencia de llamar a este arrendatario como “precario”, como ocurre con un cierto sector, cuando la Ley dice otra cosa en sucesivas normas (arts. 2, 4.2, 5, 6.2, 6.3, 7.1, 8.1, 8.2, 8.3, 8.4, 9.2), pues si bien el IV Pleno considera que el arrendatario se convierte en precario, sin embargo, dicho criterio interpretativo, nacido en un precedente jurisprudencial, puede ser descartado por leyes posteriores. En efecto, la Ley 30933, como antes el D.L. 1177 y la Ley 30201, descartó la figura del “precario” (¡afortunadamente!) para el caso de los inquilinos morosos o renuentes a la devolución, como ocurre en todos los países civilizados, menos para el Perú, con su “doctrina” y justicia tan particular. Por tanto, hoy por hoy, puede decirse que regla judicial del Pleno ha sido perforada por tres normas legales posteriores.

c) Control de legalidad del notario

Una vez recibida la solicitud, el notario “constata el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, el contenido del contrato de arrendamiento y los requisitos de la solicitud establecidos por la presente ley” (art. 8.1 Ley 30933). La función notarial no se reduce a transcribir declaraciones de las partes en un acto voluntario, como si fuese una grabadora, sino en hacer cumplir todas las garantías exigibles por ley para que ese consentimiento sea auténtico, libre e informado, pero, además, somete a control de la legalidad la autonomía privada, con el fin de evitar abusos, engaños o iniquidades. Por tal motivo, la comprobación de los hechos que se pretende lograr en este procedimiento exige que se haga el siguiente control de legalidad:

- a) Evaluación de la solicitud (arts. 6 y 7 Ley 30933), que comprende los datos completos de arrendador y arrendatario, causal de desalojo, firma del solicitante, anexos (original o copia legalizada de FUA, escritura, cartas notariales).

- b) Evaluación de los requisitos de procedibilidad (art. 4 Ley 30933), que se refiere a la individualización y ubicación del inmueble, así como que el contrato de arrendamiento se encuentre documentado en escritura pública o FUA.
- c) Evaluación del contenido del contrato de arrendamiento (art. 5 Ley 30933), que comprende la cláusula de allanamiento a futuro, de sometimiento a la ley y de fijación de la cuenta bancaria (número, tipo, moneda, entidad financiera).
- d) Traslado de la solicitud y oposición**

En caso de que el control de legalidad sea favorable, entonces el notario notifica al arrendatario, tanto en el inmueble objeto del procedimiento, como en el domicilio contractual, de ser el caso, para que en el plazo de cinco días pueda formular su oposición, si lo tuviese por conveniente (art. 8.2 Ley 30933).

La oposición del arrendatario puede realizarse por los siguientes motivos (art. 8.3 Ley 30933): i) renovación o prórroga del contrato, en caso de desalojo por vencimiento del plazo; ii) constancia de depósito o transferencia en la cuenta de abono de la renta, acordada por ambas partes, en caso de desalojo por falta de pago; iii) incumplimiento de las formalidades de ley: requisitos de procedibilidad, contenido del contrato de arrendamiento, solicitud de desalojo (arts. 4, 5, 6 Ley 30933).

La oposición del arrendatario no sirve para cerrar el procedimiento notarial, a diferencia de lo establecido en el art. 6 Ley 26662, pues, en este caso, el notario tomará en cuenta lo afirmado y probado por ambas partes, incluso la oposición, y, luego de ello, procederá a constatar el hecho del incumplimiento mediante el acta respectiva: “el notario, con la respuesta del arrendatario presentada dentro del plazo señalado en el numeral 8.2 del presente artículo, constata si se configura alguna de las causales de desalojo” (art. 8.4 Ley 30933); por tanto, la respuesta del inquilino, cualquiera que esta sea, y que podría contener una “oposición”, no determina la clausura del trámite, pues, más bien, en ese caso, el notario igual procederá a realizar el acto de constatación en el acta. En esta línea de ideas, la finalización del trámite solo procede en dos taxativos supuestos, que para nada se refieren

a la oposición del arrendatario (art. 8.5 Ley 30933), por lo que una segunda norma descarta la clausura del procedimiento. Por tanto, si la Ley 26662 solo es aplicable “por todo lo no regulado” (1° DCF Ley 30933), entonces resulta imposible traer a colación el art. 6 Ley 26662 -en donde la oposición sí cierra el asunto-, pues existen nada menos que dos disposiciones normativas que prevén el supuesto con una consecuencia distinta, por lo que no cabe la supletoriedad.

e) Constatación del notario

En este punto, conviene efectuar algunas aclaraciones para mejor comprensión de la actividad jurídico del notario en este caso:

En primer lugar, el notario no se limita a transcribir declaraciones de voluntad, sino que, además de ello, su función consiste en “comprobar hechos”, sea mediante la verificación directa, “viendo y oyendo”, para lo cual se extienden actas de presencia; o sea mediante la verificación “por notoriedad”, es decir, a través de la compulsión de declaraciones, documentos y pruebas que permite deducir la ocurrencia de un hecho, que de esa forma se reputa “evidenciado”¹³⁸⁹. Las actas de notoriedad existen en España desde el Reglamento Notarial de 1935, y en el Perú se introdujeron hace más de 20 años con la Ley 26662, de 2006.

En segundo lugar, la constatación que hace el notario recae sobre “hechos”, no sobre declaraciones de voluntad en la que se exige el consenso. En tal sentido, la Ley 30933 usa hasta en cuatro oportunidades el verbo “constatar” para describir la actividad del notario en este caso (arts. 3.1, 7 in fine, 8.4, 8.4.1), lo que solo puede referirse a hechos (que pueden ser acciones voluntarias, pero no negociales), y, en este contexto, no es posible hablar de “controversia”, por más que una persona pretenda oponerse o impugnar la acción realizada por el notario, quien se limita a ver, oír, recibir documentos e informes, y, luego de ello, emite su apreciación sobre el hecho (¡comprobado o no!), cuyo único efecto será constituir una prueba, de menor o mayor

1389 Tarazona, F. (2019), pp. 13-14, califica correctamente el acta de constatación como de “notoriedad”, pero enseguida yerra cuando considera que el asunto es “contencioso”, cuando en realidad se trata de la configuración de un medio probatorio, que, por definición, no es susceptible de oposición.

valor, según establezca la ley, pero solo prueba, que, por supuesto, podrá ser impugnada, tachada o desvirtuada en sede judicial, pero que no puede ser bloqueada o impedida de actuarse. En efecto, es ridículo sostener que cabe oponerse a la constitución de una prueba, pues, de aceptarse tal situación, entonces se afectaría la libertad individual, en general, y el debido proceso en su modalidad de libertad de probar, en especial. Por ejemplo, ¿qué pasa si una persona pretende certificar unas copias, y, su contendiente, enterado de ello, presenta una “oposición” ante el notario?, entonces, ¿tendría que dar por concluido el trámite? Igual de absurdo suena que alguien se “oponga” de antemano a la constatación de la posesión, o que lo haga en plena diligencia. En cualquiera de esos casos, el notario continuará con su actividad, y levantará el acta respectiva, incluso dejando constancia de lo manifestado por el opositor, pero no puede abstenerse de extender la prueba, pues, en ese caso, renunciaría a su función (lo que es delito), y lo más grave, dejaría inermes a los ciudadanos que no podrían documentar los hechos que podrían convenir a sus intereses, frente a la malicia de terceros, pero lo más chocante es que estos maliciosos también podrían ser bloqueados en su necesidad de configurar una prueba de sus actos, esta vez por la parte contraria, produciéndose la parálisis social y económica.

En tercer lugar, la oposición del arrendatario tiene por finalidad desvirtuar la notoriedad del hecho -afirmado por el solicitante-, siempre que cuente con los documentos respectivos, en cuyo caso, finaliza el trámite (art. 8.5.1 Ley 30933), pero sí no puede desvirtuarlo, entonces se tiene por comprobado tal hecho (art. 8.4.1 Ley 30933). La posibilidad de escuchar las dos versiones permite conocer con mayor certeza la verdad, pero esa cuestión solo se refiere a la producción de una “prueba”, lo cual no resuelve controversias, no decide conflictos, ni impide desvirtuarla en la sede respectiva.

En cuarto lugar, el notario no ejerce potestad jurisdiccional alguna, pues, conforme ya se ha dicho, se limita a constituir una prueba, en este caso, mediante la comprobación de un hecho por la notoriedad que surge de documentos, informes o dichos. El “acta de constatación” no es otra cosa que la apreciación del notario sobre el vencimiento del plazo (hecho jurídico natural) o la falta de pago de la renta (hecho jurídico humano, pero nega-

tivo, u omisión), lo que determina la configuración de un medio probatorio que la ley reputa “título ejecutivo especial” (art. 8.4.1 Ley 30933).

En quinto lugar, el notario no “resuelve” controversias, pues la constatación de un hecho notorio o evidente es parte de su actividad documentadora. En efecto, el acta se limita a: “(dejar) constancia fehaciente e indubitable del vencimiento del contrato o de la resolución del mismo por falta de pago” (art. 8.4.1 Ley 30933), aclarándose, en este último caso, que el notario constata que “(la decisión de) resolver por falta de pago”, lo que constituye un dato fáctico, junto con el “no pago” del arrendatario, que también lo es. Precisamente, por ello, el medio probatorio configurado por el notario ingresa a un proceso de ejecución.

En sexto lugar, el acta es “no contenciosa” en tanto el notario no conoce una controversia, sino que se le ha delegado producir una prueba, escuchando a las dos partes, y, por definición se considera “no contencioso” el acto de producir prueba, o de otorgar documentos, o de obtener constancias. Y si un ciudadano quiere oponerse a la prueba, pues simplemente se toma su dicho en la diligencia respectiva, sin que esa conducta pueda impedir u obstaculizar la configuración del medio probatorio. El conflicto de intereses no se encuentra en la prueba, sino en el debate, tacha o impugnación de la misma, pero ello solo ocurre en el proceso judicial, y no en la sede notarial. Por tal motivo, la Ley 30933 ha calificado correctamente el acta como “no contenciosa”, pues se refiere a la prueba, no a la decisión jurisdiccional.

En séptimo lugar, por todo lo antes dicho, la Ley Española de Jurisdicción Voluntaria, de 2015, ha establecido que, en caso de formularse oposición, el notario continuará el trámite, sin suspenderlo (art. 17), por lo menos aplicado a algunos procedimientos, pues: “siempre queda al que se considere perjudicado la posibilidad de acudir a la vía judicial, al no producirse el efecto de la cosa juzgada material”¹³⁹⁰, lo que ocurre no solo con la impugnación del acto notarial para invalidarlo, sino también desvirtuando su valor probatorio, pues, tratándose de una prueba, se le refuta con otra prueba de significado contrario. ¿O es que también se va a decir que la norma española es inconstitucional? Por tanto, el art. 6 Ley 26662, que permite la oposición

1390 Barrio Del Olmo, C. (2016).

generalizada con efecto de cierre, no es una solución razonable, a tono con la legislación comparada, por lo menos si se le otorga esa amplitud, y, por ello, la Ley 30933 ha salido de ese marco, con una visión más moderna de lo “no contencioso”, que sigue manteniéndose en ese ámbito, por más oposición que pudiese formular el arrendatario, pues, en realidad se trata de la producción de prueba, que por definición, no puede ser obstaculizada, impedida o “paralizada”.

No obstante, el art. 8.4.1 Ley 30933 incurre en una redacción exagerada, por lo menos en tres frases, lo que ha motivado críticas, de alguna manera justificadas, pero que pueden superarse mediante una labor interpretativa concordada con los valores constitucionales.

En primer lugar, la norma señala que el acta de notoriedad concluye: “*dejando constancia fehaciente e indubitable del vencimiento del contrato o de la resolución del mismo*”, lo que se cuestiona porque el acta de notoriedad no surge de una verificación directa, por tanto, no podría ser fehaciente. La crítica es atendible, pero en el caso particular la evaluación del notario se hace mediante reglas estrictas, con pruebas tasadas, y con la versión de ambas partes, por lo que el arrendatario solo puede desvirtuar el incumplimiento mediante un documento formal de prórroga o renovación del contrato, o del abono en cuenta bancaria del pago de la renta; por tanto, no hay mucho margen para la discusión o debate; en tal contexto, la prueba, bajo esos parámetros, sí puede reputarse fehaciente.

En segundo lugar, en el mismo párrafo se habla de constatar “*la resolución por falta de pago*”, lo que resulta discutible porque el notario verifica hechos, pero no sanciona efectos jurídicos, menos en situación de intereses contrapuestos, pero el asunto se salva si la norma se entiende en el sentido de que la constatación versa sobre “*la declaración de resolución*”, lo que implica comprobar la voluntad manifestada en la carta de restitución del bien inmueble, así como la falta de pago, lo que resulta coherente con la circunstancia de que la resolución contractual opera por la voluntad del acreedor sustentada en un hecho (incumplimiento).

En tercer lugar, la norma dice que el acta concluye con: “*la declaración de procedencia del desalojo*”, por tanto, “*constituye título ejecutivo especial para*

proceder sin más trámite al lanzamiento del inmueble". Esta redacción es comprometedora, por lo que se necesita una interpretación correctora frente a los excesos del legislador. En efecto, "la declaración de procedencia del desalojo" no implica que el notario formula una orden al juez, pues solo puede entenderse como una prueba reforzada que hace presumir que existen los fundamentos de la ejecución, pero de ninguna manera ata de manos del órgano jurisdiccional; en el mismo sentido, "proceder al lanzamiento" supone que el título ejecutivo tiene la capacidad de llevar a la satisfacción de la obligación mediante el lanzamiento, sin cognición, pero ello no impide evaluar la legalidad del título, la oposición de terceros, y, eventualmente, si se considerase violatorio del derecho de defensa, entonces el juez tendrá que incorporar en forma pretoriana un incidente de oposición, no suspensivo, salvo "motivos graves", en favor del ejecutado. El próximo capítulo abordará este tema con mayor detalle.

f) Finalización del procedimiento sin constatación

La función notarial, en este caso, consiste en la comprobación de hechos con connotación jurídica, pero no como simple veedor de un suceso, por tanto, tiene que evaluar las pruebas, documentos y declaraciones con las reglas que señala la ley, y, luego de ello, levantar un acta de notoriedad en el que constate si el hecho se encuentra comprobado, no.

En este último caso, por ejemplo, si el resultado no es favorable para el solicitante, entonces ello significa que el arrendatario ha acreditado su oposición, sea porque el contrato se renovó o prorrogó, o no ha vencido; sea por la constancia del pago, que descarta el incumplimiento; sea por la falta de observancia de los requisitos de procedibilidad, contenido y de la solicitud; por lo que, en cualquiera de esos supuestos "no se configura alguna de las causales de desalojo previstas en el artículo 7, en dicho caso, el notario finaliza el trámite comunicando de ese hecho al solicitante" (art. 8.5.1 Ley 30933), y, si bien la norma no lo dice, como la finalización se concreta por medio de una carta, pues no hay protocolización, por tanto, el notario no puede retener los actuados, y deberá devolverlos al solicitante con cargo por escrito; además, en virtud del principio de igualdad, la comunicación también deberá realizarla al arrendatario.

Esta “constatación negativa” por parte del notario es la mejor demostración que aquí no existe invasión de la potestad jurisdiccional, pues el rechazo a extender el acta de notoriedad es un juicio que realiza el notario respecto a la comprobación fáctica solicitada, y no produce cosa juzgada, por lo que el arrendador igual podría recurrir al proceso de desalojo común (art. 585 CPC), obteniendo éxito en esa sede por efecto de los principios de independencia jurisdiccional y apreciación razonada de la prueba.

También culmina el procedimiento por acuerdo de ambas partes, en una especie de transacción, novación o convenio modificativo, en cuyo caso el notario levanta el acta respectiva, en la que dé cuenta del motivo de finalización, concluyéndose este trámite específico (art. 8.5.2 Ley 30933). Sin embargo, queda la duda respecto al pedido unilateral del propio solicitante para dejar sin efecto el procedimiento, pues, en mérito del principio notarial de rogación (art. 16-c LN: “prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran”), si retira la solicitud, entonces lo lógico suponer es que se tendrá por concluido el procedimiento, notificándose a las partes y devolviendo los actuados al solicitante.

g) ¿Qué ocurre en el caso de oposición de terceros?

El procedimiento notarial, en este caso, tiene como finalidad constituir una prueba auténtica respecto al incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, por tanto, su oposición no genera la conclusión del trámite, pues el notario igual se encuentra obligado a comprobar el vencimiento del plazo del contrato o la falta de pago de la renta, pues, téngase en cuenta que el acto notarial no constituye una declaración jurídica, sino la comprobación de un hecho, que, necesariamente tendrá una respuesta final para las partes, por tanto, “el notario, con la respuesta del arrendatario presentada dentro del plazo señalado en el numeral 8.2 del presente artículo, constata si se configura alguna de las causales de desalojo” (art. 8.4 Ley 30933), y, por la partícula “si”, entonces obviamente cabe la posibilidad hipotética negativa.

En virtud de lo expuesto, la oposición de un tercero es irrelevante jurídicamente, pues, en primer lugar, si la oposición de la parte no genera la clausura del procedimiento, menos lo hará, en este caso, la oposición de un extraño a la relación jurídica arrendaticia; en segundo lugar, el trámite solo

finaliza cuando se comprueba que no hubo incumplimiento por el arrendatario, o por acuerdo de las partes (art. 8.5 Ley 30933), y nada más, por lo que no cabe inventar un nuevo supuesto de finalización *contra legem*; en tercer lugar, es imposible aplicar en forma supletoria el art. 6 Ley 26662 -clausura del asunto no contencioso por oposición-, pues ello solo ocurre en “lo no regulado” (1° DCF Ley 30933), pero, en este caso, existen dos disposiciones normativas que regulan la situación de oposición y finalización del procedimiento (art. 8.4 y 8.5 Ley 30933). No cabe supletoriedad de la norma general cuando el supuesto está previsto (dos veces) en la norma especial, y en ambos se acepta que el trámite continúa normalmente. Por lo demás, los mismos fundamentos utilizados para descartar que la oposición del arrendatario lleve a la clausura del procedimiento, también se aplican, y con mayor razón, en el caso de la oposición de tercero (véase acápite anterior, en el subtítulo: “traslado de la solicitud y oposición”).

En tal sentido, la afirmación de que “*el tercero paraliza el procedimiento notarial*” carece de todo sustento, no solo por lo antes afirmado, es decir, que se contraviene dos normas legales expresas que dicen lo contrario, pues una de ellas dispone la continuación del trámite (art. 8.4.1 Ley 30933), y la otra señala que la finalización del procedimiento ocurre en dos casos taxativos, distintos (art. 8.5.1 Ley 30933). En la misma medida, el argumento del “consentimiento unánime” de la Ley 26662 no aplica en el caso del desalojo, por lo ya visto, en tanto la norma general solo entra a tallar en lo “no regulado” (1° DCF Ley 26662), pero en este caso, existen dos normas especiales que sí prevén el tema, y lo hacen de forma diferente a la ley general, que, por tal motivo, no puede aplicarse en forma subsidiaria. Además, ese “consentimiento unánime” no aplica en la producción de prueba, y el notario en la Ley 30933 solo deja constancia de un hecho ocurrido en la relación jurídica arrendaticia (art. 8.4.1), por tanto, si una de las partes carece de potestad para obstaculizar la documentación de una prueba, menos podría hacerlo un tercero, y esa es la línea seguida por la Ley Española de Jurisdicción Voluntaria, de 2015, que permite la continuación del trámite (art. 17), pese a la oposición¹³⁹¹, por lo menos en algunos procedimientos notariales, y ese es precisamente el camino inaugurado por la Ley 30933.

1391 Ibidem.

En buena cuenta, ¿es posible que un tercero se oponga a la constatación de posesión realizada a pedido de comprador contra vendedor renuente a la entrega?, ¿es posible que un tercero se oponga a la elevación a documento público de un acta societaria?, ¿es posible que un tercero se oponga a la firma de una escritura pública en la que no participa? La respuesta en todos los casos es negativa. No hay oposición a “constituir una prueba”, que es parte de la libertad individual y del debido proceso en su modalidad de libertad probatoria. Lo que puede hacer la parte contraria es anular la prueba, u oponerse a “la actuación de la prueba” en proceso, o a tacharla, o a desvirtuar su valor mediante contraprueba. Pero lo que no se puede es impedir de antemano, mediante una “oposición”, que una persona constituya su prueba. Por tanto, la imposibilidad de aceptar esa “tesis” no solo surge por imperio de las normas antes invocadas, sino, fundamentalmente, porque es ridículo. Lo que eventualmente sí podría realizar un tercero, en circunstancias acotadas, es oponerse a la ejecución del lanzamiento, ya en el proceso judicial, pero eso es otra cosa, muy distinta. Lo que no puede impedirse es que se produzca o se documente la prueba.

Recientemente, una muy importante sentencia de la Corte Suprema avala este argumento, pues la Casación Laboral N° 7855-2017-Callao, de fecha 25.09.2018, establece que la negativa a recibir una carta notarial (de despido) “importa incentivar conductas obstruccionistas por parte del trabajador y/o su entorno cercano, en desmedro de la correcta actividad de los funcionarios competentes (notario público), de la conducta leal que se espera de todos los ciudadanos”; es decir, la carta enviada a través de un notario significa la constitución de un medio probatorio, y ese derecho individual no puede frustrarse por la oposición contraria. Ello no impide que se tache la carta como nula o falsa, o que se pida la nulidad del diligenciamiento en vía judicial, o se desvirtúe se mérito probatorio en proceso judicial, pero ese es otro tema. Lo que no puede obstaculizarse es producir la prueba.

h) Acta de constatación

Luego de todo lo expuesto, interpretado en forma razonable, lleva a concluir que el notario no ejerce jurisdicción, no resuelve “controversias”, y no “decide derechos” cuando descarta oposiciones, pues, en este caso, se limita a producir una prueba mediante la instrucción de un expediente

en el que recibe los dichos y documentos, tanto de arrendador, como de arrendatario, con lo que se permite emitir una apreciación, por notoriedad, sobre la comprobación de hechos, sea el vencimiento del contrato, sea la falta de pago (art. 8.4.1 Ley 30933). No hay decisión jurídica firme. No hay cosa juzgada. No hay derecho declarado. Lo que existe es la constatación de hechos que permite configurar una prueba de relevante valor probatorio, pues la constituye un notario en ejercicio de sus potestades legales, por lo que se reputa “título ejecutivo especial”. Pero, la configuración de una prueba, con ese carácter, es muy usual, no solo con las escrituras públicas, sino hasta con los títulos valores, y a nadie se le va a ocurrir que el acreedor, que logra la aceptación de una letra de cambio de su deudor, “ha emitido una sentencia”. En consecuencia, se trata de la producción de prueba -eso sí, con una redacción exagerada de la Ley 30933, que exige una interpretación conforme a la Constitución- como ocurre en muchos ámbitos de la vida jurídica, y que invierte el contradictorio por razones del autor del instrumento (título con fe pública), o por el instrumento en sí (título con valor asimilado de fe pública), pero que no produce cosa juzgada, por lo que la prueba privilegiada igual puede discutirse en el proceso de ejecución, o en un proceso posterior.

El acta de constatación es una prueba con valor relevante, por mandato de la ley, y en virtud de las garantías que la rodean (art. 8.4.1 Ley 30933), pero solo es eso: una prueba. En el ámbito notarial, el acta da lugar a un instrumento autónomo que “deja constancia fehaciente e indubitable del vencimiento del contrato o de la resolución del mismo por falta de pago”, lo que, además, se protocoliza en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos (art. 8.4.1 Ley 30933). De ello se deduce lo siguiente: i) El acta de comprobación se extiende en el Registro de No Contenciosos, en forma similar a lo que ocurre, por ejemplo, en la declaración de sucesión intestada; ii) Los actuados en el expediente se protocolizan al final del tomo (concordante: arts. 64 a 66 LN, con lo que se resguarda adecuadamente los documentos).

Por tanto, según la estricta técnica notarial se trata de un acta de comprobación de hechos (notorios) con eficacia jurídica (prueba con efectos jurídicos), y que se instrumentaliza mediante un acta de protocolización.

5. REGULARIZACIÓN DE EDIFICACIONES Y DE OTROS ACTOS

5.1. Finalidad

La Ley 27157, publicada el 20.07.1999, aborda la regulación de uno de los problemas más complejos de nuestra realidad social: el saneamiento físico-legal (o regularización) de los predios urbanos. El “derecho vivo” muestra transferencias informales, independizaciones o acumulaciones irregulares, y construcciones clandestinas. Con el transcurso del tiempo, y la sucesiva falta de inscripción de estos actos, la historia registral se aleja cada vez más de la realidad jurídica, por lo que su contenido se vuelve casi en una pieza histórica. En este tema, el problema consiste en la discordancia entre el registro y la realidad, lo que no solo debilita los efectos de la publicidad registral, y desprestigia el sistema jurídico en su integridad, sino fundamentalmente paraliza el tráfico económico y el crédito inmobiliario.

El Título Primero de la Ley 27157¹³⁹² tiene como propósito la regularización de las edificaciones construidas sin licencia de construcción, conformidad de obra, o que no cuenten con declaratoria de fábrica, independización y/o reglamento interno, de tal forma que estos actos puedan inscribirse en el registro correspondiente (art. 3 Ley). Por tanto, la norma pretende, en buena cuenta, el saneamiento de la historia registral de los predios urbanos. Por su parte, la Ley 27157 cuenta con reglamento (TUO aprobado por D.S 035-2006-VIVIENDA) y una norma complementaria: Ley 27333, publicada: 30.07.2000.

5.2. Ámbito de aplicación

5.2.1. Ámbito material

La Ley 27157, más la complementaria y reglamentaria, contempla los siguientes *tipos de regularización* (ámbito material de aplicación):

- a) **REGULARIZACIÓN DE FÁBRICA:** El objetivo prioritario es la regularización de las construcciones sin licencia municipal, con-

¹³⁹² El Título I de la Ley 27157 no sufre modificación alguna con la Ley 29090, de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, pues esta solo deroga el Título II de la Ley 27157 referida a la licencia de obra y declaratoria de fábrica obtenida por trámite ordinario, no en vía de regularización.

formidad de obra o declaratoria de edificación, para lo que basta que un verificador privado constate la edificación en un informe, acompañado de planos (art. 25 Ley 27157), a requerimiento del propietario, cuyas firmas deberán certificarse por notario, previa verificación de que los documentos cumplen los requisitos legales para lograr su inscripción.

- b) **REGULARIZACIÓN DE PROPIEDAD:** En primer lugar, se posibilita regularizar la inscripción de la propiedad de los predios en caso de que los titulares solo cuenten con documento privado de fecha cierta, o con posesión, mediante la prescripción adquisitiva para lo cual se establece un procedimiento notarial breve, a efecto de acceder a la inscripción registral (art. 7, 9, 14, 17 Ley 27157). En el caso de los predios no inscritos también se establecen mecanismos de regularización, tales como la declaración de primera inscripción o el procedimiento de título supletorio (art. 8 Ley 27157).
- c) **REGULARIZACIÓN DE REGLAMENTO INTERNO, INDEPENDIZACIÓN Y JUNTA DE PROPIETARIOS:** La Ley permite la regularización de los inmuebles que carecen de reglamento interno e independización. Es decir, se facilita la constitución del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común (propiedad horizontal), para lo cual se reduce el número de propietarios (inscritos o no inscritos) que pueden otorgar el reglamento interno y la independización de las fincas registrales. Además, se evita, hasta donde sea posible, que esta incertidumbre jurídica deba ser resuelta por el Poder Judicial, reemplazándolo por el acuerdo de regularización (art. 6 Ley 27157, arts. 19 ss Regl.). En este caso, la función notarial se circunscribe a la verificación formal de los documentos, por lo que tampoco tiene la naturaleza de un procedimiento no contencioso.
- d) **REGULARIZACIÓN DE ÁREA, LINDEROS Y MEDIDAS PERIMÉTRICAS:** La Ley 27333 permite el saneamiento de las dimensiones físicas del predio, esto es, del área, linderos y medidas perimétricas (art. 13). También se trata de un procedimiento no contencioso,

en el cual el notario comprueba hechos y concluye con una declaración jurídica.

- e) **REGULARIZACIÓN DE SUB-DIVISIÓN Y ACUMULACIÓN:** El propietario que ha realizado una modificación física de su predio, de facto, también puede regularizar la sub-división, sin autorización municipal, o la acumulación (arts. 4 y 7 Ley 27333), pero, en todo caso, se requiere que el verificador deje constancia de la situación de hecho que justifica el acto de regularización (RTR N° 181-2021-SUNARP-TR-L de 28.01.2021, entre otras).

El objeto de la regularización, que hemos dividido para fines didácticos en cinco tipos, puede presentarse en forma individual o acumulativa. En efecto, si una persona ha realizado una construcción clandestina en el inmueble cuya propiedad se encuentra registrada a su nombre, entonces solo necesitará regularizar la declaratoria de fábrica, pues su derecho de propiedad no adolece de deficiencia alguna. Por tanto, la regularización se presenta en este caso en forma individual, en tanto solo es de aplicación el punto a) antes mencionado (declaración de fábrica). En cambio, puede ocurrir que la construcción clandestina albergue un edificio de departamentos, que no solo carezca de declaratoria de fábrica y reglamento interno, sino, además, los mencionados departamentos podrían haber sido transferidos a distintos compradores sin inscripción. En este caso, la regularización es acumulativa porque el saneamiento inmobiliario comprende los puntos a), b) y c), es decir, se deberá subsanar la inscripción de la edificación, luego el reglamento interno e independización de las unidades inmobiliarias resultantes y, finalmente, se inscribirá las transferencias de dominio a favor de los compradores. La Ley ha sido concebida, pues, como un “traje a la medida” de los interesados, quienes podrán acogerse a sus normas de acuerdo con el problema de titulación que les afecte en concreto.

Sin embargo, téngase en cuenta que la Ley 27157 es una norma de “regularización de edificaciones”, por tanto, en principio, siempre tienen que coexistir una fábrica pendiente de inscripción (art. 3, concordante arts. 3 y 4 Regl.), junto con cualquiera de los otros actos de regularización, con la excepción del procedimiento de prescripción adquisitiva (art. 5-k Ley

27333, así como títulos supletorios y rectificación de áreas (arts. 6.1 y 13-b Ley 27333), por remisión a la misma normativa de prescripción).

5.2.2. **Ámbito objetivo**

El art. 4 Reglamento precisa que los predios susceptibles de regularización son: (i) los urbanos, (ii) los que tienen proyecto aprobado de habilitación urbana con autorización de construcción simultánea, (iii) los ubicados en zonas urbanas consolidadas que se encuentren como urbanos en la municipalidad e inscritos como rústicos en el registro.

La relación se interpreta usualmente como un listado de mayor a menor: primero, los predios urbanizados o con habilitación, segundo, los que se encuentran en la mitad del trámite de habilitación, tercero, los que no tienen habilitación ni proyecto aprobado, pero son “zonas urbanas consolidadas”, lo cual se acreditaría con el certificado de parámetros y/o de zonificación (RTR N° 2469-2016-SUNARP-TR-L de 02.12.2016, aprobado como precedente por el 203° Pleno), e, incluso, si no hubiese respuesta de la municipalidad, se entenderá aplicable el “silencio positivo” para prescindir del certificado de parámetros (aprobado como acuerdo en el 203° Pleno, seguido, por ejemplo, en la RTR N° 018-2019-SUNARP-TR-T de 08.01.2019).

Sin embargo, el criterio validado por las instancias registrales no puede aceptarse, pues, el Tribunal Registral confunde “predio urbano” con “predio en suelo urbano”, pues lo primero constituye una categoría derivada de una habilitación urbana o de un equivalente, como veremos luego, pero siempre acorde con la legalidad urbanística; mientras lo segundo se refiere a una categoría de planificación urbanística, derivado de la realidad material, no necesariamente acorde con la legalidad¹³⁹³. Por tal motivo, no se entiende cómo puede bastar “un certificado de zonificación o de parámetros”, que establece la condición de predio “en suelo urbano”, salvo que en el mismo se

1393 La Ley 31313 establece que, según el Plan de Desarrollo Urbano o Plan de Desarrollo Metropolitano (instrumentos normativos), la clasificación del suelo los divide en: urbano, de protección y rural. Por su parte, el suelo urbano se distingue en: consolidado, en transformación, en consolidación, periurbana y urbanizable (o en expansión urbana) (art. 33). El D.S. 022-2016-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Sostenible también ha regulado y regula el tema, en el cual se indica que el área urbana comprende también las islas rústicas (art. 82).

indique que se encuentra “habilitado”, por lo que, en virtud de ello, el medio probatorio no acredita el hecho, o, por lo menos, no necesariamente lo hace. En consecuencia, las instancias registrales han permitido y permiten inscribir edificaciones urbanas en terrenos sin habilitación, y, hasta en islas rústicas, pero ello implica, en la práctica, que el Tribunal, en contravención de la ley, no solo regulariza edificaciones, sino que “regulariza habilitaciones urbanas”, pues, en un terreno no habilitado, en el que es inviable la inscripción de edificaciones, sin embargo, finalmente sí es posible la inscripción por vía de regularización. La regla general, y vale recordarlo, señala que la edificación solo puede ejecutarse en terreno, como mínimo, con proyecto aprobado de habilitación y autorización de construcción simultánea¹³⁹⁴, que es la misma situación prevista en el art. 4 Regl. Ley 27157, pero el registro ha relajado la exigencia en el caso específico de la regularización, pues permite edificaciones en predios urbanizados, pero también en los que no tienen esa condición.

El problema surge porque, si bien las hipótesis (i) y (ii) del art. 4 Regl se refieren a predios habilitados o pre-habilitados con autorización de construcción, con lo que se iguala el régimen de la declaratoria de edificación, tanto en vía ordinaria, como en el de regularización, sin embargo, la hipótesis (iii) se utiliza como excusa para aceptar edificaciones en terrenos sin habilitación, con lo que no solo se desconoce el art. 3-2 TUO Ley 29090 y art. 3.2.c D.S. 029-2019-VIVIENDA, sino, fundamentalmente, olvida que una “zona urbana consolidada que se encuentre como urbana en la municipalidad” (art. 4-c Regl. Ley 27157) implica que el gobierno local ya lo reconoció como tal, sea por tratarse de habilitadas de oficio, o lotizaciones semirústicas o habilitaciones preurbanas, o zonas urbanizadas en forma previa a la normativa urbanística (cascos o pueblos antiguos de las distintas ciudades, pues la ley no es retroactiva). Sin embargo, el Tribunal Registral ha decidido otorgar una falsa cobertura de legalidad a construcciones en terrenos no ha-

1394 El art. 3-2 TUO Ley 29090 señala que constituye “edificación” el “resultado de construir una obra de carácter permanente sobre un predio, que cuente como mínimo con proyecto de habilitación urbana aprobado”, pero, el art. 3.2.c del reglamento aprobado por D.S. 029-2019-VIVIENDA establece que, para la ejecución de la edificación se necesita, como mínimo, proyecto aprobado de habilitación con autorización de construcción simultánea.

bilitados o islas rústicas, “formalizándolas” arbitrariamente, con lo que tales zonas obtienen, en la práctica, una habilitación “de facto”, pues, a partir de ese momento podrán seguir con nuevas construcciones, levantar edificios, independizar unidades, hasta constituir régimen de propiedad exclusiva y común, incluso en terrenos rústicos, y, todo ello porque no se entiende, o tal vez no se quiere entender -y, cada uno saque sus conclusiones-, la diferencia entre “predio urbano” (o “urbanizado”, mejor) y “predio en suelo urbano”.

5.2.3. Ámbito temporal

La Ley 27157, en su versión original, estableció que la regularización comprendía todas las obras ejecutadas o culminadas hasta antes de su vigencia, por tanto, con el límite temporal del 20.07.1999, sin embargo, este ha sido ampliado hasta el 31.12.2016 por mérito de la Ley 30830 (publicada: 27.07.2018). Es bueno aclarar, en este punto, que la norma se encuentra vigente, y, no tiene fecha de caducidad, por tanto, el señalado horizonte de tiempo opera para efecto del acogimiento a la regularización, es decir, solo las obras terminadas hasta ese día pueden optar por el mecanismo simplificado, pero en ningún caso significa plazo de su vigencia normativa. En tal sentido, el propietario podrá acogerse en cualquier momento, mientras la ley no sea derogada, pero con obras culminadas en la fecha señalada.

5.3. Normativa

La Ley 27157 no tuvo claridad en las fuentes normativas aplicables, hasta el punto de que los procedimientos notariales de prescripción adquisitiva y título supletorio se regían por el Código Procesal Civil, pese a la muy difícil supletoriedad por la falta de identidad entre el derecho procesal y el notarial. Por tal motivo, la Ley 27333 ha aclarado la situación (art. 1), pues establece una prelación de fuentes acorde con la naturaleza de la función del notario:

- a) Ley 27157, Ley 27333 y el D.S. 035-2006-VIVIENDA (normativa notarial específica de regularización).
- b) Ley 26662, de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (normativa notarial genérica de asuntos no contenciosos).
- c) Dec. Ley 26002, Ley del Notariado (normativa notarial de mayor generalidad sobre la función notarial).

Por su parte, el Código Procesal Civil no es considerado en la lista, por lo que carece de la condición de fuente, sin embargo, en caso de que la normativa notarial no aporte solución, ni siquiera en forma analógica directa, entonces podría acudirse mediante analogía indirecta a sus disposiciones, pero ello sería muy excepcional. Sin embargo, en forma contradictoria, algunas normas insisten en el llamado al CPC, como los arts. 5-b y 13.1.b Ley 27333, pero, en todo caso, deberán entenderse como disposiciones específicas, no susceptibles de generalización.

5.4. Regularización de edificaciones, en particular

La regularización de edificaciones se realiza sobre la base del formulario registral (art. 4 Ley 27157), que incluye el informe técnico y planos (art. 25 Ley 27157), preparado por el verificador técnico -arquitecto o ingeniero colegiado inscrito como tal en cada oficina registral- cuya firma, junto con la del propietario, tendrá que ser certificada por notario (art. 5 Ley 27157), previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales (art. 4 Ley 27157, art. 2 Ley 27333). El verificador es responsable de la realidad de la edificación constada, pero no del proceso constructivo ni de la estabilidad (art. 14 Regl. Ley 27157). La regularización, por lo demás, no solo procede en edificaciones nuevas, sino en remodelación, ampliación, modificación, reparación o demolición de la obra (arts. 27 y 28 Regl. Ley 27157). La preparación del expediente de regularización "sin saneamiento de titulación", en cuanto el propietario es el mismo titular registral, queda a cargo del verificador, que podrá formular observaciones en caso de inobservancia de la legalidad urbanística (art. 29 a 33 Regl. Ley 27157), por lo que, en ese caso, se procede a la inscripción de las cargas (art. 34 Ley 27157). Efectuada la inscripción, el registro remite a la municipalidad una copia completa del expediente (art. 3.1 Ley 27333) para fines de actualización catastral y fiscal.

5.5. Regularización de propiedad inscrita

La ley establece dos clases de procedimiento de regularización de la propiedad sobre predios inscritos:

- a) Regularización de la propiedad mediante documento privado de fecha cierta (art. 7, 1° Ley 27157).

- b) Regularización de la propiedad mediante procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio (art. 7, 2° Ley 27157). Este caso, así como el de título supletorio, se denominan “saneamiento de titulación” (art. 35 Regl. Ley 27157).

La Ley 27157 estuvo pensada para regularizar construcciones, y cuando sea necesario “sanear la titulación”. Sin embargo, son usuales las hipótesis en las cuales no exista edificación, como ocurre con el poseedor de más de diez años de un inmueble determinado, quien necesita regularizar exclusivamente la propiedad que ha adquirido en virtud de la prescripción. ¿Es posible que esta situación fáctica sea regularizada con las reglas de la Ley 27157 y su reglamento? En primer lugar, si la regularización de propiedad se refiere a un terreno o solar, en el cual obviamente no hay edificación alguna, esta se encuentra permitida por el art. 5-k) de la Ley 27333: *“El presente trámite comprende también a la declaración de prescripción adquisitiva de dominio de terrenos ubicados en zonas urbanas que no cuenten con edificaciones”*, aplicable también a los títulos supletorios (art. 6.1 Ley 27333) y rectificación de área (art. 13-b Ley 27333). En segundo lugar, fuera de los casos de terrenos, que sí tienen norma expresa, ¿qué ocurre con los poseedores de casas-vivienda que no tienen fábrica por regularizar? Las instancias registrales han establecido que sí es posible la regularización por medio de la prescripción adquisitiva (RTR N° 077-2005-SUNARP-TR-L de 16.02.2005, convertido en precedente por el 12° Pleno), en base justamente a la norma que permite la regularización de terrenos, por lo que se ha realizado una interpretación analógica (“puedo en terreno sin construcciones” = “puedo en vivienda edificada sin nuevas construcciones”), lo cual es totalmente inaceptable en una norma reguladora de competencia funcional, que siempre debe entenderse en sentido estricto.

5.5.1. Regularización mediante documento privado de fecha cierta

El art. 7, 1° Ley 27157 señala que la regularización en los departamentos puede hacerse mediante documento público, minuta, adjudicación, o cualquier documento privado de fecha cierta que compruebe el derecho de propiedad. Esta norma se aplica igualmente a toda clase de unidades inmobiliarias, por virtud de la expresa remisión contenida en los artículos 9, 14

y 17. Para ello se necesita dos requisitos: (i) El solicitante de la regularización haya adquirido el dominio de quien aparece como titular registral, (ii) El solicitante debe contar con documento público imperfecto o documento privado de fecha cierta que sustenta la transferencia dominical. Esta modalidad de saneamiento necesita, obviamente, que exista regularización de edificaciones.

La Ley no establece un procedimiento especial para la tramitación de este sistema de regularización, por lo que basta que el notario certifique y verifique la documentación que presenta el rogante, para efecto de considerar que constituye título suficiente para la inscripción (arts. 2.1 y 3.2 Ley 27333, concordante art. 5-a Regl. Ley 27157). En tal sentido, “verificar” significa la necesidad de comprobar que el documento existe y que es de fecha cierta, asimismo, que el acto es válido desde una apreciación documental (ej: la donación de inmuebles requiere de escritura pública, por tanto, no basta la minuta), o si realmente el acto contiene un título de transferencia dominical (ej: no podrá regularizarse un contrato preparatorio), o si existe pacto en contrario impeditivo (ej: minuta en la cual se estipula que solo se elevará a escritura pública cuando se cancele el precio, o que el pago se realizará a la firma de dicho instrumento público). Por su parte, “certificar” significa la constancia del notario respecto a que el documento reúne los requisitos legales para la inscripción. El art. 7 Ley 27157 requiere la presentación del título material (documento público o privado de fecha cierta), pero acompañado de la certificación notarial respecto a la validez legal del título, que consiste en la atestación realizada en un casillero específico del propio formulario registral (FOR). La Ley 27333 también menciona esta certificación: “La regularización de edificaciones que realice, al amparo del Título I de la Ley N° 27157, un propietario que cuenta con título de propiedad que conste en documento de fecha cierta, resolución administrativa o (...) se tramita ante un notario público (...)” (art. 3.2). Por tanto, no basta que el interesado presente directamente el título de fecha cierta al registro, pues resulta necesario que el notario compruebe la validez legal del título mediante la certificación en el FOR. Es bueno señalar que el art. 2.2 Regl. Ley 27157 considera los siguientes “documentos privados de fecha cierta”: (i) firmas legalizadas, (ii) reconocidos judicialmente, (iii) materia de cotejo pericial conforme, respecto de la firma

del otorgante, (iv) escrituras imperfectas otorgadas ante Juez de Paz, (v) Minutas presentadas al despacho notarial, con la respectiva constancia de su ingreso expedida por el notario que conserva el archivo.

5.5.2. Regularización mediante prescripción adquisitiva de dominio

La prescripción adquisitiva en vía notarial resulta procedente, según la ley, solo en los casos en que el interesado carezca de título adquisitivo, o cuando exhiba un título, pero su transmitente no sea el titular con derecho inscrito, que se ha quedado retrasado en la cadena de transmisiones producida sucesivamente fuera del registro (arts. 7, 9, 14 y 17 Ley N° 27157), mientras el art. 36, 1° Regl. Ley 27157 agrega que: *“procede tramitar notarialmente la prescripción adquisitiva de dominio, cuando el interesado acredita posesión continua, pacífica y pública del inmueble por más de diez (10) años (...)”*, lo cual puede ocurrir en predio registrado o no (interpretación art. 36, 2° Regl. Ley 27157).

a) Competencia territorial del notario

El notario competente será aquel de la provincia donde se encuentra el inmueble (art. 5 Ley 27333). Esta solución es evidente, aun a falta de norma, si se considera la competencia provincial que tiene cada notario, al margen de su localización distrital. Un tema no resuelto, pero posible, es que un inmueble se ubique entre dos provincias, lo que imposibilita que un notario pueda expandirse a provincia ajena, pues no existe la salvedad prevista específicamente en el procedimiento notarial de inventarios. En tal caso, es lógico suponer que el interesado solo podrá acudir al proceso judicial.

b) Solicitud y recaudos

El trámite se inicia mediante petición escrita de los interesados o sus representantes, en la cual se señala el nombre, datos de identificación y dirección, el motivo de la solicitud (prescripción adquisitiva), narración de los hechos y circunstancias que sirven de sustento al derecho invocado y, finalmente, el fundamento legal expreso o cita normativa (art. 3 Ley 26662).

La solicitud deberá contener todos los requisitos legales exigidos por el art. 40 Regl. Ley 27157, y que a continuación se detallan:

- a) Tiempo de posesión del solicitante y la de sus causantes (art. 505-1 CPC, aplicable por el art. 5-b Ley 27333), así como la fecha y forma de adquisición del bien (art. 39 Regl. Ley 27157).
- b) Nombre y dirección del inmediato transferente, de los anteriores a este o de sus sucesores, con el fin que sean citados (arts. 39-c y 40-a Regl. Ley 27157; art. 5-d Ley 27333, que alude a los “interesados”). No obstante, solo se notificará en forma personal cuando las direcciones de los interesados sean conocidas (art. 5-d Ley N° 27333); en caso contrario, la notificación se realizará por vía de edictos si el interesado manifiesta desconocer el domicilio de cualquiera de los emplazados, sea persona natural o jurídica¹³⁹⁵, pero ello solo ocurrirá excepcionalmente, luego de agotados los medios racionales, pese a lo cual no se ha localizado un domicilio real o presunto del emplazado.
- c) Nombre y dirección de los propietarios u ocupantes de los predios colindantes, a efecto de ser notificados (art. 39-d y 40-c Regl. Ley 27157; art. 5-d Ley 27333); pero la citación personal solo se realizará a los colindantes cuyas direcciones sean conocidas, aunque parece que esto último no es problemático, sino la identidad de los vecinos, pero parece aceptable una notificación de persona de nombre desconocido, del tipo: “señor propietario del predio ubicado en....”, en aplicación analógica del art. 435 CPC (art. 40, 2° Regl. Ley 27157).
- d) Descripción del bien con la mayor exactitud posible, para lo cual se acompañará planos de ubicación y perimétricos visados por la autoridad municipal (art. 505-2 CPC, aplicable por el art. 5-b de la Ley 27333).
- e) Certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien (art. 505-2 CPC, aplicable en virtud del art. 5-b Ley 27333; art. 39-e Regl. Ley 27157). Este dato es muy importante para el notario, pues, si fuese el caso, deberá

1395 También existen casos en los cuales la notificación edictal procede en forma automática; es el caso, por ejemplo, de las personas jurídicas extinguidas, por cuanto no cabe notificación personal.

notificar al propietario que consta en las declaraciones juradas del impuesto predial, si es que se tratase de persona distinta del solicitante.

- f) Copia literal de los asientos del registro público con una antigüedad no menor de diez años (art. 505-3 CPC, aplicable por el art. 5-b Ley 27333; art. 39-f Regl. Ley 27157).
- g) Declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años. Si bien la ley no lo indicaba, el reglamento ha precisado que estas personas deberán ser preferentemente vecinos del predio materia de la solicitud. La Ley 27333 ha establecido que estas testimoniales no implican una declaración directa ante el notario, sino una manifestación escrita que se realiza en la propia solicitud (art. 5-b), por lo que se entiende derogado ese extremo del art. 41.1 Regl. Ley 27157. La declaración de los testigos versará sobre el conocimiento que tengan de la persona del solicitante y su posesión.
- h) El interesado podrá ofrecer cualquier otro medio probatorio que considere conveniente para acreditar su derecho.

c) **Anotación preventiva**

Una vez iniciado el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio, el notario deberá solicitar se extienda la correspondiente anotación preventiva siempre que el predio se encuentre registrado (art. 36, 2° Regl. Ley 27157; art. 5-c Ley N° 27333). El presente debe considerarse un trámite obligatorio, también con fines de máxima publicidad para cualquier tercero, por tanto, su cumplimiento es imperativo para el notario. Sin embargo, las instancias registrales lo consideran “facultativo”, con lo que se confunde ese carácter, propio de la relación entre anotación e “inscripción” definitiva, pero, en este punto, lo que se discute es la obligatoriedad de este acto dentro del trámite notarial, de lo cual no puede haber dudas en vista del texto normativo: “Asimismo, solicitará al registro respectivo la anotación preventiva de la solicitud” (art. 5.c in fine Ley 27333), lo que solo tiene ese carácter imperativo en los predios registrados, pero no en los otros (interpretación art. 36, 2° Regl. Ley 27157).

La anotación preventiva del procedimiento de prescripción adquisitiva requiere la presentación de los siguientes documentos: i) Oficio del notario que contenga la solicitud de la anotación; ii) Copia legalizada de la solicitud del interesado en el que insta el procedimiento de prescripción adquisitiva; iii) Copia legalizada de los planos de ubicación y localización, y de distribución. La jurisprudencia del Tribunal Registral ha señalado que los planos no son necesarios, para la anotación, cuando la solicitud de prescripción comprende todo el predio inscrito, sin desmembración.

d) Emplazamiento a los interesados

Luego de presentada la solicitud autorizada por letrado (art. 14 Ley 26662, art. 39 Regl. Ley 27157), acompañada por los documentos antes mencionados, el notario emplazará al titular registral, a las personas de las que se derive el derecho sobre el predio, así como a los propietarios u ocupantes de los predios colindantes, y a toda otra persona que el interesado indique en su solicitud (art. 40, 2° Regl. Ley 27157a; art. 5-d Ley 27333). La jurisprudencia ha establecido que el titular registral necesita ser emplazado en la solicitud de prescripción adquisitiva, aunque basta la afirmación del notario, sin necesidad de acreditar las notificaciones (RTR N° 316-2007-SUNARP-TR-L y N° 520-2007-SUNARP-TR-L, convertidos en precedentes por el 17° y 18° Pleno). Por su parte, el notario deberá notificar en forma imperativa a la SBN, o Gobiernos Regionales, cuando se trate de predios no inscritos que no constituyan propiedad privada de particulare (art. 40-d Regl. Ley 27157).

La notificación personal se realiza mediante oficio del notario dirigido al emplazado, y se acompaña copia de la solicitud y anexos, asimismo se indica que las formalidades de la notificación se rigen por el CPC (art. 40, 2° Regl. Ley 27157), en específico, la comunicación en forma personal, la doble visita en el domicilio si en la primera no se encuentra a persona con quien entenderse, el aviso de la segunda visita, la necesidad de agotar todas las indagaciones para conocer el domicilio de los interesados, la posibilidad de notificar a personas no conocidas e indeterminadas, etc. Las notificaciones personales deberán realizarse solo cuando las direcciones de los destinatarios sean conocidas, incluyendo los colindantes (art. 5-d Ley 27333); en caso contrario, deberá efectuarse la notificación por edicto. Sin embargo, esta modalidad se reputa excepcional y solo debe aplicarse cuando no haya po-

sibilidad alguna de localizar al sujeto, lo que en la actualidad es poco usual en atención a las consultas de RENIEC, RUC, redes sociales, entre otros. El notario es un profesional del derecho que realiza una actividad jurídica, lo cual le impone actuar con la mayor diligencia; por tanto, no basta que el interesado manifieste “desconocer el domicilio de una de las partes”, pues, el deber de diligencia, especialmente severo por las condiciones de su ejercicio profesional, le exige agotar los medios racionales que permitan ubicar algún lugar específico de notificación.

e) Avisos

El procedimiento notarial no solo prevé notificaciones personales, o mediante edictos cuando fuese el caso, sino también avisos dirigidos en forma indeterminada a cualquier tercero con algún interés. En estos avisos, debe indicarse el nombre del notario y la dirección de su oficio (art. 13 Ley 26662, art. 5-c Ley 27333), lo cual constituye un mecanismo de facilitación para que cualquier persona pueda tomar conocimiento del trámite. El aviso deberá contener información complementaria para que cumpla su finalidad: nombre del destinatario, nombre del solicitante, materia o razón de la citación, lugar del predio materia de la solicitud y derechos que le asiste al citado (especialmente, la oposición dentro del término de 25 días útiles). Caso contrario, existe un serio riesgo de que se impugne fundadamente la declaración notarial por afectación al debido proceso, ya que el citado aviso no habría cumplido sus fines. Las publicaciones deben efectuarse en el diario oficial y en otro de circulación nacional, por tres veces con intervalos de tres días entre cada una de ellas.

Por último, se exige también que el notario fije carteles en los lugares más visibles de la edificación cuyo saneamiento se solicita (art. 5-d Ley 27333). Esta garantía adicional de notificación por carteles no está prevista en el proceso judicial sobre la misma materia, aunque sí para el caso de los remates judiciales, y si bien pudiera justificársele por la característica sumaria del trámite, sin embargo, su efectividad es muy discutible.

En virtud del orden establecido en el art. 5 Ley 27333, los avisos, tanto en el diario, como en el predio, tendrán que colocarse antes de levantar el acta de presencia.

f) Acta de presencia

Una vez realizado el emplazamiento personal o por edictos, según fuese el caso, y de los avisos respectivos, el notario deberá constituirse en el inmueble objeto del saneamiento, extendiendo un acta de presencia en la que hará constar la descripción y características del inmueble, la comprobación de la posesión pacífica y pública ejercida por el solicitante, y tomará la manifestación de los ocupantes de los predios colindantes (art. 41 Regl. Ley 27157, art. 5-e Ley N° 27333). En virtud de la norma legal complementaria, los testigos ya no declaran oralmente en el acto de verificación posesoria, sino que su manifestación se realiza por escrito en la solicitud (art. 5-b Ley 27333), con lo que se entiende derogado las “actas de presencia de los testigos” (art. 41.1 Regl. 27157).

Pues bien, el aspecto medular del procedimiento se centra en la llamada acta de presencia, que se inspira en los principios de intermediación y concentración. Es decir, el notario será necesariamente quien realice *in situ* la verificación, por lo que no puede delegar esta función en persona o funcionario alguno (intermediación). En esa misma diligencia se llevará a cabo la actuación de algunos medios probatorios destinados a la acreditación del derecho del solicitante, lo que incluye una inspección al predio, y la toma de manifestaciones y declaraciones de los colindantes (concentración). Las actas de presencia acreditan la realidad o verdad de un hecho, y así está previsto en la definición legal contemplada por el art. 97 LN: “El notario extenderá actas en las que se consigne los actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste y que no sean de competencia de otra función”. En la diligencia mencionada, el notario procederá a describir el inmueble y sus características, con lo cual apreciará y evaluará la posesión pacífica y pública de la que goza el solicitante, lo que buscará descartar que se trate de una posesión clandestina u oculta. La misma finalidad cumple la toma de dicho de los poseedores o propietarios colindantes del predio objeto de regularización, en cuanto se busca obtener declaraciones espontáneas de los vecinos, no preparadas ni negociadas previamente, por tanto, con mayor dosis de sinceridad (art. 5-e Ley 27333).

El reglamento no indica el momento en que el notario deba redactar el acta, por lo que la doctrina admite que la redacción pueda “hacerse en el

lugar en que se desarrolla el hecho (en cuyo caso el notario dará lectura del texto redactado a los presentes, invitándolos a firmar) o posteriormente en el estudio notarial con arreglo a las notas tomadas sobre el terreno y con referencia expresa a ellas¹³⁹⁶. Este tema no se encuentra regulado ni siquiera en el ámbito genérico de las actas notariales.

g) Oposición

La oposición es el derecho de cualquier interesado para poner fin al procedimiento notarial no contencioso, siempre que se refiera al mismo predio¹³⁹⁷, y, con ello, se culmine el trámite sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto. El art. 41.2 Regl. Ley 27157 establecía que el notario solo podía declarar la prescripción adquisitiva, una vez transcurrido el término de 30 días contados desde la última publicación. Actualmente, el plazo es de veinticinco días útiles en virtud del art. 5-e Ley 27333, cuyo carácter de norma posterior y de mayor jerarquía implica que ha derogado la anterior. El cómputo del plazo de oposición se cuenta a partir del último aviso en los diarios, por tanto, no se toma en cuenta la fecha en que se realizaron las notificaciones personales o por edicto, lo cual, obviamente, no significa que las citaciones directas puedan hacerse en cualquier momento, incluso cuando el plazo de oposición se encuentra a punto de vencer, pues tal situación implicaría una evidente vulneración del debido proceso; por tal razón, se entiende que el notario deberá cuidar que la notificación personal se lleve a cabo inmediatamente después del último aviso, conforme el orden propuesto por el art. 5-d Ley 27333. Por su parte, la diligencia de pegado de cartel puede llevarse a cabo en forma concomitante a las notificaciones, siempre antes de que se levante el acta de presencia, conforme el mismo orden establecido por el inciso d).

Por su parte, en algún momento existió la duda referida a si vencido dicho término (25 días útiles), caduca automáticamente el derecho de oposición, aunque la declaración notarial no se hubiese producido. Sin embargo,

1396 Ávila, P. (1990), p. 133.

1397 En la práctica, se han visto oposiciones referidas a "otros predios", lo que obviamente se deberá tener por no presentada, pues la voluntad negativa del opositor no se circunscribe, en realidad, al trámite que está llevando a cabo el notario.

el art. 43.1, 1° Regl. Ley 27157 despejó cualquier interrogante, pues ha establecido que la oposición puede realizarse incluso después del vencimiento del plazo, siempre que el notario no se hubiese realizado la respectiva declaración: “Hasta el momento de emitirse el acta notarial que ponga fin al procedimiento, cualquier persona podrá formular oposición (...)”¹³⁹⁸.

La oposición debe formularse mediante escrito presentado al oficio notarial, quien deberá suspender inmediatamente el trámite en el estado en que se encuentre, siempre que no se hubiese culminado el procedimiento. En tal caso, el notario deberá comunicarlo al solicitante, Colegio de Notarios y Oficina Registral mediante oficio. La oposición no requiere motivación alguna, en tanto el notario carece de competencia para calificar los fundamentos que se pudieran esgrimir al respecto. En tal contexto, es de aplicación el art. 6 Ley 26662: “Es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados. Si alguno de ellos, en cualquier momento de la tramitación manifiesta oposición, el notario debe suspender inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad”. En este sentido, se ha realizado una mejora al tratamiento que establecía la Ley 27157, y que obligaba a la remisión del expediente al Poder Judicial, que se entiende derogado (art. 43.1, 2° Regl. Ley 27157), pues ahora simplemente se comunicará la conclusión del procedimiento (art. 5-g Ley 27333). En tal caso, el interesado tendrá su derecho expedito para recurrir a la justicia cuando lo crea por conveniente.

h) Evaluación de la prueba

Luego de actuadas las pruebas, y ante la falta de oposición del propietario, el notario deberá realizar una declaración jurídica en la que evalúe los medios probatorios (art. 41.2 Regl. Ley 27157). En este punto, la labor notarial se asemeja a la del juez, pues realiza un juicio jurídico en el que aprecia las situaciones de hecho, y, seguidamente, los subsume en una norma jurídica. Ello significa que el notario emite una apreciación racional, pero no

¹³⁹⁸ La dilación del notario en realizar la declaración de la prescripción adquisitiva (luego de los 25 días útiles posteriores a la última publicación), habilita a que el tercero pueda formular oposición, sin que pueda reputarse extemporáneo, pues mientras no haya declaración cabe el rechazo del trámite; empero, en tal hipótesis, el notario será responsable por no haber concluido el procedimiento dentro de los plazos legales.

ejerce la actividad de fe pública, en tanto no existe comprobación de hechos por medio de los sentidos. Una plantilla modelo que pueda servir para una razonable evaluación de la prueba, conforme el siguiente análisis:

Primero: La prescripción adquisitiva se configura con la posesión pacífica, pública, continua, en concepto de propietario, por el plazo de diez años, y, sin interrupción del propietario. Por tanto, los medios de prueba tendrán que evaluarse en función de los hechos concurrentes que sirven para consumir la adquisición originaria de la propiedad.

Segundo: La posesión implica que la persona ha tenido el control del bien en forma autónoma, no subordinada, sea con actos efectivos de aprovechamiento (vivienda), sea con actos potenciales (reparación y conservación) o con actos de vinculación (pago de impuestos, arbitrios, gastos). En el caso, el solicitante prueba lo primero (o lo segundo, o lo tercero, o los tres supuestos), por ejemplo, con el acta de presencia que permitió verificar que se encuentra en ocupación actual, con los detalles que allí se narran, mientras la posesión anterior se acredita con recibos de arrendamiento fehacientes por el periodo en cuestión, más documentos de identidad y escrituras públicas con domicilio en el predio, trámites municipales y administrativos que indican el mismo domicilio, todo ello en fecha muy anterior la solicitud, datada de modo fehaciente, por lo que producen suficiente certeza.

Tercero: La posesión en concepto de propietario se define como aquella que se ejerce en contradicción u oposición a la situación jurídica del propietario, es decir, sin sujeción o inmediatez con persona alguna, por tanto, el poseedor no reconoce otra persona con mejor derecho. En el presente caso, el solicitante aporta un contrato de traspaso posesorio, que en forma inmediata sirvió para el pago del impuesto predial, con lo que demuestra el propósito objetivo e inequívoco de actuar como propietario, sin atadura con ninguna otra titularidad previa o concomitante.

Cuarto: La posesión es una situación de hecho que se origina por tradición, ocupación o resolución judicial, pero, este caso, obra el ya mencionado contrato de traspaso posesorio que hace referencia a la tradición del bien en fecha anterior a los diez años de antigüedad, y, tal hecho queda corroborado con el pago del impuesto predial y arbitrios en forma coétanea, lo cual hace

suponer que efectivamente se produjo la toma posesoria, pues, por máxima de experiencia, una persona abona los tributos del bien cuando tiene interés o vinculación en él, lo que ha ocurrido con antigüedad notable, lo cual permite deducir que se trata de prueba fehaciente, no construida por conveniencia.

Quinto: La posesión pacífica y pública expresa la necesidad de que la ocupación no haya sido perturbada o judicializada por el propietario, además, que se hubiese realizado con naturalidad, en forma notoria. En el caso, el acta de presencia, así como las tomas de dichos de los colindantes, demuestra que la posesión se encuentra consolidada, de modo visible, sin ocultarse, concordante con las declaraciones escritas de los testigos, máxime cuando una posesión de más de diez años, que conlleva residencia, arrendamiento del predio, realización de obras, inicio de trámites, y, todo ello por tanto tiempo, permite deducir, también por máxima de experiencia, que no puede hacerse sino en forma pública y pacífica.

Sexto: El propietario registrado ha sido debidamente notificado en forma personal, además de la publicidad surgida por avisos en diarios, carteles en el predio y anotación preventiva en el registro, pese a lo cual no se ha manifestado oposición alguna, por lo que se entiende que nunca fue interrumpido el plazo de la prescripción.

Séptimo: Por lo expuesto, los medios probatorios abonan los siguientes hechos: (i) posesión, (ii) posesión en concepto de propietario, (iii) posesión continuada por más de diez años, (iv) posesión pacífica, (v) posesión pública, (vi) posesión no interrumpida por acto del propietario. Por tanto, la premisa fáctica ha quedado razonablemente comprobada, luego de la anterior evaluación de la prueba, según el art. 41.1 Regl. Ley 27157, lo cual determina la aplicación de la consecuencia jurídica de la norma, por lo que, en virtud de ello, el solicitante se ha convertido en propietario por efecto de la prescripción adquisitiva, conforme el art. 950 Código Civil, concordante con art. 7 Ley 27157 y art. 5 Ley 27333, por lo que el presente título es suficiente para la inscripción registral, según el art. 5-i) Ley 27333.

i) Declaración del notario

En este punto, después de transcurrido veinticinco días hábiles desde la fecha de la última publicación, sin que se hubiera expresado oposición (art. 5-e Ley 27333), el notario podrá emitir pronunciamiento definitivo. En tal caso, se declara la prescripción adquisitiva en favor del solicitante, para lo cual se extiende el acta de notoriedad correspondiente en la que debe constar la evaluación de la prueba actuada (art. 41.2 Reg. Ley 27157), o la escritura pública respectiva (art. 5-f Ley 27333). Sin embargo, el legislador no regula expresamente la posibilidad que el notario estime insuficiente la prueba posesoria y, en consecuencia, pretenda rechazar la petición, por tanto, se podría pensar que esta situación no es admisible, pues al no haberse formulado oposición alguna, se habría consolidado la pretensión del solicitante. Sin embargo, el art. 30 Regl. Ley 27157 obliga a reconocer que el notario puede, y debe, rechazar el trámite si la sumaria indagación del notario comprueba que no se ha configurado los presupuestos de la prescripción adquisitiva, en cuyo caso no podrá extenderse el acta o escritura pública. Por tal motivo, de rechazarse la solicitud, el notario deberá comunicarlo al interesado, al Colegio de Notarios y al Registro (por analogía con lo que sucede en los casos de oposición) mediante un oficio debidamente fundamentado.

La declaración notarial de prescripción adquisitiva debiera constar en acta, por tratarse del instrumento idóneo para la comprobación de hechos, a diferencia de la escritura pública cuya conformación resulta propia de los actos o negocios jurídicos. El reglamento ha recogido este criterio: “el acta notarial y todos sus antecedentes, serán incorporados al Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos, del cual se podrá expedir todos los traslados instrumentales previstos por la ley del notariado” (art. 41.3). Por su parte, esta misma norma permite inferir que el acta tiene doble carácter: **de declaración y de protocolización**. En efecto, “por la protocolización se incorporan al registro de escrituras públicas los documentos que la ley, resolución judicial o administrativa ordenen” (art. 64 LN). Sin embargo, la Ley 27333 permitió que la prescripción también fuese declarada en escritura pública, en cuyo caso se elevará la solicitud -como una especie de minuta- e insertará a la misma los avisos, el acta de presencia y demás instrumentos

que el notario considere necesario, para cuyo efecto, el título inscribible lo constituye el formulario de regularización, acompañado del parte notarial (art. 5º-f). Esta modificación no elimina el acta, pues la misma disposición señala otro título inscribible: el solo formulario, en cuyo caso, “el notario archivará los actuados en el registro notarial de asuntos no contenciosos” (art. 5-f in fine), lo cual presupone que se ha extendido un acta de declaración y protocolización, por cuya razón, los archivos quedan archivados en el registro (concordante art. 41.4 Regl. Ley 27157). En cualquiera de los dos instrumentos, el notario deberá dejar constancia de haber cumplido con las notificaciones respectivas, además de evaluar las pruebas y los actuados y declarar la prescripción a favor del solicitante (art. 41.2 Regl. Ley 27157).

j) Inscripción en el registro

La inscripción en el registro puede hacerse con el “instrumento notarial”, así señalado en forma genérica (art. 5-i Ley 27333), por tanto, comprende el parte de la escritura pública (art. 5-f Ley 27333) o del acta de declaración y protocolización (art. 5-f in fine Ley 27333, art. 42 Regl. Ley 27157). En tal sentido, el acuerdo del 50º Pleno del Tribunal Registral estableció que, además de los dos anteriores, también es suficiente título el formulario registral en el que se deja constancia por el notario que se ha declarado la prescripción adquisitiva (art. 5-i Ley 27333).

k) Nulidad de la declaración notarial

El art. 12 Ley 26662 establece una presunción *juris tantum* de certeza del acto notarial (erróneamente llamada de “presunción de autenticidad”), por lo que la declaración solo puede ser objeto de rectificación o nulidad en la vía judicial; y en efecto, el *verus dominus* puede impugnarla en cualquier momento a través de una acción reivindicatoria o declarativa de dominio (“mejor derecho de propiedad”), siempre que se mantenga en la condición de propietario y no la haya perdido por hecho sobrevenido (usucapión, por ejemplo). Por otro lado, también es procedente la acción de nulidad del procedimiento notarial, específicamente por haberse incumplido alguna de las formalidades esenciales, ya sea del proceso notarial, o de la emisión del instrumento público. Así ocurre, por ejemplo, si se incumple las notificaciones requeridas por la ley o si el acta de declaración se documenta con anterioridad al plazo de oposición.

Pues bien, la declaración notarial de prescripción adquisitiva consta en documento escrito, por tanto, el procedimiento no contencioso necesariamente culmina en instrumento público, en virtud de lo cual, cualquier vicio procedimental grave determina la nulidad del instrumento notarial, y, por ello, esta debe ser la pretensión objeto de la demanda. La nulidad instrumental puede originarse por dos causas: (i) vicios sustanciales, como ocurre, por ejemplo, cuando el solicitante declara falsamente su condición de poseedor pacífico, pues resulta que existe o ha existido un proceso judicial entre las partes, lo cual puede predicarse de los otros requisitos de la usucapión (posesión pacífica, pública, continua y como propietario); (ii) vicios formales, tal como la omisión de exigir planos visados por la autoridad municipal. La jurisprudencia ha establecido que la concurrencia de cualquiera de esos vicios, siempre que sea grave, conlleva la nulidad del instrumento (Cas. 2434-2017-Ayacucho), aunque en el caso se habló impropiaamente de “nulidad del acto jurídico”.

5.6. Regularización de propiedad no inscrita

La Ley 27157 tiene como objetivo, entre otros, facilitar la primera inscripción¹³⁹⁹, para lo cual utiliza los moldes generales de los títulos con cinco años de antigüedad y los títulos supletorios; de tal suerte que cada uno de ellos tiene una versión simplificada:

- a) **DECLARACIÓN NOTARIAL PARA LA PRIMERA INSCRIPCIÓN DE DOMINIO:** El notario deberá exigir la presentación de títulos con una antigüedad de, por lo menos, cinco años; y que pueden constar en documento privado de fecha cierta, y no en instrumento público (art. 8 Ley 27157, art. 6.2 Ley 27333). En esta hipótesis, el

1399 El predio “no inscrito” es aquel que carece de antecedentes en el registro, por tanto, nunca ha contado con partida registral, ni como objeto individual, ni como porción de un predio más extenso que lo englobe. Por el contrario, el “predio inscrito no independizado” corresponde a un inmueble matriz, o de mayor extensión, que sí se encuentra registrado, pero pendiente de individualización. También se diferencia del “predio inscrito no saneado”, en el que el inmueble específico cuenta con partida registral, pero la titularidad no es actual, pues la falta de inscripción de uno o más actos conlleva que el registro publique derechos desfasados o meramente históricos. Los mecanismos de regularización de la propiedad no inscrita pretenden que el predio logre su primera inscripción.

notario simplemente hace una verificación formal de los títulos, sin que se trate de un procedimiento no contencioso.

- b) **TÍTULOS SUPLETORIOS:** el propietario poseedor, sin títulos, puede lograr el reconocimiento de su situación jurídica mediante un procedimiento notarial.

b.1) El propietario sin títulos deberá acreditar la posesión por cinco años (artículo 37, primer párrafo *in fine*, reglamento).

b.2) El propietario con títulos, pero sin la antigüedad de cinco años, puede complementarla con la posesión actual (art. 37º, segundo párrafo, reglamento).

5.6.1. Regularización mediante declaración notarial para la primera inscripción

La declaración notarial con fines de matriculación, sin acta de notoriedad, es otro supuesto de regularización de la propiedad urbana. La figura está inspirada en el art. 2018 CC, por cuya virtud, el propietario exhibe su título con una antigüedad no menor a cinco años, debiendo en este caso presentar su título (o los títulos) en instrumentos públicos (art. 2010 CC). Por tal motivo, cabe preguntarse: ¿Cuál es la ventaja que se logra con este mecanismo simplificado y qué lo diferencia del supuesto previsto en el art. 2018 CC? La respuesta se encuentra en el art. 6.2 Ley 27333, por cuya virtud, se precisa que los títulos deben ser actos de enajenación contenidos en documentos de fecha cierta, mientras el notario “verifica” la autenticidad de los documentos, su condición (fecha cierta), la cadena de títulos hasta el propietario actual (tracto sucesivo), así como el plazo legal de antigüedad, pero nada más, por lo que, seguidamente, se extiende un acta de declaración y protocolización, con lo que se procede al archivo de los documentos (concordante art. 5 Ley 27157, art. 2 Ley 27333, art. 5-a Regl. Ley 27157). Por otro lado, este mecanismo matriculador del art. 6.2 de la Ley 27333 se diferencia del título supletorio por cuanto este último exige un procedimiento, lo cual implica actuar pruebas, practicar diligencias en forma sumaria, realizar notificaciones, calificar los actuados y emitir una declaración formal de legitimación de la propiedad¹⁴⁰⁰. Es fácil advertir, pues, que existe una gran diferencia entre ambos.

1400 Ávila, P. (1990), pp. 145-146.

El art. 6.4 Ley 27333 establece que en este procedimiento no será exigible el plano y código catastral a que alude el art. 1º D.S. 002-89-JUS, sin embargo, tratándose de una matriculación sí será exigible que los planos sean georeferenciados (art. 19-c RIRP).

5.6.2. Regularización mediante título supletorio

a) Función

El título supletorio es el mecanismo puesto a disposición del propietario de un inmueble no inscrito para regularizar su situación jurídica cuando carece de documentos escritos comprobadores del dominio, por tanto, la finalidad de este proceso es obtener un título formal que sustituya al que se ha extraviado, perdido o al que simplemente nunca se tuvo. En efecto, esta figura se encuadra dentro del ámbito de los bienes inmuebles que nunca accedieron al registro, por tanto, no resulta extraño que las transferencias se hayan realizado de modo clandestino, sin participación de notarios, a través de simples documentos privados o mediante acuerdos verbales amparados por la posesión. En tales condiciones, resulta comprensible que el propietario no cuente con medios de prueba, sumado a la ausencia de intervención notarial, lo que hace imposible la obtención de traslados o copias autenticadas. Por tanto, la figura de los títulos supletorios es el sistema utilizado por el legislador con el objetivo de facilitar el saneamiento de los inmuebles a través de un mecanismo subsidiario de titulación, y que hasta la actualidad se demuestra útil. Esta solución se ha requerido, de una u otra manera, en todos los ordenamientos jurídicos que implantaron el registro, pues la informalidad de la titulación resulta un problema común cuando se pretende el tránsito del sistema libertario de transferencias de predios hacia un sistema controlista.

En la actualidad, el artículo 2018 CC señala que el título supletorio permite la primera inscripción de dominio, lo que significa obviamente que tal mecanismo está habilitado para los titulares de predios no inscritos, pues, en caso contrario, ya no sería posible la primera inscripción. En buena cuenta, el título supletorio es un medio sustitutivo para comprobar el derecho de

propiedad, pues si el titular no cuenta con instrumento público, entonces el único elemento que juega a su favor es la posesión¹⁴⁰¹.

b) Modalidades

El título supletorio siempre ha sido un proceso judicial, por lo menos desde el Código de Procedimientos Civiles de 1911, luego en el actual Código Procesal Civil. Sin embargo, la Ley 27157 permitió que la declaración también pueda hacerla el notario (arts. 8 y 22), aunque luego se precisaron sus dos modalidades:

- a) Título supletorio del propietario, sin títulos, pero con posesión de cinco años (art. 37, 1° Regl. Ley 27157), lo cual tiene el problema de que la falta de titulación exigiría suplirse con la posesión por el plazo requerido para convertirse en propietario: diez años, pero en este caso se reduce sin justificación, máxime cuando la hipótesis no puede reconducirse al justo título, pues, por definición, falta título¹⁴⁰².
- b) Título supletorio “con títulos”, cuando el propietario cuenta con un título que no reúne la antigüedad exigida por el art. 2018 CC, en cuyo caso no será necesario probar los cinco años de posesión (art. 37, 2° Regl. Ley 27157). Esta curiosa norma establece un contrasentido, por cuanto autoriza el trámite de títulos supletorios sin que sea relevante el tiempo de la posesión, por lo que la declaración se basa en el título aportado por el solicitante, pero sin antigüedad como documento, y, sin antigüedad posesoria, entonces su condi-

1401 “La prueba ordinaria de la propiedad se hace mediante la prueba de la posesión y el transcurso del tiempo, y esa es a la vez la realidad de la propiedad. La propiedad no tiene ninguna naturaleza distinta de la de ser una posesión modalizada por el transcurso del tiempo. La propiedad es una posesión investida formalmente con un título (y tiene por ello vocación de perpetuidad) (...) La propiedad no existe en sí, lo que existe en sí es la posesión como apariencia socialmente significativa. Por eso la usucapión es algo más que un medio de prueba de la propiedad: es la realidad misma de la propiedad”: Álvarez Caperochipi, J. (1986a), T. I, p. 143.

1402 La RTR N° 054-2008-SUNARP-TR-A de 18.03.2008, c. 6, llegó a avizorar el problema: “esta norma (...) reduce sin justificación el plazo posesorio sin que el solicitante de los títulos acredite un justo título, requisito legal para la prescripción corta de cinco años”

ción acreditativa de la propiedad es un acto de audacia, no de evaluación racional.

c) Procedimiento notarial

El procedimiento notarial de formación de título supletorio es el mismo que el de prescripción adquisitiva (art. 6.1 Ley 27333, art. 38 Regl. Ley 27157), por lo que corresponde hacer la remisión al acápite 5.5.2 de este mismo capítulo. Sin embargo, en este caso se presentan las siguientes particularidades:

- a) La solicitud presentará como adjunto, no el certificado registral de inscripciones de diez años de antigüedad, que, tratándose de predio no inscrito, no existe, sino el certificado negativo de búsqueda catastral (art. 6.3 Ley 27333).
- b) Por obvias razones, no es posible emplazar a un titular registral (no aplicable: art. 40-b Regl. Ley 27157).
- c) No procede la anotación preventiva (interpretación art. 36, 2° Regl. Ley 27157).
- d) La evaluación de las pruebas y de los actuados (art. 41.2 Regl. Ley 27157) tendrá que adecuarse a los plazos posesorios exigidos en las modalidades de título supletorio notarial, así como se requerirá una motivación cualificada para explicar cómo un título (acto jurídico) sin antigüedad documental o antigüedad posesoria, empero, sirve para acreditar una primera inscripción de dominio.

5.7. Regularización de área, linderos y/o medidas perimétricas mediante rectificación

Los mecanismos individuales de rectificación de áreas o, en general, de regularización de los aspectos físicos de la finca, se caracterizan porque cada propietario asume a su costo y riesgo la subsanación de las deficiencias técnicas y jurídicas de sus títulos hasta llegar a la inscripción registral. La rectificación judicial de áreas es un típico caso de regularización individual, al igual que la fórmula de rectificación a través de un procedimiento notarial. La Ley 27333 permite el saneamiento legal de las discrepancias de áreas, linderos y medidas perimétricas (artículo 13). Este precepto establece que, cuando sea necesario determinar la extensión física de la finca, o cuan-

do existan discrepancias entre la extensión real y la inscrita, se podrá subsanar dicha deficiencia con cualquiera de los tres procedimientos a que en ella se aluden: convencional, judicial y notarial. El fundamento, características y efectos de la rectificación de área ha sido estudiado en el acápite 5.4.5 del capítulo III de esta obra, por lo que corresponde hacer la remisión. En este punto, el análisis se centra en el procedimiento notarial.

5.7.1. Función de la rectificación

La solicitud de rectificación de áreas pretende la corrección de la extensión del predio por un error de medición, antiguo o reciente¹⁴⁰³, involuntario o doloso, o la indeterminación del espacio físico, por lo que, en línea teórica, no es posible la afectación a tercero, pues el objeto debatido es la finca del propietario, y nada más. En tal contexto, se trata de un asunto no contencioso, sin embargo, se emplaza a los colindantes del predio para fines de prevención, pues si bien en forma hipotética nadie es afectado por subsanar una incorrecta medición del propio predio. Por el contrario, cuando se trata de invasión de la finca ajena entonces el procedimiento no es el de rectificación, sino de prescripción adquisitiva o de accesión por construcción extralimitada, los que sí tienen naturaleza contenciosa. En suma, la rectificación

1403 En efecto, el error puede encontrarse muy atrás en la historia registral del predio, en inscripciones anteriores, pero ello no es óbice para la rectificación, como ocurrió en un caso que ya se habían independizado unidades inmobiliarias en régimen de propiedad exclusiva y común, lo cual no impidió la rectificación de área del terreno matriz: "Como se puede apreciar en el presente caso el área real es superior a la registrada, siendo que este supuesto se encuentra previsto en la citada Ley 27333, para que la rectificación pueda ser solicitada en sede notarial, sobre todo porque se cuenta con el Informe Técnico N° 0041-2004-SUNARP-Z.R.N°IX/OC, el cual concluye que el predio en consulta no se observa comprendido dentro de los predios colindantes. Ahora bien, el hecho que las secciones de propiedad exclusiva ya fueron independizadas de la partida matriz no puede ser obstáculo para que no se proceda conforme al indicado procedimiento notarial, pues el terreno sobre el que está construida la edificación se encuentra en dicha partida matriz por tratarse de un bien común, según el Reglamento Interno inscrito, siendo que la rectificación se ha solicitado respecto de las medidas del terreno. Es cierto que la modificación del área y medidas perimétricas del terreno, traen como consecuencia la modificación de las medidas de las secciones de propiedad exclusiva y propiedad común, sin embargo la rectificación de tales áreas puede realizarse en acto posterior en la medida que tal como constan en los documentos técnicos, no se trata de una modificación física sino de una rectificación numérica, lo que implica que no estaría vulnerando los derechos de los propietarios que conforman la junta": RTR N° 331-A-2004-SUNARP-TR-L, del 27.05.2004.

de superficie, mientras se mantenga dentro de su presupuesto de actuación, no afecta a nadie en particular; empero, como puede utilizarse veladamente para invadir fincas contiguas, entonces se requiere necesariamente el emplazamiento de los colindantes para asegurar que no se le utilice fraudulentamente para obtener un título sobre porciones de los predios vecinos.

5.7.2. Modalidades de rectificación

La rectificación de áreas, linderos y/o medidas perimétricas, en vía notarial, tiene dos modalidades (art. 13.1.b Ley 27333):

- a) Cuando el área real del predio sea inferior a la registrada en la partida, entonces no existe posibilidad teórica de afectación a terceros, por lo cual llama la atención que se tenga la necesidad de acudir a un procedimiento, con solicitud, testigos, acta de presencia, notificación de colindantes, evaluación de pruebas, etc. En el Derecho comparado, en cambio, es común que estas discrepancias se resuelvan mediante la simple certificación de un técnico privado.
- b) Cuando el área real o cabida sea superior a la registrada, en cuyo caso, se necesita obtener, previamente, una certificación registral de no superposición, o mejor llamada en forma general “búsqueda catastral”.

5.7.3. Procedimiento de rectificación

El procedimiento notarial de rectificación de área, linderos y/o medidas perimétricas es el mismo que el de prescripción adquisitiva (art. 13.1.b in fine Ley 27333), por lo que corresponde hacer la remisión al acápite 5.5.2 de este mismo capítulo. Sin embargo, en este caso se presentan las siguientes particularidades:

- a) La solicitud presentará como adjunto, no solo el certificado registral de inscripciones de diez años de antigüedad sobre la titularidad del predio, sino, también, el certificado negativo de búsqueda catastral de ese mismo inmueble, que incluya el área rectificada, con el fin de que se establezca que no está afecto a superposiciones con los colindantes (art. 13.1.b Ley 27333), siempre que se trate de una rectificación que conlleve mayor área.

- b) La solicitud no requiere indicar tiempo de posesión del solicitante y sus causantes, pues el procedimiento tiene un objetivo distinto a la prueba del estado posesorio (no aplica en parte: art. 39-a Regl. Ley 27333).
- c) No es necesario presentar testigos ni prueba posesoria, pues la finalidad de la rectificación de área no es acreditar la posesión, sino el error en la medición del predio, para lo cual, el estado posesorio resulta irrelevante (no aplicable: art. 5-b, segunda parte, Ley 27333).
- d) El acta de presencia no tiene la finalidad de acreditar posesión (no aplicable en parte: art. 5-e Ley 27333).
- e) La evaluación de las pruebas y de los actuados no versará sobre la posesión, sino sobre el error de medición o indeterminación de la extensión del predio, para lo cual, la prueba privilegiada es el plano visado municipal, el certificado de búsqueda catastral, el acta de inspección (art. 41.2 Regl. Ley 27157), así como la falta de oposición.

5.8. Regularización de reglamento interno, junta de propietarios e independización

El conjunto de propietarios en un edificio con unidades independientes en coexistencia con zonas comunes, pero que no cuentan con declaratoria de edificación, reglamento interno e independización, entonces pueden acudir a un “procedimiento de regularización” (art. 6 Ley 27157), más simplificado¹⁴⁰⁴ -que no solo se aplica a los “departamentos en edificio”, sino también a “*otras unidades inmobiliarias con bienes comunes*” (1° DF Ley 27333)- sea cuando necesite regularizar la fábrica (arts. 3, 4, 5, 6 Ley 27157, concordante arts. 19 a 26 D.S. 035, art. 2 Ley 27333), pero también cuando requiera hacer lo propio con el reglamento interno y junta de propietarios -, su adecuación a la Ley 27157 (RTR N° 413-2020-SUNARP-TR-A de 05.10.2020)-, cuyos requisitos formales son los siguientes:

¹⁴⁰⁴ RTR N° 144-2017-SUNARP-TR-A de 13.03.2017 reconoce la existencia de este “procedimiento simplificado”.

- a) Convocatoria de cualquier propietario con una anticipación de cinco a diez días hábiles mediante cartas notariales remitidas a todos los otros propietarios (art. 6 Ley 27157, art. 19 D.S. 035, art. 2 Ley 27333)¹⁴⁰⁵.
- b) Sesión válida, con asistencia de más de la mitad de los propietarios, para la única convocatoria posible, pues no se ha previsto una segunda citación (arts. 4 y 6 Ley 27157, arts. 19 y 20-e D.S. 035, art. 2 Ley 27333).
- c) Los acuerdos, especialmente de inicio de regularización y reglamento interno, así como elección de junta de propietarios, adoptado por más de la mitad de los propietarios¹⁴⁰⁶, deberán constar en acta simple (no libro de actas, menos legalizado: arts. 4 y 6.3 Ley 27157, arts. 19 y 20 D.S. 035, art. 2 Ley 27333).

1405 RTR N° 413-2020-SUNARP-TR-A señaló que el acta simple es el título inscribible, siempre que se haya convocado por carta notarial a los propietarios, por iniciativa de uno de ellos: *"Ahora bien, con el presente acto se pretende, acogiéndose a lo regulado por el Título I de la Ley 27157, la regularización de la edificación, para lo cual se presenta el acta en la que se acuerda dar inicio al trámite de regularización. (...) Dicho trámite de regularización de edificaciones se sustenta en un acuerdo de regularización conforme al numeral 6.1 del artículo 6 contenido en el capítulo denominado Departamentos en Edificio; Ley que dispone para dicho efecto, el acuerdo adoptado por la mayoría simple de todos los propietarios de departamentos en una reunión que será convocada para estos fines por el o los propietarios interesados, mediante carta notarial y realizada dentro de los diez días útiles de la convocatoria"* (c. 6).

1406 Cualquiera de los propietarios que se considere agraviado por algún acuerdo de los propietarios podrá plantear oposición a través de proceso judicial en vía sumarísima ante el juez de paz letrado del lugar del inmueble, en el reducido plazo de 15 días hábiles contados a partir de la última publicación del acuerdo de regularización (art. 22.1 D.S. 035), pero resulta que no es obligatorio en todos los casos, por lo que se produce la duda del inicio del cómputo en esas situaciones. En efecto, el reglamento interno aprobado resulta impugnabile, por ejemplo, cuando se afecta el derecho individual de alguno de los propietarios (por ejemplo: mediante una restricción intolerable a las facultades de uso y disfrute de la sección de dominio exclusivo), o por transgredir el porcentaje de participación que le corresponde, o por violar las normas legales imperativas que regulan el régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y propiedad común (por ejemplo: establecer la cláusula de exoneración de gastos a favor de algún propietario en desmedro de la comunidad). La oposición no suspende la formalización e inscripción del acuerdo. En tal sentido, el acuerdo válidamente adoptado, seguido con todas las formalidades legales, tendrá carácter vinculante para todos los propietarios, aunque estos no hayan participado en la reunión (art. 23 D.S. 035).

- d) El notario deberá certificar que ha tenido a la vista el acta, las cartas notariales y la publicación de los avisos, si fuese el caso, así como que la reunión se realizó en el periodo de diez días útiles entre convocatoria y sesión (art. 2 Ley 27333, concordante art. 4 Ley 27157)¹⁴⁰⁷.
- e) El acta tiene que publicarse en el edificio, y, solo en el caso de que se produzca una modificación de porcentajes de participación también deberá publicarse avisos, por un día, tanto en el diario oficial, como, en otro de mayor circulación del lugar (art. 2.3 Ley 27333, concordante art. 4 Ley 27157).
- f) El título inscribible consiste en el acta simple firmada por los propietarios asistentes a la sesión en la que se acordó la regularización, formulario registral o FOR suscrito por el representante de los propietarios y verificador responsable, así como el informe de verificación, más planos, legalizado ante notario (arts. 4 a 6 Ley 27157, Ley 30830, arts. 19 a 26 D.S. 035, D.S. 008-2019-VIVENDA, art. 2 Ley 27333), más las constancias de convocatoria y quórum suscrita por el representante de los propietarios y/o el presidente de la junta (arts. 5.10 y 5.17 Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN).

La regularización de la fábrica, reglamento interno y junta de propietarios determina la automática independización de las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva, preio pago de los derechos registrales (art. 88 RIRP).

1407 La misma RTR N° 413-2020-SUNARP-TR-A agrega que la validez formal de la convocatoria y la existencia del acta con los acuerdos constituye competencia del notario mediante la certificación en el FOR: *"es el notario el que certifica haber tenido a la vista el acta simple, el que da fe de la existencia del acuerdo verificando la convocatoria, así como que la reunión de propietarios se realizó dentro del plazo previsto por la norma, consecuentemente a él le corresponde comprobar, tratándose del inicio del procedimiento de regularización, que el acuerdo haya sido celebrado bajo los alcances de una convocatoria válida, pues la inscripción del inicio del procedimiento se realizará en mérito del acta simple como lo indica expresamente el artículo 2.2 de la Ley 27333"* (c. 8).

Capítulo XIV

ESTATUTO LEGAL, ORGANIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

1. ACCESO A LA FUNCIÓN NOTARIAL

1.1. Sistemas de acceso al notariado

La Unión Internacional del Notariado propugna que el acceso al notariado se produzca por concurso público de méritos y que el número de plazas sea cerrado. El primer punto busca garantizar la actuación del notario como jurista experto y perito en el ámbito de la contratación, nombrado por cuestiones objetivas y de meritocracia; mientras que lo segundo pretende asegurar que la función se cumpla cabalmente, pues se encuentra en juego la seguridad jurídica del tráfico, y un exceso de notarios haría que estos carezcan del trabajo que les asegure una vida decorosa, lo que podría alentar la aparición de conductas oportunistas. Por lo demás, un acceso abierto y sin límites haría inmanejable la fiscalización de todos los notarios, por lo que los fraudes podrían multiplicarse. Es el caso, por ejemplo, de algún país centroamericano (Guatemala) cuyo sistema notarial abierto ha llevado a que el registro desconfíe del instrumento notarial y, por consiguiente, deba verificar en el campo la realidad del acto o negocio, lo que es incompatible con la fe pública. Sin embargo, en el Derecho comparado existe una gran variedad de sistemas de acceso a la función notarial, y dentro del mismo notariado latino podemos encontrar los sistemas de libre matrícula, cuyo ejercicio se logra con la sola obtención del título profesional (caso, prácticamente único, del Uruguay); nombramiento político; subasta de la oficina

y protocolo (Bélgica, Canadá), concurso de méritos (Argentina, España)¹⁴⁰⁸; sistema libre, con título profesional de abogado, pero con previa superación de un examen o un curso, como ocurre en los países centroamericanos (Guatemala, Costa Rica, Honduras, entre otros).

El notariado se configura como una profesión liberal más, en la que cualquiera abogado puede ingresar a su ejercicio, una vez que cumpla los requerimientos legales¹⁴⁰⁹; o como función pública, cuando el número es cerrado. En nuestro ordenamiento jurídico, el número de vacantes notariales es cerrado, de acuerdo con la postura de la Unión Internacional del Notariado, cuya finalidad es garantizar la calidad e idoneidad del servicio, dentro del marco de la ética y la ley, máxime cuando un sistema abierto no podría ser objeto de eficientes mecanismos de vigilancia e inspección. El art. 5 LN dice que el número de notarios se establece bajo las siguientes reglas: i) Una provincia con cincuenta mil habitantes, tiene por lo menos dos notarios; ii) Por cada cincuenta mil habitantes adicionales, entonces la provincia cuenta con un notario más; agregándosele un nuevo criterio: “*en función a la magnitud de la actividad económica o tráfico comercial de la provincia*” (incorporado por D. L. 1232). La coexistencia de un criterio fijo (número de habitantes) y otro variable (magnitud de la actividad económica en el lugar) conlleva la grave dificultad de aplicar uno u otro, en tanto ambos se inspiran en criterios no compatibles; por tanto, la única forma de hacer operativa la norma es jerarquizar o graduar ambos parámetros, lo que privilegia el criterio fijo, que regía exclusivamente hasta antes del D. L. 1232, pues, “*no se puede reducir el número de las plazas existentes*” (art. 5.2 modificado). En consecuencia, habrá dos notarios por cada 50,000 habitantes, y uno adicional por cada 50,000 habitantes que se sumen, pero este agregado busca salvar la constitucionalidad de la disposición frente a una discutible sentencia del Tribunal Constitucional, sobre este punto.

1408 Gattari, C. (2004), pp. 322-323.

1409 En alguno de esos países (Guatemala, como paradigma negativo), la gran cantidad de notarios ha producido un grave problema social de falsificaciones y fraudes que se origina desde la propia función notarial. Una situación insólita, pero que se explica por un número exagerado de notarios que hace insostenible su ejercicio, por lo que la falta de ingresos se compensa con la incursión delictiva.

En efecto, el Tribunal había interpretado que el art. 5 LN, previo a la reforma, debía entenderse en el sentido que el término “habitante” debía referirse a “ciudadano” (STC N° 00006-2013-PI/TC, de fecha 24.05.2014), lo cual significa que habrá dos notarios por cada 50,000 personas mayores de 18 años, con lo cual, y de un plumazo, se disminuye el número de notarios que prestan el servicio, por lo que se beneficia al reducido colectivo notarial, en desmedro de la sociedad. En el Perú, por ejemplo, existen 500 notarios, mientras en Argentina, con el doble de población, existen seis veces más notarios, aproximadamente 3,000. Por lo demás, el fundamento del Tribunal, compartido por el gremio notarial, se centra en que los requirentes del servicio notarial son ciudadanos, y no menores de edad. El argumento es una falacia, pues la variable “habitante” tiene connotación objetiva, con lo que se facilita la determinación de las plazas notariales, sin que ello implique una cuestión absurda, pues, por promedio estadístico, los 50,000 habitantes significan lo mismo que 30,000 o 20,000 ciudadanos, por tanto, el parámetro objetivo resulta mejor que cualquier otro criterio subjetivo que se presta a interminables discusiones que frustran la convocatoria a nuevas plazas.

Por tanto, la reforma del art. 5, por virtud del D.L. 1232, que introduce el criterio de la “magnitud económica” se justifica exclusivamente como una salida de circunstancias para dejar sin efecto la decisión del Tribunal Constitucional, que, al referirse a una disposición ya superada, de forma y de fondo, entonces hace que la jurisprudencia no sea aplicable al nuevo enunciado normativo. En efecto, si el problema es que los menores no contratan, entonces el tema se salva con la introducción del criterio vinculado al “tráfico contractual” de la provincia. Sin embargo, como la misma norma establece que se encuentra prohibido reducir las plazas existentes, entonces la conclusión es que se mantiene el número actual de notarios.

1.2. Concurso público de méritos

En el caso peruano, el ingreso al notariado se efectúa por concurso público de méritos ante jurado. Actualmente, los concursos son exclusivamente “abiertos”, es decir, pueden presentarse abogados o notarios en ejercicio, indistintamente. La Ley 28580 (publicada: 12.07.2005) eliminó los concursos cerrados, en los que solo participaban notarios, y que se convocaban una vez por cada diez vacantes. La vigente ley del notariado ratifica la eliminación de los concursos cerrados, bajo la falsa premisa de que atentan

contra la igualdad, pero en la carrera funcional no es extraño que los miembros de ella puedan ascender mediante mecanismos internos, aprovechando su experiencia, máxime cuando el porcentaje asignado a tal criterio solo alcanzaba el 10%.

En concreto, el concurso de acceso se rige fundamentalmente por LN y su reglamento (D.S. 015-2008-JUS). Sin embargo, en forma excepcional, la Ley 29933 (1° y 2° DC) autorizó por única vez que el Ministerio de Justicia convoque a concurso público nacional de méritos en el que se determinaría la creación de nuevas plazas¹⁴¹⁰, y que que en gran parte se llevó a cabo entre los años 2013 y 2014, salvo algunas jurisdicciones en las se suspendió provisionalmente por cuestionables procesos de amparo, como el caso de La Libertad y el Callao. Por su parte, el D.L. 1232, que incorpora 16° DCTF-LN ha dejado sin efecto la vigencia de la 7° DCT-Ley 29933, con lo cual readquiere pleno vigor el art. 9 LN, ahora modificado por el D. L. 1232; empero, los concursos pendientes de la 1° y 2° DCT-Ley 29933 debieron culminarse¹⁴¹¹.

1.2.1. Convocatoria

La convocatoria a concurso público, en caso de plaza vacante o plaza creada, la realiza el Colegio de Notarios por propia iniciativa en el plazo no mayor de sesenta días calendarios luego de conocido el hecho de la vacancia o de la creación de plaza. En caso de plaza vacante, el plazo de convocatoria se computa desde la resolución firme de cese del notario. No obstante, en caso de renuencia del Colegio respectivo, entonces el Consejo del Notariado requerirá la convocatoria al Colegio para que en el plazo de treinta días calendarios cumpla con hacerlo, bajo responsabilidad de la junta directiva. Vencido ese plazo, el Consejo puede convocarlo directamente; y si

1410 El procedimiento estuvo a cargo de un Jurado Calificador Especial conformado por: a) El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, o su representante, quien lo presidirá y tiene voto dirimente; b) El Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú; c) El Presidente del Consejo del Notariado o su representante; d) El representante de la Asamblea Nacional de Rectores; e) El Fiscal de la Nación o su representante.

1411 16° DCTF-LN, incorporado por D. L. 1232, 2° párrafo: "La convocatoria a concursos públicos de méritos para el ingreso a la función notarial se realizará únicamente para las plazas notariales que no se encuentren comprendidas dentro de los alcances de la segunda disposición complementaria transitoria hasta que se declare concluido el concurso público nacional de méritos para el ingreso a la función notarial".

no lo hiciera en el plazo de quince días, lo hará el Ministro de Justicia y Derechos Humanos (art. 9 LN, modificado por D. L. 1232). La nueva norma es prácticamente idéntica a la versión anterior (art. 9 LN, modificado por D. L. 29933), salvo reformas cosméticas. En todo caso, es hasta risible que una ley se ponga en la hipótesis que los órganos públicos no cumplan su función, y deba remitir el tema en cascada, pues, lo hace el Colegio, si no, y previo requerimiento, el Consejo; si no, el Ministro.

1.2.2. Postulantes

Los postulantes al cargo de notario deben cumplir los siguientes requisitos (art. 10 LN, modificado por D. L. 1232):

- Ser peruano de nacimiento¹⁴¹²;
- Ser abogado, con una antigüedad no menor de cinco años¹⁴¹³;
- Tener capacidad de ejercicio de sus derechos civiles;
- La antigua “conducta moral intachable”, luego del D.L. 1232 pasa a convertirse en el deber de: “conducirse y orientar su conducta personal y profesional hacia los principios y deberes éticos de respeto; probidad, veracidad, transparencia, honestidad, responsabilidad, autenticidad, respeto a las personas y al ordenamiento jurídico”¹⁴¹⁴;
- No haber sido destituido de la función pública por resolución administrativa firme (novedad del D. L. 1232);
- No haber sido condenado por delito doloso;
- Estar física y mentalmente apto para el cargo;

1412 Por lo menos cabe debatir si tal restricción es razonable en el mundo globalizado, pues se conocen excelentes juristas nacidos en el extranjero, pero afincados en el Perú, con título profesional revalidado, los que podrían ejercer la función notarial con gran calidad. La Unión Internacional del Notariado debería propender para que estas restricciones se eliminen en todos los países con notariado latino.

1413 Por la importancia de la función notarial, el plazo del ejercicio profesional debió homologarse con el de juez superior: diez años.

1414 La modificación es correcta, pues el término “conducta moral intachable” alude a una concepción de moralidad absolutista, impuesta por un grupo, que es incompatible con la democracia y el Estado Constitucional de Derecho. Por el contrario, el nuevo deber legal se vuelve propiamente jurídico, en tanto se imponen parámetros más o menos medibles, que pueden tipificarse a través del catálogo de sanciones.

- Haber aprobado el examen psicológico ante institución designada por el Consejo del Notariado, en el que se evaluarán los rasgos de personalidad, valores del postulante y funciones intelectuales requeridas para la función notarial

El D. L. 1232 ha introducido un último párrafo en el art. 10 LN: “Si durante el proceso del concurso se advierte la pérdida de alguno de los requisitos mencionados, el postulante quedará eliminado del proceso. El acuerdo del Jurado Calificador en este aspecto es irrecurrible”, con lo cual se otorga flexibilidad al jurado para eliminar a los postulantes que, durante el concurso, pierdan las calidades habilitantes, lo que está plenamente justificado, pues lo contrario implicaría nombrar al candidato como notario, y luego cesarlo o destituirlo.

Por último: “El postulante aprobado solo puede acceder a una plaza en el distrito notarial al que postuló, en el marco del mismo concurso” (art. 9 LN in fine, introducido por el D. L. 1232), por lo cual, ya no cabe la posibilidad de obtener una plaza distinta a la postulada, como una especie de “premio consuelo”, que solo logra que el nuevo notario, desde un inicio, esté planeando su rotación o cambio a la plaza que aspiraba originariamente, por lo que se tiene un notario que no está comprometido con su localidad, pues aceptó el cargo con el lema: “peor es nada”.

1.2.3. Jurado Calificador

El Jurado para los concursos públicos se conforma de cinco miembros (art. 11 LN, modificado por D. L. 1232):

- a) Presidente del Consejo del Notariado o su representante, quien lo preside (novedad del D. L. 1232, que se inspira en la Ley 29933¹⁴¹⁵);
- b) Representante del Ministro de Justicia y Derechos Humanos (novedad del D. L. 1232, que se inspira en la Ley 29933¹⁴¹⁶);

1415 La novedad se encuentra en que la anterior redacción de la norma se imponía al representante del Consejo, pero ahora la nominación recae directamente en el Presidente o su representante, y ya no el designado por el Colegiado.

1416 Un miembro designado por el Ministro de Justicia genera un claro peligro de interferencia política, por tanto, ha debido exigirse requisitos estrictos al nombrado, y no como ahora,

- c) Decano del Colegio de Notarios del Distrito para el que se convoca el concurso¹⁴¹⁷;
- d) Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú o su representante¹⁴¹⁸;
- e) Decano del Colegio de Abogados de la localidad donde se ubica la plaza notarial, o su representante, quien no podrá ostentar el título de notario¹⁴¹⁹.

El quórum para la instalación y funcionamiento del jurado es de tres miembros, lo que es coherente con la mayoría calificada (mitad más uno del total o número entero superior a la mitad) que se requiere para la actuación de cualquier órgano colegiado (art. 11 LN, modificado por D. L. 1232, pero que no es novedad). Por último, “en los colegios de notarios dentro de cuya jurisdicción exista más de un colegio de abogados, su representante ante el

que puede ser cualquier persona, normalmente solo con un título de abogado, que por supuesto difícilmente podrá oponerse a la voluntad del político de turno.

- 1417 La norma actual elimina el agregado que contenía la versión original del art. 10 LN: “el que haga sus veces”, lo que daba entrada al vice-decano, por lo que ahora solo podría intervenir el decano, y no otra persona que lo reemplace en el cargo. Esta situación genera problemas prácticos, pues el decano podría encontrarse enfermo, de viaje o atendiendo otros asuntos urgentes que imposibiliten su participación, especialmente en el acto decisivo del examen oral. El reglamento, por cuestión de pura lógica, podría suplir el error cometido en el D. L. 1232. En caso contrario, el jurado sesionará con un miembro menos, como ha ocurrido en el pasado, pero por decisión voluntaria, “al encontrarse en contra del concurso”. Sobre el particular, vale mencionar que los deberes legales no pueden incumplirse por “cuestión de principios”, o peor, para quedar bien con los colegas o para dificultar el nombramiento de más notarios. En tal caso, un decano renuente con sus obligaciones tiene que ser sancionado luego del procedimiento disciplinario respectivo.
- 1418 En este caso, a diferencia del decano del Colegio de Notarios, sí se permite la intervención de representante, lo que probablemente se debe a dos motivos: i) el Presidente de la Junta puede no residir en el lugar del concurso; ii) el Presidente de la Junta es decano de alguna circunscripción, por lo que podría darse el problema de que la misma persona ocupe los dos asientos en el jurado, en cuyo caso, necesariamente tendrá que nominarse a un representante.
- 1419 La precisión del D. L. 1232 es importante, pues amplía la posibilidad del decano para nombrar su representante, quien no necesita ser parte de la junta directiva, y que es designado en forma directa por el decano. Asimismo, se establece que el representante no sea notario, con lo cual se evita que el concurso prácticamente esté dirigido por los notarios, en tanto contarían con tres votos en el jurado.

jurado calificador será nombrado por el colegio de abogados más antiguo” (art. 11 LN, modificado por D. L. 1232, pero que no es novedad).

1.2.4. Etapas

Las etapas del concurso son las de calificación del curriculum vitae, examen escrito y examen oral público (art. 6 LN, que mantiene su versión original). Los resultados de cada etapa de la evaluación son eliminatorios e irreversibles, debiendo obtenerse en cada una de ellas el puntaje de 14 sobre 20. Excepcionalmente, el Consejo del Notariado puede rebajar la nota mínima a 12, de acuerdo con los factores y características socioeconómicas de la zona que corresponda al distrito notarial. Los pesos de cada etapa de evaluación son los siguientes: calificación de curriculum vitae, peso 1; examen escrito, peso 2; examen oral, peso 1 (art. 21 D.S. 015-2008-JUS).

La calificación del currículum vitae se realiza previa verificación de los documentos aportados por el postulante, y de acuerdo con la Tabla que aparece en el anexo del D.S. N° 015-2008-JUS.

En cuanto al examen escrito las disciplinas jurídicas sobre las que versa son: Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Notarial, Derecho Registral, Derecho Comercial, Derecho Tributario, Derecho Procesal Civil, Derecho Minero, Derecho Administrativo y Derecho Penal (Balotario aprobado por Resolución Ministerial N° 311-2008-JUS). El Consejo del Notariado designará una institución especializada y de prestigio para la elaboración del examen mediante un banco de preguntas que permita la selección aleatoria el día mismo del examen. Por tanto, una vez culminado el ingreso de los postulantes, el jurado dispondrá la selección azarosa de las preguntas, y la inmediata emisión, impresión y entrega del examen (art. 20 D.S. N° 015-2008-JUS).

La tercera fase, consistente en el examen oral, se realiza en acto público, y el concursante desarrolla el tema que le sea designado por sorteo entre las distintas disciplinas jurídicas del balotario. Adicionalmente, el examen oral comprenderá preguntas sobre su trayectoria personal, cultura general y principios éticos (art. 22 D.S. N° 015-2008-JUS). La calificación del examen oral se descompone en la nota de evaluación académica (máximo 15 puntos) y en la nota de preguntas generales (máximo 5 puntos).

Concluido el examen oral, el Jurado establecerá el promedio final de acuerdo con las notas obtenidas en cada una de las etapas del concurso; de

lo que se dejará constancia en el acta de proclamación. El postulante que haya obtenido la mayor nota escogerá en primer lugar la plaza de su preferencia, y así sucesivamente, hasta cubrir todas las plazas convocadas. Para este efecto, los postulantes deberán permanecer en el lugar en el que se realizó el examen oral hasta la difusión del orden de méritos, en caso contrario, será descalificado (art. 24 D.S. N° 015-2008-JUS).

El proceso del concurso termina con la proclamación de ganadores y/o declaración de plazas desiertas. El secretario del Jurado comunica los resultados al Consejo del Notariado para que se inicie el trámite de expedición de las resoluciones ministeriales. El título de notario es suscrito por el Ministro de Justicia y por el Presidente del Consejo del Notariado (art. 25 D.S. N° 015-2008-JUS).

1.3. Posesión del cargo

El notario, para el ejercicio de la función, no solo requiere el título oficial, sino, también la incorporación en el Colegio de Notarios respectivo dentro de los treinta días de expedido el título, previo juramento o promesa de honor ante la junta directiva, empero, el plazo es prorrogable por otros treinta días más (art. 13 LN)¹⁴²⁰. La colegiación forzosa obligatoria es uno de los principios que propugna la Unión Internacional del Notariado, con el fin de que se ejerza debidamente el gobierno y fiscalización del notariado. En caso de que el notario no se incorpore dentro del plazo señalado, entonces el Colegio Notarial declara el cese de dicha plaza, y comunica ese hecho al Consejo del Notariado con el fin de que expida la resolución ministerial de cancelación del título (art. 21 LN). En realidad, la falta de incorporación en un Colegio determina que el notario nunca haya tomado posesión del cargo, por lo que, en lugar de declarar su cese, debió resolverse el tema mediante la declaración de plaza desierta.

El notario, ya en posesión, deberá iniciar el ejercicio de su función dentro de los 30 días siguientes a su incorporación, prorrogables a su solicitud por única vez, por igual término (art. 15 LN).

¹⁴²⁰ La Ley 16607, dictada durante el primer gobierno del Presidente Fernando Belaúnde, estableció la colegiación obligatoria de los notarios en los Colegios que le correspondan, y que también fueron creados por virtud de dicha ley.

2. ESTATUTO LEGAL DEL NOTARIO

2.1. Competencia territorial del notario

Los Colegios de Notarios se distribuyen por los llamados “distritos notariales”, que en gran medida coinciden con los distritos judiciales tradicionales, vigentes con anterioridad a la ley del notariado aprobada en el año 1992 por virtud del D. Ley 26002, y que no se han actualizado, pues, en la actualidad, el notariado se encuentra desvinculado absolutamente del órgano jurisdiccional, lo que no ocurría en el pasado. Pues bien, los distritos notariales pueden comprender una sola provincia política, como es el caso de Lima; o varias provincias, como el Callao. El notario, sin embargo, ejerce su función en el ámbito de su provincia, y no en todo el distrito notarial, salvo que este coincida exactamente con una sola provincia.

El notario goza de fe pública dentro del territorio de la provincia a la que pertenece, empero, su oficina debe localizarse en el distrito político materia de su nombramiento (art. 4 LN). Vamos a poner un ejemplo para aclarar este tema: un notario se designa para el distrito de San Isidro, provincia de Lima. Ello significa que este notario cuenta con potestad de actuación en toda la provincia de Lima (competencia provincial), esto es, podrá realizar actas de presencia en Jesús María, entregar cartas notariales en Puente Piedra o apersonarse a extender un testamento en Pucusana; sin embargo, su oficina de localización solamente se ubicará dentro de los límites estrictos del distrito de San Isidro (localización distrital). En caso de que un notario cambiase la localización de su oficina a fin de ubicarse en otro distrito político, entonces incurriría en causal de cese por abandono del cargo (en el distrito que le corresponde). La razón de esta disposición es facilitar el acceso al público de la prestación del servicio notarial, de tal suerte que cualquier notario de la provincia tenga competencia de actuación en ese ámbito; sin embargo, la localización estricta de la oficina dentro de un distrito asegura que los usuarios cuenten con el servicio notarial. De no existir esta última prohibición, sería posible que el servicio notarial se concentrase en las zonas de mayor volumen contractual, con lo que quedaría sin servicio otras zonas.

En un principio, la competencia territorial del notario (provincia) era estricta, por lo que solo se admitía como excepción que la junta directiva del Colegio de Notarios pueda autorizar a un notario de otra provincia, pero del mismo distrito notarial, que autorice instrumentos públicos, en cada caso,

por vacancia o ausencia del notario de una provincia que se había quedado sin servicio. Es decir, el notario sustituto solo podía invadir la competencia ajena en forma excepcional, por un instrumento particular, y no por todo el oficio del notario sustituido. Este era el régimen del antiguo D. Ley 26002¹⁴²¹, y el que se mantuvo en el texto original de la vigente LN. No obstante, luego de distintas vicisitudes, y hasta sonados casos de dudosas autorizaciones para ejercer permanentemente en provincias distintas, la Ley 29933, publicada el 13.11.2012, contuvo una 5° DC, por la cual: *“El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en atención a las necesidades de la población, puede disponer los traslados temporales de notarios a nivel nacional, cuando existan plazas vacantes y hasta que sean cubiertas en virtud del concurso público nacional de méritos a que se refiere la disposición complementaria transitoria segunda de la presente ley, y en caso de que este sea declarado desierto, hasta que se cubran las plazas por los concursos públicos regulares”*. Esta norma permite que un notario se traslade temporalmente a otra jurisdicción, pero según su reglamento aprobado por D.S. 020-2012-JUS, el procedimiento depende de la total discrecionalidad del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien “formula invitación” al notario que pretende trasladar (art. 2-1), el que solo aceptará, obviamente, cuando la nueva plaza sea más rentable. Demás está decir que un procedimiento que se basa en puro voluntarismo es difícilmente compatible con el Estado Constitucional de Derecho. Por último, el D.L. 1232 introdujo la 15° DCTF-LN, por cuyo mérito, en lugar del Ministro de Justicia, ahora la atribución es conferida al Consejo del Notariado para que apruebe los traslados temporales de notarios a nivel nacional, sea cuando existan plazas vacantes hasta que se cubran en concurso público, sea que el concurso sea declarado desierto hasta que se cubran las plazas por concursos regulares. En el mismo sentido, el Consejo podrá dejar sin efecto el traslado temporal por razones de necesidad debidamente sustentadas. Esta norma, con su nuevo mandato, es incompatible con la 5° DC-Ley 29933, por lo que se entiende derogado. Por su parte, el D.S. 020-2012-JUS tendrá que interpretarse en concordancia con la nueva atribución otorgada al Consejo del Notariado.

Por su parte, la competencia territorial del notario, en el caso de escrituras públicas de disposición o gravamen de predios, cuenta con un variado

1421 El art. 29 de la Ley 26662 establece otra excepción en el procedimiento no contencioso de inventarios, en específico, cuando los bienes se ubiquen en diversas circunscripciones territoriales que excedan la competencia del notario.

conjunto de disposiciones, que ha sido estudiado en el acápite 3.5.5 del capítulo XII de la presente obra.

2.2. Deberes del notario

El notario se encuentra obligado a cumplir distintos deberes, entre los cuales, los tres primeros son de orden funcional, esto es, lo vinculan frente al cliente o usuario, mientras el cuarto es de orden corporativo, pues constituye una obligación dentro de la estructura del Colegio Notarial respectivo.

2.2.1. Prestación obligatoria del servicio

El notario, por la función que cumple, no cuenta con libertad de contratación, pues en la misma medida que cualquier servicio público, se debe garantizar la obligatoriedad de su prestación, sin posibilidad de discriminación o trato no-igualitario. Por tal razón, el art. 16-c LN señala claramente que el notario debe realizar el servicio a cuantas personas lo requieran, con las únicas excepciones que señala el Código de Ética del Notariado Peruano (D.S. 015-85-JUS), el cual autoriza la negativa cuando se trate de actos ilícitos o inmorales, cuando se le cause agravio personal o profesional, cuando haya discrepancia respecto de la calificación jurídica del acto, o cuando no se sufraguen los honorarios y gastos (art. 6). La LN (art. 19-d) indica que es un derecho del notario, negar su función en los casos antes descritos.

2.2.2. Continuidad del servicio

Si tenemos en cuenta que la función notarial es un servicio público en favor de la comunidad, entonces debe asegurarse su continuidad y regularidad, esto es, que la prestación se desarrolle ininterrumpidamente por un mínimo de horas y días a la semana que posibiliten el debido y cómodo acceso de los usuarios. El art. 16-a LN establece que el notario se encuentra obligado a abrir su oficina en el distrito de su localización, manteniendo la atención al público en no menos de siete horas diarias de lunes a viernes. Nada obsta para que la atención del servicio sea mayor al parámetro mínimo indicado por la ley.

2.2.3. Guardar secreto profesional

La doctrina distingue entre los “hechos secretos por naturaleza”, o conocidos en el ejercicio de la profesión, y los “hechos de confidencia”. En el primer grupo se encuentran los mismos actos notariados, los hechos con-

xos con ellos, previos o posteriores a la prestación del ministerio. El segundo grupo abarca la confidencia realizada por el usuario al notario, sea que se realice en forma verbal, sea con la entrega de documentos para la mejor preparación del instrumento o el mejor conocimiento de los hechos que se pretenden asegurar mediante la fe pública¹⁴²².

En nuestro país, el secreto profesional no abarca al mismo instrumento protocolar, pues este, a diferencia de otros ordenamientos, se encuentra sujeto al principio de libre acceso (art. 16-e LN). Por tal motivo, el secreto profesional se encuentra circunscrito, en nuestro caso, a las confidencias y documentos (por ejemplo: cartas) entregados por el usuario para la prestación del servicio, antes o después. El art. 4 del Código de Ética del Notariado Peruano (D.S. 015-85-JUS) dice lo siguiente: *“El secreto profesional constituye un deber y un derecho del notario. Es deber en relación con las personas que solicitan sus servicios profesionales, que subsisten aunque no se haya prestado el servicio o haya concluido tal prestación. Respecto a las autoridades es derecho que invocará ante la orden o petición de hacer declaraciones de cualquier naturaleza que afecten el secreto”*. Sin embargo, por razones de interés público, el notario se encuentra obligado a brindar diversa información por razón de la legislación anti-lavado de activos y lucha contra el terrorismo.

2.2.4. Deberes corporativos

El art. 16-f LN agrega que el notario está obligado a cumplir las directivas, resoluciones, requerimientos, comisiones y responsabilidades que el Consejo del Notariado y su propio Colegio le asignen. Sin embargo, esta no es una obligación profesional propia del ejercicio del cargo (frente a los usuarios), sino un deber corporativo de carácter interno. El Código de Ética del Notariado Latino (D.S. 015-85-JUS) contiene otras obligaciones del notario, pero que tampoco son del ámbito profesional, pues en realidad son deberes corporativos o, simplemente, presupuestos de la función notarial (art. 5). Entre los primeros se encuentra sufragar en las elecciones, votar en las reuniones institucionales, aceptar cargos directivos, etc. Entre los segundos se encuentra conocer el ordenamiento jurídico, estudiar en forma permanente, entre otros.

1422 Mustapich, J. (1955), T. II, p. 174.

2.3. Derechos del notario

Los derechos de la función notarial, que consagra la ley, son los siguientes:

2.3.1. Retribución por los servicios

En nuestro país, el arancel notarial rigió hasta el año 1997¹⁴²³, lo que, en su momento, significó que cada actuación del notario venía tarifada de acuerdo con la complejidad del asunto y la cuantía del negocio. Este sistema tenía la ventaja de hacer innecesaria la negociación previa para la fijación de la retribución, con lo cual se evitan situaciones indecorosas y discriminatorias. Sin embargo, no puede negarse que un sistema tarifado no tiene buena prensa entre los usuarios del servicio, quienes lo ven como un privilegio corporativo, y además resulta difícil justificarlo frente a las reglas de libre competencia en cuanto a la calidad y precio del servicio. En tal sentido, el art. 7° de la Ley 26741 (de enero de 1997) señala: *“La determinación de los precios de los servicios notariales se rigen por la libre competencia”*. Por tal motivo, el derecho del notario se centra en cobrar un honorario libremente establecido por los servicios que presta, pero en ningún caso esa retribución puede ser objeto de imposición corporativa, pues ello implicaría regresar al derogado sistema de la tarifa.

2.3.2. Inamovilidad en el cargo

El notario cuenta, como derecho propio de la función, la inamovilidad en el cargo, mientras mantenga las condiciones que habilitan su ejercicio. El principal argumento que se esgrime en favor de este derecho se encuentra en garantizar la independencia funcional, además, permite el arraigo y dedicación exclusiva a dicha función.

2.3.3. Vacaciones y licencias justificadas

La ley atribuye el derecho de vacaciones (treinta días al año) a favor del notario, a lo cual se suma la posibilidad de solicitar licencias por las causales de enfermedad, asistencia a certámenes jurídicos nacionales o internacionales y por otras razones debidamente justificadas. En tales casos, la oficina del notario es encargada a otro notario, previa autorización del Colegio respectivo. Esta situación, sin embargo, presenta los graves proble-

1423 Para los asuntos no contenciosos, nunca rigió el arancel notarial, pues la Ley 26662 (3° DC) dejó librado el honorario a la libre competencia.

mas de duplicar el trabajo a otro notario, quien, por tal motivo, se encuentra en el riesgo de no poder ejercer la función en forma personal. En nuestro país, no se encuentra prevista la posibilidad de que el propio notario, bajo su exclusiva responsabilidad, designe adscriptos o suplentes que ejerzan la función cuando él se encuentra de vacaciones o de licencia, o que el Colegio mantenga una lista de suplentes habilitados para reemplazo. Esa solución permitiría mantener la continuidad del servicio, sin afectar a los terceros, y es la que prepondera en el Derecho comparado.

2.3.4. Incorporación en su propia planilla

El notario no es trabajador dependiente, por tanto, resulta absurdo permitirle el derecho de incorporarse en su propia planilla (art. 19-b LN), pero todavía resulta más cuestionable que el Tribunal Constitucional haya eliminado la restricción consistente en que la remuneración que él mismo se asigne “no sea mayor al doble del trabajador mejor pagado” (este párrafo es anulado por la sentencia recaída en el Expediente N° 00009-2009-PI/TC, publicada en el diario oficial el 30.09.2010), bajo el falso argumento de que se viola la “libertad de contratación”, pues no puede haber contrato con uno mismo, en tanto el empleador sería el notario, y, el trabajador la misma persona. Por tanto, la actual norma notarial, retocada por el TC, otorga un privilegio fiscal, pues, la renta empresarial se pasa a renta personal, cuya tasa es menor, por lo menos dentro de algunos tramos.

2.4. Prohibiciones del notario

Durante el ejercicio de su función, el notario se encuentra sujeto a distintas prohibiciones (art. 17 LN), las que podemos agrupar de la siguiente manera:

2.4.1. Incompatibilidad con el ejercicio de una función pública

Si bien el notario no tiene el estatuto de funcionario público dependiente de la planilla estatal, sin embargo, no hay duda de que ejerce una potestad pública (dar fe) bajo vigilancia e inspección del Estado, aunque en un régimen especial de profesional privado. Esta circunstancia hace que se encuentre sujeto a incompatibilidades con el ejercicio de otras funciones públicas, tales como:

- a) Ser administrador, director, gerente, apoderado o tener representación de personas jurídicas de derecho público privado, en las que el Estado, Gobiernos Locales o Regionales tengan participación.
- b) Desempeñar labores o cargos dentro de la organización de los Poderes Públicos y del Gobierno Central, Regional o Local, sin contar en ello el ejercicio de la docencia; con excepción de los cargos elegidos mediante consulta popular o de Ministro o Vice-Ministro, para los que deberá solicitar la respectiva licencia. Asimismo, podrá ejercer los cargos de regidor y consejero regional sin necesidad de licencia. No obstante, y al margen de la literalidad de la norma, es menester señalar que el notario no puede renovar indefinidamente las licencias, pues ello implicaría un auténtico fraude a la ley. En efecto, si un notario es elegido congresista, entonces pide licencia por el periodo congresal (cinco años), con retención de la plaza notarial, sin ejercerla, por lo que esta no puede cubrirse, mientras que la sociedad sale perjudicada, pues el servicio de la fe pública es atendido por menos notarios. En otras palabras, el interés individual del notario, sustentado en su derecho a ser representante político, se enfrenta con el interés general de contar con un servicio público eficiente y oportuno. En tal situación, por aplicación del principio de razonabilidad, es lógico suponer que la licencia solo pueda reducirse a un periodo congresal, pues de esa manera se concilia el derecho de representación política con la necesidad de atender el servicio. Empero, si el congresista desea reelegirse, entonces debe renunciar a la función notarial, pues en caso contrario retendría una plaza por diez años, sin ejercicio efectivo, en agravio de la sociedad. ¿O es que acaso podríamos aceptar que un congresista-notario no ejerza el cargo de forma indefinida, y simplemente retenga el puesto hasta que la política lo jubile? Nótese que aquí no existe restricción al derecho fundamental de representación política, pero, en tal caso, no cabe acumular distintas funciones, por lo que debe cesar en una de ellas.

Por otro lado, un caso típico de función que no pertenece a la organización del Estado, por ser ad-honorem, aislada y temporal, lo constituye la pertenencia a Comisiones Legislativas, para la cual el notario no tiene prohibición alguna al encontrarse fuera de la hipótesis de esta norma.

En el caso que el notario incurra en alguna de estas prohibiciones, no se produce un cese automático, pero el infractor queda sujeto a un proceso disciplinario.

2.4.2. Incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía

El notario, si bien es un profesional del derecho, no puede ejercer como abogado patrocinante o letrado en causa judicial o administrativa, justamente para mantener la separación de funciones entre la defensa de parte, que es propia del abogado; y la actuación imparcial, característica típica e indeclinable del notariado. Sin embargo, esta prohibición de patrocinio tiene varias excepciones:

- a) Puede ejercer como abogado, incluso en el ámbito judicial, en causa propia o en interés de parientes cercanos (artículo 17-e LN).
- b) Puede ejercer la docencia, pues ello no implica patrocinio.
- c) Puede escribir obras jurídicas sin limitación alguna, pues la libertad de creación artística o científica es un derecho fundamental del ser humano.

2.4.3. Incompatibilidad por asunto determinado

El notario tiene la potestad de dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran, pero, en determinados casos se encuentra imposibilitado de actuar cuando la ley considera que en forma objetiva se halla en duda su imparcialidad. Por tal razón:

- a) El notario no puede autorizar instrumentos en los que se concedan derechos o impongan obligaciones a él, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, parientes consanguíneos o de afinidad dentro del cuarto y segundo grado, respectivamente.
- b) El notario no puede autorizar instrumentos de personas jurídicas en las que él, su cónyuge, o los parientes indicados en el acápite anterior participen en el capital o patrimonio; con excepción de las sociedades cotizadas; o de personas jurídicas en la que tenga la calidad de administrador, director, gerente, apoderado o representante.

El art. 22 LN agrega que el notario está prohibido de delegar total o parcialmente sus funciones (inciso h), pero en realidad esa situación no es una prohibición en el ejercicio notarial, sino la falta absoluta de su ejercicio, pues quien no tiene nombramiento oficial como notario carece de fe pública.

2.5. Cese del notario

2.5.1. Causales de cese

El notario cesa por las siguientes causales (art. 21 LN, modificado por D.L. 1232, art. 21-A, incorporado por D.L. 1232):

- a) Muerte: El Colegio de notarios, representado por su junta directiva, comunicará la causal de cese al Consejo del Notariado, con el fin que expida la resolución ministerial de cancelación del título.
- b) Renuncia. Según el reglamento (D.S. 010-2010-JUS), de muy dudosa vigencia, se deduce que la aceptación recién se produce con la resolución ministerial de cancelación del título, lo que contraviene la costumbre anterior, en cuanto se entendía que bastaba la resolución de aceptación de la junta directiva del Colegio. En todo caso, la renuncia se presenta al Colegio Notarial, quien la eleva al Consejo del Notariado a efecto de expedir la resolución ministerial de cancelación de título.
- c) Haber sido condenado por delito doloso mediante sentencia firme, independientemente de la naturaleza del fallo (reserva de fallo condenatorio) o la clase de pena que haya impuesto el órgano jurisdiccional (pena de multa, privativa de libertad suspendida, etc.). Esta causal se aplica incluso si la condena fue pronunciada antes del nombramiento como notario. Una vez producida esta circunstancia, el Colegio Notarial comunica el hecho al Consejo del Notariado para efecto de la expedición de la resolución ministerial de cancelación del título. Debe indicarse, asimismo, que el reglamento establece que el cese se produce solo cuando se trata de condena en delito perseguible por acción pública (art. 15), aunque su legalidad es dudosa porque hace una excepción no prevista en la ley, no obstante, es una disposición razonable¹⁴²⁴, aunque el mismo reglamento se entiende abrogado por una sentencia de acción popular.

1424 Por ejemplo, la ley argentina N° 9020 establece que están impedidos de ejercer el notariado quienes sufren condena por delito doloso siempre que este dé lugar a una acción pública. Por tanto, en el derecho notarial argentino, las querellas por injuria, difamación o calumnia, por ejemplo, no dan lugar al cese del notario. Igual situación se presentaría en todos los otros delitos perseguibles por obra del ofendido y en los cuales el legislador ha considerado que no se encuentra en juego el interés público.

- d) No incorporarse al Colegio en el plazo de treinta días contado desde la expedición del título, prorrogable por otros treinta, lo que implica que nunca se tomó posesión del cargo. El Colegio Notarial comunicará ese hecho al Consejo del Notariado, para efecto de expedir la resolución ministerial de cancelación del título.
- e) Abandono del cargo, por no haber iniciado el ejercicio de sus funciones dentro del plazo de treinta días, prorrogables por otros treinta, desde la incorporación que se produjo con el juramento ante la junta directiva del Colegio. La declaración de cese la hace la junta directiva. La segunda instancia es el Consejo del Notariado.
- f) Abandono sobrevenido del cargo, en caso de ser notario en ejercicio, luego de un plazo de treinta días (se supone, consecutivos, ya que en caso contrario no puede hablarse de “abandono”) de inasistencia injustificada al oficio. Aquí, en puridad, estamos en presencia de una falta que debería ventilarse en procedimiento disciplinario, sin embargo, el reglamento ha establecido un procedimiento simplificado especial (art. 15.2). La declaración de cese la hace la junta directiva, pero la resolución debe quedar firme. La segunda instancia es el Consejo del Notariado.
- g) Sanción de destitución, lo que implica la conclusión de un procedimiento disciplinario con resolución consentida o ejecutoriada en vía administrativa, que es inmediatamente ejecutable, aunque se interponga proceso contencioso-administrativo o amparo. La junta directiva comunica el hecho al Consejo del Notariado para la expedición de la resolución ministerial de cancelación del título, salvo que haya apelación, que resuelve el Consejo, en cuyo caso, este mismo órgano, sin intermediario, hace la comunicación en forma directa.
- h) Pérdida de alguna de las cualidades exigidas para acceder a la función, tales como cancelación del título de abogado, pérdida de la capacidad civil, no estar físicamente apto o no conducirse por principios y deberes éticos. Esta causal la declara la junta directiva del Colegio respectivo, dentro de los 60 días siguientes de conocida la causal. La segunda instancia es el Consejo del Notariado.
- i) Negarse a cumplir con el requerimiento del Consejo del Notariado a fin de acreditar su capacidad física y/o mental, ante la institución

pública que esta designe. Esta causal es declarada por resolución del Consejo del Notariado, contra la cual procede recurso de reconsideración. En la práctica, dicho órgano no ha ejercido tal atribución, lo que es lamentable.

- j) Por inhabilitación del Congreso de la República para el ejercicio de función pública, de conformidad con los artículos 99 y 100 de la Constitución. En tal caso, el cese surte efectos desde el día siguiente de la publicación de la resolución legislativa. Sin embargo, y solo para efectos formales, el Ministerio de Justicia declara el cese mediante la resolución respectiva. Esta causal se aplicó en su momento a un notario que había ejercido función parlamentaria, y por la cual fue inhabilitado.

En caso de cese en la función notarial, el Colegio de Notarios, con el conocimiento del Consejo del Notariado, y en el plazo de 30 días se encargará del cierre de los registros, solicitar la cancelación del título, nombrar al notario-administrador del acervo y comunicar al Consejo del Notariado. Para ello, se extiende a continuación del último instrumento de cada registro, un acta suscrita por el decano del Colegio al cual pertenezca el cesado. En caso de incumplimiento, el Consejo requerirá al Colegio para que en el plazo de 30 días cumpla con cerrar los registros, bajo responsabilidad de la junta directiva (art. 21-a LN, incorporada por D.L. 1232).

Los archivos del notario cesado serán administrados por el Colegio de Notarios respectivo, por el plazo de dos años contados desde el cese (art. 130-n LN), luego de lo cual estos pasarán al Archivo General de la Nación, o a los Archivos Departamentales, según sea el caso (Dec. Ley 19414, concordante con art. 21-a LN, incorporada por D.L. 1232). En caso de que el archivo del notario contenga títulos valores, minutas y demás instrumentos no protocolizados y/o pendientes que fueron entregados al cesado, serán devueltos al interesado bajo cargo (art. 15.5 reglamento, de precaria vigencia).

2.5.2. Procedimientos especiales de cese del notario, distintos del procedimiento disciplinario

El procedimiento disciplinario tiene como finalidad hacer valer la responsabilidad administrativa del notario por inobservancia de los deberes de su función, así como de las obligaciones corporativas (art. 144). Es decir, existe una cláusula general en la cual se dice que constituye infracción toda

conducta que signifique incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, reglamento, normas conexas, estatuto y decisiones dictadas por el Consejo del notariado y los Colegios de notarios respectivos. La tipificación precisa se contiene en los arts. 149-A, 149-B y 149-C, incorporados por el D.L. 1232, sin perjuicio de las faltas previstas en el reglamento.

En este mismo sentido, la ley reconoce que el procedimiento disciplinario debe respetar todos los derechos y garantías establecidos para los procedimientos administrativos, específicamente los de corte sancionador, con lo cual se asegura el derecho de defensa del notario (art. 148).

Nótese que el procedimiento disciplinario y los procedimientos especiales de cese versan sobre materia distinta y los órganos competentes también son diferentes. Así, el procedimiento disciplinario trata sobre infracciones en la actuación notarial; mientras el procedimiento de cese por alguna de las causantes justificativas de pérdida de la condición de notario. Por otra parte, en el procedimiento disciplinario la competencia en primera instancia es del Tribunal de Honor; mientras que, en los procedimientos especiales de cese, la competencia le corresponde a la junta directiva del Colegio respectivo, o en algún caso al propio Consejo del Notariado, en instancia única, o en otros, incluso, sin trámite, se comunica el hecho al Ministerio de Justicia, conforme se verá enseguida.

a) Procedimiento especial de cese por pérdida de cualidades de acceso, abandono por no haber iniciado sus funciones o abandono sobrevenido

El procedimiento de cese previsto en el segundo párrafo del art. 21-A LN, incorporada por D.L. 1232, cuya competencia en primera instancia corresponde a la junta directiva del Colegio (art. 21-h, modificada por D.L. 1232), y del Consejo del Notario en fase de impugnación (art. 15 D.S. 005-94-JUS), se refiere a la causal de pérdida de las cualidades de acceso al notariado, entre las que se incluye la inobservancia de los principios y deberes éticos (art. 10-d LN, modificado por D.L. 1232), pero también se aplica en el abandono por no haber iniciado funciones o el abandono sobrevenido (art. 20 incisos e - f LN). El trámite previsto en el art. 15.2 del reglamento establece que una vez conocidos los hechos que constituyen la causal de cese, sea de oficio o por instancia, la junta directiva notifica al notario cuestionado

para que formule su descargo en el plazo de 10 días hábiles. Con descargo o sin él, la junta procede a resolver en primera instancia. Esta decisión es apelable, en plazo que no se indica, pero que se supone es de 15 días hábiles por virtud de las normas generales. El Consejo del notariado resuelve en última instancia administrativa. Nótese que se trata de un procedimiento sumario, distinto del de carácter disciplinario por falta o infracción, sin embargo, el reglamento está cuestionado en su validez. Por tal motivo, los órganos de decisión tendrán que aplicar las normas generales del procedimiento administrativo.

El notario es sinónimo de “certeza” y “verdad”, por lo que las legislaciones han establecido, entre otros, el requisito de contar con una conducta moral intachable, o como dice ahora la ley: “Conducirse y orientar su conducta personal y profesional hacia los principios y deberes éticos de respeto, probidad, veracidad, transparencia, honestidad, responsabilidad, autenticidad, respeto a las personas y al ordenamiento jurídico” (art. 10-d LN, modificado por D.L. 1232). Por ello, normalmente se entiende que la condena penal, como causal de cese en la función notarial, se vincula con la pérdida de uno de los requisitos habilitantes para el ejercicio del notariado, cuál es, la conducta moral del sujeto protagonista de la fe pública¹⁴²⁵. Así, se dice que un notario tachado por la comisión de un delito no puede gozar de la estima ciudadana y automáticamente queda manchado en su honor y reputación, por lo que pierde la condición de moralidad que subyace necesariamente en el ejercicio de la función notarial. Sin embargo, en nuestro país, la ley considera que ambas son hipótesis distintas de cese, es decir, por un lado, está la condena por delito doloso (art. 21-c), y, por otro, no conducirse de acuerdo con los principios y deberes éticos (art. 21°-h).

Por tal razón, se hace necesario deslindar cuales son los casos que se subsumen dentro de la situación de “inobservancia de principios deberes éticos”.

Sobre el particular, debe indicarse, en primer lugar, que la moral individual es aquella propia del sujeto, sin correlato con los demás, por lo cual está vinculada con la libertad de pensamiento, la forma de vida, la intimidad familiar. Es evidente, pues, que la moralidad “individual” no trasciende al ámbito social, por lo que el Estado carece de legitimidad para arrogarse una

1425 Por ejemplo: Mustapich, J. (1955), T. II, p. 163; Gattari, C. (2004), p. 326.

dictadura sobre la vida privada¹⁴²⁶. Sin embargo, esta afirmación no puede llevar al extremo de rechazar la denominada “conducta ética” del notario, esto es, aquella que subyace en su comportamiento externo ante el mundo social y que tiene repercusión en su actividad profesional. Esta puede denominarse “ética social”, trasladable al mundo jurídico siempre que esté tipificada, y no exceda el ámbito propio de autonomía y dignidad del hombre que se encuentran cobijados bajo el manto del derecho al “libre desarrollo de la personalidad”. Distinta de ella, aunque vinculada, se encuentra la “ética profesional o deontológica”, referida a los deberes de lealtad, diligencia, buena fe, corrección, equidad, respeto por los derechos fundamentales que el notario debe cumplir en ejercicio de su correcta función, y con el objetivo de concretar los valores de la sociedad. Nótese que la ética profesional es un concepto estándar, relativamente indeterminado, en el que se da cobijo a los deberes genéricos de buena actuación notarial, casi son los principios que inspiran al “buen padre de familia”, pero en este ámbito serían al “notario ordenado y correcto”.

Por tanto, hay que distinguir entre la “moral individual”, excluida del Derecho porque este no puede ser una prisión para la autonomía personal de los sujetos; la “moral social”, propia de la vida en relación, que influye externamente, pero que requiere tipificación proporcional y razonable para efecto de imponer sanciones, pues existe el riesgo de invadir el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad; y la “moral profesional”, referida a los deberes genéricos para una adecuada actividad notarial. Por tal motivo, la “inobservancia de deberes éticos” no puede identificarse con el incumplimiento

1426 Uno de los fundamentos para eliminar la moralidad individual como “espada de damocles” para imponer sanciones arbitrarias, es, precisamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que el Tribunal desaprovecha en invocar cuando en este caso sí habría sido pertinente. Recuérdese que este derecho, consagrado en el art. 2-1º de la Constitución de 1993, garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, se trata de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo reconocimiento y ejercicio se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una sociedad de seres libres (STC N° 02868-2008-AA/TC, c. 14). Por tal motivo, no se aceptan las interferencias del Estado o de los particulares sobre ese ámbito de libertad (STC N° 05527-2008-PHC/TC, c. 21). Ello exige respeto a la moral individual de cada sujeto, y obviamente eso impide que se le pueda sancionar por una conducta interna que no es del gusto de la mayoría.

miento de los deberes funcionales del notario, pues en ese caso no habría forma de distinguir la infracción, con aplicación del procedimiento disciplinario, con respecto a los casos de ausencia de moral, con aplicación del procedimiento de cese. En consecuencia, un notario que actúa negligentemente en el ejercicio de su función, o que incumple alguna de las exigencias de garantía documental impuestas por la ley, o que simplemente certifica un hecho falso, comete una infracción legal que lo somete al procedimiento disciplinario. En tal caso la moralidad no está en juego, sino el incumplimiento de las reglas del “buen hacer” en la actividad jurídico-notarial. Otro fundamento que abona en esta hipótesis es que los “principios y deberes éticos” se refieren a la situación general de una persona o individuo dentro del ámbito de su comportamiento en la sociedad; lo cual no se identifica con las infracciones notariales que solo se cometen dentro del marco estricto y delimitado de la actuación notarial. En otras palabras, la conducta moral califica el accionar de cualquier persona; mientras la infracción califica el accionar del notario.

Por tanto, queda subsistente la pregunta: ¿cuáles son los casos en los que podría sostenerse que se inobserva los principios y deberes éticos? En nuestra opinión, la función pública del notariado no puede mezclarse con la moralidad individual, esto es, con la vida privada, la intimidad, las convicciones íntimas, las preferencias personales, los gustos o deseos, etc. El Estado Constitucional de Derecho no impone una forma de vida, ni una moralidad particular, ni que el grupo mayoritario exija que se cumpla “su moral”. Nada de eso. En el régimen actual de derechos fundamentales, el hombre puede vivir su libertad con plenitud, sin ataduras, sin morales religiosas o sociales que vinculen a quienes no desean vivir según esos dictados. Justamente la Constitución asegura que el hombre pueda disponer de su vida, de su libertad, de su persona, pues todo ello implica respetar su dignidad como ser único e irremplazable. Por tanto, no puede aceptarse en un Estado Constitucional que la ley se entrometa en la vida privada o íntima de los individuos, en ningún caso. No hay razón alguna para que este principio fundamental de la modernidad se quiebre en el caso de los notarios. En consecuencia, sería evidentemente inconstitucional que una ley o un reglamento notarial imponga que el sujeto protagonista de la fe pública deba comportarse según la “moral de la mayoría” o de la “moral religiosa”. La libertad como derecho

pleno de realización impone descartar esa actitud de injerencia excesiva en la vida privada. Los “principios y deberes éticos” no pueden referirse a la vida privada, ni a la forma de ser y actuar de un individuo en sus relaciones personales y familiares. La norma, entonces, debe interpretarse en forma restrictiva, de tal suerte que se evite intromisiones ilegítimas del Estado en la vida personal y familiar, en donde el notario no puede ser una excepción. Por tanto, solo puede referirse a hipótesis concretas y objetivas en las cuales la actuación personal del notario repercute socialmente en forma grave y continuada, siempre que con ello se afecte el valor supremo del notario: su credibilidad como sujeto portador de verdad. Solo en los limitados casos en los que las acciones tengan repercusión social, de índole grave y continuada, y que afecte irreparablemente a la credibilidad, entonces puede decirse que se ha producido una pérdida de la condición de moralidad, siempre que esta se encuentre debidamente tipificada como deber específico. Pero no más allá de eso, pues el Estado Constitucional garantiza la libertad y excluye las medidas represoras y discriminatorias.

La STC N° 00009-2009-PI/TC ha establecido que admitir sanciones por conductas no acordes a la moral intachable “incide(n) directamente en el ejercicio de derechos fundamentales como es la libertad de trabajo o libre desarrollo de la personalidad, por lo que también le son exigibles las garantías que contienen los principios de legalidad y seguridad jurídica (...) no se pueden restringir los derechos de los notarios mediante la aplicación de medidas cautelares cuyo supuesto de aplicación es excesivamente genérico y abierto (‘conducta moral intachable’). Si el legislador pretende restringir los derechos fundamentales de los notarios frente a ‘conductas inmorales’, debe especificar de modo claro y concreto cuáles son esas conductas, de modo tal que, conociéndose anticipadamente qué conductas son prohibidas, dichos profesionales no pueden eximirse de su escrupulosa observancia” (c. 31). Por tal motivo, se declaró inconstitucional el sentido interpretativo del art. 22 LN que permite suspender provisionalmente al notario sin tipificación previa y específica, lo que aún no se ha producido, por tanto, si no es posible la cautelar, con mayor razón, no será aceptable el cese de la función sin fijación específica de las conductas infractoras.

Mientras falte la respectiva tipificación, entonces la norma no podrá aplicarse.

b) Procedimiento especial de cese por muerte, renuncia, condena penal y por no haberse incorporado al Colegio

Un procedimiento especial de cese automático ocurre cuando simplemente se comprueba el hecho constitutivo del cese, sin necesidad de más trámite, y se procede en consecuencia (art. 21-A LN, incorporado por D.L. 1232, primer párrafo), esto es, se comunica el hecho al Consejo del Notariado con el fin que se gestione la resolución ministerial de cancelación de título. Es el caso de cese por muerte, renuncia, condena penal mediante sentencia firme por delito doloso, incluso por hecho anterior a su nombramiento, y por no haberse incorporado al Colegio de notarios dentro del plazo de 30 días de expedido el título, prorrogable por 30 días más.

En estos casos no hay procedimiento alguno, con la salvedad de que si se tratase de cese por renuncia, entonces el notario presentará su carta al Colegio respectivo, quien comunicará este hecho al Consejo del Notariado para gestionar la resolución ministerial (art. 15.1 reglamento), y si bien la indicada norma probablemente carece de validez, sin embargo, el respectivo órgano tendrá que aplicar esas mismas disposiciones u otras parecidas, por cuanto “no cabe negar la decisión por defecto o deficiencia de la ley”.

c) Procedimiento especial de cese por negarse a acreditar su capacidad

La negativa del notario a cumplir con el requerimiento del Consejo del Notariado a fin de acreditar su capacidad física y/o mental ante la institución pública que se designe, es causal de cese, la cual se declara en forma directa por resolución del Consejo, contra la que procede recurso de reconsideración (art. 21-i LN, modificado por D.L. 1232). El cese se produce cuando la resolución queda firme (art. 21-A LN, incorporado por D.L. 1232). El art. 15.3 del reglamento establece que luego del requerimiento, el notario debe acreditar capacidad física y mental, sometiéndose a examen médico, que incluirá un examen toxicológico, ante la institución designada por el Consejo del notariado. De no asistir a este requerimiento, el notario será notificado por segunda vez. De reiterar la inasistencia se presumirá su negativa, ante lo cual el Consejo emitirá la resolución de cese. Si bien la indicada norma probablemente carece de validez, sin embargo, el respectivo órgano tendrá que aplicar esas mismas disposiciones u otras parecidas del TUO Ley 27444.

d) Procedimiento especial de cese por inhabilitación

La inhabilitación para el ejercicio de la función pública impuesta por el Congreso de la República de conformidad con los artículos 99 y 100 de la Constitución, constituye causal automática de cese (art. 21-j LN, modificada por D.L. 1232). El cese surte efectos de modo automático desde el día siguiente de la publicación de la resolución legislativa en el diario oficial (art. 21-A LN, incorporado por D.L. 1232).

No obstante, pese al cese automático, el Consejo del Notariado comunicará al Ministerio de Justicia, acompañando la respectiva publicación, para efecto de emisión de la resolución ministerial correspondiente (art. 15.4 reglamento). Por las mismas razones ya expuestas, el respectivo órgano tendría que aplicar la misma o similar norma, basándose en los principios generales del derecho o el TUO Ley 27444.

3. ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO

3.1. Finalidad

La organización del notariado tiene como finalidad la atención de asuntos gremiales y corporativos, así como la vigilancia e inspección en el ejercicio de la función. Para tal efecto, se han instituido los Colegios de Notarios por determinada circunscripción (análoga a los distritos judiciales) y el Consejo del Notariado, órgano dependiente del Ministerio de Justicia. Así, pues, el notariado, en su calidad de servicio público en beneficio de la seguridad jurídica de la comunidad, no puede quedar librado a la buena fe de cada notario individual, y por ello la ley establece un complejo sistema de organización que atienda los requerimientos de desarrollo corporativo y de vigilancia de la relevante función social que cumple.

3.2. Colegiación obligatoria

El notario solo puede ejercer la función luego de la colegiación forzosa en el Colegio que le corresponda (art. 13 LN). La idea es someter al notario a la potestad de un órgano superior a él, que pueda decidir sobre la correcta marcha del notariado, y asimismo goce de los beneficios de la corporación gremial. Dentro de este contexto, se considera “distrito notarial”, la demarcación territorial de la República en la que ejerce jurisdicción un Colegio

de Notarios (art. 127 LN). Estas demarcaciones territoriales coinciden, normalmente, con aquellas que corresponden a los distritos judiciales del Poder Judicial. El origen de esta identidad geográfica se encuentra en que, por tradición histórica, el notariado era objeto de vigilancia por parte del Poder Judicial, por lo que resultaba necesario que existiera coincidencia territorial entre el fiscalizador y el fiscalizado. Actualmente, ello no ocurre así, pues el Poder Judicial y el notariado se han separado en forma absoluta (desde el D. Ley 22634 de 1979, y conservado así por la actual ley del notariado), pero la tradición de los “distritos notariales” subsiste, tal como fueron configurados.

3.3. Colegios de Notarios

Los Colegios de Notarios, que se instituyen en cada distrito notarial, son personas jurídicas de derecho público (art. 129 LN, modificado por D.L. 1232), “cuyo funcionamiento se rige por estatuto que deberá ceñirse a la presente ley y su reglamento”, lo que descarta la versión original de la norma que se refería a un “estatuto único”, pero que fue objeto de interpretación por el fundamento jurídico 41 de la STC N° 00009-2009-PI/TC:

“Cada colegio profesional goza de autonomía, no habiendo establecido nuestra Norma Suprema que la unión o junta de determinados colegios profesionales es la que debe gozar de autonomía, de modo que no cabe distinguir allí donde la propia Constitución no lo ha hecho. Cada colegio profesional goza de autonomía y en tanto órgano autónomo debe auto-organizarse mediante su propio estatuto. Si existe colegio profesional en el ámbito nacional, regional o departamental, ello dependería de la norma infraconstitucional de creación, pero en tanto colegio profesional reconocido como uno de ellos posee autonomía administrativa, económica y normativa”.

Nótese que el nuevo art. 129 se ha adecuado a la citada sentencia, por lo que se elimina el estatuto único, por tanto, cada Colegio aprobará el suyo propio, en virtud de su autonomía normativa, pero no autarquía, por lo cual dicho estatuto “deberá ceñirse a la presente ley y su reglamento”. No obstante, para evitar abusos y arbitrariedades, debió establecerse la imperativa aprobación del estatuto por el Consejo del Notariado, con el fin de velar por el principio de legalidad, pero con el oportuno control judicial, pero hoy eso

no existe; por tanto, es de esperar que muchos Colegios aprueben el estatuto que más les convenga, sin evaluación alguna.

Los Colegios de notarios, en el ámbito gremial y corporativo, cuentan con importantes atribuciones, como promover la eficacia de los servicios notariales, llevar un registro de sus miembros, convocar a concurso público cuando haya vacantes, absolver consultas y emitir informes que le soliciten los Poderes Públicos y sus miembros, autorizar las vacaciones y licencias, administrar los archivos del notario cesado, entre otras que se detallan en el art. 130 LN, modificado por el D.L. 1232.

El nuevo art. 130 presenta las siguientes reformas:

- a) El registro administrativo de notarios es llevado por cada Colegio de notarios, pero ahora, de forma terminante, se establece que la información “debe ser remitida al Consejo del Notariado para su incorporación al Registro Nacional de Notarios, bajo responsabilidad de los miembros de la junta directiva del Colegio de notarios” (inciso e).
- b) El Colegio autoriza el traslado de un notario a una provincia del mismo distrito notarial (cuando este comprenda varias provincias) con el objeto de autorizar instrumentos, en los casos de vacancia o ausencia de notario. Pero ahora, “si dicho traslado no se autoriza dentro del plazo de 15 días contados a partir de producida la vacancia o ausencia, el Consejo del Notariado lo dispone con conocimiento del Colegio de notarios correspondiente” (inciso m).
- c) “Remitir al Consejo del Notariado, en la periodicidad y la forma que disponga la presidencia de dicho consejo, la información referida a las denuncias y procedimientos disciplinarios iniciados contra los miembros de su orden, en el ejercicio de la función notarial” (inciso t).
- d) “Cumplir y hacer de las disposiciones del Consejo del Notariado, bajo responsabilidad de los miembros de la junta directiva”.
- e) Reordenamiento cosmético de los incisos g), h) e i), respecto a los estándares mínimos para la infraestructura física y tecnológica de los oficios notariales, así como la generación de una interconexión telemática entre los notarios.

El Colegio de notarios cuenta con los siguientes órganos: asamblea general, junta directiva y tribunal de honor (art. 131 y 132 LN, modificado por D.L. 1232).

La asamblea general es conformada por todos los notarios miembros del colegio, que constituye el órgano supremo y sus atribuciones se establecen en el estatuto (art. 131 LN). Es el órgano de deliberación, que se reúne periódicamente para resolver los asuntos más relevantes de la marcha institucional del colegio, incluyendo la elección de la directiva o de los miembros del tribunal de honor, así como la adquisición y venta de inmuebles.

La junta directiva es el órgano administrativo y de gestión, de carácter permanente. El Colegio de notarios será dirigido y administrado por una junta directiva, compuesta por un decano, fiscal, secretario y tesorero, aunque adicionalmente puede establecerse los cargos de vicedecano y vocales (art. 132 LN, modificado por D.L. 1232). La junta es elegida en asamblea general, mediante votación secreta, por mayoría de votos y mandato de dos años, al igual que el tribunal de honor (art. 133 LN, modificado por D.L. 1232). El tribunal de honor “se encargará de conocer y resolver las denuncias y procedimientos disciplinarios en primera instancia”, en contra de los miembros del colegio respectivo (art. 132 LN, modificado por D.L. 1232).

Los ingresos de los colegios son: a) Las cuotas y contribuciones que se establezcan conforme a su estatuto, b) Las donaciones, legados, tributos y subvenciones que se constituyan a su favor, c) Los provenientes de la autorización y certificación de documentos en ejercicio de las funciones establecidas en los arts. 61, 62 y 89 LN (art. 134 LN).

Los Colegios de Notarios vigilan directamente a sus miembros por el cumplimiento de las normas que regulen la función, además velan por el decoro profesional y el cumplimiento del Código de Ética del Notariado Peruano; asimismo aplican las sanciones de ley, y declaran el cese por el no inicio de funciones, por abandono del cargo o por pérdida de las cualidades de acceso, entre otras atribuciones. De acuerdo con el art. 147 LN, no existen otros órganos que tengan competencia en la inspección y vigilancia del notariado, lo que se ratifica por el principio de legalidad que rige las potes-

tades de cada entidad pública en el Derecho administrativo¹⁴²⁷. Con respecto a la función de inspección y vigilancia, debe tenerse en cuenta que esta se ejerce no solo cuando se ha tomado conocimiento de alguna presunta irregularidad en el desempeño de la función notarial, sino que la vigilancia es continua, sin necesidad de denuncia. Así, pues, los Colegios de Notarios tienen la función de establecer el régimen de visitas de inspección ordinaria y extraordinaria de los oficios notariales de su competencia (art. 130-k LN, modificado por D.L. 1232). Las visitas de inspección consisten en la revisión anual que se hace de los registros, índices y archivos de cada notario a fin de vigilar el buen cumplimiento de la función notarial. Estas visitas se llevan a cabo por intermedio de Comisiones de tres notarios que se encargan de la revisión del oficio de otros notarios. Es un sistema preventivo de fiscalización interna, que se actúa regularmente y sin denuncia, la misma que es realizada entre sí por los miembros del Colegio notarial. Excepcionalmente, se puede disponer una visita extraordinaria, lo cual implica que fuera de la visita anual (ordinaria) es posible que se proceda la revisión de registros y archivos de un notario, lo que puede acontecer cuando se presenten serias dudas o constantes denuncias respecto de la actuación de un notario.

3.4. Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú

Los Colegios de Notarios son numerosos, por lo que la práctica obligó a constituir un órgano superior con el fin exclusivo de cooperación, y no de imperio o supremacía, lo que llevó a instituir, de manera oficial, a la Junta de

1427 Sin embargo, y en forma por demás insólita, se han conocido casos en los que un Colegio de Abogados pretendió llevar a cabo la vigilancia de la actuación notarial, aduciendo que este *"también es abogado"*. Esta insostenible postura se refuta de la siguiente forma: a) El cargo de notario tiene como requisitos de acceso el ser abogado, pero eso no significa que la actuación funcional de un notario sea la misma que realiza un abogado; se trata, por tanto, de dos actividades distintos; b) La ley señala claramente cuáles son los órganos encargados de la disciplina notarial, y sería absurdo que dos entidades distintas tengan competencia sobre lo mismo, con la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias; pues, en tal caso: ¿dónde quedaría el principio constitucional de *non bis in ídem?*; c) La atribución de un Colegio de Abogados, respecto de todos los actos de sus miembros, haría que este órgano tenga competencia para fiscalizar a los jueces, a los parlamentarios, a los alcaldes, a los docentes universitarios, y hasta al vendedor de una tienda, solo por el hecho de que todos ellos *"son abogados"*, lo que obviamente es inaceptable, además de absurdo.

Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, cuya función es coordinar acciones en el orden interno (léase bien: “coordinar”, y no “obligar”) y ejercer la representación del notariado a nivel internacional (art. 135 LN).

La Junta de Decanos “orientará su acción al cumplimiento de los fines institucionales, promoverá la realización de certámenes nacionales e internacionales, para el estudio de disciplinas jurídicas vinculadas al notariado, a la difusión de los principios fundamentales del sistema de notariado latino, pudiendo editar publicaciones orientadas a sus fines, además de cumplir las funciones que la ley, reglamentos y su estatuto le asigne” (art. 138 LN).

La Junta de Decanos, a diferencia de los Colegios de notarios, no cuenta con personería jurídica, pues la ley no se la ha atribuido, y se integra por todos los decanos de los Colegios Notariales; tiene su sede en Lima y se rige por el Estatuto aprobado por D.S. 007-97-JUS. Según la STC N° 00009-2009-PI/TC, la unión de colegios no se encuentra protegida por la Constitución (c. 41), por tanto, carece de autonomía, por lo que el legislador puede decidir su autoorganización mediante la aprobación del estatuto.

El consejo directivo de la Junta estará compuesto por un presidente, tres vicepresidentes, elegidos entre los decanos del norte, centro y sur de la república, un secretario y un tesorero. La presidencia recae, ahora, en el decano del Colegio con mayor número de agremiados (art. 137 LN, modificado por D.L. 1232), lo que hace que, sin elección, la presidencia recaiga siempre en el decano de Lima.

Los ingresos de la Junta son: a) las cuotas y otras contribuciones que establezcan sus órganos, conforme a su estatuto, b) las donaciones, legados, tributos y subvenciones que se constituyan a su favor, c) los ingresos por certificación de firma de notarios y otros servicios que preste de acuerdo con sus atribuciones (art. 139 LN).

3.5. Consejo del Notariado

El Consejo del Notariado es el órgano del Ministerio de Justicia que ejerce la supervisión del notariado (art. 140 LN). Se rige por las disposiciones de la ley del notariado y su reglamento aprobado por el ya desfasado D.S. 005-94-JUS. Entre sus principales atribuciones se encuentran: ejercer

la vigilancia de los Colegios de notarios respecto del cumplimiento de sus obligaciones, proponer los reglamentos y normas para el mejor desenvolvimiento de la función notarial, vigilar el cumplimiento del reglamento de visitas de inspección por parte de los Colegios de Notarios, decidir la provisión de plazas vacantes, solicitar la convocatoria a concursos a los Colegios de notarios, absolver las consultas que formulen los Poderes Públicos y las Juntas Directivas de los Colegios, conocer de las quejas formuladas por incumplimiento de las obligaciones de los Colegios, llevar un registro actualizado de Juntas Directivas, llevar un registro nacional de notarios, impartir directivas para el mejor desempeño de la función, entre otras (art. 142 LN, modificado por D.L. 1232).

El nuevo art. 142 presenta las siguientes reformas:

- a) En lugar de realizar visitas opinadas o inopinadas en los oficios notariales, sin mayor sujeción a reglas previsibles, lo que implica arbitrariedad, en cambio, ahora, se “establece la política de inspecciones opinadas e inopinadas a los oficios notariales y colegios de notarios” (inciso f).
- b) “Supervisar la utilización del papel seriado y del papel notarial que administran los colegios de notarios” (inciso p).
- c) La más importante modificación consiste en dotarle carácter orgánico al Presidente del Consejo del Notariado, que ahora tiene atribuciones propias, diferentes al colegiado, con lo cual se le dota de protagonismo y ejecutividad, que antes no siempre tenía. El art. 142-A LN, incorporado por el D.L. 1232, establece que el presidente propone el plan de trabajo anual de vigilancia del notariado, planifica y dispone la supervisión de colegios y de notarios, planifica y dispone las inspecciones opinadas e inopinadas, entre otras.

El Consejo del Notariado se compone de cinco miembros: a) El Ministro de Justicia o su representante, quien lo preside; b) El Fiscal de la Nación, o el Fiscal Supremo o Superior, a quien delegue; c) El Decano del Colegio de Abogados de Lima o un miembro de la junta directiva a quien delegue; d) El Presidente de la Junta de Decanos de Colegios de Notarios del Perú o un miembro de su consejo directivo a quien delegue; e) El Decano del Colegio

de Notarios de Lima o un miembro de su junta directiva a quien delegue (art. 141 LN). Existe un secretario técnico, que es funcionario del Ministerio de Justicia, con voz, pero sin voto. Las funciones de este secretario están detalladas en el art. 6 del reglamento aprobado por D.S. 005-94-JUS, y se centra en cuestiones de trámite de documentos y recursos, preparar la agenda de cada sesión del Consejo, proyectar las resoluciones de la entidad, llevar el libro de actas de las sesiones, organizar el registro nacional de notarios, entre otras.

Los ingresos del Consejo del Notariado provienen de los que generen por sí mismo (por ejemplo: capacitaciones o publicaciones), las donaciones, legados y subvenciones que se constituyan a su favor, y los recursos que el Estado les asigne (art. 143 LN). Los incisos b) y c) quedaron derogados por la STC N° 00009-2009-PI-TC, en cuanto se refería al 25% del precio de venta del papel seriado y el 30% de lo recaudado por los Colegios de notarios, por concepto de derechos que abonen los postulantes en los concursos públicos de méritos de ingreso a la función notarial. No obstante, el argumento del Tribunal fue muy pobre¹⁴²⁸, básicamente centrado en que los Colegios profesionales gozan de autonomía económica, sin embargo, ello no significa inmunidad para contribuir con los gastos públicos, máxime, cuando en realidad solo se trata de financiar la actividad contralora por parte de quienes son los propios sujetos controlados. Una finalidad perfectamente razonable

1428 STC N° 00009-2009-PI/TC y acumulados: "35. Dada la importancia otorgada por la Norma Fundamental (artículo 20°) a la autonomía de los colegios profesionales, el Tribunal Constitucional estima que debe declararse la inconstitucionalidad de los incisos b) y c) del artículo 143° del Decreto Legislativo N° 1049, toda vez que dichas disposiciones afectan la autonomía económica de los colegios profesionales de notarios, en la medida que dicha autonomía les permite a las mencionadas instituciones determinar sus ingresos propios y su destino, de modo que no se les puede obligar a entregar parte de sus ingresos y su destino, de modo que no se les puede obligar a entregar parte de sus ingresos a un ente estatal, como es el Consejo del Notariado, que conforme el artículo 140° del mismo cuerpo normativo <es el órgano del Ministerio de Justicia que ejerce la supervisión del notariado>, salvo cuando exista una causa suficientemente justificada (amparada en la protección de un determinado bien constitucional), la determinación específica del destino de tales ingresos y un estudio escrupuloso sobre la proporcionalidad del monto a ser sufragado, exigencias que no se han cumplido en el presente caso. El Estado no puede compeler a los ciudadanos el pago de determinados aportes sin justificar la razón del mismo, su destino o la proporcionalidad del monto de los aportes, entre otras exigencias".

y lícita; además, frecuente en otras actividades profesionales o económicas, especialmente reguladas o fiscalizadas, máxime cuando la acción notarial es un servicio público delegado a particulares.

Normalmente, el Consejo ejerce la función de inspección y vigilancia del notariado a través de los recursos que conoce en vía de apelación de los procedimientos disciplinarios iniciados por los Colegios de Notarios. Sin embargo, puede ocurrir que un interesado presente su queja o denuncia directamente en el Consejo, ante lo cual este normalmente corre traslado al Colegio Notarial respectivo a fin de que haga las indagaciones preliminares del caso; aunque, excepcionalmente, el Consejo del Notariado puede intervenir en forma directa en la vigilancia de un notario (art. 142-g LN, modificado por D.L. 1232). Esta potestad de intervención se ha utilizado en pocas ocasiones, pues produce un problema práctico: si el Consejo del Notariado actúa como primera instancia en la fiscalización de un notario, ¿qué órgano sería la segunda instancia? En realidad, consideramos que la norma ha pretendido señalar que la intervención directa del Consejo se refiere exclusivamente a la visita de inspección realizada por uno de sus miembros, de la cual se levanta un acta y se remite al Colegio de Notarios, en el caso de alguna presunta infracción, para que se inicie la investigación.

El Consejo del Notariado es el órgano del Ministerio de Justicia que ejerce la supervisión del notariado (art. 140 LN), en el orden preventivo y sancionador, así como en la conducción de distintos aspectos de la vida notarial, tales como la llevanza de un registro administrativo de notarios con fines de inspección y vigilancia; solicitar u ordenar, según sea el caso, la convocatoria en concursos de acceso a la función notarial; participar en los mismos concursos; organizar cursos o seminarios de perfeccionamiento notarial; aprobar directivas, etc. El Consejo puede revisar la legalidad, en vía de apelación, de algunas de las decisiones gremiales o corporativas de los Colegios de Notarios, que se refieran a la supervisión de la función notarial (art. 142-g LN, modificado por D.L. 1232).

El art. 147 LN establece que la disciplina del notariado compete a los Tribunales de Honor de los Colegios de Notarios y al Consejo del Notariado, siendo su ámbito el de la responsabilidad disciplinaria, más no civil o penal. Las decisiones del Consejo del Notariado que afecten un interés particular, espe-

cíficamente las sanciones a notarios son inmediatamente ejecutables, aunque revisables en vía judicial a través del proceso contencioso administrativo.

4. RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

4.1. Clases de responsabilidad

El notario cumple una relevante función social en cuanto se le ha delegado la misión de intervenir en distintos actos privados de connotación jurídica, con la finalidad de tutelar el consentimiento libre e informado, comprobar hechos con fe pública y emitir decisiones jurídicas de reconocimiento de derechos. En tal sentido, el art. 144 D.L. 1049 señala que el notario es responsable por el incumplimiento de la ley, normas reglamentarias o conexas, del estatuto y de las decisiones dictadas por el Consejo del Notariado o Colegio de Notarios, mientras el art. 145 agrega que la responsabilidad, además, puede ser civil o penal, según el caso, mientras el art. 146 señala que la responsabilidad disciplinaria es independiente de las otras.

En buena cuenta, la responsabilidad del notario es de tres tipos.

4.1.1. Responsabilidad disciplinaria

El art. 144 establece que el notario tiene responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de las disposiciones estrictamente notariales. Por su parte, los arts. 149-A, 149-B y 149-C, incorporados por D.L. 1232, hacen un detallado elenco de las faltas disciplinarias. El art. 147 señala que los órganos competentes de la disciplina notarial son el Tribunal de Honor de cada Colegio, en primera instancia, y el Consejo del Notariado, en última instancia administrativa. Sin embargo, la denominación “responsabilidad disciplinaria” es criticable, por lo menos a tono con nuestro sistema jurídico, pues tal nombre expresa la responsabilidad de los empleados públicos en relación de sujeción, mientras el notario no se encuentra sometido a ese vínculo, sino, por el principio de autonomía (art. 3 LN). En todo caso, la denominación correcta sería: “responsabilidad administrativa” del notario. La cuestión no es irrelevante, como pudiera pensarse, pues, las normas del disciplinario de SERVIR no pueden guiar la responsabilidad del notario, por inaplicable, sin que sea relevante en lo absoluto la cercanía terminológica, y, más bien, la normativa matriz se encuentra en los principios y reglas del procedimiento sancionador, previsto en el TUO Ley 27444.

En el próximo capítulo (4.2) se tratará con profundidad los alcances de la (mal) llamada responsabilidad disciplinaria del notario

4.1.2. Responsabilidad civil

Se origina cuando la intervención del notario causa daño a los usuarios por incumplimiento culpable de alguno de los deberes señalados en la ley, siempre que exista relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento de tal deber. En efecto, los presupuestos de la responsabilidad civil del notario son: a) el incumplimiento de un deber convencional o legal (art. 144 LN)¹⁴²⁹; b) la culpa o dolo (art. 145 LN)¹⁴³⁰; c) el daño sufrido (art. 145 LN)¹⁴³¹

1429 La jurisprudencia extranjera da cuenta de una mayor exigencia en el cumplimiento de los deberes notariales, lo que acentúa la responsabilidad. Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de noviembre de 2007, por el cual se consideró negligente la actuación del notario consistente en la falta de aportación de la escritura de separación de bienes, por parte de la compradora, lo cual impidió la inscripción registral de la compraventa. En este caso no basta con solicitar el documento, sino en la falta de advertencia de las consecuencias por la no aportación. De esta forma, se acentúa el deber de información a cargo del notario: Verdera, R. (2008, pp. 216-217.

1430 En el ordenamiento peruano, el incumplimiento (infracción del deber) hace presumir la culpa. Un caso interesante fue objeto de opinión por el Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, sentencia de 22 de octubre de 1997: "En el caso concreto, los demandantes adquirieron el inmueble de una persona que no tenía la facultad para transmitir propiedad, por falsificación que esta hiciera de la firma de su verdadero titular en la escritura pública de la cual pretendía derivar su derecho, y en ningún momento se observa la falla o deficiencia del ente registrador que pueda servir de título de imputación jurídica de responsabilidad en su contra. En el evento de falla o deficiencia del servicio esta sería imputable al notario y no a la Superintendencia de Notariado, teniendo en cuenta que, en principio, la función de vigilancia de esta no tiene injerencia en la prestación del servicio notarial directo al usuario": Cit. Romero, H. (2000), p. 273.

1431 El daño por responsabilidad notarial no conlleva una especial particularidad en relación con la responsabilidad general. Sin embargo, los problemas en la práctica son notables. Puede citarse una sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (España), de 26.09.2005. El caso es el siguiente: "Los compradores adquirieron una finca rústica que no tenía la superficie exigida por la normativa de unidades mínimas de cultivo, por lo que se vieron obligados a adquirir otra finca más. Los compradores solicitaban como indemnización el valor total de la segunda finca adquirida por un precio superior al valor real y los intereses del préstamo personal solicitado para esa segunda adquisición. El notario alegaba que la primera venta era perfectamente válida y que nadie obligaba a los compradores a adquirir una segunda parcela. La Audiencia Provincial admite como indemnización la diferencia entre el valor real de esa parcela y el precio pagado por los compradores, y el abono de esos intereses": Verdera, R. (2008), p. 235.

y, d) la relación de causalidad entre el daño y el evento (art. 1321 CC)¹⁴³². Los afectados pueden ser las partes (del negocio jurídico) o terceros. Sin embargo, también puede concurrir una causal liberatoria que termine exonerando al notario, pese a que concurren todos los elementos de la responsabilidad. Así, pues, un negocio claramente afectado de nulidad genera deber de resarcimiento en el notario, pero podría ocurrir que las partes insistieron en su celebración, y el notario procedió a extender el instrumento luego de la advertencia a las partes, de lo que existe, además, constancia escrita. En tal caso, el notario se libera por efecto de una norma exonerativa, por la cual

1432 Solo pueden indemnizarse los daños causalmente vinculados a la conducta del notario y que le sean imputables objetivamente. Recuérdese que, salvo dolo, la indemnización solo comprende los daños previstos o que se hayan podido prever al momento de contraerse la obligación. Sobre el particular, la jurisprudencia española se ha pronunciado de la siguiente manera: "La cuestión de la conexión causal entre la actuación del notario y el daño producido aparece con claridad en la STS de 12 de diciembre de 2005. Y se plantea acertadamente en dos aspectos distintos: a) en cuanto a un puro problema de causalidad (la valoración de la conducta del notario –omisión de la descripción de una finca– como *conditio sine qua non*); b) en cuanto a un problema de imputación objetiva, desdoblado a su vez en dos elementos distintos: el criterio de la causalidad adecuada y el criterio del consentimiento de la víctima" *Ibid.*, pp. 260-261. Por otro lado, una excelente explicación del tema, referente al tema de las suplantaciones de identidad, consta en el texto antes citado: "Conviene, sin embargo, no olvidar la distinción entre relación de causalidad o causalidad material, natural o, de hecho, e imputación objetiva o causalidad jurídica. Habrá relación de causalidad cuando el daño no se hubiera producido de no haberse verificado la conducta (activa u omisiva) del notario demandado. Este es un problema que se resuelve acudiendo a las leyes de la lógica o de la naturaleza y que se aprecia conforme al criterio de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*. Por su parte, la imputación objetiva permite seleccionar entre las posibles causas presentes en la producción de un evento dañoso aquella que determina a cargo de quién debe ponerse la responsabilidad por ese daño. Ahora bien, se constata que la distinción entre relación de causalidad e imputación objetiva no parece haber calado en los litigios relativos a la responsabilidad civil notarial. Ello resulta tanto más llamativo por cuanto uno de los casos más frecuentes, como es la suplantación de identidad mediante falsificación de DNI, podría encontrar una respuesta más satisfactoria a través de los criterios de imputación objetiva, y en particular mediante el criterio de la prohibición de regreso, conforme al cual no cabe retroceder en el curso causal para imputar a un agente las consecuencias de un determinado resultado originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero. No en balde el arquetipo de la prohibición de regreso es la interposición de la conducta criminal de un tercero. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el alcance de este criterio se matiza cuando dicha conducta se haya visto decisivamente favorecida por la imprudencia del responsable o, con más claridad, sea una de aquellas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir": *Ibid.*, pp. 292-293.

los fedatarios se encuentran obligados a autorizar todos los instrumentos que las partes soliciten. También puede haber error excusable cuando el ordenamiento jurídico sea defectuoso o inorgánico, y en virtud de ello se haya producido la equivocada actuación del notario¹⁴³³.

Una primera interrogante surge en relación con la naturaleza de la responsabilidad del notario, sea contractual o extra-contractual¹⁴³⁴. En la doctrina francesa, Laurent ha señalado que el cliente es quien escoge al notario, y entre ambos voluntariamente deciden la prestación del servicio. Esta tesis ha sido contestada por lo dispuesto en el art. 3 de la Ley del Ventoso (francesa), por la cual se establece imperativamente que el notario debe autorizar los instrumentos que le sean requeridos, y en tal virtud faltaría la libre voluntad que es el presupuesto del contrato. Esta última postura es sostenida por Baudry-Lacantinarie. Algunos eclécticos han opinado que la responsabilidad es contractual cuando el daño lo sufre el cliente, pero es extra-contractual cuando el daño es irrogado a un tercero. El argumento merece un mayor análisis, pues un mismo daño podría tener distinta naturaleza. En la doctrina italiana también se ha planteado el tema: Solimena y Chironi señalan que la responsabilidad solo puede ser cuasi-delictual (extra-contractual), ya que existe una relación obligatoria entre notario y cliente, fundada en la ley. En el derecho español, González Palomino sostiene que no puede haber contrato en las relaciones entre notario y las partes, por ser su ministerio de origen legal. ¿Qué dice nuestro derecho? El art. 16-c LN establece que el notario está obligado a prestar sus servicios profesionales a cuantas personas se lo requieran. Se trata, evidentemente, de un servicio público obligatorio y continuo en beneficio de la comunidad, si bien ejercido por un particular. Siendo así, el notario está obligado a contratar, como en todo servicio de este tipo, pero eso no elimina la existencia de la voluntariedad que es el sustento del contrato, entonces, se colige que estamos en presencia de obligaciones de carácter convencional, si bien fuertemente delimitadas por la ley. En tal sentido, la responsabilidad civil del notario será de carácter contractual, cuando afecta a una de las partes que requirió su intervención. Por el contrario, si el perjudicado es un tercero, entonces la responsabilidad

1433 Romero, H. (2000), pp. 236-237.

1434 Para este debate seguimos a: Mustapich, J. (1955), T. II, pp. 325 ss.

es extracontractual¹⁴³⁵. Si bien esta construcción dogmática sufre de algunas incoherencias, pues un mismo hecho jurídico es atacado por los dos tipos de responsabilidad, sin embargo, se trata de la doctrina más difundida y la que calza en mejor medida con nuestro derecho positivo. El elemento decisivo para llegar a esta conclusión es que el notario y el cliente entablan una relación jurídica nacida en forma voluntaria, por lo que es necesario acudir a la figura del contrato.

Una segunda interrogante se centra en la calificación jurídica del contrato que se celebra con el notario. ¿Es locación de servicios u obra? La opinión mejor fundada es aquella que lo cataloga de contrato de obra, pues el usuario del servicio notarial no pretende solo un consejo o asesoría, sino que tal asesoramiento se concrete en un instrumento público que permita cumplir el fin pretendido por las partes, dentro de la legalidad¹⁴³⁶. El notario puede quedar sujeto a obligaciones de resultado o de medios, según la naturaleza de la prestación a la que se haya comprometido, y, en cuanto sea aceptada esta clasificación. El primer caso, por ejemplo, se presenta en el cumplimiento de las formalidades legales para documentar una declaración de voluntad en escritura pública. Si luego el instrumento está viciado por algún defecto, entonces el notario es responsable por la inejecución de una obligación de resultado. En este caso, el notario no podrá exonerarse con la sola prueba de ausencia de culpa. Por el contrario, deberá reputarse como una obligación de medios aquella que surge de la tramitación de los asuntos no contenciosos, pues nadie puede asegurar que no se presente alguna discrepancia u oposición que termine frustrando la culminación del procedimiento. Aquí, la frustración de la ejecución no le es imputable al notario-deudor, por lo que basta la prueba de la diligencia¹⁴³⁷. Sin embargo,

1435 Algunos supuestos jurisprudenciales de responsabilidad extracontractual del notario son: el verdadero titular de un inmueble es suplantado, sea en un acto de disposición o en un poder; el propietario de un inmueble que es vendido por medio de un poder falso, la sociedad cuyo representante (con nombramiento caduco) otorga un poder, la persona cuya firma falsa es certificada por notario, el adquirente que no pudo inscribirse pues en la misma fecha, y ante el mismo notario, se otorgó otra escritura con distinto comprador, que se adelantó en el registro; el heredero que pierde una mayor participación en la herencia por la declaración de nulidad del testamento: Verdera, R. (2008), pp. 145-146.

1436 *Ibid.*, pp. 127-128.

1437 Romero, H. (2000), pp. 193-194.

puede decirse que la principal obligación del notario tiene carácter de resultado, pues siempre existe el deber de autorizar adecuadamente un instrumento.

Una tercera interrogante se plantea en los siguientes términos: ¿la responsabilidad civil del notario es amplia o limitada?, ¿se reduce a los casos de defectos formales del instrumento o abarca, adicionalmente, los vicios sustanciales del negocio jurídico? La doctrina considera que el notario latino, cuya función incluye la labor de consejo con imparcialidad, se encuentra sujeto a la responsabilidad amplia, pues dentro de su ámbito no puede permitir que el instrumento favorezca en forma desmedida a una de las partes con lo que se pretenda engañar a la otra. El notario está obligado a indagar la voluntad de los contratantes y, sobre esa base, adecuar el fin pretendido con la legalidad. Si por defecto u omisión de asesoría, el contrato o testamento es nulo, entonces el notario podría ser responsable¹⁴³⁸.

Un cuarto problema, de orden procesal, surge cuando en el proceso judicial se dilucida la actuación notarial, sin su intervención, y se concluya que la misma ha sido errónea, por lo cual se anula el instrumento público. Luego, sobre la base del primer proceso, el perjudicado demanda responsabilidad civil al notario. En tal caso, la solución lógica es entender que las conclusiones del proceso de nulidad no afectan ni vinculan al notario, pues la cosa juzgada no puede extenderse a terceros; por tanto, la negligencia o incorrección del notario será un tema que deberá ventilarse nuevamente en el segundo proceso de responsabilidad¹⁴³⁹.

Finalmente, pueden citarse, a título ejemplificativo, algunas hipótesis de responsabilidad civil del notario, surgidas en la jurisprudencia española: no advertir los vicios de fondo que determinan la nulidad absoluta del negocio o los defectos formales del instrumento que conlleva su ineficacia documental; desacertada elección del medio jurídico para la consecución del

1438 Ibid., pp. 205-206.

1439 “En consecuencia, para el Tribunal ante el que se ventile la reclamación de responsabilidad del notario no existe cosa juzgada en cuanto a la constatación de la negligencia o de la conducta defectuosa del notario demandado. Más dudoso es el alcance real (incluso meramente persuasivo) que pueda tener en el pleito posterior lo declarado probado en el primer procedimiento”: Verdera, R. (2008), p. 185.

fin propuesto; conducta incorrecta como depositario o mandatario (pago de impuestos, presentación de documentos), etc¹⁴⁴⁰. Casos más recientes, también de la experiencia española, son los siguientes: falta de notificación de la cesión de crédito hipotecario, por otorgar compraventa de finca rústica que no respeta la unidad mínima de cultivo, por error en la identificación del inmueble, que da lugar a la nulidad del contrato, por no advertir un autocontrato que impide la inscripción en el registro de una hipoteca, por no inscribir la adquisición de un comprador por falta de licencia de parcelación o división, por haber dejado que caduque el asiento de presentación de una transferencia que permite la anotación de un embargo, por información errónea de las consecuencias fiscales de una compraventa¹⁴⁴¹.

4.1.3. Responsabilidad penal

Se produce cuando el notario dolosamente incurre en alguna de las conductas tipificadas en la legislación penal, siempre que tenga como presupuesto el ejercicio o negativa de ejercicio de la función, por lo que se trata de hipótesis de delitos especiales propios. En tal sentido, si para el juez la conducta típica es el prevaricato, para el notario lo es el delito contra la fe pública. Sobre el particular, es bueno recordar que la fe pública solo comprende la comprobación de hechos que el notario haya visto u oído durante su actuación. Así, pues, la autenticidad juega exclusivamente en el ámbito de los hechos (los cuales pueden calificarse de ciertos o falsos), y no sobre el derecho. Por tanto, en los instrumentos notariales existe un margen delimitado de fe pública (sobre hechos que el notario comprueba directamente), pues, el resto de su actuación no está amparada por ella, sea porque emite un simple juicio o estimación profesional (por ejemplo: persona es capaz de entender sus actos no es asunto de fe pública), sea porque repite la declaración de otro, sin ingresar al contenido intrínseco de esta (por ejemplo: la declaración del vendedor de ser propietario no es asunto de fe pública), o porque no atesta hechos, sino que se limita a exponer su apreciación jurídica (por ejemplo: legalidad de un acto no es asunto de fe pública), etc. En los casos en que exista una atestación falsa por el notario (en los ámbitos

1440 Ávila, P. (1990), p. 208.

1441 Verdera, R. (2008), pp. 136-139.

propios de la fe pública), entonces se configura la responsabilidad penal por delito contra fe pública (arts. 428, 429 y 430 CP). En cambio, si el notario se niega dolosamente a cumplir sus deberes de actuación, esto es, omite hacer algo a lo que estaba obligado (por ejemplo: no presta el servicio sin justificación legal), entonces se configura el tipo penal de rehúse de funciones (art. 423 CP). Por su parte, los delitos de fabricar o falsificar sellos son ilícitos de peligro (art. 434 CP: “con el objeto de emplearlos o hacer que los empleen”), pero, en caso de que se hubiese utilizado, regular o irregularmente, un sello auténtico, es imposible su consumación por el notario, pues el tipo penal presupone la falsificación. Por otro lado, la cláusula general de falsedad genérica (art. 438 CP) solo puede realizarse cuando se altera la verdad con palabras, hechos o usurpando calidades, lo cual es incompatible con la función notarial, que solo se ejecuta por medio del instrumento o documento escrito.

4.2. Procedimiento sancionatorio notarial (mal llamado disciplinario)

4.2.1. Finalidad

La función notarial es un poderoso mecanismo para que los particulares puedan contratar y proteger sus derechos con seguridad, sin necesidad de acudir a procesos contenciosos o burocráticos, el mismo que ha sido encargado a un cuerpo profesional-funcionario (notarial) que debe respetar estrictamente los deberes sustanciales y formales impuestos por la ley, por lo que se hace necesario establecer un rígido sistema de responsabilidad que incentive el adecuado ejercicio de la función.

En tal contexto, la actividad notarial se encuentra sometida a múltiples deberes que pueden clasificarse de la siguiente forma:

- a) Sustanciales vinculados con las personas: verificar la identidad de los otorgantes, la libertad, la voluntad libre, la capacidad.
- b) Sustanciales vinculados con el acto: control de legalidad de las cláusulas y condiciones del acto, adecuación del tipo contractual, comprobación del pago en medios bancarios.
- c) Sustanciales vinculados con la fe pública: el instrumento público debe contener una narración fiel de lo sucedido en la realidad.

- d) Formales de garantía instrumental: el texto no puede ser alterado o enmendado, los espacios en blanco deben interlinearse, los errores deben salvarse, el instrumento debe constar en papel seriado de garantía, entre otros.
- e) Formales de redacción instrumental: respetar la estructura del instrumento, consignar las menciones necesarias, escribir con lenguaje claro y directo, etc.
- f) Formales de procedimiento: la escritura se basa en una previa minuta autorizada por letrado, que se extiende luego del cumplimiento de los requisitos legales, así como el procedimiento en asuntos no contenciosos, entre otros.
- g) Formales de comprobación de actos o hechos complementarios: verificación de tributos, seguros, etc.

Los deberes notariales son el substrato para que el legislador tipifique las infracciones de forma expresa, mediante la técnica de plasmar la inobservancia del deber como una falta directa, pero también es posible que el deber sirva para completar un tipo infractor abierto, siempre que aquellos se encuentren delimitados en forma precisa, pues, en caso contrario, dos normas dúctiles, sin concreción, no pueden sustentar una tipificación acorde con el debido proceso y los derechos fundamentales.

4.2.2. Debido proceso y procedimiento sancionatorio

El proceso es el instrumento para dilucidar derechos o intereses contrapuestos, por lo que se establece un conjunto de garantías institucionales que coadyuvan a dicho propósito. El proceso, por tanto, es el medio para alcanzar la verdad, así como la adecuada aplicación del derecho objetivo¹⁴⁴². Es importante recordar que la CIDH tiene un numeroso grupo de sentencias en las que ha perfilado el concepto del debido proceso hasta fijar algunos elementos de esencia¹⁴⁴³:

- a) Derecho a un procedimiento o recurso efectivo: el sistema jurídico debe garantizar la efectividad de los derechos e intereses legíti-

1442 Taruffo, M. (2006), p. 203.

1443 Acosta, P. (2009), pp. 20-21.

mos, mediante un procedimiento sometido a reglas legales, preexistentes, públicas, claras, en igualdad de condiciones para escuchar sin prejuicio las dos posiciones (acusador e imputado) que se enfrentan para contraponer argumentos y pruebas, lo que facilita alcanzar la verdad.

- b) Derecho a un tribunal independiente e imparcial: la dialéctica del procedimiento supone que el juez, tribunal o funcionario no se encuentran sometidos a presión interna o externa, política o económica, sino que funciona con plena independencia de criterio e imparcialidad frente a las partes.
- c) Derecho de defensa: toda persona goza del derecho de conocer los fundamentos y pruebas que sustentan la imputación¹⁴⁴⁴, mediante

1444 El debido proceso consiste en un derecho compuesto por diversas garantías que tratan de asegurar el enfrentamiento dialéctico de dos posiciones jurídicas opuestas, pero en condiciones de igualdad y contradicción, cuya finalidad sea alcanzar la verdad y la correcta actuación de la ley. Entre dichas garantías se encuentra la de ser informado en forma previa y detallada de la imputación, no solo para asegurar la igualdad de armas entre el órgano estatal (investigador o acusador) y el ciudadano, sino también para hacer eficaz el derecho de defensa, pues solo con la información suficiente se garantiza que el imputado pueda preparar una defensa adecuada para la protección de sus derechos. El art. 8.2.b) CADH reconoce el derecho de “comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada”, que si bien en su origen se circunscribía a los procesos penales en los que se investigaba la comisión de un delito, sin embargo, en la actualidad se admite sin discusión que tal derecho comprende todos los procedimientos sancionadores, de tipo administrativo o parlamentario (Corte IDH, caso Tribunal Constitucional vs. Perú), pues, en cualquiera de esos casos, se encuentra en juego la pretensión punitiva del Estado, en contradicción con derechos o libertades fundamentales de las personas. Por otro lado, el derecho a la comunicación previa y suficiente no se agota con los acusados en sede penal, sino con los investigados de cualquier sanción, e incluso este derecho se activa desde la primera citación realizada por el Estado, en fase preliminar de investigación, pero con posibilidad punitiva (Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela). En tal sentido, la STC N° 3485-2012-PA/TC de fecha 10.3.2016, asume el mismo criterio garantista respecto del derecho a la imputación clara y precisa, así como al principio de tipicidad de las conductas sancionables: “11. Este último derecho relativo a la notificación de los hechos y de la conducta jurídica que se imputa al administrado en el procedimiento administrativo sancionador es una reproducción en sede administrativa, del derecho a la comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada, contenido en el art. 8.b) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los arts. 9, 2) y 14, 3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de una concreción del derecho a no ser privado de defensa en ninguna etapa de proceso contenido en el art. 139, inciso 14, de la Constitución de 1993. Y es que uno de los requisitos básicos para el ejercicio del

una citación adecuada y suficiente, también a preparar su defensa, a contar con los elementos instrumentales que le permitan el

derecho de defensa en cualquier proceso lo constituye el conocimiento previo, claro y detallado de los hechos en los cuales se funda la imputación, de la calificación jurídica otorgada a esos hechos y de las pruebas en las cuales se basa la vinculación del imputado con dichos hechos. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo con el art. 235.3 de la Ley 27444, dicha comunicación debe efectuarse en el momento del inicio del procedimiento sancionador, con el objeto de que el administrado pueda formular sus descargos". En el caso resuelto por el Tribunal Constitucional se declaró fundada la demanda de amparo en cuanto la imputación se realizó en forma genérica, pues la denuncia muy vaga da lugar al inicio del procedimiento sancionador, pero sin precisar los cargos: "(...) (la entidad) no precisa si el procedimiento disciplinario se abre por alguna de estas imputaciones o por todas ellas, situación que afecta el derecho de defensa de los recurrentes, al carecer los elementos mínimos para ejercer la defensa técnica y fáctica requerida" (STC N° 03485-2012-PA/TC, f.j. 12). En este contexto, resulta obvio que la comunicación detallada al imputado significa que debe informársele de los hechos investigados de la forma más detallada posible, esto es, que resulte suficiente y adecuada para efecto que la parte sometida al proceso pueda atender eficazmente a su defensa, y ello rige desde la primera citación que realiza una autoridad estatal. En buena cuenta, un proceso no es justo cuando una autoridad estatal realiza una investigación secreta o inquisitorial, es decir, no se comunica adecuadamente los hechos y la infracción que se atribuye a la persona imputada.

El derecho a la información suficiente es una garantía-medio para asegurar el derecho de defensa, que es una garantía-finalidad. Por tanto, si se omite o es insuficiente lo primero, entonces se viola lo segundo. Además, el derecho a la información suficiente está relacionado con el avance del procedimiento; por tanto, el investigado deberá ser comunicado de modo distinto al que ya es acusado, pues la posición de mayor gravamen, en este último caso, exige en forma simétrica que los órganos estatales proporcionen más información frente a una situación de grave riesgo para los derechos de la persona, que podría sufrir una inminente privación de su libertad, inclusive. En buena cuenta, el derecho de previa información solo se entenderá cumplido cuando el órgano de poder comunique al ciudadano una cantidad de hechos y especificaciones que le permitan ejercer con eficacia su defensa, y dentro de los alcances del estadio del proceso. Por el contrario, una información insuficiente es la que no permite al imputado preparar una defensa adecuada frente a cargos genéricos, indeterminados, amplísimos o simples "líneas de investigación", sin precisiones.

El art. IV.1.2 del título preliminar del TUO establece en forma expresa que todo administrado tiene derecho a "refutar los cargos", lo que presupone que la administración se encuentra obligado a poner en conocimiento al imputado de los cargos, pero no en forma indeterminada o genérica, sino de modo claro y preciso, conforme señala el art. 254.3 TUO: "notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya la competencia", cuya inobservancia determina la nulidad del procedimiento sancionador, según los arts. 248.2 y 10.1 TUO.

adecuado ejercicio para una defensa eficaz, a tener participación cuando se dilucida un derecho o interés suyo a probar sus pretensiones, de tal suerte, que en todo momento se cuente con la posibilidad de cuestionar, alegar y probar.

- d) Derecho a la motivación adecuada: la decisión necesita ser motivada en forma suficiente, adecuada, racional, lógica, conforme a los hechos y el derecho, es decir, la autoridad o juez tiene la obligación de expresar los argumentos que justifican el pronunciamiento.
- e) Derecho a obtener una respuesta en el plazo razonable: los derechos e intereses legítimos no pueden quedar en situación de incertidumbre por un tiempo exagerado, pues, en tal caso, el sistema dejaría de garantizar una tutela efectiva de los derechos.
- f) Derecho a la impugnación: las garantías institucionales del debido proceso tratan de alcanzar la verdad de los hechos y una adecuada aplicación del derecho, pero siempre es posible el error, por tanto, esa circunstancia trata de minimizarse con la posibilidad de acudir a un órgano de revisión que pueda conocer las razones de una impugnación.

El debido proceso es de tal importancia que se incluye en todos los catálogos de derechos humanos, como la CADH (art. 8), concordante con la interpretación expresada por el Tribunal Constitucional (STC N° 3741-2004-AA/TC, c. 49; STC N° 1333-2006-PA/TC, c. 11; N° 4119-2005-PA/TC, c. 37), además, su relevancia es transversal, pues comprende toda actuación en la que se dilucide directa o indirectamente los derechos y obligaciones de las personas, “de cualquier carácter”, por lo que se garantiza en sede administrativa, política, e incluso en el ámbito privado, conforme el criterio asumido por la CIDH en el Caso “Tribunal Constitucional vs. Perú” (31.1.2001)¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴⁵ “68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto a las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio de poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de la autoridad con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención. 69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”,

Por su parte, el art. IV.1.2 TP-TUO establece: *“Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo, más no limitativo, los derechos a ser notificados, a acceder al expediente, a refutar los cargos imputados, a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios, a ofrecer y a producir pruebas, a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda, a obtener una decisión motivada fundada en derecho emitida por autoridad competente y en un plazo razonable, y a impugnar las decisiones que los afecten”*, mientras la administración queda obligado a respetar todas u cada una de las garantías del debido procedimiento: *“No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento”* (art. 248.2 TUO).

El procedimiento administrativo es el conjunto de actos destinado a la obtención de una declaración de la administración con efectos jurídicos en la esfera de terceros, pero, en este caso, su finalidad es la realización del derecho objetivo para determinar si hubo quebrantamiento de la ley o no, y, si fuese el caso, la consiguiente imposición de sanciones o consecuencias desfavorables en los derechos e intereses de administrados como reacción frente a las infracciones. Todo procedimiento administrativo se encuentra sometido a los principios que configuran el debido proceso, pero con mayor medida el sancionador, que exige el respeto de garantías para los indagados frente a la posibilidad de infligir un mal que restringe su libertad. Por tanto, la normativa sancionatoria notarial tiene necesariamente que respetar los principios de la potestad sancionadora administrativa (art. 248 TUO), así como su estructura y garantías (arts. 254 y 255 TUO), pues se trata de derechos mínimos o inderogables en favor de cualquier administrado, entre ellos, los notarios sometidos a procedimiento (art. 247.2 TUO). En el mismo sentido, el art. 148 LN establece las garantías del (mal llamado) procedimiento disciplinario, entre los que se cuenta, “el derecho de defensa del notario, así como todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”.

su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

Es necesario reafirmar que la denominación “responsabilidad disciplinaria” no es correcta en este caso, pues, con ello, se alude al régimen correctivo de los empleados públicos, sujeto a jerarquía, que resulta incompatible con el opuesto principio de autonomía que rige la actuación notarial (art. 3 LN). En todo caso, la denominación correcta sería: “responsabilidad administrativa” del notario. Por lo demás, la normativa aplicable, en el caso notarial, no es el disciplinario de SERVIR, sino el sancionatorio regulado en el TUO Ley 27444.

4.2.3. Principios de la potestad sancionatoria, en general

El procedimiento sancionador se rige por principios fundamentales, de orden constitucional, que sirven para limitar el poder de la administración en su afán punitivo, así como otorgar garantías a los ciudadanos para el ejercicio de su defensa en condiciones de imparcialidad, igualdad, contradicción y con reglas públicas, claras y producto de la deliberación del legislador. En este sentido, “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (SSTC N° 02050-2002-AA/TC, N° 02192-2004-PA/TC, N° 00156-2012-PHC/TC, N° 00020-2015-PI/TC, entre otras). El conjunto de estos principios integra el debido procedimiento administrativo (arts. IV.1.2 TP, 248.2 TUO), los que pueden dividirse en aquellos “configuradores del sistema”, que corresponde a la competencia del legislador, mientras existen otros “de aplicación del sistema”¹⁴⁴⁶, propios de los órganos que conocen el procedimiento, que pueden ser de carácter sustancial o formal.

a) Principios de configuración del sistema

Es el conjunto de garantías que asume el legislador cuando aprueba las reglas de derecho objetivo en materia sancionadora:

- a) Legalidad de la potestad sancionadora (art. 248.1 TUO)
- b) Legalidad de las infracciones (art. 248.4 TUO)
- c) Legalidad - Tipicidad de las infracciones (art. 248.4 TUO)
- d) Legalidad de sanciones (art. 248.1 TUO)

1446 Santamaría, J. (2016), pp. 436 ss.

b) Principios de aplicación formal

Es el conjunto de exigencias formales para que la administración realice procedimientos legalmente válidos:

- a) Impulso de oficio (arts. IV.1.3 TP, 249, 255.1 TUO)
- b) Separación entre fase instructora y sancionadora (art. 248.2 TUO)
- c) Plazo razonable, cuya inobservancia determina la caducidad (art. 259 TUO)
- d) Prescripción de oficio de la potestad sancionadora (art. 252 TUO)
- e) Imparcialidad (art. IV.1.5 TU TUO)
- f) Motivación fundada en derecho y en los hechos probados (arts. IV.1.2, 6 TUO)
- g) Motivación suficiente (art. 5.4 TUO)

c) Principios de aplicación sustancial

Es el conjunto de garantías que debe respetar la administración cuando resuelve un procedimiento en materia sancionadora, en orden a la aplicación de las normas infractoras, así como las causas de exoneración:

- a) Presunción de inocencia (art. 248.9 TUO)
- b) Causalidad (art. 248.8 TUO)
- c) Culpabilidad (art. 248.10 TUO)
- d) Antijuridicidad (art. 257 TUO)
- e) Non bis in idem (art. 248.11 TUO)
- f) Razonabilidad (arts. IV.1.4, 248.3 TUO)
- g) Retroactividad benigna en lo favorable (art. 248.5 TUO)
- h) Concurso de infracciones (art. 248.6 TUO)
- i) Continuación de infracciones (art. 248.7 TUO)

4.2.4. Principios de la potestad sancionatoria, en especial

En este acápite se analizarán de manera específica los más importantes principios de la potestad sancionatoria.

a) Legalidad en sentido amplio

El principio de legalidad, entendido en sentido amplio comprende los siguientes aspectos en la materia sancionadora:

- a) **Legalidad de la potestad sancionadora:** Las entidades cuentan con este poder represivo solo cuando se le ha atribuido por norma con rango legal, nunca por disposición reglamentaria (art. 248.1 TUO), lo que se justifica por la gravedad que significa imponer sanciones que afectan la esfera jurídica de los ciudadanos. *“No podría ser de otra manera puesto que, a través de su potestad sancionadora, el Estado puede restringir derechos fundamentales tan importantes como la libertad personal, la propiedad y la libertad de trabajo. En un Estado Constitucional, la imposición de sanciones semejantes solo puede considerarse válida si estas reprimen una conducta que haya sido tipificada de manera previa, expresa y precisa en una norma con rango de ley”* (STC N° 00020-2015-PI/TC, c. 38).
- b) **Legalidad-Tipicidad de las infracciones,** o legalidad en sentido estricto, por cuya virtud, *“nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”* (art. 2-24.d Const.), por tanto, las infracciones tienen que preverse en norma con rango de ley, permitiéndose que las disposiciones reglamentarias de desarrollo puedan especificar o graduar las conductas o sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo que la ley o decreto legislativo permita la tipificación de infracciones por norma reglamentaria (art. 248.4 TUO), por lo expuesto, *“se vulnera el principio de legalidad en sentido estricto si, una persona es condenada o sancionada por un delito o infracción, no prevista expresamente en una norma con rango de ley”* (STC N° 00020-2015-PI/TC, c. 41). Sin embargo, *“nada de ello puede interpretarse de manera tal que se permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad o taxatividad. Es admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley. Sin embargo, nada justifica que establezcan conductas prohibidas sin adecuada base legal o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente”* (c. 44), agregándose que: *“al desarrollar normas con rango de ley, los reglamentos no pueden desnaturalizarlas creando infracciones sin una de-*

bida base legal. Admitir lo contrario implicaría aceptar una desviación de la potestad reglamentaria y vaciar de contenido los principios de legalidad y tipicidad que guardan una estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso” (c. 46). Sin embargo, se ha advertido que existen sectores enteros del ordenamiento administrativo que en forma sistemática “deslegalizan” los tipos infractores mediante remisiones en blanco que realizan las leyes, sin contenido sustantivo, en favor de los reglamentos¹⁴⁴⁷.

- c) **Legalidad-Tipicidad precisa de las infracciones**, referido a que el legislador no solo debe establecer las infracciones en norma con rango de ley, sino, además, *“constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta” (SSTC N° 2050-2002-AA/TC, c. 9, N° 00020-2015-PI/TC, c. 40), contemplado en el art. 248.2 TUO, por tanto, se requiere estándares mínimos de precisión, definiéndose con la mayor concreción posible las conductas sancionables, lo que se vincula con la certeza (lege certa) que requieren los ciudadanos para prever sus comportamientos¹⁴⁴⁸, en este contexto, “el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permitan a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal” (STC N° 00020-2015-PI/TC, c. 40), concordante con la proscripción de la analogía e interpretación extensiva (lege stricta) (art. 248.4 TUO). En el importante caso de la CGR, se declaró inconstitucional un tipo infractor que sancionaba la contravención del “ordenamiento jurídico administrativo” y las “normas internas de la entidad a la que pertenecen”, que constituyen frases tan genéricas que vulneran el subprincipio de tipicidad o taxatividad, que forma parte del principio de legalidad recogido en el art. 2-24-d Const. En*

¹⁴⁴⁷ Danós, J. (2009), p. 212.

¹⁴⁴⁸ Santamaría, J. (2016), p. 441.

efecto, la primera expresión resulta *“tan amplia que no garantiza a sus destinatarios un grado mínimo de seguridad respecto al conjunto de conductas por las que podrían ser sancionados, máxime, cuando como es bien sabido, el ordenamiento jurídico administrativo cuenta con gran cantidad de fuentes y está compuesto, como mínimo, por centenares de normas de diversa naturaleza”* (c. 50). En cuanto a la segunda, *“este enunciado también es extremadamente general y no permite identificar con precisión las conductas concretas por las que la CGR podía imponer una sanción”* (c. 51). Igualmente, en ese caso, se consideran faltas indeterminadas, y, por tanto, inconstitucionales, las de *“incumplir disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público”,* o *“transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública”,* o *“realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento”,* o *“incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público”,* tratándose en todos los casos de disposiciones extremadamente generales e imprecisas (c. 54). Es cierto que el propio legislador quiso remediar su falta con una remisión a los reglamentos para especificar las conductas, pero *“dada la generalidad de las infracciones, el reglamento no estaría especificando infracciones tipificadas previamente, sino, más bien, tipificando nuevas infracciones, lo que no ha sido autorizado por la ley”* (c. 55). En la misma línea se rechazan las infracciones tipificadas con cláusulas genéricas, sin mayor concreción: *“32. (...) la existencia de cláusulas genéricas como “conducta deshonrosa”, “comportamiento impropio”, “conducta indecente” o “conducta inmoral”, podría permitir la inclusión de un número indeterminado de conductas que pueden ser relacionadas con el supuesto de la norma según la perspectiva moral del funcionario encargado de la comisión de una falta disciplinaria”* (STC N° 03485-2012-PA/TC, c. 32)

- d) **Legalidad de sanciones**, pues no solo se remite a una norma con rango de ley la potestad sancionadora, las infracciones y la taxatividad, sino, también, las sanciones o consecuencias jurídicas desfavorables que sufre el ciudadano, que deben precisarse en la

disposición normativa, aunque queda exceptuada la privación de libertad (art. 248.1 TUO). La sanción puede definirse como una medida de la administración con incidencia negativa en los derechos, bienes, valores de los ciudadanos, o en el surgimiento de nuevos deberes, pero no basta el acto de gravamen constitutivo, que altera la situación jurídica del administrado, sino, además, su finalidad es aflictiva o de causar un mal, pero que no tenga relación directa con la actividad infractora, como ocurre con el pago de una suma de dinero como consecuencia de la conducción con exceso de velocidad¹⁴⁴⁹. La sanción administrativa típica es la multa (pecuniaria), pero también se cuenta la revocación sancionadora de títulos habilitantes o autorizaciones, cierre temporal de un establecimiento (rescisorias), comiso¹⁴⁵⁰, inhabilitación¹⁴⁵¹, prohibición de realizar determinadas actividades, amonestación o la “publicidad” de las mismas sanciones¹⁴⁵². Las sanciones rescisorias afectan el estatuto general de los ciudadanos y limitan sus derechos, como ocurre, por ejemplo, con la revocación o suspensión temporal de una autorización para que el particular realice ciertas actividades (conducir, cazar, abrir local al público, iniciar negocio industrial, etc.)¹⁴⁵³, lo que implica que se trata de la consecuencia gravosa, principal o accesoria, por la comisión de una infracción¹⁴⁵⁴, aunque no siempre es fácil la distinción.

Por el contrario, no constituyen sanciones los remedios por incumplimiento de obligaciones, el restablecimiento de la realidad física alterada o los bienes jurídicos lesionados por la infracción, las medidas coercitivas, la

1449 Rebollo, M. (2000), pp. 155-156.

1450 El comiso se define como la privación de la propiedad que tiene finalidad de castigo, pues lo que se busca es causar un mal económico al infractor, y retribuirle por su acción ilícita. También se denomina confiscación o incautación: *Ibid.*, pp. 175-176.

1451 Son ejemplos de inhabilitación cuando se afecta la capacidad en relaciones jurídico-administrativas, pero también en las relaciones privadas, como el ejercicio de cargos de administración y dirección en personas jurídicas: *Ibid.*, pp. 200-201.

1452 *Ibid.*, p. 165.

1453 *Ibid.*, p. 160.

1454 Baca, V. (2017), pp. 884-885.

imposición de deberes para que el infractor se adecue a la legalidad¹⁴⁵⁵, así como los actos revocatorios o rescisorios sin carácter sancionador, cuya finalidad sea evitar el inicio o la continuación de una actividad ilegal, peligrosa o lesiva de los intereses públicos, por tanto, si se impone la prohibición de caza luego de una infracción derivada de tal actividad, entonces se tratará de una sanción propiamente dicha, tratándose de mal en contra del perpetrador, pues la falta no implica que este haya perdido las condiciones para la caza, en cambio, la revocación de la autorización por incumplimiento de uno de los requisitos para la actividad, excluye la idea de sanción, hasta el punto que resulta posible subsanar la falencia, lo que no podría ocurrir con una sanción¹⁴⁵⁶.

b) Causalidad

La causalidad es la relación suficiente y necesaria entre dos hechos, de tal suerte que el primero se reputa antecedente del segundo, sin embargo, el principio de “causalidad” en el procedimiento sancionador peruano no se refiere a ese concepto, sino a que “la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable” (art. 248-8 TUO), esto es, la sanción solo puede imponerse a la persona causante o autora de la infracción, sea acción u omisión, por tanto, en lugar de principio de “causalidad”, que es un nombre claramente erróneo, cuando en realidad se refiere a la “causación”, o autoría. En efecto, si el delito, o infracción, se define como acción (u omisión) típica, antijurídica y culpable, entonces el principio exige la acción u omisión como presupuesto de la responsabilidad.

La doctrina, especialmente la del derecho penal, señala que la acción se define como “manifestación de la personalidad” o exteriorización de la realidad interior del individuo en la medida que domina el curso de los acontecimientos, por tanto, la infracción comisiva se configura cuando el sujeto interviene en el mundo, pese a la prohibición, ingresando dentro de su ámbito normativo, en tal sentido, de esta forma se excluyen los pensamientos, los actos reflejos, los provocados por fuerza irresistible o realiza-

1455 Rebollo, M. (2000), p. 156.

1456 Ibid., pp. 197-199.

dos en situación de inconsciencia¹⁴⁵⁷. Por su parte, la omisión se configura cuando el sujeto no cumple la obligación legal de dar o hacer que recae en su esfera, es decir, ignora un mandato positivo que debía realizar, que es el caso de la omisión propia, aunque la doctrina reconoce las omisiones impropias, cuando la infracción legal se constituye realmente con una acción, pues si bien el sujeto no hace, sin embargo, ello ocurre con el propósito deliberado de que se produzca el resultado, lo que se denomina “comisión por omisión”. No obstante, el art. 248-8 TUO no permite sancionar la “comisión por omisión”, pues la infracción se configura exclusivamente por *“conducta omisiva o activa constitutiva”*, pero no por la mezcla de ambos, salvo que existiese norma en tal sentido, como sí ocurre en el Derecho penal (art. 13 CP), cuando el que omite impedir la realización del hecho punible es sancionado si el agente tiene el deber de garante y si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

En tal sentido, el principio de causación se vincula con la personalidad de las sanciones, es decir, un sujeto no puede responder por hechos ajenos, lo que pone en entredicho la tan frecuente responsabilidad solidaria, en la que obviamente no existe autoría del supuesto infractor, pero tampoco culpabilidad¹⁴⁵⁸, sin embargo, un sector lo vincula con este último principio, conforme se verá posteriormente.

c) Antijuridicidad (implícito)

El delito constituye la acción típica, antijurídica y culpable, lo cual significa que no basta que la conducta del agente se encuentre prevista en un tipo infractor, sino, además, que sea antijurídica, es decir, contraria a derecho, lo que en principio se presume, pero puede descartarse si concurre una causal de justificación, por cuya virtud, la acción típica (o realizadora de una norma infractora) queda exonerada de responsabilidad cuando se le dispensa por una causa legal. “Estaríamos, pues, en presencia de normas de carácter permisivo, en la base de toda causa de justificación existe una norma de tal carácter, que, en la situación concreta, permite, autoriza la conducta”¹⁴⁵⁹.

1457 Gómez Tomillo, M. & Sanz, I. (2017), pp. 301-302.

1458 Ibid., p. 357.

1459 Ibid., pp. 419-420.

Las causas de justificación que operan en el Derecho penal son: (i) legítima defensa, (ii) estado de necesidad, (iii) cumplimiento de la ley, deber o ejercicio legítimo del derecho, oficio o cargo, (iv) obediencia legítima, y, (v) consentimiento del titular del bien jurídico de libre disposición (art. 20 CP). Por su parte, el Derecho administrativo sancionador carece de una disposición normativa sobre la antijuridicidad, aunque reconoce un catálogo pequeño de justificaciones análogas a las del Derecho penal, que denomina “condiciones eximentes de responsabilidad”, regulado en forma asistemática y desordenada: (iii) obrar en cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo del derecho de defensa, y, (iv) orden obligatoria de autoridad (art. 257 TUO), pero, a pesar de la omisión, también debiera admitirse como eximentes: (i) la legítima defensa, y, (ii) estado de necesidad, pues aquel tiene reconocimiento constitucional (art. 2-23), mientras este tiene el mismo peso valorativo que el anterior, además, por aplicación analógica *in bonam parte* de la legislación penal (art. 20-5 CP), e, incluso, también podría reconocerse (v), cuando la administración cuenta con la potestad legal de celebrar acuerdos con los administrados para efecto de tener por subsanada la infracción, en cuyo caso opera dicha causa de exclusión de antijuridicidad, también por analogía (art. 20-10 CP), si es que la norma no la ha previsto como tal.

Las otras causas eximentes que reconoce el Derecho administrativo sancionador en forma expresa son: (vi) caso fortuito o fuerza mayor; (vii) incapacidad mental (*sic*), siempre que se afecte la aptitud para entender la infracción; (viii) error inducido por la administración o disposición confusa o ilegal; (ix) subsanación voluntaria por el posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción, con anterioridad a la imputación de cargos (art. 257 TUO).

La causal (vi) se define como el evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación, en el Derecho civil (art. 1315 CC), pero que, en el derecho sancionatorio determina la realización de la infracción, pero por causa no imputable, ajena o extraña.

La causal (vii) se denomina impropia, a la luz de la convención de los derechos de las personas con discapacidad, pero se refiere a un solo tipo: la mental, siempre que por ello no pueda referirse la acción a un sujeto,

pues falta uno de los elementos típicos del discernimiento (capacidad de entender las consecuencias de los actos).

La causal (viii) constituye lo que en el Derecho penal se llama “error de prohibición”, por lo que el agente cree en la licitud de su acción, en este caso, por una actuación desafortunada de la administración o de la normativa que origina la confusión, sea por una práctica reiterada, un informe escrito o norma poco clara o ambigua, pero, en realidad, constituye uno de los aspectos del principio de culpabilidad.

La causal (ix) resulta exclusivamente formal, pues no se refiere a las condiciones o presupuestos de la acción, tipo, antijuridicidad o culpabilidad, sino a la actuación del administrado luego de cometer la infracción, pues si subsana voluntariamente antes de la notificación de cargos, aunque con pleno conocimiento de la indagación ya iniciada, el resultado será el eximente de responsabilidad, pero, en realidad, se trata de un eximente de sanción, una especie de “corrección” de la falta con posterioridad de su comisión, cuya finalidad es incentivar el cumplimiento del derecho objetivo, asegurar la efectividad del sistema jurídico y culminar procedimientos bajo la lógica que lo importante es el respeto de la ley antes que la sanción. No guarda similitud con figura alguna del Derecho procesal penal, pues sus diferencias son notorias en relación con la colaboración eficaz, testigo protegido o confesión sincera.

Por último, puede aceptarse como causal justificadora (x) a todos aquellos supuestos en los que el legislador, por razones de conveniencia u oportunidad, ha decidido por norma expresa la exoneración de responsabilidad, pero sin haber eliminado la tipificación de la infracción o falta. Cualquier otro hecho, no previsto por norma expresa o deducido de principios constitucionales, no puede considerarse eximente.

d) Principio de culpabilidad

Hasta hace poco una de las diferencias tradicionales entre el derecho sancionador administrativo y penal se encontraba en que el primero admitía infracciones objetivas, mientras el segundo solo infracciones subjetivas, sea a título de dolo o culpa (arts. VII TP y II CP), pero desde la modificatoria del D.L. 1272 (diciembre 2016) quedó sin efecto ese extraño criterio, aceptán-

dose ahora que “la responsabilidad administrativa es subjetiva” (art. 248-10 TUO), aunque permite la objetividad cuando así se disponga por ley o decreto legislativo, lo que ciertamente es criticable.

La doctrina administrativista, por lo menos un sector, considera que el principio general de culpabilidad se integra por cuatro aspectos o sub-principios: (i) personalidad de las penas, (ii) imputación por el hecho, (iii) exigencia de dolo o culpa, que engloba la tipicidad subjetiva, (iv) culpa en sentido estricto o reprochabilidad subjetiva¹⁴⁶⁰.

El aspecto (i) conlleva que solo pueden recibir una sanción las personas que han realizado la infracción, por lo que, en principio, se excluye que uno responda por la acción de otro, sin que pueda explicarse tal fenómeno en la responsabilidad civil por hecho ajeno, pues la obligación pecuniaria que se imponga a la tercera persona no surge del daño causado, sino de una sanción¹⁴⁶¹. En el mismo sentido, la responsabilidad solidaria es legítima solo cuando la disposición legal incumplida haya sido realizada por varias personas en forma conjunta, es decir, una autoría compartida, pero, en todo caso, siempre debería ser posible individualizar la responsabilidad en todo lo que se pueda¹⁴⁶². No obstante, esta idea mezcla las cosas, pues la infracción constituye, en primer lugar, una acción u omisión humana, constatable en forma empírica, con la ayuda de los instrumentos de la causalidad e imputación objetiva, pero, en segundo lugar, una cuestión distinta es la culpabilidad y reprochabilidad de esa acción, hasta el punto de que lo primero puede existir, pero no lo segundo, salvo que se pretenda sostener que la personalidad de las penas es un presupuesto de la culpabilidad, lo que es cierto, pero una vez más, esa propia afirmación, ratifica la distinción.

1460 Baca, V. (2019), p. 318.

1461 Ibid., pp. 319-320. El autor plantea el caso de las infracciones de tránsito en las que se sanciona en forma subsidiaria al propietario del vehículo, cuando no se puede identificar al conductor, lo que sería admisible bajo una “presunción de autoría”, que permita la prueba de descargo, sea para denunciar al conductor, como para acreditar la imposibilidad de conducción, salvo que el tipo infractor se refiera a la omisión del deber de cuidado del vehículo, cosa que no ocurre en el reglamento de tránsito.

1462 Ibid., pp. 322-323.

El aspecto (ii) se refiere a la necesidad de un hecho para imponer la sanción, o, más precisamente de una acción u omisión humana, pues lo contrario significaría que el ejercicio de la potestad punitiva se realiza sin una conducta violatoria del orden jurídico, lo que puede ocurrir cuando la reincidencia se disfraza con la creación de un tipo infractor nacido de la mera suma de infracciones anteriores, por tanto, la sanción pretende imponerse sin acción¹⁴⁶³, sin embargo, esta cuestión nuevamente mezcla el ámbito de la conducta con el de la culpabilidad.

El aspecto (iii), propiamente referido a la culpabilidad, exige que la infracción se cometa con dolo o culpa, pero vale aclarar que en la moderna dogmática penal este elemento se integra en el tipo (subjetivo), no en la culpabilidad, por lo que resulta preferible hablar de “principio de responsabilidad subjetiva”¹⁴⁶⁴. El dolo comprende el elemento intencional (conocimiento) y volitivo (voluntad), de tal suerte que el sujeto conoce lo que hace y quiere hacerlo. El dolo puede ser directo, en tanto el agente persigue realizar la infracción, o indirecto, cuando el objetivo que se persigue no es la infracción, sino que la producción del resultado irá unido a la consecución del fin pretendido, o eventual, cuando el agente se representa la infracción, pero no como segura, sino probable, no obstante, igual decide realizar la acción¹⁴⁶⁵. El error de tipo, o falsa representación de la realidad, implica que el yerro recae en alguno de los elementos constitutivos de la infracción, aunque esta figura tiene mínima importancia en derecho administrativo, pues las faltas se sancionan también por culpa, por lo que solo el error invencible, no el vencible, exoneraría de responsabilidad. Por su parte, la culpa significa que la comisión de la infracción se realiza por el quebrantamiento de un deber de cuidado, de diligencia o prudencia, lo que se traduce en el concepto de imprudencia, que a su vez excluye la malicia o intencionalidad¹⁴⁶⁶. El Derecho civil distingue culpa inexcusable y leve, pero ello no se recoge en el sancionador.

1463 Ibid., pp. 323-324.

1464 Gómez Tomillo, M. & Sanz, I. (2017), p. 361.

1465 Ibid., pp. 382-383.

1466 Ibid., p. 412.

El aspecto (iv) se relaciona con el reproche que el orden jurídico dirige contra el infractor, pero ello exige su capacidad de comprender la ilicitud del acto, sea por cuestiones naturales (mayoría de edad y personas que no padezca una discapacidad severa) o circunstanciales (error de prohibición, es decir, cuando el infractor desconoce por error invencible que su acto no es lícito).

El principio de culpabilidad parece no tener encaje en las infracciones de mero desconocimiento de una norma, que frecuentemente genera una obligación formal, así como en la responsabilidad de personas jurídicas. El primer caso, por más que el estándar de diligencia sea elevado, sin embargo, no puede abandonarse la exigencia de la responsabilidad subjetiva. El segundo caso, la dificultad radica en imputar dolo o culpa a una ficción que carece de voluntad, por lo que las teorías se alinean entre quienes la atribuyen a los órganos o a un “déficit de organización”, por cuya virtud, se atribuiría culpa si no se tomaron las medidas suficientes para impedir la infracción¹⁴⁶⁷.

e) Principio *non bis in idem*

Este principio, bajo la aparente simplicidad de su nombre latino que se traduce como “nunca dos veces por lo mismo”, esconde, sin embargo, una serie de complejos problemas que pueden dividirse en dos ámbitos: uno sustancial, otro procesal.

La vertiente sustancial establece que una misma conducta o hecho no puede recibir dos sanciones, lo que parece simple de resolver cuando la misma entidad administrativa pretende la duplicación sancionatoria, pero la cuestión no es tan sencilla cuando: a) un mismo hecho es objeto de sanción administrativa y penal (por ejemplo: vertido contaminante) o, b) susceptible de dos sanciones administrativas por entidades distintas, o, c) cuando la propia ley prevé dos o más sanciones concurrentes. Los problemas parecen resueltos con la actual formulación legal del principio, por cuya virtud se prohíben las sanciones sucesivas o simultáneas, con lo que se impide los casos b) y c), además se excluye la concurrencia de sanción y pena, entendién-

1467 Baca, V. (2019), pp. 335-338.

dose que la primera es propia del derecho administrativo, y la segunda, del derecho penal, con lo que se impide el caso a), siempre que exista identidad de sujeto (responsable), hecho (conducta ilícita) y fundamento (bien jurídico protegido)¹⁴⁶⁸. Sin embargo, es necesario recordar que, en general, la jurisprudencia constitucional ha aceptado en forma reiterada la acumulación de sanciones sin que pueda invocarse el *non bis ídem*, bajo el argumento de que se defienden bienes jurídicos “diferentes” (STC N° 00361-2009-PA/TC) o que la finalidad de ambas sanciones, penal y administrativa es “distinta” (STC N° 01921-2008-PA/TC)¹⁴⁶⁹, aunque con escaso o nulo fundamento de apoyo. Es el caso del vertido de sustancias contaminantes, que tiene condición de infracción administrativa y delito contra el medio ambiente, pero la jurisprudencia difícilmente aplicaría el principio bajo el argumento dogmático de que la pena y la sanción tienen “finalidades diferentes”, bajo la premisa de pertenecer a sectores distintos del ordenamiento jurídico.

Un caso curioso se presentó cuando una misma infracción se imputó a un administrado, imponiéndose la sanción, pero luego de abrió un nuevo procedimiento contra otro administrado, por misma infracción, pero, en este supuesto, no aplica el principio *non bis in ídem* si se trata de coautores del hecho consistente en la frustración de la diligencia de supervisión (Res. TNRCH 1219-2019, de 23.10).

En el caso de las infracciones permanentes (impropiamente llamadas “de forma continuada”), la administración no puede sancionar nuevamente hasta luego de 30 días hábiles desde la fecha de imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre el cese de la infracción (art. 248-7 TUO).

La vertiente procesal implica que el administrado no puede sufrir dos o más procedimientos paralelos por el mismo hecho, en consecuencia, el iniciado en segundo lugar tendría que ser archivado.

1468 Importado de la experiencia española: Santamaría, J. (2016), p. 452.

1469 Boyer, J. (2012), pp. 329-330.

f) Principio de proporcionalidad

Es un principio nacido en el Derecho penal, por el cual, la sanción guarda concordancia con el reproche que se hace a la conducta del infractor, en tal sentido, los tipos penales prevén sanciones abiertas, con un límite mínimo y máximo para que el juez pueda adecuar la pena a las circunstancias del caso. La misma idea opera en el Derecho administrativo, máxime cuando las modernas tablas de sanciones eliminan el baremo fijo, y lo reemplazan por el variable, de tal suerte que el órgano de decisión impone la respectiva sanción de acuerdo con el reproche que pueda realizarse a la conducta del autor, por tanto, la llamada “graduación de la sanción” necesita una motivación que justifique motivadamente el *quantum* impuesto, con lo que se logra varios objetivos: la igualdad ante la ley, la proscripción de la arbitrariedad y el control judicial¹⁴⁷⁰.

La proporcionalidad exige que las sanciones no puedan resultar más ventajosas para el infractor que cumplir las normas infringidas, con lo que se evitan sanciones ínfimas o intrascendentes, pero se olvida de la cuestión inversa, es decir, que las sanciones no debieran ser exageradamente punitivas. En todo caso, la autoridad resolutoria necesita observar los siguientes criterios para efecto de realizar la graduación de la sanción en cada caso (art. 248-3 TUO): a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) La probabilidad de detección de la infracción; c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) El perjuicio económico causado; e) La reincidencia por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; g) La existencia de intencionalidad o no en la conducta del infractor.

La doctrina ha denunciado la extrema vaguedad de estos criterios, con el resultado del escaso éxito que han tenido en limitar la discrecionalidad¹⁴⁷¹, por cuya razón, la regulación sectorial de algunos procedimientos sancionadores, señaladamente el caso ambiental, ha establecido fórmulas matemáticas para determinar la sanción, con lo que han aparecido nuevos

1470 Santamaría, J. (2016), p. 448.

1471 Ibid., p. 449.

problemas, como la subjetividad de los valores que se introducen para la aplicación de la fórmula, y la nula apreciación que se deja a las autoridades para evaluar las particularidades del caso.

4.2.5. Catálogo de infracciones

El principio de legalidad, integrante del debido proceso, exige un catálogo taxativo de infracciones o faltas. La ley del notariado, en su versión original (art. 149), contenía un pobre e incompleto listado de esas infracciones, lo que en su momento fue suplido por el reglamento, sin embargo, el reciente D.L. 1232 ha optado por una solución más garantista, por lo que las faltas se trasladan del reglamento, y ahora se tipifican fundamentalmente a una norma con rango de ley. Algunas son reiteraciones la tipificación reglamentaria, pero otras constituyen novedad absoluta. El nuevo art. 149 establece que: “Las infracciones disciplinarias se clasifican en muy graves, graves y leves, las cuales serán sancionadas conforme a lo previsto en el artículo 150 de la presente ley”. Por su parte, las infracciones muy graves se enlistan en el art. 149-A, las graves en el 149-B, y las leves en el 149-C, todas incorporadas por el D.L. 1232.

a) Infracciones muy graves

El art. 149-A, incorporado por D.L. 1232 señala las infracciones muy graves:

- El uso indebido de la firma digital, así como el incumplimiento de la obligación de custodia, o la omisión de denunciar la pérdida que ponga en riesgo el secreto propio de la firma digital (inciso b). La reforma legal pretende evitar el fraude inmobiliario, entre otras medidas, con la interconexión telemática entre notarios y registros, por lo que se necesita asegurar la observancia de las reglas referentes a la firma digital.
- La percepción o la simple solicitud de honorarios u otros beneficios para la realización de actuaciones irregulares (inciso c). En realidad, la actuación contraria a la ley es, ya, una falta, por lo que, en este caso, cuando además se ha producido pago de honorarios adicionales, o mejor dicho, “dádivas ilícitas”, entonces habrá curso de infracciones.

- Declaraciones o juicios dolosamente falsos, esto es, que no guarden relación con la realidad. La norma hace una correcta distinción entre las diversas actividades del notario, pues una cosa es la declaración que atesta un hecho percibido directamente por los sentidos (fe de conocimiento de una persona, por ejemplo), mientras en el juicio se produce una apreciación personal emanada de la diligencia y competencia profesional, pero sin que pueda asegurarse la verdad (juicio de capacidad, por ejemplo) (inciso d).
- Negar dolosamente la existencia de un instrumento protocolar (inciso e). En verdad, debió considerarse, no solo el dolo, sino también la culpa grave del notario que no pudo, o no quiso, consultar sus propios índices o libros auxiliares.
- Destruir dolosamente un instrumento notarial (inciso f). Lo que puede ocurrir con el fin de ocultar otra falta (errada identificación de un otorgante) o un delito (falsificación). Esta infracción administrativa constituye, además, delito contra la fe pública.
- Tener más de un oficio notarial (inciso g). La actuación del notario se realiza en local único, sin sucursales, pues se presupone que la actividad desplegada es personalísima, por tanto, la existencia de dos o más oficios implica, *per se*, una grave infracción que niega la fe pública, pues no se puede comprobar un hecho sin haber sido testigo directo del mismo.
- La falta de cierre o la reapertura indebida del oficio notarial, por parte del notario suspendido por medida disciplinaria o medida cautelar (inciso h). Esta situación implica un desacato inaceptable que obviamente es falta muy grave, pero que sí justifica la sanción de destitución, pues si el notario incumple la ley, siendo el primer obligado a cumplirla, entonces poco podría esperarse de su conducta futura.
- Ejercer función en asuntos no contenciosos que escapen a la competencia del notario (inciso i). Por ejemplo: declarar la prescripción adquisitiva o la rectificación de área de predios rurales, o declarar el título supletorio de predios inscritos.

- Extender traslados instrumentales con datos adulterados o de actos inexistentes (inciso j). Esto comprende a los testimonios, partes y boletas, pero no a la copia simple, que no garantiza la certeza.
- La embriaguez habitual y el consumo reiterado de sustancias que generan dependencia (inciso k). En realidad, no se trata de falta en el ejercicio de la función, sino de acción infractora contra la conducta moral intachable que debe predicarse en todo notario.
- Dar fe de capacidad cuando el compareciente sea notoriamente incapaz al momento de otorgar el instrumento (inciso l). En este caso basta la culpa grave al enjuiciar la capacidad del otorgante, aunque erradamente se habla de “dar fe”, mientras que el inciso d) se refiere a declaraciones o juicios notariales falsos, que se originan en dolo.
- Incumplir dolosamente, y causando perjuicio a tercero, cualquier deber propio de la función, sea de origen legal, reglamentario o estatutario (incisos m – r¹⁴⁷²). En este caso, la magnitud de la falta se determina por una cuestión subjetiva (dolo), así como por una cuestión objetiva (daño o perjuicio concreto al otorgante o tercero). Deberán probarse ambos extremos para que la infracción sea considerada muy grave.
- Cuando el notario dé fe de la identidad de los comparecientes sin haber seguido los procedimientos del art. 55-d LN, pues, en esos casos, actúa bajo su responsabilidad (inciso n). Por ejemplo, el notario señala que conoce al compareciente, por lo que no exige la verificación biométrica, sin embargo, se equivoca y esa persona no es la que dice ser.
- Desempeñar cargos o labores para las que está prohibido, según la ley (inciso o), como ocurre con los cargos de la administración pública, que son incompatibles con la función notarial, salvo excepciones, como el de Ministro de Estado.

1472 Sin dudas, constituye un error material que una hipótesis idéntica se haya previsto en dos incisos diferentes: “m” y “r”.

- Ejercer la abogacía, salvo los casos permitidos, en causa propia (inciso p).
- Delegar en forma total o parcial sus funciones (inciso q), pues la actividad del notario se basa en la percepción directa por sus sentidos, sin que se admita la delegación a terceros.
- Las demás infracciones muy graves aprobadas con tal carácter por el reglamento de la ley (inciso s), con lo cual se da cobertura legal a la tipificación infra-legal, lo que está permitido por la Ley 27444, aunque el reglamento del año 2010 ha quedado en precaria situación, pues, en la práctica quedó invalidado, luego de la sentencia de acción popular, ya comentada.

b) Infracciones graves

El art. 149-B, incorporado por D.L. 1232 señala las infracciones graves:

- Ejercer la función fuera del ámbito territorial de su competencia (inciso b), lo que incluye la actividad del notario en lugar extraño a su provincia, sea para recibir el consentimiento de las partes, sea cuando el acto de disposición o gravamen recae sobre un bien inmueble localizado en lugar distinto a la provincia del notario (arts. 123-A y 123-B LN, incorporado por D.L. 1232), o cuando el procedimiento notarial de la Ley 27157 versa también sobre inmueble ajeno a esa provincia. En realidad, debió considerarse infracción muy grave, pues el notario, fuera de su ámbito de competencia territorial, no es notario, por lo que está usurpando una función que no le corresponde.
- Cobrar al usuario una suma adicional al costo del servicio, que permite la identificación de las personas, proporcionado por RENIEC (inciso c). Es una cuestión de mínima importancia, por lo que es inaudito haber equiparado este incumplimiento con circunstancias graves como las del ejercicio fuera de la competencia territorial, comentado en el acápite anterior.
- No devolver al usuario el monto en exceso que haya adelantado con el fin de solventar las tasas registrales (inciso d). Por lo antes dicho, no es razonable que se le considere falta grave.

- Extender instrumentos en los que se declare actos, hechos o circunstancias, cuya veracidad no le consten (inciso e). ¿Cómo puede el notario declarar algo que no le conste? Esto es atentado doloso contra la fe pública, por tanto, no solo es falta gravísima (y no solo “grave”), sino delito. Un ejemplo más de la errada tipificación de las infracciones.
- Incumplir con sus obligaciones tributarias durante el periodo de dos años consecutivos (inciso f). No es infracción funcional, sino cuestionamiento de la actuación ética, si cabe el término, del notario. Un error más.
- Realizar declaración dentro de procedimiento no contencioso, en el que se invoque la existencia de pruebas no actuadas, así como incumplir las obligaciones legales y reglamentarias vinculadas a dicho procedimiento (inciso g). La sustentación en pruebas falsas es acto gravísimo, aunque no atentado contra la fe pública, sino prevaricación, pero el actual tipo penal no incluye a los notarios, por lo que se trata de conducta atípica desde el derecho penal, pero sancionable en la vía administrativa.
- Identificar a los comparecientes sin cumplir las obligaciones legales previstas en los incisos a), b) y c) del art. 55 LN, modificado por D.L. 1232 (inciso h), que exige verificación biométrica y el reporte en línea. Por el efecto que produce, debió considerársele falta muy grave.
- Negarse a las visitas de inspección, ordinarias o extraordinarias, que disponga el Colegio de notarios, el Tribunal de Honor o el Consejo del Notariado (inciso i). La idea es reforzar el cumplimiento de un deber que garantiza el correcto y diligente ejercicio de la función.
- Agresión física, verbal o por escrito a notarios, miembros del Tribunal de Honor, junta directiva o Consejo del Notariado (inciso j). Esta norma debe aplicarse con mucho cuidado en cuanto a la llamada “agresión verbal”, máxime cuando la libertad de opinión es un derecho fundamental. Por ejemplo, un notario podría hacer una crítica perfectamente legítima al Presidente del Consejo del

Notariado, diciéndole que es “ignora la función notarial”, o a otro notario por “extender instrumentos sospechosos de ilegalidad”, si es que existen indicios en tal sentido. Cualquiera de esas afirmaciones es perfectamente válida en una sociedad democrática. La infracción administrativa no puede ser un pretexto para mediatizar derechos constitucionales.

- Ofrecer dádivas para captar clientela (inciso k). Este es un ejemplo de competencia desleal entre notarios, por lo cual uno persigue hacerse de clientela sin esfuerzo profesional o por la calidad del servicio, sino mediante actos de corruptela.
- Cometer hecho grave que sin ser delito, lo desmerezca en el concepto público por afectar la moral, ética y/o el orden público (inciso l). Es una tipificación dudosamente constitucional por la vaguedad e indeterminación. Por lo demás, no se comprende en esta norma la expresión de preferencias o creencias que constituyan el ejercicio legítimo de derechos constitucionalmente protegidos.
- No actualizar los datos en el registro nacional de notarios (inciso m). Esta situación se relaciona con la transparencia de información que merece la colectividad, especialmente cuando se trata del ejercicio de función pública delegada en un particular.
- Violar el secreto profesional (inciso n), lo que implica mantener la reserva de los datos conocidos por el notario en el ejercicio de su función, pero que cada día se mediatizan más, como ocurre, por ejemplo, en la legislación de represión del lavado de activos, en la que el notario debe convertirse en delator. Si bien es cierto que la legislación especial puede inspirarse en un principio superior de combate contra los delitos graves vinculados con la criminalidad organizada, sin embargo, no puede negarse que tal situación disminuye o, en la práctica, anula el deber de secreto.
- Negar sin dolo la existencia de un instrumento protocolar (inciso o). En principio, si es que no se prueba el dolo, entonces la falta tendrá que tipificarse con la presente norma.
- Incumplir injustificada y reiteradamente los mandatos del Poder Judicial o Ministerio Público (inciso p), como ocurre, por ejemplo,

cuando el notario se niega a colaborar con la expedición de traslados para investigaciones judiciales o fiscales, con el pretexto del pago de honorarios. El notario es funcionario delegado, por lo que debe privilegiar, en este caso, el interés público frente al interés privado representado por el lucro.

- Incumplir dolosamente cualquier deber propio de la función notarial, sea legal, reglamentario o estatutario (inciso q). La norma es genérica, pero se unifica con el elemento doloso. En este caso no hay perjuicio concreto a una persona, lo que permite diferenciarlo de la falta muy grave, que sí necesita perjuicio o daño específico al otorgante o tercero.
- No realizar las comunicaciones a los Colegios de notarios y al Consejo del Notariado cuando así lo imponga la ley o el reglamento (inciso r). Nótese que la tipicidad exige norma legal, y no estatutaria o corporativa.
- No proteger los documentos comprendidos dentro del secreto profesional (inciso s), como ocurre con los testamentos durante la vida del testador, que mantienen la condición de secreto.
- Incumplir las disposiciones emitidas por el Consejo del Notariado (inciso t). Nuevamente se peca de generalidad e irrazonabilidad, pues las disposiciones incumplidas pueden ser de mínima importancia.
- Las demás infracciones aprobadas con tal carácter por el reglamento de la ley (inciso t, repetido¹⁴⁷³), con lo cual se da cobertura legal a la tipificación infra-legal, lo que está permitido por la Ley 27444, aunque el reglamento del año 2010 ha quedado en precaria situación, pues, en la práctica quedó invalidado, luego de la sentencia de acción popular, ya comentada.

c) Infracciones leves

El art. 149-C, incorporado por D.L. 1232 señala las infracciones leves:

¹⁴⁷³ En tanto, la norma repite la letra “t”, como en el inciso anterior, lo que constituye un error material.

- Retardo notorio e injustificado en la extensión de un instrumento o en la expedición de un traslado (inciso a). Es una novedad importante, en tanto se impone que el notario escriba actos y expida copias en plazo razonable, salvo causa no imputable, como impago de honorarios o no presentación de documentos necesarios. El plazo máximo admisible debería rondar en los cinco días (una semana hábil), no más; por tanto, el exceso constituiría falta. En todos los casos, la jurisprudencia administrativa tendrá que avanzar en la diferenciación entre los plazos razonables y los que no lo son.
- No emplear la debida diligencia en la extensión de instrumentos notariales o en la expedición de traslados (inciso b). Es también una novedad relevante, pues las deficiencias, irregularidades u omisiones en la redacción, ordenación y preparación del instrumento se convierte en infracción tipificada. Así, por ejemplo, cuando la escritura no sigue la estructura legal, o se omite la minuta preceptiva o la inserción de documentos legales. También es falta que los traslados no cumplan las formalidades impuestas a los testimonios, partes y boletas.
- No adoptar los medios idóneos que garanticen la adecuada conservación de los documentos que conforman su archivo (inciso c). Lo que no solo implicaría la pérdida de los instrumentos, sino su deterioro, o incluso la mera exposición del riesgo de pérdida. No es infracción de daño, sino de peligro.
- No cumplir los requisitos mínimos de capacitación (inciso d). El notario es profesional del derecho, especialmente cualificado, por cuya delicada función, tiene que capacitarse en forma constante, aun cuando es dudoso que una obligación de este tipo sea realmente efectiva, y no un mero ritualismo sin sentido.
- No cumplir el horario mínimo señalado en la ley (inciso e), que es de siete horas de atención diaria, de lunes a viernes.
- No responder de manera oportuna a las comunicaciones formuladas por las instancias registrales sobre la autenticidad de los instrumentos (inciso f). El sistema registral no puede discriminar lo auténtico y falso, sin embargo, en lugar que el legislador ordene su

reforma, mas bien se ha optado por imponer un deber de información a los notarios. Pero, ¿quién sanciona al registro? Una ley que impone todas las responsabilidades a los notarios, pero en donde el registro no hace autocrítica alguna, es insuficiente.

- Incumplir injustificadamente los encargos o comisiones que se le encomiende en el ejercicio de su función, incluyendo las obligaciones de supervisión que correspondan en caso de asumir cargo directivo (inciso g). Por ejemplo, los notarios deben participar en comisiones de inspección de sus propios colegas, lo que no puede excusarse salvo causa justificada.
- No mantener una infraestructura física y tecnológica mínima, de acuerdo a la ley y el reglamento (inciso h). La infracción necesita complementarse con la aprobación de normas adicionales que regulen con detalle la infraestructura notarial requerida.
- No efectuar debidamente las verificaciones necesarias y el exacto diligenciamiento en la autorización de actas y certificaciones (inciso i). Es importante que se establezca una infracción cuando se actúa incorrectamente en el ámbito de los instrumentos extraprocolares, pero debe aclararse que este inciso no se refiere a los atentados a la fe pública, ya previstos en el art. 149-B inciso e), sino a la inobservancia de deberes de diligencia en el otorgamiento de actas y certificaciones, tales como la apertura de libro de actas que omite el número que le corresponde, o la carta notarial diligenciada en hora no oportuna, lo que motiva que deba ser dejada bajo puerta, o la autorización de viaje en el que se consigna incorrectamente el nombre del menor, etc.
- No brindar sus servicios en los términos y oportunidad ofrecidos (inciso j). Lo que implica una actuación desviada en cuanto a la forma y tiempo, como ocurre con un traslado ilegible, o con la generación de un asiento registral de presentación con título diferente, o expedir reproducción de acta cuando se requirió copia certificada, entre muchos otros.
- Faltar el respeto de cualquier modo a notarios, miembros del Tribunal de Honor, a la junta directiva y del Consejo del Notariado

(inciso k). Esta norma es de interpretación restrictiva, pues, a través de una pretendida falta, podría buscarse la mordaza contra los notarios, con lo que se impediría el ejercicio de su libertad de opinión. En tal sentido, ¿qué significa “faltar el respeto”? No puede ser la crítica o la adjetivación, por más dura que sea, propia del ámbito profesional, pues lo contrario infringe las bases mismas de la sociedad democrática, como ocurre con el debate y la deliberación. Por tanto, la falta de respeto solo puede comprender los agravios e insultos personales, sin relación alguna con la actividad notarial. Por tanto, se trata de un ataque a la persona, no a la gestión, a su actividad o a su actuación.

- Usar publicidad que contravenga la ley, su reglamento o normas especiales (inciso l). Por ejemplo, el notario se encuentra limitado a presentar anuncios o publicidad comercial, que no se reduzcan a poner en conocimiento su nombre, función y oficio, pero no en “ventajas de su servicio” o “calidad de sus instrumentos” o “precios reducidos”. La idea es que la competencia se realice por efecto en el público del servicio mismo, pero no por campañas publicitarias.
- Incumplir sin dolo cualquier otro deber propio de la función notarial sea de origen legal, reglamentario o estatutario (inciso m). La diferencia entre esta norma genérica, con otras análogas, se debe a la ausencia de dolo. Por tanto, el incumplimiento de cualquier deber, con dolo, y que causa perjuicio, no tipificado en otra norma, es falta muy grave; mientras que el incumplimiento de cualquier deber, no tipificado, con dolo, pero sin perjuicio concreto, es falta grave; en cambio, ese mismo incumplimiento, sin dolo, es falta leve.
- Las demás infracciones leves aprobadas con tal carácter por el reglamento de la ley (inciso u¹⁴⁷⁴), con lo cual se da cobertura legal a la tipificación infra-legal, lo que está permitido por la Ley 27444, aunque el reglamento del año 2010 ha quedado en precaria situa-

1474 La norma individualiza el inciso con la “u”, pese a que el inciso anterior es “m”, por lo que correspondería la letra “n”, por tanto, se trata de un error material.

ción, pues, en la práctica quedó invalidado, luego de la sentencia de acción popular, ya comentada.

4.2.6. Sanciones

El régimen de sanciones ha variado con el art. 150 LN, modificado con D.L. 1232, especialmente al incorporarse las multas, con el fin de evitar sanciones meramente simbólicas, como la amonestación privada o pública.

El catálogo de sanciones es el siguiente:

- a) En caso de infracciones leves: amonestación privada o pública, y una multa no mayor de 1 UIT.
- b) En caso de infracciones graves: suspensión temporal del notario en el ejercicio de la función hasta por el máximo de un año, y una multa no mayor de 10 UIT.
- c) En caso de infracciones muy graves: destitución y una multa mayor de 10 UIT y hasta 20 UIT.

El art. 149-A, inciso a) LN, modificado por D.L. 1232 establece que es “falta muy grave”, la comisión de tres infracciones disciplinarias graves dentro del plazo de un año, siempre que las resoluciones sancionadoras hayan quedado firmes. Por su parte, el art. 149-B, inciso a) LN, modificado por D.L. 1232 señala que es “falta grave”, la comisión de tres infracciones disciplinarias leves dentro del plazo de un año, siempre que las resoluciones sancionadoras hayan quedado firmes. Esta técnica legislativa es un grosero error técnico, pues la comisión de tres faltas no es una “nueva falta”, sino que exige la graduación de la sanción que el notario deba recibir en la tercera infracción. Así, tres faltas leves hacen que la última se sancione como grave; y tres faltas graves hacen que la última se sancione como muy grave. Por tanto, no es lo mismo “crear una cuarta infracción” que “graduar la sanción de la tercera infracción”. Este error técnico no es superfluo, pues en realidad hace inoperativa absolutamente la norma, en tanto, al convertir la tercera falta en una cuarta, entonces se produce violación del principio *non bis in idem*, por tanto, un mismo hecho se sanciona dos veces.

Nótese que, en la medida de lo posible, se ha eliminado o mediatizado la graduación de sanciones, de tal suerte que la comisión de falta muy grave conlleva la destitución. Este automatismo es contrario a los principios de

razonabilidad y proporcionalidad que rigen en el procedimiento sancionador. Por ejemplo, supongamos el caso de un notario que autoriza un escrito, como abogado, de un pariente lejano suyo, que no se encuentra permitido dentro de las excepciones legales. Pues bien, en ese caso, sin más, la sanción es la destitución. Sin dudas, se trata de un catálogo de sanciones exagerado y extremista, pues no tiene en cuenta la graduación, acorde con la gravedad del hecho, la excusabilidad de la conducta, la existencia o no de daño, la reiteración de las faltas, entre otros criterios razonables.

La amonestación privada constituye una llamada de atención por escrito dirigida al notario para que corrija su actuación, y que solo se notifica al notario concernido. La amonestación pública es la misma llamada de atención, pero que, además de notificarse al notario infractor, se publica en el diario oficial y en otro de circulación nacional. La suspensión es el cese temporal en el ejercicio de la función notarial y se extiende desde un día hasta un año; por lo que debe procederse al cierre temporal de los registros mediante diligencia levantada por el decano y secretario del Colegio. La destitución, por último, es el cese definitivo en el ejercicio de la función notarial, como consecuencia de una infracción.

4.2.7. Reglas del procedimiento sancionatorio

a) En el procedimiento notarial

El procedimiento sancionador se realiza en las siguientes etapas: (i) Inicio, imputación o notificación de cargo: acto de la administración con el que se delimita el sujeto investigado, los hechos de investigación y las infracciones imputadas, lo que determina el derecho del administrado de formular su descargo, sin que la omisión de ello afecte la presunción de inocencia; (ii) Fase instructora, por cuya virtud se imputa la infracción al administrador, con el consiguiente acopio de pruebas de cargo y descargo, de competencia de un órgano de instrucción; (iii) Fase decisora, en la que se resuelve la existencia o no de infracción, así como la sanción o absolución que correspondiese, a cargo de un órgano de decisión, distinto del instructor, con el fin de resguardar la imparcialidad; (iv) Fase impugnadora o recursiva, en la que se decide la apelación del administrado por parte de un órgano de segunda instancia que revisa la legalidad del procedimiento y de la sanción.

El procedimiento disciplinario se inicia por resolución del Tribunal de Honor, emitida de oficio, bien por propia iniciativa, a solicitud de la junta directiva, del Consejo del Notariado, o por denuncia de parte. En este último caso, el tribunal previamente solicitará informe al notario cuestionado a fin de que efectúe su descargo en el plazo máximo de 10 días hábiles, y en mérito de este, el tribunal resolverá si hay lugar al inicio del procedimiento disciplinario en un plazo máximo de 20 días hábiles. Cuando el procedimiento disciplinario se inicia a solicitud del tribunal, de la junta directiva o del Consejo, se abrirá investigación sin previa calificación (art. 151 LN, modificado por D.L. 1232).

La apertura de procedimiento disciplinario no es impugnabile, y tendrá expresa indicación de la imputación, el fundamento jurídico que sustenta la calificación de los hechos como presunta infracción y el derecho del notario a formular su descargo en el plazo de 15 días hábiles (art. 69 del reglamento, de dudosa vigencia). Inmediatamente luego de notificada esta resolución, se remite el expediente al Fiscal de la junta directiva a efecto de que asuma la investigación de la presunta infracción (art. 151 LN, modificado por D.L. 1232). Por su parte, la resolución que deniega la apertura es impugnabile (interpretación a contrario: art. 151 in fine LN, concordante con art. 15 D.S. 005-94-JUS), y aunque no se señala el plazo, se supone que debe aplicarse las normas del procedimiento general, por lo que el plazo de apelación será de 15 días hábiles. El expediente se eleva al Consejo del Notariado, quien resuelve en segunda instancia (art. 68 del reglamento, de cuestionable validez).

El proceso disciplinario se desarrollará en un plazo máximo de 90 días hábiles, siendo los primeros 45 días hábiles para la investigación a cargo del fiscal de la junta directiva del Colegio, quien deberá emitir dictamen con la motivación fáctica y jurídica de opinión por la absolución o no del procesado, y, de ser el caso, la propuesta de sanción, procediendo inmediatamente a devolver todo lo actuado al Tribunal de Honor para su resolución. En circunstancias excepciones, tratándose de casos complejos, debidamente sustentados y demostrados, podrá ampliarse el plazo en 30 días hábiles adicionales, máximo en 2 oportunidades (art. 152 LN, modificado por D.L. 1232, primer párrafo).

El Fiscal notifica el dictamen al notario y al denunciante. Seguidamente, remite lo actuado al Tribunal de Honor (art. 70 del reglamento, de cuestionable validez). Sin embargo, la estructura y garantías del procedimiento sancionador, previsto en el TUO, avala que se notifique el dictamen, que tiene el carácter de informe final de instrucción, pues el fiscal asume la función de órgano instructor.

El Tribunal de Honor cita a la audiencia en el plazo máximo de 15 días útiles, para lo cual se notifica al Fiscal, notario y denunciante, si fuese el caso. La audiencia se inicia con la sustentación oral del Fiscal, luego se concede el uso de la palabra al denunciante y, finalmente, el notario o su abogado ejerce el derecho de defensa (art. 71 del reglamento, de muy dudosa vigencia). La norma ha confundido una audiencia en la que se discuten, actúan e impugnan las pruebas, en forma similar con el juicio oral del proceso penal, con un simple informe oral de las partes.

El Tribunal de Honor emite resolución final en el plazo de 45 días hábiles contado desde la remisión del expediente. La resolución puede ser absoluta, o conforme con la del Fiscal, o conforme parcialmente mediante la imposición de una sanción menor o, incluso, mayor a la propuesta. Excepcionalmente, puede declarar la nulidad del procedimiento y retrotraer la investigación al momento en que se incurrió en el vicio (art. 71 del reglamento, de cuestionable vigencia).

La resolución del Tribunal de Honor es apelable en el plazo de 15 días hábiles, y el recurso se interpone ante el mismo Tribunal (art. 72 del reglamento, de dudosa validez). En caso de que el fiscal haya emitido dictamen de opinión por la responsabilidad del procesado y el Tribunal de Honor hubiera resuelto por la absolución o sanción menor a la propuesta, el fiscal está obligado a interponer el recurso de apelación (art. 152 LN, modificado por D.L. 1232, segundo párrafo). Las resoluciones finales emitidas en primera instancia en los procedimientos iniciados de oficio serán remitidos en revisión al Consejo del Notariado (art. 152 LN, modificado por D.L. 1232, in fine). En caso de denegatoria de la apelación, el interesado puede acudir en queja, directamente ante el Consejo del Notariado, en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación de la denegatoria. En tal caso, el Consejo dispone

la elevación del expediente y con su solo mérito procede a resolver (art. 72 del reglamento, de muy cuestionable vigencia).

Una vez concedido el recurso, el Consejo del Notariado cita a vista de la causa. Excepcionalmente, dispone la actuación de prueba de oficio cuando sea imprescindible para tomar decisión, en cuyo caso notifica a las partes. La resolución del Consejo se emite en el plazo de 180 días contados desde la recepción del expediente, y con ello se agota la vía administrativa (art. 73 del reglamento, concordante con el art. 152 LN, modificado por D.L. 1232, tercer párrafo).

Los plazos establecidos para el procedimiento disciplinario no son de caducidad, es decir, puede continuarse el trámite sin mayor problema, pero su incumplimiento genera responsabilidad para las autoridades competentes. En el caso del Tribunal de Honor, si se incumple con el plazo establecido en el presente artículo, se aplicará a cada uno de sus miembros una sanción de 0.5 UIT, la misma que continuará devengándose por el mismo monto por cada seis meses mientras subsista la inobservancia. Esta sanción se aplica por cada procedimiento disciplinario. El titular de la multa es el Consejo del Notariado (art. 152 LN, modificado por D.L. 1232, cuarto párrafo).

Las modificaciones en el procedimiento disciplinario deben juzgarse con luces y sombras, pues siempre constituye un acierto la detallada tipificación de las faltas, aunque varias de ellas puedan criticarse por su indeterminación o desproporción, como ocurre cuando una infracción muy grave representa, en realidad, un muy leve perjuicio, o viceversa; así como en el establecimiento de plazos específicos para que los procedimientos sean eficaces y eficientes, incluso con sanciones a los miembros del Tribunal de Honor, aunque ello no puede ser automático ni objetivo, ni con sanciones tasadas, sin valoración del caso. Por su parte, es negativo, y tal vez inconstitucional, que cualquier falta muy grave sea sancionada con destitución, o cualquier falta grave con suspensión, sin que se tenga en cuenta elementos de graduación o ponderación.

La primera instancia del procedimiento disciplinario la resuelve el Tribunal de Honor de los Colegios de Notarios, y la segunda instancia, el Consejo del Notariado (art. 147 LN). Cada Colegio de Notarios tendrá un

Tribunal de Honor¹⁴⁷⁵, compuesto de tres notarios que no integran simultáneamente la directiva, pudiendo convocar notarios de otros distritos (art. 132 LN, modificado por D.L. 1232). El Tribunal se elige por asamblea general, mediante votación secreta, por mayoría de votos y mandato de dos años. Se elegirá de la misma forma a los titulares y suplentes. Estos últimos actúan en caso de abstención o impedimento de titulares (art. 133 LN, modificado por D.L. 1232).

b) En el procedimiento general

Los actos principales de la fase instructora, necesariamente separada de la decisora (art. 254.1.1 TUO) son los siguientes:

- a) Imputación clara y precisa (art. 254.3 TUO), debidamente notificada (arts. 254.3 y 255.3 TUO), que presupone un periodo de investigación, averiguación e inspección previa, salvo flagrancia o prueba fehaciente (art. 255.1 TUO)
- b) Plazo para descargo: mínimo 5 días (art. 254.4 TUO)
- c) Recolección de pruebas (art. 255.4 TUO)
- d) Informe final de instrucción que detalle la conducta que se considera probada, norma que prevé sanción, sanción propuesta o no existencia de infracción (art. 255.5 TUO), debidamente notificada (art. 255.5 TUO)

Los actos principales de la fase decisora, distinta de la instructora, son los siguientes:

1475 Es imprescindible dotar a los Tribunales de Honor de la mayor independencia de criterio, solo sujetos a la Constitución y la ley, sin interferencias o coacciones de ningún tipo, ya sean internas o externas. En tal sentido, y por virtud del principio "donde hay recurso, no hay responsabilidad", entonces las decisiones del Tribunal no generan resarcimiento, aunque fuesen revocadas, y salvo probablemente el caso de dolo, pues el interesado siempre puede revertir la decisión con el oportuno recurso ante el Consejo del notariado, por tanto, en caso de no plantearse la impugnación, el daño sería ocasionado por el mismo notario ante su omisión. De esta forma, además, se evitan las amenazas veladas o reales sobre un futuro resarcimiento pudiesen atentar contra la independencia de actuación de estos órganos. La situación no es inédita, como se ha comprobado en la práctica con la acción judicial interpuesta por un notario restituido en virtud de sentencia judicial, y que ha demandado la indemnización contra un grupo de notarios que votó en asamblea general por su destitución (bajo las reglas del D. Ley 26002).

- a) Notificación del informe final de instrucción (art. 255.5 TUO)
- b) Plazo para descargo escrito: 5 días (art. 255.5 TUO)
- c) Informe oral (art. IV.1.2 TP-TUO)
- d) Resolución (art. 255.6 TUO) con suficiente motivación en la que se evalúe argumentos y/o pruebas de cargo y descargo, debidamente notificada.

El procedimiento sancionador no puede exceder de nueve meses desde la notificación de imputación de cargos hasta la notificación de la resolución que impone la sanción, prorrogable excepcionalmente por tres meses adicionales siempre que se notifique al administrado la resolución de ampliación debidamente motivada, previo a su vencimiento, pues, en caso de transcurrir el plazo, y su adicional, el procedimiento se archiva por caducidad administrativa, que se declara de oficio, tanto por el órgano de primera instancia, como por el de segunda, si advierte que se ha producido, sin perjuicio que la autoridad puede reiniciar un nuevo caso, siempre que no hubiese operado la prescripción, conservando lo actuado en la fiscalización, los medios probatorios ya actuados, así como las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas por el plazo de tres meses adicionales en tanto se inicia el nuevo sancionador, luego de lo cual caducan, aunque pueden disponerse nuevas medidas (art. 259 TUO). La caducidad surge en el D.L. 1272, con la finalidad de evitar la paralización de las actuaciones en el sancionador, lo que implicaba someter al administrado a un trámite sin cierre, lo que atente contra el derecho a un plazo razonable que permita dilucidar la situación jurídica del imputado.

Los actos principales de la fase impugnadora son las siguientes:

- a) Recurso de reconsideración, con nueva prueba (art. 218.2 TUO)
- b) Informe oral, si fuse el caso (art. IV.1.2 TP-TUO)
- c) Resolución de la reconsideración (art. 227.1 TUO)
- d) Recurso de apelación (art. 218.2 TUO)
- e) Informe oral, si fuse el caso (art. IV.1.2 TP-TUO)
- f) Resolución del Consejo del Notariado, que agota la vía administrativa

Es indudable la difícil adecuación entre la estructura del procedimiento sancionatorio notarial con el general, pues, múltiples garantías impuestas en el segundo no han sido consideradas en el primero. Por ejemplo: el plazo para formular un descargo ante el informe del fiscal (órgano de instrucción), aunque habría que otorgar ese derecho al administrado; o, la inexistencia de caducidad en uno, sin importar el tiempo que se extiende, lo que, en sana hermenéutica, debería entenderse derogado por la la caducidad incorporada por el D.L. 1272, norma posterior al D.L. 1232, sin que pueda invocarse la “especialidad” de la primera, pues esta última tiene carácter de imponer garantías mínimas para todo procedimiento sancionatorio.

4.2.8. Medida cautelar

La medida cautelar de suspensión del notario durante el transcurso del procedimiento disciplinario opera cuando se cumplen dos requisitos: primero, existan “indicios razonables” de la comisión de la infracción (debió decir: “prueba suficiente”); segundo, cuando dada la gravedad de la conducta irregular se prevea la imposición de la sanción de destitución (art. 153 LN).

Esta figura se ha cuestionado por la supuesta arbitrariedad que implicaría la suspensión de funciones a un notario cuando no exista decisión firme. El argumento no es correcto, pues todos los procesos, de cualquier tipo que fuesen, prevén siempre las medidas cautelares que aseguran la eficacia de la decisión definitiva. La tutela cautelar tiene sustento constitucional, a través del derecho a la tutela judicial efectiva. Nótese que, hasta los jueces, que tienen un estatuto protector previsto en la Constitución para garantizar su independencia, pueden ser suspendidos en el cargo. Por tanto, no hay razón alguna para que esa misma figura no pueda ser aplicada al notario.

La STC N° 00009-2009-PI/TC reafirma la constitucionalidad del art. 153 LN, en cuanto establece que la intromisión leve en el derecho del notario (suspensión temporal), pero el fin pretendido es de gran relevancia (resguardar el correcto ejercicio de la función notarial) (27 y 28 c.). Por lo demás, la medida cautelar en sede notarial es de carácter más garantista que la judicial, pues la suspensión no puede exceder el plazo máximo fijado por la ley para el desarrollo del procedimiento disciplinario. Es decir, una

vez transcurrido el plazo del procedimiento (máximo 90 días), sin contar con una decisión, entonces la suspensión queda sin efecto, y el notario se reincorpora a la función.

4.2.9. Prescripción de las infracciones

El art. 154 LN establece que la acción disciplinaria prescribe a los cinco años contados desde el día en que se cometió la presunta infracción. Sin embargo, en forma contradictoria, pocos días antes, el D.L. 1029 modificó el art. 233 de la Ley 27444 reduciendo el plazo de prescripción de cinco a cuatro años, con la idea de uniformizar los plazos en todos los ámbitos de la actuación administrativa, pero eso no ocurrió con la ley notarial, de fecha posterior (D.L. 1049), por lo que evidentemente se encuentra vigente el plazo quinquenal, pues el TUO permite plazos especiales de prescripción. El mismo art. 154 LN señala que el inicio del proceso disciplinario y/o la existencia de un proceso penal interrumpen el término de la prescripción, por lo que se pierde totalmente el plazo que hubiese avanzado. El art. 233 de la Ley 27444 precisa que la interrupción se produce con la notificación del acto de inicio del procedimiento. No obstante, el plazo prescriptorio se reanuda si el expediente se mantiene paralizado por más de 25 días hábiles por virtud de causa que no sea imputable, lo que tendría aplicación en el sancionatorio notarial.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

LIBROS Y ARTÍCULOS:

- Acevedo, I. (1959) *La institución del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, sus antecedentes legales y reformas más urgentes*. UNMSM: Lima.
- Acosta, P. (2009) "El derecho de acceso a la justicia como norma de *ius cogens* según la Jurisprudencia Interamericana". En: VVAA. *Apuntes sobre el Sistema Interamericano*. Externado: Bogotá.
- Adrogué, M. & Apuy, J. (1986) "La protección del embargo en en el tráfico jurídico inmobiliario". En: Adrogué, M. & Gutiérrez, A. & Arraga, M. & Amuy, J. *Temas de derechos reales*. Plus Ultra: Buenos Aires.
- Alexy, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. C. Bernal). CEPC: Madrid.
- Allorio, E. (1963) *Problemas de derecho procesal* (Trad. S. Sentís). EJE: Buenos Aires.
- Alpa, G. (2006) *Curso di diritto contrattuale*. CEDAM: Padua.
- Álvarez Caperochipi, J. (1986) *Derecho Inmobiliario Registral*. Civitas: Madrid.
- Álvarez Caperochipi, J. (1986a) *Curso de Derechos Reales*. T. I y II. Civitas: Madrid.
- Álvarez Caperochipi, J. (1990) *Curso de Derecho Hereditario*. Civitas: Madrid.
- Álvarez Caperochipi, J. (1995) *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*. Comares: Granada.
- Álvarez Caperochipi, J. (2000) *Curso de Derecho de Obligaciones*. T. I: *Teoría General de la Obligación*. Civitas: Madrid.
- Álvarez Caperochipi, J. (2002) *Curso de Derecho de Obligaciones*. T. II. Civitas: Madrid.

- Álvarez Caperochipi, J. (2004) *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso*. 2º ed. Comares: Granada.
- Álvarez Caperochipi, J. (2006) *Derecho Inmobiliario Registral*. 2º ed. Comares: Granada.
- Álvarez Caperochipi, J. (2010) *Derecho Inmobiliario Registral*. 3º ed. Jurista Editores: Lima.
- Álvarez Caperochipi, J. (2012) *Derecho Inmobiliario Registral*. 3º ed. Ediciones Legales: Lima.
- Amadio, G. (2005) *Lecture sull'autonomia privata*. CEDAM: Padua.
- Amorós, M. (1967) "La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 463: Madrid.
- Andrade, M. (2009) *Prática de Direitos Reais. Questoes teóricas e hipóteses resolvidas*. Quid Juris: Lisboa.
- Ariano, E. (2016) "La ejecución de garantías reales en el Perú. Antecedentes olvidados y perspectivas de reforma". En: *Docentia e Investigatio*. Vol. 18. Nº 1. UNSMM: Lima.
- Arija, C. (2000) *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*. Comares: Granada.
- Ariño, G. (2004) *Principios de derecho público económico*. ARA: Lima.
- Arnáiz Eguren, R. (1991) "Aspectos civiles y registrales de la declaración de obra nueva". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 607: Madrid.
- Arnáiz Eguren, R. (1993) *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*. Civitas: Madrid.
- Arnáiz Eguren, R. (1998) "El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 645: Madrid.
- Arnáiz Ramos, R. (2002) "La anotación preventiva de embargo en la Ley española de enjuiciamiento civil". En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Nº 98: Lima.
- Arrieta, L. (2010) *El Torrens title y el Registro de la propiedad español*. CRPME: Madrid.
- Arroyo, I. (2005) *Compendio de Derecho Marítimo*. 2º ed. Tecnos: Madrid.

- Auletta, G. & Salanitro, N. (2012) *Diritto Commerciale*. 19º ed. Giuffrè: Milán.
- Avendaño, J. (2012). "La propiedad en el Código Civil". En: Priori, G. (Ed) *Estudios sobre la propiedad*. PUCP: Lima.
- Ávila, P. (1990) *Derecho Notarial*. Bosch Casa Editorial: Barcelona.
- Baca, V. (2017) "La naturaleza revocatoria y los límites de la extinción de los títulos habilitantes por incumplimiento de condiciones". En: Laguna de Paz, J. et. al. (Coords.) *Derecho administrativo e integración europea*. V. II-2º. Reus: Madrid.
- Baca, V. (2019) "El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, en especial mirada al caso peruano". En: *Revista digital de derecho administrativo*. N° 21. Externado: Bogotá.
- Badosa Coll, F. (2009) "El poder de disposició en el dret civil catalá. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals". En: Badosa Coll, F. & Gete-Alonso, M. (Dres) *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*. Marcial Pons: Madrid.
- Baena, P. (2002) *Privilegios, hipotecas y embargos preventivos sobre el buque y la aeronave*. Marcial Pons: Madrid.
- Barbero, D. (1967) *Sistema del Derecho Privado* (Trad. S. Sentís). EJEA: Buenos Aires.
- Barona, S. (2008) "El proceso de ejecución". En: Montero Aroca, J. & Gómez Colomer, J. & Montón, A. & Barona, S. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*. T. II. 16º ed. Tirant Lo Blanch: Valencia.
- Barrio del Olmo, C. (2016). "Función notarial y desarrollo práctico de la Ley de Jurisdicción Voluntaria". En: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-67/6661-funcion-notarial-y-desarrollo-practico-de-la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria> (consulta: 23.6.2019).
- Basadre, J. (2005) *Historia de la República del Perú (1822-1933)*. El Comercio: Lima.
- Bazán Naveda, C. (2000) "La sucesión intestada". En: *El Notario Peruano*. T. I. Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú: Lima.
- Becerra Palomino, C. (2000) "La competencia notarial en asuntos no contenciosos. Análisis crítico de la legislación peruana". En: *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*. N° 10: Lima.

- Benavides, J. (1977) "Las concesiones administrativas de autopistas y el Registro de la Propiedad". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 523: Madrid.
- Berlingieri, F. (1982) *Derecho Marítimo* (Trad. M. Dolce & C. Sesana). Abeledo Perrot: Buenos Aires.
- Besser, G. (2014) *El proceso de desahucio por falta de pago*. Marcial Pons. Madrid.
- Betti, E. (2001) "Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico". En: Betti, E. & Galgano, F. & Scognamiglio, R. & Ferri, G. *Teoría general del negocio jurídico - 4 estudios fundamentales* (Trad. L. León). ARA: Lima.
- Bianca, M. (2006) *Diritto Civile*. T. VI: *La Proprietà*. Giuffrè: Milán.
- Bigio, J. (1994) *El contrato de arrendamiento. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil*. Gaceta Jurídica: Lima.
- Biondi, B. (1969) *Le servitù prediali nel diritto romano*. Giuffrè: Milán.
- Biondi, B. (2003) *Los Bienes* (Trad. A. Martínez-Radio). Bosch: Barcelona.
- Bizzarro, A. (2012) *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*. ESI: Nápoles.
- Bonfanti, M. & Garrone, J. (1970) *De los títulos de crédito*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires.
- Boyer, J. (2012) "Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el principio Non Bis in Idem". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 11. Lima.
- Brancós, E. (2013) "El proyecto del nuevo artículo 9 LH". En: *El Notario del Siglo XXI*. N° 52: Madrid.
- Breccia, U. & Bigliuzzi, L. & Natoli, U. & Busnelli, F. (1992) *Derecho Civil*. T. I, V. 1: *Normas, Sujetos y Relación Jurídica* (Trad. F. Hinestroza). Externado: Bogotá.
- Bunge, M. (2013) *La ciencia. Su método y su filosofía*. 4° ed. Laetoli: Pamplona.
- Cabanas, R. (2009) *Inscripción y personalidad jurídica (una lectura mercantil a la luz de la Constitución y la legislación de asociaciones)*. Consejo General del Notariado: Madrid.
- Calvosa, L. (2008) "Constitución". En: VVAA. *Derecho Italiano de Sociedades (Manual Breve)* (Trad. N. Latorre & V. Martí). Titant Lo Blanch - Universitat de València: Valencia.
- Canelo, R. (2015) *Derecho de garantías civiles y comerciales*. Grijley: Lima.

- Cantuarias, F. (1997) "Bienes muebles e inmuebles vs. Bienes registrables y no registrables". En: *Revista del Magíster en Derecho Civil*. V. I – N° 1. PUCP: Lima.
- Carbonell, E. (2011) *Elementos de Derecho Comercial*. Guerra: Brasilia.
- Carrancho, M. (1997) *La constitución de fundaciones*. J. M. Bosch: Barcelona.
- Carresi, F. (1987) *Il Contratto*. Giuffrè: Milán.
- Carretero, T. (1965) "Retornos al Código Civil. Capítulo II". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 440-441: Madrid.
- Carretero, T. (1974) "Los principios hipotecarios y el derecho comparado". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 500: Madrid.
- Carvalho, C. (2012). *Ficciones jurídicas en el derecho tributario* (Trad. C. Lavado & Z. Cabrera). Pacífico: Lima.
- Casado, P. (2000) "El principio de tipicidad en el nuevo régimen de nuestro Registro Mercantil". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 675: Madrid.
- Casado, P. (2000) *Los Principios Registrales Mercantiles*. CRPME: Madrid.
- Castañeda, J. (1958) *Los Derechos Reales*. T. I. UNMSM: Lima.
- Castañeda, J. (1966) *Los Derechos Reales*. T. II. UNMSM: Lima.
- Castillo, L. (2003) *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Univ. de Piura – ARA: Lima.
- Castillo, L. (2020) *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. T. I. Zela: Lima.
- Castro-Pozo, H. (2000) *Régimen legal urbano*. Gaceta Jurídica: Lima.
- Castro-Pozo, H. (2007) *Derecho Urbanístico*. Grijley: Lima.
- Cavallé, A. (2012) *El notario como garante de los derechos de la persona*. Jurista Editores: Lima.
- Cavallero, L. (1993) *Las prohibiciones de disponer: su proyección como garantía*. J. M. Bosch Editor: Barcelona.
- Chico Ortiz, J. & Ramírez, C. (1972) *Temas de Derecho Notarial y Calificación Registral del Instrumento Público*. Montecorvo: Madrid.
- Cicero, C. (2000) *L'ipoteca*. Giuffrè: Milán.
- Cian, G. (2009) *Commentario Breve al Codice Civile*. 9° ed. CEDAM: Padua.

- Cieza, J. (2013) "La impugnación de acuerdos, la moral y la seguridad jurídica". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. N° 178: Lima.
- Clemente, M. (2000) *El acreedor de dominio*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Cocca, A. (1981) *Las Fundaciones*. Plus Ultra: Buenos Aires.
- Colina, R. (1997) *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*. J. M. Bosch Editor: Barcelona.
- Comporti, M. (1980) *Diritti reali in generale*. Giuffrè: Milán.
- Comporti, M. (2011) *Diritti reali in generale*. 2° ed. Giuffrè: Milán.
- Cordeiro, A. (2012) *Tratado de Direito Civil*. 4° ed. Almedina: Coimbra.
- Cornejo, A. (2001) *Derecho Registral*. Astrea: Buenos Aires.
- Cornejo, C. (1997) *El sindicato de bloqueo de acciones*. Cultural Cuzco: Lima.
- Corvetto, A. (1991) "Legalización de fotocopias de testimonios expedidos por otros notarios". En: *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*. N° 2: Lima.
- Couture, E. (1949) *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediar: Buenos Aires.
- Culaciatti, M. (2010) "Tutela de los derechos reales". En: Kiper, C. (Dr.). *Juicio de acciones reales*. Hammurabi: Buenos Aires.
- Curiel, F. (1997) "La legitimación registral". En: VVAA. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. CRPME: Madrid.
- Danós, J. (2009) "El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano". En: VVAA. *Aspectos del derecho procesal constitucional*. Idemsa: Lima.
- De Ángel, R. (1982) *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Univ. Deusto: Bilbao.
- De Castro, F. (1987) *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Civitas: Madrid.
- De Castro, F. (1991) *La persona jurídica*. Civitas: Madrid.
- De Castro, F. (1997) *El negocio jurídico*. Civitas: Madrid.
- De Eizaguirre, J. (1999) *Derecho Mercantil*. Civitas: Madrid.
- De Eizaguirre, J. (2002) "La subjetivación de las sociedades de personas". En: VVAA. *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. T. I. McGraw Hill: Madrid 2002.

- De La Fuente, R. (2012) *La herencia fideicomisaria desde Roma hasta el Derecho Peruano*. Palestra: Lima.
- De La Iglesia, E. (2005) "La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 689: Madrid.
- De La Lama, M. (1902) *Código de Comercio, con notas críticas, explicativas y de concordancia*. Librería e Imprenta Gil: Lima.
- De La Rica M., R. (1977) "La anotación preventiva en general". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 519: Madrid.
- De La Rica M., R. (1982) "Esquemas sobre la valoración actual del Derecho Hipotecario". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 548: Madrid.
- De Los Mozos, J. (1988) *Derecho Civil. Método, Sistemas y Categorías Jurídicas*. Civitas: Madrid.
- De Los Mozos, J. (1993) *El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la Tradición Jurídica*. EDERSA: Madrid.
- De Noriega, R. (1971) *Derecho Registral Mercantil*. Ed. Rafael de Noriega: Trujillo.
- De Prada, J. (2002) "Actividades mercantiles de las fundaciones". En: VV.AA. *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. T. I. McGraw Hill: Madrid.
- De Reina, G. (2007) *Sistema de Derechos Reales*. Ad Hoc: Buenos Aires.
- De Reina, G. (2009) *Principios Registrales*. Heliasta: Lima.
- De Soto, H. (2009) *El misterio del capital*. Grupo Editorial Norma: Lima.
- Del Valle, A. (1903) *Manual del Registro de la Propiedad Inmueble*. Librería e Imprenta Gil: Lima.
- Di Cagno, V. (2001) "El papel social y humano del notario latino". En: *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*. Nº 11: Lima.
- Díaz de León, M. (2000) *Acciones de controversia de límites y de restitución en el nuevo derecho procesal agrario*. Porrúa: México.
- Díez del Corral, J. (1993) *Lecciones Prácticas sobre Registro Civil*. 3º ed. Junta de Decanos de Colegios Notariales de España - Consejo General del Notariado: Madrid.
- Díez Picazo, L. (1995) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Civitas: Madrid.

- Domínguez, M. (2005) *El Registro de Buques, Embarcaciones y Artefactos Navales*. Dilex: Madrid.
- D'ors, A. (1997) *Derecho Privado Romano*. EUNSA: Pamplona.
- Dromi, R. (1994) *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina: Buenos Aires.
- Elías Laroza, E. (2000) *Derecho Societario Peruano*. Normas Legales: Trujillo.
- Elmore, A. (1922) *Tratado de Derecho Comercial* (reimp. 1899). T. II. Imp. Torres Aguirre: Lima.
- Enneccerus, L. & Kipp, Th. & Wolff, M. (1971) *Tratado de Derecho Civil* (Trad. B. González & J. Alguer). Bosch Casa Editorial: Barcelona.
- Esposito, R. (2009) *Tercera Persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*. Amorrortu: Buenos Aires.
- Esquivel, J. (2001) "Vulneración de los principios de prioridad, legitimación y fe pública registral en la adjudicación de un inmueble embargado". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 31: Lima.
- Esturillo, A. (1992) *Estudio de la legislación sobre el registro mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*. CRPME: Madrid.
- Etchegaray, N. (2003) *Técnica y práctica documental. Escrituras y actas notariales*. Astrea: Buenos Aires.
- Etchegaray, N. & Capurro, Y. (2011) *Derecho notarial aplicado*. Astrea: Buenos Aires.
- Falzea, A. (1985) *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè: Milán.
- Falzea, A. (2006) "El principio jurídico de la apariencia" (Trad. L. León). En: *Revista Derecho*. N° 59. PUCP. Lima.
- Farías, M. (1998) "Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 646: Madrid.
- Fernández, R. & Gómez Leo, O. (1987) *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. Depalma: Buenos Aires.
- Fernández de la Gándara, L. (1992) *La sociedad comanditaria por acciones*. En: Uría, R. & Menéndez, A. & Olivencia, M. (Coords.) *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. T. XIII. Civitas: Madrid.

- Fernández del Pozo, L. (1990) *El nuevo registro mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*. CRPME: Madrid.
- Fernández del Pozo, L. (1997) *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles*. Civitas: Madrid.
- Fernández del Pozo, L. (2013) *Publicidad material y fe pública en el registro mercantil*. Marcial Pons: Madrid.
- Fernández Sessarego, C. (2000) *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Grijley: Lima.
- Ferrara, F. (2006) *Teoría de las Personas Jurídicas* (Trad. E. Ovejero). Comares: Granada.
- Ferrer i Riba, P. & Salvador Cordech, P. (1997). "Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*". En: Salvador Cordech, P. (Coord.) *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Civitas: Madrid.
- Ferrero, A. (2002) *Tratado de Derecho de Sucesiones*. 6º ed. Grijley: Lima.
- Ferri, G. (2006) *Manuale di diritto commerciale*. 12º ed. UTET: Turín.
- Ferri, L. (1981) *Trascrizione immobiliare*. N. Zanichelli: Bolonia.
- Ferri, L. (2004) *Lecciones sobre el Contrato* (Trad. N. Carreteros). Grijley: Lima.
- Fessler, H. (1982) "El cometido social de la redacción imparcial de contratos". En: VVAA. *Ponencias de la Delegación Alemana - XVI Congreso Internacional de Notariado Latino, Lima 1982*, Bundesnotarkammer: Colonia.
- Figallo, G. (2007) *Origen, exclusión y reafirmación de las comunidades campesinas del Perú*. San Marcos: Lima.
- Fleisig, H. & De La Peña, N. & Cantuarias, F. (2000) *Trabas legales al crédito en el Perú: Garantías mobiliarias*. UPC: Lima.
- Flume, W. (1998) *El negocio jurídico* (Trad. J. Miquel & E. Gómez). Fundación Cultural del Notariado: Madrid.
- Fueyo, F. (1982) *Teoría General de los Registros*. Astrea: Buenos Aires.
- Fueyo, F. (1990) *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Galgano, F. (1999) *Derecho Comercial* (Trad. J. Guerrero). Temis: Bogotá.
- Galgano, F. (Coord) (2000) *Atlas de Derecho Privado Comparado* (Trad. J. Fernández & R. Vedera). Fundación Cultural del Notariado: Madrid 2000.

- Galgano, F. (2005) *La globalización en el espejo del derecho* (Trad. H. Roitman & M. De La Colina). Rubinzal-Culzoni: Santa Fe 2005.
- Gambaro, A. (2010) "I diritti reali como categoría ordinante". En: Gambaro, A. & Morello, U. (Dres) *Trattato dei Diritti Reali*. T. I. Giuffrè: Milán.
- García Cantero, G. (1966) "La finca como objeto de derecho real". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 453: Madrid.
- García Calderón, F. (2007) *Diccionario de la Legislación Peruana*. UIGV: Lima.
- García Coni, R. & Frontini, Á. (1993) *Derecho Registral Aplicado*. Depalma: Bs. Aires.
- García García, J. (1988) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. T. I. Civitas: Madrid.
- García García, J. (1993) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. T. II. Civitas: Madrid.
- García García, J. (2002) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. T. III. Civitas: Madrid.
- García García, J. (1995) "La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número Conmemorativo de los 50 años de la Reforma Hipotecaria de 1944. CRPME: Madrid.
- García García, J. (1995a) "La finca como base del sistema inmobiliario". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número Conmemorativo de los 50 años de la Reforma Hipotecaria de 1944. CRPME: Madrid.
- García García, J. (2016) *La finca registral y el catastro*. Civitas-Thomson Reuters: Pamplona.
- García Gil, M. & García García, F. (1989) *Jurisprudencia Registral Civil, Mercantil e Hipotecaria*. Librería Bosch: Barcelona.
- García Pita, J. (2000) *El buque como objeto de garantía (consideraciones sobre la hipoteca naval)*. Edersa: Madrid.
- Garrido, J. (1999) *Garantías reales, privilegios y par condicio*. CRPME: Madrid.
- Garrido, M. (2007) "El estatuto del notario en el XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino (México, 2004)". En: VVAA. *El notariado y la reforma de la fe pública*. Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons: Madrid.
- Garrido, P. (2000) *La función notarial, sus costes y sus beneficios*. Consejo General del Notariado: Madrid.

- Garrigues, J. (1987) *Curso de derecho mercantil*. Temis: Bogotá.
- Garzón Valdéz, E. (2006) *Tolerancia, Dignidad y Democracia*. UIGV: Lima.
- Gattari, C. (2004) *Manual de Derecho Notarial*. Depalma: Buenos Aires
- Gaviria, J. (2015) *Las garantías mobiliarias. Fundamentos económicos en la ley colombiana*. Ibáñez: Bogotá.
- Gazzoni, F. (1998) *Manuale di diritto privato*. ESI: Nápoles.
- Giménez Arnau, E. (1976) *Derecho Notarial*. EUNSA: Pamplona.
- Giorgianni, M. (2003) "La Parte General de las Obligaciones a 50 años de la entrada en vigor del Código Civil Italiano". En: *Advocatus. Nueva Época*: Lima.
- Gómez Díez, J. (2010): *La posesión de los bienes hereditarios*. Reus: Madrid.
- Gómez-Ferrer, R. (2009) *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado*. Tirant Lo Blanch: Valencia.
- Gómez Gállico, F. (1995) "El principio de especialidad registral". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número *Conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944*. CRPME: Madrid.
- Gómez Gállico, F. (2003) "La hipoteca de concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 676: Madrid.
- Gómez Tomillo, M. & Sanz, I. (2016) *Derecho administrativo sancionador: Parte General*. 4° ed. Aranzadi: Cizur Menor.
- Gonçalves, C. (2014) *Direito Civil Brasileiro. 5. Direito das Cosas*. Saraiva: Sao Paulo.
- Gonzales Barrón, G. (2007) "El Registro de Concesiones: finalidad, actos inscribibles y efectos". En: *Jus Doctrina & Práctica*. N° 1. Grijley: Lima.
- González, C. (1953) *Teoría General del Instrumento Público*. Ediar: Buenos Aires.
- González Laguna, M. & Manzano, A. (1985) "Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 566: Madrid.
- González Pérez, J. (1984) *Los derechos reales administrativos*. Civitas: Madrid.
- Goñi, M. (2005) *El principio de especialidad registral*. CRPME: Madrid.
- Gordillo Cañas, A. (2004) "El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral". En: *Anuario de Derecho Civil*. T. 57. F. II: Madrid.

- Gordillo Cañas, A. (2006) "El Principio de Fe Pública Registral. Parte I". En: *Anuario de Derecho Civil*. T. LIX – Fasc. II: Madrid.
- Gordillo Cañas, A. (2008) "Bases del derecho de cosas: sistema español". En: De Reina, G. (Coord) *Derechos Reales. Principios, Elementos y Tendencias*. Helias-ta: Bs. Aires.
- Grossi, P. (1992) *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Trad. A. López). Civitas: Madrid.
- Guerrera, F. (2002) "Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare". En: *Rivista delle Società*. Fasc. 1. Giuffrè Editore: Milán.
- Guevara Manrique, R. (1998) *Derecho Registral. Registro de la Propiedad Inmueble. Registro de Bienes Muebles*. T. III. Gráfica Horizonte: Lima.
- Guzmán Brito, A. (2013) *Derecho Privado Romano*. 2º ed. Thomson Reuters: Santiago.
- Hedemann, J. (1931) *Las presunciones en el Derecho* (Trad. L. Sancho). Revista de Derecho Privado: Madrid.
- Heidegger, M. (2014) *Arte y Poesía* (Trad. S. Ramos). FCE: México.
- Heinsheimer, K. (1933) *Derecho Mercantil* (Trad. A. Vicente Gella). Labor: Barcelona.
- Heller, H. (2002) *Teoría del Estado* (Trad. G. Niemeyer). FCE: México.
- Hermida, M. (1952) "La inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 284: Madrid.
- Hernández, A. (2016) "Garantías mobiliarias sobre créditos". En: Hernández, A. (Coord.) *Garantías mobiliarias*. EJC: San José.
- Herrero, M. (2006) *La inmatriculación por título público*. Dykinson: Madrid.
- Hesse, K. (2001) *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Trad. I. Gutiérrez). Civitas: Madrid.
- Hinestroza, F. (2008) *La representación*. Externado: Bogotá.
- Hobsbawn, E. (2010) *La era del capital (1848-1875)*. Crítica: Buenos Aires.
- Hueck, A. & Canaris, C. (1988) *Derecho de los Títulos-Valor* (Trad. J. Alfaro). Ariel: Barcelona.

- Ibba, C. (2006) *La pubblicità delle imprese*. CEDAM: Padua.
- Irti, N. (1992) *La edad de la descodificación* (Trad. L. Rojo). Bosch: Barcelona.
- Jaurrieta, A. (2008) "Identificación de los comparecientes". En: Gómez-Ferrer, R. (Coord). *Jornadas de estudio sobre el nuevo reglamento notarial*. Thomson Civitas: Cizur Menor.
- Jerez, C. (2005) *La buena fe registral*. CRPME: Madrid.
- Jiménez Sánchez, G. (2001) *Lecciones de Derecho Mercantil*. 6º ed. Tecnos: Madrid.
- Juste, J. (2002) "Limitaciones al poder de representación del factor en el giro o tráfico del establecimiento. Actuación del administrador societario en calidad de factor". En: VVAA. *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. T. II. McGraw Hill: Madrid.
- Kaufmann, A. (2006) *Filosofía del Derecho* (Trad. L. Villar & A. Montoya). Externado: Bogotá.
- Kelsen, H. (1960) *Teoría pura del derecho* (Trad. M. Nilve). Universitaria de Buenos Aires: Buenos Aires.
- Kocka, J. (2014) *Historia del capitalismo* (Trad. L. Cortés). Crítica: Barcelona.
- Kübler, F. (2001) *Derecho de Sociedades*. 5º ed. (Trad. M. Klein). Fundación Cultural del Notariado: Madrid.
- Lacruz Berdejo, J. (2011) *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Aranzadi: Cizur Menor (edición facsimilar de la publicada en 1957).
- Lacruz Berdejo, J. & Sancho, F. (1984) *Derecho Civil T. III bis: Derecho Inmobiliario Registral*. J. M. Bosch Editor: Barcelona.
- Lanatta, R. (1974) *Formalidades de los Testamentos*. UNMSM: Lima.
- Lanzas, J. (1993) "Las anotaciones preventivas y las sociedades anónimas". En: *Revista de Derecho Mercantil*: Madrid.
- Larroumet, Ch. (2008) *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado* (Trad. V. Díaz). Legis: Bogotá.
- Laski, H. (1992) *El Liberalismo Europeo* (Trad. V. Miguélez). FCE: México.
- Lázaro, E. (1994) *La nulidad de la sociedad anónima*. J.M. Bosch Editor: Barcelona.
- Leitao, L. (2009) *Direitos Reais*. Almedina: Coimbra.
- Leiva, L. (2019) "El contrato de locación en Argentina". En: Gonzales Barrón, G. & Leiva, L. *El contrato de arrendamiento*. Gaceta Jurídica: Lima.

- León Montalbán, A. (1988) "Influencias del Derecho Marítimo en el Derecho Comercial". En: VVAA. *Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*. Cuzco: Lima.
- Liotta, G. (2010) "El registro de propiedad en Italia". En <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-33/1077-el-registro-de-la-propiedad-en-italia-0-6257877486066779> (consulta: 18.08.2021).
- Lira, S. (1992) *Curso de derecho de minería*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Löber, B. & Penedo, J. (1994) "La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario en España y Alemania: La práctica notarial y registral". En: *Revista Jurídica del Notariado*: Madrid.
- Lohmann, J. (1998) *Derecho de Sucesiones*. T. II – 2º Parte. PUCP: Lima.
- Lopes, J. de Seabra (2009) *Direito dos Registos e do Notariado*. 5º ed. Almedina: Coimbra.
- López Burniol, J. (1993) "Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias". En: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Nº 32: Madrid.
- López, D. (1990) *Derechos reales. Innovaciones, omisiones y prescripción adquisitiva de dominio en el Código Civil de 1984*. SIRSA: Lima.
- López, J. (1995) *Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica. Estudios de Derecho y Sociología Registral*. CRPME: Madrid.
- López de Zavalía, F. (1983) *Curso introductorio al derecho registral*. Víctor P. de Zavalía: Buenos Aires.
- Lucas Murillo De La Cueva, E. (1996) *El Derecho de Asociación*. Tecnos: Madrid.
- Luzzatto, R. (1953) *La compraventa según el nuevo Código Civil Italiano* (Trad. F. Bonnet). Reus: Madrid 1953.
- Manzano, A. (1994) *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*. CRPME: Madrid.
- Manzano, A. (2000) "Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 75 años de Revista Crítica". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Conmemorativo del 75º aniversario de fundación de la Revista*. Nº 657: Madrid.
- Manzano, A. (2004) "Certificación registral: valor probatorio en el proceso". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 683: Madrid.
- Mariani, M. (2000) *Curso de Derechos Reales*. Zavalía: Buenos Aires.

- Marticorena, B. (2004) "La Energía". En: VVAA *Enciclopedia Temática del Perú*, Tomo XI: *Ciencia y Tecnología*. El Comercio: Lima.
- Martínez Coco, E. (1997) *Ensayos de derecho civil*. San Marcos: Lima.
- Martínez-Echevarría, A. (2005) *Código de Comercio Alemán y Ley de Introducción del Código de Comercio (traducción al español y estudio preliminar)*. Marcial Pons: Madrid.
- Martínez Jiménez, M. (1990) *Los contratos de explotación del buque. Especial referencia al fletamento por tiempo*. J.M. Bosch Editor: Barcelona.
- Martínez Jiménez, M. (2000) "Abanderamiento y nacionalidad del buque". En: VVAA. *Estudios de Derecho Marítimo en Homenaje a Ricardo Vigil Toledo*. J.M. Bosch Editor: Barcelona.
- Mateo y Villa, Í. (2013) *El sistema inmobiliario suizo*. Comares: Granada.
- Mazzamuto, S. (2012) "Libertá contrattuale e utilità sociale". En: Salvi, C. (Dr.) *Diritto Civile e Principi Costituzionali Europei e Italiani*. Giappichelli: Turín.
- Méndez, F. (2008) *De la publicidad contractual a la titulación registral*. Thomson-Civitas: Madrid.
- Mengoni, L. (1964) "Atto di disposizione". En: *Enciclopedia del Diritto*. T. XIII. Giuffré: Milán.
- Merril, Th. & Smith, H. (2013) *Propiedad y Derechos Reales. Una introducción al sistema jurídico de los Estados Unidos de América* (Trad. J. Santdiumenge & M. Gili). Aranzadi: Pamplona.
- Messineo, F. (1979) *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Trad. S. Sentís). EJE: Buenos Aires.
- Miquel González, J. (1979) *La posesión de bienes muebles*. Montecorvo: Madrid.
- Molitor, E. & Schlosser, H. (1980) *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, (Trad. A. Martínez). Bosch Casa Editorial: Barcelona.
- Monroy Palacios, J. (2002) *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad: Lima.
- Monserrat, A. (2000) *Derecho Inmobiliario Registral*. Civitas: Madrid.
- Montero Aroca, J. (1991) *Derecho jurisdiccional peruano*. ENMARCE: Lima

- Montero Aroca, J. (2008) "El proceso de ejecución". En: Montero Aroca, J. & Gómez Colomer, J. & Montón, A. & Barona, S. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*. T. II. 16º ed. Tirant Lo Blanch: Valencia.
- Monti, J. (2002) *Teoría elemental de las personas jurídicas*. Ad-Hoc: Buenos Aires.
- Morales, R. (2004) "Negocio jurídico y tutela sustancial". En: *Revista de Derecho*. Univ. Piura. N° 5: Piura.
- Morales, R. (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Grijley: Lima
- Morales, R. (2007) "Legitimidad para contratar. La protección de la sociedad de gananciales vs. la publicidad registral". En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica, N° 159: Lima.
- Morales, R. (2012) "La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas". En: Priori, G. (Ed.) *Estudios sobre la propiedad*. PUCP: Lima.
- Morales Moreno, A. (1997) "Significado general de la ley hipotecaria de 1946". En: VVAA. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. CRPME: Madrid.
- Morales Moreno, A. (2000) *Publicidad registral y datos de hecho*. CRPME: Madrid.
- Moreno Catena, V. (2009) *La ejecución forzosa*. Palestra: Lima.
- Morgan, W. (2014) "La rectificación de área de los predios urbanos inscritos". En: *Revista Jurídica Thomson Reuters*. 2013-C. ECB Ediciones: Lima.
- Motti, C. (2008) "Las incidencias de las sociedades personalistas". En: VVAA. *Derecho Italiano de Sociedades (Manual Breve)* (Trad. N. Latorre & V. Martí). Titant Lo Blanch - Universitat de València: Valencia.
- Muccioli, N. (2004) *Eficacia del contratto e circolazione della ricchezza* CEDAM: Padua.
- Münch, I. von (1997). "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania". En: Salvador Cordech, P. (Coord.) *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Civitas: Madrid.
- Muñoz, F. & García García, J. (1974) "Identificación de las fincas rústicas". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 505: Madrid.
- Mustápic, J. (1955) *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Ediar: Bs. Aires.
- Naranjo, R. (2002) *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. CEC: Madrid.

- Nicoliello, N. (1999) *Diccionario del Latín Jurídico*. J.M. Bosch Editor - Julio César Faira Editor: Barcelona.
- Niemi, M. (2001) *Hohfeld y el análisis de los derechos* (Trad. R. Mejía). Fontamara: México.
- Nieto, A. (2012) “Desamortización ilustrada y desamortización liberal”. En: De Dios, S. et. al. (Coord). *Historia de la Propiedad en España. Bienes Comunales, Pasado y Presente*. CRPME: Madrid.
- Nogueroles, N. (2006) “La evolución de los sistemas registrales en Europa”. En: *Revista de Direito Imobiliário*. N° 61: Sao Paulo.
- Noval, J. (2012) *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*. Civitas - Thomson Reuters: Madrid.
- Novak, F. (2003) “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico, en VVAA. *Derecho Comunitario Andino*. PUCP – IEI: Lima.
- Novellino, N. (2011) *Ejecuciones. Judicial. Bancaria. Notarial*. Astrea: Buenos Aires.
- Núñez Lagos, R. (1945) *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*. Academia Matritense del Notariado: Madrid.
- Núñez Lagos, R. (1948) “El Registro de la Propiedad Español”. En: *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino*, T. III: Trabajos. Edición del Colegio de Escribanos: Buenos Aires.
- Núñez Lagos, R. (2013) *Los esquemas conceptuales del instrumento público*. Gaceta Notarial: Lima.
- Nussbaum, A. (1929) *Tratado de derecho hipotecario alemán*. (Trad. W. Roces). Biblioteca de la Revista de Derecho Privado: Madrid.
- Ochoa, R. (2006) *Bienes*. 6° edición. Temis: Bogotá.
- Oertmann, P. (1933) *Introducción al Derecho Civil* (Trad. L. Sancho). Labor: Barcelona.
- Ong, W. (2011) *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra* (Trad. A. Sherp). FCE: Buenos Aires.
- Ortega, J. (2010) *Contratación, notarios y firma electrónica*. Univ. Los Andes – Temis: Bogotá.
- Ortells, M. (2004) “Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial (reflexiones sobre el art. 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado)”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 684: Madrid.

- Ortiz Pasco, J. (2014) "La inscripción: 30 años después. ¿Quién podrá defenderla?". En: *Revista Thémis*. N° 66: Lima.
- Osterling, F. & Castillo Freyre, M. (2014) *Tratado de derecho de las obligaciones*. ECB: Lima.
- Pacora, M. (2000) "La calificación de las partidas registrales provenientes de un Registro Administrativo". En: *Temas de Derecho Registral*. SUNARP: 2000.
- Parada, R. (2004) *Derecho Administrativo*. T. III: *Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*. 10° ed. Marcial Pons: Madrid.
- Pardo, B. (1966) *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*. Huascarán: Lima.
- Paternotte, A. (1994) *Las Actas de las Juntas de Accionistas*. Civitas: Madrid.
- Pau, A. (1995) *Curso de Práctica Registral*. Univ. Pontificia de Comillas: Madrid.
- Pau, A. (1997) "La teoría de los principios hipotecarios". En: VV.AA. *La evolución del derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*. CRPME: Madrid.
- Pau, A. (1998) *La capacidad de los negocios sobre inmuebles*. 2° ed. CRPME: Madrid.
- Pau, A. (2001) *La publicidad registral*. CRPME: Madrid.
- Pavone, A. (1954) *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*. Giuffrè: Milán.
- Pavone, A. (1988) *La letra de cambio* (Trad. O. Maffía). Abeledo Perrot: Buenos Aires.
- Paz Ares, C. (1993) *La responsabilidad del socio colectivo*. Civitas: Madrid.
- Peces-Barba, G. (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Univ. Carlos III de Madrid - BOE: Madrid.
- Pelosi, C. (1980) *El documento notarial*. Astrea: Buenos Aires.
- Pellicanó, A. (1981) *Causa del contratto e circolazione dei beni*. Giuffrè: Milán.
- Pena, J. (1998) *Concepto de derecho real (revisión crítica de su caracterización en la doctrina moderna)*. Tórculo: La Coruña.
- Penteado, L. (2012) *Direito das Cosas*. Revista Dos Tribunais: Sao Paulo.
- Peña, M. (1963) "El sistema registral francés". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 423-427: Madrid.
- Peña, M. (1999) *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. CRPME: Madrid.

- Peña Jumpa, A. (2013) "Comentario al art. 89". En: VV.AA. *La Constitución Comentada*. Gaceta Jurídica: Lima.
- Pérez Escalona, S. (2000) "Las fuentes del derecho de asociación (Comentario de la STS 173/1998, de 23 de julio)". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 659: Madrid.
- Pérez Gallardo, L. (2010) *Ensayos de Derecho Notarial*. Gaceta Notarial: Lima.
- Pérez Gallardo, L. (2013-2014) "El nomen iuris del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales". En: *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*. 2º Época. Nº 2-3: Madrid.
- Pérez, H. (2001) "Notariado y Economía". En: *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*. Nº 11: Lima.
- Pérez, E. (1995) *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*. CRPME: Madrid.
- Perugini De Paz, A. (1988) *La validez y circulabilidad del poder de representación notarial*. Depalma: Buenos Aires.
- Petit, E. (1961) *Tratado Elemental de Derecho Romano* (Trad. J. Ferrandez). Albatros: Buenos Aires.
- Posner, R. (2013) *Análisis económico del derecho* (Trad. E. Suárez). FCE: México.
- Proto Pisani, A. (2018) *Lecciones de derecho procesal civil* (Trad. M. Chumbreriza). Palestra: Lima.
- Pugliatti, S. (1957) *La trascrizione*. T. I: *La pubblicità in generale*. Giuffrè: Milán.
- Rabinovich-Berkman, R. (2003) *Derecho Civil. Parte General*. Astrea: Buenos Aires.
- Ragusa Maggiore, G. (2002) *Il registro delle imprese*. 3º ed. Giuffrè: Milán.
- Ramacciotti, B. (1991) *Derecho Internacional Público (Materiales de enseñanza)*. PUCP: Lima.
- Ramón Chornet, J. (1991) "Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 591: Madrid.
- Ramos, C. (2011) "La hipoteca naval en el Perú: ¿mueble o inmueble: un debate que no acaba?". En: VVAA. *Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. T. II. Idemsa: Lima.
- Ravazzoni, A. (2006) *Le ipoteche*. Giuffrè: Milán.

- Real Academia Española (2001) *Diccionario de la Lengua Española*. 21º ed. Espasa Calpe: Madrid.
- Rebollo, M. (2000) “El contenido de las sanciones”. En: *Revista Justicia Administrativa*. N° Extraordinario. Lex Nova: Valladolid.
- Rengifo, M. (2011) *Teoría General de la Propiedad*. Temis: Bogotá.
- Rey Martínez, F. (1994) *La propiedad privada en la Constitución Española*. CEC: Madrid.
- Reyes Villamizar, F. (2009) *Derecho Societario*. Temis: Bogotá.
- Rivero, O. (2007) *Temas de Derechos Reales*. Ed. Félix Varela: La Habana.
- Roca Sastre, R. (1954) *Derecho Hipotecario*. 5º ed. Bosch Casa Editorial: Barcelona.
- Roca Sastre, R. & Roca-Sastre, L. & Berná, J. (2009) *Derecho Hipotecario*. 9º ed. Bosch: Barcelona.
- Rodríguez Ádrados, A. (1996) *Escritos Jurídicos*. Consejo General del Notariado: Madrid.
- Rojo, Á. (1999) “La representación en derecho mercantil”. En: Uría, R. & Menéndez, A. (Coords.) *Curso de derecho mercantil*. T. I. Civitas: Madrid.
- Rojo, Á. (1999a) “Fe pública mercantil”. En: Uría, R. & Menéndez, A. (Coords.) *Curso de derecho mercantil*. T. I. Civitas: Madrid.
- Romero, H. (2000) *Responsabilidad civil general y del notario*. Librería del Profesional: Bogotá.
- Romero, E. (1966) *Los Derechos Reales*. 2º ed. UNMSM: Lima.
- Romero, M. et. al. (1978) “Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El seguro de título”. En: *Revista de Derecho Notarial*: Madrid.
- Romero, M. (2000) “La protocolización notarial”. En: *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*. N° 10: Lima.
- Ropp, V. (2001) *Il Contratto*. Giuffrè: Milán.
- Rubio, M. (2000) “El derecho constitucional de asociación”. En: *El Notario Peruano*. T. I. Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú: Lima.
- Rubio, T. (1994) *La doble venta y la doble disposición*. J. M. Bosch: Barcelona.

- Ruiz, F. (1952) "El principio de prioridad". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 295: Madrid.
- Sacco, R. & Caterina, R. (2000) *Il possesso*. Giuffrè: Milán.
- Sacristán, M. (2002) "El acuerdo de aumento de capital por cuantía determinable". En: VVAA. *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. T. III. McGraw Hill: Madrid.
- Salas Sánchez, J. (2011) "Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad". En: VVAA *Derecho Societario*. Legales - Ius et Veritas: Lima.
- Salazar, M. (2007) "Libertad de Asociación". En: *Jus Doctrina & Práctica*. N° 03. Grijley: Lima.
- Sánchez Calero, F. (1986) *Instituciones de Derecho Mercantil*. EDERSA: Madrid.
- Sánchez Calero, F. (2007) *Los administradores en las sociedades de capital*. Thomson-Civitas: Madrid.
- Sandel, M. (2000) *El liberalismo y los límites de la justicia* (Trad. M. Melón). Gedisa: Barcelona.
- Santa Cruz, A. (2001) "El principio de tracto sucesivo y la seguridad jurídica en el tráfico mercantil: una aproximación a partir de una teoría unitaria del derecho registral". En: *Folio Real*. N° 5: Lima.
- Santamaría, J. (2016) *Principios de derecho administrativo general*. T. III. 4° ed. Iustel: Madrid.
- Santos Justo, A. (2010) *Direitos Reais*. Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora: Coimbra.
- Schmidt, K. (1997) *Derecho Comercial* (Trad. F. Werner). Depalma: Buenos Aires.
- Schwabe, J. (Comp.) *Cincuenta años de jurisprudencia de Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Gustavo Ibáñez - Konrad Adenauer Stiftung: Bogotá.
- Scotti, E. (2002) *Aportes al derecho registral argentino*. Fides: Buenos Aires.
- Seoane, G. (s/f) *Manual práctico y formulario del notario público*, Librería Francesa: Lima (s/f, pero correspondiente a los primeros años del siglo XX).
- Seoane, M. (2001) *Personas Jurídicas*. Cuzco: Lima.

- Sepúlveda Larrocau, M. (2008) "La cláusula de no enajenar". En: De Reina, G. (Coord) *Derechos Reales. Principios, Elementos y Tendencias*. Heliasta: Buenos Aires.
- Sequeira, A. (1995) "La eficacia de la publicidad registral mercantil (introducción histórica y derecho comparado)". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 629: Madrid.
- Serrá, J. & Arbizú, M. (1994) *Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Planeta: Barcelona.
- Serrera, P. (2003) "El Registro Mercantil. Una consideración de sus principios". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 679: Madrid.
- Simó Santoja, V. (2001) "El Notario y los Derechos Fundamentales". En: *El Notario Peruano*. T. II Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú: Lima.
- Soria, M. (2001) *Comentarios a la Legislación Registral*. Palestra: Lima.
- Soza, M. (1999) "Adquisición patrimonial y sucesión: una precisión de conceptos a partir del Derecho Romano". En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. N° 21: Valparaíso. Véase: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551999002100006
- Soza, M. & Rodríguez, M. (2001) "Bases Romanísticas para una interpretación histórica del sistema chileno de transferencia inmobiliaria". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 28. N° 04 (pp. 691-711).
- Spada, P. (2006) *Diritto Commerciale*. T. II: *Elementi*. CEDAM: Padua.
- Stella, M. (2008) "La sociedad de responsabilidad limitada". En: *VVAA. Derecho Italiano de Sociedades (Manual Breve)* (Trad. N. Latorre & V. Martí). Universitat de Valencia - Tirant Lo Blanch: Valencia.
- Tambini, M. (2010) *Manual de Derecho Notarial*. Grijley: Lima.
- Tapia Hermida, A. (1996) *La sociedad anónima falta de inscripción registral*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio - Civitas: Madrid.
- Tarazona, F. (2015) "Cuándo el remedio es peor que la enfermedad. Comentarios a la Ley N° 30313". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 23: Lima.

- Tarazona, F. (2019) "Comentarios a la ley del procedimiento especial de desalojo con intervención notarial". En: Mejía, R. & Arévalo, M. (Coords.) *Comentarios al desalojo con intervención notarial*. Gaceta Notarial: Lima.
- Taruffo, M. (2006) *Sobre las fronteras de la justicia. Escritos sobre la justicia civil* (Trad. B. Quinteros). Temis: Bogotá.
- Taruffo, M. (2008) *La Prueba* (Trad. L. Manríquez & J. Ferrer). Marcial Pons: Madrid.
- Teleki, D. (2004) *La personificación jurídica en la teoría general del derecho*. Ibáñez: Medellín.
- Terré, F. & Lequette, Y. (2005) *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa* (Trad. M. L. Crepy). Librería Ediciones del Profesional: Bogotá.
- Tord, A. (2014) "Tercería de propiedad sobre bienes inmuebles inscritos". En: *Revista Jurídica Thomson Reuters*. N° 61: Lima.
- Torrent, A. (1993) "¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM)". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 618: Madrid.
- Torres y Torres Lara, C. (1982) *Comentarios a la nueva Ley General de Cooperativas. Concordancias y Antecedentes*. Univ. Lima: Lima.
- Trimarchi, P. (1998) *Istituzioni di diritto privato*. Giuffrè: Milán.
- Troper, M. (2008) *La Filosofía del Derecho* (Trad. M. García-Berrío). Tecnos: Madrid.
- Ulmer, P. (1998) *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada* (Trad. J. Alfaro). Civitas: Madrid.
- Uría, R. (1992) *Derecho Mercantil*. Marcial Pons: Madrid.
- Uría, R. et. al. (1992) *La Junta General de Accionistas*. En: Uría, R. Menéndez, A. & Olivencia, M. *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. V. Civitas: Madrid.
- Uría, R. & Menéndez, A. & Iglesias, J. (1999) "Fusión y Escisión de Sociedades". En: Uría, R. & Menéndez, A. (Coord) *Curso de Derecho Mercantil*. Civitas: Madrid.
- Vallet de Goytisolo, J. (1980) "La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes inmuebles". En: *Revista de Derecho Notarial*: Madrid.

- Vallet de Goytisolo, J. (1984) "La función notarial". En: *Revista de Derecho Notarial*: Madrid.
- Vallet de Goytisolo, J. (2012) *La función notarial de tipo latino*. Gaceta Notarial: Lima.
- Vega, J. (2009) "Las calificaciones del saber jurídico y la pretensión de racionalidad del Derecho". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 32: Alicante.
- Vega Mere, Y. (2012) "La publicidad registral de las uniones no matrimoniales y sus efectos en el tráfico contractual". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 131. Normas Legales: Lima.
- Ventura, G. (2009) *La Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble*. Hammurabi: Buenos Aires.
- Verdera, R. (2008) *La responsabilidad civil del notario*. Thomson-Civitas: Cizur Menor.
- Vicent Chuliá, F. (2006) *Introducción al Derecho Mercantil*. 19° ed. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Vigil Toledo, R. (2003) "Los servicios de transporte en la Comunidad Andina". En: VVAA. *Derecho Comunitario Andino*. PUCP - IEI: Lima.
- Villaró, F. (2010) *Derecho registral inmobiliario*. Astrea: Buenos Aires.
- Waldron, J. (1998) *The right to private property*. Clarendon Paperbacks.
- Westermann, H. & Westermann, H.P. & Gursky, K. & Eickmann, D. (2007) *Derechos Reales*. 7° ed. (Trad. A. Cañizares et. al.). Fundación Cultural del Notariado: Madrid.
- Zago, J. & Hersalis, M. (2012) *Pactos en la compraventa*. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires.
- Zagrebel'sky, G. (2009) *El Derecho dúctil. Ley, derechos justicia* (Trad. M. Gascón). Trotta: Madrid.
- Zatti, P. & Colussi, V. (2005) *Lineamenti di Diritto Privato*. CEDAM: Padua.
- Zavala, S. (1994) "Las presunciones en el derecho civil". En: *Revista Derecho*. N° 48. PUCP: Lima.

DOCUMENTOS, MATERIALES Y TEXTOS:

Comisión Revisora Código Civil (1990) *Exposición Oficial de Motivos del Código Civil de 1984 - Registros Públicos*. Diario Oficial, 19.11.1990: Lima.

https://salavirtualcnl.notarios.org.pe/SalaVirtualOCP/pluginfile.php/126/mod_resource/content/1/Gu%C%ADa%20Informativa%202021.pdf (consulta: 12.10.2021).

https://www.google.com/search?q=acta+de+notoriedad&rlz=1C1CHBF_es-PE845PE846&oq=acta+de+notoriedad&aqs=chrome..69i57j69i59j69i-60j0l3.8094j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8 (consulta: 23.6.2021).

<http://www.graduadosocial.org/archivos/desahucio201603.pdf> (consulta: 07.7.2021).

<https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-do-registo-predial/> (consulta: 16.08.2021).

<https://www.juntadedecanos.org.pe/backend/storage/app/public/noticias/1576268248-Oficio%20Circular%20N%C2%BA%20017-2019-IDC-NP-P.pdf> (consulta: 12.10.2021).

http://www.librofondario.provincia.tn.it/binary/pat_libro_fondario/leggi_circolari/LEGGE_TAVOLARE_it2016.1465397040.pdf (consulta: 16.08.2021)

http://www.librofondario.provincia.tn.it/cosa_sistema_tavolare/pagina2.html (consulta: 16.08.2021)

Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (08.02.2002), en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana.pdf (consulta: 21.06.2021).

Ley Modelo UNCITRAL sobre Garantías Mobiliarias, en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782_s_ebook_0.pdf (consulta: 21.06.2021).

Ley Modelo UNCITRAL sobre Garantías Mobiliarias. Guía para su incorporación al derecho interno, en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/guide_to_enactment_of_the_uncitral_mlst_s.pdf (consulta: 22.06.2021).

ONU. Comisión de Derechos Humanos (2001) *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada, como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001.*

- ONU. Consejo de Derechos Humanos (2007) *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de marzo de 2006, Anexo I: Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, A/HRC/4/18, 5 de febrero de 2007.
- ONU. Consejo de Derechos Humanos (2013) *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Raquel Rolnik, A/HRC/25/54, 30 de diciembre de 2013.
- ONU. Consejo de Derechos Humanos (2008) *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Sr. Miloon Kothari, A/HRC/7/16, 13 de febrero de 2008.
- ONU. Consejo de Derechos Humanos (2008a). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sra. Raquel Rolnik, y sobre el derecho de no discriminación, A/63/275, 13 de agosto de 2008.
- Revista de Jurisprudencia Peruana. N° 375. Lima, abril 1975.
- Tribunal Supremo de EU. Caso Ciudadanos Unidos v. Comisión Federal Electoral, https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/Sentencias%20Relevantes%20de%20Cortes%20Extranjeras%20No.%201.pdf (consulta: 09.10.2021).

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

5TA EDICIÓN

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
En los talleres gráficos de JURISTA EDITORES,
Petit Thouars N° 1207 - Lima
En el mes de enero 2022

