

**XXI CONGRESO MUNDIAL
DE DERECHO REGISTRAL
21st WORLD LAND
REGISTRATION CONGRESS
Colombia, 2018**

XXI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL

21st WORLD LAND REGISTRATION CONGRESS

Colombia, 2018

COMITÉ CIENTÍFICO

PRESIDENTE

EDUARDO CAICEDO

Colombia

JANETH DÍAZ CERVANTES

Colombia

SERGIO JACOMINO

Brasil

ALASDAIR LEWIS

Reino Unido

MARÍA JOSÉ MAGALHAES

Portugal

EDUARDO MARTÍNEZ

España

CARMEN MIQUEL

España

MARÍA PATRICIA PALMA

Colombia

**XXI CONGRESO MUNDIAL DE
DERECHO REGISTRAL**

21ST WORLD LAND REGISTRATION CONGRESS

COLOMBIA, 2018

Copyright ® 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

© COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES
Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA

EDITA: COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES
Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA

www.registradores.org

DEPÓSITO LEGAL: M-13619-2020

ISBN: 978-84-92884-95-7

IMPRIME: Gráficas Marí Montañana

MAQUETACIÓN: Gráficas Marí Montañana

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	29
INTRODUCCIÓN CONGRESO	31
DISCURSOS DE INAUGURACIÓN	37
PALABRAS DE LA VICEMINISTRA DE PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA Marcela Zuluaga Vélez	39
DISCURSO DE INAUGURACIÓN DEL XXI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL IPRA-CINDER Jairo Alonso Mesa Guerra	45
1. EL DESPOJO DE TIERRAS EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE PAZ EN COLOMBIA	46
2. POSCONFLICTO, RURALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA: DIÁLOGO NECESARIO PARA QUE EN COLOMBIA NO SE REPITA EL DESPOJO DE TIERRAS	48
3. EL ESTADO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA	51
4. LA PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y LA PROTECCIÓN DE PARQUES NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE	53
5. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA EL REGISTRO	55
6. INTERRELACIÓN REGISTRO – CATASTRO	56
7. UN COMPROMISO DE LAS NACIONES...	58
CARTAGENA 2018. CEREMONIA DE APERTURA Nicolás Nogueroles Peiró	61
I. SALUDO DE BIENVENIDA E INTRODUCCIÓN	61
II. COLOMBIA, CLAVE EN LAS POLÍTICAS SOBRE DESARROLLO	62
III. COLOMBIA UN REGISTRO EN ADAPTACIÓN CONTINUA	64
IV. EL COCIMINIENTO DE LAS INSTITUCIONES Y DERECHO	65
V. REGISTRO Y CATASTRO UN TEMA RECURRENTE	67
VI. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL BLOCKCHAIN	71
VII. LA ORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS: LA PRIVATIZACIÓN	73
VIII. POLÍTICAS PARA LA PAZ Y LA LUCHA CONTRA LA POBREZA RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS NATIVOS	74
DISCURSO DE CLAUSURA	77
POR UNA JUSTICIA EN EL CAMPO Enrique Gil Botero, Ministro de Justicia y del Derecho	79
SALUDOS PROTOCOLARIOS	79

TEMA 1 - LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ	83

“DUEÑOS ANCESTRALES O PROPIETARIOS LEGALES”. RESTITUCION DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS	85

Ana María Avendaño Baena

EVOLVING PRACTICE IN LAND DEMARCATION	109

Benito Arruñada*

1. ABSTRACT	109
2. INTRODUCTION	110
2.1 Established policy	110
2.2 Historical lessons	112
2.3 The argument	114
3. THEORETICAL FRAMEWORK: KEY CONCEPTS AND DECISIONS ON LAND DEMARCATION	116
3.1 Legal demarcation, an intrinsically legal concept in property	116
3.2 Socially-optimal land demarcation	119
4. DRIVERS OF THE COSTS AND BENEFITS OF DEMARCATION	121
4.1 Internalized cost and benefits	121
4.2 Demarcation externalities	124
5. EVIDENCE ON HOW DEMARCATION AFFECTS LITIGATION	127
5.1 The weight of land demarcation on overall litigation	127
5.2 The incidence of mandatory demarcation on litigation	129
6. ORGANIZATION AND PERFORMANCE OF THE LAND ADMINISTRATION SYSTEM	133
6.1 Pros and cons of integrated land administration	133
6.2 Empirical test	136
7. CONCLUDING REMARKS	140
8. REFERENCES	141
9. FIGURES AND TABLES	146
10. ANNEX	150

LAND REGISTRATION AND ABORIGINAL LAND RIGHTS: THE CANADIAN EXPERIENCE	153

Bruce Ziff

A. INTRODUCTION	153
B. PRIORITIES AND REGISTRATION IN CANADA	154
C. ABORIGINAL LAND RIGHTS IN CANADA	157
D. POINTS OF CONFLICT	160
E. POINTS OF CONVERGENCE	164
F. REFLECTIONS: CAPITULATION OR RECONCILIATION?	169

RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PERÚ 171

Cecilia Frida Vega Mejía

INTRODUCCIÓN	171
I. COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN	175
1.1. Origen de las comunidades campesinas y nativas, evolución	175
1.2. Comunidades campesinas y nativas en las constituciones del siglo XX, constituciones políticas de 1920, 1933, 1979 y 1993	176
1.3. Comunidades campesinas y nativas en la legislación últimos 30 años	178
1.4. El derecho de propiedad y las comunidades campesinas y nativas	180
1.5. Reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas	185
1.6. Causas generadoras de conflictos	186
II. PAPEL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS RESPECTO DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	186
CONCLUSIONES	188
BIBLIOGRAFÍA	189

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: SU ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL PERÚ A LA LUZ DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT 191

César Antonio Maquera Maquera

1. DEFINICIONES BÁSICAS	192
1.1. Pueblos Indígenas	192
1.2. Pueblos Indígenas en situación de aislamiento	193
1.3. Pueblos indígenas en situación de contacto inicial	193
1.4. Reservas indígenas	193
1.5. Pueblos tribales	193
1.6. Comunidades Campesinas y Nativas	194
2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	194
2.1. Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales	194
2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	194
2.3. Otros Instrumentos jurídicos a nivel internacional	195
2.4. Decisiones relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del derecho a la propiedad comunal	196
3. VISIÓN PANORÁMICA SOBRE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS A LA LUZ DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT	196
3.1. Constitución Política del Perú de 1920	196
3.2. Constitución Política del Perú de 1933	197
3.3. Constitución Política del Perú de 1979	197
3.4. Constitución Política del Perú de 1993	198
3.5. Normas protectoras a raíz de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT	198

3.6 Procedimiento de inscripción de reservas indígenas	199
4. INICIATIVAS LEGISLATIVAS	201
4.1 Proyecto de Ley N° 797/2016-CR,	201
4.2 Proyecto de Ley N° 925/2016-CR,	201
4.3 Proyecto de Ley N° 1910/2017-CR,	201
4.4 Proyecto de Ley N° 1991/2017-CR,	201
4.5 Proyecto de Ley N° 2148/2017-CR,	201
4.6 Proyecto de Ley N° 2235/2017-CR,	202
4.7 Proyecto de Ley N° 2236/2017-CR,	202
4.8 Proyecto de Ley N° 2448/2017-CR,	202
4.9 Proyecto de Ley N° 2473/2017-CR,	202
4.10 Proyecto de Ley N° 2478/2017-CR,	202
5. RADIOGRAFÍA SOBRE LA TRANSFERENCIA E INDEPENDIZACIÓN DE PREDIOS DE LAS COMUNIDADES COMUNALES Y NATIVAS EN EL PERÚ	203
5.1 Marco Normativo Constitucional	203
5.2 Marco Legal	203
5.3 Marco Registral	206
6. PROCESO EVOLUTIVO DE LA FORMALIZACIÓN DE PREDIOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	209
6.1 Instituciones formalizadoras que han intervenido en el proceso de titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas	209
6.2 Estadísticas actuales	210
7. ASPECTOS QUE INVOLUCRAN EN LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	211
7.1 Seguridad jurídica y las modalidades de transmisión de tierras comunales	211
7.2 Parcelación de tierras indígenas	212
7.3 La garantía del derecho de propiedad comunitaria	213
7.4 Figuras jurídicas a utilizarse en la transferencia de los espacios que se posee	214
7.5 El registro y territorio comunal	215
7.6 Resolución de conflictos suscitados dentro del territorio comunal	216
8. PROPUESTAS PARA UNA RESTITUCIÓN DE TIERRAS A FAVOR DE LOS INTEGRANTES DE UNA COMUNIDAD CAMPESINA O NATIVA	217
CONCLUSIONES	219
LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. RESTITUCIÓN DE LAS TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	221
Fabian C. Stachiotti	
LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ	221
LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	228
RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	241

CRIMINAL CONFISCATION AND LAND REGISTRY: THE ITALIAN EXPERIENCE	245
Michele Cuccaro	
1. INTRODUCTION	245
2. CRITICALITIES AND CONSTITUTIONAL ISSUES	246
3. CONFISCATION AND LAND REGISTRIES	248
4. THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF	251
5. THE STANDARD OF PROOF	252
6. MORTGAGE AND EXTENDED/PREVENTATIVE CONFISCATION	253
¿EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS EN EL PERÚ PERMITE EL PLENO RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LA TENENCIA ANCESTRAL, LA PROPIEDAD Y EL DERECHO AL TERRITORIO?	255
Dina Prescott Costa	
I. ABSTRACT	255
II. INTRODUCCION	256
Comunidades Campesinas y Nativas al 2016	258
III. COMUNIDADES INDIGENAS VS. COMUNIDADES CAMPESINAS	262
IV. EXISTENCIA LEGAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINA Y NATIVAS COMO PERSONAS JURIDICAS	264
I.- Personas naturales vs personas jurídicas	264
II.- Evolución de las personas jurídicas y sus relaciones con los demás entes	265
III.- Distinción entre personas jurídicas y sujetos de derechos colectivos	266
IV.- Marco jurídico sustantivo peruano	267
V. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO	271
I.- Colombia	271
II.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos	271
VI. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL POR EL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA	272
VII. ROL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.- NORMATIVA REGISTRAL Y POLÍTICAS INCLUSIVAS	273
VIII. CONCLUSIONES	275
IX. CITAS BIBLIOGRAFICAS	277
RESTITUCIÓN DE PROPIEDAD TRAS CONFLICTOS ARMADOS	279
Eduardo Llarena	
PARTE: I INTRODUCCIÓN, LA PROPIEDAD Y LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL LIBRE MERCADO	279
PARTE II. MARCO INSTITUCIONAL DURANTE LA OCUPACIÓN	285
PARTE III. RESTITUCIÓN DE PROPIEDAD DESPOSEÍDA POR EL NACIONAL-SOCIALISMO EN EL CONTEXTO DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	290

Reunificación Alemana de 1990	295
Procesos finales tras la reunificación, la disputa entre el Bundestag y el Bundesrat	297
Acuerdos con otras naciones	297
Restitución de propiedad confiscada por el Nacional-Socialismo en Austria, Países Bajos y Francia	298
PARTE IV: RESTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD EN EUROPA DEL ESTE Y CENTRAL	300
Bosnia y Herzegovina (BiH)	301
Croacia	303
Bulgaria	304
Kosovo	305
Albania	307
Otros casos	307
PARTE V: CONFLICTOS FUERA DE EUROPA: LIBIA	308
Otros apuntes	309
PARTE VI: USO DE LAS NUEVAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS PARA GESTIONAR LA PROPIEDAD: BLOCKCHAIN	310
PARTE VII: CONCLUSIONES	314
Sobre la propiedad y el mercado	314
Sobre el estudio de la desposesión y la restitución de títulos de propiedad	315
Sobre la buena fe y la justicia	316
Sobre el futuro de la propiedad en los conflictos armados	317
PONENCIA PRESENTADA AL XXI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL	319
Fernando Tarazona Alvarado	
1. INTRODUCCIÓN	319
2. EL DOCUMENTO	320
2.1 Introducción	320
2.2. Documento público y documento privado	321
3. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	322
3.1. Concepto	322
3.2. La firma electrónica	324
3.3. La firma digital	325
3.4. El certificado digital	327
3.5. La conservación de los documentos electrónicos	328
4. LA FUNCIÓN NOTARIAL, REGISTRAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	330
4.1. El Notariado	330
4.2. El Registro	332
4.3. La aplicación de las nuevas tecnologías	333
CONCLUSIONES	350
BIBLIOGRAFÍA	352

LA GUERRA DEL PACÍFICO, SENDERO LUMINOSO Y LOS REGISTROS PÚBLICOS EN EL PERÚ 355

Gilberto Mendoza

1. LA NECESIDAD DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA	356
2. ESTACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA	362
3. LA GESTACIÓN DE LOS REGISTROS EN EL PERÚ	372
3.1 Desarrollo de los Registros Públicos	378
3.2 Reforma Agraria	383
3.3 Sendero Luminoso	384
3.4 Creación de la Sunarp	385
CONCLUSIONES	386

FUNCIÓN REGISTRAL EN EL PROCESO RESTITUCIÓN DE TIERRAS “ABORDADO A PARTIR DE LA ETAPA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL” 387

Gladys Delgado Hueso

INTRODUCCIÓN	388
REGISTRO EN LA ETAPA ADMINISTRATIVA	389
NORMATIVIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO	390
REGISTRO EN LA ETAPA JUDICIAL	391
SEGURIDAD JURÍDICA	392
ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR JUZGADO EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS	393
OBSTÁCULOS DEL REGISTRO	394
CONCLUSIONES	395
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	395

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA REPUBLICA DEL PERU 397

Irving Sanabria Rojas

Boaventura de Sousa Santos

1. INTRODUCCION	398
2. ¿QUÉ ES SER INDIGENA EN EL PERU?	398
3. EL PROCESO DE RESTITUCION DEL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS	403
4. EL RETROCESO EN LO AVANZADO: DE COMUNIDAD CAMPESINA A PROPIEDAD PRIVADA	407
5. LOS DESPLAZADOS POR EL TERRORISMO	411
6. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL CATASTRO Y EL REGISTRO	413
7. CONCLUSIONES	416
BIBLIOGRAFIA	418

THE MEANING OF LAND REGISTRY DATA: QUALITY, OWNERSHIP & USE. THE RISK OF PRIVATIZATION OF LAND ADMINISTRATION AND BLOCKCHAIN'S CODE AS LAW	421
Jacob Vos*	
1. NEW POSSIBILITIES BY IT-DEVELOPMENTS	421
2. INTERNET OF THINGS – MORE DATA	421
3. BIG DATA	422
4. META DATA & STRUCTURED DATA	424
5. LINKED DATA	426
Three realities	429
6. ARTIFICIAL INTELLIGENCE	432
7. BLOCKCHAIN	434
8. THE EFFECT OF MODERN TECHNOLOGY ON PROFESSIONALS	439
a. Appraiser	440
b. Judges & lawyers in general	441
c. Land Registry	442
9. THE PRIVATISATION OF LAND REGISTERS	444
10. CONCLUDING REMARKS	450
REFERENCES	451
 EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL POSCONFLICTO EN COLOMBIA	455
Jaime René García Casadiego	
1. INTRODUCCION	456
2. DESARROLLO NORMATIVO ASOCIADO A LA PROBLEMÁTICA DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DEL SIGLO XX AL DÍA DE HOY	458
2.1 Normatividad aplicable	459
2.2 Política actual de tierras para el pos conflicto	460
3. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN COLOMBIA	467
3.1 El papel del Registro de la Propiedad en el pos conflicto	471
CONCLUSIONES	474
REFERENCIAS	475
 LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS EN EL PERÚ	479
Jenny Marthina Sánchez Alemán	
A MANERA DE INTRODUCCIÓN	479
LAS COMUNIDADES CAMPESINAS EN EL PERÚ	480
Rescatando el concepto de Comunidad Campesina	480
Panorama histórico legal del reconocimiento y derechos de las comunidades campesinas	481
LOS CONFLICTOS POR TIERRAS EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DEL PERÚ	485
Introducción al tema del conflicto comunal	485

Índice	13
CASOS DE CONFLICTOS ENTRE COMUNIDADES CAMPESINAS	486
Caso 1: Comunidad Campesina de San Cristóbal	486
Caso 2: Comunidad Campesina de Cearhuac Licapa	492
El papel de las entidades públicas en los conflictos de las comunidades campesinas	494
CONCLUSIONES	496
BIBLIOGRAFÍA	497
LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	499
José Adelascar Romero Quimbayo	
RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS DESDE LA PERSPECTIVA PERUANA	505
José Antonio Saavedra Calderón	
INTRODUCCIÓN	505
ANTECEDENTES DE RESTITUCIÓN	506
EL PERÚ Y LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN LA ACTUALIDAD	508
DOS EJEMPLOS DE RESTITUCIÓN	509
El caso de Bagua	509
El caso de las tierras de comunidades nativas:	509
CONCLUSIONES	510
ALTERNATIVE CONFLICT RESOLUTION IN THE SPHERE OF IMMOVABLE PROPERTY. SPECIAL REFERENCE TO MASSIVE LAND TITLING PROCEDURES	513
Manuel Montanez	
I. I. INTRODUCTION	513
II. ARBITRATION AND LAND REGISTRY	517
II.1. Concept and features of Arbitration	517
II. 2. Recording of the Arbitration decision at the Land Registry.	518
II. 3. Recording of the arbitration decision.	521
III. CONCILIATION AND LAND REGISTRY	522
III. 1. Concept and Legal Nature of Conciliation	522
III. 2. Legal authorization	523
III. 3. Scope of application: objective and territorial competence	525
III. 4. Constitution: personal, real and formal elements	526
III. 5. Conciliation procedure	529
IV. CONCLUSIONS	530
V. BIBLIOGRAFIA	532
EL REGISTRO COMO MECANISMO DE SEGURIDAD JURÍDICA: LA FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD URBANA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS CIUDADES	537
Maritha Elena Escobar Lino	
INTRODUCCIÓN	537
DESARROLLO SOSTENIBLE	539

DERECHO DE PROPIEDAD Y REGISTRO COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA	540
EL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DE EDIFICACIONES EN EL PERÚ	542
CONCLUSIONES	546
BIBLIOGRAFIA	547
LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ, LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	549
Nelson Gutiérrez	
RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS	549
RÉGIMEN REGISTRAL ESPECIAL	562
FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO PUBLICO DE TIERRAS INDIGENAS	564
RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL	566
FRACASO DE LA POLITICA DE ENTREGA DE TIERRAS	566
BIBLIOGRAFÍA	568
SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PERÚ: EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN DE LOS DATOS DESCRIPTIVOS DE LOS PREDIOS INSCRITOS	571
Yessenia del Carmen Campos Salazar	
1. EL REGISTRO DE PREDIOS Y SU EVOLUCIÓN EN EL PERÚ	574
1.1. Inicios del Registro de la Propiedad Inmueble:	575
1.2. Promulgación de la Ley del 02 de enero de 1888:	577
1.3. Código Civil de 1936:	579
1.4. Código Civil de 1984:	581
2. PRINCIPIOS REGISTRALES APLICADOS EN EL REGISTRO DE PREDIOS	581
2.1.El principio de legitimación y los datos descriptivos del predio.	581
2.2. Base gráfica registral y problemática.	583
BIBLIOGRAFIA	584
TEMA 2 - ¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD?	585
PRIVATE MANAGEMENT IN BRAZILIAN REGISTRIES. AN ANALYSIS OF THE RESPONSIBILITY OF THE 21ST CENTURY PROPERTY REGISTRAR REGARDING THE MANAGEMENT OF PEOPLE, THE ENVIRONMENT AND SOCIETY	587
Alexandre Gomes de Pinho	
INTRODUCTION	587
DEVELOPMENT	588
CONCLUSION	595
BIBLIOGRAPHY	595
LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL REGISTRO DIGITAL ANTE LOS DESASTRES NATURALES	597
Ana Cristina Gómez Pérez	

Índice	15
I. OVERVIEW	597
II. INTRODUCCIÓN	598
III. TRANSFORMACIÓN A UN REGISTRO DIGITAL DE LA PROPIEDAD EN PUERTO RICO	599
A. La nueva Ley registral	599
B. Caribe: El nuevo sistema de Registro electrónico	600
C. Reorganización administrativa de las oficinas del Registro con el sistema digital	602
IV. DOS DESASTRES NATURALES EN MENOS DE UN MES	605
V. MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS LUEGO DEL PASO DE MARÍA	607
VI. PÉRDIDAS Y APRENDIZAJES EN MATERIA DE REGISTRO	608
VII. DOCUMENTACIÓN VISUAL	609
¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD?	611
Ana Luciano	
I. ¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD?	611
1. Marco Metodológico	614
II. LA EVOLUCIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN EL TERRITORIO DOMINICANO	616
III. MARCO COMPARATIVO DEL SISTEMA TORRENS EN AUSTRALIA Y EN LA REPÚBLICA DOMINICANA	623
1. En Australia	623
2. En la República Dominicana	624
BIBLIOGRAFÍA	635
PRIVATIZING PUBLIC REGISTRIES: A COMPARATIVE ANALYSIS OF ORGANIZATIONAL OPTIONS	637
Benito Arruñada	
1. INTRODUCTION: THE ORGANIZATION OF PUBLIC SERVICES	638
2. THE PATHOLOGY OF BUREAUCRACY	640
3. INTERNAL COMPETITION AS A SOLUTION TO THE PROBLEMS OF BUREAUCRACY	642
3.1 Users and suppliers' incentives	643
3.2 The nature and costs of control	644
4. THE ORGANIZATION OF PRIVATELY VALUABLE SERVICES IN THE LIBERAL STATE	646
5. OPTIONS FOR THE ORGANIZATION OF PUBLIC REGISTRIES	648
5.1 Traditional organization of public registries	648
5.2 Privatization efforts	651
6. CONCLUDING REMARKS	654
7. REFERENCES	654
COLABORACIÓN ENTRE EL REGISTRO Y CATASTROS DESDE LOS CRITERIOS REGISTRALES	657
Claudia Lisset Angulo Diaz	

RESUMEN	657
1. INTRODUCCIÓN	657
2. ¿QUE ES EL CATASTRO?	658
3. RELACIÓN ENTRE REGISTRO DE PREDIOS Y CATASTRO	661
4. COLABORACIÓN REGISTRO-CATASTRO:CRITERIOS REGISTRALES	663
4.1 Criterios en materia registral	663
4.2.-El rol del administrado	671
5. CONCLUSIONES	672
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	673
RETOS Y PERSPECTIVAS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA FRENTE A LA PRESUNTA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS SOMETIDOS A REGISTRO	675
Diana Leonor Buitrago Villegas*	
BLOCKCHAIN – MUST OR NICE TO HAVE?	685
Ingmar Vali	
IS PRIVATISATION OR LAND REGISTRIES AN OPTION? SIMPLE SYSTEMS CAN PERHAPS MAKE THE CHOICE EASIER	687
Jan Moerkerke	
AUTOMATIC REGISTRATION FINNISH LAND REGISTRY AND ELECTRONIC MORTGAGES	699
Janne Murtoniemi	
1. FROM REGISTER TO RESOURCE	699
2. LAND INFORMATION SYSTEM	700
3. ELECTRONIC PROPERTY TRANSACTION SYSTEM	700
4. ELECTRONIC MORTGAGES	701
5. ELECTRONIC MASS CONVERSE OF MORTGAGE DEEDS	702
6. AUTOMATIC REGISTRATION IN THE LAND REGISTRY	702
REFORMAS NORMATIVAS RECIENTES EN MATERIA REGISTRAL EN ESPAÑA	705
Javier Gómez Gállego	
I. REFORZAMIENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA	705
II. NUEVAS COMPETENCIAS DE LOS REGISTRADORES ATRIBUIDAS POR LAS LEYES	706
I.- Generales	706
II.- Medidas especiales en relación con el Registro de la Propiedad	707
III.- Competencias en relación con el Registro Mercantil (Competencias alternativas con los Letrados de la Administración de Justicia)	709
III. LINEAS GENERALES DE DESARROLLO DE LA MEDIDA DE GOBIERNO ABIERTO COORDINACIÓN REGISTRO-CATASTRO	711
Se sientan las bases para la coordinación Registro-Catastro	711

Índice	17
El Código Registral Único	712
Utilización de la misma cartografía en registro y catastro. Posibilidad de Representación Gráfica Alternativa (RGA)	712
Sistema de intercambio de información entre Registro y Catastro	713
Eficacia frente a terceros de las representaciones gráficas inscritas	713
Nuevo sistema de publicidad y alertas gráficas registrales	714
Calificación de representaciones gráficas	714
IV. CONCLUSIÓN	715
SEGURIDAD JURÍDICA. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. CATASTRO Y EXPROPIACIÓN	717
Jose Antonio Seijas Quintana	
I. SEGURIDAD JURÍDICA	717
II. REGISTRO Y CATASTRO	723
1.-Registro. Calificación registral	723
2.-Catastro y Registro	731
III. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CATASTRO	734
CONTRIBUCIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DEL SIGLO XXI	743
Juan Jorge Almonacid Sierra	
INTRODUCCIÓN: CAMBIO DE PARADIGMA Y DEBER ÉTICO DE ADQUIRIR COMPETENCIAS TECNOLÓGICAS	743
OBJETIVO: IDENTIFICAR LAS BASES PARA UNA ADECUADA INTERACCIÓN ENTRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA	744
1. INFORMÁTICA JURÍDICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL	744
¿Qué es la Informática Jurídica?	745
¿Qué es el Big Data?	745
¿Qué es la Inteligencia Artificial?	745
¿Cuáles son las ramas de la informática jurídica?	745
¿Qué es la informática documental?	745
¿Qué métodos de búsqueda utiliza la informática documental?	746
¿Qué es la informática jurídica de gestión y control?	746
¿Qué es la informática decisional?	747
¿Qué es un sistema experto?	747
¿Qué es el machine learning?	747
¿Qué es chatbot?	747
¿Qué clase de relación hay entre el Derecho y la Informática?	748
2. INFORMÁTICA JURÍDICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA	748
3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA	750
CONCLUSIÓN: LA ERA DE LA AUTOMATIZACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA NO ESTÁ POR VENIR... ¡YA COMENZÓ!	752
REFERENCIAS	753

IMPLICANCIAS DE UN CATASTRO NO OFICIAL EN EL PERÚ. ENTRE CATASTROS Y BASES GRÁFICAS	755
Karina Guevara	
RESUMEN	755
SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	757
IMPLICANCIAS DE CATASTROS Y BASES GRÁFICAS NO OFICIALES	758
Diversidad de Catastros	758
Base Gráfica Registral	760
Diversidad de Sistemas Georeferenciales	761
Avance Catastral Municipal Diferenciado	762
Desvinculación Catastro y Registro	763
Procedimiento de Saneamiento Catastral Registral	764
Carencia o Deficiencia de Documentación Gráfica	766
Informe Técnico de Cara al Certificado de Búsqueda Catastral	767
MECANISMOS APALEADORES	767
Indubio Pro Administrado	767
Tolerancias Catastrales	768
Plataformas Libres	768
AMALGAMA CATASTRO Y REGISTRO: DESAFÍOS	769
CONCLUSIONES	773
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	775
PÁGINAS Y ENLACES WEB CONSULTADOS	775
IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO LADM_COL EN LOS SISTEMAS REGISTRAL Y CATASTRAL	777
Lina Victoria Barón Cabrera	
1. ANTECEDENTES	777
1.1. Generalidades sobre Colombia	777
1.2. Historia del Conflicto en Colombia	778
1.3 Proceso de Paz	779
1.4 El Acuerdo de Paz	781
1.5. Reforma Rural Integral, como el punto 1 del postconflicto	782
2. MARCO JURÍDICO ACTUAL	783
3. PROBLEMÁTICA ACTUAL	785
4. ISO 19152: 2012 LAND ADMINISTRATION DOMAIN MODEL – LADM	786
4.1 Paquete de interesados (Party Package)	787
4.2 Paquete Administrativo (Administrative Package)	787
4.3 Paquete Unidad Espacial (Spatial Unit Package)	788
4.4 Gráfico de la ubicación de las clases básicas según paquete	789
V. PERFIL COLOMBIANO DE LA ISO19152:2012	789
6. RESULTADOS ESPERADOS CON LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO	
LADM CATASTRO REGISTRO EN COLOMBIA	790
6.1 Inventario de la totalidad de los predios de Colombia	790
6.2 Intercambio de información	790

Índice	19
6.3 Seguridad Jurídica	791
6.4 Alivio a la pobreza	791
6.5 Formalización y regularización de la Tierra	791
6.6 Restitución de tierras	791
7. CONCLUSIONES	792
BIBLIOGRAFIA	793
BREVE BIOGRAFIA	796
VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA, PARA “GARANTIZAR” LA PUBLICIDAD REGISTRAL	797
Luis Sánchez Cerna	
INTRODUCCIÓN	799
1. LA PROPIEDAD PRIVADA	799
2. SEGURIDAD JURÍDICA	801
3. INTEGRACIÓN SISTÉMICA	801
3.1 Prescripción Adquisitiva seguida en sede notarial, y la Prescripción Adquisitiva que se reguló en el Derogado D.leg. 667	802
3.2 La imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado, y su constitucionalidad democrática	804
3.3 La publicidad extra registral, el caso de las Comunidades Campesinas y Zonas o áreas en controversia	806
A COLABORAÇÃO ENTRE REGISTOS E CADASTROS. A INFORMAÇÃO CADASTRAL SIMPLIFICADA EM PORTUGAL NO BALCÃO ÚNICO DO PRÉDIO – BUPI. O PAPEL DO REGISTO PREDIAL PORTUGUÊS NA DEMARCAÇÃO DE IMÓVEIS	811
Luisa Clode	
I. INTRODUÇÃO	811
II. PANORAMA LEGAL	814
III. A INFORMAÇÃO CADASTRAL SIMPLIFICADA NO BALCÃO ÚNICO DO PRÉDIO – BUPI -	818
IV. A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE NA DESCRIÇÃO DO IMÓVEL	827
V. PAPEL DO REGISTO PREDIAL NA DEMARCAÇÃO DOS IMÓVEIS	831
VI. CONCLUSÕES	835
NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO DE CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES EN CHILE	837
Marco Antonio Sepúlveda Larroucau	
Santiago Zárate González	
I. INTRODUCCIÓN	837
II. OFICIO Y OFICINA, DOS ETAPAS DE LA HISTORIA DEL ESTADO INDIANO	840
III. ANTIGUA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE ESCRIBANOS	842
IV. EL CONSERVADOR ES UN MINISTRO DE FE AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A CARGO DE UN OFICIO, DEL “REGISTRO CONSERVATORIO DE BIENES RAÍCES”	844

V. LA GESTIÓN PRIVADA DEL OFICIO CONSERVATORIO DE BIENES RAÍCES	851
VI. PROPUESTAS DE MEJORA AL ACTUAL SISTEMA DE GESTIÓN	
PRIVADA DEL REGISTRO	853
1.- Creación de una Dirección del Notariado y del Registro	853
2.- Fusión de los catastros existentes	854
3.- Creación de un mecanismo único de acceso al registro de carácter virtual	855
4.- Profunda modificación del sistema de nombramiento de notarios y conservadores	855
BREVE ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA EN MATERIA DE COORDINACIÓN CATASTRO- REGISTRO	857
María Álvarez	
1. ORIGEN Y FINALIDAD DEL CATASTRO Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	857
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE	859
3. JUSTIFICACIÓN DE DESCRIBIR GRÁFICAMENTE LAS FINCAS	860
4. MECANISMOS DE COORDINACIÓN	861
a) El Código Registral Único	861
b) Incorporación a la descripción literaria de la finca, descripción grafica georreferenciada de la misma	862
ANEXO	865
5. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA INCORPORACIÓN DE LA BASE GRAFICA AL ASIENTO REGISTRAL	865
Primero. georreferenciación de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas.	865
Segundo: Sobre el ámbito de aplicación y la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria	865
Tercero: Modo material de inscribir e incorporar al folio real la representación georreferenciada de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices	866
ON INDEFEASIBILITY OF NORDIC TITLE REGISTRATION	869
Matti Ilmari Niemi	
1. INTRODUCTION	869
2. ON THE HISTORY OF NORDIC TITLE REGISTRATION	870
3. SOME BASIC PRINCIPLES OF NORDIC TITLE REGISTRATION	873
4. ON THE LEGAL EFFECTS OF TITLE REGISTRATION	877
5. DEFERRED ACQUISITIVE PRESCRIPTION	880
6. IMMEDIATE ACQUISITIVE PRESCRIPTION	884
7. CONCLUSIONS	888
AVANCES QUE REFORMAN LA INSCRIPCIÓN DE LOS AIRES EN EL REGISTRO DE PREDIOS DEL PERÚ	889
Miguel A. Torres	
1. SITUACIÓN ACTUAL	890
2. BASE NORMATIVA	891
* Código Civil	892

Índice	21
* Ley N° 27157	892
* Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común	895
* Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios	895
3. TÉCNICA REGISTRAL UTILIZADA PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS AIRES	897
4. CONCLUSIONES	897
LAND TITLE REGISTRATION AS A GLOBAL MODEL – IN SEARCH OF A HISTORY AND PHILOSOPHY FOR THE REGISTRATION OF PRIVATE PROPERTY IN LAND	899
Professor Murray Raff	
ABSTRACT	899
INTRODUCTION	899
IDENTIFYING LEGAL CHARACTERISTICS OF LAND TITLE REGISTRATION	903
INTERNATIONAL DISSEMINATION OF LAND TITLE REGISTRATION MODELS	904
GERMAN LEGAL CIRCLES	906
AUSTRALIAN TORRENS SYSTEM	908
ENGLISH LAND TITLE REGISTRATION	909
HANSEATIC ORIGINS OF LAND TITLE REGISTRATION	913
PHILOSOPHY OF PROPERTY AND LAND TITLE REGISTRATION	917
CONCLUSION	934
LOS BENEFICIOS DEL CATASTRO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	937
Nilton Paredes López	
I. INTRODUCCIÓN	937
II. ANTECEDENTE	938
2.1 El Registro de la Propiedad	938
2.2 El Catastro	938
2.3 Necesidad de relacionarse	938
2.4 Problemas existentes	940
2.5 Situación actual del catastro y el registro de la propiedad en Europa y América Latina	940
III. BENEFICIOS	943
IV. RESULTADOS DEL BENEFICIO	943
4.1 Veracidad y fuentes de datos	943
4.2 Descripción de los análisis efectuados	944
4.3 Descripción e interpretación de los resultados obtenidos	952
V. DISCUSIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS	953
5.1. Conclusiones	953
VI. BIBLIOGRAFÍA	953
REGISTRO INMOBILIARIO ¿ACTO CIVIL, ADMINISTRATIVO O MIXTO?	955
Omar Cipagauta Mateus	
LA HISTORIA DEL USO DE DOCUMENTOS DE REGISTRO EN ROMA	958
EL CENSO	959

EL RÉGIMEN FEUDAL	960
EL AVANCE HISTÓRICO EN EL DERECHO ALEMÁN	961
HISTORIA DEL DERECHO REGISTRAL EN COLOMBIA	961
EL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO. ANTECEDENTES, CLASIFICACIÓN, ALCANCES Y PRINCIPIOS QUE LO ORIENTAN	961
CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE REGISTRO INMOBILIARIO	962
SISTEMAS MENOS PLENOS DE REGISTRO	963
LOS PRINCIPALES SISTEMAS TÉCNICOS DE REGISTRO INMOBILIARIO	963
EL SISTEMA ALEMÁN	963
EL SISTEMA SUIZO	963
LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL REGISTRO INMOBILIARIO	964
EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS COMO UN SERVICIO DEL ESTADO	967
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PUBLICIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO EN COLOMBIA ALCANCES DEL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS	968
RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL	969
RECONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EL CONSEJO DE ESTADO	970
RECONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	973
BIBLIOGRAFÍA	976
REGISTRATION OF A 3D VISUALISATION IN THE PUBLIC LAND REGISTER OF THE NETHERLANDS CADASTRE, LAND REGISTRY AND MAPPING AGENCY ('LAND REGISTRY')	977
B.H.J. Roes, LL.M.	
MOTIVE	977
RESEARCH IN PRACTICE	979
EVALUATION AND LESSONS LEARNED	984
CLOSING REMARKS	985
LA INFORMATIZACIÓN Y DESPAPELIZACIÓN COMO VEHÍCULO HACIA UNA EXITOSA VINCULACIÓN ENTRE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y LOS ORGANISMOS CATASTRALES	987
Cristina Noemí Armella y Sebastián E. Sabene	
I. INTRODUCCIÓN	987
II. LA COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN REGISTRAL Y LA FUNCIÓN CATASTRAL	987
a.- Organización de la función registral y la función catastral en la República Argentina	988
b.- La vinculación entre Catastro y Registro en la República Argentina	991
c.- Comunicación de planos registrados al Registro de la Propiedad Inmueble	994
d.- Contralor de la subsistencia del estado parcelario del inmueble con carácter previo a la constitución o transmisión de derechos reales	996

e.- Presentación del Certificado Catastral en ocasión de rogar la inscripción registral de la escritura pública	997
III. INFORMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE	998
a.- Informatización de los registros de la propiedad inmueble. La situación en la República Argentina	998
IV. INFORMATIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS CATASTRALES	1003
V. INFORMATIZACIÓN EN LA VINCULACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE Y EL ORGANISMO CATASTRAL. ¿BLOCKCHAIN?	1004
VI. CONCLUSIONES	1006
PRESENTATION SUMMARY	1008
BIBLIOGRAFÍA	1011
¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTRO DE LA PROPIEDAD?	1013
Segundo Évole Zurita	
LA COLABORACIÓN ENTRE REGISTROS Y CATASTROS	1013
COMO SE REALIZA LA CONEXIÓN REGISTRO CATASTRO	1016
INGRESO DEL CODIGO CATASTRAL Y C.U.I.C.	1018
VERIFICACION DE DATOS TECNICOS	1019
CONSULTA SISTEMA DE RECAUDACIÓN	1020
CONSULTA DE PAGO DEL IMPUESTO PREDIAL	1020
CONSULTA DE PAGO DEL IMPUESTO DE ALCABALAS	1021
CONSULTA DE PAGO DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA	1021
CÚAL ES NUESTRA MISIÓN	1022
PERO EL PROGRESO NO SE DETIENE, CONTINUAMOS CON NUEVOS PROYECTOS	1022
¿QUÉ QUEREMOS OBTENER?	1023
CONCLUSIONES	1023
THE TWILIGHT ZONE: EN LOS LÍMITES DE LA REALIDAD EN LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TITULARES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. EL REGISTRO EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES	1025
Sergio Saavedra	
1. INTRODUCCIÓN	1025
2. BLANQUEO DE CAPITALES EN EL SECTOR INMOBILIARIO	1026
3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DEL BLANQUEO DE CAPITALES. EL CRAB	1031
4. IDENTIFICACIÓN DE ENTIDAD Y TITULAR REAL	1034
4.1 Persona y personalidad. En los límites de la realidad	1035
4.2 La doctrina del levantamiento del velo societario	1037
4.3 La identificación de la entidad. El código lei	1039
4.4 La identificación del titular real	1041

5. LA PUGNA ENTRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS	1047
BIBLIOGRAFÍA	1050
O SISTEMA DE NULIDADES E A PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ NO BRASIL	1053
Ticiany Gedeon Maciel Palácio	
INTRODUÇÃO	1053
1. AS NULIDADES NO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO E O CASO DA INOPONIBILIDADE PREVISTA NO ART. 214, §5º, DA LEI N. 6.015/73	1055
2. OUTROS CASOS DE INOPONIBILIDADES DE NULIDADES ADVINDAS DO SISTEMA REGISTRAL CONSTITUTIVO BRASILEIRO	1058
3. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DAS NULIDADES COMO TENDÊNCIA MUNDIAL SUBSTITUINDO A TEORIA CLÁSSICA	1059
4. AS NORMAS PROTETIVAS DO TERCEIRO DE BOA-FÉ E SUA APLICABILIDADE PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	1061
4.1 Teoria da aparência e princípio da boa-fé como fundamentos da aquisição imobiliária a non domino no brasil – estudo de precedentes	1065
4.2 A usucapião tabular brasileira enquanto modo de convalidação de registro nulo. Seria este o melhor meio? Breve estudo da facti specie complexa adotada em portugal, no art. 291 Do cc	1069
CONCLUSÃO	1073
BIBLIOGRAFIA	1076
LA BLOCKCHAIN EN FAVOR DE LA FUNCION PÚBLICA NOTARIAL Y REGISTRAL EN COLOMBIA	1081
Yecenia Acosta Guzman	
REFERENCIAS	1085
TEMA 3 - ¿CÓMO MEDIR LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD?	1087
LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA DOBLE VENTA Y LA POSTERGACIÓN DEL ADQUIRENTE DE MALA FE	1089
Bruno Rodríguez-Rosado	
1. LOS CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE LA DOBLE VENTA EN EL DERECHO COMPARADO	1089
1.1. Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas abstractos: Alemania	1090
1.2. Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de transmisión consensual	1092
1.3. los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de título y modo	1095
1.4. Los criterios de solución de la doble venta en España: el artículo 1473 del Código civil	1098

Índice	25
2. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL REQUISITO DE LA BUENA FE EN LA DOBLE VENTA	1102
2.1. La ejecución necesariamente pecuniaria del derecho del comprador en derecho romano	1102
2.2. El ius ad rem como pretensión del comprador dotada de ejecución in natura y con alcance frente a tercero de mala fe	1104
2.3. Recepción y pervivencia en España de la doctrina del ius ad rem	1108
3. IUS AD REM Y EFICACIA FRENTE A TERCERO DE LAS EXPECTATIVAS ADQUISITIVAS	1111
HOW TO MEASURE LEGAL CERTAINTY REGARDING PROPERTY RIGHTS? THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVES OF THE UNITED NATIONS	1115
Carmen Miquel Lasso de la Vega	
1.1 Why seek indicators?	1117
1.2. The much needed legal certainty	1119
1.3. The introduction of geo-referencing.	1121
2. “EXPERT MEETING GROUP” IN BARCELONA, JULY 2017	1122
3. THE ISSUE OF GENDER AS A KEY INDICATOR	1124
ACTUACIONES JUDICIALES Y LEGALIDAD REGISTRAL	1131
Francisco Marín Castán	
I. INTRODUCCIÓN	1131
II. EL RECONOCIMIENTO DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA POR LA JURISPRUDENCIA	1132
III. EXAMEN DE ALGUNOS CASOS CONCRETOS	1134
IV. UN PUNTO DE DISCREPANCIA: LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO A FAVOR DEL EJECUTANTE FRENTE A LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA EJECUCIÓN	1139
V. REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE DE BIENES INMUEBLES OBJETO DE DELITO	1142
VI. CONCLUSIONES	1144
NOTAS	1145
APROXIMACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA EFECTIVA	1153
Gloria Milena Armero Vargas	
RESUMEN	1153
CONCLUSIONES	1165
BIBLIOGRAFÍA	1166
A SEGURANÇA JURÍDICA GERADA PELO REGISTRO E OS TRIBUNAIS: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RECENTE	

NA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS 1167

Ivan Jacopetti

1. INTRODUÇÃO 1168
2. OS SISTEMAS DE REGISTRO E A SEGURANÇA JURÍDICA 1168
3. AS MANEIRAS DE SE MEDIR A SEGURANÇA JURÍDICA 1170
4. A OBSERVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AO REGISTRO COMO MEIO DE SE MEDIR A SEGURANÇA GERADA PELO SISTEMA 1173
5. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE IMÓVEIS. 1174
 - 5.1. A alienação fiduciária em garantia de imóveis no Direito Brasileiro 1174
 - 5.2. O contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel 1177
 - 5.3. A execução extrajudicial da garantia fiduciária 1178
 - 5.4. Análise de decisões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em ações judiciais questionando a regularidade das execuções extrajudiciais. 1182
6. CONCLUSÃO 1185
7. BIBLIOGRAFIA 1186

LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LA ESCASEZ DE VIVIENDAS, EL CRECIMIENTO VERTICAL Y LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS NACIONES UNIDAS 1187

Luis Alberto Aliaga Huaripata

- I. INTRODUCCIÓN: LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA ONU(ODS) 1188
- II. CIUDADES Y ESCASEZ DE VIVIENDAS 1188
- III. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y PROPIEDAD HORIZONTAL. ROL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD 1190
- IV. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y LA NEGACIÓN DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA 1194
- V. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SUACEFALÍA 1197
- VI. CONCLUSIONES 1203

CONCLUSIONES 1205

- TEMA 1: COMUNIDADES INDÍGENAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN CONFLICTOS ARMADOS 1207
- TEMA 2: CATASTRO Y REGISTRO 1207
- TEMA 2: BLOCKCHAIN 1209
- TEMA 3: ¿CÓMO MEDIR LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD? LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS NACIONES UNIDAS 1210
- TOPIC 1: INDIGENOUS COMMUNITIES AND LAND RESTITUTION

AFTER ARMED CONFLICTS	1211
TOPIC 2: BLOCKCHAIN	1212
TOPIC 2: CADASTRE AND LAND REGISTRY	1213
TOPIC 3: HOW CAN THE LEGAL SECURITY OFFERED BY PROPERTY RIGHTS BE MEASURED? THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS OF THE UNITED NATIONS	1214
QUESTÃO 1. COMUNIDADES INDÍGENAS E RESTITUIÇÃO DE TERRAS EM CONFLITOS ARMADOS	1215
QUESTÃO 2: BLOCKCHAIN	1216
QUESTÃO 2: CADASTRO E REGISTRO	1217
TEMA 3: COMO MEDIR A SEGURANÇA LEGAL EM TERMOS DE DIREITOS DE PROPRIEDADE? OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS NAÇÕES UNIDAS	1218

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN CONGRESO

Durante los días 2 al 4 de mayo de 2018 se celebró en Cartagena de Indias, Colombia, el XXI Congreso Internacional de Derecho Registral IPRA-CINDER. En esta ocasión, dada la importancia de la regularización de las tierras en el marco del proceso de paz, la organización correspondió al Gobierno de Colombia. Este país actuó a través de la Superintendencia de los Registros y del Notariado, a cargo del Dr. Jairo Mesa, así como del Colegio de Registradores de Colombia, presidido por la licenciada Janette Cecilia Díaz Cervantes. El Comité Organizador del evento estuvo presidido por el Superintendente, mientras que el Comité científico de expertos internacionales fue dirigido por el profesor Eduardo Caicedo.

Los temas del congreso, como siempre, fueron de interés para todos los registros del mundo pero también se abordaron materias específicas de determinadas áreas geográficas así como cuestiones relacionadas con los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas. Esta es la relación de temas sobre los que versó el congreso:

1. La reorganización de la propiedad en los procesos de paz. La resolución de los conflictos de tierras y el papel del registro de la propiedad. Restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas
2. ¿Cómo reformar los registros de la propiedad?
 - a. La colaboración entre registros y catastros.
 - b. Las nuevas tecnologías y la reforma de los registros de la propiedad. (Blockchain y registro de la propiedad)
 - c. La organización de los registros para el siglo XXI. Debate sobre gestión privada o pública de los registros de la propiedad
3. ¿Cómo medir la seguridad jurídica en materia de derechos de propiedad? Los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas.

El evento congregó a mas de 670 participantes de los cinco continentes pertenecientes a los más de sesenta países que integran la asociación internacional de registros de la propiedad (International Property Registries Association IPRA-CINDER) que debatieron y discutieron durante los tres días no sólo con registradores sino también con jueces, fiscales, profesores universitarios, economistas, otros juristas e integrantes de las organizaciones internacionales.

El acto de inauguración tuvo lugar en el Hotel Conrad-Karibana, sede del congreso, y en el mismo participaron Nicolás Nogueroles, Secretario General IPRA-CINDER, Jairo Mesa, Superintendente y la Viceministra de Justicia, Marcela Zuluaga Vélez.

A continuación se celebró la primera sesión plenaria en la que disertaron los profesores Bruce Ziff de la Universidad de Alberta (Canadá), Benito Arruñada del Universidad Pompeu Fabra (España) y Matti Niemi de la Universidad de Eastern (Finlandia). El profesor Ziff abordó el problema de las tierras de los aborígenes y su acceso al registro. Expuso la experiencia canadiense en la búsqueda de una solución de compromiso entre los principios del “common law” y el derecho de los aborígenes. El resultado es la utilización de la categoría del “fee simple” para poder registrar estos derechos y permitir su negociabilidad con algunas limitaciones. En otras palabras, propuso tratar de superar la inalienabilidad de las tierras de los aborígenes. El profesor Arruñada habló sobre la delimitación de los fincas registrales y su coste. No siempre es eficiente la máxima precisión en la definición de linderos. Señaló que es necesario analizar su coste y la finalidad. También criticó los programas de titulación universal de tierras empleados en muchos países en vías de desarrollo y aportó datos al respecto de los muchos fracasos. El profesor Niemi explicó la “fe pública registral” en los países nórdicos en los cuales el sistema de contratación inmobiliaria tiene unos agentes distintos de los que intervienen en los países de tradición latina.

Por la tarde comenzaron las sesiones paralelas en las que se discutieron los temas específicos del congreso. En materia de restitución de tierras y procesos de paz participó el superintendente de Colombia, Jairo Mesa, que durante mucho tiempo se encargó de los temas de restitución y es un gran especialista en la materia. En la otra sesión paralela intervenía el director general de los registros de España, Javier Gómez Gállico, explicando los avances en la incorporación de las bases gráficas al registro de la propiedad al registro tras las últimas reformas de la Ley Hipotecaria y la del Catastro.

Finalizó la jornada con una mesa redonda sobre la tecnología del blockchain y su aplicación al registro. En la misma participaron países que tienen experiencia práctica con la misma como Estonia (Ingmar Valli) y Dubai (Sultan Alakraft) junto con otros que la están estudiando como Holanda (Jacques Vos), Brasil (Sergio Jacomino) y España (Teófilo Hurtado). La mesa fue moderada por el director del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores, José María de Pablos. En su intervención, Teófilo Hurtado puso de manifiesto las ventajas e insuficiencias del blockchain y concluyó que dicha tecnología no puede sustituir las funciones del registro de derechos. Hay que destacar la gran participación de congresistas lo que

hizo necesario ampliar el espacio inicialmente previsto para esta mesa final de las sesiones.

El jueves día 4 siguió el evento con las sesiones paralelas en las que por parte de la delegación del Colegio de Registradores intervino María Álvarez que presentó un trabajo sobre las relaciones entre registro y catastro. La sesión fue moderada por Enrique Maside, director de relaciones internacionales del Colegio de Registradores. 1. Una interesante perspectiva global de la restitución de tierras en áreas de post-conflicto intervino Eduardo Martínez que aportó una gran cantidad de datos procedentes de los archivos de la OTAN.

En la sesión plenaria participaron los profesores Raff Murray de la Universidad de Canberra (Australia), Michele Cuccaro de la Universidad de Trento (Italia) y Bruno Martinez-Rosado de la Universidad de Málaga (España). El profesor australiano, Raff Murray, expuso el sistema Torrens y realizó una interesante reflexión sobre el concepto de dominio que subyace al mismo y su adaptabilidad para proteger los derechos medioambientales. Esto último le llevó a plantear la discusión sobre los límites del dominio y las diversas posiciones mantenidas por distintos filósofos del derecho. El profesor y juez Cuccaro disertó sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los delitos relacionados con el blanqueo de capitales y otras actividades criminales y su reflejo en el registro de la propiedad. El profesor y secretario de la revista electrónica de Ipra-Cinder, Bruno Rodríguez, trató un tema clásico en derecho registral como es el caso de la doble venta, las pretensiones reales y obligacionales así como su protección. Acompañó su exposición con un análisis detallado de los principales ordenamientos europeos.

Por la tarde continuaron las sesiones paralelas y por parte de la delegación del Colegio de Registradores intervino Manuel Montánchez para exponer las posibilidades de la mediación registral en la resolución de conflictos derivados de la restitución de tierras. En la sesión referente al blanqueo de capitales y registro intervino Sergio Saavedra tratando el problema de las titularidades reales, en especial el caso de las personas jurídicas y la idoneidad de tanto el registro de propiedad cuanto el mercantil para colaborar en este ámbito. En otra sesión paralela referente a los indicadores para medir la seguridad jurídica, presentó su trabajo Carmen Miquel, quien este mismo año había intervenido en el Banco Mundial. La sesión fue moderada por Thea Hilhorst perteneciente al Banco Mundial.

El día concluyó con una mesa redonda sobre la privatización de los registros en la que Alasdair Lewis, ex presidente de ELRA y director de los servicios legales del registro inglés, expuso el intento de privatización en

Inglaterra y Gales; Constance Fair de British Columbia (Canadá) explicó el modelo de su provincia como alternativa a la privatización. Mihai Taus de Rumania disertó sobre la dificultad de construir instituciones independientes para controlar el tráfico jurídico y el profesor Arruñada realizó un análisis comparado de diversos modelos como centros de costes. Señaló las ventajas de algunos modelos híbridos, entre lo público y lo privado.

El último día contó con una importante participación de autoridades de Colombia. Tras las sesiones paralelas que se celebraron a principio de la mañana tuvo lugar la primera sesión plenaria del día en la que intervinieron los miembros del poder judicial: el presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del Reino de España Francisco Marín Castán, el magistrado del Tribunal Supremo de España José Antonio Seijas y Fiscal General de Colombia Nestor Humberto Martínez. El presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo expuso con gran claridad la doctrina del mismo en cuanto a la calificación de los documentos judiciales y deslindo el ámbito de la calificación registral y la función judicial. También abordó aquellos temas en relación con las anotaciones de embargo en los que el Tribunal Supremo disiente de la Dirección General de Registros. José Antonio Seijas expuso los problemas que surgen en materia de expropiaciones en relación con el catastro. También analizó la legislación colombiana en los procesos de restitución. Finalmente el Fiscal de Colombia expuso los conflictos surgidos por la ocupación ilegal de tierras y las consecuencias sociales. Actuó como relatora de la sesión la decana-presidente del Colegio de Registradores de España, María Emilia Adán, que hizo una síntesis de las tres conferencias.

La última sesión plenaria del congreso contó con la participación de Klaus Deininger, lead-economist del Banco Mundial y director de la Land and Poverty Conference; de Jesús Camy project, manager del proyecto de la Unión Europea IMOLA; y el Ministro de Justicia de Colombia, Enrique Gil Botero. la mesa fue moderada por Javier Gómez Gállico. Klaus Deininger hizo un repaso a los distintos proyectos de modernización de registros y desarrollo de programas de tierra promovidos por el Banco Mundial, los logros y dificultades. Todo ello acompañado con multitud de datos. Jesús Camy expuso el modelo de interconexión de registros en la Unión Europea y la creación de modelos unificados en materia de información. Expuso el ingente trabajo realizado para aproximar y hacer inteligibles distintos conceptos jurídicos procedentes de distintas tradiciones. Finalmente el Ministro de Justicia de Colombia destacó la importancia de los registros en el proceso de paz que se sigue en su país.

Por la tarde se reunió, el Consejo Consultivo del CINDER, que agrupa los distintos institutos y organismos académicos dedicados al estudio del

Derecho Registral, en el que se debatieron posibles temas para el siguiente congreso. Tres nuevos organismos y asociaciones pidieron el ingreso. A continuación tuvo lugar la Asamblea General ordinaria de IPRA-CINDER en la que se aprobaron las conclusiones del congreso. Fueron admitidos como nuevas organizaciones IPRA-CINDER Sudáfrica y British Columbia(Canadá). Se eligió a la Asociación Sindical de Registradores de Portugal como organizadora del próximo congreso y finalmente la asamblea eligió por unanimidad a Alfonso Candau como nuevo secretario general IPRA-CINDER para los próximos cuatro años.

Portugal fue elegida sede del próximo congreso y las delegadas portuguesas realizaron una breve presentación.

La cena de gala se celebró en el Centro de Convenciones de Cartagena y se entregaron las medallas de IPRA-CINDER en reconocimiento a su labor en favor del derecho registral, el desarrollo y modernización de los registros de la propiedad a las siguientes personas: Eduardo Caicedo, Colombia; Klaus Deininger, Economista del Banco Mundial; Sergio Jacomino, de Brasil; Benito Arruñada, España, Fernando Martínez de España, a título póstumo y el Ministro de Justicia de Colombia, Enrique Gil Botero.

El congreso contó con la mayor participación de congresistas de los últimos años y se presentaron alrededor de 70 ponencias.

DISCURSOS DE INAUGURACIÓN

PALABRAS DE LA VICEMINISTRA DE PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA

Marcela Zuluaga Vélez

Viceministra de Promoción de la Justicia

¡Muy buenos días!

doctor Jairo Mesa Guerra, Superintendente de Notariado y Registro

doctor Nicolás Nogueroles Peiro, Secretario General del Centro Internacional de Derecho Registral

Señoras y señores Registradores

Autoridades de tierras

Representantes de la comunidad académica

y audiencia en general, tengo el honor de instalar el Vigésimo Primero Congreso Mundial de Derecho Registral, cuya realización debemos al esfuerzo y compromiso de IPRA CINDER, a la Superintendencia de Notariado y Registro de Colombia y demás participantes de este Encuentro.

Desde 1972, el Centro Internacional de Derecho Registral se ha esforzado en posicionar esta rama del derecho en las agendas gubernamentales, en los espacios académicos y en general, en los centros educativos de derecho del mundo.

Todo esto, con la finalidad exclusiva de consolidar el derecho registral como una rama de obligatorio estudio para entender la dinámica inmobiliaria de los países. Por eso hoy debemos nuestro más sincero agradecimiento por la actividad que ha venido realizando a través de todos estos años.

Para nosotros es motivo de gran honor ser la sede de tan importante evento, que reúne a expertos nacionales e internacionales de las más altas calidades académicas, quienes han dedicado gran parte de su ejercicio profesional a reflexionar sobre las principales problemáticas y retos del derecho registral.

Por ello también, debemos agradecerles su dedicación y trabajo arduo para posicionar esta rama del derecho en el panorama jurídico mundial. Es

un verdadero privilegio poder darles la bienvenida y recibirlos en nuestro país a todas y todos ustedes. ¡Bienvenidos!.

Igualmente, quiero reconocer el esfuerzo realizado por la Superintendencia de Notariado y Registro de Colombia, que dispuso para la organización de este evento, de un gran equipo de profesionales de altas calidades, a quienes también saludo y agradezco por su entusiasmo y mejor ánimo en lograr que este evento sea una realidad.

Saludo a los y las representantes de los más de 15 países, a las autoridades de tierras y a los registradores de instrumentos públicos que hacen parte de este encuentro académico.

Estamos convencidos que el trabajo registral cada día irá ganando más relevancia en las agendas gubernamentales. Estoy convencida de que estos espacios permiten que el derecho registral siga posicionándose en cada uno de nuestros países. Sus buenas prácticas y experiencias en el ejercicio de esta rama del derecho enriquecerán el diálogo de los próximos 3 días. De ahí que es tan importante para los participantes contar hoy con la presencia de ustedes.

Y por supuesto agradezco, a la academia por decidir participar en esta versión del Congreso. Sin duda su experticia dará rigor y enriquecerá esta jornada. Este intercambio de conocimientos fortalecerá nuestras competencias en la materia y permitirá que nuestro quehacer diario se enriquezca con sus buenas experiencias.

Este evento representa para la comunidad jurídica internacional un espacio académico de reflexión, diálogo y formulación de propuestas que fortalecerán el derecho registral vigente, y en el que además, gracias al compromiso de todas y todos, daremos continuidad y visibilización de los importantes avances que en esta materia hemos venido trabajando a nivel global.

El derecho registral es una rama del derecho que aborda el estudio de un servicio público de significativa importancia para la comunidad: la función registral, con ello se asegura la publicidad de los actos de disposición respecto de los bienes inmobiliarios de las personas. Esta particularidad constituye una garantía de seguridad jurídica inmobiliaria, lo que facilita la formalización de la propiedad y sus negocios relacionados, en favorecimiento de la construcción de sociedades más pacíficas.

La historia jurídica de los bienes refleja la historia misma de las dinámicas sociales, políticas y económicas que han rodeado a los titulares de los derechos relacionados con los bienes raíces y las circunstancias particulares en que lograron obtenerlas. Porque ello, es muy importante contar con

un sistema de registro que permita la formalización de estos negocios de manera que no se generen inequidades o injusticias en relación con estos bienes, evitando la vulneración de los derechos de sus titulares.

Por ello, es importante que, por respeto al valioso esfuerzo con el que cada ciudadano ha construido su patrimonio o se le ha reparado por la victimización en situaciones de conflicto, se garanticen jurídicamente estos derechos a partir de un derecho registral sólido y con la suficiente legitimidad por parte de la ciudadanía.

En este orden, hablar de registro es hablar de seguridad jurídica y de presencia institucional. Sólo en la medida en que los sistemas de registro de los Estados contengan información precisa, completa, actualizada y detallada sobre los actos de disposición de derechos sobre bienes de la ciudadanía, tendremos sociedades más justas y probas, cuyas transacciones de derecho privado o comercial se suscitan en el marco de los principios de la buena fe, confianza y seguridad jurídica. garantizada por el Estado.

Por esta condición de credibilidad que le aporta el registro a los actos de disposición de la propiedad es que el derecho registral se posiciona como una de las ramas del derecho de obligatoria consulta al momento de realizar una operación inmobiliaria. Las dinámicas sociales mundiales nos exigen formalizar y determinar las relaciones o el historial de la propiedad para que se desarrollen con respeto de los derechos y garantías fundamentales de todos los ciudadanos.

Esta circunstancia supone la existencia de un sistema registral sólido e idóneo que responda a todas las necesidades que derivan de esta tendencia mundial. Por ello, es una necesidad imperiosa, trabajar en robustecer y afianzar el trabajo que en dicha materia la comunidad jurídica ha venido desarrollando.

De ahí la trascendental importancia de este espacio académico pues permitirá el intercambio de conocimientos en materias que hoy son objeto de debate y discusión en el panorama jurídico mundial y profundizará el diálogo sobre los mismos, con miras a impulsar el avance en estos temas.

Así pues, vemos como cada vez la importancia del derecho registral se visibiliza, porque si bien es meritorio el impulso que desde la academia y desde distintos sectores de la sociedad se le ha dado a esta rama del derecho, ha sido la misma dinámica social la que ha hecho exigible dar a conocer la importante función que desde este lugar del derecho se cumple.

Para nadie es un secreto que, en estos momentos, Colombia enfrenta quizá el mayor reto que históricamente hayamos tenido que afrontar: la construcción de una paz estable y duradera. Este reto supone un gran es-

fuerzo por recomponer el estado de cosas en materia de derechos de nuestro país, la propiedad es uno de ellos. Los conflictos relacionados con la propiedad de tierras fue uno de los principales problemas que propiciaron el conflicto que perduró por más de medio siglo en nuestro país. Por lo cual, es importante no solo resolver los problemas de concentración/distribución de la tierra sino además blindar este proceso de justicia social a través de la formalización del mismo, y es ahí donde toma importancia el derecho registral para nuestra sociedad del pos conflicto. En Colombia resulta imperativo generar un sistema de registro que responda a esa necesidad humanitaria, histórica y social, para la construcción de la paz estable y duradera.

Conscientes de esto y de lo doloroso que ha sido para nuestro país el tema de la propiedad de la tierra y su formalización, hemos trabajado, desde el sector justicia, en el fortalecimiento de nuestro sistema de registro. Tenemos la absoluta convicción de que esta herramienta ha permitido la reivindicación de los derechos fundamentales de muchos colombianos víctimas del conflicto interno. Da fe de esto, todo el trabajo realizado a través de los procesos de restitución y de los programas de acceso a la tierra ofrecidos a los campesinos y campesinas de nuestro país.

Para impulsar estos procesos, en los últimos 8 años, hemos trabajado arduamente en impulsar la modernización de nuestro registro público de la propiedad. Desde el sector justicia hemos trabajado en la diversificación de los canales de atención a la comunidad, principalmente, con la oferta de este servicio en zonas más apartadas del país y hemos sistematizado la historia jurídica de los inmuebles ubicados en estas zonas.

Desde hace 6 años, el país cuenta con un nuevo estatuto registral, que unificó e implementó herramientas tecnológicas para agilizar la presentación de este servicio público y le apostó al fortalecimiento del modelo de inspección, vigilancia y control del registro en Colombia.

Gracias al trabajo impulsado desde la Superintendencia de Notariado y Registro, hoy contamos con un registro público con presencia institucional en todo el territorio nacional. Con 195 Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos estamos brindando confianza y credibilidad a las operaciones de la ciudadanía en materia inmobiliaria, no solo para quienes viven en las cabeceras municipales sino además para aquellas personas que se encuentran en zonas rurales y de ruralidad dispersa.

Y no solo ha sido la institucionalidad el único sector de nuestra comunidad que ha tomado conciencia del papel fundamental que cumple el registro, también los sectores académicos del país ha contribuido en este propósito. Hoy, en Colombia, contamos con una amplia oferta de programas de posgrado en derecho registral ofrecidos por varias universidades del

país, propiciado igualmente, por el aumento de la demanda de ciudadanos interesados cada vez más en conocer el funcionamiento del registro.

Hoy podemos afirmar que la ciudadanía confía en su sistema de registro. Y esto es posible gracias al esfuerzo de todos los servidores públicos que trabajan en este sector, muestra de ellos es que en el último año realizamos 754.798 registros.

Así las cosas, no tenemos la menor duda de que el registro público de la propiedad se está afianzando en Colombia y que ha sido un elemento esencial para hacer este tránsito hacia la paz en nuestro país.

Nuestra apuesta es entonces, seguir avanzando para lograr un registro público innovador, que cuente con las herramientas tecnológicas que permitan prestar un servicio ágil y seguro desde cualquier parte del país.

Que además sea interoperable con otras entidades del país que manejan información relacionada con los actos de disposición de bienes. De manera que el ciudadano y las autoridades públicas dispongan de la información universal sobre los bienes.

Asimismo, trabajamos en el sector justicia porque el sistema sea integral para que con precisión y completitud contenga la información registral, documental y georreferencial de todos los bienes inscritos, y que sea instaurativo para facilitar los mecanismos para que los colombianos y colombianas registren sus títulos y se disminuya la informalidad.

Comparto con ustedes la alegría de poder asistir a este espacio académico, en el que intercambiaremos experiencias, buenas prácticas y dificultades en el ejercicio del derecho registral. Tengo la plena convicción de que obtendremos las mejores conclusiones y nos formularemos retos medulares para diseñar una cultura de registro encaminada a dar credibilidad a nuestras transacciones y que contribuya a la convivencia armónica y a la paz en todas nuestras regiones.

De esta manera, los invito a participar activamente en cada una de las actividades de la agenda y a compartir sus reflexiones y conocimientos en este espacio académico, para el fortalecimiento de esta importante rama del derecho.

Una vez más, les agradezco su participación en este evento y les doy la más cordial bienvenida a este espacio académico de reflexión y de diálogo.

¡Muchas gracias!

DISCURSO DE INAUGURACIÓN DEL XXI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL IPRA-CINDER

Jairo Alonso Mesa Guerra

*Superintendente de Notariado y Registro
Cartagena (Colombia), mayo de 2018*

Como Superintendente de Notariado y Registro de Colombia y como miembro del Comité Organizador del *XXI Congreso Mundial de Derecho Registral IPRA-CINDER*, me place saludarlos y darles la bienvenida a todos los presentes en nombre de las instituciones que represento.

Agradezco la confianza depositada por la Asamblea General de IPRA-CINDER celebrada en Dubái, en febrero de 2016, al elegir a Colombia como sede de la XXI versión de este importante Congreso. Esta elección la asumimos con gran responsabilidad y la sentimos como una oportunidad para que el país siga enriqueciéndose de experiencias que le permitan avanzar en materia de derecho registral. Lograr que en Colombia se lleve a cabo el *XXI Congreso Mundial de Derecho Registral* es una acción transversal al proceso de paz, pues ratifica el apoyo que la comunidad internacional ofrece a nuestro país y nos permite mostrar los progresos y discusiones que Colombia ha tenido en los procesos de legalización, formalización, registro y garantía de la propiedad privada.

Los retos que Colombia ha tenido en el ámbito registral han permitido consolidar y ofrecerle al país un nuevo y moderno Sistema de Información Registral, que está a la vanguardia de los últimos adelantos tecnológicos, y que permite la interoperabilidad del registro con distintos sistemas de información, a partir de lo cual se garantiza y se brinda seguridad y certeza jurídica a la propiedad inmobiliaria en el país y se define un sistema de inspección, vigilancia y control más eficiente, eficaz y moderno. Este sistema, además de ofrecer un servicio más ágil y oportuno, brinda mayor seguridad jurídica en los trámites de registro de la propiedad inmobiliaria, a través de innovación tecnológica y la integración de la información catastral registral y notarial.

Estos logros significativos en el tema de la propiedad y en el campo del derecho registral son una evidencia de que el país ha propuesto y sigue

proponiendo debates importantes y de calidad en el campo del registro de la propiedad inmobiliaria y, además, ha establecido, para su abordaje, una mirada que integra distintos aspectos y actores que se ubican en los diferentes ámbitos de la sociedad colombiana, lo cual posiciona a Colombia, en el escenario internacional, como uno de los países donde se viene configurando un sistema sólido para organizar, gestionar y desarrollar proyectos relacionados con la propiedad; sin embargo, esto no significa que tengamos un sistema perfecto e inmejorable. Todo lo contrario, las nuevas realidades políticas, económicas y sociales que configura el acuerdo de paz y el posconflicto nos han señalado puntos de trabajo que nos permitirán avanzar en el tema de la seguridad jurídica de la propiedad. En esta intervención daré cuenta de algunos puntos coyunturales que constituyen grandes retos para que en Colombia avancemos en materia de derecho registral.

1. EL DESPOJO DE TIERRAS EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE PAZ EN COLOMBIA

Muchos de los que aquí y ahora estamos reunidos para celebrar la XXI versión del *Congreso Mundial de Derecho Registral* hemos sido testigos de las complejas situaciones que nuestro país, Colombia, ha afrontado a lo largo de su historia como Nación. No es mi intención hacer un recorrido minucioso por la historia de Colombia, pero sí debo mencionar que, a pesar del amor y el orgullo que nos envuelve por haber nacido en este bello territorio, los colombianos hemos sufrido en carne propia o en el cuerpo de nuestros hermanos de nación la compleja situación de violencia y de desplazamiento masivo de poblaciones rurales, que tuvo su momento más agudo a mediados de los noventa—aunque su génesis debemos rastrearla épocas atrás—, como consecuencia del accionar de grupos armados ilegales, de infracciones cometidas por grupos paramilitares, e incluso por las disposiciones y mecanismos de la política antidroga, por ejemplo, la realización de fumigaciones aéreas en zonas rurales. Los efectos negativos de esta situación sobre los derechos a la vida, a la libertad e integridad de las personas fueron múltiples, como múltiples también fueron los factores y actores vinculados con estas acciones.

Uno de estos efectos es que, en la disputa entre el Estado por imposibilitar el accionar de los grupos ilegales como las guerrillas, nuestros campesinos fueron sometidos a una absurda e injusta diáspora en su propio territorio. Por décadas hemos asistido —con impotencia, con dolor, con rabia y con la incredulidad que trae consigo el horror— al desplazamiento forzado y masivo de campesinos y de otros grupos minoritarios; fenómeno que, como nación, nos ha legado una deuda histórica con nuestros campesinos:

la de devolverles no solo sus tierras, sino también su identidad como colombianos, pues no es posible asumirnos como parte de un territorio cuando este es extraño, nos agrede y nos despoja.

Consciente de esta deuda histórica, el Estado colombiano ha trabajado incansablemente por buscar y ofrecer respuestas normativas e institucionales, orientadas a la atención, prevención y protección de la población víctima de desplazamiento forzado. La Ley 387 de 1997, que creó el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada e incluyó la protección que debía darse a los derechos sobre las tierras abandonadas; los decretos reglamentarios 2007 de 2001 y 250 de 2005, que adoptan el Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, y definen y regulan las medidas de atención oportuna a dicha población, son algunas de las acciones jurídicas que apuestan por la atención integral a la población desplazada por la violencia y, además, apuestan por la protección de los bienes patrimoniales. En este marco, fueron creados los códigos registrales para la inscripción en los folios de matrícula inmobiliaria, de medidas de protección colectiva e individual.

La Colombia de hoy tiene un panorama diferente y unas oportunidades distintas. Son las oportunidades que trae consigo el Acuerdo de Paz que se viene implementando como resultado de la convicción de que una nación no se construye desde la naturalización del conflicto y que el ocaso de la violencia no lo traen las armas, sino las palabras, el diálogo. Nuestro premio Nobel, el Sr. Presidente Juan Manuel Santos, nos dio una muestra significativa de que el mundo y Colombia cree en la paz, nos reafirmamos como una nación formada en principios y valores. Con el Acuerdo de Paz hemos pasado de asumirnos como cazadores y presas a reconocernos en nuestras diferencias, a encontrarnos con ese otro que es distinto y a comprender, que, sin renunciar a esas ideas diferentes, es posible entablar diálogos y acuerdos. Sin embargo, esto no supone *per se* que hemos saldado la deuda histórica que tenemos con nuestros campesinos. Por ello, hoy más que nunca, es importante hablar de la tierra como factor determinante en los procesos de resolución de conflicto y del bienestar de los habitantes de nuestro país; por lo tanto, los procesos de restitución y formalización de la tierra son un aspecto central y de alta relevancia, pues, para los colombianos, constituyen un punto sensible para pensar su bienestar y para materializar la idea de una Colombia en paz.

En este escenario, es determinante la lucha por la prevalencia de la seguridad jurídica en el registro público de la propiedad como acción transversal a los procesos de paz, uno de los temas centrales para el XXI Congreso IPRA-CINDER. El interés por la seguridad jurídica en el registro de la

propiedad no puede desconocer la historia y requiere que sigan vigentes las preguntas por qué ha pasado con la tierra en Colombia, cómo otorgar seguridad jurídica en un marco en que el abandono de predios por causa del desplazamiento forzado tiene una estrecha relación con el despojo y la acumulación de tierras por parte de actores armados ilegales y de actores económicos legales e ilegales; y cómo evitar qué se vuelva a presentar el despojo de tierras en nuestro país.

2. POSCONFLICTO, RURALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA: DIALOGO NECESARIO PARA QUE EN COLOMBIA NO SE REPITA EL DESPOJO DE TIERRAS

En Colombia, en diferentes momentos históricos, se han propuesto formas diversas de asumir el tema de la propiedad y, en esa discusión histórica, son múltiples las consideraciones que se han establecido. Por ejemplo, Valencia Zea propone una diferencia importante entre propiedad privada y pequeña propiedad. La primera, aplicable a las grandes propiedades o propiedades capitalistas, la asume como la institución en virtud de la cual se otorga libertad a las personas para que produzcan, adquieran y exploten cosas mediante la compra de la fuerza de trabajo. En cambio, la pequeña propiedad, de tipo personalista, alude a la producción y explotación de bienes mediante el trabajo personal del dueño.

En este orden de ideas, Valencia Zea destaca cuatro atributos principales de la propiedad. El primer atributo es la *Plenitud de la propiedad o principio de la universalidad*, que se observa en el hecho de que todas las cosas del mundo exterior pueden ser sometidas a propiedad, el propietario puede comerciar (disponer) con toda libertad los objetos sobre los cuales recae su propiedad y el propietario puede influir tan libremente sobre una cosa, que bien puede modificarle su destino económico, transformarla, paralizar su comerciabilidad o destruirla. El segundo atributo se refiere a la *Exclusividad del derecho de propiedad*, a partir del cual solo el propietario puede rechazar la intervención sobre la cosa de todos aquellos que no son propietarios, y que solo él puede usar y gozar de la cosa, sólo él puede hacer las innovaciones que desee, sólo él puede poseer. El tercer atributo alude a que *la propiedad es un derecho irrevocable*. Este atributo se refiere al hecho de que, desde el punto de vista objetivo y subjetivo, el derecho a la propiedad es estable e irrevocable, dado que no depende de la existencia de otro derecho y su extinción depende de la voluntad del propietario y no de una voluntad extraña. Por último, el cuarto atributo es la *Extinción del derecho*, y se refiere a las situaciones en que, por la inexploración del bien

por no cumplir su función social y ecológica, y por su propia finalidad, el propietario pierde del derecho perpetuo sobre la cosa.

Por otra parte, Valencia Zea, al abordar las formas de adquirir el dominio, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, señala que el artículo 673 del Código Civil menciona como fuentes o modos de adquirir la propiedad o dominio la ocupación, la accesión, la tradición, la prescripción y la sucesión por causa de muerte. Sin embargo, para Valencia Zea, esta clasificación resulta incompleta, toda vez que no se mencionan las sentencias judiciales de adjudicación de los bienes que se rematan en subasta pública, tampoco contempla el Código las resoluciones administrativas en virtud de las cuales el Estado adjudica terrenos baldíos a los particulares. Finalmente, pueden mencionarse los actos de división o partición de cosas comunes, especialmente la división material, pues el comprador sucede al vendedor en el derecho transmitido.

Como lo muestran las consideraciones anteriores, las formas de adquisición de la propiedad se constituyen en un mecanismo importante para garantizar la seguridad jurídica, por ello, es perentorio entender que existen disposiciones judiciales y políticas que legislan estos asuntos, pero que no siempre son suficientes, en la medida en que los contextos siempre serán cambiantes. En consecuencia, las instituciones encargadas de brindar seguridad jurídica a la propiedad y a los propietarios están llamadas a explorar y proponer nuevos mecanismos, todos ellos conducentes a mantener la seguridad jurídica.

En el caso colombiano, todas las discusiones que se han generado sobre el tema de la tierra en el marco de los acuerdos de paz y ahora en un escenario de posconflicto, nos ha llevado a entender que el mejoramiento de la ruralidad es una base segura en la búsqueda de la paz, en el entendido en que este sector es estratégico para el crecimiento social y económico, para la superación de la pobreza y del conflicto armado; además, es fundamental para alcanzar un desarrollo humano sostenible en las regiones más deprimidas. Así mismo, el mejoramiento de las condiciones de las personas que se ubican en las zonas rurales se constituye en garantía para la seguridad alimentaria y el progreso de las ciudades en pro del desarrollo de la democracia económica y social.

En este sentido, la ley que crean las Zonas de interés de desarrollo rural y económico, ZIDRES es una apuesta ambiciosa para el desarrollo económico y productivo del campo colombiano, que pretende habilitar más de siete millones de hectáreas para la producción de alimentos y recursos forestales, mediante el uso eficiente del suelo en armonía con el medio ambiente y la generación de empleos dignos en el campo.

Con el establecimiento de las ZIDRES se busca privilegiar, como parte del desarrollo y de la calidad de los pobladores rurales, la producción y comercialización de alimentos, a través de la formulación de políticas que salvaguarden la seguridad y soberanía alimentaria. Con las ZIDRES, también se redefinen las tradicionales condiciones legales para la explotación del suelo, lo que se convierte en garantía real de las plantaciones, pues se propende por un desarrollo sostenible que incluya las condiciones sociales, económicas y ambientales, pero, igualmente, sustentable, en la medida en que se apunta a que el desarrollo y productividad sean duraderos en el tiempo, y no situaciones pasajeras de cada gobierno.

La Ley además permite que estos campesinos, trabajadores agrarios y mujeres rurales se puedan convertir en empresarios productivos, emprendedores y agentes sociales, *porque el campesino también puede hacer empresa*. Por ello, las ZIDRES impulsarán el desarrollo de proyectos productivos de economía familiar, tales como granjas integrales y huertas caseras, que les permitan su incorporación a los sistemas productivos, participar en programas de ciudadelas de trabajo y sistemas de adjudicación por objetivos, garantizando la participación de los mismos dentro de las Zonas.

En conclusión, la declaratoria de Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social, ZIDRES, propone llevar el campo colombiano a la modernidad a través de una nueva política agropecuaria y de desarrollo rural, con enfoque territorial, que cambie de una manera radical la forma de hacer, pensar y actuar. Es este el desafío más importante de todos los colombianos frente al posconflicto.

Conforme a lo expuesto, en este nuevo marco, el del posconflicto, es la seguridad jurídica de la propiedad el mecanismo más idóneo para impedir que situaciones como el despojo de tierras por actores legales e ilegales se vuelva a repetir en nuestro país. Pues, hechos como los que Colombia ha vivido en relación con la tenencia de la tierra destacan la importancia de la institución jurídica de la propiedad privada, importancia que desde la Superintendencia de Notariado y Registro está presente en todo momento. La propiedad privada, como derecho, principio y valor que permea nuestro ordenamiento jurídico, es el principal objeto de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia de Notariado y Registro. Dada su importancia social y relevancia jurídica, le corresponde a esta entidad velar por un adecuado servicio público del registro inmobiliario y promover la seguridad jurídica de los particulares dentro del tráfico inmobiliario. La SNR no solo es la poseedora de los insumos jurídicos documentales para la determinación de la relación jurídica entre las víctimas de despojo y los predios objeto de la restitución, sino que es partícipe activa en la materialización

del cumplimiento de los fallos de los Jueces de Restitución de Tierras, para que se logre la consolidación de manera efectiva y pública de la propiedad de las víctimas restituidas.

Paralelo a este proceso de restitución de tierras, la SNR ha sido gran precursora en la identificación y determinación de las diferentes tipologías o formas de despojo que se produjeron en el país. Situaciones que se evidenciaron a través de los diagnósticos registrales llevados a cabo en regiones neurálgicas que sufrieron la inclemencia del desplazamiento forzado, como los Montes de María, Norte de Santander, Antioquia, Meta y Córdoba, entre otros. Tales estudios han servido de base para iniciar acciones penales, disciplinarias y administrativas, tendientes a la judicialización y captura de cabecillas de carteles, además de funcionarios públicos y notarios del país.

Toda esta labor va encaminada a que los colombianos desplazados recuperen sus tierras, y recuperen la seguridad jurídica y confianza en las instituciones gubernamentales. En este sentido, la restitución de tierras se convierte en una herramienta para salvaguardar y proteger la propiedad privada, y es la SNR con la supervisión del servicio público de registro y notariado, quien tiene el deber de blindar de seguridad jurídica todo este proceso.

3. EL ESTADO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA

La dispersión normativa en la administración de las tierras en Colombia ha sido una de las causas del fracaso en la promoción y aseguramiento del acceso a la propiedad inmobiliaria en el país. En este sentido, el ordenamiento jurídico, en lugar de ser un factor de transformación de la esfera social y de la realidad, ha ofrecido serias resistencias debido a su inaplicación. La ineficacia de las normas ha tomado vigor ante el complejo entramado de entes, organismos y funciones que deben asimilar los administrados cuando se someten a procedimientos orientados a la resolución de circunstancias determinantes para definir la condición y relación jurídica respecto de un bien inmueble. Vemos, entonces, que la dispersión normativa dilata y entorpece la consecución de la información de los inmuebles, porque, en lugar de estar a disposición de una sola autoridad, se tiene que acudir a diversas entidades. Por otra parte, dentro de las principales causas de la informalidad de la tierra en Colombia encontramos el desconocimiento por parte de la población del marco legal existente para lograr el saneamiento de la llamada “falsa tradición”, lo complejo y costoso que resulta adelantar un proceso judicial de pertenencia para una persona que no cuenta con los medios para lograr un efectivo acceso a la administración de justicia; la dilación injustificada en los trámites de adjudicación de predios baldíos de

la Nación, la ausencia de una cultura de registro, la falta de una política de Estado que identifique física y jurídicamente los baldíos de la Nación, que imposibilitan un real acceso a los programas de dotación de tierras; la desactualización de la información catastral de los predios rurales; y, por último, la escasa incidencia de los programas del Gobierno por conjurar esta situación. Por tales razones, es necesaria y urgente una norma que regule todo el tema de la propiedad en Colombia y que, a su vez, afiance la función esencial de implementar procedimientos encaminados a aumentar la estabilidad jurídica que los registros de propiedad brindan al mercado inmobiliario; a partir de lo cual se otorgue certeza respecto de los derechos y obligaciones que se contraen en el ámbito privado y público en relación a los bienes inmuebles y los derechos reales que recaen sobre este tipo de bienes, con el propósito de garantizar la seguridad en el tráfico jurídico de las transacciones inmobiliarias. A través de la referida normatividad se deben impulsar las dinámicas productivas nacionales mediante la inversión en infraestructura, innovación, vivienda, agricultura y minería, asumiendo la responsabilidad no solo en relación a los derechos de propiedad, sino también sobre el uso del suelo, bajo la productividad y crecimiento económico. Con una norma que armonice el tema de tierras en Colombia, se puede consolidar un Sistema Único de Administración e Información, orientado desde principios de sistematicidad, unidad y colaboración armónica, capaz de brindar información en tiempo real sobre diversos aspectos de la gestión catastral y registral de los predios ubicados en áreas rurales y urbanas, la demarcación de los bienes de uso público, zonas de reserva y del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP), resguardos indígenas, litorales marítimos y suelo costero, concesión de licencias de exploración de hidrocarburos, licencias ambientales y asistencia técnica para la delimitación de fronteras internacionales, y registro de tierras despojadas y restituidas. Lo anterior, reivindica la imperiosa necesidad de fortalecer la capacidad institucional del Estado a través de una norma que convierta la seguridad jurídica en materia de propiedad inmobiliaria en un objetivo de política pública, en razón de los beneficios intrínsecos que generaría en el ámbito social, económico y productivo, y que contribuya a generar, en los colombianos, un sentimiento de confianza, que, a su vez, incentive su participación activa en pro de un verdadero desarrollo y fortalecimiento del ordenamiento territorial y la formalidad de la tierra.

Como vemos, estas necesidades normativas que tiene el país, identificadas por la Superintendencia de Notariado y Registro se encaminan a fortalecer y a naturalizar el principio de seguridad jurídica en todas las acciones y disposiciones que se establezcan en relación con el tema de la propiedad en Colombia. Intención que es consecuente con las acciones

del Gobierno Nacional en su propósito de fijar las políticas y adoptar los planes generales de protección, formalización y restitución jurídica de los inmuebles despojados y velar por su cabal cumplimiento por parte de las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.

4. LA PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y LA PROTECCIÓN DE PARQUES NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

La situación de Colombia en materia de seguridad jurídica de la propiedad se evidencia en las condiciones actuales de los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas que hacen presencia en el territorio nacional. Si bien la Constitución Política de Colombia de 1991 reconoció un gran catálogo de derechos a favor de los pueblos indígenas, después de 27 años de vigencia de la Constitución, los derechos indígenas corresponden a un reconocimiento formal, más no material.

Por ejemplo, en lo relacionado con la propiedad de los pueblos indígenas en Colombia, es importante partir del hecho de que el territorio ha sido un derecho muy valorado para esta población. Al respecto, Sousa (1999) sostiene que “entre todos los derechos de los pueblos indígenas, el supremo es el derecho a la tierra, a sus territorios ancestrales y a sus recursos; en consecuencia, la pluralidad jurídica asume en este caso una configuración geoespacial distinta”. Este valor dado al derecho al territorio nos lleva a concebirlo de manera muy distinta por cuanto corresponde no solo a su lugar de asentamiento, sino que, en torno de él, se configura la cultura misma de estos pueblos. Sin embargo, la presencia y actividad de los actores ilegales del conflicto armado interno, incluidas las acciones y omisiones de la fuerza pública, han influido en la violación de sus derechos a través de la siembra de cultivos ilícitos, del desplazamiento forzado que acarrea la pérdida del territorio y todo lo que ello implica en términos de construcción de identidad.

Como sabemos, el Estado es el primer garante de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas; por lo tanto, está llamado a reconocer y proteger jurídicamente los territorios y recursos de estos pueblos, no sólo respetando sus costumbres sino sus sistemas de tenencia de la tierra. Con todo, estos derechos deben ser reconocidos legalmente con base en el ordenamiento jurídico nacional.

En esa medida, la ruta para reconocer legalmente los derechos de los pueblos indígenas parte de la identificación el territorio propio, continúa con la caracterización del mismo para definir si existe o no titulación oficial,

con el objeto de determinar las rutas jurídicas para realizar la correspondiente legalización; y finaliza con el aseguramiento del debido registro de los territorios indígenas.

En relación con el primer aspecto, es importante mencionar que, en el marco de las acciones conducentes a la implementación de un Catastro multipropósitos, según lo dispuesto en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en el primer semestre de 2016, hubo una estimación del territorio legalmente adjudicado como reservas indígenas de 35,936 millones de hectáreas y de títulos colectivos para comunidades negras cercanas a 5,757 millones de hectáreas. Sin embargo, teniendo en cuenta que la formación y actualización catastral puede durar varios años, es necesario que el Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio del Interior, adelante algunas socializaciones a fin de involucrar a la totalidad de los indígenas a nivel nacional y con el propósito de hallar y legalizar asentamientos diferentes a los resguardos previamente identificados.

En relación con el segundo aspecto, *Reconocimiento legal de los territorios indígenas*, de acuerdo con lo dispuesto en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estas comunidades tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano.

Cobra alta relevancia e importancia el registro, a fin de garantizar del derecho de propiedad indígena. De esta forma, el registro de resguardos indígenas es el único mecanismo idóneo para garantizar los derechos relacionados con la tenencia de la tierra, puesto que no sólo aplica para la propiedad, sino que, por ser una población con derechos particulares, también debería realizarse en los predios en los que se identifique posesión con registro de dominio antecedente a favor de otros, o registro de ocupación, en cuyo caso, los folios de matrícula inmobiliaria deberían abrirse a favor de la Nación con el registro de la ocupación del territorio indígena.

De esta forma, el registro permite identificar claramente las rutas de la formalización de la propiedad colectiva de los pueblos étnicos, a fin de que puedan ejercer sus derechos constitucionales de autogobierno en sus territorios, se puedan determinar legalmente sus límites territoriales y hacer efectiva su jurisdicción y competencia, a partir de lo cual estas comunidades puedan avanzar en los proyectos que consideren necesarios en el marco de la administración de sus recursos, tanto naturales como externos. Finalmente, el registro de esta propiedad colectiva se considera indispensable, puesto que, al delimitar el territorio jurídico, es posible avanzar con mayor certeza

en la delimitación de sus propiedades, los planes y programas de desarrollo económico y social, promover la inversión pública en estos territorios para la favorecer a los grupos étnicos completos y generar desarrollo respetando los principios de su propio derecho en estos territorios.

5. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA EL REGISTRO

En aras de comprender el dinamismo que requieren los sistemas de información registral para que se conviertan en un apoyo real de los procesos de seguridad jurídica de la propiedad, debemos decir que, en los últimos 12 años, la Superintendencia de Notariado y Registro en Colombia ha dado un giro importante en la forma de prestación del servicio público registral a la ciudadanía. Pasó de llevar el registro inmobiliario en Colombia con procesos locales y manuales a apoyarse en el componente tecnológico.

Este apoyo tecnológico inició con el diseño y la implementación del Folio Magnético, bajo el cual se presta el servicio en 58 Oficinas de Registro. No obstante, factores como la generación de nuevas políticas, la exigencia del mercado, las tendencias emergentes, entre otros le restan funcionalidad a los aplicativos, por lo cual el sistema inicialmente diseñado debió actualizarse.

De todas formas, es importante decir que, aunque se han hecho ingentes esfuerzos para proveer a la ciudadanía de alternativas al momento de hacer uso de los diferentes servicios que presta la Superintendencia de Notariado y Registro, la realidad es que, dentro del marco de la globalización y los retos que esta trae consigo, la entidad se ha visto en la necesidad de contar en la inmediatez con un nuevo Sistema de información Registral, que responda con vehemencia y pertinencia a la Nación, a fin de que la memoria, el registro, la traza y la integridad del Registro Inmobiliario estén garantizados en el nuevo escenario del posconflicto.

El nuevo Sistema de Información Registral constituye el pilar fundamental para apoyar las políticas socioeconómicas de nuestro país. De ahí la importancia de su funcionalidad, en aras de una excelente prestación del Servicio Público Registral. Por ello, desde la Superintendencia nos hemos dado a la tarea de identificar dichas funcionalidades, por ejemplo, debe contar con funciones para importar, integrar y administrar datos catastrales e interoperar fácilmente con los mapas geográficamente referenciados, implementando el modelo LADM.

El Sistema de Información Registral, mediante nuevas funcionalidades, le permite a la SNR tener la capacidad para monitorear y gestionar el inventario de transacciones realizadas, la tradición de los títulos y la relación

entre ellos. Además, es un producto único, basado en un modelo conceptual de datos acorde a los procesos de registro.

El Sistema de Información Registral al introducir el documento y la radicación electrónica, permite:

- Garantizar la autenticidad de los documentos sujetos a registro.
- Articular y estandarizar las iniciativas para la automatización de las diferentes fases de los procesos registrales en las diferentes áreas de la SNR.
- Garantizar que los ingresos recaudados por concepto de derecho de registro correspondan a los reales.
- Minimizar las devoluciones, con lo cual se beneficia a la SNR y a los usuarios.
- Redistribuir las funciones del personal en los procesos de registro.
- Preparar la gestión del cambio en el manejo de documentos electrónicos y la virtualización de procesos registrales.
- Cumplir con la normatividad vigente y con la consolidación del modelo de simplificación de trámites.
- Posicionarse en el ranking del Banco Mundial Doing Business, generando una nueva tendencia en registro de la propiedad inmueble a nivel de Latinoamérica.

6. INTERRELACIÓN REGISTRO – CATASTRO

Es importante mencionar que no basta con tener un sistema tecnológico para el tratamiento de los datos que emergen en la labor registral, es necesario que se avance en una estrategia que permita la interrelación entre procesos aparentemente distintos, como, por ejemplo, los de registro y catastro.

Durante años se ha evidenciado que diversas políticas públicas se han concentrado especialmente en lo urbano o en lo sectorial, de suerte que la mayoría de esfuerzos y recursos han tenido un direccionamiento hacia las ciudades, dejando de lado lo rural, sin que el catastro haya sido una excepción a esa tendencia. Esto ha derivado en información predial rural desactualizada, incompleta y poco confiable.

La carencia de un catastro rural multipropósito que refleje de manera fidedigna la realidad del territorio en cuanto a variables físicas, jurídicas y económicas a obstaculizado el desarrollo económico y social. Por tal razón estableció el Gobierno Nacional ha promovido la implementación de un

catastro con un enfoque de propósitos múltiples, entendido como el que tiene información sobre la propiedad para contribuir a la seguridad jurídica del derecho de propiedad inmueble, el fortalecimiento de la fiscalidad local, el ordenamiento territorial y la planificación social y económica”. En virtud del hecho de que el catastro debe hacer la identificación física del territorio nacional, en este conjunto de predios se encuentran los territorios étnicos que han sido legalizados o no en el país e incluso en las áreas ocupadas, reconocidas en el marco del Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, factores como la existencia de zonas del país sin formación catastral y el grado de la desactualización en más del 50% de los predios rurales formados han interferido en la plena determinación de los baldíos adjudicables aún existentes, los bienes de uso público y fiscales, como también en la adopción de políticas públicas que, basadas en la información del catastro, promuevan el adecuado ordenamiento territorial, social y productivo del campo.

Por lo anterior, el Plan Nacional de Desarrollo ratificó la obligación de formar los catastros o actualizarlos en todos los municipios del país, con el fin de revisar los elementos físicos o jurídicos del catastro originados en mutaciones físicas, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario.

No obstante lo anterior, la problemática que enfrenta el catastro rural va más allá de su desactualización, y, en tal sentido, se requieren acciones que impliquen una intervención más profunda para incorporar nuevos estándares y requerimientos a tener presentes para las actualizaciones que se realicen a partir de esta política.

También se debe anotar que el registro de la propiedad inmueble enfrenta dificultades, si se tiene en cuenta que la fragilidad del sistema ha permitido la apropiación indebida de baldíos y la usurpación de tierras de particulares, a lo cual se suman las notables diferencias que existen con la información catastral y la realidad, y que generan anomalías técnicas que se traducen en incertidumbre e inseguridad jurídica.

En ese orden de ideas, es indispensable definir una política de Estado para lograr un catastro rural que empiece a brindar información física, jurídica y económica, completa, actualizada y precisa, que tenga en cuenta variables ambientales y sociales, que sea plenamente coherente con el registro público de la propiedad, con una vocación multipropósito, pero, principalmente, acorde a las exigencias de una política de ordenamiento territorial, social y productivo que sienta las bases para lograr un desarrollo rural sostenible en el país.

Como vemos, gran parte de los desafíos que enfrenta Colombia para lograr una transformación del campo implican la necesidad de contar con un catastro rural multipropósito completo, actualizado y confiable, acorde a los requerimientos que demande el país. En esa medida, no es coincidencia que el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* determine, en el punto 1, la obligación del Gobierno Nacional de poner en marcha un Sistema General de Información Catastral, Integral y Multipropósito, que concrete la formación y actualización del catastro rural, que vincule el registro de inmuebles rurales y se ejecute en el marco de la autonomía municipal.

7. UN COMPROMISO DE LAS NACIONES...

Lo que he expuesto hasta este punto, nos lleva a pensar que las nuevas realidades que enfrentamos las naciones, en particular Colombia, nos delegan una serie de tareas fundamentales para revisar el tema de la seguridad jurídica de la propiedad en el marco de contextos cambiantes y de los fenómenos emergentes en el dinamismo geopolítico, económico y social de las naciones. Por ejemplo, el registro público de la propiedad, como la etapa final que consolida los procesos de saneamiento jurídico de la propiedad inmobiliaria, en eventos tales como la ocupación, la posesión y la falsa tradición, además de facilitar el acceso a la propiedad formal de los bienes inmuebles, se constituye en un mecanismo determinante para pensar la seguridad jurídica, puesto que contribuye al incremento del nivel patrimonial de bienes raíces activos en la población en condiciones de vulnerabilidad, mediante la regularización de formas de tenencia, con lo cual se combate la informalidad y se obtienen los siguientes benéficos:

- Seguridad de permanencia y estabilidad en las familias.
- Sentido de pertenencia y ciudadanía.
- Permite la postulación de familias ya propietarias, al subsidio de mejoramiento de vivienda.
- Incentiva la inversión en los bienes inmuebles y aumenta el valor de estos.
- Permite un mayor desarrollo tanto a nivel individual como colectivo.
- Desmotiva la migración de la población rural a los centros urbanos.
- Dinamiza el mercado de tierras y de viviendas.
- Permite a largo plazo la transferencia inmobiliaria y activa la economía en las regiones.

- Aumenta la base predial y de valorización y, por consiguiente, fortalece las finanzas de los entes territoriales.
- Facilita, en un mediano plazo, una interrelación entre la identificación y la alinderación predial, con base en la cartografía que se encuentra en Catastro y, por ende, evita la doble escrituración y garantiza la seguridad jurídica.
- Consolida la cultura de la formalidad a nivel nacional.

Finalmente, todos estos aspectos tienen como pretensión última hacer un llamado a todos los países socios de IPRA CINDER a continuar trabajando por un registro unificado, que se convierta en una herramienta que no solo aporte indicadores de medición del mercado inmobiliario de un país, sino que también se constituya en un instrumento eficaz para la identificación de rangos de pobreza y desigualdad. La invitación es a trabajar por un registro unificado o un sistema de indicadores mundial que ayude a identificar los rangos de pobreza y desigualdad en el mundo, que posibiliten la generación de políticas o estrategias que redunden en el bienestar de las poblaciones menos favorecidas y que eviten que situaciones como las del despojo de tierras, que han vivido los campesinos en Colombia, se repitan en territorio alguno.

Muchas gracias.

CARTAGENA 2018. CEREMONIA DE APERTURA

Nicolás Nogueroles Peiró
Secretario General IPRA-CINDER

I. SALUDO DE BIENVENIDA E INTRODUCCIÓN

El vigésimo primer Congreso IPRA-CINDER comienza hoy su andadura por primera vez en Colombia. Nuestro agradecimiento al Gobierno de Colombia por haber asumido, a través de la Superintendencia de Registros y del Notariado, la organización de este evento. Vivimos en lo que algunos han llamado la era de la América Latina, en la que Colombia es considerada como el primer productor de imaginación creadora. Estamos en una ciudad “mágica”, donde un hombre tuerto, manco y cojo, con sólo 6 navíos y 2.800 hombres fue capaz de vencer a la segunda más grande armada que conocen los siglos (después de la que atacó Normandía) compuesta de 180 navíos y 23.600 soldados. Ese “medio hombre” (Blas de Lezo) se convirtió en “hombre y medio”. Tan contra la lógica y la realidad fue lo acontecido que la potencia invasora ya había acuñado previamente monedas para celebrar un triunfo que nunca aconteció.

Este país con su nombre rinde reconocimiento al descubridor del nuevo mundo, hecho que fue considerado por Adam Smith en la Riqueza de las Naciones como uno de los acontecimientos más importantes del género humano que tuvo (J.H. Elliot) importantes consecuencias intelectuales, pues puso en duda muchos prejuicios sobre la naturaleza del hombre; también constituyó un desafío económico; y produjo importantes repercusiones políticas. Pues bien, eso mismo pretendemos que sea este congreso: a) un desafío intelectual que nos obligue a reflexionar, contrastar nuestros sistemas registrales y explorar las posibilidades para mejorarlos; b) que tenga repercusiones en el campo normativo haciendo efectiva la innovación y, por último, c) que de lugar a consecuencias económicas mostrando cómo el derecho es necesario para crear mercados no sólo eficientes sino también equitativos y para luchar contra la pobreza. Porque aunque estudiemos la manera en que son las instituciones; ello no determina la manera en que deberían ser.

Colombia es un país de mestizaje, producto de tres formaciones culturales: la nativa; la hispánica y la africana. Todo ello tendrá importantes repercusiones jurídicas y en última instancia su reflejo en los registros de la propiedad. Estamos en un país de poetas, Bogotá no es sólo la capital sino la ciudad donde viven los poetas, la Atenas de Suramérica (Carlos Fuentes). Pero además, como he dicho anteriormente Colombia es un país productor de imaginación creadora, u que se manifiesta no sólo en la poesía (Álvaro Mutis) y en su pintura (Botero) sino también en su novelística, que ha cautivado al mundo. Así en las obras más sobresalientes de la literatura colombiana aparecen problemas relacionados con las tierras (el tema clásico de estos congresos). En *María* (1867), obra de Jorge Isaacs. Se hace referencia a la historia de un pleito por linderos. La cuestión indigenista se reflejó hace más de un siglo en *Manuela*, de Eugenio Díaz, donde se muestra la preocupación por un sistema semifeudal de arrendamientos, la dificultad de acceso a la propiedad de la tierra¹ y donde el protagonista se pregunta ¿cómo puede haber pobreza con tierras tan fértiles y exuberantes? El incumplimiento de los contratos, a su vez, queda plasmado en *La Vorágine* (1924), de José Eustasio Rivera. Ahora bien, en Cien años de soledad, una obra cumbre no sólo de la literatura iberoamericana sino también mundial, y que según Álvaro Mutis llega a lo más profundo del inconsciente colectivo americano, no sólo se abordan problemas de tierra, sino que aparece también la institución del registro de la propiedad. Arcadio (perteneciente a la tercera generación de los Buendía) “*ofreció crear una oficina de registro de la propiedad para que José Arcadio (segunda generación de los Buendía) legalizara los títulos de propiedad usurpados, con la condición de que delegara en el gobierno local el derecho de cobrar las contribuciones*” (pág 137). Pero el coronel Aureliano Buendía (segunda generación) “*decidió revisar los títulos de propiedad de la tierra, hasta cien años atrás, y descubrió las tropelías legalizadas por su hermano José Arcadio. Anuló los registros de una plumada*” (pág 184). Aquí vemos un uso espurio de Registro, legalizar tierras usurpadas; un empleo erróneo, confundirlo con un libro cobratorio de contribuciones, y finalmente una deficiencia institucional queda al albur del poder político.

II. COLOMBIA, CLAVE EN LAS POLÍTICAS SOBRE DESARROLLO

También Colombia representa un hito en el diseño de políticas para fomentar el desarrollo y luchar contra la pobreza. La fecha del 9 de abril de

¹ “Y no tener nosotros en propiedad ni aun los siete pies de tierra en que nos sepultan”

1948 será recordada como el momento en que las instituciones internacionales impusieron políticas tecnocráticas olvidando los ideales de libertad. En dicha fecha, el presidente del Banco Mundial (IBRD) envió una misión a Colombia que redactó un informe de 950 páginas recogidas en tres tomos y que serviría como experimento para la ayuda al desarrollo. El informe partía de un modelo de planificación que hacía tabla rasa de la peculiaridad e historia del país e insistía en los derechos colectivos o nacionales frente a los individuales. Nada del informe se basaba en las características específicas colombianas. No es casualidad que el profesor William Easterly haya acuñado la expresión “tiranía de los expertos” para referirse a esos diseños que olvidan la realidad de cada país y los derechos de sus ciudadanos. En términos muy similares se expresaba García Márquez en la ceremonia de concesión del premio Nobel *“La interpretación de nuestra realidad con esquemas ajenos sólo contribuye a hacernos cada vez más desconocidos, cada vez menos libres, cada vez más solitarios. Tal vez la Europa venerable sería más comprensiva si tratara de vernos en su propio pasado”*.

Todo lo anterior no pasaría de ser una referencia genérica si no fuese porque hoy en día se intenta trasplantar modelos de registros ajenos, a veces bajo la apariencia de estándares internacionales que desconocen los sistemas jurídicos de cada país, y que en el fondo tienen por objeto vender un “software”. Pero esto no pasa de ser un conjunto de vaguedades adornado incluso con términos filosóficos como el de ontología compartida.

Frente a estas nuevas prácticas, tiene razón Gabo cuando propone que Europa se vea en su propio pasado. Así en Inglaterra que estableció su sistema en 1862, no se ha cubierto todavía el 85% del territorio. En Irlanda en las áreas más pobladas como Dublín. Escocia con un sistema desde 1617 pensó en 1979 que lo convertiría en un registro de derechos en un plazo de 18 años; sin embargo sólo se ha convertido un 55%. España coordina parcelas catastrales con registrales en un número de 100.000 al año según las necesidades del mercado. Con más de 20 millones de fincas y alrededor de 5 millones de transacciones al año. Australia, en particular en Nueva Gales del Sur desde 1861, fecha en que se implantó el sistema, hasta 1975, más cien años después, quedaban fuera del Torrens un 12% de títulos y desde 1987 ingresan a una velocidad de 5.000 títulos por año, permitiendo el acceso con o sin una medición topográfica.

La implantación de estos sistemas, se ha llevado a cabo gradualmente. En algunos casos se diría de manera espontánea, incentivando el acceso o dejando a los particulares su decisión. Desde Karl R. Popper sabemos que la ingeniería social debe ser fragmentaria frente la ingeniería utópica u holista.

El que el Estado se comprometa a proteger los derechos de propiedad a través del Registro es el fundamento legal para invertir en el futuro (Cooter y Schäfer). Los objetivos de desarrollo sostenible de la N.U. han puesto de relieve lo importante que es para luchar contra la pobreza la seguridad jurídica. El registro tiene como objetivo proporcionar seguridad jurídica pero además puede ayudar a su medición que tan importante es para la toma decisiones. La creación de mercados supone que los ciudadanos puedan adquirir los inmuebles por medio de la compraventa y no por medio de ocupaciones o favoritismos políticos. En última instancia se trata de convertir los inmuebles en activos líquidos o como se decía en el XIX hacerlos marketables. Así el registro de la propiedad facilita que se pueda invertir vender y prestar sobre inmuebles.

III. COLOMBIA UN REGISTRO EN ADAPTACIÓN CONTINUA

Desde su implantación en 1778, el Registro de la Propiedad de Colombia ha estado en continua adaptación a las vicisitudes que ha vivido el país y está llamado a desempeñar un papel decisivo en los procedimientos de restitución de tierras como garante del derecho de propiedad.

Sin embargo, visto el registro con los ojos de un extranjero, llama la atención que en siglo XIX, en un momento de influencia del Código francés y del espíritu de la ilustración, aquí se adopte un sistema próximo al austríaco y al suizo, en el que la inscripción sirve de tradición al dominio y demás derechos reales (artículos 2637 a 2682 Código Civil 1887 -previo de 1873-). El Registro adquiere un papel relevante en la transmisión de los derechos reales y ello se debe a la genialidad del caraqueño Andrés Bello. Bello había sido maestro de Bolívar, aun cuando tenían la misma edad, y compartieron juntos funciones diplomáticas, pero Bolívar lo perdió para la causa de la Gran Colombia y el maestro marchó a Chile en 1827. Allí Bello comenzaría la etapa más productiva de su vida que culminaría con el Código Civil chileno de 1857. Éste se extendería por Iberoamérica y en particular sería adoptado, con algunos retoques, en Colombia. En materia de transmisión del dominio, Bello ideó una fórmula posibilista y avanzada para el CC chileno que con ciertas variantes está en la base del CC colombiano. De ahí que actualmente la inscripción tenga carácter constitutivo, según artículo 756 del Cc, y el registro sea el medio de prueba². Todo lo

² Art 2673 Cc “Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hacen fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado conforme a lo dispuesto en el código”. Artículo 46 Estatuto de Registro (2012) “Ninguno de los títulos o instrumentos tendrá mérito probatorio, si no ha sido

anterior se sintetiza perfectamente en el eslogan “sólo el Registro lo hace propietario” de la campaña de la Superintendencia de Colombia.

El sistema está incorporando las nuevas tecnologías pero no deja de estar en transición. No tiene fe pública, y por ello no hay titularidades inatacables. No se ha dado el paso y tal vez no sea todavía conveniente hacerlo porque, como dice Eduardo Caicedo, *“para que un sistema de registro consagre el principio de fe pública debe conceder al registrador amplias y profundas facultades de calificación (...) sería absurdo que en un sistema de calificación sólo formal se hiciera inatacable el derecho.”*

Es por ello que la mejora del sistema no es sólo tecnológica, sino también normativa y debe ir acompañada de una inversión en formación de las personas, en capital humano.

IV. EL COCIMIEN TO DE LAS INSTITUCIONES Y DERECHO

Uno de los temas de este congreso es ¿cómo reformar los registros de la propiedad? Sin embargo, para afrontar cualquier reforma es necesario conocer a fondo las instituciones, sus finalidades los problemas a los que responde y cómo funciona. De lo contrario puede acontecer lo que sucedió en las ciudades más importantes de EEUU (Nueva York, Los Ángeles) que adquirieron 2500 autobuses de último diseño que se resquebrajaron en su parte trasera cuando tropezaron con el primer bache. Preguntado el director de la autoridad de tránsito dijo “El comité diseñó un caballo, pero lo que salió fue un camello”.

La clave está en despejar la incógnita si el registro produce títulos absolutos que vinculan a todos son exclusivos o por el contrario títulos relativos que son mejores que otro pero puede haber alguien que los derrote, simplemente es un “*maius ius*” pero no el único título. En Roma, como nos recuerda Buckland, la usucapio es el único medio para otorgar un título absoluto que eliminaba cualquier derecho incompatible. El moderno tráfico no puede esperar los plazos de usucapión para obtener un título seguro.

El Registro de la Propiedad es la moderna respuesta pública para la obtención de un título absoluto por ser la institución que nos permite adquirir titularidades reales sobre inmuebles sin temor a la evicción y posibilita acreditar los derechos de una manera sencilla. Esto supone dos cosas: a) que esta institución está relacionada con la seguridad jurídica (del tráfico jurídico); b) que nos encontramos ante un mecanismo para probar titularidades (que crea las pruebas de las titularidades).

inscrito o registrado en la respectiva Oficina (..)”

Pero no todos los registros nos ofrecen la misma respuesta ante unos determinados conflictos típicos de intereses. Según la respuesta que se dé, nos encontraremos ante un sistema diferente. Este conflicto se puede sintetizar en el interrogante qué ocurre cuando un eslabón de la cadena de transmisiones es declarado nulo (por invalidez del título del enajenante, por carecer de poder de disposición o por cualquier otra causa).

Dos lógicas intervienen que podemos denominar el efecto domino o el efecto guillotina o telón.

Así, en unos casos rige el viejo principio del derecho romano post-clásico, “*nemo dat quod non habet*”, de manera que la nulidad en un eslabón de la cadena de transmisiones produce la nulidad de las transmisiones posteriores dando lugar a un “efecto domino”. Desde esta perspectiva no hay una atribución segura de derechos y la información que suministra es una aproximación, pues queda un margen de incertidumbre.

Sin embargo, en otros casos los títulos se vuelven independientes y los asientos autosuficientes, de forma que la nulidad de un eslabón de la cadena no produce la caída de los posteriores. No entra en juego el “efecto dominó” sino el “efecto guillotina” o “telón”, cada transmisión de independiza de la precedente y las informaciones son seguras. El título no se deduce históricamente sino que resulta de un pronunciamiento tabular. En el primer modelo se acentúa la idea del registro como instrumento de publicidad mientras que en el segundo como mecanismo de transmisión.

La mayoría de los sistemas están en transición pero mezclan las dos lógicas contradictorias a lo que suman la innovación tecnológica.

Es preciso optar por un sistema u otro, todo dependerá de la implicación (garantía) del Estado en el reconocimiento y garantía de los derechos. La opción no estará exenta de costes para los ciudadanos pero en unos casos no se puede optar por el sistema de fe pública porque no se dan los requisitos institucionales y de capacitación de personal pero en otros como decía Besson porque se pone a gestionar el establecimiento del ferrocarril los propietarios de las compañías de diligencias.

El distinto compromiso del Estado, de poder público es lo que permite el cambio de lógica. Así cuando el Estado interviene tímidamente en los procesos de contratación, el registro solo es un medio de publicidad y, en consecuencia, cada individuo tiene que componérselas en el mercado para despejar las dudas sobre la eficacia y legalidad de los títulos, recurriendo para ello a la figura del “estudio de títulos”. Por el contrario, cuando el Estado interviene para garantizar la legalidad de los derechos inscritos y, por tanto, el registro produce titularidades con la garantía del poder públi-

co, dejan de ser necesarias las investigaciones retrospectivas y basta, para conocer la titularidad, con consultar el último asiento vigente.

Aunque siempre hemos insistido al referirnos al registro a la seguridad jurídica muchas veces hemos dejado en segundo plano un aspecto crucial el Registro como la prueba del derecho. Precisamente este aspecto es uno de los que le hizo más competitivo y mejor adaptado para imponerse a los viejos medios de manufactura de la prueba propios del siglo XIX y los solicitores de aquella época. El Registro es un medio que favorece y se adapta mejor a la estandarización que el sistema de la prueba única por cada título. La especialización del trabajo y la seguridad ofrecida por el registro hizo que comenzase a imponerse en el siglo XIX. El título de propiedad ya no es lo que las partes hacen (una realidad social auto-autenticada), sino que como dice Kevin Gray un hecho burocrático determinado por el Estado.

V. REGISTRO Y CATASTRO UN TEMA RECURRENTE

I. *Introducción.* Las relaciones entre registro y catastro han sido un tema recurrente en distintos congresos. El tema sigue siendo de actualidad dado los nuevos medios tecnológicos para realizar las mediciones y levantamientos catastrales. El profesor Poutanen ya se refirió a estas tecnologías en el congreso de Dubai.

II. *Historia y diversidad de funciones.* Un grupo de autores (Pugliatti) reconoce que en algunas instituciones de la antigüedad (Catastro en Egipto, Censos en Roma) se mezclaban las funciones fiscales con la prueba de la propiedad: funciones propias del catastro con funciones propias de un registro. En esta visión subyace la idea de una heterogeneidad de fines y la progresiva transformación de las instituciones en atención a su función. Así la función del registro aparece subordinada a otras finalidades, como la fiscal; pero con el tiempo adquiere carácter exclusivo y principal. Señala Max Weber que la racionalización de la economía sobre la base de la comunidad de mercado, la libre contratación y la creciente complejidad de los conflictos de intereses reclamó imperiosamente la especialización del derecho. De modo que una función dio vida a una institución.

La eclosión de los sistemas registrales tiene lugar en Europa Central, a finales del siglo XVIII y durante el XIX, como consecuencia de la necesidad de desarrollar los mercados hipotecarios. De ahí que la legislación sobre registros recibiera el nombre de hipotecaria, como en el Código Hipotecario francés de 1791 o la ley hipotecaria belga de 1851 o la Ley Hipotecaria

de Prusia, donde además los registros recibieron originalmente el nombre de “registros de hipotecas”.³

La Ilustración trae que registro y catastro sean instituciones distintas, que respondan a finalidades diferentes, por tanto sus procedimientos y principios sean diversos y su inserción en la estructura del estado de derecho no sea idéntica.

El Registro tiene como finalidad producir titularidades inatacables y ser la prueba del derecho de propiedad y esta actuación tiene por objetivo facilitar la contratación entre privados. Es decir, proporcionar un título definitivo que muchas veces se asemeja a una “usucapio” abreviada. Es por ello que su función se encomienda directamente a jueces (Alemania, Austria), otras veces a funcionarios bajo su dependencia (Chile, Brasil) o a alguien con un estatuto muy próximo.

A diferencia de lo anterior, el catastro proporciona la representación gráfica de las fincas con la finalidad de recaudar el impuesto inmobiliario promoviendo así la justicia distributiva. Perteneció al ámbito del derecho público, pues ejercita un “*ius imperium*”. En la mayoría de los casos, se incardina orgánicamente en la estructura de los ministerios de hacienda, lo que no impide que pueda realizar otras funciones sociales además de la fiscal.

Aunque en algún momento histórico las funciones de registro y catastro aparecieron unidas en las instituciones de la antigüedad, la racionalización de la economía y la libre contratación impusieron la especialización del mercado (Max Weber)

III. *Colaboración*. Sin embargo, ambas son instituciones llamadas a colaborar porque el catastro debe ser la representación gráfica de los inmuebles y su objeto el individualizarlos y darles existencia física; pero el Registro de la Propiedad, a su vez, no sólo es la representación jurídica de los derechos sino también de las fincas, bienes inmuebles sobre los que recaen los primeros (Jerónimo González). Del mismo modo que los derechos son calificados con meticulosa diligencia; también debe serlo el objeto sobre el que recaen, la finca, y no limitarse a lo que los interesados declaran (como apuntó hace más de un siglo Jerónimo González).

³ En Francia, tras la Revolución, la Convención aprobó en 1795 un Código Hipotecario, por medio del Decreto 9 de Mesidor del año III, con la finalidad de evitar fraudes en la constitución de hipotecas. Este decreto sólo reguló la publicidad de las hipotecas, olvidando las transmisiones de propiedad.

IV. *Conflictos*. Fruto de la vitalidad de ambas instituciones han surgido hoy en día problemas:

A) *Linderos*

1. Pese a lo que a primera vista parece, los linderos son una cuestión jurídica, que necesita de los datos físicos para definir la extensión del derecho de propiedad. Tal es así que si no son establecidos por consenso entre las partes interesadas o contradictoriamente por medio de una sentencia o transacción, carecen de valor. La representación gráfica, el plano o la fotografía por sí solos no son suficientes para otorgarles valor jurídico. Un catastro de linderos, lo que antes se llamaba geométrico o físico, se queda a medio camino y necesita un procedimiento controlado por el juez o el registro para obtener el valor jurídico. No es suficiente una solución técnica dentro de un organismo administrativo, pues ello puede atentar a la separación de poderes y al derecho de propiedad, como señaló Besson hace más de un siglo.
2. Lo anterior plantea el problema de la aplicación de las presunciones de exactitud de los registros. En la medida que se trate de un dato legal, gozará de las presunciones de exactitud; pero en cuanto se trate de un dato físico, como puede ser la medida superficial, carece de la protección de los principios de exactitud.
3. El problema de los costes en la formación de linderos. No todos los registros avanzados acuden a la definición precisa de linderos. Es necesario estudiar los países antes de hacer afirmaciones en este punto. No hay que sobrestimar la importancia de que los linderos estén bien definidos, porque hay sistemas registrales que han sido capaces de funcionar y desarrollar mercados hipotecarios sin tener los linderos perfectamente delimitados. La realidad nos ofrece distintos modelos, no hay una respuesta única. Los sistemas registrales requieren que las fincas puedan identificarse. Ir más allá exige analizar:
 - a) el coste de la operación. Cada año que pase la tecnología lo vuelve más barata y más fácil. Atrás quedan aquellos proyectos en los que el coste de delimitación eran superiores al de la propia parcela.
 - b) el grado de precisión. Los sistemas requieren cierta flexibilidad. En la mayor conversión de tierras realizada recientemente no hubo precisión (Caso Toronto con Tera-Net). El Registro inglés acudió a los “general boundaries” y en algunas jurisdicciones la precisión no alcanza más que el 10% de las fincas registradas (Minnessota).

- c) ¿Cuántas disputas hay sobre linderos? Debemos tener claro el alcance del problema. Distinguir entre finca rústica o urbana. La respuesta no es unitaria y dependerá de cada país.

B) Organismos fusionados o separados.

En los últimos años el mayor problema que ha generado la relación entre registro y catastro es la pretensión de fusionar o unir ambas instituciones bajo un mismo organismo.

Parte de la responsabilidad teórica de esta idea procede de los difusores de la “Land Administration”, pues bajo esta disciplina que se estudia en las facultades de Geomática y se ignora en las de Derecho, se pretende unir la confección de un plano, la exacción de un impuesto y el registro de un derecho de propiedad. Pero hay que ver qué sucede en la práctica y podemos afirmar que ningún país medianamente grande con un sistema registral avanzado (que produzca fuertes efectos la inscripción) ha fusionado ambas instituciones. Basta poner como ejemplo el caso de Alemania. En el año 2004 se planteó esta cuestión en el Bundestag y un parlamentario sugirió la fusión de las oficinas del registro y el catastro. La respuesta fue la siguiente:

1. Actualmente las dos instituciones colaboran e intercambian datos electrónicamente. No se aprecia ninguna sinergia que resulte de la fusión de ambas instituciones. (El avance tecnológico hace innecesario unir ambas instituciones pues las supuestas ventajas se lograría por medios tecnológicos)
2. La experiencia de la República Democrática Alemana hasta 1990, año en el que ambas instituciones estuvieron fusionadas, demuestra la dificultad para lograr unos estándares de calidad.
3. En un sistema registral que funciona de manera efectiva, cualquier intento de reforma debería ser consistente, capaz de probar cuál es la mejora que se espera. No se trata de plantear un objetivo ideal frente a una situación real (falacia del nirvana).
4. El sistema de registros de derechos, con fe pública, por sus fuertes efectos requiere un registrador que sea imparcial e independiente. La proximidad con el sistema judicial garantiza esta forma de actuación. (El registrador en su actuación ha de ser independiente frente a la administración pública que es tratada ante el registro de la misma manera que un particular.)

Sin embargo, esta materia debe ser estudiada caso por caso, teniendo en cuenta el sistema registral, el tamaño del país (no es lo mismo un país como Inglaterra que una ciudad como Dubai), la manera de organizarlo (Costa

Rica es un ejemplo en el que el Catastro aparece claramente al servicio del registro y en el que el dato jurídico prevalece), o la existencia unos surveyors con funciones cuasi judiciales como en Finlandia.

IV. *Catastro y Registro multifunción*. En los últimos tiempos se ha presentado como una novedad lo que no pasa de ser un “slogan” en la medida que ha causado cierto impacto pero no es más que el reconocimiento de algo ya latente. Me refiero a la expresión “catastro multifunción”. Incluso Napoleón consideró el catastro no era sólo un instrumento fiscal sino que debía servir de complemento de su Código para fijar los límites de las propiedades. Los planos catastrales siempre han sido un medio auxiliar para establecer los libros inmobiliarios (livres foncieres) Los profesores Kein y Baignent ponen de relieve que, sobre todo a partir del siglo XVII, los mapas catastrales pasan a ser utilizados por el Estado no sólo con finalidades fiscales sino también para las políticas del suelo, en especial para reubicar a los ciudadanos. El catastro deviene un instrumento indispensable para el desarrollo de políticas públicas (agrarias, trazado de redes viarias, reorganización de tierras). En materias propias del derecho público, el catastro es la institución adecuada; mientras que en la medida que las políticas públicas incidan en los derechos de los particulares, será el registro el llamado a colaborar.

Además de proteger la seguridad del tráfico jurídico, el registro también colabora en otras funciones, por lo que podríamos, siguiendo la lógica de los catastros, decir que también es multifunción (aunque con ello no aclaremos nada y resulta peligroso pues puede llevarnos a olvidar la función esencial del registro).

VI. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL BLOCKCHAIN

1. *Nuevas tecnologías*. En las ponencias presentadas en los anteriores congresos se puede observar una paulatina adaptación de los registros a las nuevas tecnologías. No hay cambio tecnológico que tenga lugar en este ámbito que no sea incorporado por un país y progresivamente por los otros.

No podemos olvidar que también generan oposición. Así los solicitors irlandeses se opusieron en 1864 a que la letra de las escrituras (deeds) fuese impresa, pues la “clase de los propietarios” (clase propietaria) no sólo dependían de sus letrados para la redacción de las escrituras sino también para su lectura y comprensión (Howard Reed). Siempre hay quien se opone al sol. No hay que ir tan lejos en el tiempo para ver que quienes se oponen ahora en Europa a la interconexión de los registros de la propiedad, y con

ello el intercambio de la información registral, aducen que conducirá a confusiones si no lo interpreta el jurista local.

Las tecnologías van a transformar las profesiones legales. Todo lo anterior va cambiar el modo de proceder de los juristas y los registros no van a quedar al margen. (Susskind).

Ninguna palabra define mejor este futuro próximo que “incertidumbre” (García Cantero).

Esto contrasta con una profesión que se dedica a crear seguridad y una institución que ofrece confianza. Pero esto no puede ser una excusa para retrasar la innovación.

La Inteligencia Artificial (IA) parece tener lo necesario para desarrollar su potencial, big data, capacidad computacional y algoritmos de aprendizaje automático (machine learning). Esto está siendo aplicado hoy a la redacción de contratos y también lo va ser a los registros Pero no podemos dejar de prestarles atención pues son herramientas que complementan la capacidad humana. En una reciente investigación en Harvard se observó que la Inteligencia Artificial detecta células cancerígenas con un 92% de acierto, frente a un 96% de los patólogos. Pero cuando los oncólogos y la IA colaboran, el éxito es del 99,5%. En IA como en nuevas tecnologías hay que hacerlo bien a la primera porque puede que no haya segunda oportunidad (Bostrom).

2. *Blockchain*. Uno de los temas tecnológicos que más impacto ha causado en los medios de comunicación en los últimos tiempos es el llamado Blockchain o “cadena de bloques”. Tuvimos ocasión de abordarlo en el congreso de Dubai gracias a la ponencia de Jacques Vos, le dedicamos el primer número de la revista electrónica el año pasado y en este congreso podremos ver aplicaciones reales del tema en Estonia y Dubai.

Sin embargo, esta materia suscita una serie de interrogantes:

- 2.1- ¿Es simplemente la aplicación de una nueva tecnología al registro o es un nuevo modelo de registro sin autoridad o tercero de confianza y con los contenidos distribuidos?
- 2.2- ¿Puede existir un registro sin intervención pública creado sólo por un orden privado?
- 2.3- ¿Qué idea de registro tiene los arquitectos del blockchain? ¿Un simple archivo?
- 2.4- ¿Que tipo de examen tiene lugar para el acceso formal o sustantivo?

- 2.5- ¿Quién responde en caso de error ? ¿Quien garantiza los contenidos?
- 2.5- ¿Es posible utilizar esta tecnología y que sea compatible con los principios hipotecarios? Si ello es así, ¿qué aporta respecto a las tecnologías de firma electrónica que ya se usan en los registros?

El tema merece que reflexionemos y veamos cómo podemos mejorar nuestros distintos sistemas sin alterar los principios en los que se sustentan y se han probado eficaces.

VII. LA ORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS: LA PRIVATIZACIÓN

En anteriores congresos hemos subrayado que la estructura organizativa es tan importante como el diseño legal del registro. En fechas recientes se ha planteado en la esfera internacional el debate de la privatización de los servicios registrales. En algunos lugares se ha hecho realidad, tal es el caso de Canadá (Ontario-Manitoba) y Australia (Nueva Gales del Sur y Australia del Sur), y en otros, como Inglaterra y Gales ha sido objeto de consulta pública.

Hablar de privatización referida a los Registros de la Propiedad es equívoco por no decir contradictorio porque el Registro de la Propiedad supone siempre una intervención pública. Es la superación de las insuficiencias de la contratación privada (private conveyancing). Supone un compromiso del Estado en el ámbito de la contratación. Como hemos dicho anteriormente significa una nueva lógica en la producción de los títulos de propiedad basada en un acto autoritativo.

La privatización sólo puede referirse a la manera de gestionar el registro. Pero previamente hay que responder a la pregunta ¿pueden las funciones que implican autoridad ser objeto de concesión, outsourcing o delegación? La respuesta no puede darse con carácter general y ello dependerá del Derecho Administrativo de cada país.

Las jurisdicciones que han emprendido el camino de la llamada privatización han sacado a concurso ciertos servicios del registro y se los han adjudicado a una empresa o consorcio que aporta una importante suma de dinero a las arcas del tesoro, muchas veces procedentes de fondos de pensión de funcionarios públicos.

Sin embargo, hay alternativas híbridas (en expresión del profesor Arruñada) entre un sistema público burocratizado y la total privatización. Así tendremos ocasión de escuchar en este congreso el modelo de autoridad

independiente que nos ofrece British Columbia en Canadá, el modelo próximo a las franquicias de Dubai y los casos de funcionarios a los que se les asigna por mérito y capacidad la gestión del servicio público, pero asumiendo la responsabilidad por sus errores a diferencia de las empresas.

Ahora bien, debemos preguntarnos ¿por qué ha surgido este debate y sigue surgiendo en otras jurisdicciones? La razón está unida a las grandes cantidades de dinero que hay que invertir para implantar las nuevas tecnologías. Lo que nos lleva a preguntarnos por el sistema de financiación de registros y si las cantidades obtenidas por los servicios registrales se dedican a mejorar el sistema u otras actividades del Estado con lo que se convierten en un impuesto. En última instancia depende de si las cantidades que genera el registro se quedan para mejorar el sistema de seguridad jurídica, formar y fidelizar los mejores profesionales o para financiar otros gastos del Estado, obteniendo por honorarios lo que se debería obtener por impuestos.

VIII. POLITICAS PARA LA PAZ Y LA LUCHA CONTRA LA POBREZA RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS NATIVOS

Venimos a Colombia para aprender de su proceso de restitución de tierras y tendremos también ocasión de conocer todos aquellos que han tenido lugar en el mundo y sobre los cuales desde la OTAN E. M. nos ha traído la información. En los últimos tiempos, cualquier tratado o acuerdo de paz lleva consigo la reorganización de la propiedad y los registros están llamados a jugar un papel determinante. Los acuerdos de paz detienen los conflictos pero la reconciliación e integración son tareas que llevan generaciones.

La problemática de los títulos de los indígenas requiere determinar su contenido, cómo se protegen y se prueban. Nos encontramos ante unos derechos reales, que algunos consideran *sui generis*, por ser inalienables, comunales y que datan de un periodo anterior a las colonizaciones. En cualquier, nos interesa ver cómo estas situaciones jurídicas con trascendencia real pueden reflejarse en los registros de manera que éstos sean fieles reflejos de la realidad (*mirror principle*) y no se excepcionen los principios que sustentan la arquitectura hipotecaria.

La apropiación de territorios comunales es una constante (universal), no sólo de territorios de indígenas, ello ha sido posible porque “The poor have no Lawyers”, como dice un jurista escocés. El Registro de la Propiedad, en contra de lo decía Arcadio Buendía, es hoy el instrumento que impide estas apropiaciones y actúa como el jurista también de los pobres.

Es el instrumento que permite universalizar los derechos y por tanto hacer posible la igualdad.

El filósofo Maurizio Ferraris ha escrito que nos encontramos en la era del registro (pasadas las de la producción y comunicación). Vivimos en la sociedad del registro. Un vez registrado el objeto se vuelve independiente. Los registros tienen carácter normativo de la realidad y no simplemente informativo.

Es por ello que tenemos que evitar como aquel sujeto que subió a un globo aerostático y, al poco tiempo, se perdió. Al pasar por un determinado campo, divisó a un hombre al que preguntó desde el globo:

—¿Dónde estoy?

A lo que el individuo respondió:

—En un globo.

Y el que estaba subido en el globo comentó:

—¿Es usted jurista, verdad?

—¿Cómo lo sabe usted? —inquirió el interpelado sorprendido

—Porque da respuestas precisas e inútiles.

Estimados colegas, no querría que este congreso se convirtiera en un lugar donde las respuestas son precisas pero inútiles, sino que sean precisas y muy útiles, adecuadas a la realidad.

Muchas gracias.

DISCURSO DE CLAUSURA

POR UNA JUSTICIA EN EL CAMPO

Enrique Gil Botero, Ministro de Justicia y del Derecho

Congreso Mundial de Derecho Registral

Cartagena de Indias

4 de mayo de 2018

SALUDOS PROTOCOLARIOS

Quiero expresar mi agradecimiento a la Superintendencia de Notariado y Registro y en especial, al señor superintendente, Dr. Jairo Alonso Mesa, por haber tenido la deferencia de invitarme a participar de este Congreso Mundial de Derecho Registral, que durante estos días nos congregó para disertar sobre temas fundamentales para el futuro inmediato del país, como la reorganización de la propiedad en el proceso de paz, la resolución de conflictos en torno a la tierra, restitución de la misma y el papel del registro de la propiedad.

En esta oportunidad haré unas breves reflexiones sobre la necesidad de llevar justicia al campo colombiano, como una *conditio sine qua non* para pensar en la consolidación de la paz como una realidad tangible en Colombia.

En el ordenamiento colombiano, la Constitución y la ley les otorgan una especial protección a los habitantes de los sectores rurales. Tal protección se manifiesta en el establecimiento de las reglas sustanciales y procesales que conforman el Derecho Agrario. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-644 de 2012, ha reconocido específicamente al campo como bien jurídico de especial protección constitucional, tanto desde los imperativos del Estado social de derecho, como desde la óptica del progreso a través de la competitividad y el correcto ejercicio de las libertades económicas.

Asimismo, el artículo 64 de la Carta contempla como deber del Estado garantizar el acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra. Este mandato no solamente persigue asegurar un título de propiedad, sino “*mejorar el ingreso y la calidad de vida de los campesinos*”, fines a los que concurren otros elementos como el acceso a vivienda, tecnología, mercados y asistencia financiera y empresarial, con miras a fortalecer su nivel económico e incidir de tal manera en su “*calidad de vida*”.

No obstante, apenas el 31,6% de la población se encuentra asentada en zona rural, pues la mayoría de los habitantes del campo ha migrado hacia las ciudades por diferentes razones, tales como la falta de oportunidades, los bajos ingresos económicos, la ausencia de institucionalidad, los altos índices de violencia y las deficientes condiciones de vida en ese medio¹.

La paz no es sólo la ausencia de violencia, también es la llegada y presencia del Estado y su institucionalidad en todos los rincones del país, pero especialmente a los territorios donde la guerra con sus estruendos de fusil no había dejado un instante de tranquilidad y sosiego a sus habitantes. El reemplazo de las justicias establecidas otrora por grupos armados al margen de la ley es el reto más importante para la consolidación del proceso de paz.

La justicia en el campo es una deuda histórica que se está empezando a saldar. Debo resaltar la voluntad del Gobierno Nacional por traer justicia al campo colombiano, este compromiso es una realidad incontestable. La expedición de la ley de víctimas y restitución de tierras es apenas una muestra de ello. A través de la Ley 1448 de 2011, la restitución dejó de ser una acción propia del derecho civil para convertirse en un derecho fundamental.

Las víctimas de desplazamiento forzado, que por motivo de la guerra y la violencia se vieron obligadas a abandonar sus tierras, tienen el derecho fundamental a la restitución para que regresen a explotar la tierra de la que fueron privados de manera injusta.

De otro lado, el Gobierno es consciente de que la informalidad en la tenencia de la tierra es uno de los principales obstáculos para que la población campesina acceda a diferentes bienes y servicios orientados a promover el desarrollo rural y que es un hecho que genera inseguridad en la propiedad de la tierra y limita el desarrollo productivo sostenible y la inclusión de la población campesina vulnerable en el sistema de mercado de tierras.

Estudios realizados en zonas con abundantes cultivos ilícitos han establecido que ellas coinciden con áreas afectadas por una alta informalidad en la propiedad de la tierra. Concluyen dichos estudios que uno de los fenómenos que más afecta el desarrollo de los territorios es el alto índice de informalidad y el difícil acceso a la propiedad, tenencia y uso de la tierra. Ello los ha convertido en territorios objetivo de las estructuras del narcotráfico para la producción, procesamiento, tráfico, comercialización y demás actividades relacionadas con sustancias psicoactivas².

¹ Informe del PNUD Colombia rural - Razones para la esperanza. Entregado al Gobierno de Colombia en el 2011.

² Cultivos ilícitos y proceso de paz en Colombia. Una propuesta de cambio en la

En virtud de lo anterior, hemos trabajado en el proceso de formalización de la tierra y en un esfuerzo mancomunado con la Superintendencia de Notariado y Registro se han formalizado propiedades y entregado títulos a miles de campesinos colombianos, para que puedan ser parte de la cadena productiva y que su derecho sobre la tierra sea reconocido y respetado por terceros. El trabajo de formalización que hemos llevado a cabo desde 2013 es un aporte sustancial a la consolidación de la paz.

Bien sabemos que el acceso a la propiedad ha sido uno de los grandes problemas del sector rural y una de las principales causas y alicientes del conflicto armado. Por eso la reforma rural integral fue uno de los puntos medulares del Acuerdo de Paz. Con ello, buscamos garantizar el acceso progresivo a la tierra por parte de los campesinos que la trabajan y empezar a cerrar las desigualdades económicas y sociales que son latentes en todo el país, pero se intensifican en nuestro campo.

Hacia un nuevo campo colombiano, así se titula el Punto 1 del Acuerdo de paz, precisamente porque busca la transformación de la realidad rural con equidad, igualdad y democracia, la regularización de la propiedad y la garantía de los derechos de los hombres y mujeres que son legítimos poseedores y dueños, de que no se vuelva a acudir a la violencia para resolver los conflictos relacionados con la tierra.

En este orden de ideas, esta transformación implica desde el Gobierno Nacional dos tareas. De un lado, es necesaria la compilación de la normativa dispersa en el ordenamiento jurídico en torno a los procesos que involucran derechos de propiedad, uso y tenencia sobre bienes rurales y de otro lado, promover la creación de un nuevo sistema especializado de justicia que cuente con la capacidad suficiente para dirimir los conflictos de naturaleza agraria y, en general, que busque la regularización de la propiedad rural, mediante mecanismos alternativos, administrativos y judiciales de solución de conflictos en torno a la tierra, cuyo objetivo responda, principalmente, a la garantía y protección efectiva de los derechos de propiedad en el campo.

El campo colombiano precisa de un modelo de justicia pensada única y exclusivamente para resolver los problemas agrarios y rurales, que son problemas predominantemente alrededor de la tierra, enfocado en el bienestar y el buen vivir, pues el objetivo final es la erradicación de la pobreza y la satisfacción plena de las necesidades de la ciudadanía en las zonas rurales, de manera que se logre, en el menor plazo posible, que los hombres,

estrategia antidroga hacia la solución política del conflicto. Ricardo Vargas. Acción Andina y Transnational Institute (TNI), 2000.

mujeres campesinas y las comunidades ejerzan plenamente sus derechos y se alcance la convergencia entre la calidad de vida urbana y la calidad de vida rural.

El modelo de justicia agraria pondrá especial énfasis en la protección reforzada de la mujer rural y demás sujetos de protección constitucional en condición de vulnerabilidad. Según el Informe Especial: Tierras y Desarrollo Rural, si las mujeres tuvieran acceso a la tierra, aumentaría la explotación agrícola hasta en un 30%.

Asimismo, un modelo de justicia para el campo debe estar orientado a asegurar que progresivamente todas las personas tengan acceso a una alimentación sana y adecuada y que los alimentos se produzcan bajo sistemas ambientalmente sostenibles.

Y es que el desarrollo integral del campo depende de un adecuado balance entre las diferentes formas de producción: agricultura familiar, agroindustria, turismo y agricultura comercial de escala, pero este balance también debe tener como punto de referencia el cuidado del medio ambiente.

Hemos de entender que el desarrollo rural debe ser integral, esto es, debe ser compatible con el medio ambiente en el que se desarrolla la actividad agropecuaria en su jurisdicción.

Este es precisamente el mensaje del Papa Francisco, cuando en su Carta Encíclica Laudato SI “Sobre el cuidado de la Casa Común”, con la sabiduría que le caracteriza, al reflexionar sobre una ecología ambiental, económica y social, nos dice:

Es fundamental buscar soluciones integrales que consideren las interacciones de los sistemas naturales entre sí y con los sistemas sociales. No hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza.

Con esta enseñanza en mente seguiremos trabajando hasta el último día del gobierno y con la esperanza de que la formalización de la propiedad rural, la resolución de los conflictos alrededor de la tierra, la restitución de las mismas y el desarrollo rural fundado en el cuidado del medio ambiente sigan siendo una política de Estado y se conviertan en metas de la sociedad colombiana, como presupuestos necesarios para cerrar de forma definitiva el capítulo de la guerra y abrirle paso al porvenir de la paz.

¡Muchas gracias!

TEMA 1 - LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ

TOPIC 1 - LAND TITLES AND THE PEACE PROCESS

“DUEÑOS ANCESTRALES O PROPIETARIOS LEGALES”. RESTITUCION DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

Ana María Avendaño Baena

Registradora Seccional de Frontino

Miembro Asociación Colegio de Registradores de Instrumentos Públicos

Institucion: Superintendencia de Notariado y Registro

ana.avendano@supernotariado.gov.co

RESUMEN: Es evidente, que una de las causas que han originado los conflictos sociales en Latinoamérica es el dominio y tenencia de la tierra (propiedad privada); lo que ha obligado al Estado a barajar ese naipe de alternativas en busca del cumplimiento de sus fines y de abortar dicho conflicto. A lo largo del tiempo ha investido a varias de sus Instituciones, para aglutinar toda esa gama de normas que le permitan reglamentar, legalizar, formalizar, proteger y hacer cumplir sus postulados de cara a que prevalezca la vocación social de la tierra, opciones legales que permitirían establecer un sentido armónico entre las normas que regulan o deban regular el dominio de la tierra y el cumplimiento de las funciones encomendadas a las Instituciones Estatales, para satisfacer a la comunidad, promover la prosperidad general y el bien común por encima de cualquier asomo particular, asegurar la convivencia pacífica y la permanencia de un orden justo, cuya esencia fundamental, lo establece el preámbulo de la Constitución Política de Colombia.

Históricamente Latinoamérica era tierra de Indígenas, en su gran mayoría tenían como base una economía basada en la agricultura, asentados en las tierras más productivas bajo la guía de su Jaibana (Jefe, hombre sabio), pero la llegada de los conquistadores truncó sus cotidianas formas de vivir que a la postre fue erradicada por la colonización; La intromisión del hombre blanco que venía a usurparles sus tierras, sus costumbres, sus riquezas y sus espacios, a través del poder conferido por el Rey. Hechos negativos que determinaron en las comunidades indígenas la primera forma de despojo y desplazamiento forzado, generando un daño a la integridad cultural, obligándolos a confinarse en las selvas colombianas. En esa pugna de derechos de dos razas y culturas distintas afincadas en un nuevo mundo y ante el conflicto inminente entre aquellos indígenas rebeldes que se resistían a abandonar su entorno y la desmesurada apropiación de sus tierras, por parte de los conquistadores, le correspondió al Rey (Estado) buscar la manera de amainar el conflicto, propiciando alternativas de cara a la protección de los indios, con lo cual se dio inicio a las primeras normas de defensa de los derechos de las comunidades indígenas (Ley de Burgos 1512) que a través de la historia ha tratado de

recomponer la relación de las comunidades indígenas y la tierra, que riñe con la forma en que los occidentales entendemos el dominio de la propiedad privada (tierra).

La tierra en Colombia ha tenido diferentes actores (conquistadores, colonizadores, indígenas, comunidades afro, rrom, entre otras) y cada quien ha ejercido los derechos sobre la tierra, conforme lo ha ido estableciendo el Estado, aunque la pugna por ella ha continuado y han aparecido nuevos actores insurgentes (las FARC, el ELN, paramilitares, entre otros) quienes a lo largo de la historia han violentado dichos derechos, que también involucran a las demás comunidades hoy declaradas víctimas del conflicto interno.

El 24 de noviembre de 2016 el presidente Juan Manuel Santos y las Farc-Ep firmaron el nuevo acuerdo de paz, con el cual se buscó ponerle fin a los más de 50 años de conflicto armado, de la cual surge entre otras, la reforma rural integral (RRI), una de las piedras angulares del acuerdo, con la cual se busca un adecuado uso de la tierra de acuerdo con su vocación y estimular la formalización, restitución y distribución equitativa de la misma, estableciendo un capítulo étnico, lo cual es de suma relevancia nacional e internacional, acto que sentó un precedente de esperanza, de confianza y de posibilitar que todos los grupos insurgentes que operan en el territorio nacional, se sumen al objetivo del Acuerdo: deponer sus armas y dejar de delinquir.

Por su parte el registro de la propiedad inmueble, entendida hoy como un servicio público prestado por el Estado, tiene sus orígenes entre 1492 y 1591 con los llamados asientos o capitulaciones que se llevaban a cabo entre los conquistadores y el soberano; en 1539 el Rey Carlos V dicta su “Pragmática” a través de la cual se estableció un libro en el que se registrarán los censos y las hipotecas; cuya omisión repercutía sobre la fe establecida en la escritura. Y así, en muchas otras normas que dieron vida hoy a la Ley 1579 de 2012 Estatuto de Registro, concebido como una transformación histórica del derecho registral colombiano cuyo recuento histórico no corresponde a este trabajo, pero entendiendo que hoy la función Registral es concebida como aquella que se funge en pro de publicitar los instrumentos que declaren, afecten, modifiquen los derechos reales sobre los bienes raíces y aún más, el de revestir de mérito probatorio dichos instrumentos.

En consideración a la búsqueda armónica anteriormente descrita, podemos afirmar que el derecho registral concibe como uno de sus principios: que el acto registrable que primero se radique, tiene preferencia sobre cualquier otro que se radique con posterioridad (prioridad o rango), con algunas excepciones de ley, dentro de las cuales se encuentran varios de los derechos de las comunidades indígenas, por la concepción ancestral que dichas comunidades tienen.

Aglutinando el ideario anterior, el objetivo principal de este trabajo es mostrar desde las diferentes normas establecidas en la legislación colombiana, como ha operado la protección de las comunidades indígenas y en consideración al conflicto armado interno, cuáles han sido las rutas para lograr mejorar sus condiciones, formalizando, titulando, restituyéndoles sus tierras y ampliando sus resguardos y cómo la función registral entra a hacer parte del engranaje para hacer sostenible dichos procesos.

La metodología a utilizar será en principio, breve, estableciendo históricamente cómo se han restablecido los derechos de las comunidades Indígenas teniendo presente entre otras normas El Convenio de la OIT 169 de 1991, hasta llegar al capítulo Étnico del Acuerdo de Paz, mostrando además las Rutas establecidas para la Restitución de Tierras

enmarcadas en el Decreto- Ley 4633 de 2011; y las funciones establecidas en dichas normas para la Autoridad Registral quien se vuelve protagonista en ciertas etapas de dichos procesos, como una garantía de la guarda de la fe pública.

Como muestra evidente del tema planteado, La Unidad de Restitución de Tierras (URT) tiene reportados al 01 de enero de 2018, 1488 solicitudes de comunidades con enfoque diferencial, específicamente la indígena, dentro del cual existen 43 casos caracterizados, 66 casos en caracterización, 32 demandas presentadas y 26 medidas cautelares. Actualmente la Defensoría del Pueblo afirma que existe según informe de 2017, violencia sobre líderes sociales a cargo de grupos con nexos o armados pos desmovilización de las auto-defensas, quienes continuaron con el despojo de tierras especialmente en las zonas más afectadas por el conflicto, las cuales están caracterizadas por la alta informalidad sobre la tierra y la baja presencia del Estado. Sobre dicha cifra el acuerdo final busca cumplir con la meta de adjudicar 3 millones de hectáreas y formalizar 7 millones de hectáreas, en un periodo de 12 años, para lo cual es necesario entrar a formalizar 70.000 hectáreas anuales, lo cual hizo necesario modificar la ley 160 de 1994, en los apartes que no vienen operando y que no responden a las realidades del campo colombiano, por lo cual se crearon otros decretos que reglamentan el acuerdo final; se expidió el Decreto 902 de 2017 que busca facilitar la implementación de la reforma rural integral en materia de tierras, la cual tiene presente las comunidades indígenas excluyéndolas respecto de los procedimientos de constitución, ampliación, restructuración, saneamiento y titulación colectiva, pues estas se seguirán rigiendo por las normas especiales que ríen sobre el particular (Ley 21 de 1991, Ley 160 de 1994).

PALABRAS CLAVE: Indígenas, función registral, tierra.

SUMMARY: It is evident, that one of the causes that have originated the social conflicts in Latin America is the domain and possession of the land (private property); what has forced the State to shuffle that card of alternatives in search of fulfilling its purposes and of aborting said conflict. Over time, it has invested several of its Institutions, to bring together all that range of rules that allow it to regulate, legalize, formalize, protect, and enforce its postulates in order to prevail the social vocation of the land, legal options that would allow to establish a harmonic sense between the norms that regulate or must regulate the domain of the land and the fulfillment of the functions entrusted to the State Institutions, to satisfy the community, to promote the general prosperity, and the common asset over any particular aspect, to ensure peaceful coexistence and the permanence of a fair order, whose fundamental essence is established in the prelude of the Political Constitution of Colombia. Historically, Latin America was the land of Indigenous people, most of them based on an economy based on agriculture, settled in the most productive lands under the guidance of their Jaibana (Chief, wise man), but the arrival of the conquerors cut their daily forms of living that in the end was eradicated by colonization; The intrusion of the white men who came to usurp their lands, their customs, their richness, and their spaces, through the power conferred by the King. Negative events that determined in the indigenous communities the first form of dispossession and forced displacement, generated damage to cultural integrity, forcing them to confine themselves in the Colombian jungles. In this struggle for the rights of two different races and cultures settled in a new world and faced with the imminent conflict between those rebellious Indians who refused to leave their environment and the excessive appropriation of their lands, by the conquerors, it was the King (State) who found a way to ease the conflict promo-

ting alternatives for the protection of the Indians, which the first norms of defense of the rights of the indigenous communities (Ley de Burgos 1512) were initiated in order to try to recompose the relationship between the indigenous communities and the land, which conflicts with the way in which Westerners understand the domain of private property (land). The land in Colombia has had different actors (conquerors, colonizers, indigenous, Afro communities, Rrom, among others) and each one has exercised rights over land, as the State has been establishing it although the struggle for it has continued and new insurgent actors (the FARC, the ELN, paramilitars, among others) have appeared who, throughout history, have violated these rights, which also involve the other communities now declared victims of the internal conflict. On November 24, 2016, President Juan Manuel Santos and the Farc-Ep signed the new peace agreement, which sought to end the more than 50 years of armed conflict, from which arises, among others, the integral rural reform (IRR), one of the cornerstones of the agreement, with which an adequate use of the land is sought in accordance with its vocation and to stimulate the formalization, restitution, and equitable distribution of the land, establishing an ethnic chapter, which is of great national and international relevance, an act that set a precedent of hope, confidence, and enable all insurgent groups operating in the national territory to join the Agreement's goal: put down their weapons and stop committing crimes.

For its part, the registration of real state, understood today as a public service provided by the State, has its origins between 1492 and 1591 with the so-called seats or capitulations that were carried out between the conquerors and the sovereign people; in 1539 King Charles V dictates his "Pragmatics" whereby a book was established in which the censuses and mortgages were recorded; whose omission had an impact on the faith established in the deed. And so, in many other norms that gave life today to Law 1579 of the 2012 Registration Statute, conceived as a historical transformation of the Colombian registry law whose historical recount does not correspond to this work, but understanding that today the Registry function is conceived as that that is in favor of publicizing the instruments that declare, affect, and modify the real rights on the real estate and, even more, the one of having merit of probatory said instruments. In consideration of the harmonic search described above, we can affirm that the registry law conceives as one of its principles: that the registrable act that is first filed, has preference over any other that is filed later (priority or rank), with some exceptions of law, within which are several of the rights of indigenous communities, by the ancestral conception that these communities have. Binding the previous ideology, the main objective of this work is to show from the different norms established in the Colombian legislation, how the protection of the indigenous communities has operated and in consideration of the internal armed conflict, which have been the routes to improve their conditions, formalizing, titling, restoring their lands and expanding their safeguards and how the registry function becomes part of the mechanism to make these processes sustainable.

The methodology to be used will be, in principle, brief, establishing historically how the rights of the Indigenous communities have been restored, bearing in mind other norms The OIT Convention 169 of 1991, up to the Ethnic chapter of the Peace Agreement, also showing the Routes established for the Restitution of Lands framed in Decree-Law 4633 of 2011; and the functions established in said regulations for the Registration Authority who becomes protagonist in certain stages of said processes, as a guarantee of the keeping of the public faith.

As a clear demonstration of the subject, the Land Restitution Unit (URT) has reported as of January 1, 2018, 1488 requests from communities with a differential approach, specifically indigenous, within which there are 43 characterized cases, 66 cases in characterization, 32 lawsuits filed and 26 precautionary measures. Nowadays, the Ombudsman's Office affirms that, according to the 2017 report, there is violence over social leaders in charge of groups with links or armed post-demobilization of the self-defense groups, who continued with the dispossession of lands, especially in the areas most affected by the conflict, which they are characterized by high informality on land and the low presence of the State. On this figure the final agreement seeks to fulfill the goal of awarding 3 million hectares and formalize 7 million hectares, in a period of 12 years, for which it is necessary to formalize 70,000 hectares per year, which made it necessary to modify the law 160 of 1994, in the sections that are not operating and that do not respond to the realities of the Colombian countryside, for which other decrees were created that regulate the final agreement; Decree 902 of 2017 was issued, which seeks to facilitate the implementation of comprehensive rural land reform, which takes into account indigenous communities, excluding them from the constitution, expansion, restructuring, sanitation and collective titling procedures, as these will be followed ruling by the special rules that raffle on the subject (Law 21 of 1991, Law 160 of 1994).

KEY WORDS: Indigenous, registration function, earth.

Es de conocimiento general, incluso tema de aprendizaje en escuelas y colegios en Colombia, que en el año de 1492 Cristóbal Colon por mandato de los Reyes Católicos Isabel y Fernando de Castilla cruzó el océano Atlántico en una expedición, buscando encontrar la India, sin embargo y posterior a su arribo pudieron darse cuenta que se trataba de otras tierras no conectadas con Europa, hecho que se ha denominado “El descubrimiento de América”, suceso que presenta controversia dado que el nuevo continente ya se encontraba poblado desde hace aproximadamente 14.000 años atrás.



Desde entonces se comenzó la recuperación de los territorios indígenas, incluso en la geografía colombiana y la misma continúa. La Recuperación es la oposición que las comunidades indígenas tienen para frenar la colonización blanca, negra y mestiza en sus territorios. (ROJAS, 2000)

Los indígenas pasaron de la ocupación en la colonia a la disolución de sus territorios en la República; la conquista no se realizó sobre un territorio vacío sino numerosamente habitado; existían grupos poblacionales que tenían su propia estructura social, organización política, prácticas económicas, redes de intercambio y una relación específica con su entorno inmediato (ESCOBAR, 2011).

Por ejemplo, los Cunas y los Mebaras eran asiduos habitantes de las riberas de las quebradas y los ríos, disponiendo la vivienda a lo largo de ellas, eran culturas que compartían una cultura del agua, otros como los Tatabe y los Dabeyba eran cultores del agua, pero en zonas pantanosas y ciénagas, los Guazuzues eran arborícolas, es decir, construían las viviendas en los árboles. (ESCOBAR, 2011)

Según la historia en la conquista, los cultivos se convirtieron en un objetivo, pero esto dio pie para que los indígenas, abandonaran sus propios cultivos, para luego huir de los llanos a los montes, esto originó una política de rescate y de pacificación y al paso de los años, los indígenas volvieron a recibir los cultivos de maíz, patos, gallinas, gallos y otras viandas. La producción de madera, la tagua, la pita, las bananeras, el ganado, las salinas, la producción aurífera, en inicio manejado por los conquistadores y como legado al criollato, dio lugar a la continuación de despojos en los territorios indígenas.

Así se dio una movilidad territorial de manera constante, las avanzadas militares, la pacificación hacía que dichos grupos se desplazaran a otros territorios, en los cuales debían entrar en disputa con sus pobladores que en muchas ocasiones estos eran sus enemigos, generando nuevas disputas territoriales y muchas guerras.

La encomienda fue una forma de ocupación del territorio durante la colonia, entregando en protección al conquistador encomendado la protección de los indígenas, con ello la Corona buscó evitar la apropiación privada de tierra, pero esta figura sucumbió ante los intereses personales de aumentar las arcas de los encomenderos, explotando al indígena y generando la liquidación de comunidades enteras. Ante esta situación quienes defendieron (Fray Bartolomé de las Casas) la causa indígena, lograron que la Corona estableciera **la institución del Resguardo** con el cual se logró poner límite territorial, aunque no del todo, puesto que de manera antagónica también

surgieron las haciendas donde se utilizó a los indígenas para el trabajo a cambio de un salario o en condición de esclavos. (ROJAS J. M., 2000).



Con la recién constituida República de Colombia, y teniendo la intención de apropiación del comercio de los territorios indígenas; el criollato determinó reducirlos a civilización. (Ley 89 de 1890). Lo que buscaban no era la existencia de una sociedad diferenciada, querían determinar que los indígenas eran salvajes, sin organización, sin desarrollo agrícola, sin ninguna capacidad, no eran vistos como humanos, ni tenían derechos con sus hijos menores, por lo cual estos, debían estar protegidos y cuidados por el gobierno, de manera muy especial: Por ejemplo, restringir el comercio, pasar las tierras a disposición del gobierno, bajo la figura de baldías o nacionales, es decir tierras vacías de seres humanos, donde los colonos que incursionaban en la selva al encontrarse con un indígena lo asimilaba a un animal más. Con el Decreto expedido el 01 de mayo de 1826 se consideró a los Indígenas “no civilizados”, pero colombianos, dignos de protección y cuidado del gobierno, ordenando entre otras cosas controlar el comercio con nacionales y extranjeros”. Con ello además se buscaba solucionar un problema agudo que se tenía con la adjudicación de tierras, por lo cual las tierras no pobladas ni cultivadas eran de la República, por lo cual eran “Baldías o Nacionales”, susceptibles de ser adjudicadas por el gobierno; **se desconocía su ancestralidad**, y sobre todo la elaboración cultural y territorial de siglos atrás. Ejemplo de ello, fue que el Gobierno en 1826 entregó 50 mil hectáreas del Darién a la Casa Inglesa Haring, para que fueran pobladas por extranjeros, en 1842 se decretó repartir de a 150 fanegadas a los colonos en el área de influencia de Turbo y en 1868 se decretaron de

uso público las tierras baldías del Darién, para la construcción de un canal en prevención de ocupación por parte de colonos o evitar las concesiones que pudieran hacerse, sin embargo en estos años nunca ocurrió una posesión real, un poblamiento o el establecimiento de un sitio de control que demarcara la presencia del Estado (ESCOBAR, 2011). En otros casos se establecieron empresas para obtener concesiones del gobierno que luego eran negociadas bajo la modalidad de traspaso de las concesiones como las de petróleo y de mares explotadas por varias décadas por norteamericanos.

Para los años de 1923 en adelante, se generó una feria de baldíos, donde las elites bogotanas y antioqueñas, tuvieron amplio interés, lo cual produjo conflictos entre los adjudicatarios y los poseedores naturales o, de hecho. No solo fueron los habitantes ancestrales quienes debieron defender sus tierras, también los colonos, que ya habían estructurado un poblamiento en los diferentes territorios.

El criollato utilizó todos los artilugios necesarios para apropiarse las tierras de los hombres que vivían allí; el artículo 3 de la Ley 60 de 1916, expresamente prohibió la adjudicación de terrenos baldíos ocupados por indígenas, sin embargo en los terrenos pedidos en adjudicación y denunciados como baldíos, se incluían solo algunos asentamientos, los cuales consideraban poco representativos y prácticamente un estorbo, que no merecían ser cobijados por la ley que prohibía dicha adjudicación, lo que no tenían presente era que la mayoría de los pobladores ancestrales tenían un hábitat disperso.

El trato inequitativo que daban los gobiernos se evidenciaba en que mientras a ellos, de tiempo atrás, no se les otorgaba ningún tipo de garantía, a los inversionistas los amparaban con leyes o diversas concesiones.

La presión de los colonos criollos, los empresarios y los grandes adjudicatarios de baldíos sobre los indígenas, quedaron reducidos, sin control sobre el territorio que fue parte de su nación y prácticamente sin tierras. Al avance muchas veces violento, siguió el ordenamiento legal y debieron recurrir entonces a la normativa oficial para defender pequeñas ínsulas en donde permanecer y sobrevivir. **De dueños pasaron a ser peticionarios.** En el año 1916 se abrió la posibilidad para defender los pocos territorios que quedaban en poder de las comunidades indígenas, con la expedición de la Ley 60, se autorizó al gobierno para demarcar resguardos en las tierras baldías a solicitud expresa de los indígenas, pero dicha Ley fue por varios años olvidada. Al escenario de la defensa territorial indígena entró a terciar la iglesia católica en 1922; aunque la concepción cristiana estaba revestida de un proteccionismo hacia la figura del indígena desvalido, menor de edad, incivilizado y falto de cultura, que era necesario convertir y educar.

La reducción de los grupos indígenas y desplazamiento de los mismos, a otros territorios, permitió la llegada de nuevos grupos indígenas.



El aumento de la colonización desde los años cincuenta, las fundaciones de los pueblos y las adjudicaciones en la segunda mitad de los años sesenta, presionaron aún más los reductos indígenas ancestrales, que debieron salir de sus tierras y emigrar y aquellos que han quedado, muchos han tenido una desfiguración lenta y progresiva de sus hábitats, costumbres, vestimenta y lengua, todo a causa de la transformación del territorio, estas situaciones incluso desde la colonia dieron origen a las “tierras incultas”, en las cuales blancos y mestizos fundaron pequeños territorios agrícolas, por los cuales tuvieron que pagar el terraje, hasta que muchos de ellos se apropiaron de significativas extensiones de tierra bajo la figura de tierras baldías, aunque no en todos los resguardos dicha apropiación fue tan sencilla, muchos luchadores se negaban a esta figura y buscaron expulsar a los terratenientes.

El Estado también ha participado en el proceso de apropiación histórica de las Tierras de Resguardos, con los reagrupamientos de los indígenas en sitios puntuales, se logró obtener abundante tierra para adjudicar a blancos y mestizos, y aun existiendo normas que buscaban la recuperación de los menguados resguardos, han existido autoridades locales que han negado la existencia de dichos territorios.

La demanda internacional de la coca en los inicios del siglo XXI arrastró hacia las selvas (Resguardos) el conflicto social que esto cobijó, haciendo que ellos estén en medio del conflicto perdiendo de nuevo en muchos de ellos sus vidas o en otros casos desplazados a las ciudades y pueblos, sometidos a las ayudas que el gobierno les brinde. También los conflictos campesinos por la tierra, ha generado la colonización de tierras indígenas estén o no protegidas. Igualmente, el Estado en pro de favorecer un reparto equitativo de la Tierra a los campesinos, han inducido a reformas agrarias con las cuales también se ha generado fraccionamientos de resguardos,

pues mientras los indígenas buscan mantener los predios en común, los campesinos pretenden las parcelas.

Sin embargo, aquellos que lograron mantenerse en un reducido hábitat, y con escasa población pudieron mantener una relación adecuada y armónica con el territorio, manteniendo una parte del territorio para la explotación comunitaria, otra para las familias y el mayor porcentaje en selva como reserva para la caza y una función social, para el futuro crecimiento demográfico del resguardo.

En 1980 se genera la independencia e identidad del movimiento indígena, con lo cual la política de tierras del Incora, comienza un cambio significativo dado que ya se comienza la búsqueda del saneamiento a partir de la compra de tierras a particulares y su incorporación a los resguardos. Con la Constitución de 1991 se realiza un viraje en el reconocimiento a los territorios indígenas y comienza un nuevo periodo histórico, sin embargo fue a partir de 1971 con la fundación del Comité Regional Indígena del Cauca CRIC y sus 7 puntos, entre los cuales se tiene la recuperación de las tierras de los resguardos, por donde se dio origen a nuevas organizaciones como la Organización Nacional Indígena ONIC en 1982; tanta ha sido la trascendencia y relevancia del tema, que la Constitución Política de 1991, desde su expedición, aceleró el proceso de constitución de resguardos. El artículo 286 de la C.N., se refiere a los territorios indígenas asimilados a entidades territoriales y en el artículo 287 de la misma Carta Magna, se determinan los derechos de esta figura, sin embargo, sobre el particular el Congreso no ha podido establecer la Ley de Ordenamiento Territorial para su conformación.

Las dimensiones del conflicto armado, aunadas a las situaciones financieras de algunos departamentos y municipios ha imposibilitado durante varios años la concreción de la territorialidad indígena, sin embargo, se han adoptado parámetros internacionales en busca de ir equilibrando y disminuyendo el daño a dichas comunidades, reparándolo de la mejor manera posible, como se evidencia con la Ley 21 del 04 de marzo de 1991 por medio de la cual nuestro país, ratifica el Convenio # 169 de la OIT sobre Pueblos y comunidades Indígenas y Tribales, en el cual se plantea dentro de sus postulados básicos “ el decidir sus propias prioridades en lo que atañe a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, el Las dimensiones del conflicto armado, aunadas a las situaciones financieras de algunos departamentos y municipios ha imposibilitado durante varios años la concreción de la territorialidad indígena, sin embargo se han adoptado parámetros internacionales en busca de ir equilibrando y disminuyendo el daño a dichas comunidades, reparándolo de la mejor manera posible, como se evidencia

con la Ley 21 del 04 de marzo de 1991 por medio de la cual nuestro país, ratifica el Convenio # 169 de la OIT sobre pueblos y comunidades Indígenas y Tribales, en el cual se plantea dentro de sus postulados básicos “ el decidir sus propias prioridades en lo que atañe a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, el cual fue reforzado mediante la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas el 13 de septiembre de 2007, y en el cual se fijan unos estándares mínimos de respeto a los derechos de los indígenas entre los que se incluyen **la propiedad de la tierra**; dicho Convenio fija en su articulado limites a los gobiernos quienes entre otras deberán respetar su relación con las tierras y sus territorios y fundamentalmente en su Artículo 14 declara: “...*deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*”..., también le establece el deber al Estado, que tome todas las medidas necesarias para determinar las tierras de estos pueblos, así como garantizar la protección efectiva del derecho de propiedad y posesión; instituyendo los procedimientos jurídicos para la reivindicación de las tierras. Declara igualmente el convenio el deber de no trasladar a los pueblos del lugar que ocupan (ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014), y en caso de que esto ocurra siempre podrán volver a ellas cuando cesen las causales que originaron el desplazamiento, también podrán recibir otras tierras iguales a las que ocupaban; también se les respeta la modalidad de transmisión de los derechos sobre la tierra y el deber de consultarles, las sanciones a quienes violenten sus derechos, las asignaciones adicionales por tener tierras insuficientes, facilitar los contactos y cooperación entre pueblos a través de fronteras incluso desde la parte económica. Entre los aspectos importantes a resaltar respecto de la Declaración de las Naciones Unidas, tiene que ver con las actividades militares dentro de sus territorios, pues ello en principio estará prohibido, salvo una razón de interés público pertinente y en todo caso deberá realizarse consulta antes de utilizar el territorio para dichas maniobras militares y fija, además, la autonomía de los pueblos indígenas para determinar el desarrollo o la utilización de sus tierras y otros recursos.



Con esta nueva panorámica estatal, empieza a verse el tejido jurídico que encarna la Constitución Nacional de 1.991, respecto a la búsqueda real de protección y restablecimiento de los derechos indígenas; conforme lo manifiesta la Corte Constitucional en la Sentencia T-634/99: ... *“Los resguardos son algo más que una simple “tierra” y algo menos que “Territorio Indígena”; todavía no se puede decir que un Resguardo es una Entidad Territorial. Ese carácter de los Resguardos permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de “ámbito Territorial”, que aparece en el artículo 246 de la C. P.”* Destaco que el pensamiento de la Corte ha permitido interpretar la relación de los indígenas con la tierra, el concepto que tienen de territorio, como por ejemplo la que tiene la comunidad Arahua: *“Cuando los indígenas hablamos del territorio tradicional, hacemos referencia al espacio donde se recrea la cultura, a la integridad de relaciones sociales, culturales y espirituales que constituyen la base de nuestra permanencia como etnia. Razón por la cual las luchas indígenas se han enfocado a recuperar el territorio y tener un control, fundamentado en la ocupación ancestral de los espacios, porque nos representa la garantía para seguir existiendo como pueblos, porque de aquí depende la vida, cultura y toda clase de conocimiento”*... *“Según la tradición Heredada por los pueblos indígenas nos fue dejado por el Dios creador este territorio para ser compartido, custodiado y distribuido. Cuando la tierra se formó, se delimitó un vasto territorio en forma circular cuyo centro eran las altas montañas y llegaba hasta el mar donde se completaba el ciclo vital de las aguas. Aquí habitaríamos los hijos de la madre, aprovechando los distintos pisos climáticos, reservando y cuidando las cabeceras de los ríos, los páramos, las lagunas y los sitios sagrados”*... *“En ya innumerables ocasiones hemos expuesto las razones que nos mueven a reclamar que de hecho se nos reconozca como legítimos dueños de dicho territorio por posesión ancestral, sin embargo el arremetimiento de la sociedad mayoritaria no para, queriendo desconocer cada vez nuestros justos derechos”*... *“creemos que nunca hemos causado perjuicio algunos a nuestros hermanos menores ni*

les hemos usurpado sus espacios ni sus derechos y no entendemos porque ellos siguen tratando de despojarnos de nuestros bienes y nuestros derechos”... (CORTE CONSTITUCIONAL, 2000).

En el año 2004, a través de la Sentencia T-025 de 2004, la Corte declaró el desplazamiento forzado en Colombia como un “estado de cosas inconstitucional”, en consideración al problema y la incapacidad de respuesta por parte del Estado. Con dicha Sentencia la Corte mantendría competencia hasta que fuera pertinente y ordenó a varias entidades del gobierno que rindieran informes de cumplimiento.

Solo hasta este momento y aunque existían algunas normas dirigidas a la población desplazada, como la Ley 387 de 1997 y el Conpes 3057, y los principios Deng de la ONU, habían sido integrados al bloque de constitucionalidad, en el caso de la violencia sobre pueblos indígenas, no había normas que los protegiera, pues la Corte manifestó que los daños colectivos ocasionados a los pueblos indígenas no solo causan muerte, también generan la desintegración de sus estructuras propias; **la relación tradicional con las tierras**, genera un peligro de altísima gravedad para su existencia; también argumenta que son estos grupos los que tienen mayor riesgo en el conflicto y que este se encuentra ligado a las presiones de actores legales sobre los recursos naturales y la explotación de la tierra con diferentes proyectos entre los principales los proyectos mineros. (GARAVITO & SALINAS, 2012)

Tras varios tropiezos se aprobó ley de Víctimas, Ley 1448 de 2011, la cual fue concebida con la promesa de establecer parámetros especiales para las comunidades indígenas, al otorgar facultades extraordinarias al presidente de la República; el 07 de diciembre de 2011 en la reunión de la Comisión de Apoyo Técnico CAT, de la Mesa Permanente de Concertación, logra el acuerdo frente a los puntos polémicos y se incorpora a la MPC el Decreto; el 09 de diciembre de 2011 fue sancionado por el presidente de la República y expedido como el Decreto Ley 4633 “ Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”. (GARAVITO & SALINAS, 2012)

Es de resaltar que en el proceso de consulta previa del Decreto Ley, hubo factores que mitigaron las desigualdades entre las organizaciones y el gobierno; las organizaciones se apropiaron del tema y se instruyeron para presentar argumentos jurídicos y políticos, además, las organizaciones establecieron alianzas con otros sectores sociales: Organizaciones de víctimas, la academia, incluso con actores políticos como congresistas, los cuales aportaron ideas para solucionar momentos de estancamiento.

Desde entonces podemos afirmar que Colombia se ha reconocido como un país pluriétnico y multicultural, se expresa que existen 102 pueblos indígenas que conservan 64 lengua aborígenes, al 2015 se habían constituido 733 resguardos que ocupan 32'228.775 hectáreas, representada específicamente por los resguardos amazónicos (UNIDAD DE RESTITUCION DE TIERRAS, 2018), reconociendo el modo particular de existencia colectiva de estos grupos humanos, dándoles la connotación de derechos fundamentales, y asentados en el **derecho al territorio como un derecho principal colectivo** (artículos 7, 63, 329 y 330 Constitución Política), que sirve de base para el goce de los demás derechos y para garantizar su supervivencia, por ellos es integral; de él se desprenden el derecho al uso y disfrute de los bienes naturales y el de gobernar sus territorios colectivos según sus tradiciones; a la vez su ejercicio está interconectado con el derecho fundamental a la consulta previa, acceso a la alimentación, el agua, la salud, la educación, la espiritualidad y la participación política, se caracteriza por ser **imprescriptible, inalienable e inembargable**¹, de allí que la posesión ancestral de las tierras que habita una comunidad es el elemento fundante de la titularidad del derecho al territorio colectivo, pues si la comunidad pierde dicha posesión por actos ajenos y contrarios a su voluntad, el Estado tiene la obligación de recuperar dicho territorio y/o en caso de no poder recuperarlo obtener tierras aptas para desarrollar su proyecto de vida y mantener sus tradiciones. (Sentencia de Tutela 282, 2011), en ningún caso procede a compensación monetaria.

Teniendo presente el marco normativo, hoy podemos establecer que, conforme a lo establecido en la norma jurídica, el territorio se reconoce como víctima, para el caso de las comunidades indígenas, y en lo que respecta a la restitución de tierras, se determinó que esta procede si las afectaciones ocurrieron con posterioridad al 01 de enero de 1991. Estas normas dan vida a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS, y al interior de esta, se crea la DIRECCIÓN DE ASUNTOS ÉTNICOS –DAE, quienes cumplen con las funciones de focalizar casos de restitución de territorios étnicos, presentar demandas de restitución de derechos territoriales ante los Jueces de restitución, prevenir daños y proteger los territorios, socializar y divulgar las herramientas de restitución y protección, entre otras funciones, buscando la pervivencia de cada comunidad.

Conforme al artículo 56 del Decreto 4633 de 2011, los territorios susceptibles de protección y restitución son tanto los titulados (resguardos y

¹ La característica de imprescriptible hace alusión a que la propiedad no se acaba, y la inalienabilidad a que no es posible traspasarse, ceder o vender.

consejos comunitarios) como las tierras de ocupación ancestral, en proceso de ampliación o saneamiento, en la medida que sobre estos se cause o haya causado abandono, confinamiento y despojo del territorio², además de otras formas de limitación del goce de los derechos territoriales.

La RUTA ÉTNICA DE PROTECCIÓN, es entonces una medida administrativa a cargo de la URT, que busca prevenir afectaciones territoriales, o que una vez estas ocurran debe agilizar la restitución y formalización de territorios; que comienza con la solicitud de protección a la URT, quienes para el estudio preliminar se deben apoyar en entidades como al Incoder, hoy denominada Agencia Nacional de Tierras –A.N.T., **Las Oficinas de Instrumentos Públicos**, El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, entre otros; la solicitud se envía a la A.N.T., para que se ingrese en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas a Causa de la Violencia (RTDA)³ y terminado el estudio se aplica la ruta de protección, la URT mediante acto administrativo motivado ordena la protección del territorio indígena y solicita a la **Oficina de Registro de Instrumentos Públicos**, la inscripción de la medida en el folio de matrícula inmobiliaria o el reconocimiento de la titularidad de territorios de comunidades étnicas por la A.N.T. El DAE durante esta etapa administrativa deberá realizar la caracterización de la afectación territorial, ya que esta debe hacer parte del acervo probatorio que sustenta la demanda de restitución del territorio por ser la prueba fundamental del proceso en la demanda.

Estas rutas, trámites y procedimientos para la protección del derecho al territorio y sus derechos anexos, cobijan otros procesos que se entrelazan y que son necesarios para garantizar el cumplimiento de las funciones encomendadas, como es el caso de la clarificación de la propiedad, que conforme con el Decreto 2663 de 1994 siendo un procedimiento administrativo, busca identificar las tierras que pertenecen al Estado, determinar si ha salido o no de su dominio y facilitar el saneamiento de la propiedad privada; establecer la vigencia legal de los títulos de los resguardos indígenas, deslindar las tierras pertenecientes a la Nación de las de propiedad privada, y de las que pertenecen a los resguardos indígenas y las adjudicadas a las comunidades negras. Otro de los procedimientos conexos es el de la constitución de

² Entendiendo el abandono como la pérdida del disfrute y el acceso a lugares y espacios de uso colectivo e individuales de los integrantes de la comunidad, el cual puede llevar al confinamiento que también es una forma de abandono obligándolos a reducir el espacio de territorio y el despojo que corresponde a una apropiación total o parcial del territorio empleando medios legales o ilegales.

³ La inscripción del territorio en este registro es un requisito de procedibilidad, para iniciar la acción de restitución de derechos territoriales.

resguardos, el cual también corresponde a un procedimiento administrativo, reglamentado en el Decreto 2164 de 1995, para las **comunidades indígenas que poseen sus tierras sin título de propiedad, o las que no se hallen en posesión total o parcial de sus tierras ancestrales**, o dentro como ya se ha mencionado cuando por razones ajenas a su voluntad se encuentran dispersos o han migrado de su territorio.

Surge entonces de lo referenciado, este interrogante: ¿Serán los indígenas dueños ancestrales o propietarios legales? Conforme con lo mencionado sobre la constitución de resguardos, este es el procedimiento administrativo para detentar plenamente la calidad de propietarios legales, pero esta calidad no se encuentra contrapuesta con el concepto de territorio ancestral indígena, teniendo claro que el indígena concibe la propiedad colectiva no desde el uso y el goce de la tierra de manera individual sino el derecho a vivir sin restricciones en sus propios territorios, manteniendo una relación estrecha y espiritual con su territorio, la cual es la base fundamental de la pervivencia cultural y espiritual de esa comunidad, debe quedar claro que el territorio y su posesión no puede ser entendido en la dinámica tradicional de uso, goce y posesión que maneja nuestra legislación Civil. Podría entonces considerarse que el género es la ancestralidad del territorio el cual puede estar demarcado y titulado como resguardo o propiedad colectiva y otros como posesión tradicional de grupos étnicos sin dicha demarcación y titulación. También existen aún otras figuras como las llamadas Reservas Indígenas que fueron creadas en desarrollo de la Ley 135 de 1961, como formas provisionales de protección de territorios colectivos, los cuales en su mayoría posteriormente fueron constituidos como resguardos, pero algunos no, sin embargo, tiene la calidad de territorio ancestral y además poseen unos títulos temporales de adjudicación.

El resguardo Indígena es entonces, el reconocimiento formal de la propiedad que una comunidad indígena ostenta sobre sus territorios ancestrales o asignados por el Estado para garantizar sus derechos. Figura que a luz de la Constitución de 1991 se busca replantear y definir como territorios indígenas los cuales tendrían el alcance de un ente territorial y que ha tenido y tiene como fin la formalización de las reservas indígenas, los títulos coloniales y lo concerniente a la ampliación y saneamiento de estos territorios, así como a la restructuración de resguardos de origen colonial que corresponden a aquellos territorios que poseen títulos y que el Inconder hoy ANT estudian conforme a la tenencia de la tierra y determinar el área de dichos territorios para efectos de determinar si son suficientes o si es necesario adicionarles, de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad.

El saneamiento de resguardo anteriormente mencionado corresponde a un procedimiento mediante el cual la ANT, adquiere o expropia las mejoras que quedaron incluidas en el área de un resguardo indígena constituido para sanear el mismo.

En conclusión, como lo manifiesta la Corte Constitucional en Sentencia T – 849 de 2014:

... “Debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, si no que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral.

En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos.” ...

En conclusión, como lo manifiesta la Corte Constitucional en Sentencia T – 849 de 2014:

... “Debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, si no que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral.

En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos.”

Retomando el tema de la Ley de víctimas y su Decreto reglamentario para comunidades étnicas, es necesario manifestar que su mayor obstáculo, es el tema de la reparación integral, en el marco de un conflicto armado que no ha terminado totalmente, además de la desigualdad del desarrollo regional en Colombia, teniendo presente que muchas de las zonas afectadas por el conflicto suelen ser las más débiles o sobre las cuales existen intereses económicos legales o ilegales que hacen difícil la gestión pública en dichos territorios, sin embargo durante la transición hacia la paz en las negociaciones entre la guerrilla de las FARC y el gobierno, se reflexionó

en torno al diseño y ejecución de políticas encaminadas a la reconciliación del país y a solucionar de forma definitiva las condiciones que originaron el conflicto, identificando el concepto de restitución de tierras con enfoque transformador, con el cual se persigue una justicia tanto correctiva como redistributiva y el reconocimiento de la propiedad en favor de los campesinos y de las comunidades étnicas, siendo uno de los mecanismo que más relación guarda con el concepto de reparaciones, dado que mantiene orígenes históricos además que busca restituir a las víctimas al estado que disfrutaban antes del conflicto a la vez que es considerado uno de los mayores esfuerzos de la justicia transicional buscando la disminución de las graves violaciones, basado en el principio de enfoque diferencial de acuerdo a las condiciones de cada territorio y teniendo en cuenta las necesidades, características y particularidades económicas, culturales y sociales de los territorios en especial de las comunidades indígenas.

Dentro de las mesas de negociación entre los delegados del Gobierno y las FARC-EP, para el año 2014 en desarrollo de la discusión del primer punto de la Agenda del Acuerdo General se abordó el tema de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), cuyo objetivo es lograr la transformación del campo y el ámbito rural, logrando un relacionamiento equitativo entre el campo y la ciudad, buscando asegurar entre otros la protección de la riqueza pluriétnica y multicultural para que contribuya al conocimiento, a la organización de la vida, a la economía, a la producción y al relacionamiento con la naturaleza; el desarrollo de las formas propias de producción de las comunidades indígenas, mediante al acceso integral a la tierra.

El 24 de noviembre de 2016 el presidente Juan Manuel Santos y las Farc-Ep firmaron el nuevo acuerdo de paz (Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera en Colombia), en aras de ponerle fin a los más de 50 años de conflicto armado, en el cual ... *“se reconoce que los pueblos étnicos han contribuido a la construcción de una paz sostenible y duradera, al progreso y desarrollo económico y social del país, y que han sufrido condiciones históricas de injusticia, producto del colonialismo”* (OFICINA DEL ALTO COMISIÓNADO PARA LA PAZ, 2018)

Dentro del acuerdo entre otros ejes fundamentales, se aprobó la inclusión de los pueblos étnicos como beneficiarios de las medidas acordadas de acceso a la tierra sin detrimento de los derechos adquiridos, la adjudicación de predios y procedimientos de formalización se harán con destino a la constitución, creación, saneamiento, ampliación, titulación, demarcación, restitución y resolución de conflictos de uso y tenencia de las tierras; la

función ecológica de la propiedad y las formas propias y ancestrales de relacionamiento con el territorio se anteponen a la noción de explotación; además en los programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), que se pretendan dentro de los territorios indígenas, deben implementar el mecanismo de la consulta cuyo fin sea la implementación de planes de vida, etnodesarrollo, planes de manejo ambiental y ordenamiento territorial o sus equivalentes. En la priorización de los territorios deberá tenerse presente la realidad de dichos pueblos, los territorios afectados por cultivos de uso ilícito que tengan en riesgo de exterminio físico y cultural o extinción de la comunidad, así como los territorios en situación de confinamiento o desplazamiento.

En consideración a dicho acuerdo surgió la reforma rural integral (RRI), una de las piedras angulares del acuerdo, con el Decreto - Ley 902 del 29 de mayo de 2017, bajo las facultades extraordinarias para implementar los acuerdos de la Habana de las cuales fue investido el señor Presidente de la Republica, *“se adoptaron las medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral, contemplada en el acuerdo final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras”*. En cada uno de los títulos de este Decreto fue incorporada la perspectiva étnica. El respeto de los derechos adquiridos y garantías constitucionales de los pueblos indígenas (párrafo, artículo 1); el acceso a la tierra y formalización con destino a la constitución y reestructuración de los territorios ocupados o poseídos ancestral y/o tradicionalmente, en cuyos casos no procede ningún tipo de contraprestación para garantizar el derecho al territorio (artículo 7); la asignación como función a la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS para que adelante los procedimientos que involucren a los pueblos étnicos, entre otros. En este Decreto Ley se desarrollan las facultades y competencias para la formalización y regularización de los predios privados y públicos que le fue otorgada a la ANT en el Decreto 2363 de 2015, ya que la demora histórica en dichos trámites, ha sido uno de los factores que ha contribuido a la continuidad del conflicto sobre la tierra.

Por otra parte, el Decreto – Ley tiene como fin que la presencia del Estado en el territorio sea consistente, disponiendo de **procedimientos de publicidad** y relación directa con las personas y los predios en el territorio, con una política de formalización y adjudicación reivindicante que resuelva la situación de informalidad y falta acceso a tierras, buscando evitar la continuación del conflicto; razón por la cual se vincula a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, en relación directa con el artículo 2 literal b) de la Ley 1579 de 2012: *“ Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modi-*

fiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces;” ... Así la norma asigna deberes, funciones y procedimientos tal y como lo manifiesta por ejemplo en el Título 1 del Decreto 902 artículo 8 parágrafo 1, el cual reza:

... “Los notarios y Registradores se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas que transfieran el dominio o uso de predios rurales derivados de programas de tierras por el término indicado en el inciso primero del presente artículo, en favor de terceros, en las que no se acompañe la respectiva autorización expedida por la Agencia Nacional de Tierras, en cuyo caso la autorización y/o inscripción de las escrituras públicas a cargo de notarios y registradores respectivamente, deberá registrar que el adquirente ostenta las condiciones previstas en el numeral 2 del presente artículo”...^{4, 5}

También dentro del Título VI en el cual se determinan el procedimiento único de implementación del ordenamiento social de la propiedad rural, al brindarle facultades a la Agencia Nacional de Tierras en desarrollo del barrido predial, para suscribir actas de colindancia tendientes a corregir diferencias de áreas y linderos con fines registrales y catastrales, las cuales serán presentadas a las autoridades catastrales para la rectificación administrativa y **dicho Acto Administrativo proferido por la Autoridad Catastral, junto con sus anexos incluida el acta de colindancia deberá ser registrado.**⁶ Esta regulación corresponde al nuevo esquema institucional que busca resolver problemas técnicos que con otros han incidido históricamente en el rezago de este sistema de información; esto es la desarticulación entre el catastro y el registro de propiedad, lo cual implica en la práctica que hay dos bases informativas diferentes sobre la realidad de los predios y esta situación conlleva a dificultades en los procesos de formalización de la propiedad.

Otra parte de los procedimientos determinados por el Decreto Ley y que cobija directamente a las comunidades indígenas está determinado en el

⁴ Dicho Parágrafo se encuentra dentro del Título 1 de la Ley 902, el cual reglamenta quienes son los sujetos que tienen acceso a la tierra y algunos ítems respecto de la formalización de la misma, siendo el caso que para un sujeto de acceso a tierra se le asigne una propiedad, el mismo no podrá transferir el derecho de dominio o ceder el uso del bien sin previa autorización, por un término de 7 años contados a partir de la inscripción del acto administrativo.

⁵ Es necesario resaltar que lo descrito en el artículo 8, con excepción del numeral 5 no es procedente frente a los pueblos y comunidades indígenas. Conforme con el artículo 63 de la Constitución Política de 1991 pues estos territorios son inalienables.

⁶ Artículo 63 y parágrafo Decreto Ley 902 de 2017.

artículo 64, en el cual la ANT, con la colaboración de las organizaciones indígenas, deberá identificar las resoluciones del Incora, Incoder y ANT, que no han sido inscritas en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y procederá a ordenar su Registro. Esto en consideración a que no todos los territorios indígenas están en las mismas condiciones, ni en todos se debe agotar el mismo procedimiento, al tener registradas dichas resoluciones será posible identificar el procedimiento para aquellos territorios que no están constituidos en resguardos y proceder a su formalización.

A parte de lo ya mencionado el Decreto Ley ordena el registro de otros actos administrativos a nivel general como son el de apertura del trámite administrativo para asuntos de asignación y reconocimiento de derechos y el de apertura del trámite administrativo para los asuntos de formalización, artículos 68 y 70; cuyo registro es dotar de publicidad al trámite administrativo que se adelanta para el acceso a tierras y salvaguardar los derechos de terceros que puedan resultar afectados con la actuación administrativa.

Además de la restitución de tierras, dentro de estos procesos se debe propiciar el retorno e implementar proyectos productivos dentro de la estrategia de desarrollo que permita aprovechar las condiciones del entorno regional, los cuales para los pueblos y comunidades étnicas deberán realizarse teniendo como base los Planes de Vida y Planes de Salvaguarda o sus equivalentes. En este marco existe un deber del Estado en cuanto a la eficiencia en las asignaciones de inversión; si bien la restitución y el retorno, permiten restablecer los derechos de las víctimas del conflicto, el acceso a la tierra, por sí mismo, no garantiza su sostenibilidad. Es necesaria una coordinación interinstitucional estratégica que permita optimizar los recursos y así lograr mejores resultados; en primera instancia es necesario conocer y manejar los procesos y procedimientos, las funciones, derechos, deberes y obligaciones de cada una de las instituciones y de los protagonistas, pues no siempre estos conocen y coadyuvan en los programas que se adelantan desde el nivel central; así será necesario que la función registral se oriente también a estos nuevos enfoques para poder desempeñar las funciones encomendadas de forma ágil, efectiva y articulada con las demás instituciones logrando cumplir el sueño de todos los colombianos, el logro de la PAZ.



BIOGRAFIA

CORTE CONSTITUCIONAL. (NOVIEMBRE de 2000). SENTENCIA T - 634 DE 1999. *TERRITORIO INDIGENA AMBITO TERRITORIAL*, 718/738. BOGOTA, COLOMBIA.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. REVISTA ECONOMIA

COLOMBIANA 337 “Ley de Victimas la ley más importante para el presidente Santos. Es primordial que los ministros así lo entiendan”. Pag. 99/110 ISSN 0120-4998. (2012).

DECRETO LEY 902 DEL 29-05-2017. “Por le cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras”. Presidencia de la Republica de Colombia.

ESCOBAR, L. F. (2011). *EL DARIEN. OCUPACION, POBLAMIENTO Y TRANSFORMACION AMBIENTAL. UNA REVISION HISTORICA*. (21 ed., Vol. PARTE I.). MEDELLIN: COLECCION BICENTENARIO DE ANTIOQUIA.

GARAVITO, C. R., & SALINAS, N. O. (2012). *LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES*. (E. ANTROPOS, Ed.) BOGOTA: DEJUSTICIA CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. (MARZO de 2018).

<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co>. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Cartilla-etnias-paz.pdf>

OPINION JURIDICA: Vol. 15 # 29. Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.”

¿Más allá de la justicia correctiva?: potencialidades de la restitución de tierras en la superación de los conflictos armados”. Sello Editorial U de M. ISSN 1692-2530. 2016. Medellín.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2014). CONVENIO 169 DE 1919. 129. PERU.

ROJAS, J. M. (2000). OCUPACION Y RECUPERACION DE LOS TERRITORIOS INDIGENAS EN COLOMBIA. *ANALISIS POLITICO*, 69/83.

ROJAS, J. M. (SEPTIEMBRE- DICIEMBRE de 2000). OCUPACION Y RECUPERACION DE LOS TERRITORIOS INDIGENAS EN COLOMBIA. *ANALISIS POLITICO*, 69/83.

REVISTA ECONOMIA COLOMBIANA. EDICION 346. Julio/agosto 16. Desarrollo Rural “Un camino hacia la paz”. Pág. 102/119 ISSN 0120-4998. BOGOTÁ

REVISTA FRONTERAS. Instituto Colombiana de Cultura Hispana. “Ordenamiento Espacial de los pueblos de indios: Dominaciones y Resistencia en la sociedad Colonial”. Volumen 2. 1998. ISSN 0123-4676. PÁG. 205. SANTA FE DE BOGOTA.

Sentencia T-489 del 12-11-2017. CORTE CONSTITUCIONAL. “Territorio Indígena, Consulta Previa, Derecho de Autodeterminación”. Magistrada: Doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia C-035 del 08-02-2016. CORTE CONSTITUCIONAL. “Restitución de Tierras de las Víctimas del Conflicto armado”. Magistrada: Doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia de Tutela 282 (CORTE CONSTITUCIONAL 2011). UNIDAD DE RESTITUCION DE TIERRAS. (18 de FEBRERO de 2018).

<https://www.restituciondetierras.gov.co/restitucion>. (I. N. COLOMBIA, Ed.)

SINIGUI, E. de J. (ENERO 2018). Gobernador Mayor Indígena de Frontino. Entrevista sobre la historia de las comunidades Indígenas, el acuerdo de paz y los Planes de Vida. 30-de enero de 2018.

UNIVERSIDAD NACIONAL. INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS Y RELACIONES INTERNACIONALES. REVISTA ANALISIS POLITICO n° 41 Sep/Dic 2000 ISSN 0121-4705 PAG. 69/83. BOGOTÁ.

FOTOGRAFIAS COMUNIDAD INDIGENA EMBERA KATÍO DEL MUNICIPIO DE FRONTINO – ANTIOQUIA.

EVOLVING PRACTICE IN LAND DEMARCATION

Benito Arruñada*

1. ABSTRACT

This paper analyzes social choice with respect to the demarcation of land boundaries, distinguishing between physical and legal demarcation. In contrast with the influential “land administration” literature and the World Bank’s policy guidelines, the analysis supports voluntary—instead of mandatory—demarcation as well as non-integrated services for land administration. Consistent with these theoretical arguments, the paper empirically verifies that demarcation conflicts play a lesser role in title-, land- and property-related litigation, which seems to increase in all these areas after physical demarcation is made mandatory. Relying on World Bank data, it also observes that linking and merging cadastres and land registries does not correlate with lower transaction costs.

Keywords: land, property, boundaries, surveying, cadastres, land registry, land administration.

JEL codes: D73, K11, K25, K34, K41, L85, O17, O18, Q15, Q24.

* Pompeu Fabra University and Barcelona GSE. E-mail: benito.arrunada@upf.edu. This work was previously published at *Land Use Policy* (vol. 77, September 2018, pp. 661–75). The author greatly benefitted from valuable comments and exchanges with Rafael Arnáiz Ramos, Tony Burns, Jesús Camy Escobar, Juan Carlos Casas Rojo, Erik Stubkjaer, Klaus Deininger, Mircea Epure, Wim Louwman, Dean Lueck, Fernando P. Méndez González, Pamela O’Connor, Nicolás Noguerolles Peiró, Henry Smith, Jacques Vos, Mihail Taus, Ioanna Tzinieri, Rick Wouters and participants at the ELRA and UN-ECE workshops and the World Bank Conference on Land and Poverty. It received support from the Spanish Government through grant ECO2017-85763-R and the Severo Ochoa Program for Centers of Excellence in R&D (SEV-2015-0563). Usual disclaimers apply.

2. INTRODUCTION

Efforts to plan economic development tend to apply uniform and supposedly optimal solutions, increasingly expressed in terms of targets, such as, in the area of interest here, the percentage of registered and properly mapped land.¹ The present paper contends that the reason why these centralized and expert-led efforts tend to fail massively is because they still fail to adapt to local circumstances (Easterly 2014). They therefore disregard the value of “knowledge of the particular circumstances of time and place” underscored by Hayek (1945:521) which, even after the fall of Socialist economies, has widely been ignored in development.

2.1 *Established policy*

The survival of this planning misconception has affected land titling projects, which often aim at *universal* coverage in a given area, a policy often optimistically referred to as “systematic”, while the policy defended in this paper based on voluntary and, therefore, selective titling and demarcation is dismissed as “sporadic”. Thus, according to the World Bank’s good practice guidelines summarizing lessons learned since it started investing seriously in this area in the 1990s: “Systematic registration identifies, adjudicates, and registers rights to all adjacent land parcels in a selected locality and within a given period of time. Sporadic registration processes land rights on an ad hoc basis, usually when customers request registration of their parcels of land” (World Bank 2005:397).²

The extreme version of this systematic-titling argument even led part of the “land administration” literature to propose “holistic” objectives, ac-

¹ For instance, one of the UN’s Sustainable Development Goals for 2030 aims to “ensure that all... have... access to... ownership and control over land and other forms of property”, and then it estimates countries’ achievements in this regard with an indicator measuring the “proportion of total adult population with secure tenure rights to land” (UN Sustainable Development Knowledge Platform, <https://sustainabledevelopment.un.org/sdg1>, accessed July 15, 2017).

² In their terminology, the guidelines seem to be assuming that there is no system in “sporadic” titling. It seems reasonable, however, to think that such “ad hoc” decisions by owners are systematically made when the value of land titling is greater than its costs, that is, they are not “occurring occasionally, singly, or in irregular or random instances” (the definition of “sporadic” by the Merriam-Webster dictionary). There is also a tendency to forget that “systematic registration is used only for initial registration, and whether initial registration is systematic or sporadic, the registration of subsequent transactions is sporadic, on application” (Bruce 2012:50, n. 16).

cording to which surveying each land parcel was considered a requirement for good titling.³ Such land administration systems must not only provide complete information on land, including the different types of private rights and public restrictions, but ideally they must also be managed in an integrated manner to facilitate governments' control of resources. It is claimed, for example, that "governments must proceed further and integrate the actual management processes of land use, tenure and development" (Bennet *et al.* 2008:127, summarizing Enemark *et al.* 2005).

Similarly, the World Bank advised in 2005 that "cadastre and registration functions should be connected and managed by a single institutional entity wherever possible" (World Bank 2005:398). This single-agency policy—despite some more nuanced judgments by the evaluation unit of the Bank (IEG 2016:28)—is still advised by the Bank's *Doing Business 2018* report, when it considers as best practice in property transactions "to bring all agencies involved in property transfer under one roof";⁴ and when the "coverage" component of its "Quality of Land Administration" index also scores countries higher if their mapping agency covers the largest business city in full and even higher if it covers the whole economy.

Consistent with these recommendations, which have deserved little attention in the law and economics literature,⁵ for decades most land titling projects and land registration reforms have been trying to implement exhaustive, even mandatory, land titling and demarcation based on delineating boundaries and representing parcels graphically, often in conjunction with attempts to integrate land registries with cadastres to reap the benefits of alleged synergies.

More recently, these policies have been more or less implicitly criticized by alternative "fit-for-purpose" proposals (Enemark *et al.* 2014, 2016), by internal evaluations of the performance of World Bank projects which, having been designed under the traditional paradigm, lead evaluators to defend a more contingent approach (IEG 2016), and also by the launch of some land titling projects that aim to avoid precise surveying to minimize costs.⁶

³ See, for instance, the initiative "Cadastre 2014" at Kaufmann and Steudler (1998).

⁴ "Registering Property: Good Practices," World Bank, Doing Business Website (<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/registering-property/good-practices>), accessed March 28, 2018).

⁵ An exception being the discussion between Lueck (2017), Smith (2017) and Arruñada (2017a, 2017b).

⁶ See, for example, Deininger *et al.* (2008) for the case of Ethiopia and Ali *et al.* (2014,

However, the effective degree of change in terms of policy is debatable. Both the fit-for-purpose and contingent approaches, rather than focusing on the owners' choice whether or not to title their land and with what precision and relying on different means and providers, still focus on the planners' choice about which geographic areas to title and what level of demarcation precision to apply (usually, for physical demarcation, a uniform level, given by a particular technique and supplied by a given provider, as well as most often a mandatory degree of legal demarcation). They are therefore bound to reach adaptation at most at a general instead of the individual level.⁷

More importantly, no significant change is visible as yet in terms of resource allocation. Considering a proportional allocation of administration and management costs, at least 53.45 percent of the unit costs of these land titling projects was spent on physically identifying and demarcating land parcels (my own estimation, based on Burns 2007:94–95). Admittedly, this figure is based on old projects, but is in accordance with more recent estimates. For instance, in his study of African projects, Byamugisha concludes that “geodetic referencing, large-scale base mapping and cadastral surveying... constitute more than 50 percent of total investments in land administration projects” (2013:121). Among developed countries, the case of the Greek National Cadastre, which persists, as it has over the last three decades and despite repeated failure, in developing a functional single-agency, also reveals the resilience of this old paradigm (e.g., Taylor and Papadimas 2015; Seeling 2018).

2.2 Historical lessons

Similarly, reforms of land conveyancing and registration in developed countries still invest considerable resources to improve boundary demar-

2017) for that of Rwanda, as well as references to other projects in Enemark *et al.* (2016:2).

⁷ Lack of individual adaptation can be seen as an instance of a larger issue, the tendency in some of these grand proposals to avoid facing tradeoffs and insist instead on absolute and contradictory objectives. For example, under fit-for-purpose, “new solutions are required that can deliver security of tenure for all, are affordable and can be quickly developed and incrementally improved over time” (Enemark *et al.* 2016: vii). However, in a world of scarce resources these three objectives are incompatible because (1) security for all implies affordability and in fact subsidized titling, which is often unsustainable; (2) security cannot be at the same time effective, low-cost and quick; and (3) quick solutions are hard to improve because of path dependencies. Understandably, minimizing average costs becomes a priority, distorting the choices of technology and output level (Jensen and Meckling, 1998).

cation, mandate the provision of surveys in conveyancing and try to link and merge the databases of cadastres and land registries, two institutions that had traditionally pursued different goals and consequently organized themselves differently and remained separate.

These efforts are far from new. For example, Section 7 of the Land Transfer Act enacted in England in 1862 already required an exact description of the plot to be registered, as well as its boundaries and neighbors, in order for the registrar to trigger a legal determination of the boundaries. In the same vein, when Scotland's Land Registration Act created the new Land Register in 1979, it mandated a physical description of each plot, based on the Ordnance Survey map. Similarly, when Greece, with co-financing from the European Union, decided in 1995 to improve land registration, instead of upgrading the old mandatory recordation of deeds based on personal grantor-grantee indexes with a mere tract index (as other countries using land recordation did in the past, including France in 1955), it opted for creating a new cadastre, with entirely new registrations. These required matching the specific survey of the parcel with the general cadastral chart of the area, but without making sure that entries were in accordance with the legally valid information in the land books (Tzinieri 2014). More recent efforts have followed the same policy, introducing changes only at organizational and legal levels but without substantially re-designing the project (Seeling 2018).

Most of these efforts in developed countries were unmitigated failures. Surveying in developing countries is also often abruptly interrupted and the initial efforts shown to be meaningless when subsequent transactions remain unregistered (Bruce *et al.* 2007:42, Bruce 2012:44, Ali *et al.* 2017). A common reaction has been to reduce surveying requirements in order to lower registration costs to make the system sustainable. For instance, in England, after a Royal Commission concluded that mandatory specification of boundaries triggered undesirable litigation of latent conflicts, the 1875 Act mandated applicants to identify the plots but gave them considerable leeway when demarcating boundaries: they could rely on “general” (in essence, imprecisely defined) boundaries,⁸ using traditional methods and without even mentioning the neighbors (Simpson 1986:282, Nogueroles

⁸ There is considerable ambiguity in the literature about the use of these terms. In some cases, “general” and “fixed” boundaries refer to the lesser or greater degree of precision in physical demarcation. In other cases, they refer to the absence or presence of legal demarcation, as when fixed boundaries are a synonym of conclusive boundaries in the Torrens registries. Even worse, some reports mix the two criteria (UN-ECE 1996:107–108). On the origins of these terms, see Simpson (1976:134, 155).

2008). The 2002 Land Registration Act retains the traditional focus on general boundaries. In Scotland, only 19 percent of the landmass and 55 percent of its titles had been transferred into the new registry after thirty years (ROS 2010a:5). Transition to the new registry was slow, as it suffered from long turnaround times and a considerable backlog, in which mapping issues figured prominently (ROS 2010b:10 and 16). Mapping had caused frequent refusals and delays in registration (ROS 1999), often because of discrepancies between the plan in the deed and the Ordnance Survey map. It had also been the largest category of error in terms of indemnities (ROS 2010b:26). In Greece, development of the National Cadastre has been appalling (Taylor and Papadimas 2015). Despite poor legal security (Tzinieri 2016), coverage advanced slowly, reaching 29% of property titles, most of them in the cities, which amounted to only 8% of the territory in 2018 (Seeling 2018).

These failures should have been expected, because both the historical record and the established institutional solution suggest that land registries work effectively with imprecise demarcation and that both registries and cadastres are typically separate entities pursuing different objectives and organized under different principles. Indeed, in most developed countries land registries have been operating effectively with voluntary demarcation of boundaries. Land surveys are generally voluntary for conveyancing or registering real property transactions, relying instead on approximate identification of parcels and at most the listing of neighbors. According to a study carried out for the European Commission, surveyors and other technical experts were commonly used in the United Kingdom, Ireland, Denmark and France but on a voluntary basis (ZERP 2007:33, Schmid and Hertel 2005:29). In a similar vein, of the 186 countries with data in the *Doing Business 2017* report (World Bank 2016), only 11.83% had merged their land registry and cadastre, with the rest having separate organizations. Most (54.27%) had not linked them, although 62.37% of the total did share a common identification number for each parcel. The “dismissal of history” critique on development economics by Easterly (2014) therefore seems applicable to land administration.

2.3 *The argument*

I submit here that a common root cause of these policy mistakes is their interrelated emphases on *universal* (meaning all parcels in the intervention area) and *physical* demarcation (a precise definition of physical as opposed to *legal* demarcation will be given momentarily). Emphasis on universal demarcation means that policy is oriented towards achieving maximum coverage in the relevant treatment area without paying proper attention to

the tradeoffs involved and, in particular, to the fact that, due to the presence of fixed per-parcel demarcation costs, more extensive and precise demarcation (as well as titling, generally) is often only suitable for higher value land. This is an aspect that owners are in a privileged position to evaluate.

Moreover, this goal of universal coverage often ends up aiming for low *average* cost while sacrificing legal quality and emphasizing the physical dimension of land demarcation, which in practice often means the measurement and delineation of boundaries by one or more of the parties that have an interest in the land (including Government agencies). Correspondingly, these initiatives often pay little, if any, attention to the legal dimension of land demarcation: the fact that, in order for demarcation to produce effects on third parties, such party-led physical demarcation must be accepted by all other interested parties—which in this case mainly means the neighbors of each particular parcel.

This emphasis on physical and partial demarcation often leads to mistakes, such as (1) pursuing the above-mentioned objective of universal demarcation, even if the consequent need to lower average costs and shorten times leads to valueless lower quality; (2) overestimating the value of physical demarcation, which is behind excessive expenditure on mapping and surveying and the enactment of allegedly inefficient, mandatory demarcation rules; and (3) considering that the information needed for different decisions on property (e.g., the judicial evidence on which basis judges rule and parties rely for their contractual decisions versus administrative filings used for tax and other planning and regulatory purposes) is the same “data”, wrongly subjecting it to similar quality specifications and without requiring any specific incentives or specialization in its production. Consequently, it is thought, for instance, that both sets of information can easily be shared by government agencies, that duplications can easily be avoided, and that substantial economies can be fruitfully reached by sharing databases and even merging the agencies (that is, merging land registries and cadastres in integrated “land administration” bodies).

The main contributions of the paper are (a) the conceptual distinction between property-legal and physical demarcation and (b) providing a comprehensive framework for the main social decisions on property demarcation, which are of two types. On the one hand, with respect to the overall rules governing it, governments must decide on: whether or not to create a demarcation infrastructure system that, by incurring a fixed cost, enables individuals to demarcate their land more effectively; and either allowing voluntary demarcation or enacting a mandatory demarcation rule that forces individuals to incur a variable cost to demarcate their land either physically

and/or legally. On the other hand, with respect to the provision of demarcation services, governments may either keep separate organizations or merge the cadastre with the land registry, with the intermediate option of linking their databases.

Section 2 develops the theoretical framework to assist in the above decisions by first defining the concept of “legal demarcation”, of which “physical demarcation”—the task of identifying parcels and measuring their boundaries—is an input; and then developing a simple model of optimal demarcation based on individual and social decisions. Section 3 analyzes the factors that drive the main costs and benefits in these optimal social choices—mainly, the statistical distribution of land parcels’ value, the cost of legal demarcation and possible externalities. Sections 4 and 5 provide two empirical assessments, pertinent to these choices, which are broadly supportive of the theoretical argument in favor of applying voluntary titling and demarcation as a general rule, with the only exception of clear public-good externalities (such as, e.g., demarcation infrastructure). Section 6 concludes with a summary and some policy remarks.

3. THEORETICAL FRAMEWORK: KEY CONCEPTS AND DECISIONS ON LAND DEMARCATION

3.1 Legal demarcation, an intrinsically legal concept in property

The “well-defined” property rights in the foundational article by Ronald Coase (1960:19) require specification of at least *who* holds *which* rights on *what* property—that is, identification of (1) the person holding the right; (2) the content of the right, in terms of both possible uses and, especially, enforcement remedies; and (3) the asset on which the right is held.

The legal-property nature of the first two dimensions (*who* and *which* rights) is clear enough. It includes defining who is the holder of a particular right and what is the content of the right. Such content must be defined both in terms of possible uses (for instance, the right to occupy land or to appropriate its fruits) and, especially, the legal remedies available. The key distinction between property and mere contractual rights is given by such remedies: a property right is enforced *in rem*, meaning that it is enforced against the whole world (Merrill and Smith 2000, Hansmann and Kraakman 2002) while a contract right is only enforced *in personam*, against certain specific persons, often a previous seller.

In practical terms, to achieve such property, *in rem*, rights in the first two dimensions, what is needed is a particular set of institutions that add to the

conventional consensual agreement between two parties a second step in which all other affected parties grant their consent (Arruñada 2003). For example, to transfer full unburdened ownership of a plot *P* of land from person *A* to person *B*, the legal system must make sure that *A* is the owner and there are no burdens on the land. This can be achieved by different means: including, e.g., public ceremonies and possessory prescription in Ancient Rome (Arruñada 2015, 2016), summary judicial procedures such as the French *purge* or the US “quiet title” suit (Arruñada 2012:56), or the registration of rights characteristic of the most developed titling systems (Arruñada 2003).

For our purposes, the essential point is that the same happens in the third, *what*, dimension. Reserving the term demarcation for the third *what* dimension, the paper will distinguish between two concepts, which will be labeled “physical” and “legal” demarcation:

- *Physical demarcation* includes any activity for identifying a parcel of land and delineating its boundaries, *performed by any of the parties* related to the parcel.⁹
- *Legal demarcation* consists of reaching a social consensus on physical demarcation, such that it will be enforced in rem.

The distinction holds for any type of physical demarcation. Parcels are identified by relying on parcel names and, more generally, by specifying where they are located within a series of geographical units such as the municipality, the zone and the more specific area, street addresses, post codes, etc. Boundaries were traditionally delineated by reference to natural geographical features; by their abutments or relation to natural or artificial elements such as roads or adjacent lands; by statements of length, bearing and distance (the “metes and bounds” system); by reference to geodesic lines (as in the US “rectangular survey”); etc. Today, greater precision can be easily obtained by using modern global positioning systems. Moreover, many other techniques allow low-cost drawing of boundaries, including Google Earth.

After some degree of physical demarcation, legal demarcation involves two additional steps. First, it requires checking for possible contradictions with all relevant evidence, which might come from the cadastre or the land

⁹ This is usually linked to an intended private or public transaction, including, e.g., selling or burdening the land with a mortgage, or the start of condemnation procedures; but not necessarily. For instance, an owner may be interested in identifying the boundaries of a given plot.

registry, or be obtained by consulting neighbors' titles or opinions, or by examining possessory indications in the field. Secondly, full legal demarcation also requires eliminating all contradictions and overlaps, either by reaching private agreements with neighbors or by pursuing some type of litigation and adjudication procedure.

This distinction holds important consequences, as the effects of physical and legal demarcation are determined by which parties are involved in the corresponding decisions. Crucially, social consensus allows legal demarcation to produce stronger, *in rem*, effects. It is only after the land has been legally demarcated that boundaries are "conclusive"—meaning they have legal force *in rem*: that is, they have effects against third parties. For example, without legal demarcation, whatever the physical demarcation accompanying a deed and whatever the promises given by the seller with respect to boundaries, neighbors can still enforce *in rem* their boundary claims against the buyer, who, if neighbors are shown right in court, will at most have an *in personam* claim against the seller—and possibly the surveyor—for any deficiencies with respect to the promised demarcation.

Moreover, as with the other two dimensions in the definition of property rights (on which person and which rights), the definition of the *what asset* dimension is also the product of both purely private contractual exchange and the functionally "public" gathering of consents characteristic of property transactions (Arruñada 2003).

However, this public stage can be performed by different *means* and at different *times* for different dimensions. For instance, not only for land recordation but also for land registration it is enough if parcels are identified even if their boundaries are not well demarcated. This in fact means that both registration and possession are used for titling this third, *what asset*, dimension. When boundaries are less precisely defined, they are not abandoned in the public domain, as might happen in other dimensions for costly-to-measure attributes of property rights (Barzel 1982), but are defined by the informal mechanisms of adverse possession and acquisitive prescription, which allow an implicit definition of boundaries to take place *ex post*, instead of by a formal, explicit and costlier settlement procedure taking place *ex ante* (Arruñada 2015).

Even the International Federation of Surveyors (FIG) admits that property rights can be secured and land markets developed without precise surveying of boundaries (e.g., Onsrud 2002:9). Similarly, the fit-for-purpose "approach uses aerial or satellite imagery in the field to identify, delineate, and adjudicate the visible land parcel/spatial unit boundaries, and the rights are determined and entered directly into a register" (Enemark *et al.* 2016:

ix). However, given that adjudication still requires a gathering of consents, the images *by themselves* may be more directly useful for building index maps than for adjudication.

Lastly, while physical demarcation is a continuous phenomenon, legal demarcation is relatively discrete. Parties can demarcate land with a variable degree of precision, from mere verbal identification to detailed and precise drawing and location of boundaries. However, whatever the physical demarcation, legal demarcation derives its effects from the granting of consent, which is an intrinsically discontinuous event. Consequently, legal demarcation is compatible with different degrees of precision in physical demarcation. Neighbors can agree on the boundaries whatever the method used to define them and whatever precision the method provides. Obviously, their agreement is granted for that given degree of precision. A classical example is given by the ceremonial conveyancing of land used in classical Rome, known as *mancipatio*, “though not a legal requirement, it was standard practice to call the neighbours to witness a conveyance by delivery. This allowed the transferee to verify that the transferor and his neighbours agreed on the boundaries, or, if they did not, to pinpoint the area/s of dispute” (Honoré 1989:139). This is therefore a case of legal settlement of boundaries even if they remain quite imprecisely defined.

3.2 Socially-optimal land demarcation

To organize the analysis, Figure 1 represents the optimal individual and social decisions on land demarcation. Following Arruñada and Garoupa (2005:716–19), the value of land is represented on the vertical axis and is assumed to depend on the probability that claimants with a better legal right may get the land. It is therefore a fraction of its value in an ideal world with no conflicting claims, represented on the horizontal axis. This fraction, which is graphically represented by the slopes of the lines in Figure 1, depends on the availability of institutions and services (registration, demarcation) and individual decisions to use them or not. It is lower if the land remains unregistered and is instead enforced under private titling based on custom and possession (“privacy,” for short). Similarly, it is also lower when land is not properly demarcated.

To simplify matters, Figure 1 represents all the land of a certain type (e.g. rural land) in the relevant policy area under intervention. It also assumes that land registration is already in place. Therefore, any fixed cost incurred to create the registry is considered sunk. Registering means that, by incurring an additional unit cost (given by the intercept of the registration line, the distance *or*), the probability of a conflicting claim being successful falls with respect to privacy. In other words, by registering a parcel of land,

its value increases by a certain percentage: with respect to the privacy line, the registration line has a negative intercept, but is steeper.¹⁰ Landowners choose between incurring a cost to register their land or holding it under privacy. Under voluntary registration, high-value parcels are registered while low-value parcels remain under privacy.

Similarly, demarcation would first incur a fixed cost Fd for making it viable in the jurisdiction by setting the infrastructure for parcel identification and some sort of high-level demarcation and “monumentation” that provide references needed for lower-level demarcation of individual parcels. Then, for each parcel, by incurring an additional cost rd , it is possible to attain a greater level of boundary assurance. In Figure 1, this effect is visible in that the demarcation line is steeper than both the privacy and registration lines.

Under a voluntary regime, owners will optimize private costs and benefits when choosing between privacy and registration with and without demarcation. Given the likely presence of fixed demarcation costs unrelated to land value, low-value parcels (oa) will remain under privacy, mid-value parcels (ab) will be registered but not demarcated; and high-value parcels (those to the right of b) will be both registered and demarcated. This simple logic explains, for instance, why urban land is more precisely demarcated than rural land, and surveying and other due diligence studies are customary for commercial transactions in the United States but are rare for residential ones (Madison, Zinman, and Bender 1999:14). It also explains that land is more precisely demarcated when land values rise, which moves the distribution of land to the right along the horizontal axis of Figure 1.

¹⁰ As a sideline, in terms of the model, the argument that universal titling (and demarcation) efforts benefit the poor more (e.g., World Bank 2003) would mean that the benefit of better titling is greater for lower-value land (assumed to be owned by the poor) than for higher-value land. This widely-held belief is doubtful, however, if one pays more heed to the revealed preferences of the poor than to experts’ opinions: after massive titling efforts, subsequent transactions tend to remain informal (Bruce *et al.* 2007:42, Bruce 2012:44), especially lower-value ones (Ali *et al.* 2017:382). Moreover, even a universal or “systematic” approach often fails to benefit the poor (IEG 2016:19–24). The IEG report sees this as a failure but it could also be understood as an efficient outcome. By different means, it is the most valuable land that ends up better titled, as the model advises: the report cites side payments, lack of subsidies, and planners’ choice to intervene in the most developed regions. To these should be added the voluntary decision to keep subsequent transactions informal. Overall, in this case the tyranny-of-experts argument of Easterly (2014) does not seem far-fetched.

Area B defines the social gross benefit of demarcation. Comparing it to the fixed cost Fd renders the socially optimal decision: it makes sense to put in place the demarcation infrastructure if $B > Fd$.

Voluntary demarcation is therefore optimal in the absence of positive externalities. Introducing a rule of mandatory demarcation in which registration requires having the land boundaries properly demarcated, would have two effects: (1) “undertitling” of land ac , which, without that rule, would be registered and, with the rule, will be held under privacy; and (2) “over-demarcating” of land cb , which, without the rule, would be registered but not demarcated and, with the rule, will still be registered but also forcibly demarcated.¹¹ In addition to the fixed cost Fd , mandatory demarcation will incur an additional social cost given by the area A . Therefore, such a rule of mandatory demarcation could only be justified on the basis of externalities (as analyzed in section 3.2).

4. DRIVERS OF THE COSTS AND BENEFITS OF DEMARCATION

The balance of social costs and benefits of land demarcation depends on several factors that determine (a) individuals’ costs and benefits, given by the location of the breakeven points a , c and b in the previous model (section 3.1), and the type of demarcation—physical or legal—being performed; and (b) the possible presence of positive and negative externalities (section 3.2).

4.1 *Internalized cost and benefits*

Mere physical demarcation should incur a small variable cost rd but may also cause a small benefit, slightly moving the value line up in Figure 1. It would remain close to that of registration, with tiny effects on the indifference points (that is, b would remain very close to a). This is consistent with empirical estimates of explicit costs. In Europe, the cost of surveying residential properties has been estimated at about 500€, varying little with property value.¹² As a percentage of legal transaction costs (fees charged

¹¹ Note that these effects are under voluntary titling and mandatory demarcation. Under mandatory titling, losses would be much bigger, as explained in Arruñada (2012:145–52). The analysis assumes $a < c < b$, which will generally be the normal situation because, for demarcation to be effective (in terms of the figure, to have a steep slope), it has to be not merely physical but also legal. This also increases the variable cost (greater od), so the two effects cancel each other out.

¹² These are the averages of the cost estimates of “technical services” given by ZERP

by lawyers, notaries, conveyancers and the land registry), surveying fees represent on average 41.81% of legal fees for a 100,000€ home and 17.71% for a 500,000€ home in the EU countries considered.

Moreover, both the costs and benefits of surveying vary with the type of land and with measurement precision. On the one hand, physical identification and demarcation of real estate assets are relatively easy for buildings but harder for undeveloped land, especially in areas in which, in the absence of distinctive natural or man-made landmarks, the traditional metes-and-bounds method of identifying and delimiting tracts of land is not reliable. In urban real estate, it is also much easier to identify and demarcate the boundaries of apartments than those of detached or even town houses.

On the other hand, precise physical demarcation alone, without legal demarcation, is costly but adds little value (Deininger and Feder 2009:244, Bell 2009:7). Precision may even be detrimental when it is based on aerial images that are not properly rectified without a topographical survey being made in the field. However, governments often require precise physical demarcation without a corresponding legal demarcation. For instance, in Greece, “topographic drawings *signed by the contracting parties* and the civil engineer must be attached to all transfer deeds of real estate property” (Papamichalopoulos and Iconomidou 2016, emphasis added). They are signed by the parties but not by neighbors; therefore, they lack legal demarcation and their value is debatable. However, according to *Doing Business 2017*, the procedure still takes seven days and costs 400€ (World Bank 2016b:52).

In addition to these explicit costs, mandatory physical demarcation incurs implicit costs. The most obvious is the additional time required for closing a transaction, but the most important is that it may stimulate premature legal demarcation. Indeed, it is likely that under mandatory physical demarcation, potential boundary conflicts are made more salient, as parties are forced to observe them. They might therefore feel compelled to perform allegedly suboptimal legal demarcation which they would otherwise have postponed had they remained ignorant of the conflict. Some of the empirical indications presented in section 4.2 below support this negative incidence of mandatory demarcation even when the mandatory element is limited to physical demarcation. This possibility is costly because overlaps are very common even after extensive surveying: for instance, in Australia, which

(2007) for 11 EU countries. These numbers are consistent with an Internet sample of surveying services advertisements in Spain, which yielded an average of 455€ with six observations (performed on April 9, 2017).

has relied on surveying for more than a century, boundary discrepancies between titles and occupational boundaries are still very common, even in urban areas (Butt 1996:756, O'Connor 2016:354). (Interestingly, in cases of conflicting evidence in the determination of boundaries, courts there adhere to a hierarchy with natural boundaries at the top, followed by monumented lines, old undisputed occupation, abutments and statements of length, bearing or direction [Hallmann 1994:13.13]).

Whether the land registry is a recordation of deeds or a registration of rights, physical demarcation—that is, merely adding a graphical representation or proceeding to survey the land—has no effects on third parties. This is obvious in recordation, which does not even guarantee legal title, but also holds in registration. For a register of rights—or the state behind it—to provide conclusive in rem title or a mere indemnity with respect to boundaries, legal demarcation is required. In fact, even Torrens registries usually exempt from their conclusive effects errors in the description of parcels and boundaries. When they provide conclusive boundaries, they do so only to the extent that courts do not allow boundary amendments to adversely affect subsequent purchasers for value. Such a solution does not protect in rem all affected owners when their registered boundaries are mistaken. Moreover, boundaries often remain unprotected against changes in occupation, which tend to be decided based on adverse possession (O'Connor 2016)

Understandably, gathering neighbors' consents in order to produce legal demarcation is more costly and additionally slows down conveyancing and registration, especially if it triggers adversarial litigation. Legal demarcation is costly because it requires conflicting rights to be adjudicated to eliminate overlaps—that is, collisions between the claims of owners of neighbouring parcels. In the absence of an agreement and whatever the type of organization carrying it out, this adjudication can only result from some sort of judicial process that hears all interested parties. This is necessarily the case in countries with recordation of deeds, but even when handled by a registrar (or, exceptionally, by a surveyor, as in Sweden) as is common in countries with registers of rights, the registrar is acting as a court of first instance, but often with very limited powers. For example, in the Australian state of Victoria, “the registrar’s powers of amendment are exercised on application by a registered owner, and after giving notice to other affected persons. If an objection is lodged, the registrar may not proceed until the objection is withdrawn or has been ruled upon by a court” (O'Connor 2016:347). Anyway, if the parties disagree, the final decision is made by a judge.

An indirect reference to both monetary and time costs is also given by the *Doing Business* report. In particular, its “Enforcing Contracts” index

estimates the average cost of litigating a contract at between 21.3% of the claim for OECD countries to 49.1% for countries in the East Asia and Pacific area, requiring on average 631 days.¹³ Even if the cases are not fully comparable, it is not obvious why legal demarcation should cost substantially less money or take less time. In fact, detailed data on lawsuits provided by *Doing Business* suggests that land cases may take longer: the ordinal answers to one of the questions in the index suggests more than two years. It is worth noting that these percentages and times are much higher than those given for land registration by the *Doing Business* “Registering Property” indicator. Therefore, it is safe to conclude that, whatever the effects of legal demarcation on future litigation, it substantially increases ex ante transaction costs and the time required to close deals.

Understandably, some land titling projects aiming for universal but low-cost regularization opt to apply imprecise physical demarcation and voluntary legal demarcation. For example, in Rwanda, costs were contained by the sensible step of limiting physical demarcation (relying on modern imagery) to identifying parcels and to building parcel index maps (Ali *et al.* 2014:268). A more doubtful choice was that of limiting legal demarcation to undisputed land (which, consistently with our argument, was legally demarcated by identifying the fields and to some extent demarcating their boundaries “in the presence of land owners and all adjoining neighbors”). This exclusion of disputed land avoids the most costly but also the most valuable titling. Instead of universal titling, it amounts to a sort of negative selection, investing resources in the type of land that—for a given land value—benefits the least from titling.¹⁴

4.2 Demarcation externalities

The key argument against mandatory demarcation is that transactors are in a better position than legislators to evaluate the tradeoff of costs and benefits. This is so because they have both better information and better incentives. Better information, because the tradeoff depends on the particular circumstances of each set of parties, rights and assets. Better incentives, because, in the absence of externalities, it is they who are bearing the costs and enjoying the potential benefits.

¹³ Numbers taken from the website of the *Doing Business* project at <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts> (accessed December 7, 2016).

¹⁴ This seems to be a constant in the World Bank’s efforts: its *Doing Business* “Registering Property” indicators have been measuring the cost and time of formalizing transactions in land “free of title disputes”, which biases results in favor of countries with low-cost-low-quality titling systems (Arruñada 2007b).

However, externalities may be present in demarcation decisions about, first, creating the infrastructure for demarcation and, second, choosing whether or not to demarcate a given parcel, a decision usually made in the context of a transaction. In terms of the previous model, these sources of externalities are connected, respectively, to the fixed cost Fd (i.e., the presence of positive externalities would reduce it) and the variable cost rd (the social cost may also be lower than the private cost, rd).

The infrastructure for land demarcation includes general identifiers (the most basic, a list of place and street names), as well as the references needed to survey individual parcels (survey maps and plans, monumentation and GPS systems, and even aerial or satellite imagery). All these assets are characterized by substantial externalities, as the information that they provide is a public good: there is no rivalry when it is consumed and, since it causes mainly fixed costs, it poses the usual difficulties for efficient pricing.¹⁵

Moreover, individual decisions may not be socially optimal if externalities occur as a consequence of individual transactions. In the context of property, the main externalities are caused by the enforcement of rights in rem in the presence of sequential exchange and contract interaction. Suppose, for example, that a landowner O grants a secret lien to L at time $t1$, sells the parcel to B at time $t2$, and then L seeks to seize the parcel to satisfy the lien at time $t3$. As analyzed by Merrill and Smith (2000), Hansmann and Kraakman (2002) and Arruñada (2003), this sequence of exchange creates a negative externality in the form of the secret liens that might be held by potential lien holders, of which potential acquirers such as B are not aware when buying from O . If all private contracts are enforced, including secret liens, potential buyers in the position of B will be reluctant to buy from any O unless they can be assured that there are no L s lurking in the background ready to assert prior claims to the asset, thus reducing its value. Moreover, anyone in the position of L , fearing the possibility of prior liens, will also be reluctant to rely on the collateral value of the asset when lending to O . Crucially for the emergence of externalities, these possibilities will reduce the value of all assets, whether they have secret liens or not.

¹⁵ An argument for externalities can also be made about centrally demarcating land in homogeneous, easy-to-measure units. When allocating state land, this procedure has been found by Libecap and Lueck (2011) to facilitate enforcement and reduce conflict and transaction costs in the future, thus producing positive externalities and increasing land value. See, for a discussion, Arruñada (2017a, 2017b).

One could argue that the same problem arises when information on boundaries is hidden. The difference with liens lies in the greater difficulty to keep boundary disputes secret, due, first, to the fact that boundaries often provide possessory evidence while liens are fully abstract. Second, the buyer cannot only inspect the land for possessory evidence but can also ask neighbors about possible boundary conflicts. Sellers will often enjoy an informational advantage regarding boundaries over buyers but this advantage is lower than with respect to legal rights, especially those of an abstract nature such as liens. To the extent that the informational problem is not one of asymmetry but ignorance, it merely involves a risk-allocation issue.

Therefore, there seem to be significant externalities in the identification of land parcels and their neighbors but not in the demarcation of boundaries at the time of transacting. This is consistent with the prevalent practice of mandatory identification of both elements: by, first, public provision of a system of geographic identification and general boundaries; and, second, by enacting a rule for the compulsory listing of neighbors in the deeds and in entries in the land registry.

Certainly, externalities may be more significant in particular circumstances, especially when litigation and judicial services are mispriced and in the context of land titling efforts. If land demarcation reduces litigation and recourse to litigation is underpriced, mandatory demarcation could be justified as a way of reducing inefficient litigation, and more so the greater the weight of boundary litigation. This, however, disregards the possibility that mandatory demarcation might also be costly because it unduly anticipates conflicts.

Moreover, with respect to titling efforts, within a project of universal titling of formally untitled but already possessed (and therefore pre-allocated) land, mapping and even surveying all individual parcels could make more sense because of externalities derived from the simple fact that parcels share boundaries and their legal determination also enjoys economies of scale.¹⁶ However, these externalities are present only in the context of massive titling, when all or most land in the given area is formally titled. If this strategy of universal titling is not optimal—and there are good reasons why this might be the dominant situation (Arruñada 2017c)—, the rationale for mandatory surveying (as opposed to mandatory identification) disappears

¹⁶ This is the case modeled by Miceli and Kieyah (2003), whose conclusions are additionally limited by other unrealistic and narrow assumptions, such as a titling cost that decreases with the number of titled parcels and identical land parcels which differ only in title defects.

even in this case. Moreover, this judgment is also confirmed empirically, as “no project in the developing world has been able to implement and sustain high-accuracy surveys over extensive areas of their jurisdiction” (Burns 2007:96). Moreover, as mentioned above, boundary discrepancies are still very common in Australia even though extensive surveying has been performed there for a long time.

Within massive titling efforts, another particular case arises when the land is not only being titled but is also being allocated, as occurred in the 18th and 19th centuries in the frontier areas of Australia and the USA (as in the case mentioned in footnote 15). In such situations, using surveying for land titling benefits from the fact that it is also necessary for proper allocation. However, the presence of externalities in ulterior transactions remains an open question (see, for instance, Lai 2015).

In sum, optimal public intervention would probably provide a mix of state and private decisions, with state action being useful for providing the elements necessary for parcel identification and high-level demarcation (e.g., the general monumentation traditionally needed as a starting point for surveying, or even some aerial or satellite imagery); but with private choice prevailing in decisions about the precision and type (mainly, if physical or legal) of boundary demarcation. (With respect to legal demarcation, the problem is the same as with other judicial services).

5. EVIDENCE ON HOW DEMARCATION AFFECTS LITIGATION

Moving now into empirical analysis, this section assesses, first, what is the incidence of boundary conflicts on land litigation; and, second, what impact mandatory demarcation may have on land-related litigation, even when theoretically limited to physical demarcation. Findings suggest that the impact of boundaries on litigation may be relatively minor and that mandatory demarcation may increase litigiousness.

5.1 *The weight of land demarcation on overall litigation*

To estimate the incidence of the demarcation of land boundaries on litigation, I used a similar methodology to that applied by Baker *et al.* (2016) by performing automated Boolean text searches in the repository of civil court judgments of the Spanish judiciary.¹⁷ In particular, I counted

¹⁷ This repository, known as CENDOJ, for *Centro de Documentación Judicial*, is a department of the judiciary’s independent governing body, the *Consejo General del*

the number of judgments mentioning particular combinations of keywords that can be considered as indicators of the presence in each case of (1) boundary issues and (2) four broader indicators of land-related litigation activity, against which boundary cases are then compared to assess their relative importance.¹⁸

Boundary-related cases are identified by the presence of any of several legal terms: the Spanish equivalent of “demarcate*”, “first register*”, “double registration”, “ownership procedure”, “excess in meterage” and “parcel*”; words or strings which are truncated with an asterisk when this serves as a wildcard symbol for all words with the same root. (The Spanish search terms used are: $B = (\text{deslind}^* \text{ O inmatricul}^* \text{ O “doble inmatriculación” O “expediente de dominio” O “exceso de cabida” O parcelac}^*)$).

The four broader indicators of land-related litigation activity are: (a) the total number of civil judgments, $R1$; (b) the number of cases with a land-titling issue, estimated by the presence of the string “Land Register” (in Spanish, $R2 = \text{“Registro de la Propiedad”}$); (c) the number of cases with a real-estate issue, estimated by the presence of any of four keywords describing buildings and land (“immovable OR land OR plot OR ground”; in Spanish, $R3 = (\text{inmueble O finca O solar O terreno})$); and (d) the number of cases with a property-law issue, estimated by the presence of any of four legal keywords “ownership OR possession OR mortgage OR servitude” (in Spanish, $R4 = (\text{propiedad O posesión O hipoteca O servidumbre})$).

The incidence of boundary-related conflict is then estimated by the four boundary litigation-incidence ratios ($BLIR_i$) calculated by dividing the count of each pair of Boolean searches:

$$BLIR_i = \text{Count}(B \text{ AND } R_i) / \text{Count}(R_i) \text{ with } i = 1, 2, 3, 4$$

According to the percentages presented in Table 1, the incidence of boundaries on litigation is comparatively modest, both with respect to

Poder Judicial. At the time the data were captured, it included 1,311,840 judgments dated from 1979 to December 31, 2016, most of them issued by the appellate courts at the provincial (*Audiencias*) and regional (*Tribunales Superiores de Justicia*) levels, as well as by the Supreme Court. It is available at <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. See, for details, CENDOJ (2012). The searches were made online on April 17-22, 2014, for the years up to 2013, and June 12-July 28, 2017, for later years. They are constrained to the fields “*jurisdicción civil*” and “*sentencias*”.

¹⁸ In principle, the salience of boundary information should not influence the likelihood of winning these cases at court, so it is possible to disregard potential selection effects of the type studied in the literature on litigation decisions—e.g., Priest and Klein (1984), Shavell (1996) and Hubbard (2013).

overall litigation activity (columns [2] and [4]) and to specific areas of land-related litigation (rows [3], [6], [9] and [12]). First, only 2.33% of all civil judgments and 4.11% of those by the Supreme Court are related to boundaries, much lower than the cases related to the land register (6.27 and 17.95%, respectively) and, especially, the whole of real estate (30.51 and 47.32%) and property law (35.56 and 52.61%). Second, boundary-related cases weigh little in these three areas of law, representing only 14.41% of the cases affecting the land register, 6.32% of those involving real estate and 5.30% of those with property law issues. The numbers for litigated cases at the Supreme Court are broadly similar (respectively, 12.68, 7.23 and 6.62%). (No significant differences are observed between first-instance cases and those that reach appeals courts).¹⁹

5.2 The incidence of mandatory demarcation on litigation

The model in section 2.1 showed why mandatory legal demarcation could cause two types of inefficiencies linked to undertitling (land *ac* in Figure 1) and overdemarcation (land *cb*), with a total loss represented by area *A*. This section explores the presence of this effect in a real case, examining the evolution of boundary-related litigation after a legal change enacted in Spain in 1997.

Spain's land register provides conclusive legal title but this conclusiveness does not cover boundaries—that is, third-party acquirers are not protected in rem with respect to the physical description of the land. Traditionally, boundaries were surveyed for tax purposes but surveying and maps were not required for filings in the land register, which relied on general boundaries: in particular, parcels were identified and demarcated with their names, addresses and a verbal description based on topographical features and references to the adjoining parcels and their owners.

New rules were enacted in January 1997 by Law 13/1996 mandating greater reliance on parcel identification and boundary information produced by the tax cadastre. This provides an opportunity to examine the effect of mandatory demarcation of land on legal conflicts. The main legal change was that for, most land transactions, both the deed and the entry in the land register must include the cadastral identification number, and the identity of the transacted plot must tally with that reflected in the cadastre with respect to its location and name, and, with respect to surface area, must exhibit a

¹⁹ Even if the numbers are not comparable due to the different methodologies, these findings are broadly consistent with the low incidence of boundary-related litigation documented in New South Wales by Wallis (2010).

difference not greater than 10%. In case the identification number is omitted, the transaction is registered with a caveat and the registrar notifies the cadastre about the identity of the parties.

In the common case of disagreement between possessory and cadastral boundaries, this implicit “georeferencing” of plots via their cadastral ID and the cadastral boundaries assigned to such ID might make owners in peaceful possession uneasy about their position. Possessors are happy about their boundaries until a third party draws them and points out a contradiction. One may hypothesize that, when contradictions are made salient, they motivate some parties to litigate. Moreover, contradictions tend to abound when this third party is the tax cadastre, for several reasons. First, entries in cadastres are often not properly reviewed. Instead, given that they only create obligations, not rights (Arruñada 2012:205), they are based, about title, on what a single party admits or declares (tax authorities everywhere are more than happy for anyone to be willing to pay taxes); and, about surface and boundaries, on unilateral assessments by the tax authority itself, often based on aerial images that are geometrically rectified without performing a topographical survey in the field. Owners want their title to be secure but, given that cadastres levy taxes based on plots’ surface areas, they are willing to trade off some security for lower taxes.

The empirical test will examine the evolution of the ratios discussed in section 4.1 after the legal change. The available data has several limitations. First, for the years before the legal change they contain only the cases decided by the Supreme Court, whose mix of cases underwent serious changes during the period. Second, the data refer to the time the sentences are issued, but we do not know either the date when the lawsuit was filed or the time spent between filing and ruling. Lastly, while mandatory use of the cadastral reference number had initially been restricted to urban land, Act 52/2002 expanded it to all land. Lack of data before the legal change makes a “before and after” comparison impossible; however, the fact that the data mixes sentences on cases filed under the two legal regimes, starting the first year with practically a hundred percent of cases in the old regime, makes it possible to identify some likely effects of the legal changes.

The evolution of the four ratios follows a similar pattern, rising sharply in the years after the legal change, decreasing much more gradually later on and, crucially, remaining at substantially higher levels. The two main hypotheses to explain this evolution are the change in the law and the cycle of the real estate market. First, as argued, the incidence of boundary cases on litigation might have increased in parallel with mandatory identification of parcels in accordance with cadastral demarcation. Second, there is a pos-

sibility that the cycle in the real-estate market affects the ratios' numerators and denominators differently. Therefore, in addition to the legal change hypothesis, the evolution of these ratios could be attributed to changes in real estate activity and, in particular, in real estate development, especially considering that Spain experienced a huge housing bubble in the years before 2008, followed by an equally spectacular slump afterwards.

The test faces the problem that the relation between annual real estate activity and annual sentences is uncertain because lawsuits decided in a given year were filed years earlier and, in most cases, appealed to higher courts later on. Moreover, before litigation, parties often spent some time unsuccessfully bargaining between themselves. Considering these uncertainties, I will estimate the following equations with different time specifications:

$$BLIR_i = a + ba \text{ After}(n) + bl \text{ Licenses}(n)$$

where each dependent variable, $BLIR_i$ represents one of the four boundary litigation-incidence ratios ($i = 1, 2, 3, 4$), and the independent variables are: $\text{After}(n)$, a binary variable equal to 1 for years after n , and zero otherwise; and $\text{Licenses}(n)$, this being the proxy for land-related development activity, calculated for each year as the number (in hundreds of thousands) of buildings subject to municipal construction licenses which were issued in the preceding n years.²⁰

Table 2 presents the equations estimated using values for n of between three and seven, giving an average n of five years, in line with an assumption for the mean litigation time of four years (including both first-instance and appeal²¹) plus assuming one additional year for parties' bargaining before they litigate.

²⁰ Source: Ministerio de Fomento, "Construcción de edificios. Licencias municipales de obra. Licencias. Información histórica nacional. Número de edificios según tipo de obra. Total, edificios de nueva planta." <http://www.fomento.gob.es/BE/?nivel=2&orden=1000000> (accessed July 25, 2017).

²¹ According to official statistics summarized, e.g., by Dubois, Schurrer and Velicogna (2013:528), between 2006 and 2010, the time to obtain a judgement in noncriminal litigious civil and commercial cases in Spain was between 261 and 296 days at first-instance courts and between 189 and 193 at appellate courts. Adding both durations, the total lag would amount to only about 15,5 months. However, these numbers are based on self-reported filings of activity by judges and are believed to grossly underestimate real disposition time. The same report estimates average disposition time for successfully enforced, first-instance court decisions at between 990 for 2006 and 1,242 days for 2010 (Dubois, Schurrer and Velicogna 2013:532). The *Doing Business* 2017 "Enforcing Contracts" indicator reports 510 days as the average duration

Coefficients in Table 2 are highly consistent for the four ratios and across the different values assumed for n . In particular, practically all coefficients for the two variables of interest are statistically significant and show the hypothesized positive signs. (The only exception is the still positive but statistically insignificant estimated coefficient for *After*(7) in the equation of the $R3$ ratio). Moreover, they are economically significant: considering average value across the five, *After* = 1 is associated with increases in the ratios used as dependent variables of between one and two standard deviations. The number of building licenses is also linked to substantive changes: one standard deviation in the number of licenses brings about changes in those ratios of 36, 14, 74, and 63%, respectively for R_i ($i = 1, 2, 3, 4$).

The significance of the licenses' coefficients supports that, as expected, substantial determination of boundaries takes place before real estate development. One may assume that this litigation triggered by imminent real estate development is timely. However, the significance of the *After* coefficients suggests that mandatory physical demarcation may be leading to anticipated legal demarcation—via bargaining and litigation, even if we observe only the outcome of litigation—unrelated to future real estate development. These results are therefore consistent with the hypothesis that rules mandating physical demarcation may cause unnecessary legal demarcation that could have been postponed or otherwise solved by the joint action of possession and the lapse of time. The phenomenon is similar to the effect on title “clouds” of land registration as compared to land recordation: under recordation, such clouds can more easily survive while, under registration, they must often be eliminated, losing the benefit of having them insured on a casualty basis (Arruñada 2003:433).

Given the limitations in the data, these estimates are mere indications of the possibility of such effects in the Spanish context. (External validity is obviously an additional concern). However, these significant estimates are remarkable considering such limitations plus the fact that the mandatory element in the legal change was relatively modest. Moreover, robustness tests indicate that some alternative explanations are inconsistent. For instance, it is unlikely that the surge in litigation after the legal change could have been driven by an expectation of future development, as additional tests using the number of licenses issued in the same year show this to be practically insignificant. Hidden variables may also be active. However, an obvious candidate to capture some of them via a time trend does not

to enforce a contractual debt judicially while the “Property Registration” indicator reports between one and two years as the time needed to obtain a first-instance court sentence on a land case.

substantially modify the conclusion, even when its interaction with the *After* variable is considered.

6. ORGANIZATION AND PERFORMANCE OF THE LAND ADMINISTRATION SYSTEM

As explained above, it has been considered best practice to coordinate and even merge under a single organizational roof the land registries used to define property rights and reduce transaction costs (i.e., “contractual” registries), with cadastres and, more generally, all agencies planning and regulating the allocation and use of land resources (i.e., “administrative” registries), building with them an integrated “land administration system” (World Bank 2005:398).

A recent review of the World Bank’s projects found that most had been designed following this principle, which was also dominant among land administration experts even though the review found that “[t]here is no single best institutional model for carrying out registry and cadastre functions” (IEG 2016:28).

6.1 *Pros and cons of integrated land administration*

The objectives of such integration can go from merely achieving synergies, avoiding duplication in the use of information, to ensuring tax collection and regulatory enforcement, subjecting land to public control and planning. Sometimes, the possibility of subsidizing the cadastre with the fees charged by the land registry was also seen as an advantage.²²

To evaluate the merits of this integration argument, it is important to have a clear understanding of the respective functions of the two types of registries—that is, contractual registries (for simplicity, the “land registry”) and administrative registries (the “cadastre”).²³

For our purposes, rather than going deeper into the theory of property rights (e.g. Arruñada 2012), it suffices to examine the abovementioned World

²² E.g., “another potential advantage was that a single agency could enhance financial self-sufficiency by subsidizing cadastre costs with revenue generated by the registry and reducing dependence on transfers from the government budget” (IEG 2016:7).

²³ For simplicity, hereafter I will follow the language of the World Bank’s guidelines (2005) by referring to “land registries” and “cadastres” instead of the more precise “contractual” and “administrative” registries, even if in some jurisdictions there are administrative registries which are not cadastres.

Bank's guidelines, which, despite defending the single-agency argument, define the function of both registries in strikingly different ways:

the two main instruments of a land titling and registration program are the land registry and the cadastre. The registry provides authoritative information on all properties within a jurisdiction. The cadastre provides information on boundaries, use, and value of properties and is used as a basis for *land use planning, valuation, taxation, and the generation of maps* (World Bank 2005:397, emphasis added).

The key distinction between both organizations therefore seems to be that the main function of the land registry is to enable private tenure and contracting (that is, the sale and mortgage of land) while the cadastre serves public functions.²⁴

Given that these public functions—whatever the value of their services for the community—impose burdens and limitations on individual land owners, they can be assimilated to taxes with respect to their impact on individual decisions. Whatever its scope, integration tends to pose a conflict between developing either the institutions enabling land and credit markets or the apparatus of the state. When politics leads to inefficiently high taxation or inadequate land regulation, stronger tax and regulatory enforcement may easily hinder the development of land registries that are indispensable to enable full-fledged private property rights and low transaction costs in land and mortgage markets. Even the most modest objective of pursuing information synergies faces a similar risk but in a weaker and surreptitious form.

The benefits of this greater integration, which may affect the user interface, the back office, or both, stem from the fact that land registries and cadastres rely on the same information and perform some similar activities on the same or similar parcels. Separate agencies duplicate both entry and control procedures, as well as some of the information on record. For instance, land owners may have to file documents in two or more offices, and some of the information in these documents may be the same. For

²⁴ Any hint of this private-public duality disappears in formulations such as the ambitious "Land Administration Domain Model," developed within the International Federation of Surveyors to create an ISO standard for geographic information. Its design aims to respond to such overarching societal drivers as "poverty eradication, gender equality, indigenous recognition, adequate housing, sustainable agriculture, food security, climate change response, and good governance" (Lemmen *et al.* 2015:535). It seems clear that all these "drivers" fit squarely in the sphere of planned public action.

example, part of the data on land parcels is the same for conveyancing, tax and regulatory purposes. Moreover, duplication may occur in both single and repeated filings.

However, integration involves substantial risks because, given their different masters and purposes, land registries and cadastres have different demands and often rely on different resources and organizations. In particular, they use different types of specialized knowledge and implement different incentive structures. For a start, the data on file often serve different functions for different economic agents. For example, land registries serve rightholders and work effectively with less precise geographical identification than cadastres, which are often used for planning purposes, such as building roads. Therefore, the type of knowledge necessary for exercising their functions is substantially different. And their different purposes also entail different demands. First, land registries and cadastres, respectively, support bilateral contracting and unilateral enforcement. Hence, delays in land registries preclude further transactions, whereas in cadastres they merely postpone enforcement. Second, entry in land registries can usually be kept on a voluntary basis, whereas entry in cadastres and other administrative registries must often be mandatory, as they are designed to avoid negative externalities.

Consequently, priorities, organizational constraints and incentive structures for different types of registries are also different. Registration procedures need to be stricter in land registries to ensure independence, because they bestow rights, not only obligations, on the filing users or their future contractual parties. Conversely, most cadastres are declarative: if someone claims to be in possession of land, cadastres will have no trouble believing that person because their entries only create obligations for declarers. In contrast, land registries have to implement rigorous registration procedures to check the quality of title or attest the date of filing because they bestow rights on filers or, more commonly, concede economic benefits to filers by bestowing rights on subsequent third-party innocent acquirers. In addition, the incentives necessary to operate their processes are also different: land registries need to be impartial with regard to the transacting (and, in general, all interested) parties, on the one hand, and third parties, on the other; whereas administrative registries serve and are run by one of the parties, the government.

This conflict is most startling with respect to taxation. Creators of public titling systems in the eighteenth and nineteenth centuries were well aware of the risk of relying on land registries to enforce taxation and other legal rules. Their decision to place the registry within the realm of the Ministry

of Justice (as in Germany or Spain) was germane to their primary goal of making the registry an instrument for private contracting instead of tax collection (as in Napoleonic France, where it was placed under the Ministry of Finance). The relative performance of registries across developed countries is still conditioned by such decisions (Arruñada 2012:156–60) even though, once registries became consolidated, they have all been used to perform extensive legal gatekeeping.

Full integration, which was attempted in some developing and transition economies, pays little attention to these historical lessons, endangering the birth of registries by burdening them with public duties. More recent proposals have wisely aimed to reach synergies by, e.g., keeping registries' functions separate, sharing a common database or using the same parcel identification code. Even these policies pose doubts, however. For instance, formal integration that retains separate functions within the same agency may be subject to mistaken priorities and cross-subsidies. Similarly, it is unclear if the alleged synergies are reachable, as shown by the evaluation of projects that theoretically had merged agencies (e.g., IEG 2016:7–8).

6.2 Empirical test

All these proposals share some of the abovementioned tradeoffs of costs and benefits (Arruñada 2012:202–208), which often hinge on the specifics of each application. To explore these policy choices in the absence of the data required for a full cost-and-benefits analysis, this section examines the correlation between how land registries and cadastres are organized and some metrics of their performance, therefore focusing on the alleged benefits of greater integration. The analysis is based on the “Registering property” indicators and the detailed data of the *Doing Business 2017* report, which itself has been defending integration policies. Performance is measured using as dependent variables the main components of the “Registering property” indicator,²⁵ which try to identify the procedures necessary for a business to purchase a real estate property and to measure the time and cost incurred to complete the purchase; as well as the duration of land litigation as estimated by the *Doing Business* survey. In particular, these four variables are: *Procedures*, the number of interactions with external parties (including government agencies, inspectors, notaries and lawyers) that buyers, sellers or their agents must make to complete a land purchase; *Time*, the total number of days necessary to complete all procedures neces-

²⁵ See, for details, “Registering Property: Methodology,” World Bank, Doing Business Website (<http://www.doingbusiness.org/methodology/registering-property>, accessed May 23, 2017).

sary for such a purchase; the *Cost* incurred, measured as the percentage of the property value (which is assumed to be 50 times the income per capita of each country), and including all official costs required by law (such as transfer taxes, stamp duties and fees paid to the property registry, notaries, public agencies or lawyers but not capital gains or value added taxes); and *Land Case T*, the average time (in years) it takes for a first-instance court to decide on a standard land dispute between two local businesses over tenure rights of a property worth 50 times gross national income per capita and located in the largest business city.

The independent variables of interest are two triads of variables indicating the organizational features of the land administration system in each country. Given that land demarcation is usually promoted and mandatory demarcation enforced in connection with organizational solutions that merge or link cadastres and land registries, the first three independent variables, built with data from the “Reliability of infrastructure index” also compiled by *Doing Business*, are binary variables that describe the policy applied in each country with respect to the interaction between land registries and cadastres: (1) *Single*, equal to one if the information recorded by the land registry and the cadastre is kept in a single database; zero, otherwise. (2) *Linked*, equal to one if the information recorded by the land registry and the cadastre is kept in linked databases; zero, otherwise. (The default is that this information is kept in separate databases without any linkage). (3) *Same_ID*, equal to one if the majority of land parcels has been assigned a unique identification number that is used by the land registry and the cadastre; zero, otherwise.

The second set of variables describes three main features of each country’s titling system: (1) *Computerization* measures its investment in information technology, proxied by an index built as the first principal component of three binary variables: *E_records_full*, equal to one if the majority of land title or deed records at the registry of the largest business city are kept in a fully digital format; zero, otherwise. *E_records_scan*, equal to one if the majority of land title or deed records at the registry of the largest business city are kept in a computerized scanned format; zero, otherwise. *E_charges*, equal to one if there is an electronic database for checking for property encumbrances such as liens, mortgages, restrictions and the like; zero, otherwise. (2) *Coverage* proxies the geographic coverage of the land registry, built as the principal component of two binary variables: *Univ_title*, equal to one if all privately held land plots in the economy are formally registered at the land registry; zero, otherwise. *Univ_city*, equal to one if all privately held land plots in the largest business city are formally registered at the land registry; zero, otherwise. (3) *Indemnity* capture the reliability of

the land registry through a binary variable equal to one if there is a specific system to compensate for losses incurred by good-faith parties who engage in a property transaction based on erroneous certification provided by the land registry; zero, otherwise.

Three additional control variables are used: (1) judicial performance, considered with the variable *Contract_Case_T*, which measures the years it takes to resolve a standardized commercial dispute between two domestic businesses through local first-instance courts;²⁶ (2) overall institutional quality, proxied by the 2015 “Rule of Law” indicator of the World Bank’s *Worldwide Governance Indicators, 2016 Update: Aggregate Governance Indicators 1996-2015*, which measures the perceptions of governance of a large number of expert survey respondents;²⁷ and (3) the degree of economic development, measured by the 2015 International Monetary Fund’s estimate of gross domestic product per capita, based on purchasing power parity.²⁸ To consider if the connections between organization and performance may differ for different levels of economic and institutional development, some of these variables will be interacted with the main independent variables.

As a first approximation and without introducing any titling or control variables, the estimated coefficients in equations (1), (4) and (10) of Table 3 would seem to suggest that the number of procedures, registration time and litigation time (but not registration cost) are connected in the policy-prescribed direction to merging land registries and cadastres, linking them and having them use the same ID: that is, these policies appear to be correlated to a lower number of procedures and shorter times required to register and litigate. However, equations (2), (5) and (11) reveal that these correlations (especially that of registration time) may well be spurious, because once additional variables are introduced their significance mostly disappears.

Interestingly, investment in computerization is significantly correlated with shorter registration times (a reduction of almost 17 days for a change of one standard deviation in the index) but not with a reduction in the num-

²⁶ See, for details, “Enforcing Contracts: Methodology,” World Bank, Doing Business Website (<http://www.doingbusiness.org/methodology/enforcing-contracts>, accessed May 23, 2017).

²⁷ See, for information on data sources, the aggregation method and its interpretation, Kaufmann, Kraay and Mastruzzi (2010). The data was downloaded from www.govindicators.org on June 5, 2017.

²⁸ The source is the International Monetary Fund’s World Economic Outlook Database (<https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/data/assump.htm>, accessed June 7, 2017).

ber of procedures, while the opposite happens with linking cadastres and land registries, which is negatively correlated with procedures but not at all with registration time. These differential results are consistent with the possibility that developing such linkages, instead of eliminating or simplifying procedures, may simply be hiding them from users and taxpayers by vertically integrating procedures within the land administration system, as argued in previous works (Arruñada 2007b, 2016).

Similarly, titling coverage and indemnity for registration errors are significantly correlated with shorter litigation times, which is consistent with the tradeoff between ex ante and ex post transaction costs, also argued in Arruñada (2007b) and Arruñada and Manzanares (2016). Estimating, for simplicity, an OLS model instead of an ordered probit model, a change of one standard deviation in coverage would “reduce” this time by about two months and a half, while registration indemnity would reduce it by more than three months.

Coefficients of the variable measuring the time it takes to litigate a debt contract (*Contract_Case_T*), which can be interpreted as controlling for judicial performance, is weakly but significantly correlated, with the expected positive signs, with the number of procedures and registration time, and more significantly so with the time it takes to litigate a land case (*Land_Case_T*). Its coefficient in equation (11) reveals that, as might have been expected, lower times to litigate contract cases significantly correlate with lower times to litigate land cases.

By including interactive variables, equations (9) and (12) also show some interesting connections. In particular, according to equation (12), linking land registries and cadastres is associated with shorter times to litigate over land only in countries where contract litigation takes more than approximately ten months. On the contrary, according to equation (9), merging land registries and cadastres seems on average to be related to lower monetary transaction costs but the interaction compensates for this in countries with slower courts, with the threshold at 25 months (direct causality is unlikely here, given the presence of transfer taxes among such costs). Moreover, the effect is partly balanced out by the positive interaction with GDP. Coefficients for the interaction of the rule of law index turn out to be insignificant.

Overall, all these empirical indications provide no support for the merger and linking policies often prescribed, even by *Doing Business* itself, for registries and cadastres, as applying them is costly because the alleged synergies seem to be absent. These results do provide some limited support, however, for the “reliability of infrastructure” component of the *Doing Bu-*

siness “Quality of Land Administration” index, which grants higher scores to countries that hold information electronically instead of on paper and use a unique number to identify properties for the majority of land plots, but grants the same score whether the information about land ownership and maps is kept in a single database or in linked databases.

7. CONCLUDING REMARKS

Relying on a conceptual distinction between physical and legal demarcation and a simple model, this paper illuminates two main deficits in land administration policies: lack of adaptation to individual circumstances, and little concern for legal demarcation. The model suggests that, in the presence of fixed costs and the absence of externalities, it is individually optimal to subject low-value land to less precise demarcation, and it is socially optimal to allow voluntary demarcation. On the contrary, mandatory demarcation may lead to undertitling and overdemarcation. In particular, it may lead owners to inefficiently anticipate boundary-related litigation. Moreover, it is essential to distinguish between mere physical demarcation, in which some parties identify land parcels and measure and draw their boundaries, and legal demarcation, which, by gathering the consent of neighbors, more perfectly defines property rights in the physical dimension.

Empirical analyses provide some support for this critique of common practices in land administration, as they indicate that (1) land demarcation plays a relatively minor role in litigation, (2) mandatory demarcation is associated with increases in demarcation-related litigation which are unjustified by real-estate development, and (3) merging cadastres and land registries is not associated with better performance. These descriptive indications call for further research, in particular with respect to the effect of mandatory demarcation on litigation.

Implicit in this critique lies a recommendation to prioritize adaptation to local circumstances. It partially coincides with recent tendencies towards fit-for-purpose and contingent planning in the land administration literature. However, instead of keeping adaptation at the regional or area levels, the analysis in this paper advises that this adaptation imperative be applied at the individual level. In practice, this means, as a general rule, moving towards voluntary land titling and parcel demarcation, and moving away from what, within the intervention area, are universal efforts. The only exception should be driven by the clear presence of public-good externalities, which, in this domain, justify state action to provide the necessary elements for parcel identification and high-level physical demarcation and, most important, reliable on-demand legal demarcation services.

The paper's results also pose an intriguing positive question about what might be driving such allegedly bad policies. A possible answer is that their consequences are misunderstood by donors, a misunderstanding that this paper has tried to clarify. Alternatively, these policies may provide an opportunity to extend the monopoly position of land registries (considered necessary, for instance, by Hayek 1982:44) to other providers, be they private, such as conveyancing lawyers and notaries (Arruñada 2007a), or, as in the case at hand, a mix of private (surveyors) and public (tax cadastre) agents. In support of this conjecture, it is worth noting that all policies may well share similar consequences: increasing the demand of surveyors and cadastres (mandatory demarcation), and transferring resources from registries to cadastres (by merging and linking them). Further work would be necessary to test these conjectures.

8. REFERENCES

- Ali, Daniel Ayalew, Klaus Deininger and Markus Goldstein. 2014. "Environmental and Gender Impacts of Land Tenure Regularization in Africa: Pilot Evidence from Rwanda." *Journal of Development Economics*, 110: 262–75.
- Ali, Daniel Ayalew, Klaus Deininger, and Marguerite Duponchel. 2017. "New Ways to Assess and Enhance Land Registry Sustainability: Evidence from Rwanda." *World Development*, 99(November): 377–94.
- Arruñada, Benito, and Carlos Manzanares. 2016. "The Tradeoff Between Ex Ante and Ex Post Transaction Costs: Evidence from Legal Opinions." *Berkeley Business Law Journal*, 13(1): 217–55.
- Arruñada, Benito, and Nuno Garoupa. 2005. "The Choice of Titling System in Land." *Journal of Law and Economics*, 48: 709–27.
- Arruñada, Benito. 2003. "Property Enforcement as Organized Consent." *Journal of Law, Economics, and Organization*, 19: 401–44.
- Arruñada, Benito. 2007a. "Market and Institutional Determinants in the Regulation of Conveyancers." *European Journal of Law and Economics*, 23: 93–116.
- Arruñada, Benito. 2007b. "Pitfalls to Avoid when Measuring the Institutional Environment: Is 'Doing Business' Damaging Business?" *Journal of Comparative Economics*, 35(4): 729–47.
- Arruñada, Benito. 2012. *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: The Theory and Policy of Contractual Registries*. Chicago: University of Chicago Press.
- Arruñada, Benito. 2015. "The Titling Role of Possession." In Yun-chien Chang, ed., *The Law and Economics of Possession*, pp. 207–33. Cambridge: Cambridge University Press.

- Arruñada, Benito. 2016. "How Rome Enabled Impersonal Markets." *Explorations in Economic History*, 61: 68–84.
- Arruñada, Benito. 2017a. "Property as Sequential Exchange: The Forgotten Limits of Private Contract." *Journal of Institutional Economics*, 13(4): 753–83.
- Arruñada, Benito. 2017b. "How Should We Model Property? Thinking with My Critics." *Journal of Institutional Economics*, 13(4): 815–27.
- Arruñada, Benito. 2017c. "How to Make Land Titling More Rational." *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal* 6(1), 6(1): 73–112.
- Baker, Scott R., Nicholas Bloom, and Steven J. Davis. 2016. "Measuring Economic Policy Uncertainty." *Quarterly Journal of Economics*, 131(4): 1593–636.
- Barzel, Yoram. 1982. "Measurement Cost and the Organization of Markets." *Journal of Law and Economics*, 25(1): 27–48.
- Bell, Clifford Keith. 2009. "Trends in Land Administration and Management with Particular Reference to World Bank Support for Projects in the East Asia Region." International Federation of Surveyors Article of the Month—November 2009. http://www.fig.net/resources/monthly_articles/2009/bell_november_2009.asp (accessed May 25, 2017).
- Bennett, Rohan, Jude Wallace, and Ian P. Williamson. 2008. "Organising Land Information for Sustainable Land Administration." *Journal of Land Use Policy*, 25(1): 126–38.
- Bruce, John W. 2012. "Simple Solutions to Complex Problems: Land Formalization as a 'Silver Bullet.'" In Jan Michiel Otto and André Hoekema, eds., *Fair Land Governance: How to Legalise Land Rights for Rural Development*, pp. 31–55. Leiden: University of Leiden Press.
- Bruce, John W., Omar Garcia-Bolivar, Michael Roth, Anna Knox, and Jon Schmidt. 2007. "Land and Business Formalization for Legal Empowerment of the Poor." *Strategic Overview Paper*. Washington, DC: United States Agency for International Development.
- Burns, Tony. 2007. "Land Administration Reform: Indicators of Success and Future Challenges." *Agriculture and Rural Development Discussion Paper 37*. Washington, DC: The World Bank.
- Butt, Peter. 1996. *Land Law*, 3rd ed. Sydney: LBC Information Services.
- Byamugisha, Frank F. K. 2013. *Securing Africa's Land for Shared Prosperity: A Program to Scale Up Reforms and Investments*. Africa Development Forum series. Washington, DC: World Bank.
- CENDOJ. 2012. "El Cendoj cumple 15 años, con cinco millones de sentencias de acceso público en su base de datos," August 14. <http://ow.ly/wTemM> (accessed May 15, 2014).
- Coase, Ronald H. 1960. "The Problem of Social Cost." *Journal of Law and Economics*, 3: 1–44.

- Deininger, Klaus, Daniel Ayalew Ali, Stein Holden, and Jaap Zevenbergen. 2008. "Rural Land Certification in Ethiopia: Process, Initial Impact, and Implications for Other African Countries." *World Development*, 36(10): 1786–812.
- Deininger, Klaus, and Gershon Feder. 2009. "Land Registration, Governance, and Development: Evidence and Implications for Policy." *The World Bank Research Observer*, 24: 233–66.
- Dubois, Eric, Christel Schurrer and Marco Velicogna. 2013. *The Functioning of Judicial Systems and the Situation of the Economy in the European Union Member States*. Report prepared for the European Commission (Directorate General Justice). Strasbourg: CEPEJ. http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cepej_study_justice_scoreboard_en.pdf (accessed July 1, 2017).
- Easterly, William R. 2014. *The Tyranny of Experts: Economists, Dictators, and the Forgotten Rights of the Poor*. New York: Basic Books.
- Enemark, Stig, Ian P. Williamson, and Jude Wallace. 2005. "Building Modern Land Administration Systems in Developed Economies." *Journal of Spatial Sciences*, 50(2): 51–68.
- Enemark, Stig, Keith Clifford Bell, Christiaan Lemmen and Robin McLaren. 2014. *Fit-For-Purpose Land Administration*. Copenhagen, Denmark: International Federation of Surveyors and World Bank.
- Enemark, Stig, Robin McLaren, and Christiaan Lemmen. 2016. *Fit-For-Purpose Land Administration: Guiding Principles for Country Implementation*. Nairobi, Kenya: United Nations Human Settlements Programme.
- Hallmann, Frank M. 1994. *Legal Aspects of Boundary Surveying in New South Wales* (2nd ed. by Frank K. Ticehurst). Sydney: The Institution of Surveyors.
- Hansmann, Henry, and Reinier Kraakman. 2002. "Property, Contract, and Verification: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights." *Journal of Legal Studies*, 31(2): S373–S420.
- Hayek, Friedrich A. [1973–1979] 1982. *Law, Legislation, and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Chicago: University of Chicago Press (reprint; London: Routledge & Kegan Paul).
- Heller, Michael A. 1998. "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets." *Harvard Law Review*, 111(3): 621–88.
- Honoré, Anthony Maurice. 1989. "Conveyances of Land and Professional Standards in the Later Empire." In Peter Goodwin Birks, ed., *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*, pp. 137–52. Oxford: Clarendon Press.
- Hubbard, William H.J. 2013. "Testing for Change in Procedural Standards, with Application to *Bell Atlantic v. Twombly*," *Journal of Legal Studies*, 42(1): 35–68.
- IEG, Independent Evaluation Group. 2016. *Lessons from Land Administration Projects: A Review of Project Performance Assessments*. Washington, DC: World Bank. (http://ieg.worldbankgroup.org/sites/default/files/Data/reports/lp_landadmin.pdf (accessed March 6, 2018)).

- Jensen, Michael C., and William H. Meckling. 1998. "Divisional Performance Measurement." In Michael C. Jensen, ed., *Foundations of Organizational Strategy*, pp. 345–61. Cambridge, MA: Harvard Business Press.
- Kaufmann, Daniel, Aart Kraay and Massimo Mastruzzi. 2010. "The Worldwide Governance Indicators: A Summary of Methodology, Data and Analytical Issues." World Bank Policy Research Working Paper, 5430. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1682130 (accessed June 5, 2017).
- Kaufmann, Jürg, and Daniel Steudler. 1998. *Cadastre 2014: A Vision for a Future Cadastral System*. Rheinfalt: International Federation of Surveyors.
- Lai, Lawrence W.C. 2015. "Where to Draw the Line?" That Is a Land Use Planning Question for the Land Surveyor and the Town Planner." *Land Use Policy*, 42: 619–27.
- Lemmen, Christiaan, Peter Van Oosterom, and Rohan Bennett. 2015. "The Land Administration Domain Model." *Land Use Policy*, 49(December): 535–45.
- Libecap, Gary D., and Dean Lueck. 2011. "The Demarcation of Land and the Role of Coordinating Property Institutions." *Journal of Political Economy*, 119: 426–67.
- Lueck, Dean. 2017. "Property Institutions and the Limits of Coase," *Journal of Institutional Economics*, 6(1): 793–800.
- Madison, Michael T., Robert M. Zinman, and Steven W. Bender. 1999. *Modern Real Estate Finance and Land Transfer: A Transactional Approach*, 2nd ed. New York: Aspen.
- Merrill, Thomas W., and Henry E. Smith. 2000. "Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle." *Yale Law Journal*, 110(1): 1–70.
- Miceli, Thomas J., and Joseph Kieyah. 2003. "The Economics of Land Title Reform," *Journal of Comparative Economics*, 31(2): 246–56.
- Nogueroles Peiró, Nicolás. 2008. "La implantación del Registro Inglés: Enseñanzas de una lenta conquista." In Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (coord.), *Historia de la propiedad: Crédito y garantía*, pp. 789–866. Madrid: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- O'Connor, Pamela. 2016. "Does the Torrens System Guarantee Boundaries as well as Titles?" In IPRA-CINDER, *19th World IPRA-CINDER World Land Registration Congress Chile 2014*, pp. 339–60. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Onsrud, Helge. 2002. "FIG Agenda 21—Committing Surveyors to Sustainable Development." FIG XXII International Congress, Washington, DC, April 19–26. <http://www.oicrf.org/document.asp?ID=4171> (accessed July 25, 2011).
- Papamichalopoulos, Gus J., Elia Iconomidou. 2016. "Greece." In Michelle Howie, ed., *The International Comparative Legal Guide to Real Estate 2016*, 8th rev. ed. The International Comparative Legal Guide Series. London: Global Legal Group Ltd. <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/real-estate/real-estate-2016/greece> (accessed December 8, 2016).

- Priest, George L., and Benjamin Klein. 1984. "The Selection of Disputes for Litigation," *Journal of Legal Studies*, 13(1): 1–55.
- ROS (Registers of Scotland). 1999. "Registration of Title: A Basic Guide," April 3. Edinburgh: ROS.
- ROS (Registers of Scotland). 2010a. "Land Registration (Scotland) Bill Consultation Paper." Edinburgh: ROS.
- ROS (Registers of Scotland). 2010b. *Annual Report and Accounts 2009–2010*. Edinburgh: ROS.
- Schmid, Christoph U., and Christian Hertel (scientific coordinators), 2005, *Real Property Law and Procedure in the European Union: General Report*, European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum, Florence, May 31.
- Seeling, Luisa. 2018. "Griechenland: Der Professor im Augiasstall." *Süddeutsche Zeitung*, April 2. <http://www.sueddeutsche.de/politik/griechenland-der-professor-im-augiasstall-1.3928512> (accessed May 21, 2018).
- Shavell, Steven. 1996. "Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial Is Possible," *Journal of Legal Studies*, 25(2): 493–501.
- Simpson, S. Rowton. 1976. *Land Law and Registration*. London: Cambridge University Press.
- Simpson, A.W. Brian. 1986. *A History of the Land Law*, 2nd rev. ed. Clarendon Press: Oxford.
- Smith, Henry. 2017. "Property as Complex Interaction," *Journal of Institutional Economics*, 6(1): 809–14.
- Taylor, Paul, and Lefteris Papadimas (2015), "Typically Greek, Delayed Land Register Is Never-Ending Epic." *Reuters*, October 18, <http://ow.ly/T1fIz> (accessed March 30, 2018).
- Tzinieri, Ioanna. 2014. "The Present Landscape of Land Registration in Greece." ELRA XIX General Assembly. Barcelona, May 16.
- Tzinieri, Ioanna. 2016. "Land Registries and Cadastre in Greece: An Urgent Need for 'Smart interaction.'" UN-ECE WPLA Workshop on "State and Market: Cadastres and Property Rights Registries: The Need for Smart Interaction to Better Serve Citizens and Public Administrations." Madrid, November 24–25.
- UN-ECE, United Nations Economic Commission for Europe. 1996. *Land Administration Guidelines with Special Reference to Countries in Transition*. New York and Geneva: United Nations.
- Wallis, Grahame. 2010. "Boundary Determinations by Government—Have They Been Successful?" FIG Congress, Sydney, April, 11–16. http://www.fig.net/resources/proceedings/fig_proceedings/fig2010/papers/ts10k/ts10k_wallis_3987.pdf (accessed March 26, 2018).
- World Bank. 2003. *Land Policies for Growth and Poverty Reduction*. Policy Research Report. Washington, DC: World Bank and Oxford University Press.

World Bank. 2005. *Agriculture Investment Sourcebook. Agriculture and Rural Development*. Washington, DC: World Bank.

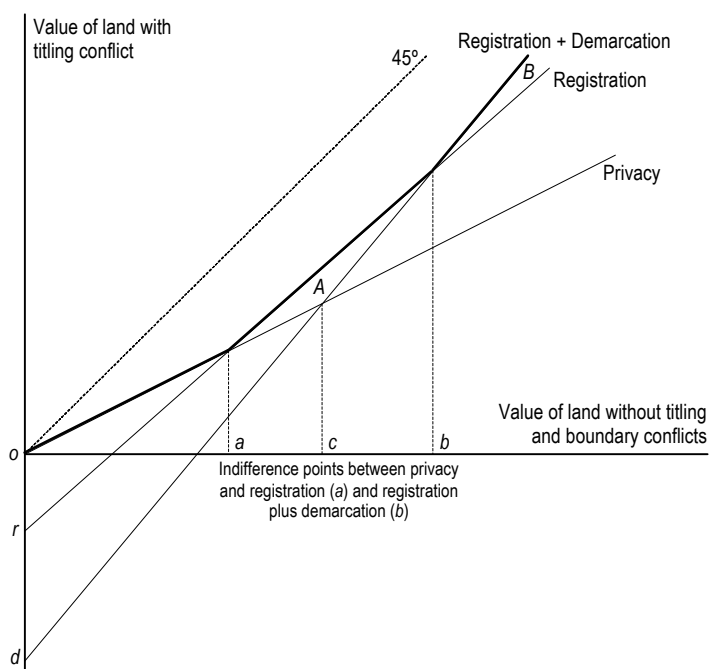
World Bank. 2016a. *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. Washington, DC: World Bank.

World Bank. 2016b. *Doing Business 2017: Economy Profile 2017—Greece*. Washington, DC: World Bank. <http://www.doingbusiness.org/~media/wbg/doingbusiness/documents/profiles/country/grc.pdf> (accessed June 8, 2017).

ZERP (Centre of European Law and Politics, University of Bremen). 2007. *Conveyancing Services Market (Study COMP/2006/D3/003, Final Report)*. Brussels: ZERP.

9. FIGURES AND TABLES

Figure 1. The social impact of land demarcation



Note: The Figure represents the impact on the social value of land of voluntary and mandatory demarcation. The individual value of land (vertical axis) is seen as a function of its theoretical value, assuming no title conflict (horizontal axis) and the availability of different institutions and services—i.e., land registration and demarcation. Social choice is driven by the costs of the alternative institutions and the statistical distribution of the value of land parcels in the economy along the horizontal axis. Source: Adapted from Arruñada and Garoupa (2005:717, Figure 2). See the article for further details on the model.

Table 1. The weight of litigation on land boundaries

Sets of sentences containing the corresponding keywords	All courts	% of total	Supreme Court	% of total
	(1)	(2)	(3)	(4)
<i>(a) Weight of boundaries in all civil sentences:</i>				
1. All civil sentences (no keywords)	1,311,840	100.00%	50,240	100.00%
2. Boundary-related keywords ^a	30,547	2.33%	2,066	4.11%
3. Percentage of all civil sentences with boundary issues ([3] = [2]/[1])	2.33%		4.11%	
<i>(b) Weight of boundaries in land-register sentences:</i>				
4. "Land Register" (in Spanish, "Registro de la Propiedad")	82,212	6.27%	9,020	17.95%
5. Boundary-related keywords ^a AND "Land Register"	11,843	0.90%	1,144	2.28%
6. Percentage of land register sentences with boundary issues ([6] = [5]/[4])	14.41%		12.68%	
<i>(c) Weight of boundaries in real-estate sentences:</i>				
7. Real estate keywords ("immovable OR land OR plot OR ground") ^b	400,266	30.51%	23,773	47.32%
8. Boundary ^a AND real estate-related keywords	25,281	1.93%	1,718	3.42%
9. Percentage of real estate sentences with boundary issues ([9] = [8]/[7])	6.32%		7.23%	
<i>(d) Weight of boundaries in property-law sentences:</i>				
10. Property keywords ("ownership OR possession OR mortgage OR servitude") ^c	466,478	35.56%	26,432	52.61%
11. Boundary ^a AND Property-related keywords	24,726	1.88%	1,749	3.48%
12. Percentage of property sentences with boundary issues ([12] = [11]/[10])	5.30%		6.62%	

Source: Created by the author using the database of the Spanish Consejo General del Poder Judicial.

Notes: *a* Boundary-related sentences are identified with the string "demarcat* OR "first regist*" OR "double registration" OR "ownership procedure" OR "excess in meterage" OR parcel*", using the Spanish terms "deslind* O inmatricul* O "doble inmatriculación" O "expediente de dominio" O "exceso de cabida" O parcelac*". *b* Spanish land-related keywords are "inmueble O finca O solar O terreno". *c* Spanish property-related keywords are "propiedad O posesión O hipoteca O servidumbre".

Table 2. Evolution of boundary-related litigation after mandatory physical demarcation

Dependent variables:	<i>n</i> =	Independent variables: ^a		Constant	R-squared
		<i>After(n)</i>	<i>Licenses(n)</i>		
Number of boundary-related sentences ^a / all civil sentences (%)	3	0.721*** (0.155)	0.0335 (0.029)	1.530*** (0.174)	0.557
	4	0.708*** (0.112)	0.0417** (0.018)	1.501*** (0.132)	0.707
	5	0.677*** (0.084)	0.0468*** (0.013)	1.481*** (0.104)	0.809
	6	0.608*** (0.080)	0.0499*** (0.011)	1.486*** (0.104)	0.806
	7	0.502*** (0.093)	0.0529*** (0.013)	1.501*** (0.130)	0.711
Number of boundary- ^a / register-related sentences ^b (%)	3	4.206*** (0.855)	-0.0549 (0.158)	10.82*** (0.958)	0.577
	4	4.251*** (0.607)	0.0477 (0.100)	10.60*** (0.714)	0.732
	5	3.911*** (0.550)	0.107 (0.083)	10.67*** (0.681)	0.741
	6	3.758*** (0.460)	0.147** (0.066)	10.57*** (0.603)	0.795
	7	3.372*** (0.494)	0.181** (0.069)	10.56*** (0.690)	0.743
Number of boundary- ^a / real estate-related sentences ^c (%)	3	0.912*** (0.223)	0.208*** (0.041)	4.715*** (0.250)	0.693
	4	0.809*** (0.171)	0.181*** (0.028)	4.722*** (0.201)	0.772
	5	0.649*** (0.159)	0.163*** (0.024)	4.772*** (0.197)	0.768
	6	0.457*** (0.168)	0.148*** (0.024)	4.842*** (0.220)	0.708
	7	0.189 (0.182)	0.138*** (0.025)	4.944*** (0.254)	0.629
Number of boundary- ^a / property-related sentences ^d (%)	3	1.155*** (0.254)	0.157*** (0.047)	3.651*** (0.284)	0.63
	4	1.068*** (0.187)	0.149*** (0.031)	3.634*** (0.220)	0.748
	5	0.958*** (0.151)	0.142*** (0.023)	3.630*** (0.187)	0.807
	6	0.808*** (0.148)	0.137*** (0.021)	3.650*** (0.193)	0.792
	7	0.555*** (0.173)	0.134*** (0.024)	3.716*** (0.242)	0.687

Notes: OLS estimated equations in rows, with sentences dated before July 23, 2017; 21 observations (years). Standard errors in parenthesis. *** $p < 0.01$. Independent variables: *a* Boundary-related sentences were identified with the string “(demarcat* OR “first regist*” OR “double registration” OR “ownership procedure” OR “excess in meterage” OR parcel*)”, using the Spanish terms “des-lind* O inmatricul* O “doble inmatriculación” O “expediente de dominio” O “exceso de cabida” O parcelac*”. *b* Identified by using the string “Land Register”; that is, in Spanish, “Registro de la Propiedad”. *c* Real-estate sentences were identified with the Spanish translation of keywords “immovable OR land OR plot OR ground”; that is “inmueble O finca O solar O terreno”. *d* Property-related sentences were identified with the Spanish translation of keywords “ownership OR possession OR mortgage OR servitude”, that is “propiedad O posesión O hipoteca O servidumbre”. *e* Dependent variables: *After(n)* is a binary variable equal to one for all years after *n*, equal to zero otherwise; while *Licenses(n)* are the number of building licenses in the previous *n* years.

Table 3. Organization and performance of land registries and cadastres

Independent variables (below):		Number of procedures needed to purchase land (Procedures)			Months required to complete a land purchase (Time)			Total transaction costs divided by purchase value, in % (Cost)			Average number of years it takes to litigate a land case (Land Case_T)		
Name	Description	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)
Merging and linking land registry and cadastre:													
<i>Single</i>	Single database for land registry and cadastre = 1; otherwise = 0	-1.069* (0.543)	-0.805 (0.576)	-0.897 (1.551)	-36.695** (16.331)	-9.463 (17.288)	8.994 (46.096)	-1.633 (1.120)	0.176 (1.186)	-9.146** (3.070)	-0.782*** (0.289)	-0.433 (0.325)	0.642 (0.894)
<i>Linked</i>	Linked databases for land registry and cadastre = 1; otherwise = 0	-0.885** (0.365)	-0.895** (0.382)	-0.285 (1.054)	-16.889 (10.970)	-3.243 (11.459)	21.239 (31.325)	-0.87 (0.752)	0.295 (0.786)	-3.377 (2.086)	-0.555*** (0.191)	-0.517** (0.211)	0.648 (0.602)
<i>Same_ID</i>	Same ID for land registry and cadastre = 1; otherwise = 0	-0.929** (0.367)	-0.414 (0.383)	-1.317 (1.081)	-12.716 (11.037)	-5.074 (11.511)	-18.184 (32.112)	-0.905 (0.757)	-0.549 (0.790)	-0.087 (2.139)	-0.415** (0.191)	-0.024 (0.210)	-0.316 (0.614)
Titling system:													
<i>Computerization</i>	PC index of the intensity of electronic investment in land titling		0.092 (0.174)	0.117 (0.177)		-14.174*** (5.212)	-13.102** (5.261)		-1.154*** (0.358)	-1.154*** (0.350)		-0.037 (0.096)	-0.06 (0.097)
<i>Coverage</i>	PC index of the geographic coverage of the land registry		-0.071 (0.154)	-0.076 (0.157)		1.133 (4.616)	0.598 (4.657)		-0.038 (0.317)	0.01 (0.310)		-0.259*** (0.087)	-0.247*** (0.088)
<i>Indemnity</i>	If the land registry indemnifies users for its errors = 1; otherwise = 0		-0.253 (0.354)	-0.254 (0.359)		-7.424 (10.619)	-7.841 (10.659)		-0.008 (0.729)	0.124 (0.710)		-0.435** (0.199)	-0.471** (0.201)
Control variables:													
<i>Contract_Case_T</i>	Years it takes to litigate a contract case		0.541*** (0.191)	0.463* (0.260)		9.842* (5.738)	12.566 (7.711)		0.363 (0.394)	-0.608 (0.514)		0.729*** (0.121)	0.923*** (0.186)
<i>Rule_of_Law</i>	Perceptions assessed by the World-wide Governance Indicators (2016)		-0.460* (0.245)	-0.452* (0.253)		-3.902 (7.370)	-3.934 (7.525)		0.431 (0.506)	0.218 (0.501)		-0.018 (0.137)	0.006 (0.140)
<i>GDPpcc</i>	Gross Domestic Product per capita of purchasing power parity (2015)		0.093 (0.107)	-0.005 (0.221)		1.041 (3.211)	-1.948 (6.561)		-0.218 (0.220)	-0.265 (0.437)		0.057 (0.060)	0.249** (0.127)
Interactive variables:													
<i>SingleXCc</i>	Interaction <i>Single</i> × <i>Contract_Case_T</i>			0.261 (0.810)			-9.27 (24.056)			4.362*** (1.602)			-0.414 (0.494)
<i>LinkedXCc</i>	Interaction <i>Linked</i> × <i>Contract_Case_T</i>			-0.138 (0.476)			-1.515 (14.140)			1.823* (0.942)			-0.653** (0.287)
<i>SameIDXCc</i>	Interaction <i>Same_ID</i> × <i>Contract_Case_T</i>			0.255 (0.494)			-4.053 (14.689)			-0.05 (0.978)			0.307 (0.298)
<i>SingleXGDPpcc</i>	Interaction <i>Single</i> × <i>GDPpcc</i>			-0.177 (0.339)			-7.291 (10.065)			1.266* (0.670)			-0.134 (0.193)
<i>LinkXGDPpcc</i>	Interaction <i>Linked</i> × <i>GDPpcc</i>			-0.222 (0.226)			-13.396** (6.714)			0.333 (0.447)			-0.02 (0.125)
<i>SameIDXGDPpcc</i>	Interaction <i>Same_ID</i> × <i>GDPpcc</i>			0.299 (0.270)			14.537* (8.029)			-0.262 (0.535)			-0.208 (0.151)
<i>Adj R²</i>	Adjusted R ² (Seudo R ² for column [12])	0.119	0.166	0.148	0.05	0.115	0.113	0.026	0.09	0.141	0.062	0.1973	0.216

Notes. Estimated equations in columns. Constants omitted, 186 observations. OLS for all regressions but for Land_Case_T (Oprobit). Standard errors in parenthesis. * $p < 0.10$, ** $p < 0.05$, *** $p < 0.01$.

10. ANNEX

Table 4. Descriptive statistics for analysis of the evolution of boundary-related ratios after mandatory demarcation as presented in Table 2

Variables	N	Mean	Std. Dev.	Min	Max
Boundary-related sentences ^a / all civil sentences (%)	21	2.256	0.354	1.582	2.657
Boundary- ^a / register-related sentences ^b (%)	21	14.25	1.997	10.51	16.84
Boundary- ^a / real estate-related sentences ^c (%)	21	6.168	0.611	5.091	7.228
Boundary- ^a / property-related sentences ^d (%)	21	5.148	0.634	4.111	6.014
<i>After(3)</i>	21	0.857	0.359	0	1
<i>After(4)</i>	21	0.762	0.436	0	1
<i>After(5)</i>	21	0.762	0.436	0	1
<i>After(6)</i>	21	0.714	0.463	0	1
<i>After(7)</i>	21	0.667	0.483	0	1
<i>Licenses(3)</i>	21	3.232	1.942	0.715	6.206
<i>Licenses(4)</i>	21	4.371	2.453	1.004	8.048
<i>Licenses(5)</i>	21	5.537	2.882	1.299	9.720
<i>Licenses(6)</i>	21	6.732	3.223	1.594	11.17
<i>Licenses(7)</i>	21	7.951	3.472	1.984	12.62

Notes: See Table 2.

Table 5. Descriptive statistics for analysis of the organization and performance of land registries and cadastres presented in Table 3

Variables	N	Mean	Std. Dev.	Min	Max
<i>Procedures</i>	186	5.849462	2.198015	1	14
<i>Time</i>	186	50.73925	63.67456	1	513
<i>Cost</i>	186	5.583871	4.311212	0	27.9
<i>Land_Case_T</i>	186	2.397849	.9431378	1	4
<i>Single</i>	186	.1182796	.3238105	0	1
<i>Linked</i>	186	.3978495	.4907751	0	1
<i>Same_ID</i>	186	.6236559	.4857756	0	1
<i>E_records_full</i>	186	.1935484	.3961453	0	1
<i>E_records_scan</i>	186	.4301075	.4964272	0	1
<i>E_charges</i>	186	.5376344	.4999273	0	1
<i>Computerization</i>	186	.0088892	1.192762	-1.13542	2.046154
<i>Univ_title</i>	186	.2258065	.4192408	0	1
<i>Univ_city</i>	186	.4301075	.4964272	0	1
<i>Coverage</i>	186	.0307385	1.287572	-.9717512	2.17605
<i>Indemnity</i>	186	.2956989	.457588	0	1
<i>Contract_Case_T</i>	186	1.732376	.8314446	.4493151	4.69863
<i>Rule_of_Law</i>	185	-.0487568	.9717796	-2.34	2.07
<i>GDPpc</i>	186	1.933482	2.07225	.062764	13.28702
<i>SingleXCc</i>	186	.164796	.5059854	0	3.356164
<i>LinkedXCc</i>	186	.6494329	.9296091	0	4.69863
<i>SameIDxCc</i>	186	.9576521	.8999913	0	3.890411
<i>SinglexGDPpc</i>	186	.2955723	.9949186	0	6.580607
<i>LinkedxGDPpc</i>	186	1.049049	2.05674	0	13.28702
<i>SameIDxGDPpc</i>	186	1.468259	2.146427	0	13.28702

Sources: World Bank's Doing Business 2017 report (World Bank 2016) for all but the rule of law (World Bank's Worldwide Governance Indicators) and GDP (International Monetary Fund) variables.

LAND REGISTRATION AND ABORIGINAL LAND RIGHTS: THE CANADIAN EXPERIENCE

Bruce Ziff¹

A. INTRODUCTION

It is tempting to regard the function of property law -- and registration rules in particular -- as being the promotion of economic prosperity. After all, the principal function of all title recording systems is to regulate and facilitate the transfer of property as a commodity of exchange. However, property can serve other ends, such as optimizing utility, happiness, freedom, and distributive justice. It may also be seen as a means or developing or enhancing personhood interests, that is, as means to embody and support self-development and identity. In the context of societies as a whole, we might speak this function as preserving or promoting grouphood or nationhood interests. We know that these other values are part of the property law mix, for otherwise we would not have rules that restrict certain kind of transfers, such as the rules designed to protect cultural property. In sum, the efficiency function of private property is sometimes pitted against other property-based values.²

This paper addresses one such point of mediation. It considers the extent to which principles of land registration in Canada intersect with the entitlements, interests, and values of Canada's First Nations. This intersection is complex. There are myriad First Nation communities in Canada, and a range of Aboriginal property rights recognized under law. Moreover, throughout Canada, which has a federal system of governance, there are many registration systems in place. Aboriginal rights intersect with these registration systems in a host of ways. In this paper, I will focus on the major

¹ Faculty of Law, University of Alberta. E-mail: <bziff@ualberta.ca>. This paper was prepared for the 21st IPRA-CINDER Congress, held in Cartagena, Colombia, May, 2018. I am indebted to Eric Adams, Eran Kaplinsky, and Malcolm Lavoie for their assistance in the preparation of this paper.

² See further B. Ziff, *Principles of Property Law*, 6th ed. (Toronto: Carswell, 2014) at 10ff.

areas of interplay. As a starting point, I will provide an overview of land registration in Canada. This will be followed by a summary of Aboriginal property rights. Finally, I will address the critical points of intersection of these two important aspects of Canadian life and law.

B. PRIORITIES AND REGISTRATION IN CANADA³

As alluded to already, registration and priority systems share a common goal – to provide an effective means of facilitating transactions by providing reliable information about the nature of the interests affecting a given parcel of land. There are two fundamental premises that inform these systems. One is that a given tract may be encumbered with a variety of different property rights. The priority afforded to these interests can be crucial. The second foundational idea can be summed up in one word – risk. All property transactions carry an element of risk. These may concern such things as the state of buildings on the land, activities occurring on neighboring properties, and so forth. Land registration systems do not purport to deal with these off-title concerns whatsoever. Instead, the focus is solely on risk as that relates to ownership. And here, the dangers are essentially of two kinds – wrongdoing and error. In other words, registration rules are concerned with the prospect that the vendor has acted unlawfully, or that for some other reason the title conveyed is somehow defective.

Registration systems can be analyzed by the ways in which these risks are allocated. And the manner of risk-allocation in Canada has changed overtime. In short, the evolutionary pattern has been as follows: initially, the risk of wrongdoing or fraud rested heavily on the shoulders of the purchaser. In consequence, where the transaction was flawed, a dispute over entitlement to the land in question would be resolved in favour of the original owner. Security of the original title was the prevailing objective, and not the facility of transfer. Over time, the law in some has moved to provide greater protection – in varying degrees -- to a *bona fide* purchaser. The result of those changes has been to shift the risk of a flawed transfer onto the true (or original) owner, who therefore might be deprived of the land in favour of the innocent purchaser.

English law provides the starting point of analysis for most of Canada.⁴ There is no notion of registration under the English common law. Instead,

³ See further *ibid.* at ch. 12, *passim*.

⁴ The exception is the province of Quebec, which was once a colony of France, and which therefore has a civilian legal system.

a concept of priority was adopted. And, in general, in the transfer of an interest at common law, a simple rule was adopted – first in time is first in right. As there was no government repository of documents of title, the vendor was required to retain past transfer documents to prove his or her chain of title. Still, no matter how diligent and honest a purchaser may have been in ascertaining the relevant interests governing a property, no matter how perfect the chain of title *appeared* to be, the risk of defects lay with the purchaser. If the title of the vendor was itself derived from a forged deed, any sale by that vendor is a nullity.

That approach creates a sensible bright-line rule, but it tells only part of the story. Owing to what may euphemistically be called accidents of history, a parallel system of justice emerged alongside the common law; conventionally this is referred to as equity. Among other things, courts of equity recognized rights over property that the common law did not. For example, the English concept of the “trust” is a creature of equity. Given these two sources of property rights, priority issues could arise that involved clashes of legal and equitable interests. Four basic priority issues could emerge:

1. a prior legal interest followed by a subsequent legal interest (Legal v. Legal)
2. a prior legal interest followed by a subsequent equitable interest (Legal v. Equitable)
3. a prior equitable interest followed by subsequent legal interest (Equitable v. Legal)
4. a prior legal interest followed by an equitable legal interest (Equitable v. Equitable)

The idea of four contests is important, because the priority-establishing rules differed in each setting. First-in-time was by and large the governing principle, but not universally so. In particular, in the case of contest #3 – a prior equitable interest followed by a legal transfer – protection was afforded to a *bona fide* purchaser for value. In the case of a dispute over land in that instance, the innocent purchaser would prevail, and the original owner would be deprived of his or her interest, leaving that party with a claim, if any, for monetary relief against a wrongdoer. It is the approach to contest #3 that became the foundation of the modern law of land registration in Canada.

The first wave of legislative reform sought to eliminate the most acute deficiencies of the common law and equitable rules. Beginning in the late 18th century, registration systems were introduced in Canada. These systems created a government repository for documents of title. They also

provided that, generally speaking, a party acquiring property would be bound only by the interests registered on a state-created abstract of title. In this way, the risk on the purchaser was reduced. Instead, a party with a prior right was induced to register that interest on pain of losing priority to an innocent purchaser. However, the act of registration did not in any other way validate the legitimacy of the right claimed. In brief, a forged deed was void, and remained so even after registration. A careful search of title remained necessary. This kind of system (there are several variants), is still the principal registration regime in parts of Canada.

The second wave of reform began in the latter part of the 19th century. Drawing mainly on the South Australian model designed by Robert Torrens in the 1850s, this system reduced the risk to an innocent purchaser even more. The cardinal elements of a Torrens system are commonly described by reference to three principles, dubbed “mirror”, “curtain”, and “net”. Under the mirror principle, the register was designed to provide a comprehensive record of all existing rights affecting a given parcel (as under the prior registration system). The “curtain” principle means that a purchaser need not investigate the source of title of the vendor. Instead, the state *certifies* ownership of the party named on the government folio of title. As a result, no historical search of the vendor’s title is required. If a *bona fide* purchaser acquires title from the registered owner, the purchaser is said to acquire an indefeasible title. This means that past defects, including past forgeries, will not affect the validity of the purchaser’s title.

It can be seen that a Torrens regime facilitates facility of transfer, removing much of the risk from the shoulders of the purchaser. However, there remains the prospect for error and dishonesty; these are now borne by the original owner, who may be forced to yield title to a *bona fide* purchaser. Rectifying that loss falls within the province of the “net” principle. An owner deprived of title by the operation of the system is entitled to seek monetary compensation from a fund set up for this purpose. Typically, the fund is created by requiring transferees to contribute a fee on the registration of a transaction.

Although these are the main attributes of all Torrens title systems, it should be stressed that no two land titles systems in Canada are identical; there is a surprising degree of diversity. They do share this common characteristic – no single system adheres to the three cardinal principles comprehensively; inevitably one finds exceptions, qualifications, and derogations. As an example – one that will be important in the discussion below – in no system is the requirement that all interests must appear on the title followed slavishly. Instead, the systems tolerate some invisible clouds on

title, sometimes referred to as “overriding interests”. Such interests will run with the land into the hands of a *bona fide* purchaser even though they are not listed in any way on title. As will be seen, Aboriginal property interests may fall into that category.⁵

C. ABORIGINAL LAND RIGHTS IN CANADA

The fundamental question involving Aboriginal title in Canada is a common one in states with a colonial history: to what extent did the imposition of European imperial sovereignty in North America affect pre-existing rules governing Aboriginal property rights? Although this question has hovered over Canada for centuries, there was virtually no judicial engagement with that issue until the 1970s,⁶ and only in the last 20 years has there been meaningful judicial guidance.⁷

The core concepts are straightforward: the assumption of British sovereignty did not extinguish the pre-existing land holdings of the myriad Aboriginal nations in British North America. Instead, those interests fell under the aegis of the new sovereign until such time as they were validly altered or extinguished. Extinguishment can occur either (i) by surrender of the lands by a First Nation to the Crown (typically by treaty), or (ii) by valid unilateral state action.⁸

However, issues around extinguishment arise only once it is shown that a given First Nation held pre-existing rights over a given territory. To prove Aboriginal title, the claimant First Nation must prove that the lands at issue were exclusively occupied at the time of the assertion of Crown sovereignty. Such a title, if proven, confers a right of use and occupation over those lands. However, even where Aboriginal titles is not recognized,

⁵ See Part D (iii), *infra*.

⁶ Prior to constitutional reform in 1982, there were only two decisions of note as to the nature of Aboriginal rights in Canada. In the first of these, decided in 1888 by the Judicial Committee of the Privy Council, Aboriginal land rights were described as being personal and usufructuary in nature: *St. Catharines Milling & Lumber Co. v. The Queen* (1888) 14 App.Cas. 46 (P.C.) at 54. That somewhat perplexing characterization stood as law for a century, but has now been abandoned. The second case is *Calder v. British Columbia (Attorney General)*, [1973] S.C.R. 313, 1973 CarswellBC 83.

⁷ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. An important precursor is *Guerin v. R.*, [1984] 2 S.C.R. 335.

⁸ See further Ziff, *supra* note 2, at 195ff.

a claimant group can assert a non-title right for those significant cultural practices (whether site-specific or otherwise) that existed at the time of first European contact. The right so recognized would be usufructuary, and would not confer a right of exclusive occupation over the relevant territory.⁹

In the course of framing these basic rules, the Supreme Court of Canada has described a set of guiding meta-principles. Hence, it has been said that in dealing with the Aboriginal peoples of Canada, the “honour of the Crown” must always be upheld.¹⁰ In addition, the governing law is based on a reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal perspectives.¹¹ Arising out of that intermixture is another important meta-principle – the law governing Aboriginal property rights is *sui generis* (unique). That is true from top to bottom: it describes the principles governing title, reserves, treaties,¹² and the fiduciary obligations owed by the Crown.¹³ Plus, basic common law and equitable doctrines pertaining to property do not necessarily apply.

Among other things, the *sui generis* label serves as a filter, limiting, where sensible, the application of any number of common law rules of property; one should not assume that any given Anglo-Canadian property law doctrine applies to such lands. The Supreme Court of Canada has also identified several built-in unique elements of Aboriginal title: (i) title pre-dates the assumption of British sovereignty, and therefore does not derive from a sovereign dispensation of the land; (ii) lands are held communally; (iii) title is inalienable except by surrender to the Crown; and (iv) title lands may not be used in a way that is incompatible with traditional uses. The constitutional provisions governing Aboriginal peoples are likewise unique.¹⁴ The constitutional framework is especially important to this paper, and so deserves some elaboration.

Canada achieved nation-status in 1867. It is a federation, with jurisdictional powers being divided between the federal (national) government and the (now) ten provinces. Primary jurisdiction over property rights was conferred on the provinces; hence the existence of provincial land registration

⁹ These principles were confirmed in *Delgamuukw v. British Columbia*, *supra* note 7. See also *Tsilquot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44.

¹⁰ *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, at paras. 49 *et seq.*

¹¹ *Ibid.* at paras. 45-47.

¹² *Simon v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sioui*, 1990 CarswellQue 103; *R. v. Badger*, 1996 CarswellAlta 587 (S.C.C.) at para. 78.

¹³ *Guerin v. R.*, *supra* note 7, at para. 104; *Wewaykum Indian Band v. R.*, 2002 SCC 79.

¹⁴ *Tsilquot'in Nation v. British Columbia*, *supra* note 9, at para 72.

systems.¹⁵ However, jurisdiction over Aboriginal peoples is conferred upon the federal government.¹⁶ In consequence, it is the federal government that can accept a surrender of Aboriginal lands. Likewise, after 1867 the federal government held the power of unilateral extinguishment of Aboriginal land rights.

However, that power no longer exists. In 1982, Canada adopted a constitutionally entrenched bill of rights, and protections for Aboriginal rights.¹⁷ In essence, existing Aboriginal rights – including pre-eminently land rights – were recognized and affirmed. Although the governing provision speaks in absolute terms, it has been recognized that some of the protected rights are not immutable. The state (at either the federal or provincial level) may infringe those rights, but only if such measures satisfy a stringent justificatory test. In essence, state action can validly affect Aboriginal land rights provided the action is in furtherance of a significant state objective, and provided also that the impairment is done in a way that properly accounts for Aboriginal interests.¹⁸

However, the state can only *infringe* Aboriginal entitlements, it does not empower the government to *extinguish* such rights altogether. No matter how weighty the government's objective, and even if the extinguishment is undertaken in full compliance with the dictates of the honour of the Crown, after 1982, neither level of government can expropriate Aboriginal property rights.¹⁹

The recognition of pre-existing Aboriginal title forms the foundation of current Canadian law. However, it is not the only means by which Aboriginal interests are recognized. There are vast areas of Canada in which those rights were surrendered to the Crown. In these areas, treaties serve to delineate rights to holdings and other matters. Flowing from this, there are areas that have been reserved by the federal government for use by

¹⁵ *Constitution Act, 1867*, sub. 91(24), reproduced in R.S.C. 1985, Appendix II, No.5.

¹⁶ *Constitution Act, 1867*, *ibid.*, sub. 91(24).

¹⁷ *Constitution Act, 1982*, s. 35, enacted by the *Canada Act, 1982* (U.K.), c. 11, s. 1. The text of the *Constitution Act, 1982* can be found in R.S.C. 1985, Appendix II, No. 44.

¹⁸ *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Even inchoate rights-claims, that is, those that have not yet been judicially recognized, may be protected in against unilateral state action: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73; *Carrier Sekani Tribal Council v. British Columbia (Utilities Commission)*, 2010 SCC 43.

¹⁹ *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 28; *R. v. Marshall*; *R v. Bernard*, *supra* note 10, at para. 39. Provincial law can validly infringe Aboriginal rights, though a province's capacity to do so limited by the federal structure Canadian governance.

Aboriginal peoples. Hundreds of such “reserves” are found across Canada. In the last twenty-five years, a modern treaty making process has emerged, out of which other unique arrangements have been fashioned. As we will see below, all of these modes of title connect in some way with principles of land registration.

D. POINTS OF CONFLICT

Having described in broad terms the array of registration systems in place in Canada, and the variety of legally recognized Aboriginal rule systems, it is now possible to consider the interplay of these two legal constructs. There are two main points of contact. One concerns the impact of generic land titles legislation on claims seeking the recognition of Aboriginal title rights. The second involves the adoption of land titles rules within recognized Aboriginal territories. I will discuss each in turn.

Consider this scenario: the government confers a title to public lands on a landowner. That private landowner registers this Crown grant under the provincial land titles system and receives a certificate of title. Three questions emerge: (i) what is the effect of the grant on a pre-existing Aboriginal entitlement? (ii) what is the effect of issuance of the certificate of title on those rights? And (iii) can an Aboriginal nation avail itself of the land registration system either before or after the Crown grant? Each of these issues will be addressed in turn.

(i) what is the effect of a Crown grant on pre-existing Aboriginal entitlements?

The answer to this question is more complicated than it appears. Countless Crown grants have been issued over Crown lands in Canada concerning tracts that have not been surrendered, and are therefore potentially amenable to an Aboriginal title claim. Yet there is no definitive ruling on the effect of such a private grant on the tenability of a land claim. By contrast, the position in Australia is comparatively clear – Native title is extinguished by an inconsistent grant. That can be so not only for a transfer of an absolute (fee simple) interest, but also by the granting of certain long-term Crown leases.²⁰

²⁰ See *Wik Peoples v. Queensland* (1996) 187 C.L.R. 1 (H.C.); and *Queensland v. Congo*, [2015] HCA 17. See further B. Edgeworth, “Extinguishing Native Title; Recent High Court Decisions” (2016) 8 Indigenous Law Bulletin, Issue 22, at 28, online: <www.austlii.edu.au/au/journals/IndigLawB/2016/6.pdf>.

The position in Canada is complicated by constitutional concerns. These are best discussed along a timeline. Before Canada achieved nationhood status (in 1867), the colonial governments issued land grants to settlers. However, it has been offered that the power to extinguish Aboriginal title was reposed not in those local legislatures, but in the Imperial Parliament in Britain. If so, the local/colonial land grants could not extinguish Aboriginal title. After 1867, a Crown grant by a province that purported to affect Aboriginal entitlements either expressly or by implication, would arguably be outside the power of the province (*ultra vires*) and hence ineffective.²¹ The extinguishment of Aboriginal title requires that the state manifest a clear and plain intent to do so. It has been questioned that an inconsistent grant, without more, will suffice to meet that rigorous standard. Moreover, it may even be the case that inconsistent grants in fee simple are *subordinate* to Aboriginal title.²²

There is little doubt that this issue will eventually be resolved by the Supreme Court of Canada. In 2014, the Supreme Court of Canada recognized aboriginal title to lands in British Columbia. This marked the first successful claim. However, though the ancestral lands of the claimant group included property that is presently held privately, the claim did not seek any form of entitlements over those lands. The areas that were targeted in the litigation remained Crown lands.²³ At present, there are at least two lawsuits that involve Aboriginal title claims in relation to privately owned lands.²⁴ Even so, a final resolution may be years away. The history of Aboriginal rights litigation suggests that the process is a long and winding one.

The stakes, of course, are very high. If Aboriginal title is held to survive fee simple grants, this might mean that thousands of private landowners

²¹ It has been argued that a Crown grant arising from the purported exercise of the Crown's prerogative power cannot validly result in an extinguishment McNeil, *supra*, note ---, at 311ff. See also K. McNeil, "Aboriginal Title and the Division of Powers: Rethinking Federal and Provincial Jurisdiction" (1998) 61 Sask.L.Rev. 431, at 444.

²² See McNeil, *supra* note 21, at 444, n. 57, and the references cited there.

²³ See further J. Borrows, "Aboriginal Title and Private Property" (2015) 71 S.C.L.R. (2d) 92.

²⁴ One is in British Columbia: see "B.C. government opposes aboriginal group's land claim near Kamloops" *Global News*, 17 January 2016, online: <globalnews.ca/news/2459010/b-c-government-oppose-aboriginal-groups-land-claim-near-kamloops>. The other is in New Brunswick: P. Cormier, "Mi'kmaq First Nation files land claim for vast portion of New Brunswick" *Global News*, 10 November 2016, online: <globalnews.ca/news/3057843/mikmaq-first-nation-files-land-claim-for-vast-portion-of-new-brunswick>.

will lose their titles. However, Malcolm Lavoie has suggested a different response. A remedy might be fashioned that recognizes Aboriginal title, but also preserves private ownership over the same area. Instead of ejecting private titleholders and returning the ancestral lands, the remedy could be a claim against the Crown for breach of its fiduciary duty to First Nations' peoples. In effect, to draw on law-and-economics terminology, a liability rule would be established in place of a property rule.²⁵ Professor Lavoie also proposes that the Crown could be ordered (i) to co-operate in land exchange agreements under which Crown lands are made available, or (ii) to assist in the reacquisition of traditional territories from private owners.²⁶

(ii) *what is the effect of the issuance of a certificate of title on Aboriginal land rights?*

Even if an inconsistent grant cannot *per se* extinguish Aboriginal title, is it possible that the effect of the indefeasibility provisions of a land registration system can confer priority on a certificate of title issued in the name of a private owner? After all, as a general rule, a *bona fide* purchaser for value would acquire title free from an antecedent title claim that was not disclosed on the register at the time of the private transfer.

Again, Canada's constitutional structure is relevant. Here the questions concern whether an otherwise valid general law, such as a land titles statute, can indirectly work to affect a matter falling within federal constitutional competence. Again, land titles legislation is a matter of provincial competence; the provinces hold a wide-ranging power to legislate in relation to property rights. But what if the working of the statute incidentally affect Aboriginal rights, a matter of federal competence?

The law governing this kind of interplay between otherwise valid provincial laws that affect Aboriginal rights is now assessed with reference to the constitutional protections introduced in 1982: provincial laws that are found to apply to Aboriginal rights may be valid if the relevant statutory measure can be justified.

It is hard to imagine that the justificatory test could be met. Perhaps it cannot even be engaged. It was noted above that full extinguishment of Aboriginal title by state action at either level is no longer possible. Only

²⁵ See G. Calabresi & A.D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 Harv.L.Rev. 1089 (1972).

²⁶ M. Lavoie, "Aboriginal title Claims to Private Land and the Legal Relevance of Disruptive Effects" in D. Newman, ed., *Business Implications of Aboriginal Law* (Toronto: LexisNexis, forthcoming).

justifiable infringements are permissible. A landowner's claim of priority as a *bona fide* purchaser would purport to subordinate the Aboriginal interest, extinguishing it in all but name. It would be akin to a 'constructive' taking of Aboriginal title. If so, the postponing effect of the principle of indefeasibility on Aboriginal title would seem to be unconstitutional. Again, extinguishment is no longer possible.

(iii) *can an Aboriginal nation avail itself of the land registration system?*

On a number of occasions, Aboriginal claimants have sought to avail themselves of the governmental land titles systems by placing a notice or claim on the title to registered lands. The *sui generis* nature of Aboriginal has generated uncertainty as to whether it is possible to record Aboriginal claims under the existing land titles statutes. In general, these notices have been held to be invalid. A variety of host of grounds have been advanced. In one case, the right to file a caveat (a notice of a claim) was rejected because the plaintiff-first Nation was asserting that the land in issue was within a federal reserve. If that claim were to succeed at trial, the lack of registration under provincial law would pose no bar to the recovery of those lands, because the federal Crown would not be bound by the operation of the provincial land titles regime.²⁷ That mode of reasoning has been applied to Aboriginal land claims that are not dependent on proof that the land is a reserve.²⁸ The right to file a caveat was refused in one decision because the interest claimed under the caveat (a right to hunt) was not found to be an interest in land.²⁹ In another case it was said that, because Aboriginal title is inalienable except through surrender to the Crown, that holding

²⁷ *Lac La Ronge Indian Band v. Beckman* (1990) 70 D.L.R. (4th) 193, 1990 CarswellSask 447 (C.A.). The right to file a *lis pendens* was acknowledged (in obiter dictum), on the basis that the authority to do so is contained in the *Queen's Bench Act*, and not the *Land Titles Act*. I do not understand why the legislative source of the right should matter at all. The placement of the right to file a *lis pendens* one in statute and not another seems somewhat arbitrary; it is a pure matter of form.

²⁸ *Chippewas of Kettle & Stony Point v. Canada (Attorney General)* (1994) 17 O.R. (3d) 831, 1994 CarswellOnt 528 (Gen.Div.).

²⁹ *James Smith Indian Band v. Saskatchewan (Master of Titles)* (1995) 131 Sask.R. 60, 1995 CarswellSask 60 (C.A.) leave to appeal to S.C.C. refused [1996] 10 W.W.R. lix (note). The majority in *James Smith Indian Band* left open the possibility that some Aboriginal interests might be compatible with land titles registration and would therefore fall within the system. Wakeling J.A. doubted this proposition. See also *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, 1984 CarswellOnt 1320, 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), affirmed (1989) 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), affirmed [1991] 2 S.C.R. 570.

was incompatible with Torrens systems, which are designed to promote transferability.³⁰

These decisions seem to suggest both that Aboriginal rights claims are not embraced by the registration rules, but also that they are not affected by those rules. That approach comports with the idea that a certificate of title issued in the name of a private owner has no effect of a pre-existing title claim (as discussed above). In essence, Aboriginal land rights are regarded as overriding interests, which are capable of running with the land even though they do not appear on the mirror of title.

E. POINTS OF CONVERGENCE

In the preceding section, the discussion related to conflicts between Aboriginal interests and inconsistent private property claims. The second element of interface has a completely different point of convergence – the adoption of land registration system to reflect interests held on Aboriginal lands.

Historically, the sole such community was the reserve. Reserve lands are owned by the Crown. The *Indian Act*³¹ prescribes forms of individual ownership by Nation members, as well as rights of inheritance (within the Nation). Importantly, the land restraint on alienation applies to land: the only permissible mode of transfer of title to a non-Aboriginal entity is by means of a surrender to the Crown. The *Indian Act* ownership rules now serve as a default regime. In the last twenty years, First Nation communities living on reserves have been given power to alter their internal ownership principles.³² However, the general restraint on alienation cannot be altered. In effect, then, third-parties transfers may be undertaken only where the Crown serves as an intermediary. Leases to non-Band members are possible, though long-term leases can be granted only by using the Crown as intermediary.

³⁰ *Uukw v. The Queen in Right of British Columbia*, [1987] 6 W.W.R. 240, 1987 CarswellBC 220 (C.A.) leave to appeal to S.C.C. refused [1987] 6 W.W.R. 240n. That ruling pre-dates *Delgamuukw*, supra note 7, but the same kind of reasoning has subsequently been applied (in 2000) to deny a right to file a notice of pending litigation (a *lis pendens*): *Skeetchestn Indian Band v. British Columbia (Registrar of Land Titles)*, [2000] 10 W.W.R. 222, 2000 CarswellBC 1853 (C.A.).

³¹ R.S.C., 1985, c. I-5.

³² *First Nations Land Management Act* S.C. 1999, c. 24. See further T. Isaac, "First Nations Land Management Act and Third Party Interests" (2005) 42 Alta.L.Rev. 1047.

It was mentioned above, that in recent years a number of modern treaties have been implemented. These are markedly different from their historic antecedents. The treaties endeavour to affirm and bolster rights to self-government and land. Some treaties contemplate the registration of rights conferred over designated ancestral lands within the provincial land titles systems; some create stand-alone registries; others allow for either mode to be used.³³

Of these new arrangements, I believe that the Nisga'a treaty stands as the boldest initiative to date. This modern treaty,³⁴ commonly referred to as the *Nisga'a Final Agreement* (or *NFA*) came into force in 2000. In essence, it was the culmination of about 150 years of political activism by the Nisga'a peoples, and followed some twenty years of negotiation.³⁵ It governs almost 2,000 square kilometres of land located in the picturesque Nass Valley in northwest British Columbia.

The *NFA* contains two elements of significance to the present discussion. First, the *NFA* confers considerable governance authority on the Nisga'a Nation to create laws applicable to the treaty lands, including rules concerning property entitlements. Second, it affirmed the existence of Aboriginal title, but converted that title into the conventional Anglo-Canadian form of holding, the estate in fee simple. Taken together, the treaty allows for the transfer of fee simple title to non-Nisga'a owners. In that regard, the *NFA* provides that **"the Nisga'a Nation may ... dispose of the whole of its estate in fee simple in any parcel of Nisga'a lands to any person ... without the consent of Canada or British Columbia."**³⁶ Since 2012, Nisga'a legislation has authorized transfers to non-Nisga'a parties.³⁷

This is a move of potentially monumental importance. It was mentioned above, that both Aboriginal title and reserve lands are inalienable extent by surrender to the Crown. Not so for lands governed by the *NFA*.

³³ For a detailed account, see N. Bankes *et al.*, "The Recognition of Aboriginal Title and its Relationship with Settler State Land Titles Systems" (2014) 47 U.B.C.L.Rev. 829.

³⁴ *Nisga'a Final Agreement (NFA)*, online: <www.nnkn.ca/files/u28/nis-eng.pdf>.

³⁵ S. Graben, "Lessons for Indigenous Property Reform: From Membership to Ownership on Nisga'a Lands" (2014) 47 U.B.C.L.Rev. 399, at 404.

³⁶ *NFA*, *supra* note 34, Ch. 3, s. 4 (emphasis added).

³⁷ *Nisga'a Landholding Transition Act*, online: <www.nisgaanation.ca/legislation/nis-gaa-landholding-transition-act>.

The restraint on alienation has affected Aboriginal land rights since the earliest days of colonial practice. But why? Five reasons have been advanced. First, the limit was consonant that dealings with Aboriginal peoples involved transactions between sovereign powers, not private actors, and hence engaged the imperial state and not individual settlers. Second, control over purchases minimized the chances of unanticipated friction between First Nations and settlers. Third, it assisted the colonial powers in carrying out settlement in accordance with a pre-existing plan. Fourth, it meant that land prices would not rise owing to competition to acquire Aboriginal lands; there could be only one buyer (the state). Fifth, it served to protect Aboriginal peoples from sharp practices by settlers.³⁸

Of these concerns, it is only the last one mentioned – the protection of Aboriginal peoples from entering into regrettable transactions – that remains at all viable. And this idea has come under increased attack in recent years. The attack takes two forms. One is that it is archaic and offensive to think that Aboriginal people need this kind of protection. Second, the fetter on alienability prevents First Nations peoples from increasing standards of economic well-being in their communities. As to this latter point, there is ample evidence that, in economic terms, the plight of First Nations peoples, especially on reserves lands, is dire. At last report, 81% of reserves in Canada had median incomes that fell below the poverty line.³⁹ In short, the standard of living experienced by First Nations peoples is a national disgrace; it has never been otherwise.

One sees in this pivotal aspect of the *NFA* the unmistakable mark of modern theories of economic efficiency. It is entirely consistent with the approach advocated by the Peruvian economist Hernando de Soto. In *The Mystery of Capital*,⁴⁰ de Soto's addressed the economic plight of developing and post-Soviet nations. He argued that, despite appearance, these nations held considerable wealth. Yet these countries have low standards of living because that wealth takes the form of *de facto*, and hence insecure, claims to land; in short, much of the land is illegally held. Because such titles are precarious (at best), the exchange value of these hardscrabble patches is depressed. Even more important, the land's full value cannot be unlocked

³⁸ M. Lavoie, "Why Restrain Alienation of Indigenous Land?" (2016) 49 U.B.C.L.Rev. 997, at 999-1000.

³⁹ J. Press, "Over 80% of reserves have median income below poverty line, census data shows" online: <globalnews.ca/news/3795083/reserves-poverty-line-census/>.

⁴⁰ H de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (New York, Basic Books, 2000).

because it cannot be used as loan security. It is, in de Soto's words, dead capital. By comparison, Western nations have well-oiled *de jure* legal structures to protect and record titles. This, he argues, makes all the difference. Accordingly, de Soto proposed that unlocking the capital potential of real property can be accomplished by giving legal status to the immense extra-legal holdings now in existence.

As mentioned, de Soto was writing with developing and post-Soviet economies in mind. But, despite that contextual setting, as soon as the *Mystery of Capital* was published its relevance for Aboriginal peoples in Canada was identified by those proposing the privatization of lands on reserves.⁴¹ As de Soto himself observed: "You don't have to travel to Zambia or Peru to see dead capital. All you need to do is visit a reserve in Canada. First Nation people own assets, but not with the same instruments as other Canadians. They're frozen into an Indian Act of the 1870's so they can't easily trade their valuable resources."⁴² It is worth noting, however, that the *Nisga'a Final Agreement* was concluded at about the same time that *Mystery of Capital* was published (2000). Therefore, while de Soto's views are consonant with the *NFA*, they may not be directly causal.

Of course, the opening of the Aboriginal lands to commercial exploitation, including the sales and mortgages in favour of non-Nisga'a interests will not guarantee a vibrant market in land. Building on de Soto's core thesis, it has become increasingly evident that the formulation of a successful and vibrant market requires that other structural ingredients be present. Capital markets cannot flourish without stable financial institutions. Adequate creditors' remedies, bankruptcy laws and a sound judicial system are also essential, as is an effective registration regime.

The importance of a well-functioning registration system returns the analysis to the initial topic – risk allocation through land registration principles. To that end, the Nisga'a government has enacted the *Nisga'a Land Title Act*,⁴³ a lengthy and detailed statute (240 sections in 153 pages) that

⁴¹ See T. Flanagan & C. Alcantara, "Individual Property Rights on Canadian Indian Reserves", *Public Policy Sources*, online: <www.fraserinstitute.org/sites/default/files/PropertyRightsonIndianReserves.pdf>. See also T. Flanagan, C. Alcantara & A. LeDressay, *Beyond the Indian Act: Restoring Aboriginal Property Rights* (Montreal & Kingston: McGill-Queen's U.P., 2010).

⁴² Quoted at <www.newswire.ca/news-releases/who-should-own-reserve-lands-restoring-first-nation-property-rights-545846722.html>.

⁴³ *Nisga'a Land Title Act*, online: <www.nisgaanation.ca/legislation/nisgaa-land-title-act>.

establishes a Torrens title system. The keystone provision of the Act enshrines the applicable concept of indefeasibility in these terms:

Effect of indefeasible title

17. (1) An indefeasible title, as long as it remains in force and uncanceled, is conclusive evidence at law and in equity, as against the Nisga'a Nation and all other persons, that the person named in the title as registered owner is entitled to the estate in fee simple to the parcel of land described in the title, subject to the following:

- (a) the subsisting conditions, provisos, restrictions, exceptions and reservations including royalties, contained in the original Nisga'a grant or in any other disposition made by the Nisga'a Nation;
- (b) a tax, charge, rate, assessment or debt payable to the Nisga'a Nation or a Nisga'a Village and imposed or made a lien on the land at the date of the application for registration or that may after that date be imposed or made a lien on the land under a Nisga'a Lisims enactment;
- (c) a lease or agreement for lease for a term not exceeding three years if there is actual occupation under the lease or agreement;
- (d) a road;
- (e) a right of expropriation under a Nisga'a Lisims enactment;
- (f) a charge, pending court proceeding or other matter noted or endorsed on title or that may be noted or endorsed on title after the date of the registration of the title;
- (g) the right of a person to show that all or a portion of the land is, by wrong description of boundaries or parcels, improperly included in the title;
- (h) the right of a person deprived of land to show fraud, including forgery, in which the registered owner has participated to any degree.⁴⁴

The Act purports to create a system of immediate indefeasibility. In other words, an innocent purchaser who acquires title by means of another wise void transfer (such as a forged instrument) is entitled to retain title.⁴⁵ The deprived owner is thereupon entitled to seek compensation from an assurance fund. By contrast, a good faith transferee of a "charge" acquires

⁴⁴ S. 17.

⁴⁵ S. 20. See also para. 17(1)(h).

no such protection.⁴⁶ The term charge is defined broadly in the Act, and includes mortgages, leases, life estates, and easements.⁴⁷ A full-scale inquiry is therefore required before acquiring those interests. In this way, the Act operates as a simple registry system: registration serves as a notice of the claimed interests but does not in any way certify its validity. One registers for what it is worth.

F. REFLECTIONS: CAPITULATION OR RECONCILIATION?

I suggested above that achieving reconciliation is a meta-principle in the emerging law of Aboriginal rights in Canada. Among other things, this has been taken to mean that the governing legal doctrines should be the product of a blending of common law and Aboriginal perspectives. In looking at the terms of the *Nisga'a Final Agreement*, the common law perspective is easy to identify: Nisga'a ancestral lands may now be sold, mortgaged, etc., as a commodity to any party that values it most. Traditional forms of ownership are replaced by the estate in fee simple – a century's old term drawn from the English feudal system of landholding. The mode of registration is a version of the Torrens title system developed in pre-federation Australia. The use of these constructs serves to create a portal for the influx of non-Nisga'a investment. The rights and procedures described are intelligible in large measure to non-Nisga'a economic actors. They speak the language of conventional Canadian property law.

But such a dramatic change comes at a cost. What interests and values are threatened by removing the prohibition on alienation that has prevailed in Canada for centuries? There is a risk of financial ruination. But, more importantly, the erosion of personhood/grouphood/nationhood values is also at stake. The central status of land as a means of *cultural* identity and sustenance may be undermined. That would be tragic. There are myriad First Nations in Canada, each with a distinct cultural fabric. Yet, even amid the extraordinary indigenous diversity, I am aware of no First Nation that does not regard the attachment to ancestral lands as essential to identity and flourishing. That appears to be universal.

Does the *NFA* mark a capitulation of cultural values in favour of mainstream market forces? That indeed may be the result of the land regime us-

⁴⁶ S. 21.

⁴⁷ S. 1 (definition of "charge"). Also included as a charge are as follows: an assignment of rents, a mortgage of a lease, a restrictive covenant, a statutory covenant, and a statutory right of way.

hered in by the Nisga'a Final Agreement. However, it need not be. Indeed, the legal infrastructure and the early practices under the NFA suggest an attempt to mediate the promise of a de Sotoan solution with measures designed to impede the danger of cultural dissipation or degradation.

To date, a cautious approach has been taken to privatization of Nisga'a lands. Not all land is currently available for non-Nisga'a ownership. Even the parceling out of private titles to Nisga'a owners has been minimal. The first such transfer did not occur until 2013.⁴⁸ These grants are on an extremely modest scale – small plots can be allocated to Nisga'a citizens or organizations for residential uses only. Broader powers of transfer are reposed in the Nisga'a Nation as a whole.

Of greater importance are the structural protections. As already noted, the *NFA* confers not only fee simple titles, but also broad powers of governance. Among the rights of self-government conferred on the Nisga'a Nation is the right of expropriation. The Nisga'a government may exercise the power of expropriation “for public purposes and public works”.⁴⁹ As a result, the Nisga'a retain a virtually unfettered right to reclaim ancestral lands, even those held by third-parties. Moreover, it should be noted that there is no protection in Canadian law against the exercise of the power of expropriation, even when no compensation is paid. Some recourse may be available for foreign investors protected via trade and investment agreements, but that aside, political and economic prudence are the only checks against the use of the expropriation power by a government in Canada. In addition, under the *NFA*, if a fee simple title expires, the land escheats (albeit indirectly) to the Nisga'a Nation, and not to the federal or provincial Crown. In essence, underlying title is reposed in the Nisga'a peoples. It is by means of these robust sovereignty powers that the Aboriginal perspective is reconciled with mainstream Canadian law. Of course, it may be decades before it is known whether this mediation of mainstream and Aboriginal values is optimal.

⁴⁸ “B.C.’s Nisga’a becomes only First Nation to privatize land”, online: <www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/b-c-s-nisga-a-becomes-only-first-nation-to-privatize-land-1.2355794>.

⁴⁹ *NFA*, supra note 34, ch. 11, para. 50(a).

RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PERÚ

Cecilia Frida Vega Mejía

RESUMEN: El presente trabajo intenta aproximarse al contenido constitucional y legal sobre el derecho a la propiedad de las comunidades, y del cómo estas han sido elaboradas desde la perspectiva occidental con el sustrato individualista distinta al sustrato colectivo, desde la visión de las comunidades. Por consiguiente, se han generado conflictos sobre estos derechos de las comunidades. Evidenciándose la falta de políticas públicas a largo plazo. En este contexto, los registros públicos (SUNARP) en aplicación de sus garantías ha cumplido con su misión como es el de inscribir y publicitar los actos que las comunidades requieren para salvaguarda de sus derechos.

ABSTRACT: The present job seeks to approach to the constitutional and legal content of the right of property from indigenous people. These legal rights was elaborated from western angle of private property, with individualistic nuance, different from communal property with the collectivist hue. Consequently, conflicts have arisen over these rights of the communities. In application of their guarantees, SUNARP has fulfilled their mission, such as registering and publicizing the acts that communities require to safeguard their rights.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos de derecho de propiedad son ecuménicos controversiales y relevantes como lo han sido desde tiempos inmemoriales, a través de la historia del hombre.

Con la llegada de la denominada civilización, pasando por: tiempos antiguos, el oscurantismo de la época feudal, las luchas por la independencia y el ejercicio de las libertades, este tema ha arribado al presente siglo con teorías acuñadas desde la época romana. Paralelamente a la pervivencia de esta tradición, hoy el derecho de propiedad, derecho inasible, constituye un derecho fundamental protegido por la Constitución, cuya regulación ha tenido variantes a lo largo del devenir histórico, desde la costumbre, la ley y luego con la interpretación de la doctrina. En algunos sistemas jurídicos, ésta ha ido dejando el protagonismo del individualismo para adquirir una

función social, que derive en una armonía pacífica dentro de las relaciones que efectuamos por el hecho de ser seres sociales.

Dentro de esta perspectiva, la definición de la posesión ha sido materia de intensos debates por los doctrinarios, sea por ser hecho o derecho, su naturaleza jurídica constituye una prueba a efectos de obtener el derecho real por excelencia: la propiedad.

Para tener un acercamiento a la teoría sobre propiedad, recurrimos a Cristi (2007) quien se remite a la teoría filosófica que:

“Tiene su origen en Cicerón quien compara al mundo con un gran teatro, que es propiedad común de la humanidad, pero cuyos asientos son temporalmente propiedad de individuos. El problema que suscita es el siguiente: ¿es el mundo originalmente la propiedad de todos o de ninguno?” (Cristi 2007: 42)

La preocupación ha estado siempre latente y ya se evidenciaba hace 2000 años atrás y es esa reflexión la que nos motivo a investigar sobre el tema de la reorganización de la propiedad no sola la individual sino y sobre todo de la social la que corresponde a las comunidades indígenas, que en nuestro particular, Perú, la problemática no tiene fin. Pero esta controversia se centra en la consulta previa, que como mecanismo de control se ha previsto en nivel internacional a través de la OIT a fin de mermar los conflictos sobre las tierras, propiedades de estas comunidades. Por lo cual hemos visto por conveniente hacer un estudio sobre El derecho a la propiedad que se encuentra regulada en nuestra Constitución Política del Perú de 1993 (CPE) dentro del núcleo de los derechos fundamentales de la persona o llamado también de primera generación, los mismos que se derivan en leyes de desarrollo constitucional y que a la letra establece: Artículo 2º inc. 16 CPE “Toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia”.

Dentro de la investigación teórico sobre este punto hemos considerado la apreciación cultural plasmada en el fundamento filosófico esbozado en los conceptos esgrimidos por Francisco Suarez, S.J. y John Locke, los cuales, los encontramos en Baciero (2012), así podemos advertir que conforme nos presenta a estos filósofos nos refiere:

“El derecho en sentido subjetivo no es para Suarez meramente una potestad o facultad, sino una potestad moral. No solo es tener un poder efectivo, sino estar moralmente legitimado para ejercerlo. Lo moral es exclusivo del hombre, en la medida en que el hombre se pertenece o es dueño de sí gracias a la razón, y puede tener por ello una verdadera relación de dominio sobre sí mismo y sobre sus facultades, que en esa

medida son suyas en el sentido riguroso de propiedades, que no le pueden arrebatar sin cometer con él una injusticia”. (p. 391)

De lo que podemos inferir, es que el espíritu de la ley no solo garantiza la protección al titular de la propiedad sino también a aquellos que carecen de ella. Derecho, cuyos efectos lindan con un animus o espíritu que procura la distribución de la riqueza, donde la propiedad se puede pretender de manera más equitativa.

Con estos fundamentos se parte de la premisa que la propiedad sea un derecho fundamental bajo un pensamiento individualista, al cual hemos dotado de características inherentes a su existencia: imprescriptibles, inalienables, irrenunciables y universales.

Como segundo fundamento recurrimos al derecho de propiedad, nótese la preposición “de”, se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú (1993) en el Título III del régimen económico, Capítulo de la propiedad:

“Artículo 70° CPE El derecho de propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”

Para arribar al concepto sobre el derecho de propiedad hemos recurrido al trabajo académico realizado por Baca (2013) quien nos lleva por los senderos de la dicotomía de los derechos subjetivos y los derechos objetivos. Para quien:

“el concepto de derecho subjetivo es el que la ciencia jurídica emplea para el estudio de las personas, en oposición al concepto de derecho objetivo que se refiere al ordenamiento legal en que estos se contemplan” (Baca 2013, p.62).

Esta distinción ha desatado serias discusiones doctrinales, parecidas a la polarización del mundo. De manera que, siguiendo a Baca y rescatando a dos doctrinarios cuyos pensamientos quedaran plasmados, casi imperecederos, tenemos a Hans Kelsen, para quien la existencia del derecho subjetivo queda desestimada y se coloca en primer plano el deber jurídico, es decir, el derecho objetivo.

Así planteado la función de este derecho subjetivo, su concepto actual ha variado respecto de concepción primigenia romanista que establecía un poder absoluto del derecho de propiedad, tal cual gobernó en anteriores épocas. Ahora bien, incluso se transformó en un deber u obligación a fin de que el beneficio no solo sea individual sino por el contrario alcance a la comunidad.

De ahí que, inferimos que la función social ha sido desviada de su verdadera finalidad, asignándole cada teoría su propio contenido conforme a su ideología, sin embargo compartimos sus teorías cuando manifiestan que no podemos desligar uno del otro. Por el contrario, si todo sumamos el efecto sería adverso a su resta.

En ese mismo sentido, Borda (2003) también se interesa por el futuro de la función social del derecho de propiedad tratando de conciliar la pretensión del dueño con los intereses sociales. Para ello se pregunta:

¿Cuál será la medida de la socialización hacia la cual tiende el mundo occidental? ¿Cuál es el fin y los límites de ese proceso de socialización, pasados los cuales el derecho de propiedad queda afectado en sus esencias y pierde el gran papel de estímulo de la economía, de incentivo de la actividad humana y queda destruido como derecho natural? (p. 223)

No podemos hablar de futuro cuando en el presente evidenciamos ya el incremento de la población y con ella el desborde popular, y la consecuencia imposibilidad de controlar lo privado respecto de lo social. Así, como aconteció en nuestro país, con la denominada reforma agraria cuyas formas no fueron las apropiadas, pero en el fondo, el objetivo era social. Empoderar a las masas carentes de tierras para su trabajo, algunas llegaron a organizarse y se desarrollaron en asociaciones o cooperativas, a diferencia de otras que no supieron tomar su rumbo y fracasaron. Porque conforme podemos informarnos y tomar conocimiento a través de la literatura, la situación era denigrante, por los maltratos a que eran sometidos, los miembros de las comunidades nativas como campesinas, verdaderos propietarios primigenios de las tierras. Así tenemos a Ciro Alegría con su obra “Los perros hambrientos”, Manuel Scorza con su “Redoble por Rancas” y muchos otros.

En la lucha por una sociedad utópica, donde no haya desigualdades, y todo sea perfecto, nos hemos dado cuenta que lo que no queremos es aquello que se contraponga, una sociedad distópica. Porque como podemos evidenciar, en nuestro país, en un recorrido por las costas, tanto en el norte como en el sur de nuestro país podemos advertir un nuevo “latifundismo”, debido al auge de los proyectos costeros, donde los propietarios de esas grandes extensiones de terrenos agrícolas representan ahora grandes empresas capitalistas.

En estas circunstancias, nos preguntamos cual es el papel que cumple los Registros en nuestro país. Si revisamos la doctrina española de la cual nos hemos nutrido, avisoramos en ella a Peña (1999) quien manifiesta: “proporcionar a los particulares una información sobre las situaciones jurídicas de las fincas” (Peña 1999:437). Así también García (2005) más específico refiere: “son tres las ideas fundamentales, posición registra, la adquisición de la posición registral y eficacia de la posición registral”. De lo que podemos inferir, que en efecto, el papel que cumplen los registros públicos, en nuestro contexto, es justamente cumplir con estos dos objetivos principales: inscribir y publicitar situaciones jurídicas.

De tal manera, que en nuestro ámbito registral, respecto del tema que nos merece atención, que serían la salvaguarda de los derechos que las comunidades indígenas necesitan defender, registros públicos ha visto conveniente en abril de 2016 elaborar dos guías generales para la inscripción de actos y derechos de las comunidades campesinas y nativas. Dado, que, hasta antes de la dación de tales guías, eran usual las observaciones de los registradores tanto del registro de personas jurídicas, como del registro de predios. De esta forma, a manera de manual didáctico, y procedimiento seguro, se otorgaba certidumbre en la presentación de los documentos de tales comunidades.

Por lo tanto, podemos afirmar que el registro, en cumplimiento de su labor encomendada, de otorgar certidumbre, ha podido superar los obstáculos que detecto. De esta manera, la seguridad jurídica, fin último de registros cierra el círculo otorgando tanto la seguridad estática de cada comunero, como la dinámica de toda la comunidad en derrotero del crecimiento económico de nuestros pueblos.

I. COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN

1.1. Origen de las comunidades campesinas y nativas, evolución

Respecto del origen de las comunidades se ha escrito diversas teorías, algunas se remontan a épocas preincas y otras a la época del Virrey Toledo y su forma de organización, las reducciones. Al parecer nos quedamos con las dos teorías, porque bien sabemos que los incas eran conquistadores de pueblos como bien lo retrata Bonilla (1988) “control ejercido por el estado sobre los recursos estratégicos de los andes y al control político y militar sobre su población vía los mitimaes y los tukuyricus, hizo de la presencia del Estado y de sus jerarquías regionales un elemento constante en el funcionamiento y en la reproducción de las comunidades andinas” (Bonilla,

1988:17). Sin embargo, al arribo de los españoles y las nuevas formas de organizar a los nativos y sobre todo el requerimiento de tierras para los españoles tuvo que llegarse a establecer una nueva forma de agrupamiento, siendo uno de ellos las reducciones.

Aun cuando pasaron dos siglos de sojuzgamiento de los nativos, estos se armaron contra ese oprobio que tenían el deber de cumplir, como es el tributo, denominado la mita. De esta manera, uno de los insurrectos fue Túpac Amaru quien era cacique, a su postre, líder comunal, porque era quien decidía sobre la organización de las tierras, a favor de los españoles. Con la llegada de la independencia y la instauración de la república peruana se produce una fragmentación interna de sus diferentes regiones. Esta situación fue inalterable, hasta después de la guerra con Chile, incluso, podemos aseverar que quienes luchaban al mando de los líderes no sabían porque quién luchaban, si por ellos, si por una general llamado, Pirú. Es decir, a la desintegración y desorganización comunal se sumaba la falta de identidad como nación, que es materia de otro tema. Pero necesario, para darnos cuenta de, cómo era el contexto en aquel entonces. Por estas razones, los únicos líderes que se tenían, eran caudillos, que luchaban por sus propias causas, es decir, el divorcio entre el Estado, como organización y la comunidad se acentuó. Teniendo como resultado, que estas comunidades eran dependientes de las oligarquías de aquel entonces. Se comenzaron a cobrar una “contribución de los indígenas” que fue suprimido por Castilla en 1854. Sin embargo esto, causo en los terratenientes, captura de tierras y mano de obra gratuita. Por lo que, en las postrimerías del siglo XX y finales del siglo XIX las revueltas no se hicieron esperar, además debemos tener en cuenta, la llegada de las Constituciones de México y la Alemana con el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, los sociales. Es a partir de este momento que se habla en los grupos intelectuales de “el problema indígena”. Tenemos que citar José Carlos Mariátegui, García Belaunde y Haya de la Torre, quienes dedujeron que el problema radicaba en la mala distribución de la tierra, parece raro, empero, parecería que estamos volviendo a vivir una situación caso igual, como si la historia fuera cíclica. Solo cabe hacernos la siguiente interrogante, debería volver a realizar una reforma agraria, como la que se suscitó en 1969.

1.2. Comunidades campesinas y nativas en las constituciones del siglo XX, constituciones políticas de 1920, 1933, 1979 y 1993

1.2.1. CONSTITUCIÓN DE 1920

ART. 58 estableció “el estado protegerá la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La

nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que le corresponden”

ART. 41 que: “reconoce la imprescriptibilidad de la propiedad de las comunidades indígenas”

1.2.2. CONSTITUCIÓN DE 1933

ART. 207 establecía: “ tienen existencia legal y personería jurídica”

ART. 208 que: “... que la propiedad de las comunidades estaba garantizada por el estado..”

ART. 209 que: “la propiedad de las comunidades son imprescriptibles, inalienables e inembargables salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización”.

1.2.3. CONSTITUCIÓN DE 1979

ART. 161 que: “que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica, además son autónomas en su organización. Trabajo comunal y uso de la tierra..”

ART. 163 que: “...inembargabilidad, e imprescriptibilidad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas así como la inalienabilidad...”

El régimen legal de las tierras comunales y las propiedades rurales en general tuvieron un tratamiento distinto a los demás derechos reales establecidos por el Código Civil.

1.2.4. CONSTITUCIÓN DE 1993

ART. 88 que: “El estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del estado para su adjudicación en venta”.

ART. 89 que: “Las comunidades campesinas y las nativas tiene existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.”

Como podemos apreciar si bien la constitución actual reconoce a las comunidades con personería jurídica con autonomía. Sin embargo al permitirse el Estado poder apropiarse de sus tierras que supuestamente están en abandono.

1.3. Comunidades campesinas y nativas en la legislación últimos 30 años

1.3.1. DURANTE EL PRIMER GOBIERNO DE ALAN GARCIA PEREZ 1985-1990

1. LEY 24656 LEY GENERAL DE COMUNIDADES CAMPESINAS

2. LEY 24657 LEY DE DESLINDE Y TITULACIÓN DE TERRITORIO COMUNAL (abril 1987)

Mediante estas leyes se definió “tierras comunales”, además realiza las distinciones de las tierras originarias, que incluye tierras eriazas, los adquiridos por derecho común y derecho agrario, y los adjudicados por reforma agraria.

Estableció que podían ser expropiados por necesidad o utilidad pública.

SOBRE LAS COMUNIDADES NATIVAS

1. Primera Ley de comunidades nativas Decreto Ley 20653

2. DECRETO LEY 22175 (1978)

3. DECRETO LEGISLATIVO 653 (1991)

Las comunidades nativas por su área de ocupación como es la selva tienen extensiones grandes por lo que se hace difícil la posibilidad de resguardarla porque se encuentra al acecho de las invasiones de los particulares para efectos de extracción de recursos forestales explotación de hidrocarburos y minerales.

1.3.2. DURANTE EL GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI 1990-2000

1. LEY 26505 LEY DE TIERRAS (1995)

La comunidades de las regiones costa y sierra podrían disponer libremente de sus tierras. Previamente regularizando su situación (artículo 10). Esta ley permitía la privatización individual de las tierras de comunidades campesinas y nativas. Además eliminó el límite de tamaño de la propiedad de la tierra y permitió la urbanización de las tierras de cultivo.

Por otro lado, mediante su reglamento se permitía la exploración de los recursos naturales sobre las tierras de las comunidades.

Cuando mediaba conflicto, y no había acuerdo se procedía a una servidumbre minera, a todas luces, transgresión del derecho de propiedad.

2. LEY 26845 LEY DE TITULACION DE TIERRAS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DE LA COSTA (1997)

Estableció que para la adjudicación individual de las tierras bastaba el acuerdo de la mitad de los comuneros para votar. Esta norma es contraria a la establecida por la Ley de tierras.

Además, en su sexta disposición complementaria y final señala. “el régimen jurídico de las tierras adjudicadas por la comunidades campesinas de la costa en Asamblea o por el PETT será el de la propiedad privada establecido en el Código Civil”. Esta norma no tiene en cuenta las distintas relaciones que se establecen dentro de la comunidad y como están son abordadas a través de su derecho consuetudinario que dicho sea de paso esta constitucionalizado tal derecho en el artículo 149. Por tal razón Eguren (2008) nos refiere: “hay una evidente inadecuación de la legislación oficial y de la tradición sobre la que se basa el derecho romano y el código napoleónico, con la realidad comunal que se sustenta en usos costumbres y tradiciones, que finalmente componen sistemas normativos diferentes”(112).

3. DECRETO LEY N° 25902

Mediante el cual se crea el PETT (Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural) su objetivo era realizarlas acciones necesarias para perfeccionar la titulación incluso llevando a cabo el deslinde.

1.3.3. DURANTE EL GOBIERNO DE ALEJANDRO TOLEDO 2001-2006

1. LEY 28259

Sobre reversión a favor del Estado de los predios rústicos adquiridos a título gratuito.

2. LEY 28667

Declaraba la reversión a favor del Estado de los predios rústicos adjudicados a título oneroso con fines agrarios ocupados por asentamientos humanos.

3. LEY 28685

Regula la declaración de abandono legal de las tierras de las comunidades campesinas de las costas ocupadas por asentamientos humanos y otras formas informales de posesión.

4. LEY 28687

De desarrollo y complementaria de la formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos.

1.3.4. DURANTE EL SEGUNDO GOBIERNO DE ALAN GARCIA 2007-2011

1. DECRETO LEGISLATIVO 1090 Ley Forestal y de fauna silvestre

Durante el gobierno de Toledo se firmó el acuerdo del TLC con estado Unidos en el marco de este acuerdo y su entrada en vigor en 2009 se emitieron sendos decretos legislativos, autorizados por el legislativo a favor del ejecutivo, siendo uno de ellos el DECRETO LEGISLATIVO 1090 Ley Forestal y de fauna silvestre que trajo genero un conflicto conocido por todos como el BAGUAZO, con esta norma se facilitaba el cambio de uso de suelo de áreas de bosque a áreas de uso agrícola. Para que pueda entenderse que esta clase de normas generan conflictos de quienes deberían ser los que resguarden los derechos, y tras el violento enfrentamiento se procedió a su derogatoria.

2. DECRETO LEGISLATIVO 994

El que autoriza que se entregue a particulares tierras eriazas de propiedad del Estado para obras de irrigación, vía venta u otra forma de contraprestación, cuando antes era el Estado el ejecutor y solo de forma excepcional entregaba a particulares.

3. DECRETO LEGISLATIVO 1089

Mediante el cual se le otorga a COFOPRI (Organismo de formalización de la propiedad informal) la tarea de saneamiento de la propiedad. Excluyéndose así de esta tarea a municipios y dependencias regionales del Ministerio de agricultura y gobiernos regionales.

1.4. El derecho de propiedad y las comunidades campesinas y nativas

El concepto de propiedad que se tiene en estas comunidades no es la misma que tenemos respecto de la aplicación del derecho civil, este derecho que tiene como antecedente inmediato al derecho romano, cuya interpretación la hemos plasmado en nuestros códigos y que en resumen se puede decir que está compuesta por los atributos de disponibilidad, uso y disfrute. Aun cuando este disfrute o uso sea de más de dos personas, que podría constituirse en una copropiedad o el uso y disfrute de una personas jurídicas.

La concepción respecto del uso de las tierras en el derecho de las comunidades y de acuerdo a sus costumbres es distinta, por cuanto, como bien refiere Peña (2013) “La propiedad de estas, no es un bien de cambio, sino

un bien de uso: es un bien para servirse del mismo, para usufructuar pero no para transferir o negociar” (p. 202). Aun cuando actualmente las comunidades inducidas por el Estado han procedido a vender sus tierras creando problemas al interior de la comunidades. Teniendo en cuenta lo escrito sobre identidad, sobre este concepto Delgado (1995) manifiesta “debemos tomar en cuenta que el derecho de propiedad (como nosotros lo conocemos) no es el único tipo de titularidad que se puede establecer sobre un bien; los property rights pueden tener diferente forma y naturaleza” (p. 399).

1.4.1. CARACTERISTICAS DE LA PROPIEDAD

1. IMPRESCRIPTIBLE

Respecto de la prescripción podemos decir que es aquella forma originaria de apropiación, mediante la cual una persona o varias puedan acceder a un bien y puedan por el plazo legal establecido poder ser declaradas propietarias. Hecha la precisión basta comprender que la Constitución ha establecido la prohibición de respecto de que cualquier tercero pueda pretender aducir propiedad a través de la prescripción.

Sin embargo uno de los problemas, por tanto pasible de resolución de conflictos es la falta de titulación de las tierras a efectos de argüir la imprescriptibilidad y es justo donde es necesaria la actuación de los Registros Públicos. Pero debemos tener en cuenta que la actuación de registros es respecto de los denominados segundos actos que puedan realizar las comunidades, por cuanto si bien no somos entes que otorgamos propiedad, sino que su actuación se determina por los primeros actos que desarrollen organismos especializados y determinados para la inmatriculación de las tierras a favor de las comunidades.

De acuerdo a los gobiernos de turno, estos organismos otorgantes de títulos han tenido y tienen distintas denominaciones podemos citar al PETT (PROYECTO DE TITULACION DE TIERRAS), COFOPRI (COMISION DE FORMALIZACION DE PROPIEDADES).

2. INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD DE LA PROPIEDAD COMUNAL

Sobre estas dos características podemos que decir que la actual Constitución de 1993 no las ha reproducido. Dejándolas de lado, pero podemos advertir respecto de la inalienabilidad, por ejemplo si bien establecía que estas no podían ser vendidas a terceros. Claro está porque las comunidades tienen una concepción diferente sobre la tenencia de las tierras. Sin embargo, con la eliminación de esta característica en la Constitución induce a las comunidades poder vender sus tierras. Abriéndose la posibilidad de un mercado de tierras o quizá ese mercado que ya existía estaba a la espera de

su posibilidad, actual concentración de manos de grandes empresas, caso costas peruanas.

Respecto de la inembargabilidad, podemos decir, que su sustrato lo encontramos en su carácter de inalienable, por ser de naturaleza colectiva, propiedad de todos y de nadie. Aun cuando hoy en día, esa característica ya se ha occidentalizado, de tal forma, que se habla de las parcelas. Pero en el fondo se trata de salvaguardar el derecho de todos y cada uno de los comuneros.

3. ABANDONO DE LAS TIERRAS

Es muy difícil comprender que una comunidad abandone sus tierras, esto supondría que quizá estemos ante una desintegración de una comunidad como consecuencia de conflictos internos dentro de la comunidad. Situación que no se ha presentado en el transcurrir de los años. Por esta razón, podríamos quizá decir, que la referencia que hace la Constitución al respecto dista mucho de la realidad.

No olvidemos que las comunidades y como lo venían haciendo siempre dejan descansar a la tierra, a la que denominan rotación de áreas de cultivo.

1.4.2. *PLURALISMO JURIDICO*

Cuando se revisa la doctrina podemos advertir que ella nos conduce por los conflictos que se presentan entre el derecho oficial y el derecho consuetudinario, como es el caso de las comunidades indígenas (campesinas y nativas). Para un mayor entendimiento recurrimos a de Trazegnies (1993) para quien: “el problema del pluralismo jurídico es el problema de la multiculturalidad, porque de alguna manera, la cultura se expresa a través de su propio sistema jurídico. Por consiguiente, donde hay varias culturas hay varios derechos. Y la aplicación por la fuerza de un derecho ajeno a la cultura del grupo, es sentida evidentemente como un acto de opresión.”(p.13). Como podemos apreciar, las comunidades dentro de su quehacer jurídico definitivamente aplican su derecho consuetudinario y sobre todo en cuanto al uso de su tierras, como podremos darnos cuenta más adelante. Entonces si el estado no se proyecta en el sentido de reconocer este pluralismo, esto se traduce como una causa, más, de conflictos que deben ser resueltos, en lo que a nuestro trabajo corresponde, como es el derecho de propiedad.

De Trazegnies (1993) reconoce que si existe un cierto grado de pluralismo en la ley 22175 sobre comunidades nativas “al permitir que se resuelvan ciertos conflictos a nivel de las comunidades por sus propias autoridades y de acuerdo a su propia ley” (p. 52).

1.4.3. *CONVENIO 169 OIT*

El convenio 169 de la Organización del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 fue ratificada por nuestro país el 2 de febrero de 1994 (Resolución Legislativa Nro. 26253). Este dispositivo, con rango constitucional, confiere derechos a las comunidades campesinas o nativas, por cuanto se refiere a derechos humanos. Este convenio además establece los conceptos de Pueblos indígenas o pueblo tribal, agregando las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o amazónicas. Así tenemos:

“Artículo 1

1. El presente convenio se aplica:

- a). a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b). a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender por poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserve todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad [indígena] o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.

3. La utilización del término (pueblos) en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicancia alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

Definitivamente, este Convenio hace un reconocimiento a su derecho consuetudinario que se ha ido aplicando a lo largo de su existencia y además de ello nos refiere sobre su identidad, de tal forma que, se tiene en cuenta sus orígenes que son propias del lugar donde se encuentran que a través de la historia se han desarrollado.

Respecto de sus recursos naturales este convenio también ha previsto su amparo en el “ARTICULO 15

- 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Por tanto, los gobiernos de turno deberán cumplir con la consulta que incluso esta norma remarca, que debería ser previa a cualquier actividad que se quiera iniciar en las tierras de las comunidades, posiblemente afectadas. Con la consiguiente indemnización en caso que puedan sufrir algún daño. Gonzales (2017) “Posteriormente, con fecha 13 de setiembre de 2007, la Asamblea General de la ONU, adoptó una declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas” (p. 283)

1.4.4. IDENTIDAD CULTURAL

En nuestra constitución se ha reconocido el derecho a la identidad en el artículo 2 inciso 19, “a su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”, la misma que se encuentra en la parte dogmática en resguardo de los derechos fundamentales.

Si bien es cierto las actividades económicas de estas comunidades están ligadas a la realización de intercambios; siendo en el caso de las comunidades andinas propias de acuerdo a su geografía, la ejecución de actividades relacionadas a la ganadería y agricultura así como en el caso de las comunidades nativas siendo sus actividades las agricultura, y el aprovechamiento de sus bosques y ríos.

Por tanto, esa identidad es el sustento de todas sus actividades, por lo que es imperativo el respeto que deben presentar las autoridades del Estado. Y como bien los describe Peña (2013) “entendida como su universo espiritual”(p.205).

1.4.5. LA PROPIEDAD COMUNAL Y LOS RECURSOS NATURALES

Conforme se puede apreciar los recursos naturales que son propios de las comunidades están también protegidos por la Constitución en el artículo 66. “los recursos naturales renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se

fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

Si bien los recursos son los bienes que se encuentran tanto en los ríos, lagos, bosques y respecto de los que se encuentran dentro de las tierras de las comunidades, el estado ha establecido que tiene soberanía sobre los mismos, dejando de lado la autonomía de las comunidades y en perfecta contradicción con lo señalado en el artículo 89 de la referida Constitución. Cuando se habla de concesiones estaríamos ingresando al terreno de los conflictos con las comunidades, por cuanto si bien les correspondería a ellas decidir el destino de sus bienes, en tanto, que estas decisiones son las que van a repercutir en su vida económica y ambiental probablemente. Punto analizado en el parte pertinente al Convenio 169 de la OIT.

Respecto de la gobernanza y las posibles disposiciones que se pudieran dar al respecto Diez (2018) refiere: “este ejercicio de gobierno colectivo de la tierra debería ser complementado con un análisis paralelo a las formas y mecanismos de gobierno y organización de los colectivos campesinos, indígenas, ... detentores de la tierra, tributarios estos de procesos históricos y tradiciones culturales, así como de la larga historia de defensa y aprovechamiento de tierras y territorios”.(p. 98)

1.5. Reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas

1.5.1. PERSONERÍA JURÍDICA

En el derecho peruano este reconocimiento se plasma en el artículo 135 del Código Civil: “para la existencia legal de las comunidades se requiere además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.”

Respecto de las comunidades campesinas su personería jurídica está ampliamente determinada en la Ley General de comunidades Campesinas Ley 24656 y respecto de las comunidades nativas la encontramos en el artículo 7 del Decreto Ley N° 22175,

Ahora bien, conforme el repaso que hicimos de la historia la existencia de estas comunidades como tales es de larga data y su consagración legal, en términos actuales de derecho común, si bien es reciente, no por eso podemos decir que a partir de esta existen.

Como bien lo establece Gonzales (2017) “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 existen desde tiempo remoto”(p. 267)

1.6. Causas generadoras de conflictos

1. CONCENTRACION DE LA TIERRA: PROBLEMÁTICA DE LAS COSTAS PERUANAS, PROYECTOS DE IRRIGACIÓN

Con la llegada al gobierno de Alberto Fujimori las políticas públicas se adecuan al liberalismo que implantó a través de la Constitución de 1993. Más aún con la dación de la Ley de Tierras autorizando a las empresas la posibilidad de ser propietarias de cualquier tierra, aún estas sean comunales, además elimino el límite máximo de propiedad.

Para mencionar uno de esos proyectos y la forma como han sido manejados por el gobierno de turno podemos citar el proyecto Olmos cuyas tierras fueron subastadas en el año 2013, en módulos de 250 a 500 hc.. Constituyendo una afrenta para los comuneros o la misma comunidad si deseaban adquirir tierras, que de acuerdo a Eguren (2018) “para acceder a un módulo de 250 hectáreas se requería 2 millones 250 mil dólares monto por encima de las posibilidades de inversionistas individuales...la subasta fueron sentidas como una burla a esas aspiraciones”(p. 110). Siendo una de las beneficiadas el grupo Gloria.

2. CONCESIONES DE TIERRAS

BIOCOMBUSTIBLE

Permitiéndose la producción de la caña de azúcar para la producción de etanol, así también en la selva la producción de palma aceitera. Siendo una de las zonas afectadas el departamento de Ucayali. Siendo el grupo Romero la beneficiada.

CONCESIONES FORESTALES, MINERAS, Y DE HIDROCARBUROS

Respecto de este tipo de actividades realizadas por el Estado, Eguren: “uno de los problemas de las concesiones es que son otorgadas sobre bosques que forman parte del espacio utilizado por las poblaciones nativas para su reproducción”. (p. 119)

Estas actividades han puesto el riesgo no solo respecto de sus derechos de propiedad de las comunidades, sino aún más de su supervivencia de sus vidas, con la contaminación que generan. Además, la problemática se centra en las superposiciones de sus tierras con las concesiones otorgadas por el Estado.

II. PAPEL DE LOS REGISTROS PUBLICOS RESPECTO DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

En todo esta recapitulación del problema de la propiedad de las comunidades el papel de los registros públicos una vez más lo repetimos es

después de que los organismos emitan los dispositivos legales tanto del reconocimiento como personas jurídicas, por tanto, personas con derechos; aun cuando tenemos conocimiento que su existencia como tales datan de tiempos remotos. Ahora bien, respecto de sus derechos de propiedad, estos también se regían por su derecho consuetudinario y si aplicamos las leyes del derecho común como son la posesión, la prescripción largamente las superaron.

En este contexto, registros adecuando las necesidades de las comunidades la Superintendencia de Registros Públicos aprueba la primera directiva N° 005-2001-SUNARP/SN sobre comunidades nativas. En 2013 se publica la DIRECTIVA N° 005-2013, que regula los actos y derechos de las comunidades campesinas entrando en vigencia el 18 de febrero de 2014.

La ley 26366 en su artículo 10 le faculta a la SUNARP dictar normas de inscripción y publicidad de los actos en concordancia con el artículo 2009 del Código Civil que establece el régimen legal de los registros públicos.

Además en 2013 se aprobó el Reglamento de Inscripciones de Personas Jurídicas aprobado por Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN.

En julio 2014, la SUNARP, en el marco de la política de inclusión social de aquel entonces emite la GUIA GENERAL PARA LA INSCRIPCION DE ACTOS Y DERECHOS DE LA COMUNIDADES NATIVAS. Asimismo, en abril de 2016, publica la GUIA GENERAL PARA LA INSCRIPCION DE ACTOS Y DERECHOS DE LA COMUNIDADES CAMPESINAS, siendo los objetivos específicos de ambas guías:

1. Generar un documento de consulta y apoyo en el que se establezcan las recomendaciones y pautas para facilitar la inscripción de los actos y derechos de las comunidades.
2. Proponer modelos de constancias de convocatoria, quorum, entre otros documentos que permitan la inscripción de os actos y derechos de las comunidades.
3. Proponer un modelo referencial y sencillo de estatuto que simplifique su elaboración y contribuya al trámite de títulos adecuados.
4. Reducir las observaciones registrales que se podrían generar en el proceso de inscripción de los actos y derechos de las comunidades.
5. Establecer medidas adecuadas al contexto y necesidades de las comunidades para una correcta función registral que haga más fácil y viable la inscripción de sus actos y derechos en los Registros Públicos.

EN CUANTO A SU CONTENIDO:

Están referidos a los dos registros como son el de Personas Jurídicas y el Registro de Predios en sus 14 oficinas descentralizadas las mismas que además cuentan con oficinas receptoras y registrales.

Se debe tener en cuenta una vez más que el papel del Registros Públicos, no es el titular a las comunidades, registros colabora decididamente en el registro de lo encomendado por las entidades tituladoras así como en la calificación de los documentos en virtud de los principios registrales tales como el principio de legalidad, tipicidad, principio de legitimación, entre otros.

ACTOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE EN REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS:

1.- RECONOCIMIENTO, que es de la personería jurídica, que en ambos casos las emite la Dirección Regional Agraria del Gobierno Regional o el órgano competente. En su caso la constancia de inscripción administrativa.

2.- Elección de sus representantes.

3.- Empresa comunal

4.- Estatuto

5.- Rondas comunales

6.- Resoluciones judiciales

ACTOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE EN REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS:

1.- INMATRICULACION, mediante el cual se realiza la primera inscripción de propiedad. Mediante el título de propiedad otorgado por la Dirección Regional Agraria, plano de demarcación territorial con la memoria descriptiva elaborada y visada por la autoridad competente, deben constar las áreas de propiedad, de cesión en uso y de áreas de protección.

CONCLUSIONES

1.- Del estudio realizado podemos arribar a la desesperanza que todos los gobiernos de turno han procedido otorgando prerrogativas, facilidades a grandes empresas en desmedro de los derechos fundamentales como son la propiedad, la identidad, la vida de las comunidades campesinas y nativas, en términos generales la dignidad de las comunidades.

2.- La concentraciones de tierras que estamos viviendo en estos momentos, no es un caso aislado de nuestro país, porque si se ha firmado un TLC con un país como Estados Unidos, quiere decir que todos los países de nuestra orbe, también están padeciendo el mismo fenómeno

en menor o mayor media conforme tenga personas a quienes se les están conculcando sus derechos.

- 3.-No solo los Estados deberían estar preocupados por la protección de los derechos de las comunidades sino también los organismos internacionales, como son la ONU con la adopción de declaraciones, como la realizada en el año 2007.
- 4.-Definitivamente, el modelo neoliberal que adopto la Constitución de 1993 tiene como rasgo característico el de facilitar la invasión, por no decir, inversión extranjera. De tal forma, que los nativos somos ahora los serviles de las grandes industrias, como si el tiempo solo volviera de nuevo al mismo lugar donde comenzamos y solo damos vueltas en círculos. Porque lo único que queda es nuevamente vislumbrar un nuevo contrato social, ese que fue parte de una revolución donde el hombre se dio cuenta de que necesitaba de reconocimiento de sus derechos fundamentales, esos que hoy nuevamente los estamos perdiendo, y será quizá otro modelo el que nos haga recuperarlo mediante otro “contrato social”.
- 5.-En nombre de la modernidad, aun, se están llevando a cabo actividades en perjuicio de las comunidades. Con la autorización de venta de los territorios de las comunidades tanto campesinas como nativas, en el fondo lo que se busca es extinguir esta forma de organización social. La consecuencia a largo plazo será el necesario replanteo “nuevamente” de la redistribución de las tierras, más aún con la explosión demográfica, la explotación laboral.
- 6.-En este contexto, Registros Públicos, ha sido resiliente a la normatividad sobre comunidades, de tal manera, que ha respondido en la justa medida, que requieren ser atendidos y guiados en la prosecución y defensa de sus derechos de las comunidades. Sería necesaria, que se nos permita una participación más activa a los Registros Públicos, en el marco de la interoperabilidad que es parte de las políticas públicas de estos tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

- Baca, J. (2013). Reflexiones sobre el derecho de propiedad. Alegatos (83), 55-74. Recuperado de: www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/76/83-04.pdf
- Baciero F. (2012). El concepto de derecho subjetivo y el derecho a la propiedad privada en Suárez y Locke. Anuario Filosófico (2), 391-421.
- Borda, G. (2003). Tratado de derecho civil. (4a ed.). Tomo I: Derechos reales Buenos Aires: Editorial Perrot.

- Bonilla, H. (1988). Comunidades indígenas y estado nación en el Perú. (2a ed.). Comunidades Campesinas cambios y permanencias. Lima: Centro de estudios sociales.
- Burneo, Z. (2011). El proceso de concentración de la tierra en el Perú. Lima: cepes.
- Cristi R. (2007). Propiedad y derechos subjetivos. Anuario Filosófico 40(1):19-45.
- Delgado, E. (1995). Propietarios de su destino. En: Revista de derecho PUCP, N° 49, diciembre 1995.
- De Trazegnies, F. (1993). Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional. Lima: Editorial Caaap-Ser.
- Diez, A. (2018). El gobierno colectivo de la tierra en américa Latina. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru.
- Eguren, F y otros (2018). ¿Liberalismo o mercantilismo? Concentración de la tierra y poder político en el Perú. Lima: CEPES.
- Eguren, F. (2008). Los derechos de propiedad sobre la tierra en las comunidades campesinas. Lima: cepes.
- García, J. (2005). Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. (2° ed.) Tomo I. Madrid: Editorial Civitas.
- Gonzales, G. (2017). Estudios de propiedad rural, de derecho agrario y de aguas. Lima: jurista editores E.I.R.L.
- Laos, A. (2004). Las comunidades campesinas en el siglo XXI. Lima. Grupo Allpa.
- Peña, A. (2013). Las comunidades campesinas y nativas en la constitución política del Perú: un análisis exegético del artículo 89° de la constitución.
- Recuperad de: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12800
- Peña, M. (1999). Derechos reales. Derecho hipotecario. (3° ed.). Tomo II. Madrid: J. San José.
- Wiener, E. (2011). La concentración de la propiedad de la tierra en América Latina: una aproximación a la problemática actual. Lima: Cisepa.
- Constitución Política del Perú. (1993). Lima: Congreso de la República.
- Recuperado del sitio de internet del Congreso de la República del Perú: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: SU ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL PERÚ A LA LUZ DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT

César Antonio Maquera Maquera¹
XXI Congreso Mundial de Derecho Registral

RESUMEN: El problema de muchos años que siempre ha estado presente en todos los gobiernos, es la forma de gobernanza dentro de los pequeños Estados, llamados Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas o Comunidades Indígenas, bajo las reglas del derecho consuetudinario, con una variedad de costumbres y tradiciones, su forma de vida, solución de conflictos, administración y transferencia de sus tierras; al respecto, nuestro país reconoció su existencia legal e institucional a partir de la Constitución de 1920, seguida de las constituciones de 1933, 1979 y 1993, alcanzando más adelante a los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

Con el transcurso del tiempo, se ha logrado garantizar el derecho de propiedad de las tierras comunales, nativas e indígenas, reconociéndolos como autónomos en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como el respeto de su identidad étnica y cultural; implementándose con una diversidad de normas y directivas para la libre circulación de sus tierras, con la intervención de diversas instituciones, que abarcó desde la reforma agraria hasta el día de hoy, con el único propósito de reconocer, formalizar y otorgar títulos de propiedad, distribuidas en todo el extenso territorio, desde la costa, sierra y selva; sin embargo, una de las mayores preocupaciones es la libre disposición de sus tierras, que ha generado una serie de incertidumbres dentro de las comunidades, como la de conservar el íntegro del territorio o individualizarla a favor de sus integrantes, para luego transferirlos a terceros interesados; que para ésta última situación, proponemos nuevos mecanismos que busca brindar seguridad jurídica sobre los espacios habitados por los miembros de la comunidad, sin ser independizados del terreno matriz que se halla inscrito en los Registros Públicos.

¹ Nació en Puno - Perú (1978), estudió Derecho en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, obteniendo el Grado de Magister en Derecho, con mención: Derecho Constitucional y Procesal Constitucional; desempeñándose como Docente en la misma Universidad (2012-2016); laboró en la Notaría Pública del que en vida fue Darwin Jonhson Gallegos Paz (2003-2015); y, actualmente forma parte del equipo de analistas registrales de la Zona Registral N° XVI – Sede Ayacucho.

SUMMARY: The problem of many years that has always been present in all governments, is the form of governance within small States, called Peasant Communities, Native Communities or Indigenous Communities, under the rules of customary law, with a variety of customs and traditions, their way of life, conflict resolution, administration and transfer of their lands; In this regard, our country recognized its legal and institutional existence from the Constitution of 1920, followed by the constitutions of 1933, 1979 and 1993, later reaching the indigenous peoples in isolation and in a situation of initial contact.

Over time, it has been possible to guarantee the right of ownership of communal, native and indigenous lands, recognizing them as autonomous in their organization, in communal work and in the use and free disposal of their lands, as well as respect of their ethnic and cultural identity; implemented with a diversity of rules and directives for the free circulation of their lands, with the intervention of various institutions, ranging from land reform to today, with the sole purpose of recognizing, formalizing and granting land titles, distributed throughout the extensive territory, from the coast, mountains and jungle; However, one of the biggest concerns is the free disposition of their lands, which has generated a series of uncertainties within the communities, such as conserving the entire territory or individualizing it in favor of its members, and then transferring them to interested third parties; that for this last situation, we propose new mechanisms that seek to provide legal security over the spaces inhabited by the members of the community, without being independent of the parent land that is registered in the Public Registries.

1. DEFINICIONES BÁSICAS

Para comprender mejor nuestra ponencia, son necesarias conocer algunas definiciones básicas que se utilizarán a lo largo del desarrollo, con respecto a la restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas.

1.1 *Pueblos Indígenas*

Pueblo Indígena u Originario, es aquel “pueblo que descende de poblaciones que habitan en el país en la época de la colonización y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. (...)”.² **Los pueblos indígenas**, “son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) ins-

² Art. 3°, num. k) del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

tuciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena”³.

1.2 Pueblos Indígenas en situación de aislamiento

“Pueblo indígena, o parte de él, que no desarrolla relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, ha optado por descontinuarlas”⁴.

1.3 Pueblos indígenas en situación de contacto inicial

“Pueblo indígena, o parte de él, que en base a su decisión se encuentra dentro de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional”⁵.

1.4 Reservas indígenas

Son espacios geográficos o tierras “*delimitadas por el Estado, a través de un Decreto Supremo, en favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos. Las reservas indígenas gozan de intangibilidad transitoria en tanto continúe la situación de aislamiento y contacto inicial*”⁶.

1.5 Pueblos tribales

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un **pueblo tribal** es “un pueblo que no es indígena a la región (que habita) pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”⁷.

³ Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica – Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT.

⁴ Art. 3°, num. j) del D.S. N° 008-2016-MC.

⁵ Art. 3°, num. k) del D.S. N° 008-2016-MC.

⁶ Art. 3°, num. n) del D. S. N° 008-2007-MIMDES, Reglamento de la Ley para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, modificada por el D.S. N° 008-2016-MC.

⁷ Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam, sentencia de fondo del 28/11/2007.

1.6 Comunidades Campesinas y Nativas

Al respecto encontramos tres definiciones que variará su **naturaleza jurídica** de acuerdo a la evolución del tiempo:

- a) **El Código Civil (1984)**, en su Art. 134, define: “**Las Comunidades Campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público**, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral”.
- b) **Ley General de Comunidades Campesinas (1987)**, aprobado mediante **Ley N° 24656**, define en su Art. 2°, como “**organizaciones de interés público**, con **existencia legal y personería jurídica**, integrado por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal y la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país”.
- c) **Constitución Política del Perú (1993)**, en su Art. 89°, ratifica lo que la Ley había reconocido: “**Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas**. Son autónomos en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo. (...)”.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

2.1 Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

Firmado en Ginebra el 27 de junio de 1989, viene a ser el instrumento jurídico internacional vinculante para aquellos países que hayan ratificado su contenido; en el caso peruano, fue aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26253 el 05 de diciembre de 1993, ratificada el 17 de enero de 1994 y vigente a partir de 2 de febrero de 1995.

2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Esta declaración, fue aprobada en Asamblea General de la ONU, el 13 de setiembre del 2007, a raíz de las violaciones e infracciones de los derechos humanos cometidas contra los derechos de los pueblos indígenas en

todo el extenso territorio del planeta, afirmando y reafirmando la igualdad y libertad de estos pueblos, fundada en su origen y tradiciones ancestrales, donde recuerda un prototipo de derechos que debería ser respetadas, tales como: a la libre determinación, derechos a la autonomía en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones, derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, derecho a fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales y filosofías propias, derecho a sus propias medicinas tradicionales, derechos a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente ha poseído u ocupado y utilizado, derecho a mantener sus conocimientos tradicionales y otros derechos establecidos.

2.3 Otros Instrumentos jurídicos a nivel internacional

A nivel internacional existe otros convenios y declaraciones que reconocen y protegen a los pueblos indígenas, tales como El Programa 21 y la Declaración de Río (1992), Convenio sobre la Diversidad Biológica (1993), Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (1994), Declaración de Cancún (1992), Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), Declaración de Atitlán (2002), Declaración de Anchorage (2009) y entre otras.

Asimismo, tenemos aquellos referidos a los derechos humanos, que no podemos dejar de mencionarlos, tales como: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963), Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO (1995), Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001) y entre otros.

Finalmente, podemos encontrar algunos mecanismos que abordan netamente ceñida a los pueblos indígenas: Grupo de Trabajo sobre los pueblos indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1982), Informe Cobo: estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas (1987), los años (1995-2004), fue proclamado por la Asamblea General, como: Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo; el 2000 se crea el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, el 2002 se establece la primera reunión anual del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones

Indígenas; los años 2005-2010, fue declarado como el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo.

2.4 Decisiones relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del derecho a la propiedad comunal

- a) **Caso Comunidad Nayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua.** Sentencia de Fondo del 31/08/2001, f. 151 “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. *Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”.
- b) **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay,** la interpretación de sentencia de fondo, f. 32, la corte señaló: “*Los párrafos 215 a217 de la Sentencia de fondo emitida por el Tribunal en el presente caso establecen que el Estado está obligado a identificar el territorio tradicional de la Comunidad Yakye Axa, delimitarlo, demarcarlo, titularlo y entregarlo gratuitamente a la Comunidad en el plazo máximo de tres años (...)*”
- c) **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay,** en una sentencia de fondo del 29/03/2006, la Corte en su fundamento 130 señaló: “*Consecuentemente, conforme a la propia legislación paraguaya, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tiene el derecho a solicitar que se les devuelva sus tierras tradicionales, aun cuando éstas se encuentren en manos privadas y no tengan plena posesión de las mismas*”.

3. VISIÓN PANORÁMICA SOBRE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA COMUNIDADES INDÍGENAS A LA LUZ DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT

Hasta antes de que se aprobara el Convenio N° 169 de la OIT, ya el Perú había avanzado en el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas, plasmando por primera en la **Constitución de 1920**, seguida luego de las **Constituciones de 1933, 1979 y 1993**.

3.1 Constitución Política del Perú de 1920

Luego de los movimientos sociales de las comunidades indígenas por la lucha de su reconocimiento y protección, la **Constitución de 1920**, me-

dante su Artículo 58°, terminó reconociendo a las **comunidades indígenas** con el tenor siguiente: “**El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan**”.

3.2. Constitución Política del Perú de 1933

Con la dación de esta Constitución, además del reconocimiento de la existencia legal de las comunidades indígenas, incorpora la inscripción en el registro para el reconocimiento de su personería jurídica, así lo recalca en el siguiente artículo: “Art. 193.- Son atribuciones de los Concejos Departamentales además de las que señala las leyes, las siguientes: (...) 9. Inscribir oficialmente a las Comunidades de indígenas, conforme a la ley, en el Registro correspondiente, para el efecto de reconocerles personería jurídica; y, 10.- Proteger a las Comunidades de indígenas; levantar el censo y formar el catastro de las mismas, y otorgarles conforme a la ley, a las que no los tenga, los títulos de propiedad que soliciten. (...)”; asimismo, se estableció que la propiedad de las comunidades es **imprescriptible, inenajenable e inembargable**⁸.

3.3. Constitución Política del Perú de 1979

Esta Constitución, además de reconocerle su existencia legal y personería jurídica, les cambia la denominación de comunidades indígenas a comunidades campesinas y nativas, dotándoles además de autonomía en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así se desprende de su Art. 161°, “**Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica**. Son autónomos en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y lo administrativo dentro del marco que la Ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes”.

Con respecto a las tierras de estas comunidades, el Estado les declaró como **inembargables e imprescriptibles**. También son **inalienables**, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los comuneros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con previo

⁸ Art. 209 de la Constitución de 1933.

pago en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad⁹.

3.4 Constitución Política del Perú de 1993

Mediante esta norma suprema, se reconoce mediante el **Art. 2º, inc. 19)**, que: **“Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural por el que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”**. Por otro lado, en su **Artículo 89º**, los constituyentes establecieron que: **“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomos en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la Ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”**.

Luego de que el Estado peruano ratificó el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, mediante **Resolución Legislativa N° 26253**, se emiten una serie de normas que salvaguardan los derechos protegidos por este Convenio, iniciando con el reconocimiento a los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, con el fin de establecer un régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana.

3.5 Normas protectoras a raíz de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT

- a) **Ley N° 28736** – Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, publicada en el diario oficial El Peruano (18-05-2006).

Esta Ley, viene a ser la primera norma especializada a la luz del Convenio N° 169 de la OIT, que protege los derechos de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana, en situación de aislamiento y contacto inicial, con el fin de garantizar el derecho a la vida, a la salud, su existencia e integridad. Además, esta normativa fortalece aquellas reservas territoriales creadas antes de la vigencia de esta Ley.

- b) **Ley N° 29785**, Ley de derecho a la consulta previa los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicada en el diario oficial El Peruano (07-09-2011), que desarrolla el contenido, los principios y el

⁹ Art. 163 de la Constitución de 1979.

procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.

- c) **D.S. N° 008-2007-MIMDES**, mediante esta disposición se aprueba el Reglamento de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, donde desarrolla la Ley N° 28736 y establece mecanismos de protección de los derechos de los pueblos indígenas.
- d) **D.S. N° 005-2016-MC**, mediante esta norma se dispone la inscripción de reservas indígenas en el Registro de Predios de los Registros Públicos, en el Marco de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.
- e) **D.S. N° 008-2016-MC**, por el que se modifican Reglamento de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES.
- f) **D.S. N° 002-2018-MC**, recientemente publicada en El Peruano, 16/3/2018, mediante este Decreto Supremo se declara el reconocimiento de los pueblos indígenas matsés, remo (isconahua) y marubo en situación de aislamiento y otros pueblos indígenas en situación de aislamiento, cuya pertenencia étnica no ha sido posible identificar, correspondiente al ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Yavarí Tapiche y de los pueblos indígenas matsés, matis, korubo o kulinapano y flecheiro (takavina) en situación de aislamiento, del ámbito de la solicitud para la creación de la Reserva Indígena Yavarí Mirim, ubicados en la Región de Loreto.
- g) **Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 112-2017-SUNARP/SN**, que aprueba Directiva que establece el procedimiento y requisitos para la inscripción de las Reservas Indígenas en el Registro de Predios.

3.6 Procedimiento de inscripción de reservas indígenas

a) Formas de Inscripción

De acuerdo al **Art. 1° del D.S. N° 005-2016-MC**, existe dos formas para inscribir las reservas indígenas: “a) Cuando el predio o predios ubicados en el ámbito geográfico de la reserva indígenas se encuentran registrados, la reserva indígena se extenderá como carga en las

respectivas partidas registrales. En el asiento respectivo se precisará si la reserva indígena afecta el predio total o parcialmente, en este último caso se consignará la extensión superficial afectada. b) Cuando en el ámbito geográfico de la reserva indígena se encuentren predios no inscritos, el registrador procederá a abrir una partida registral provisional en la que se extenderá la anotación preventiva de la reserva indígena. En este caso se abrirá una única partida, incluso si existiera solución de continuidad en las áreas no inscritas”.

b) Requisitos

La norma citada, establece tres requisitos para la inscripción de la carga o anotación preventiva de reservas indígenas:

- Solicitud del Viceministerio de Interculturalidad
- Copia del Decreto Supremo de categorización o de adecuación de la Reserva Indígena.
- Plano y memoria descriptiva correspondiente.

c) Contenido del asiento, renovación y cancelación

En cuanto al contenido del asiento de inscripción, renovación o cancelación de la reserva indígena, lo podemos ver con mayor detalle en los artículos 3° y 4° del D.S. N° 005-2016-MC.

d) Reservas indígenas existentes

Mediante Disposición Complementarias y Transitorias del D.S. 08-2016-MC, se ha identificado a las siguientes reservas territoriales existentes:

- Reserva territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG.
- La Reserva territorial del Estado a favor pueblos indígenas en aislamiento ubicados en el departamento de Madre de Dios, creada por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG.
- La Reserva territorial “Mashco-Piro”, creada por Resolución Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA.
- La Reserva territorial a favor del Grupo Étnico Murunahua, creada por Resolución de la Dirección Regional Agraria N° 189-97-CTARU.

La Reserva territorial a favor del Grupo Étnico Ishconahua, creada por Resolución Directoral Regional N° 201-98-CTARU/DRA-OAJ-T.

4. INICIATIVAS LEGISLATIVAS

En los dos últimos años, durante el Gobierno de **Pedro Pablo Kuczynski**, los miembros del parlamento, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confieren el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, han presentado una lista de Proyectos de Ley, referidos a los pueblos indígenas, las mismas que enumeramos en el siguiente orden:

4.1 Proyecto de Ley N° 797/2016-CR,

promovida por César Henry Vásquez Sánchez, donde pretende reformar el Art. 149° de la Constitución Política, incorporando las funciones jurisdicciones a las **rondas campesinas** autónomas dentro de sus territorios.

4.2 Proyecto de Ley N° 925/2016-CR,

presentada por Miky Joakin Dipas Huamán, quien pretende reformar el Art. 149° de la Constitución Política, reconociendo a los **Comités de Autodefensa**, como apoyo de las Comunidades Campesinas y Nativas para el ejercicio de la justicia consuetudinaria.

4.3 Proyecto de Ley N° 1910/2017-CR,

suscrita por Luis Humberto López Vilela, quien pretende declarar de necesidad pública e interés nacional el proceso de demarcación y **titulación de tierras pertenecientes a las comunidades campesinas de la Región Piura**, con el fin de otorgarles a los agricultores seguridad jurídica, para que puedan ser sujetos de crédito y así reactivar la economía de la Región y evitar el tráfico de tierras y usurpaciones.

4.4 Proyecto de Ley N° 1991/2017-CR,

promovida por Oracio Angel Pacori Mamani y otros congresistas, quien pretende es incorporar en el Art. 20 del Código Penal, estableciendo que las autoridades de los pueblos indígenas que ejercen función jurisdiccional indígena o comunal, se encuentren de responsabilidad penal, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT y el Art. 149 de la Constitución Política.

4.5 Proyecto de Ley N° 2148/2017-CR,

formulada por Tania Edith Pariona Tarqui, quien pretende modificar la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, con el fin de fortalecer la participación de la mujer en las Directivas Comunales.

4.6 Proyecto de Ley N° 2235/2017-CR,

a iniciativa de Tania Edith Pariona Tarqui, quien pretende es reformar los artículos 43° y 89° de la Constitución Política, referidos a la plurinacionalidad y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios (Pueblos Indígenas Andinos y Amazónicos, así como los Afro descendientes).

4.7 Proyecto de Ley N° 2236/2017-CR,

a iniciativa de Tania Edith Pariona Tarqui, quien pretende declarar de necesidad nacional e interés social la titulación de comunidades nativas y comunidades campesina, garantizando con ello, el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas u originarios.

4.8 Proyecto de Ley N° 2448/2017-CR,

promovida por Kenji Gerardo Fujimori Higuchi, con el fin de preservar las lenguas indígenas u originarias, se reforme el Art. 40° de la Constitución Política, con el texto siguiente: “Son idiomas oficiales el castellano, y en las zonas en donde predominen, también lo son, las lenguas indígenas u originarias, según la Ley”.

4.9 Proyecto de Ley N° 2473/2017-CR,

a iniciativa de Armando Villanueva Mercado, pretende reformar el Art. 149 de la Constitución Política, con la finalidad de otorgar a las Rondas Campesinas la función jurisdiccional con la que cuentan las Comunidades Campesinas y Nativas.

4.10 Proyecto de Ley N° 2478/2017-CR,

promovida por Hernando Ismael Cevallos Flores, quien pretende es fortalecer las Comunidades Campesinas, otorgar seguridad jurídica e integridad a los terrenos comunales, evitando la atomización de sus tierras y pérdida subsecuente, bajo el pretexto de la incorporación de los comuneros al mundo formal y financiero; asimismo, propone la modificatoria del Art. 1° de la Ley General de Comunidades Campesinas, incorporando que en ningún caso se desmembra o individualiza la propiedad a favor de cada comunero.

Como se puede apreciarse, existe una variada iniciativa de querer fortalecer las instituciones de las comunidades campesina y nativas, ya sea en la forma de administración de justicia o la forma de administración de sus tierras; con excepción del último proyecto de ley, que va más allá de fortalecer, es brindarle seguridad jurídica e integridad a los terrenos comunales, donde pretende es evitar la enajenación o independización de sus tierras.

5. RADIOGRAFÍA SOBRE LA TRANSFERENCIA E INDEPENDIZACIÓN DE PREDIOS DE LAS COMUNIDADES COMUNALES Y NATIVAS EN EL PERÚ

5.1 Marco Normativo Constitucional

En el caso peruano con la dación de esta última Constitución de 1993, vigente a la fecha, se le habilitó mediante el Art. 89, la libre transferencia de predios de las Comunidades Campesinas y Nativas, que en forma expresa señala: **“Artículo 89º.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”**

5.2 Marco Legal

A nivel normativo se han emitido una serie de disposiciones que faculta la libre transferencia e independización de las tierras comunales, tal como se muestra a continuación:

5.2.1 Ley N° 24656 - Ley General de Comunidades Campesinas, en su **Artículo 7º**, **permite por excepción enajenar sus tierras**, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, que en forma expresa señala: **“Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad”**.

5.2.2 Ley N° 26505 - Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

Mediante esta normativa, se promueve la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, que sostiene que al amparo de las garantías previstas en los Artículos 70º y 88º de la Constitución Política, no podrá imponerse limitaciones o res-

tricciones a la propiedad de las tierras distintas a las establecidas en la Ley; definiendo en su artículo 2°, el término tierra¹⁰.

Mediante los artículos 10 y 11 de esta Ley, se promueve la libre circulación de las tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas, permitiendo regularizar el derecho de propiedad, dependiendo si son Comunidades Campesinas de la Costa, Sierra y Selva. Es así que de tratarse de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, la regularización del derecho de propiedad se registrará por las siguientes normas:

“a) Para la adquisición en propiedad por parte de posesionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros posesionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual posesionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.

b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente” (*Artículo modificado por la Ley N° 26845, publicada el 26 de julio de 1997. Dicha Ley modificatoria sólo es aplicable a las comunidades campesinas de la costa*).

c) Cuando se trate de tierras comunales de la sierra o la selva, el artículo 11° de esta norma señala: “*Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad*”

¹⁰ El concepto constitucional ‘tierras’ en el régimen agrario, comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario. Entre otras, están comprendidas las tierras de uso agrícola, de pastoreo, las tierras con recursos forestales y de fauna, las tierras eriazas, así como, las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos; y en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano. El régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y la presente Ley

5.2.3 **Ley N° 24657 – Ley que declara la necesidad nacional e interés social el deslinde y la titulación del territorio de las comunidades campesinas.**

Mediante esta Ley se precisa la composición del territorio comunal, en cuyo artículo 2°, señala: “El territorio comunal está integrado por: las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. (...)”; asimismo, en la siguiente lista podemos ver que la norma, precisa aquellos que no son considerados tierras de la Comunidad:

“a) Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos otorgados con anterioridad al 18 de Enero de 1920 y que se encuentren conducidos directamente por sus titulares;

b) Las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de octubre de 1993, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes.

Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia Comunidad [*Inciso modificado por la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 26845*];

c) Las que el Estado ha utilizado para servicios públicos; salvo convenios celebrados entre el Estado y la Comunidad;

d) Las tierras adjudicadas con fines de Reforma Agraria, excepto: 1.- Aquellas sobre las que se hayan planteado acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas. 2.- Aquellas que sean sometidas a procesos de reestructuración con fines de redistribución de tierras a favor de las Comunidades Campesinas.

e) Las tierras en que se encuentren restos arqueológicos.

f) Las que la Comunidad adjudique a sus comuneros o a terceros. *[Inciso añadido por la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 26845]*.

g) Las que sean declaradas en abandono. *[Inciso añadido por la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 26845]*

5.3 Marco Registral

A nivel registral se cuenta con las siguientes normas, resoluciones y directivas, que vinculan directamente con la inscripción de predios rurales ubicadas dentro de las comunidades campesinas.

a) Ley N° 26366 – Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos.

Esta Ley, fue creada con la finalidad de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, que además unifica los diversos registros que estaban bajo la dirección de diferentes sectores públicos

b) Texto único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP/SN, publicado en el Diario Oficial El Peruano (22/05/2012). Esta es la norma principal vinculante para todos los registros creados por Ley.

c) Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP/SN, publicado en el Diario Oficial El Peruano (04/05/2013).

Mediante este reglamento, se regula entre otras inscripciones, las independizaciones y transferencias para aquellos actos o derechos que recaen sobre predios a los que se refiere el artículo 2019 del Código Civil, normas administrativas y demás normas especiales; de los cuales, mediante el artículo 58° define a la independización como aquel “*acto que consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración, con edificación o sin ella*”; en el artículo siguiente, detalla los requisitos para la independización, indicando lo siguiente: “*Todo título que da mérito a la independización debe contener el área de cada uno de los predios que se desmembra y, en su caso, el área remanente, con precisión de sus linderos y medidas perimétricas, acompañando los documentos*

exigidos para cada tipo de predio"; y, referente a los actos de transferencia, se encuentran reguladas en los artículos 93 y ss. Bajo estos lineamientos, es factible también inscribir los actos de transferencia de las tierras comunales, así como cuantas independizaciones sean solicitadas.

d) Directiva N° 10-2013-SUNARP/SN, Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las Comunidades Campesinas, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 343-2013-SUNARP/SN.

Con lo referente a los actos de disposición y gravamen sobre el territorio comunal, señala lo siguiente: **“6.8 Actos de disposición y gravamen sobre el territorio comunal.** Para efectos de disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales, se requerirá del acuerdo de la asamblea general con el voto favorable según lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley N° 26505. (...)”

Por otro lado, también regula respecto a la parcelación del predio rural de propiedad de las Comunidades Campesinas, con el siguiente tenor:

“6.9 Parcelación de predio rural de propiedad de Comunidades Campesinas.

Para la inscripción de la parcelación de un predio rural de propiedad de Comunidades Campesinas, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) Que el derecho de propiedad de la Comunidad Campesina se encuentre inscrito en el Registro de Predios.
- b) Que la Comunidad Campesina acuerde la parcelación en Asamblea General con el voto conforme de no menos de las 2/3 partes de los comuneros calificados y que el acuerdo de designación de representante (s) y otorgamiento de poderes para la suscripción de la solicitud de parcelación se encuentre inscrito en el Registro de Personas Jurídicas.
- c) Que se presente el documento privado que contenga la descripción de la parcelación (datos físicos de cada parcela), otorgado por el representante facultado y con firmas certificadas por Notario.
- d) Copia del certificado de información catastral o el certificado negativo de zona Catastrada acompañado del plano y memoria descriptiva suscrito por verificador, según corresponda a zona

catastrada o no en el contexto del art. 89 del D.S. 032-2008-VI-VIENDA.

Por su mérito, el Registrador procederá a aperturar partidas registrales para cada parcela en aplicación del principio de especialidad previsto en el artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos”.

La directiva no permite la transferencia de cuotas ideales del territorio de estas comunidades, salvo que se solicite con la presentación de documentos técnicos requeridos para una independización y del texto de las cláusulas del contrato se desprenda que el acto celebrado por las partes es una compra venta del área material; lo que conlleva, sólo a la libre disposición de las tierras comunales, al amparo de lo dispuesto por el Artículo 89 de la Constitución Política del Perú y el Artículo 7° de la Ley General de Comunidades Campesinas.

e) Directiva N° 05-2013-SUNARP/SN, Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las Comunidades Nativas¹¹, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 122-2013-SUNARP/SN.

En cambio esta directiva, mediante el **numeral 6.8** de la directiva, dispone sobre los actos de disposición y gravamen sobre el territorio comunal de los miembros de la comunidad nativa, lo siguiente: “*De conformidad con el artículo 11 de la Ley N° 26505, para efectos de disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales, se requerirá del acuerdo de la asamblea general con el voto conforme no menos de los 2/3 de todos los miembros de la comunidad nativa*”.

En el caso de las propiedades del Estado ubicados dentro del territorio comunal, para efectos de su inscripción registral, se han emitido dos normas fundamentales que facilitan el ingreso al registro, adoptándose en forma alternativa los saneamientos establecidos por el D.S. N° 130-2001-EF y/o la Ley N° 26512, donde sólo se permiten adjuntar declaraciones juradas emitidas por el funcionario competente y el

¹¹ **6.8 Actos de disposición y gravamen sobre el territorio comunal.** “De conformidad con el artículo 11 de la Ley N° 26505, para efectos de disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales, se requerirá del acuerdo de la asamblea general con el voto conforme no menos de los 2/3 de todos los miembros de la comunidad nativa”.

verificador común, así como el plano y memoria descriptiva y otros documentos complementarios.

6. PROCESO EVOLUTIVO DE LA FORMALIZACIÓN DE PREDIOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

6.1 Instituciones formalizadoras que han intervenido en el proceso de titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas

Durante muchos años se ha dado preferencia de la formalización y titulación de los territorios de las Comunidades Campesinas, ya sea antes o durante la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT. El Perú ha logrado un avance evolutivo en la formalización de las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas, para esto han intervenido diversas instituciones formalizadoras y tituladoras.

El proceso de formalización de predios rurales, inicia con el Decreto Ley N° 15037, Ley de Reforma Agraria, implementada por el Decreto Ley N° 17716, del 24 de junio de 1969, durante gobierno de Velasco (1968-1974), garantizando la integridad del derecho comunal de la propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras, recién a partir de este decreto, se afectaba predios rurales de propiedad privada para los fines específicos de su expropiación como vía previa y dárseles en vía de adjudicación estas tierras a los campesinos que venía trabajándolos o aquellos que nos lo tenían o que poseyeran en cantidad insuficiente, la adjudicación era efectuada en propiedad por parte de la Dirección General de Reforma Agraria, lo que se efectuaría mediante contratos de compra venta con reserva de dominio a favor del Estado, por el precio que se fijaba en función de la capacidad económica de la unidad agrícola materia de adjudicación; posterior a ello, mediante Decreto Ley N° 22748, se disponía que a partir del 15 de noviembre de 1979, toda adjudicación de tierras y demás bienes agrarios con fines de reforma agraria se efectuaría a título gratuito. Luego, bajo esta iniciativa de la reforma agraria, se emite el Decreto Ley N° 25902 de fecha 27 de noviembre de 1992, que en su octava disposición complementaria se crea el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural – PETT, que a través de ella se levantó el catastro de muchas comunidades a nivel nacional.

En el año 2002, mediante Ley N° 27783 – Ley de Bases de la Descentralización, se estableció la transferencia de la función de titulación de las comunidades campesinas y nativas, a los Gobiernos Regionales, efectivizándose aun en el 2010, con excepción de los departamentos de Arequipa y La Libertad, que siguen bajo la competencia de MINAGRI.

Luego mediante D.S. 005-2007-VIVIENDA se aprueba la fusión con el Organismo de Formalización de Propiedad Informal – COFOPRI. Posteriormente se aprueba el Decreto Legislativo N° 1089, por medio del cual se asigna competencias a COFOPRI para la formación y titulación de predios rurales y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional, por el plazo de cuatro años, luego se fue renovándose. Pasados los años mediante Ley N° 27867, COFOPRI inició el proceso de transferencia a los Gobiernos Regionales de la competencia para formalizar los predios rurales y tierras eriazas, lo que hoy en día lo viene efectuando a través de la Dirección Regional Agraria del Ministerio de Agricultura.

En el 2013, mediante D.S. N° 001-2013-AG, se le encargó al Ministerio de Agricultura, como órgano rector en cargo de desarrollar e implementar la política nacional en materia de propiedad agraria, incluida el saneamiento físico legal y la formalización de propiedad agraria, comprendiendo las tierras de las comunidades campesina y nativas.

Mediante Resolución Ministerial N° 0468-2016-MINAGRI, el procedimiento para la aprobación de los documentos técnicos, a fin de cumplir eficientemente con lo dispuesto por la Ley N° 24657 – Ley que declara la necesidad nacional e interés social el Deslinde y la Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas, ejecutada en el ámbito geográfico de las regiones naturales de la Costa y Sierra Peruana, en aquellos casos que carecieren de títulos de las tierras que poseen o teniéndolos no los podían inscribir en los Registros Públicos y entre otros supuestos establecidos por los artículos 3, 16 y 17 de la Ley en mención.

Hoy en día muchas de las comunidades que faltan por titular vienen utilizando los lineamientos marcados en la Resolución Ministerial N° 0468-2016-MINAGRI, que facilita su titulación con la sola presentación del plano conjunto, memoria descriptiva y actas de colindancias, que vienen a ser títulos de propiedad.

6.2 Estadísticas actuales

De acuerdo al Informe realizado por el Instituto del Bien Común, se tiene que en el Perú, de un total de 7267 comunidades campesinas (distribuidas entre los departamentos de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna y Ucayali): 5137 son reconocidas y tituladas, 1111 reconocidas por titular y 1019 por reconocer y titular; por supuesto, que la mayor cantidad de comunidades campesinas, se encuentra en el departamento de Puno.

Por otro lado, del total de 2166 comunidades nativas (distribuidas entre los departamentos de Amazonas, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Madre de Dios Pasco, San Martín y Ucayali): 1359 son reconocidas y tituladas, 608 reconocidas por titular y 199 por reconocer y titular; y, la mayor cantidad de comunidades nativas, se encuentra en el departamento de Loreto.

7. ASPECTOS QUE INVOLUCRAN EN LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

7.1 Seguridad jurídica y las modalidades de transmisión de tierras comunales

Desde muchos años, los integrantes de una Comunidad Campesina o Nativa, vienen transmitiendo sus derechos sobre sus tierras, utilizando los contratos privados, denominados como: compra venta escrito a puño y letra, canje de terrenos, traspaso de terreno, señalamiento a dedo, contratos verbales, testamentos ológrafos o con la simple entrega de los documentos adquiridos por sus abuelos ancestrales a favor de sus descendientes y otras de transmisión que aún persisten de acuerdo a los usos y costumbres de cada pueblo indígena, nativa o comunal.

La ventaja de estas formas de transmisión, en algunos casos te ahorra el costo de la transacción, pero la desventaja es que cuando éstos documentos desaparecían por causas naturales, como incendios, inundaciones, etc, ya no podrán acreditarlo, por lo que sólo quedaría en el recuerdo, ni mucho menos quedaría registrada en algún archivo de la comunidad u otra institución.

Por otro lado, cuando el comprador adquiere la propiedad creyendo que a partir de la suscripción del contrato ya es suyo, y cuando éste, para mayor seguridad jurídica pretende más adelante inscribir en el Registro de Predios de la Oficina Registral competente, no procederá, por cuanto la propiedad adquirida está registrada a favor de una Comunidad Campesina o Nativa; por lo tanto, no se brindará ninguna seguridad jurídica a aquellos que adquieren parcelas dentro de la jurisdicción de una Comunidad Campesina o Nativa; para ello, debe optarse por otra solución que sea más viable y eficaz, utilizando nuevas propuestas emitidas en esta ponencia.

Si bien estas modalidades de transmisión deben respetarse a la luz del artículo 17° del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, cabe preguntarnos ¿cuál es la seguridad jurídica que brinda el Estado, frente a este tipo de transferencias suscitadas dentro de estos

pequeños Estados?, interrogante que será respondida en el transcurso de nuestra ponencia.

7.2 Parcelación de tierras indígenas

El problema que emerge al Perú, es que una vez titulada, se observa el proceso lento sobre la extinción o parcelación de tierras comunales, al amparo de la libre disponibilidad permitida por nuestra Constitución, permitiendo en forma paralela, la pérdida de usos y costumbres que se había mantenido desde muchos años atrás; frente a esta situación, se han presentado **dos posiciones para dar solución: a) individualizar el terreno comunal, entregando de esta manera títulos de propiedad a favor de sus integrantes o b) mantenerlas intactas sus tierras, utilizando para ello otros mecanismos de seguridad jurídica sobre los espacios usufructuados.**

En cuanto se refiere a la primera propuesta, su propulsor el economista peruano Hernando de Soto, en su Libro “El Misterio del Capital”, sostiene que los países en desarrollo no han podido, hasta el momento beneficiarse con el capitalismo, dado su incapacidad para producir capital y sostiene que para que el derecho de propiedad estén protegidas, éstas deben registrarse, llegando a una conclusión, de que para dar vida a un capital muerto es necesario la formalidad, con títulos de propiedad y registro público, ante una falta de reconocimiento legal de las tierras indígenas, que a su vez criticó al gobierno peruano sobre los títulos de propiedad otorgados a los indígenas, que eran irrelevantes y no tenían ninguna función, los títulos indígenas no proveían la ubicación exacta de los predios, las tierras no estaban delimitadas correctamente, ni registradas, o de estarlo estaban desactualizados. Frente a esta propuesta, más de 30 países han invertido millones de dólares para implementar sus ideas, por su puesto, con resultados dispares.

Con respecto a la segunda propuesta, será la de mantener intacta los terrenos indígenas, comunales o nativas, ya que muchos de ellos cuentan con títulos catastrados y otros se encuentran en proceso de formalización; y, contra la posición de Hernando de Soto, se levantaron críticos como Jonathan Manders¹², donde consideran que el Misterio del Capital ofrece una solución simplista a un tema complejo; y, Cristopher Woodruff¹³, afirma

¹² **MANDERS, Jonathan (2004).** Secuencing Property Righths in the Context of Development: A Critique of the Writings of Hernado de Soto. *Comell International Law Journal* 37 (2004) pp. 177-198.

¹³ **WOODRUFF, Cristopher (2001).** Review of de Soto's The Mystery of Capital.

que vencer la pobreza requiere de una serie de medidas complementarias, que incluye buenas políticas económicas, ajustes políticos, mejoramiento de los sistemas judiciales y bancarios, entre muchas otras; y, por último, Patrick Wieland y Thomas Thorton¹⁴, recalcan que la fórmula del éxito planteada en El Misterio del Capital, no sólo está reñida con la constitución multicultural que tenemos en el Perú, sino también con los avances en el derecho internacional de los derechos humanos; por otro lado, afirman que la receta de El Misterio del Capital a los sistemas de propiedad tradicional indígena ha fracasado en el pasado (experiencia de Estados Unidos) y añaden que la propiedad formal entre los pueblos indígenas exige una evaluación caso por caso y la más importante, que las propias comunidades indígenas tengan la habilidad de decidir si quieren alterar sus esquemas de propiedad preexistentes.

7.3 La garantía del derecho de propiedad comunitaria

Como se ha podido notar, se ha avanzado en un gran porcentaje en la titulación de tierras comunales y nativas, así como en el reconocimiento de las reservas de las tierras indígenas; sin embargo, una vez cumplida por parte de las instituciones formalizadoras, sobre la titulación de las tierras de los pueblos indígenas, nos preguntamos: ¿qué es lo que garantizará la permanencia del derecho de propiedad comunitaria?, ya que desde tiempos inmemoriales, si bien no se contaba con títulos de propiedad, el Estado ha hecho el esfuerzo de formalizar y titular en aquellos lugares donde no los tenía, desde la reforma agraria hasta estos días, y lo seguirá haciendo, porque aún no hemos alcanzado la completa formalización de tierras comunales y nativas.

Lo que garantiza mantener la permanencia de la propiedad comunitaria, como bien ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*, es la riqueza de tradiciones y sus conocimientos, el arte culinario y su forma de vida:

“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía

Journal of Economic Literature. 39 (2001) pp 1215-1223.

¹⁴ **Patrick Wieland y Thomas Thorton**, en: Escuchando ladrar a los perros: Hernando de Soto y su receta para la Amazonía. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10757/332075>.

y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (Fundamento 154)

A la luz del Convenio 169 de la OIT, es deber de los Estados proteger la integridad de los pueblos indígenas, pueblos nativos, pueblos comunales y otros grupos aborígenes que cuenta nuestro país a lo largo de la toda la extensión territorial, ello no significa desligarse de los derechos económicos, sociales y culturales, a fin de contar con una vida digna, que debe agudizar a la vulnerabilidad e impedir los proyectos de vida que cuenta cada integrante de la comunidad; a lo contrario, el Estado debe brindar mayor proyección e invertir mayor presupuesto para brindar los mejores servicios de salud, educación y vivienda, así como los tiene las ciudades, en condiciones de igualdad entre todo los habitantes.

Si seguimos estos pasos, será automático la restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas, sólo es cuestión de política de Estado y gobernanza frente a las situaciones que venimos enfrentando en estos últimos años. Y si queremos avanzar para asegurar el futuro de nuestro hogar y vida, debemos reformar el artículo 89 la Constitución, tal como lo ha limitado la Constitución Paraguaya, donde las tierras indígenas son indivisibles, inembargables, intransferibles e imprescriptibles; o, como lo ha plasmado la Constitución de Bolivia, donde las propiedades comunitarias o colectivas, es indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irrevisable¹⁵ o, como Colombia¹⁶, donde las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables; porque sólo, así cambiaremos el sentido del derecho registral, sobre aspectos de disposición y parcelación de tierras comunales, nativas o indígenas en el Perú y en los países donde aún se permite la transferencia, parcelación, independización o individualización de tierras de propiedad de las comunidades indígenas.

7.4 Figuras jurídicas a utilizarse en la transferencia de los espacios que se posee

Si bien el derecho de posesión no es un acto inscribible, esto de conformidad por lo dispuesto por el artículo 2021° del Código Civil, pero

¹⁵ De acuerdo al Art. 394. III, de la Constitución de Bolivia, entiéndase por propiedad comunitaria o colectiva, el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas.

¹⁶ Art. 63° de la Constitución de Colombia.

nada obstaculiza optar por otras figuras jurídicas que pueden ser muy bien utilizados en el marco de la protección de las tierras comunales y nativas, sin que requiera la previa independización de las tierras indígenas. Al respecto el Art. 133 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, ha establecido: **“Para la inscripción de arrendamiento, uso, derecho de habitación, servidumbre, usufructo o cesión en uso que afecten parte del predio, no se requerirá la independización previa. Sin embargo, deberá presentarse los planos que identifiquen el área sobre la que recae el derecho, salvo que ésta se pueda determinar de los antecedentes registrales”**; como puede verse, dentro de la lista de figuras jurídicas enumeradas dentro de este artículo, podemos ver que el **derecho de usufructo** puede funcionar muy bien en la entrega de usufructo de las tierras comunales o nativas; sin embargo, esta institución es poco utilizada.

El rubro en la que se inscribe estas figuras dispuestas por el Art. 133 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, será en la de cargas y gravámenes.

Pero la razón de ser en esta ponencia es que además de las figuras permitidas por la ley, es que también sea utilizada el derecho de posesión, sin que sea individualizada el espacio donde está sentada el comunero o nativo, inscribiéndose en el rubro de cargas y gravámenes, así como sucede con el derecho de habitación y usufructo, cuyo procedimiento detallaremos más adelante.

7.5 El registro y territorio comunal

A nivel registral, en nuestro país, será el Registrador en primera instancia quien inscribe los actos y derechos solicitados por el usuario y será el Tribunal Registral, en última y definitiva instancia la de revisar las decisiones adoptadas en primera instancia, específicamente sobre esquelas de observación, liquidaciones y tachas; para ello, se cuenta con un Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios y una Directiva sobre Actos y Derechos de las Comunidades Campesinas y otra para las Comunidades Nativas. Uno de los ejemplos podemos ver lo resuelto por el Tribunal Registral, mediante Resolución N° 469-2016-SUNARP-TR-T, de fecha 27 de octubre de 2016, en cuya sumilla podemos apreciar: “Aplicación de la Directiva N° 10-2013-SUNARP-SN. La calificación de las facultades de disposición del territorio comunal se realiza conforme a la Directiva N° 10-2013-SUNARP-SN a todos los títulos presentados desde su entrada en vigencia, incluso si la fecha del instrumento público en el que se fundamenta la inscripción es anterior”

Conforme se ha mostrado, desde la Constitución y normas legales, se autoriza la disposición de las tierras comunales y nativas, y bajo esa perspectiva, a nivel registral, se vienen inmatriculando, enajenando, independizando y parcelando las tierras comunales, sin ningún inconveniente. Mientras no exista una prohibición, está continuará hasta que, en un futuro más lejano o cercano, las tierras comunales habrán desaparecido de nuestro territorio.

7.6 Resolución de conflictos suscitados dentro del territorio comunal

El Poder Constituyente, a través de la promulgación de la Constitución Política del Perú, habilitó mediante el artículo 149°, de que las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, puedan ejercer la función jurisdiccional dentro de su territorio, con el límite de no vulnerar los derechos fundamentales de la persona; de esta manera, se permite resolver las contiendas comunales sin recurrir a la jurisdicción ordinaria, basado en el derecho consuetudinario, de acuerdo a los usos y costumbres propias de la comunidad.

El máximo tribunal constitucional, en el Exp. N° 02765-2014-PA/TC, a través de la sentencia emitida el 06 de junio del 2017, al recordar la regulación del ejercicio de la jurisdicción especial en la Constitución, ordenó a la Comunidad Campesina de Montevideo, aplicar la jurisdicción comunal en un nuevo proceso a cargo a cargo de la Asamblea Comunal con las garantías del contenido mínimo esencial del derecho al debido proceso; donde la asamblea había aprobado la destitución de los demandantes y la reversión de sus tierras a la comunidad, por el que se le había sancionado con la incautación de sus animales, secuestro forzado, afectación del trabajo que desempeñaban en sus tierras, la imposibilidad de que sus hijos puedan seguir sus estudios, los cuales consideró un abuso en su contra; por lo que invocaron la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de tránsito, a elegir su lugar de residencia, a la paz y tranquilidad, a la inviolabilidad del domicilio, a no ser víctima de violencia moral o tratos humillantes, a la educación de sus hijos y al trabajo.

No cabe duda de que el Artículo 149° de la Constitución, refleja la diversidad multicultural existente en todo el territorio, en la Costa, Sierra y Selva; al respecto, el Convenio 169 de la OIT, -considerada como instrumento internacional-, que a través de su artículo 8°, recordó respecto a las instituciones de los pueblos o comunidades, que los Estados: 1) Al aplicar la legislación nacional, a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario y 2) Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con

los derechos humanos internacionales reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Ahora, con la regulación constitucional de la función jurisdiccional que ejerce las Comunidades Campesinas y Nativas, ¿cómo debería resolverse los conflictos sobre tierras poseídas por los miembros de una comunidad, ya que el extenso terreno comunal se encuentra inscrito a nombre de una Comunidad, ya sea Campesina o Nativa?. Sólo la Asamblea General, podrá resolver ese conflicto y las propuestas sugeridas en esta ponencia, ayudará en la solución de conflictos de tierras poseídas en forma individual dentro del territorio comunal.

8. PROPUESTAS PARA UNA RESTITUCIÓN DE TIERRAS A FAVOR DE LOS INTEGRANTES DE UNA COMUNIDAD CAMPESINA O NATIVA

El término restitución, como lo ha entendido muy bien la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-166/17, debe entenderse “i) (...) como el medio preferente y principal para la reparación de las víctimas al ser un elemento esencial de la justicia reformativa. (ii) La restitución es un derecho en sí mismo y es independiente de que si las víctimas despojadas, usurpadas o que hayan abandonado forzosamente sus territorios retornen o no de manera efectiva”.

A continuación mostramos una restitución suscitada dentro de estos pequeños gobiernos, que en su mayor extensión se encuentran registradas a favor de las comunidades campesinas y nativas, en su condición de personas jurídicas, sin afectar la parcelación o independización del territorio comunal. A través esta ponencia resumimos en pocas palabras, lo que podría hacerse para mejorar y garantizar el derecho de propiedad de los miembros de las comunidades campesinas o nativas, empezando de aquellas comunidades que ya cuentan con zonas catastradas, seguidas luego de las no catastradas, por supuesto que esta propuesta servirá para el sistema registral peruano, pero también puede ser aplicado en otros países con similares casos.

Primero: En aquellas comunidades que se encuentran en zonas catastradas, se puede graficar las tierras labradas por sus integrantes, utilizando el trazado de los espacios ocupados por los miembros de la comunidad, identificando la ubicación y características de cada espacio, para luego otorgarles los certificados registrales de posesión, suscritas por el Presidente de

la Comunidad y un funcionario autorizado por el Ministerio de Agricultura y/o la Dirección Regional Agraria.

Segundo: El certificado debe contener todos los elementos que sean posible identificar el predio, tales como: a) el nombre completo y documento de identidad del miembro de la comunidad campesina o nativa, b) nombre y ubicación del predio, c) área, colindancias y medidas perimétricas, d) firma de las autoridades y funcionarios autorizados e) otros datos relevantes para su identificación.

Tercero: Para otorgar dicho certificado, la persona a favor del que se otorgará, debe cumplir las siguientes condiciones: a) ser miembro hábil con registro actualizado en el Libro Padrón de Comuneros y/o Nativos, b) debe contar con algún documento de identidad c) Contar como mínimos con una vivienda donde sea posible habitar.

Cuarto: En el caso de que se quiera transferir, ya sea a título oneroso o gratuito, podrá realizarlo por documento privado con firma certificada por ante el Presidente de la comunidad, o en todo caso por el Juez de Paz de su jurisdicción, luego de ello, dentro de un plazo razonable, debe comunicar a la autoridad comunal, para que éste actualice los datos en el padrón comunal; una vez actualizada, su Presidente remitirá mediante oficio y el documento que acredite su adquisición al Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral competente, a fin de que inscriba el acto solicitado en la Partida Registral de la Comunidad Campesina o Nativa, expidiendo la anotación de inscripción, con ello se habrá garantizado la seguridad jurídica a quienes lo soliciten.

Quinto: El Registrador, antes de inscribir el derecho de posesión, deberá verificar en el título archivado de la directiva comunal que obra inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la Comunidad Campesina, el Libro Padrón de Comuneros, donde efectivamente aparezca el último adquirente.

Sexto: En el caso de que un comunero o nativo quiera gravar o hipotecar, no podrán acreditarlo con el certificado registral posesorio, porque no son títulos de propiedad, sólo les permitirá transferir y hacerlos valer ante las autoridades sobre los espacios habitados.

Sétimo: En el caso de un comunero quiera independizar en dos o más fracciones, podrá hacerlo, la misma que para ello, se requerirá un plano suscrita por los profesionales autorizados, para su inscripción deberá seguirse el mismo procedimiento de una transferencia dentro del ámbito de las autoridades comunales, luego para su calificación deberá pasar por el área de catastro de la oficina registral. La oficina de Catastro verificará el derecho de posesión solicitado no se superponga a otro predio inscrito; pos

su puesto, sólo procederá sobre las tierras comunales catastradas, mas no así para aquellos que no lo estén, para cumplir como tal, deberán solicitarlo a la dirección regional agraria u otro ente formalizador para que levante el catastro en todo el territorio comunal.

CONCLUSIONES

Si se fortaleciera los derechos de los pueblos indígenas, de acuerdo a las disposiciones y principios del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estas comunidades funcionarían mejor que los Estados que conocemos hoy en día. Debemos construir un legado para nuestras futuras generaciones, libre de contaminaciones, ambiente sano y equilibrado, donde uno puede sentirse más seguro de sí mismo y de sus integrantes, con documentos que acrediten la seguridad jurídica sobre los espacios habitados.

Si en los Estados donde aún se permiten la libre transferencia e independización de sus tierras consideradas como indígenas, comunales o nativas, se extinguirán con el transcurrir de los tiempos, tanto la forma de vivencia, usos y costumbres, la cultura y el arte; es tarea nuestra, de mantener viva e íntegro los territorios indígenas; y, es deber del Estado, dar mayor presupuesto para brindar los servicios de calidad, ya sea en el ámbito educativo, salud y vivienda, donde uno puede desear volver nuevamente a la nueva forma de vida que garantiza el futuro de una persona.

El Estado debe garantizar a las formas de vida única de los integrantes de las comunidades indígenas, en pie de igualdad con el resto de la población, sobre la base de sus territorios tradicionales y los recursos naturales con el que se cuenta.

Finalmente concluimos mediante esta ponencia, que no toda comunidad campesina o nativa, será considerada como comunidad indígena, sino sólo aquellas que han mantenido la continuidad histórica (anteriores a la conquista o colonización, la conexión territorial con sus antepasados que habitaban el país o la región, que cuenten con instituciones propias, como sociales, económicas, culturales y políticas; y, lo más importante, la auto-identificación colectiva, que en este último criterio será fundamental para determinar la clasificación de un grupo como indígena.

LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. RESTITUCIÓN DE LAS TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Fabian C. Stachiotti

XXI C Profesor de Derechos Reales de la Universidad Nacional de La Plata
Ex Subsecretario de Tierras, Urbanismo y Vivienda de la Provincia de Buenos Aires
Actual Subsecretario de Seguridad Social y DDHH de la Fiscalía de Estado de Bs AS

LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ

Es lamentablemente conocido que en nuestro país, Argentina, se realizaron políticas de Estado destinadas exclusivamente al exterminio de los pueblos originarios y al reparto de las tierras de manera arbitraria. Lo que llevo a la conformación de grandes latifundios concentrados en algunos terratenientes, generando así riquezas para unos pocos y penurias para la gran mayoría de nuestras comunidades indígenas.

A la llegada de los españoles, habitaban y poblaban el actual territorio de la República Argentina, aproximadamente veinticuatro grupos: 1) Atacamas; 2) Omaguacas o Humahuacas; 3) Diaguitas o Calchaquies; 4) Lules-Vilelas; 5) Tonocotes o Juries; 6) Sanavirones; 7) Comechingones; 8) Huarpes; 9) Chanes; 10) Mataco-Mataguayos; 11) MbayaGuaikuru; 12) Chiriguano; 13) Guaranies; 14) Caingang; 15) Chana-Timbu; 16) Charrúas; 17) Tehuelches septentrionales, 18) Tehuelches meridionales; 19) Onas; 20) Querandies; 21) Pehuenches; 22) Yamanas; 23) Alakaluf; 24) Mapuches; y en el siglo XVIII, los Ranqueles, fusión de pehuenches, ma-

puches y tehuelches; y los Kollas, mezcla de los omaguacas, apatamas y otros grupos locales de origen quechua y aimara.

Quizá la expresión más clara de la situación anteriormente descrita se pueda observar con claridad meridiana desde distintos puntos de vista: **político** (las campañas al “desierto” habitado por las comunidades indígenas y la toma por la fuerza de sus tierras), **social** (sometiendo a los pueblos originarios desde un principio a tareas impropias como la mita, la encomienda y el yanaconazgo, hasta la indigencia más atroz que sufren en la actualidad) y **legislativa** (por el faltante de la misma, teniendo en cuenta que la Constitución Nacional solo hacía referencia que a los pueblos originarios había que brindarles un trato pacífico y promover su conversión al culto católico, Constitución que estuvo vigente desde 1853-1994).

Es por los motivos esgrimidos *ut supra* que para que la devolución de las tierras y la convivencia de las culturas sean en paz, se necesita una voluntad manifiesta tendiente al cumplimiento de objetivos claros, tanto desde el Estado como de las Comunidades, como así también un entendimiento del derecho indiano, respeto a sus costumbres y la idea de aceptación y convivencia, por encima de la idea de asimilación que se dio hasta nuestros días.

Recién en el año 1994, la Constitución Nacional reconoció la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas de la Argentina, admitiendo entonces que estos pueblos son anteriores al nacimiento del Estado. El inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional

—CN— (según la Reforma de 1994), dispone “*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan. Regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.*”

De la norma constitucional parecen desprenderse determinados puntos críticos que merecen ser analizados desde una visión progresiva que transforme a los mismos en un piso de protección jurídica que no pueda volver a perforarse nunca más, a saber:

a) Reconocer la personería jurídica de sus comunidades. Ello significa que estas comunidades, cuya preexistencia se encuentra reconocida constitucionalmente, no requieren su inscripción en ningún registro. Es decir que

la consecuente inscripción en algún registro es al solo efecto declarativo (tema que será analizado con detenimiento a posteriori). De esta manera, no es una obligación de las comunidades indígenas registrarse, por cuanto son personas y titulares de derechos, siendo deber del Estado reconocerles dicha personalidad jurídica, por manda constitucional. En esa dirección, en el “Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró “...*que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.*” En este sentido, se entiende que es declarativa porque las comunidades tienen personería jurídica reconocida constitucionalmente; si fuera constitutiva, únicamente con la registración obtendría personería jurídica, no antes (como lo establece la Ley N° 23.302).

b) Posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Antes de la llegada de los españoles a nuestro territorio, estos se encontraban habitados por los Pueblos Originarios. Con la colonización y luego con la independencia, a estos pueblos no se los reconoció y se les quitaron derechos, pero principalmente le fue negado su vínculo comunitario con las tierras. Siguiendo la jurisprudencia relacionada con los reclamos de estas comunidades, no hay que perder de vista que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene los efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. No obstante, es importante y necesario para las comunidades indígenas la obtención del título que refleje esa situación, que dicho título sea debidamente inscripto en los registros correspondientes a los efectos de dar la publicidad y oponibilidad frente a terceros de las situaciones jurídicas que detentan. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo ya expresaba: “*Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.*” Es nuestra Carta Magna la que establece que esta propiedad especial tiene una particularidad, que es la estrecha vinculación entre el pueblo indígena y el hábitat en el cual viven. Asimismo es dable destacar que esa relación pueblo-hábitat, se encuentra atravesada por connotaciones espirituales y religiosas (extrapatrimoniales), que les otorga su identidad, pues el eje central no es el individuo, sino el grupo o comunidad y su vinculación con la tierra, que les permite en esa conjunción

preservar su cultura, lenguaje, valores, estilo de vida, organización, y el derecho. Estas particularidades, diferencian en gran medida a la propiedad comunitaria de la propiedad clásica, y empieza a generarse la idea que encuadrarlo, tanto en un derecho personal como real, sería limitarlo en su génesis. Es por ello que no sería disparatado comenzar a observar que la relación de la comunidad con su tierra es un **DERECHO CULTURAL**.

Si intentamos asimilar la propiedad comunitaria dentro del ámbito de los derechos reales, lo primero que debemos recordar es que su objeto de estudio se basa principalmente en el análisis de relación de poder entre el sujeto y la cosa. Es por ello que sería muy difícil y engorroso intentar incorporar a la propiedad comunitaria dentro de las previsiones establecidas en el Código Civil y Comercial, por las enormes e insalvables diferencias que existen entre los derechos reales y esta propiedad especial (cuya regulación debería ser mediante una ley especial). Existe una gran discusión doctrinaria respecto a esta cuestión, ya que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 la propiedad comunitaria estaba prevista en la enumeración de los derechos reales, como uno más. Asimismo el Título V (conformado por los artículos 2028 a 2036) contenía el concepto, modos de constitución, caracteres, facultades y prohibiciones del titular y una consulta a las comunidades indígenas por cuestiones atinentes al aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares. El mayor inconveniente en la regulación dentro del código de fondo de la propiedad comunitaria, estaba dado por el artículo 2036 que proyectaba aplicarle subsidiariamente las disposiciones referidas al dominio a esta propiedad especial, en todo lo que no sea incompatible. Para María V. González de Prada, en Derecho de las comunidades indígenas “...la propiedad comunitaria de estos pueblos trasciende el concepto de derecho real que nosotros tenemos”. En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Córdoba en 2009, se declaró que “*La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (art. 75 inc 17 CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural*”. En estas Jornadas se recomendó la conveniente incorporación de la propiedad comunitaria en el Código Civil, votación por mayoría con oposición de la Dra. Vázquez.

Existen otras posturas que avalan la incorporación de los derechos indígenas en el Código Civil y Comercial, a los fines de ejercer supremacía sobre las legislaciones provinciales. Esto no desjerarquizaría los derechos de raigambre constitucional, sino que afirma su ubicación en un plano operativo y obligatorio para las interpretaciones jurisprudenciales y las políticas públicas provinciales, porque no solo se refiere a la apropiación de las co-

sas, sino también a un modo de vida, de ser, de quehacer y de relacionarse con el otro.

Finalmente esa discusión ha quedado atrás, ya que con la sanción del Código Civil y Comercial el único artículo que se refiere a la propiedad comunitaria es el artículo 18 que establece: *“Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.”* La crítica que corresponde realizar a este artículo, es la dificultad de establecer cuál sería el alcance que tiene el vocablo “reconocida”, ya que denotaría la obligatoriedad de registrarse a los efectos de obtener ese reconocimiento, reafirmando lo dicho respecto a que no es una obligación de las comunidades indígenas registrarse por cuanto la misma constitución Nacional les reconoce personalidad jurídica. Cuadra mencionar que la comunidad indígena entendida como unidad sociopolítica, es un ente con personalidad jurídica propia susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. El estado “reconoce” su personería jurídica, respetando sus mecanismos de representación y toma de decisiones, muy diferentes a los de la democracia representativa.

En cuanto a los modos de adquisición de la propiedad comunitaria indígena, las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil decidieron que pueden ser: a) Por reconocimiento del Estado Nacional, Provincial y/o Municipal de las tierras que tradicionalmente ocupan. b) Por actos entre vivos, actos de disposición de última voluntad y prescripción adquisitiva de otras tierras aptas para su desarrollo c) Regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. El artículo 14 de la Convención N° 169 de la OIT sigue expresando: *“...Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”* *“...Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.”* Es interesante transcribir asimismo el artículo 16 de la Mencionada Convención que contempla la posibilidad de otorgar tierras sustitutas por traslado. El artículo dispone: *“...los interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan... Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efec-*

tuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.” d) Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Estas son algunas de las particularidades que tiene la propiedad comunitaria que la diferencia de los derechos reales establecidos en el Código Civil y Comercial. El ser intransmisible y pertenecer únicamente a la comunidad indígena, no forma parte del acervo sucesorio de los individuos que la componen. Agrego en concordancia con algunas de las conclusiones arribadas en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en el año 2013, que no es una propiedad individual sino comunitaria, es perpetua, es exclusiva, es imprescriptible e indivisible. La Propiedad comunitaria subsiste mientras no se extinga la comunidad indígena.

Legislación Nacional. La Ley N° 23.302 de Protección de las Comunidades Indígenas, reconoce los derechos de los pueblos originarios, pero tuvo el desacierto de pretender que estos pueblos se adecuen de alguna manera a la normativa por ese entonces vigente, desconociendo su preexistencia a la nación y su vínculo originario con la tierra con la cual se identifican, perdiendo su principal objetivo con la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento realizado en el inciso 17 artículo 75 de la Constitución Nacional. No se aplican las disposiciones del Derecho Sucesorio. En caso de que la comunidad desaparezca (por muerte o desaparición de todos sus integrantes), se prevé que el bien vuelva al Estado. No hay cotitulares o condóminos, la titularidad no recae sobre los integrantes de la comunidad. No se extingue por el no uso y no está subordinada a plazo o condición. Deriva de tener un único titular: la comunidad indígena. Ambas particularidades indican que estas tierras no pueden ser adquiridas por usucapión por un tercero. Entre las particularidades de esta Ley, sancionada en 1985, menciono las siguientes: creó la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas; dispuso la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad (esa adjudicación de tierras será a título gratuito); destacó que esas tierras deben destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas; las tierras son inembargables e inejecutables; en los títulos respectivos se hará constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de

la fecha de su otorgamiento; en caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio según su caso. Asimismo, el miembro de una comunidad adjudicataria de tierras que las abandone no podrá reclamar ningún derecho sobre la propiedad; los que le correspondieren quedarán en beneficio de la misma comunidad a que pertenecía. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas gestionará la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas, preferentemente con materiales y técnicas utilizadas por cada comunidad, y mano de obra propia. Los Planes podrán ser del Banco Nación, el FONAVI y de cualquier otro plan habitacional de fomento.

La Ley 26.160 declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente, o aquellas preexistentes, por el término de 4 (cuatro) años. Durante los 3 (tres) primeros años, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico –jurídico– catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales. Esta ley está imbuida por políticas públicas destinadas a realizar relevamientos de la situación dominial de las tierras ocupadas por comunidades indígenas. Esto es una herramienta fundamental que debería tener el carácter de permanente, ya que es indispensable para la organización territorial y para respetar derechos de los pueblos originarios, pero no resuelve ni aporta herramientas relacionadas con la instrumentación de los títulos de esas tierras.

Regulación en provincia de Buenos Aires. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 36° inciso 9 establece: *“Que la Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales... 9- De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan”*. La Provincia de Buenos Aires, adhiere al contenido de la Ley N° 23.202 mediante la Ley Provincial N° 11.331, reglamentada por el Decreto número 3631/07. Este decreto instaura en su artículo 4 *“...Inciso 3: garantizar el resguardo de las identidades culturales de los pueblos indígenas, promoviendo la*

conservación y transmisión de sus pautas culturales y cosmovisiones; fortaleciendo las capacidades de las comunidades indígenas; y afianzando los vínculos inter e intracomunitarios. Inciso 4: Contribuir a la construcción de una sociedad intercultural, en la que se respeten todas las identidades y se valore la diversidad a través de la reivindicación histórica de los pueblos indígenas la difusión de sus expresiones culturales, la promoción de sus derechos y la erradicación de conductas discriminatorias... ”.

Como podemos observar, queda a todas luces demostrado que para que las comunidades hallen en el ordenamiento jurídico una verdadera reparación histórica y una correcta valoración de sus derechos, se necesita de un plexo normativo que no intente contenerlos o asimilarlos a los conceptos ya creados, sino por el contrario, es vital que el mismo surja de un consenso que los represente, para que luego se genere un cambio en la doctrina que dedique su tiempo al análisis e interpretación de sus formas de vida, sus relaciones interpersonales como comunidad, su organización, y fundamentalmente su relación con sus tierras a quien sienten que pertenecen y en la cual creen. Por último, es fundamental que haya una jurisprudencia uniforme que sea quien baje a los casos concretos la aplicabilidad de las buenas intenciones que, desde un tiempo a esta parte, las normas han empezado a mostrar. Si así no ocurriese, todo lo hasta aquí planteado no será más que un catalogo de ilusiones que menosprecie una vez más la legitimidad cultural de nuestras raíces.

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Por todo lo expuesto, para que pueda hablarse de una verdadera resolución de los conflictos de tierras, tienen que generarse sistemas que vengán a articular de manera integral las herramientas para gestionar el acceso justo a la propiedad colectiva de la tierra, compilando y unificando criterios que antes estaban dispersos en distintas normativas y en diferentes organismos de la Nación.

Es imprescindible que se incorporen principios rectores, directrices generales e instrumentos de actuación que propongan una utilización más eficaz de los recursos, basada en el abordaje integral de las necesidades de los pueblos originarios, mediante una fuerte intervención del Estado acompañada por una efectiva participación de las Comunidades.

Estos procesos deben darse de manera PROGRESIVA y PARTICIPATIVA, implementando herramientas que garanticen el derecho a la propiedad

comunitaria, la función social de la propiedad, la gestión democrática de la tierra y el reparto equitativo de cargas y beneficios.

Sera de **vital importancia el trabajo minucioso del registro de la Propiedad**; aplicando programas y proyectos especiales; protocolos de trabajo, mecanismos de financiamiento con afectación específica; mensuras acordes, catastros consensuados, procesos de organización y nuevos actores intermediarios entre el Registro de la Propiedad y las comunidades. Asimismo, uno de sus principales objetivos, deberá ser la promoción de la organización colectiva, protagónica, deliberante y auto gestionada de la comunidad.

Este proceso, continuó con la inscripción de los títulos en la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, que en cumplimiento de normativa registral, produjo la oponibilidad frente a terceros. Las características particulares de la propiedad comunitaria, hicieron necesario plasmar en los folios reales de los inmuebles, específicamente en la columna destinada a las restricciones al dominio, nota con algunas previsiones importantes plasmadas en la Ley Nacional N° 23.203. Entre ellas se dejó constancia de que estas tierras son inembargables e inejecutables; que en sus títulos respectivos deberá constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento; que los adjudicatarios están obligados a radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente; no vender, arrendar o transferir bajo ningún concepto o forma sus derechos sobre la unidad adjudicada, ni subdividir o anexas las parcelas sin autorización de la autoridad de aplicación. La sanción prevista en la Ley para los actos jurídicos realizados en contravención a esta norma, serán reputados nulos a todos sus efectos. Por último, se dejó nota de que en caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio, según su caso.

Pero para comprender holísticamente la situación hay que tener varios puntos en claro, a saber:

PROPIEDAD COMUNITARIA INDIGENA. ALCANCES. El tipo de posesión que adoptan las comunidades indígenas respecto de sus territorios tradicionales, a los que consideran sagrados, adopta formas sensiblemente distintas a la de los Códigos Civiles y demás legislaciones internas de los Estados que regulan sobre minería y propiedad de los recursos naturales. En este sentido, podemos advertir que la misma espiritualidad inherente a la cosmovisión indígena, así como la especial relación de estos pueblos con su entorno, impide a sus miembros realizar una transformación masiva, forzada y lesiva de la naturaleza, lo cual convierte en conteste su accionar con la actual normativa medioambiental internacional. Esto es así, en ra-

zón de que los integrantes de los pueblos originarios no se refieren a sus territorios, ni a los recursos naturales que se hallan en los mismos, como simples bienes económicos, puesto que aquellos no se encuentran formando parte de un mercado ni resultando objetos intercambiables por otros bienes. Sucede, en cambio, que el respeto que todos ellos experimentan hacia la integridad de la naturaleza, en tanto le confieren a sus distintas manifestaciones el más alto valor dentro de su religiosidad sintiéndose parte de la misma; es el mismo que les impide realizar grandes cambios que alteren su sustancia y la correlación de las distintas entidades, a las que al mismo tiempo veneran. Por ello, el mayor hincapié para comprender la particular relación de los pueblos originarios con sus territorios debe instalarse en la espiritualidad y en su estilo de vida comunitario. De hecho, suele hablarse de que se considera invisibles a los pueblos indígenas, en el sentido de la escasa o nula alteración del entorno natural que se ha producido dentro de los territorios cuyos recursos se encuentran administrados o cuidados por las comunidades originarias, en tanto su vocación demostrada a lo largo de miles de años ha sido siempre la de respetar la correlación de las fuerzas que allí conviven. De allí la consabida frase con la que suelen identificarse: **-La tierra no nos pertenece, nosotros pertenecemos a la tierra-.**

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDIGENA ¿ES UN DERECHO REAL O PERSONAL?

Cuando hablamos de la propiedad comunitaria indígena entendemos que no se cumplimentan los requisitos que el mismo derecho privado ha propuesto para la constitución de los derechos reales, en tanto el objeto de éstos últimos deben ser cosas que estén en el comercio, tratándose de derechos con contenido básicamente patrimonial y de índole económico. Sin embargo, cuando hablamos de un instituto jurídico tan particular como la propiedad comunitaria indígena consideramos que nos hallamos mucho más cerca de los derechos denominados personales, categoría sustancialmente distinta esgrimida por el mismo Vélez Sarsfield al regular los derechos de la personalidad, en tanto resultan inmateriales y pertenecientes a otros aspectos de la vida de las personas. A pesar de ello, de adentrarnos en dicho análisis, surge que tampoco éstos últimos serían aplicables propiamente al caso porque la identidad real de una propiedad comunitaria indígena es, precisamente, su carácter comunitario y no personal, constituyendo la relación de las comunidades y pueblos con su territorio un vínculo esencialmente cultural, con alto contenido espiritual y no intercambiable por otros bienes en el mercado. Para explicitar la esencia de los derechos reales, nuestra legislación sostuvo por años que se llaman cosas, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Sin embargo, los objetos inmateriales no son cosas sino bienes, y a ellos no les eran aplicables los derechos reales. En el

mismo sentido se estipulaba que todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión, ergo, los bienes que no fueren cosas no son susceptibles de posesión. En virtud de los puntos que se describirán, el carácter que los indígenas brindan a su territorio no resulta meramente material y, contrariamente a lo que estipula casi toda la legislación, sus componentes no se hallan en el comercio. En función de que el modo indígena de poseer un territorio resulta absolutamente diferente al modelo de posesión derivado de la cultura europea dominante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2008, en el caso de la comunidad EbenEzer de la provincia de Salta, dijo que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas *“debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, derechos consuetudinarios, su vestimenta, filosofía y valores”* (CSJN,

—Comunidad Indígena EbenEzer c/ provincia de Salta – Ministerio de empleo y la producción s/ amparo del 30 de septiembre de 2008, C.2124. XLI, p.4)

Para describir las sustanciales diferencias que la propiedad comunitaria indígena observa en relación con el instituto tradicional de la propiedad individual, basta analizar la descripción que del derecho de dominio hace Vélez Sarsfield en el aún vigente artículo 2.506 del Código Civil, definiéndolo como *“el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona”*. Por su parte, durante las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se arribó a la conclusión de que la posesión y la propiedad indígenas constituyen conceptos nuevos que los desnaturalizan como derechos reales, teniendo en cuenta su rango constitucional y autónomo del derecho civil: *“la protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el artículo 75 inc. 17 C.N. hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente”* (Conclusión VI; XVII Jornadas de Derecho Civil). En definitiva, la doctrina resulta conteste en que la reparación histórica que representó en favor de los pueblos indígenas la reforma a la Constitución Nacional de 1994, debe ser tratada con mucho cuidado de modo que no implique un retroceso, toda vez que el derecho objetivo ha cambiado significativamente y hoy se exige que el problema indígena se resuelva con nuevas normas de derecho público dictadas en consecuencia y, sólo supletoriamente, con las viejas normas del derecho privado. Para mayor abundamiento, nos aclara la actual Ministro de la Corte, Dra. Helena Highton, que: *-la propiedad comunitaria reconocida a las comunidades no afecta el derecho a usar, gozar*

y disponer de una cosa, lo que varía es el modo de ejercicio. En este modo particular de ejercicio los comuneros se encuentran vinculados por lazos de solidaridad siendo cada uno de ellos dueños de la totalidad de la cosa, con las restricciones que impone la explotación comunitaria y las exigencias de la justicia social(...). Una propiedad tal debe poder perpetuarse como la comunidad a que ella sirve de donde la inalienabilidad y la indivisibilidad son las garantías de estabilidad y seguridad económica del grupo (...)-.

NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL. Vale aclarar a esta altura un concepto que resulta esencial a la hora de comprender el verdadero status jurídico de las tierras o territorios que ocupan las comunidades indígenas. La propiedad de los territorios indígenas está directamente reconocida por la Constitución Nacional. Dado que el art. 75 inciso 17 de la misma es plenamente operativo en virtud de los argumentos descriptos ut supra. Dicha operatividad se manifiesta, en este caso, como una INTERVERSIÓN del título que ostenta el Estado nacional, provincial o municipal, en el sentido de que su única obligación es la regularización de ese dominio a nivel registral. Por tanto, el mismo texto constitucional establece que los inmuebles ocupados por indígenas pasan a ser bienes tradicionalmente incluidos en el patrimonio de las comunidades indígenas. La regularización lo es sólo en beneficio del propio Estado, quien a raíz de la intervención dominial, se muestra reteniendo una calidad registral que no tiene en la realidad del derecho, hallándose gravado, por lo tanto, con el deber de exteriorizar la realidad jurídica: la propiedad comunitaria indígena.

La solicitud de estos títulos de propiedad comunitarios constituye, sin embargo, el último paso en el reconocimiento que los Estados Nacional y Provincial decidieron realizar en favor de las comunidades indígenas, atento una cuestión política de manejo de los recursos y, más mediáticamente, de costos.

La confección de dichos títulos, sin embargo, simplemente es un derecho que corresponde a cada Comunidad en atención al art. 14 del Convenio 169 de la O.I.T. que revela: Art. 14: *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan... Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión...”*. Al respecto revela la ley 23.302 en su art. 7 *“Dispónese la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad (...)*”. Agregando luego en

su art. 8 que “*La autoridad de aplicación elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras (...) El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos (...)*”.

La propiedad, para las comunidades indígenas, tiene la particularidad de poseer un carácter Comunitario, por ello es que el Estado reconoce hoy a las comunidades el carácter intransmisible e inenajenable de sus tierras y no las somete a ningún tipo gravámenes o embargos. Los títulos y las mensuras se confeccionan en forma gratuita y la remoción de los miembros que conforman cada Comunidad se determina a través del Estatuto en Asamblea de la misma. Dice el Convencional Constituyente Díaz (Convención Nacional Constituyente, inserción solicitada a la 29° reunión, 3° Sesión Ordinaria, 11 de agosto de 1994, Apéndice) que “el art. 75 inc. 17 otorga rango constitucional a dos cuestiones innovadoras en nuestro sistema jurídico. 1- El otorgamiento de status de sujeto de derecho a las comunidades de los pueblos indígenas como ente colectivo especial (pero que en nada afecta la situación jurídica de los indígenas como personas individuales) y 2- La aceptación de una relación nueva y distinta entre esos sujetos colectivos y la tierra”. Y que los Convencionales entienden que este modo tradicional de posesión comunitaria que practican los pueblos indígenas no cabe en las palabras del Código Civil vigente y que el fin de reconocer esa relación a nivel constitucional evita el conflicto entre los dos sistemas jurídicos cuando permite que ello se resuelva con la prescripción oportuna de una serie de normas específicas que respeten tal modalidad específica. Entonces estamos diciendo claramente que el Congreso de la Nación debe hacerse cargo de que hay un modo diferente de ejercer la posesión de la tierra y que deberá dictar las leyes que aten las consecuencias jurídicas a este modo diferente. Es de destacar que las leyes referidas no deben definir el derecho real ya reconocido a las comunidades sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, sino sus consecuencias jurídicas. Dice más adelante “Reconocer a esos sujetos colectivos que son las comunidades, la posesión comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan. Esto implica legislar los consecuentes jurídicos del hecho de la posesión comunitaria y la propiedad también comunitaria de las mismas”. Por su parte la Convencional constituyente en la 2da inserción agrega que la diversidad cultural –a la que adscribe toda la reforma– enraíza directamente con el hecho de continuar viviendo, los pueblos originarios, en su tierra ancestral como comunidad. Que la propiedad de la tierra garantiza a los indígenas la posibilidad de preservar su acervo cultural y que como vínculo histórico, religioso y espiritual ella deviene en un derecho fundamental.

TÍTULOS NULOS OTORGADOS A TERCEROS SOBRE TERRITORIO INDÍGENA. Una de las situaciones que suelen darse más asiduamente en relación con la propiedad legal de los territorios indígenas, es la aparición de terceros adquirentes, argumentando contar con un título, o mejor derecho, sobre una porción de tierra de las propias comunidades que la poseen ancestralmente; exhibiendo estas sendos permisos de ocupación, y hasta títulos de propiedad, otorgados por los poderes públicos estatales, generalmente provinciales o nacionales. En función de contar con dichos documentos pretenden impedir los tradicionales actos posesorios de las comunidades sobre sus territorios y hasta, llegado el caso, promover el desalojo de sus integrantes como si fueran intrusos, promoviendo para ello acciones civiles de desalojo y de reivindicación, y hasta denuncias penales por usurpación. De esta forma, el vocablo “título” es utilizado desde su mero sentido documental o formal como instrumento externo probatorio del dominio, desconociendo el carácter de causa legítima de transmisión o adquisición de un derecho real, que sí ostentan las comunidades indígenas por el hecho de ejercer su posesión en forma tradicional. Sin embargo, y a pesar de los documentos con que algunos funcionarios han premiado a quienes jamás pusieron un pie sobre dichas tierras, cabe siempre hacer valer que, aún en nuestro antiguo Código Civil, el propietario de un inmueble es quien posee título de propiedad, debidamente confeccionado por escribano autorizante, perfeccionado por la tradición (artículos 577, 2.383 y 3.265 del Código Civil de Vélez Sarsfield) e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia (artículo 2.505 del mismo cuerpo legal). Casi sin excepciones, se dan en los procesos de confección de estos “títulos”, numerosas violaciones a las normativas locales y, cuando las hay, a las leyes que abordan la cuestión indígena, lo cual transforma dichos títulos en nulos de nulidad absoluta e insanable. Como norma general, los títulos que se expiden en cada provincia suelen requerir de un procedimiento más o menos complejo para su validez, tales como las mensuras previas con presencia de los interesados en terreno, el respeto por los deslindes con los vecinos, la publicación de edictos, la notificación a todos los interesados y la mención de si existen ocupantes o no. En algunos casos, se debe respetar incluso el denominado “pacto de preferencia” a través de una cláusula especial consignada en el mismo título, en virtud del cual debe prevalecer el derecho que corresponde a los indígenas ocupantes a la adjudicación en propiedad de las tierras cuya posesión detentan (art. 11 ley provincial 2.287 de Río Negro) o en favor de la provincia cuando existan situaciones de utilidad pública. Observando a simple vista los antecedentes de cada caso, suele detectarse fácilmente cómo se han violado groseramente la mayoría de estos procedimientos para la expedición de esos documentos que invocan los terceros de buena fe. Si a esto le sumamos la circunstancia de

que el derecho real de propiedad se hallaría perfeccionado solamente con la efectiva tradición (entrega de la posesión) de la cosa, consideramos que para todos los casos que afecten a pobladores indígenas, ninguna escritura puede haber sido otorgada en forma válida. Esto, atento el hecho de su posesión, la que nunca han abandonado, no permitiendo entonces el debido perfeccionamiento de dichas tradiciones en favor de terceras personas, dado que la comunidad jamás se las ha otorgado. Podemos traer a colación, a su vez, las normas de la legislación argentina que hacen a la materia. Sobre el particular la misma dice *“Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”*, a su vez completa que *“Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición (...)”*, a lo que agrega que *“Para juzgarse hecha la tradición de los inmuebles, no estando el adquirente en la simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble esté libre de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome”*. Por tanto, en virtud de esta clara falta de cumplimiento de los requisitos esenciales para la confección de dichos títulos, los mismos deberán ser considerados por el sistema legal como nulos de nulidad absoluta, cediendo necesariamente ante la legitimidad generada a raíz de cualquier acto posesorio que en forma tradicional realice un solo miembro de una comunidad indígena. A pesar de la validez de algunas de estas herramientas jurídicas que brinda la tradicional noción de propiedad privada regulada por el viejo Código Civil, no debemos dudar que la cuestión de los nuevos títulos comunitarios debe ser abordada desde la nueva normativa constitucional expresada por el art. 75 inc. 17 y los art. 14 a 19 del Convenio 169 de la OIT, en tanto imponen a los Estados reconocer a los pueblos indígenas *“la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, así como la propiedad de las tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (...)”*.

SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD COMUNITARIOS.

El artículo 14 inc. 2 del Convenio 169 de la OIT resulta preclaro a la hora de establecer la responsabilidad de los Estados parte por el reconocimiento de los territorios indígenas en la legalidad de sus instituciones, cuando dice: *“Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (...)”*. En estas condiciones, resulta evidente la obligación que pesa sobre los Estados (nacional y provinciales) de regularizar

la propiedad que las comunidades vienen detentando sobre sus territorios tradicionales, expidiendo para el caso los respectivos títulos de propiedad comunitarios. También queda definido que la confección de los mismos, tanto como la realización de los respectivos planos de mensura y estudios de títulos previos sobre el terreno, quedan a cargo de la misma Administración Pública, no pudiendo trasladar ninguno de estos costos sobre el patrimonio de las comunidades, atento resulta el mismo Estado, conforme el propio sistema jurídico por él instaurado, quien genera esta necesidad en las comunidades, que durante miles de años no necesitaron de título escrito alguno. De la misma noción de preexistencia, se deriva a su vez la imposibilidad que tendrá el Estado de gravar con impuestos ni gravámenes de ningún tipo a dichos territorios regularizados, así como de habilitar cualquier división, enajenación, transmisión o embargo de un solo metro cuadrado de los mismos que atente contra su integridad. La regularización de esta propiedad comunitaria a través de la expedición de los correspondientes títulos constituye además una obligación legal para el Estado, que podrá incluso incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios, y hasta penal, en virtud de los daños que pudieren padecer las comunidades que, por falta de los mismos, sufrieran el menoscabo de la integralidad de sus territorios o de sus recursos naturales.

EN CUANTO A LA EXTENSIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA. Esta noción integradora del concepto territorio, en tanto espacio necesario y esencial para el desarrollo y transmisión de una cultura ancestral, no permite separar en la cosmovisión indígena entre el suelo y el subsuelo. Tampoco escinden las comunidades, dentro de su concepto de territorio, a su espacio aéreo, incluyendo entre sus partes al mismo cosmos, con el que conforman necesariamente sus fuerzas y lo integran. Tal carácter involucra, a su vez, a otro tipo de elementos constitutivos del hábitat, aquellos comúnmente denominados “recursos naturales” tales como el agua, los animales, las plantas, los árboles o los minerales, que por la misma razón forman parte de un todo integrado con el resto. Respecto de ese microcosmos al que otorgan un sentido necesariamente religioso, deberá observarse el mismo respeto que se reconoce por la simple superficie de sus tierras, siempre y cuando los Estados pretendan brindar el debido cumplimiento hacia los derechos internacionalmente reconocidos a los pueblos indígenas. No puede ser de otra manera para casos en que existe una categorización precisa de las diferentes capas y niveles de su “mapu” (tierra), como por ejemplo el pueblo mapuche ubicado al sur de Chile y Argentina. Así, se habla del “WenteMapu” como el conjunto de niveles espaciales que involucra de alguna manera un territorio indígena, mencionándose así al “PujiMapu” como a la tierra que inmediatamente se ubica debajo de los pies y que

genera los frutos necesarios para la subsistencia. Sin embargo, esa tierra próxima se hallará secundada por una tierra mucho más profunda, en sentido material y espiritual, denominada “MincheMapu”, la que jamás podrá ser afectada en modo alguno sin dañar con ello al resto del “ixofijmogem” o biodiversidad. También componen esa misma “mapu” el denominado “RagiñWenuMapu” o espacio aéreo inmediato y el “WenuMapu” o espacio aéreo lejano que incluye a las capas superiores de la atmósfera y el cosmos. Ninguno de todos ellos podrá ser afectado sin alterar el orden establecido y dañar al “ixofijmogem” (biodiversidad), por lo que cualquier actividad que comprometa de alguna manera a cualquiera de estos niveles estará vulnerando la totalidad de los niveles de esa misma “mapu” o territorio, dañando así el ecosistema y produciendo una herida insanable sobre las personas “che” que habitan dicho sitio y reproducen su cultura dentro del mismo. Ello, entendiendo que el “che” comparte el espacio del “wentemapu” con numerosas formas de vida, no constituyendo en manera alguna el centro del “wajmapu” (universo mapuche). Mientras los Estados pretendan aplicar con coherencia las nociones de preexistencia, interculturalidad y respeto por la identidad de los pueblos indígenas que consagraron a través de sus propias Constituciones, así como mediante la ratificación de los distintos Instrumentos Internacionales que hoy regulan la materia, no podrán permitir la afectación de la integridad de ninguno de los elementos que constituyen la integralidad de los territorios indígenas.

LA ECONOMÍA COMUNITARIA INDÍGENA. Una de las principales amenazas que vienen sufriendo durante los últimos años, tanto los territorios como las prácticas culturales indígenas, ha sido la instalación de un modelo de economía “globalizada” que fija para el desarrollo pautas y valores tendientes a la inclusión en el mercado de los territorios y a la “integración” de las culturas indígenas al resto del mundo. Tal extremo tiende a desestructurar los elementos fundacionales de las pueblos indígenas, tales como sus territorios, su identidad y su cultura, permitiéndose así, mediante legislaciones internas de fomento en extremo permisivas, el ingreso de gigantes emprendimientos que no solo afectan la superficie, espacio aéreo y subsuelo de los mismos, sino que acentúan un proceso de descomposición de las culturas. Son las mismas comunidades indígenas las que, a la hora de determinar cuáles son las prioridades en sus procesos de desarrollo (art. 7 del Convenio 169 de la OIT), proponen alternativas diametralmente opuestas a la explotación de los elementos del subsuelo, construyendo su economía sobre pilares que no resulten lesivos de la naturaleza y las fuerzas que la conforman. Lejos están, entonces, de los ideales de alta productividad, del fomento al individualismo como política de desarrollo, de la acumulación como bien en sí mismo y de la noción de “escasez de recursos”

como excusa para la explotación de sus territorios. Fundarán, en cambio, su motivación en vivir simplemente con lo que la vida y la naturaleza les exigen para cubrir sus necesidades básicas y desarrollarse en armonía con el medio que los rodea. Cualquier desperdicio de recursos naturales o excesos en el consumo de cualquier tipo, serán elementos altamente nocivos que alterarán necesariamente sus vidas al impedirles recuperar la armonía, esencial en toda cultura indígena, para lograr el desarrollo pleno de sus familias y comunidades.

LA PREEXISTENCIA Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS RESPECTO DEL TERRITORIO. El reconocimiento de la trascendente noción de “preexistencia”, regulado en el primer párrafo del artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional Argentina, y que ya mencionara el artículo 1, inc. b del Convenio 169 de la OIT, exige que los Estados nacionales deban partir del respeto a la existencia de culturas que rondan por el continente americano, al menos, por 50 veces más tiempo que los mismos Estados que hoy pretenden imponerles sus leyes.

Reconocer la preexistencia implica admitir que la vida y forma de organización que los pueblos indígenas se vienen dando, proviene desde miles de años a la fecha, dentro de cuyo contexto los Estados nacionales de América vinieron a conformarse hace relativamente poco tiempo por estas tierras. Por tanto, no se encuentran hoy los Estados en condiciones de desconocer toda una historia y organización política que responden a complejas cuestiones de identidad cultural y al devenir de siglos de evolución, de una evolución distinta que la forjada en el seno de los países europeos. Reconociendo la preexistencia, no puede inferirse, por lógica, más que la diferente situación jurídica de la que gozan las comunidades originarias respecto de cualquier otro tipo de organización o sujeto de derecho, al igual que la especial relación de las mismas con su territorio y recursos naturales. Como particular ejemplo de la noción de preexistencia, resulta útil referir que durante los Siglos XVI a XIX, los Estados, español primero, chileno y argentino después, debieron mantener la paz con los pueblos de la Patagonia a través de Tratados celebrados entre partes iguales, de Estado a Estado, de Lonko (autoridad política del pueblo mapuche) a Rey primero y de Lonko a Presidente luego, reconociéndole así la categoría de Pueblo Nación y donde cada uno se comprometía a respetar el territorio del otro. En dichos tratados se respetaba, además, la jurisdicción de los pueblos indígenas patagónicos dentro de un extenso territorio, comprometiéndose entonces los Estados “blancos” a no avanzar sobre las costumbres, cosmovisión y territorios de esos pueblos. No menor resulta el dato de que, entre los años 1854 y 1860 en que la Provincia de Buenos Aires se mantuvo al margen de la “Confederación Argentina”, la denominada “Confederación Salinera” que

involucraba a numerosas comunidades mapuches bajo una misma organización política y que mantenía bajo un absoluto poder indígena a cerca de 500.000 kilómetros cuadrados, contaba con una oficina o “Embajada Mapuche” en la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, por entonces única capital reconocida de la que luego sería la República Argentina. Casi 30 años más tarde, el Estado argentino a través de su ejército dispondría la invasión del amplio territorio y la guerra contra esos mismos indígenas que daría en llamarse “Conquista del Desierto”. Un fallo judicial firme de la Provincia argentina de Río Negro describe con precisión esta noción cuando dice: *“La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 17 de la Constitución Argentina), toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior. Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional”*. *“Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etc. Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable (artículo 75 –inciso 17– de la Constitución Nacional). Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad. Eso equivale a posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria (...)”*. El vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etc.). Aquí, la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Mayagna (Sumo) AwasTingni c/ Estado de Nicaragua” el 31/8/01 revela que *“La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tienen efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado (...)*. *El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Es decir que no se les debe exigir la presentación de títulos formales de propiedad, bastando el hecho mismo de la ocupación tradicional*

de sus territorios. Este hecho originario, una vez comprobado, opera como causa y título formal de sus derechos de propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. Como corolario de lo antedicho, en el mismo Fallo la Corte Interamericana, establece a su vez una obligación negativa para los Estados que influirá necesariamente sobre la materia que nos ocupa, en cuanto protege expresamente la integridad de los territorios indígenas y determina la imposibilidad de menoscabar los recursos naturales existentes en los mismos, en tanto: *“Fundamentalmente y hasta tanto se concrete esa obligación primaria (delimitación, demarcación, titulación y registro de territorios indígenas) se impone la obligación del Estado de abstenerse de ejercer –por sí o por medio de terceros que actúen con su tolerancia o aquiescencia– actos que pudieran afectar la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes que eventualmente quedarían comprendidos dentro de dicha delimitación geográfica”*. Resultaba tibio a este respecto, en cambio, el contenido del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales al decir que: *“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida (...)”*. Muestra de este modo un criterio de protección relativa en materia de recursos naturales en cabeza de comunidades indígenas, toda vez que continúa reconociendo la propiedad estatal de los minerales y otros recursos en territorios indígenas, estableciendo en tal caso *“(...)procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados (...)”* Tal aplacamiento de la protección legal que nos brinda el mismo Convenio 169 de la OIT obedecía a las razones políticas que por el año 1989 generaban el dictado del citado instrumento en el seno de un nuevo “mundo globalizado” con los criterios de mercado liberados sobre la caída de un bloque opositor. En sentido concordante, cuando la Constitución Nacional Argentina refiere en su artículo 75 inc. 17 que corresponde al Congreso asegurar la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales, no consagra a favor de las comunidades indígenas la propiedad de los recursos naturales y se limita a garantizarles la participación en la gestión de ellos. La fraseología constitucional no es disonante con la adoptada por la Convención 169 de la OIT, que el vocablo “gestión” es suficientemente amplio como para comprender la “utilización, administración y conservación” que

predica el Convenio. Quiere decir, que la Constitución no modifica el régimen general de propiedad de los recursos naturales, y de ese modo, por ejemplo, los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional (art. 1ª de la ley 17.319). También es necesario realizar la discriminación que efectúa el Código de Minería (t.o. por Decreto 456/97) entre minas de primera, segunda y tercera categoría, atribuyendo la propiedad de las dos primeras al dominio privado del Estado nacional o provincial -art. 2 a 7- (Propiedad Indígena, Jorge Alterini, Pablo Corna y Gabriela Vázquez, Editorial de la Universidad Católica Argentina, pág. 186).

Por ello, mucho más contundente y específico en cuanto al alcance de la noción jurídica de preexistencia, resulta el contenido de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en la Asamblea General de la ONU, en tanto su artículo 26 nos revela muy claramente que: *“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”*. 2. *“Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”*. 3. *“Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”*. La mencionada normativa nos permite proponer, al menos para los territorios indígenas, una urgente revisión del carácter de “propietarios de los recursos del subsuelo” desde donde se plantearon históricamente los Estados nacionales respecto de los demás particulares superficiarios. Corresponderá, de momento, la aplicación del principio “pro homine” a la hora de establecer el plexo jurídico aplicable a tan controvertida cuestión, respetándose para el caso la normativa más protectora de las comunidades afectadas. Comienza así en el mundo del derecho la discusión que podrá derivar en una deslegitimación de los Estados para conservar el carácter de propietarios absolutos de los recursos naturales, mineros o hidrocarburíferos para los casos en que éstos se encuentren ubicados dentro de territorio indígena.

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Con respecto a la restitución de tierras y al derecho que le asisten a los pueblos originarios que habitan la Nación Argentina, la herramienta jurídica más importante se encuentra redactada en el art. 75 inc. 17 de la Constitu-

ción Nacional, cláusula ésta que ahora es complementada por el art. 18 del nuevo Código Civil y Comercial.

La norma constitucional trasunta un sentido humanista; a la vez que, del derecho a la diferencia, es una expresión del derecho a la identidad personal. La expresión “desarrollo humano” es relevante, porque señala la finalidad promotora que debe revestir la tierra y su uso, como espacio de radicación y de crecimiento para la integración, la cultura diferencial y la convivencia de las comunidades indígenas.

Para concluir creo estar en condiciones de contar como acaba de comenzar el proceso de restitución de tierras en nuestro país, ya que como Subsecretario Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda de la Provincia de Buenos Aires fui el encargado de realizar **la primera inscripción registral de la historia de nuestro país de la propiedad comunitaria de sus tierras a una comunidad, en este caso la comunidad TOBA NAN QOM**, el 22 de diciembre de 2014; cuya Escritura, Acta y Folio Real se acompañan.

En diciembre del año 2014, la Comunidad Nam-Qom, perteneciente al Pueblo Toba, logró suscribir el título formal de tierras situadas en la Provincia de Buenos Aires. Esta comunidad es reconocida por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Comunidad Indígenas (RE.NA.CI), con personería jurídica. Del Reglamento de la Comunidad Nam Qom surge que su autoridad máxima es el cacique, cuyo mandato tiene un plazo de veinte años consecutivos e ininterrumpidos, con facultades para ejercer la representación de la comunidad en todos los ámbitos y gestionar proyectos que fortalezcan la comunidad en su conjunto. La designación y elección del Cacique surge de las constancias de su acta de asamblea general ordinaria, y mediante las constancias del Acta del Consejo de la Comunidad Nam Qom, resolvieron por unanimidad la aceptación de la adjudicación de propiedad comunitaria con título colectivo de las tierras mencionadas.

La escritura de adjudicación de las tierras, fue el broche final de un exhaustivo camino que comenzó a transitar mucho tiempo antes, la Comunidad Nam Qom, en principio migrando desde sus tierras originarias hasta el partido de La Plata, en la búsqueda de mejorar su calidad de vida. Golpearon infinidad de puertas en innumerable cantidad de organismos e instituciones; se esforzaron por integrarse con la población e intentaron preservar su cultura; recabaron información, se formaron, aprendieron y gestionaron infinidad de trámites administrativos, todo ello una y cien veces, con la fuerza y el temple necesarios para lograr sus metas. En ese escenario, se animaron a elevar sus voces y lograron que sus reclamos sean escuchados, sintiéndose cada vez más cercanos a que sus sueños sean traducidos en una

florecente realidad. El vínculo de la Comunidad Nam Qom con las tierras en donde viven, trabajan, se educan y se relacionan, benefició a 45 familias integrantes. El acceso a las tierras y sus títulos, les permitió preservar su identidad cultural, afianzar sus costumbres, su lengua, su idiosincrasia, alcanzando una mejor calidad de vida y mayor arraigo, con el consecuente incremento de la seguridad jurídica, materializando cabalmente el derecho a la propiedad comunitaria. En función de ello, se pusieron en marcha políticas públicas y a través de organismos tanto nacionales como provinciales, asumieron el compromiso de gestionar la entrega de tierras “aptas y suficientes que contribuyan al desarrollo con identidad, brindado asistencia técnica y asegurando la plena participación de las comunidades durante el proceso de regularización dominial, así como las respectivas escrituras, y posterior inscripción registral para la oponibilidad frente a terceros.

El progreso de estas gestiones fue realizándose en las siguientes etapas: a) Por un Convenio celebrado el 19 de octubre de 1999 entre la Comunidad Nam Qom y el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, este último le otorga la posesión de inmuebles sitios en el partido de La Plata. b) Con posterioridad, es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas quien mediante Resolución de su Presidente N° 103 del año 2011, realizó el Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral dispuesto por el Artículo 3° de la Ley Nacional N° 26.160, Decreto PEN N° 1122/07 y la Resolución INAI N° 587/07 en la comunidad Nam Qom, con asiento en la Provincia de Buenos Aires, reconociéndole asimismo a esa comunidad la ocupación actual, tradicional y pública de la tierra. c) El Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires, por Resolución N° 1720 del 29 de mayo de 2014, adjudicó la propiedad comunitaria de los inmuebles identificados ubicados en el partido de La Plata, en los términos de los artículos 10 y 12 de la Ley Nacional N°

23.302 y Ley Provincial N° 11.331, con los alcances preceptuados por el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, dándole intervención a la Escribanía General de Gobierno a fin de extender la pertinente escritura traslativa de dominio. d) La Escribanía General de Gobierno de la provincia de Buenos Aires autorizó la escritura de propiedad comunitaria a favor de la Comunidad Nam Qom, reconociendo a la comunidad su **derecho cultural de aplicación colectiva** de tierras ubicadas en la ciudad de la Plata.

CRIMINAL CONFISCATION AND LAND REGISTRY: THE ITALIAN EXPERIENCE

Michele Cuccaro

1. INTRODUCTION

Seizure and confiscation of assets of illicit origin are considered very effective instruments against organized crime and money laundering and its connected crimes. Confiscation is a measure, ordered by a court following procedures in relation to a criminal offence, resulting in the final deprivation of property. It can be preceded by a freezing measure that temporarily prohibits the transfer, destruction, conversion, disposal or movement of property. In recent years, many States have instituted new and diverse forms of confiscation orders, with the aim of depriving criminals of their illegally obtained assets in a more efficient way.

Here is an overview of the main types of confiscation existing in European Member States:

- **ordinary confiscation** is a confiscation measure directed against an asset which is the direct proceed of a crime;
- **extended confiscation** is a confiscation measure that goes beyond the direct proceeds of a crime, where the property seized is derived from criminal conduct; thus it is possible – normally in limited circumstances (i.e. crimes not committed on a one-off basis, typically by criminal organizations) – to confiscate the proceeds from crimes other than the one to which the conviction refers¹.

¹ See Alberto Perduca, Identifying, Restraining and Recovering Stolen Assets in the OSCE Region, 2012: The extended confiscation was introduced in the Italian criminal system in 1992 for a very simple reason. The classic confiscation requires that the Prosecutor proves a link between the criminal behavior and the asset which has to be forfeited. This is not particularly difficult in a case where there is one or a limited number of individuals involved in one or a limited number of criminal offences that are well established in space and time; the scenario dramatically changes when the criminal is part of a structured group, when this group commits crimes continuously

- **third-party confiscation** is a confiscation measure made to deprive someone other than the offender – the third party - of criminal property, where that third party is in possession of property transferred to him by the offender;
- **value-based confiscation** is a confiscation measure by which a court, once it has determined the benefit obtained by an individual from criminal conduct, imposes an order for the payment of money, which is realizable against any property of the individual (even if acquired before the commission of the crime);
- **non-conviction based confiscation ('NCBC')** is a confiscation measure taken in the absence of a conviction and directed against an asset from illicit origin. It covers cases in which a criminal conviction is not possible because the suspect has become ill or fled the jurisdiction, has died or where the statute of limitations has expired. It also covers the cases of action against the asset itself, regardless of the person in possession of the property.

2. CRITICALITIES AND CONSTITUTIONAL ISSUES

With regard to confiscation there are some criticalities which are still unresolved, especially with respect to the safeguard of fundamental rights.

Ordinary confiscation is widely recognized and perceived as a legitimate limitation to property, if applied in compliance with fundamental procedural safeguards.

Extended confiscation and non-conviction based confiscation (NCBC) instead raise a lot of doubts among scholars.

So far also these new forms of confiscation passed successfully the tests before the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights. Both Courts have stated that the extended confiscation does not violate neither the right of property nor the presumption of innocence and the right to a fair trial.

and professionally during the time and in various areas and when it launders money in illegal as well in legal activities, by this way merging the profits. It is easy to understand why the classic confiscation proved not to be effective enough in most cases connected with mafia activity.

The extended confiscation divides the burden of proof between the parties: it is to the prosecutor to prove that the criminal owns, directly or indirectly, a patrimony whose value is disproportionate to his legitimate income. And it is to the defendant to demonstrate that, despite the disproportion, his patrimony has a legitimate origin.

While the problems connected with the presumption of innocence and the right to a fair trial have been extensively analyzed by criminal scholars, the relationship between criminal confiscation and the civil aspects on land registry has always remained in the background.

It is therefore interesting to start our inquiry by analyzing the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the topic of the possible violation of the right of property (protected by art. 1 of the first protocol of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

In the *VEITS v. ESTONIA* Judgment² the Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention, which guarantees in substance the right to property, comprises three distinct rules.

1. The first, which is expressed in the first sentence of the first paragraph and is of a general nature, lays down the principle of peaceful enjoyment of property.
2. The second rule, in the second sentence of the same paragraph, covers deprivation of possessions and makes it subject to certain conditions.
3. The third, contained in the second paragraph, recognizes that the Contracting States are entitled, among other things, to control the use of property in accordance with the general interest.

The second and third rules, which are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property, must be construed in the light of the general principle laid down in the first rule (see, among many authorities, *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, § 44, ECHR 1999-V, and *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 134, ECHR 2004-V).

The Court's constant approach has been that confiscation, while it involves deprivation of possessions, also constitutes control of the use of property within the meaning of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (see *Sun v. Russia*, no. 31004/02, § 25, 5 February 2009; *Riela and Others*, cited above; *Arcuri and Others*, cited above; *C.M. v. France* (dec.), no. 28078/95, 26 June 2001; *Air Canada v. the United Kingdom*, 5 May 1995, § 34, Series A no. 316-A; and *AGOSI v. the United Kingdom*, 24 October 1986, § 51).

² App. no. 12951/11 (15.1.2015)

The Court considers that confiscation in criminal proceedings is in line with the general interest of the community, because the forfeiture of money or assets obtained through illegal activities or paid for with the proceeds of crime is a necessary and effective means of combating criminal activities (see *Raimondo v. Italy*, 22 February 1994, § 30, Series A no. 281-A). Confiscation in this context is therefore in keeping with the goals of the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, which requires State Parties to introduce confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime in respect of serious offences. Thus, a confiscation order, with respect to criminally acquired property, operates in the general interest as a deterrent to those considering engaging in criminal activities, as well as by guaranteeing that “crime does not pay” (see *Denisova and Moiseyeva v. Russia*, no. 16903/03, § 58, 1 April 2010, with further references to *Phillips v. the United Kingdom*, no. 41087/98, § 52, ECHR 2001-VII, and *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein* (dec.), no. 696/05, 10 July 2007).

The Court further reiterates that, although the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, it has been its constant requirement that the domestic proceedings afford the aggrieved individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures (see *Denisova and Moiseyeva*, cited above, § 59; *Jokela v. Finland*, no. 28856/95, § 45, ECHR 2002-IV; and *AGOSI*, cited above, § 55).

3. CONFISCATION AND LAND REGISTRIES

As already mentioned above, the theme of criminal confiscation has been analyzed mostly from the perspective of criminal law, while insufficient attention was given to the issue of the relationship between confiscation and land registration.

The particularity of Italy is that there are two different types of Land Registries, which work with different rules and are applied in different parts of the State.

One is the “*sistema tavolare*” (tabular system), a particular title system of land registration which was modeled on the Austrian *Grundbuch* and is used in only a few regions of the North of Italy (mostly the Regions which were annexed to the Austrian Empire until 1918). The tabular system allowed

– since 1929 - the annotation on the land registers of the types of seizures disciplined by criminal law.

On the other hand, in the rest of Italy – where the land registration deed system has a French origin – only in 2009 it had been introduced the possibility to register the seizure disciplined by criminal law with the same procedure used for the civil confiscation.

This fact is actually not surprising, as the tabular system is knowingly more oriented on a dynamic (instead of static) protection of the transactions regarding real property and does usually not tolerate hidden charges. It is also well known that any system of land law faces a tension between the preservation of prior entitlements and the facilitation of real property transactions.

Until 2009 the problem regarding the transcription of criminal seizures was not solved by the law (except for the few regions in which the tabular system applies), and was therefore dealt with only by the jurisprudence and by the law scholars, which had identified these categories of subjects:

- 1) formal owners of immovables
- 2) holders of limited/secondary property rights, as use rights (usufruct, servitude...) and security rights (mortgage)
- 3) unsecured creditors
- 4) heirs

With regard to ownership of real property, the general principle is that confiscation does not take place when a '*person extraneous to the crime*' (a subsequent purchaser in good faith) is the owner of the immovable potentially subject to confiscation: in such a case, the immovable cannot be confiscated.

However, the Italian jurisprudence has adopted a very strict notion of '*person extraneous to the crime*', according to which any subject who has, through his or her conduct, made the commission of the crime easier, cannot be considered 'extraneous' to the crime, and – although not criminally liable – is not entitled to prevent confiscation. The only subject who can be considered extraneous to the crime is the one who did not have any kind of link – direct or indirect, due to a lack of vigilance or other causes attributable to negligence – with the perpetration of the crime.

The Court of Cassation (which is the Italian highest court) in its decision no. 42778/2017 stated that, on the matter of confiscation, the subject extraneous to the crime which cannot be damaged by a confiscation order, is not

simple the one who did not participate to the commission of the crime, but it is also necessary that he acted in good faith and did not gain any kind of advantage from the commission of the crime.

Regarding the nature of confiscation, the Italian jurisprudence used to describe the ownership of the goods gained by the State as an original acquisition of the title³. According to that doctrine, the confiscation represents a sort of expropriation for public interest, and that interest was identified in the general need to prevent the commission of crimes and, as a consequence, the confiscation order has the effect of creating an original acquisition by the State of the title to the forfeited immovable.

This doctrine has been object of strong criticism by the scholars as, by considering preeminent the public interest, it used to sacrifice the rights of the good-faith subsequent buyer (the *bona fide* third).

As a consequence, starting from the late 90s, the jurisprudence changed its direction, and assumed a new position, that can be summarized in the following points:

- 1) the purchase of the immovable by the State has a derivative nature;
- 2) the preference is given according to the priority of the transcription in the land register, but only if the subsequent buyer was in good faith;

³ Original acquisition is the acquisition of property without reference to a previous entitlement of another person. Derivative acquisition covers all situations where the proprietor has acquired a property right in an object that he has derived from a previous title holder. No new property right is formed, but an existing property right has been taken over from a previous proprietor, either entirely or a part of it that was granted to him. Because the acquiring party has derived his property right from someone who already was entitled to that property, he has to reckon with the existence of possible rights in rem of others, which already might have been vested on the acquired object. This means that there is a considerable difference between an original and derivative acquisition of a movable or immovable thing. When the acquisition is original, the right acquired to the thing becomes property of its own, which by its nature must be unqualified and unlimited, and since no one but the acquiring party has any right to the thing, he must have the whole right of disposing of it. The acquiring party knows for sure that the thing can't have been encumbered with any real property rights of others. But with regard to a derivative acquisition, it may be different, for the person from whom the thing is acquired may not have an unlimited right to it himself, but for instance only a limited property right, which means that the acquiring party did not obtain the thing in full property, but merely limited powers and rights in it (see Original and derivative acquisition of property, in www.dutchcivillaw.com/content/legalsystem044.htm).

- 3) the subsequent buyer bears the burden of proving that he was in good faith;
- 4) it is still not clear if the process is to be brought in front of the civil or criminal judge.

Many recent decisions stress out the fact that the position of the good faith subsequent buyer is protected by the principle of legitimate expectation, which is one of the general principles of the Italian judicial system.

4. THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF

The aforementioned reversal of the burden of proof (which is borne by the subsequent buyer) is considered justified by the Italian jurisprudence.

The Court of Cassation (in its decision number 7136/2015) ruled that, in order for a mortgage to be legally enforceable against a confiscation order, it is not enough that the mortgage was transcribed in the land registrar before the transcription of the confiscation, but it is also necessary the condition (non-derogable) that the mortgagee was in a good faith position and had a legitimate expectation in the validity of the transaction. The Court stated also that the good faith requirement is essential as it is the basis that can justify the legal protection given to the third party with regard to the confiscation order dictated by the criminal judge. The burden of proof is borne by the subsequent buyer, which has to demonstrate that the reliance was guiltless and was generated by a situation of objective appearance that makes forgivable the ignorance of the commission of the crime or the lack of diligence in verifying the absence of crimes.

The holding of the Court of Cassation is in line with the jurisprudence of European Court of Human Rights, which states that in the recovery of assets from an accused or third party, there may be a reversal of the burden of proof in the assumption that the assets are the proceeds of the crime, which the owner of the assets must rebut, or there is a reduction in the standard of proof to the balance of probabilities, rather than the usual test of proof beyond reasonable doubt (*Welch v. UK* N° 17440/90 (9 February 1995), *Phillips v. UK* N° 41087/98, (5 July 2001))⁴.

⁴ *Phillips v. the United Kingdom* (no. 41087/98): More specifically, the ECHR had held that the reversal of the burden of proof in confiscation proceedings following a conviction for a drug trafficking offence was compatible with Article 6 of the Convention. In the instant case, the Court's task was to determine whether the way in which the statutory assumptions had been applied in the confiscation proceedings had offended the basic principles of a fair procedure inherent in Article 6 § 1. Throu-

5. THE STANDARD OF PROOF

Finally, regarding the standard of proof, the matter is disciplined by the Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of instrumentalities

ghout the confiscation proceedings the rights of the defense had been protected by the safeguards built into the system. Thus, in each case the assessment had been carried out by a court through a judicial procedure that included a public hearing, advance disclosure of the prosecution case and the opportunity for the applicants to adduce documentary and oral evidence. Each applicant had been represented by counsel of his choice. Before the Court, neither applicant had seriously complained about the fairness of the first stage of the confiscation procedure in which the benefit from drug trafficking was calculated.

The ECHR therefore held that the reversal of the burden of proof was not incompatible, in principle or in practice, with the concept of a fair trial under Article 6 to place the onus on the applicants, once they had been convicted of a major offence of drug dealing, to establish that the source of money or assets which they had been shown to have possessed in the years preceding the offence was legitimate. Given the existence of the safeguards referred to above, the burden on them had not exceeded reasonable limits. Furthermore, the judges had a discretion not to apply the impugned assumption if, in their opinion, it would give rise to a serious risk of injustice.

As regards the second stage of the confiscation procedure, the applicants had chosen to give oral evidence relating to their realizable assets. They were legally represented and had been informed, through the judges' detailed rulings, exactly how the benefit figure had been calculated. They had been given the opportunity to explain their financial situation and to describe what had happened to the assets which the judge had taken into account in setting the benefit figure. The first applicant, who had been found to have had large sums of unexplained money passing through his bank accounts, had failed to give any credible explanation for these anomalies. The second applicant had not even attempted to explain what had happened to the various consignments of cannabis he had been found to have purchased. In each case the judge found the applicant's evidence to have been entirely dishonest and lacking in credibility. It was not for the European Court to substitute its own assessment of the evidence for that of the national courts.

Moreover, since the applicants had been proved to have been involved in extensive and lucrative drug dealing over a period of years, it was not unreasonable to expect them to explain what had happened to all the money shown by the prosecution to have been in their possession, any more than it was unreasonable at the first stage of the procedure to expect them to show the legitimacy of the source of such money. Such matters fell within the applicants' particular knowledge and the burden on them would not have been difficult to meet if their accounts of their financial affairs had been true.

and proceeds of crime in the European Union, which opted for a halfway solution between two theoretically feasible alternatives.

The two alternatives were:

1. a purely civil law standard (*more likely than not*): this would actually have raised doubts because probably a too low threshold;
2. a criminal law standard (*beyond any reasonable doubt*): in this case, being diametrically opposed to the former, the threshold would have been too high and such a standard would have not been suitable for the general prevention purposes of the instrument in question.

In making a choice between a civil law and a criminal law standard, the Directive 2014/42/EU decided to introduce a rule that could be called a 'reinforced' civil law standard⁵.

6. MORTGAGE AND EXTENDED/PREVENTATIVE CONFISCATION

When referring to the extended confiscation and preventative confiscation (NCBC) a distinction must be made:

for the confiscations disposed before 1.1.2013 the applicable rules are the ones applicable to the ordinary confiscation:

- 1) derivative acquisition of the title;
- 2) the creditor who has credit secured by a mortgage entered in the land register before the confiscation order must demonstrate that he ignored in good faith the existence of a link between the immovable and the illegal activity;
- 3) uncertainty as to whether the process brought by the mortgagee is to be brought in front of the civil or criminal judge.

For the confiscations disposed after 1.1.2013, as a consequence of the entry into force of the new Law number 228/2012, the new rules must be applied:

- 1) it is forbidden to begin or carry on foreclosure actions after the confiscation;
- 2) the acquisition of the immovable by the State has an original nature; the confiscation is therefore a cause of extinction of the mortgage;

⁵ As described by N. Selvaggi, On instruments adopted in the area of freezing and confiscation, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015

- 3) the good faith and the legitimate expectation must be proved in a proceeding in front of the criminal judge;
- 4) if the mortgagee can prove his good faith he will be awarded only monetary compensation, which can not exceed the minor sum between the proceeds of the foreclosure and 70% of the value of the immovable.

Last year the Court of Cassation (23.8.2017 No. 39368) took note of the decision of the legislator to overcome “the shared opinion of the civil and criminal jurisprudence on the derivative nature of the title of purchase of the immovable by the State following the preventative confiscation” and to treat this latter as a cause of extinction of the mortgage governed by Article 2878 of the Italian civil code.

As a result, the former jurisprudence, according to which no form of extended/preventative confiscation can determine the extinction of the mortgage constituted on the immovable, is no longer applicable and in any case the extended/preventative confiscation will prevail over the mortgage.

According to the Court of Cassation, the rationale for this choice must be found in safeguarding the pre- eminent public interest that justifies the sacrifice inflicted on the good faith third, now admitted to a type of monetary compensation.

The balancing of the opposing interests is, therefore, deferred to a subsequent moment, when the creditor in good faith will ask, through the appropriate procedure, the acknowledgment of his right to the monetary compensation. The action taken by the creditor is eminently compensatory and it is up to him, like any plaintiff, to give positive proof of his right.

Finally, the picture described above was recently modified by the Law No. 161 of October 17, 2017, which amended the Code of Anti-Mafia Legislation and Protection Measures.

The most relevant change in our field is the modification of the percentage of the value of the immovable which must be calculated in order to award the monetary compensation, which was decreased from 70% to 60%.

¿EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS EN EL PERÚ PERMITE EL PLENO RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LA TENENCIA ANCESTRAL, LA PROPIEDAD Y EL DERECHO AL TERRITORIO?

Dina Prescott Costa¹

I. ABSTRACT

This paper shows what is the reality that underlies the concept of legal person of the peasant and native communities in Peru, given that it is a construction of the Law to categorize them as such. An account is given of the treatment of indigenous communities in the Peruvian context and whether coexistence in a multi-ethnic and multicultural society such as Peru would not be so problematic by promoting knowledge of the indigenous worldview, given that these collective entities are an important resource in the development of nations.

The substantive legal framework is examined, especially the constitutional treatment since the inclusion of these collective entities in the Constitution of 1920; as well as the jurisprudential development in internal comparative law (Colombia) and the inter-American system of rights. It is revealed that although there is not yet an official data product of the latest population censuses, there are unofficial figures that quantify the indigenous communities to recognize, title and register in the Public Registries for an effective exercise and defense of their fundamental rights. It requires the commitment of the Peruvian Public Registries in the flexibilization pro-registration of special positive rules without impairing legal security. Also, the

¹ Registradora Pública SUNARP, Ex-Becaria Cadri (Guatemala 2014).

distinction between legal persons and collective subjects is required. The rapporteur concludes that it is irrelevant the qualifications around the indigenous communities that could be accepted by the nations, provided that they identify with some of the requirements specified by ILO Convention 169; warning about the position of some sectors that could jeopardize the recognition of their fundamental rights such as ancestral possession, use and possession of land and other related issues such as prior consultation with extractive investment projects developed within their habitat. Finally, considering the broad and complex context on this subject; The paper focuses mainly on determining whether the constitutional qualification of a legal person, developed by the Civil Code of 1984, turns out to be in practice a cumbersome and burdensome procedure in front of other private legal entities, for the recognition, timely exercise and defense against the violation or risk of their fundamental rights.

II. INTRODUCCION

Mi patria Perú se caracteriza fundamentalmente por ser una sociedad pluriétnica y por tanto multicultural. La existencia de diversas lenguas aborígenes, costumbres, gastronomía etc. son una manifestación de esa diversidad que giran en torno a estas instituciones históricas denominadas comunidades campesinas y nativas; grupos de personas que actúan como sujetos colectivos (por su interés comunal) que se ubican en la costa, andes y amazonía peruanas, cuyo origen está vinculado a los pueblos originarios del Perú.²

Es a partir del Siglo XX, que este pluralismo étnico y cultural es reconocido constitucionalmente. Para muestra, nuestra Carta magna de 1993

² Aunque compartan la misma cosmogonía indígena; las comunidades nativas que se ubican en la zona rural de la amazonía se distinguen de las otras porque su relación con la tierra-territorio se basa principalmente en la práctica de la agricultura de roce y quema (agricultura de subsistencia itinerante o nómada); recolección de frutos, la caza y la pesca para proveer su alimentación. La comunidades andinas y sierra costeña se vinculan con la tierra -territorio para actividades económicas vinculadas con la agricultura y ganadería. Cada familia suele tener una parcela de tierra donde practica una agricultura de subsistencia; la ganadería en adición la utiliza como mecanismo de ahorro e intercambio. Si bien existen diversas comunidades por regiones e interregiones y con diferente identidad étnica (en mayor grado en la amazonía), ambas tienen una organización social y política basada en la familia y en la asamblea comunal. Peña Jumpa Antonio en “ Las Comunidades Campesinas y Nativas en la Constitución Política del Perú: Un Análisis exegético del Artículo 89o de la Constitución” -1993.Tomado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12800/13357>

vigente, cuyos artículos, 19, 17, 48 y 89 grafican literalmente lo que afirmamos.

Art. 2 Inc. 19:

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

Inc. 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Artículo 17.-Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.

Artículo 48.- Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

*Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas **tienen existencia legal y son personas jurídicas.***

(el subrayado y negritas es de la ponente)

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

No existen hasta el momento cifras oficiales del resultado de los últimos XII censo poblacional, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas desarrollados en octubre 2017. Sin embargo, la población peruana se calcula en 32 millones aprox., de los cuales se estima que más de 6 millones pertenecen a diferentes grupos étnicos como Quechuas, Aymaras, aguarunas, ashaninkas, entre otros.

La información sobre el crecimiento de estos grupos colectivos es escasa; por ello se espera con interés el resultado oficial de los censos de octubre 2017 a fin de contar con una data confiable sobre el número de habitantes que integran los diferentes grupos étnicos tanto de la sierra, costa y selva peruanas; que servirán de base para la elaboración de planes integrales de desarrollo, formulación de programas y políticas de estado con inclusión social³.

³ Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI. "Sobre el Censo". Tomada de www.censos2017.pe/iiicenso-nacional-de-comunidades-indigenas/. 2017.

Según el INEI, en el último censo realizado en el año 2007, aproximadamente 4 millones de comunidades campesinas y nativas existían en el Perú.

Comunidades Campesinas y Nativas al 2016⁴

Aunque la data publicitada en torno a estos grupos humanos es de mediana confianza, a continuación se copia cuadro y mapa peruano, tomados de las investigaciones de una asociación civil privada comprometida con la protección del medio ambiente y las comunidades rurales en los que se grafica el cuantun de comunidades campesinas y nativas por región.

Nótese especialmente que aún existen comunidades que no están reconocidas (y menos con saneamiento y titulación de su territorio).

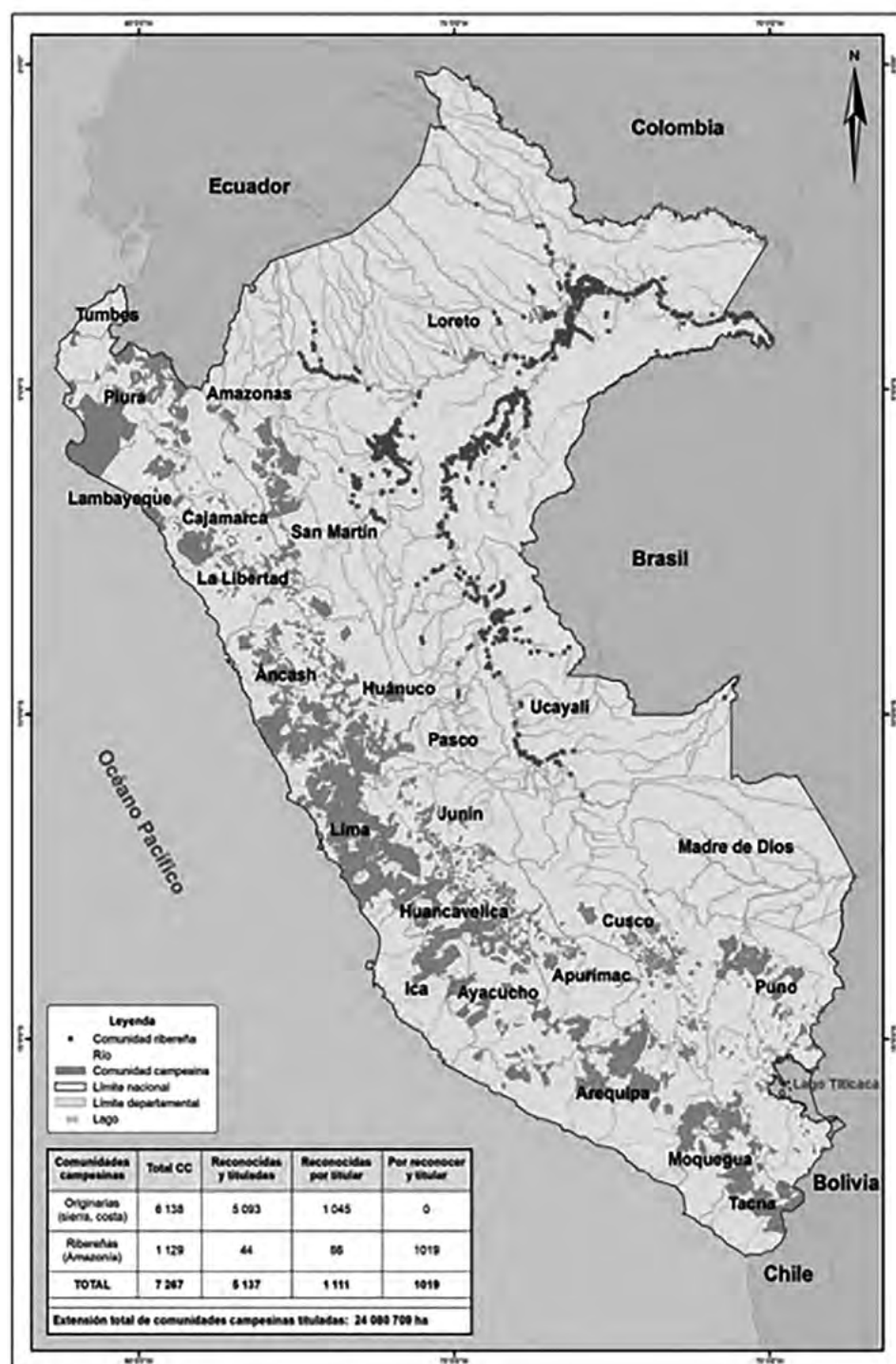
Comunidades campesinas por departamento

Departamentos	Total CC	Reconocidas y Tituladas	Reconocidas Por Titular	Por Reconocer y Titular	Extensión Titulada
Amazonas	54	52	2	-	691 917,63
Áncash	351	331	20	-	1 724 468,75
Apurímac	476	432	44	-	1 974 103,66
Arequipa	104	95	9	-	1 415 774,55
Ayacucho	691	486	205	-	2 918 606,52
Cajamarca	111	88	23	-	395 743,19
Cusco	927	796	131	-	2 682 443,08
Huancavelica	640	524	116	-	1 848 231,34
Huánuco	300	205	87	8	970 780,04
Ica	11	6	5	-	202 580,55
Junín	403	357	46	-	1 268 416,64
La Libertad	123	112	11	-	469 282,33
Lambayeque	28	18	10	-	448 005,71
Lima	289	229	60	-	2 194 683,99
Loreto	921	44	66	811	304 961,95
Madre de Dios	1	-	-	1	-
Moquegua	76	72	4	-	498 595,08
Pasco	74	64	9	1	500 843,01
Piura	136	125	11	-	921 164,42
Puno	1 303	1 057	246	-	2 162 313,04
San Martín	63	1	3	59	1 264,40
Tacna	46	43	3	-	486 528,73
Ucayali	139	-	-	139	-
TOTAL	7 267	5 137	1 111	1 019	24 080 708,62

Fuente: SICCAM, 2016

Es preciso indicar que después del proceso de revisar, ordenar, estandarizar y actualizar la información de las fuentes anteriormente mencionadas, el SICCAM cuenta con información gráfica sobre 2.200 comunidades de las 5.137 comunidades campesinas tituladas.

⁴ SICCAN, Instituto de Información sobre comunidades campesinas en Perú. “Directorio 2016 Comunidades Campesinas del Perú “.Dic. 2016. Instituto del bien Común -IBC. Tomado de <https://ibeperu.org/2017/Directorio-de-comunidades-campesinas>.



Cuando hablamos de diversidad, estamos refiriéndonos a sociedades multiculturales. Concluyendo preliminarmente que esta es un recurso de gran valor para el desarrollo de las naciones; sin embargo, como todo, “tiene sus soles y sus bemoles”. Aunque no debería ser un problema, muchas veces la convivencia armónica es muy compleja; marcada con frecuencia por desequilibrios que desembocan en conflictos, enfrentamientos e iniquidades; como aquellos protagonizados por comunidades campesinas y nativas de la sierra y amazonía peruanas y las industrias extractivas mineras.

Entre los casos más emblemáticos, tenemos al famoso “Baguazo” de junio del 2009, en la Región de Bagua (de allí el nombre) entre la comunidad de las etnias awajín - wampis con las fuerza del orden debido a la política de inversiones en materia extractiva que afectaba la tenencia del territorio y áreas protegidas de la comunidad, produciendo lamentables muertes no solo de comuneros y civiles sino la desaparición de miembros de las fuerza del orden.

En abril del año 2015, el conflicto Tía María en Arequipa contra el proyecto minero del mismo nombre desencadenó un serio enfrentamiento.

En febrero del 2017, la Defensoría del Pueblo⁵ registró 212 conflictos sociales en todo el país activos y latentes⁶ en las regiones de Ancash, Junín, Piura y Puno. Todos del tipo socio ambiental en la que el sector minero registra el mayor número (66%)⁷.

Una de las últimas tensiones es la que viene viviendo la Región Loreto en torno al lote de petróleo 192. Los pobladores y federaciones indígenas demandan el cumplimiento de acuerdos y una nueva Consulta Previa que salvaguarde el medio ambiente, se renueve la infraestructura técnica vetusta que ocasiona los constantes derrames y la remediación de sitios contaminados.⁸

Cualquiera podría concluir que esas alteraciones sociales son como que un resultado natural de toda convivencia policultural. Probablemente lo

⁵ Organismo constitucional autónomo creado por la Constitución de 1993 que tiene su origen en el ombudsmán o defensor del pueblo, cuya misión es la defensa de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los deberes de la administración pública en la prestación del servicio.

⁶ Cuando el conflicto no se ha manifestado públicamente, pese a que existe el problema y la identificación de los actores de la controversia.

⁷ Diario “El Comercio”. 07.03.2017. Tomado de www.Elcomercio.com.

⁸ Diario “El Comercio”. 21.01.2018. “Loreto: confirman nuevo derrame de petróleo en Lote 192”. Tomado de www.ElComercio.com.

sea, pero en sociedades donde uno de los factores sea la falta de fomento y conocimiento de las culturas originarias y su cosmovisión.

Aunque podría parecer romántico; esa particular forma de ver el mundo, la vida y la naturaleza; donde todos los seres vivos son actores y complementos en una relación de reciprocidad y coexistencia armónica, es parte de la cosmogonía que comparten las comunidades indígenas del orbe.

La costumbre ancestral de “El pago a la tierra o Pachamama” ; donde el Apu la fertiliza para que sea productiva, es una de sus manifestaciones latentes. Una visión diametralmente opuesta a la cultura occidental donde la tierra está a nuestro servicio y debe ser dominada y transformada para los fines.

Este espacio de interculturalidad, el XXI Congreso Internacional de Derecho Registral, definitivamente será un sitio no solo de intercambio académico, aprendizaje, establecimiento de relaciones positivas que traspasan fronteras; sino primordialmente de conocimiento y valoración de nuestras culturas.

Todo lo dicho en este introito, pone en relieve la urgencia de atender con celeridad y eficacia los reclamos relacionados con sus derechos a la salud, a la defensa, al reconocimiento y saneamiento de su tierra -territorio.

Ahora bien, enfocándome en el tema que me convoca, no sin antes hacer hincapié que; referirse a las comunidades campesinas y nativas, a sus derechos fundamentales como la tenencia ancestral, el uso, el derecho al territorio (según reza el título de la ponencia)además de otros derechos relacionados; resulta ser un tema sensitivo de amplio y complejo contexto que puede derivar en muchas aristas que requieren de análisis y reflexión aparte; no solo por lo disperso de las normas legales que en el Perú existen al respecto sino por un principio de espacio y tiempo.

Una de esas aristas gira en torno a la existencia legal y personería jurídica de las comunidades Campesinas y nativas.

La base normativa está establecida en la Constitución Política del Perú, cuyo Art. 89 dice:

*Las Comunidades Campesinas y las Nativas **tienen existencia legal y son personas jurídicas.*** (el subrayado y negritas es de la ponente)

Surge la inquietud: ¿ La categorización como personas jurídicas permite la atención efectiva, oportuna y célere ante el reclamo de sus derechos cuando son o están en peligro de ser vulnerados?

La respuesta irá surgiendo durante el desarrollo de la presente investigación

Es necesario realizar las sgtes. precisiones:

III. COMUNIDADES INDIGENAS VS. COMUNIDADES CAMPESINAS

Resulta inevitable verificar esta aparente dualidad de términos.

Sin embargo, en mi opinión, preliminarmente concluiré que es lo mismo (salvo que, la primera sea el género y la segunda la especie). En todo caso, para los fines no es tan relevante una investigación profunda.

Como toda entidad social, las comunidades indígenas han mutado en el tiempo. Resulta pertinente la sgte. afirmación: *“resultaría un contrasentido hablar de desarrollo comunal si pretendemos que ellas permanezcan iguales”*.⁹

Los sectores que cuestionan si las comunidades campesinas y nativas califican como pueblos indígenas han generado debates sobre su identidad y consecuencias en materia de protección de derechos. Como fuere, la respuesta nos la otorga el Convenio 169 OIT, cuyo Art. 1 establece requisitos que identifican a los pueblos indígenas, cuando prescribe:

El presente Convenio se aplica:(...)

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (p. 5)

Resulta irrefutable que una comunidad campesina o nativa se caracteriza por mantener ciertos elementos originarios (conserva la familia como núcleo de la comunidad o el trabajo comunal; cultura, lengua, vestimenta, entre otros).

⁹ Del Castillo, Laureano. Citado por Anuario de Investigación CICAJ-2015. Centro de investigación Asesoría Jurídica PUCP. Tomado de <https://departamento49pucp.edu/derecho/wp-contact/upload.pp.449-450>).

Dentro de la perspectiva del Convenio 169, el elemento más difícil de determinar es respecto a la descendencia de poblaciones que existieron en la época de la conquista. Si tomamos en cuenta la opinión de sectores señalando a las Comunidades Campesinas como creaciones estatales de los años 60 y 70 con la llamada “Reforma Agraria” que se dio en el Perú durante el gobierno de facto del Gral. Juan Velasco Alvarado que produjo la desaparición de las haciendas, agrupando a los trabajadores en “comunidades campesinas” (Antes, con la Constitución de 1920 las comunidades campesinas no existían bajo ese término sino como “comunidades indígenas”) no calzarían en un supuesto origen pre-colonial.

Independientemente de su calificación, que en realidad es una asignación del derecho, de sus cambios y aprendizaje del mundo occidental (muchos de sus miembros hablan español pero a la par mantienen vigente su lengua originaria como el quechua, el aymara u otros) unido a prácticas ancestrales que aún se mantienen; se afirma (antropólogo Torres Seoane, Javier. Citado por Anuario de Investigación CICAJ-2015. Centro de investigación Asesoría Jurídica PUCP. Tomado de [https:// departamentopucp.edu/derecho/wp-contact/upload.pag.452](https://departamentopucp.edu/derecho/wp-contact/upload.pag.452)), que “la presencia de un territorio comunal y la predominancia de un idioma originario son factores fundamentales para identificar a un pueblo indígena y por tanto no tendría porqué existir dudas sobre su identificación como tal”.

Parecería, en adición, que los sectores en cuestión parten de una aparente falsa percepción: Los miembros de estas comunidades se autocalifican como “campesinos” y no como indígenas.

Es cierto que la Reforma de Velasco desterró el término indígena por considerarlo ofensivo; pero no se descarta que el concepto “campesino” responde a la cosmovisión andina por estar íntimamente ligado al uso sobre la tierra; y no por un rechazo a su identidad.

Por tanto, las calificaciones en torno a las comunidades indígenas que pudiesen acoger las naciones no debería debilitar la posición de estos pueblos frente al ordenamiento legal, de tal manera que ponga en riesgo un recorte a su titularidad de derechos fundamentales ergo, a la Consulta Previa frente a los proyectos de inversiones extractivas en sus tierras.

En la misma línea, resulta también sumamente importante, no evadir otra realidad, que ocasionan fraude a la ley y problemas socio-ambientales como son:

- El tráfico de tierras
- La minería ilegal

- La tala ilegal

El riesgo existe ante la pretensión de estos grupos delictivos de formar parte o de auto-calificarse como “comunidades campesinas” para lograr reconocimiento y facilitar sus fines ilícitos.

IV. EXISTENCIA LEGAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESSINA Y NATIVAS COMO PERSONAS JURIDICAS

I- Personas naturales vs personas jurídicas

Aunque la vida humana empieza con la concepción y desde ese momento somos sujeto de derechos. Sé es persona natural desde el nacimiento. Nuestro Código Civil de 1984 así lo establece¹⁰.

El Código Civil peruano de 1984, además de consagrar (igual que en el Derecho comparado) a los sujetos de derechos tradicionales como la persona natural y la persona jurídica, regula normativamente dos sujetos de derechos adicionales:

El concebido

La organizaciones privadas no inscritas (fundaciones, asociaciones y comités)

Advirtiéndose un importante vacío en cuanto no ha regulado a las comunidades campesinas y nativas no inscritas. ¿Esta omisión afecta el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales?

Siguiendo la línea de este ítem: ¿que es lo que tienen en común las personas jurídicas y las personas naturales?. Tienen en común que ambas son Sujetos de Derechos (un ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas, es decir no solo obligaciones sino también derechos).

La existencia de una persona jurídica comienza a partir de su Ley de creación o su inscripción en el Registro; según se trate de Personas Jurídicas de Derecho Público Interno o de Derecho Privado (asociaciones, fundaciones, comités) o de aquellas reconocidas por Ley (Sindicatos, Comunidades Indígenas, Partidos políticos..)

En ese contexto, el acceso al Registro para las privadas es obligatorio y para las públicas y creadas por Ley la inscripción es facultativa y por tanto declarativa.

¹⁰ Código Civil 1984, Art. 1.-“ La persona humana es sujeto de Derecho desde su nacimiento la vida humana comienza con la concepción (...)”

Lo concreto es, que bajo la denominación común “personas jurídicas” se alude actualmente a una serie de organizaciones con características disímiles.

Ahora, ¿la inscripción de las comunidades campesinas y nativas es obligatoria? ó ¿facultativa y por tanto declarativa?

II.- Evolución de las personas jurídicas y sus relaciones con los demás entes

Su origen y evolución estuvieron marcados (Siglo XIX, Europa y Estados Unidos de Norteamérica) por la legitimación del derecho de la responsabilidad limitada, inicialmente para las organizaciones no lucrativas (asociaciones); luego se extiende a las mercantiles (sociedades). La finalidad, fue proteger no solo el patrimonio de sus miembros como persona individual, sino de todos aquellos que deciden organizarse para hacer empresa.

Eso está muy bien porque favorece las inversiones y la modernización de las sociedades. Sin embargo, en sus relaciones con otros entes colectivos no lucrativos donde el elemento humano se organiza para el mejor aprovechamiento de su patrimonio, la promoción de su desarrollo integral y la defensa de derechos que históricamente les corresponde, como sucede con las Comunidades Indígenas se revelan una serie de asimetrías.

La globalización de la economía ha incidido en la presencia preponderante de la inversión extranjera, quienes desde la lógica empresarial intentan maximizar ganancias a mínimos costos. Los Estados y las políticas de turno, dentro de las negociaciones de libre comercio, les facilita el camino mediante abundante legislación y protección constitucional¹¹ ajena al Estado.

Es innegable que las inversiones impulsan el desarrollo y son potenciales generadores de fuentes de riqueza y trabajo; pero ello no es óbice para soslayar una evidente desventaja, cuando de industrias extractivas se trata, con las comunidades que habitan en los sitios rurales concesionados.

Cómo que aquí se enfrentan dos personas jurídicas con fines diametralmente distintos: Las Comunidades indígenas consideradas como tal por mandato constitucional para la mejor defensa de sus derechos colectivos y aquellas netamente mercantiles; donde una de ellas puede recurrir directamente a tribunales arbitrales extranjeros según lo pacte con el Estado; mientras la otra tiene que agotar las vías internas para recurrir a los tribunales internacionales subsidiarios a los Estados de protección de derechos ciudadanos; aunado al hecho de que siendo reconocida con personería jurí-

¹¹ Constitución Política de 1993. Art. 62.

dica no tiene el camino llano para reclamar sus derechos bajo esa categoría habida cuenta que las Comisiones internacionales fueron creadas desde una perspectiva de los derechos humanos tradicionalmente individuales.

Actualmente, aunque esa tendencia está evolucionando, persiste la inquietud: ¿y como queda la protección de los derechos colectivos de sujetos como las comunidades indígenas en sus dos dimensiones: las reconocidas (personería jurídica) y las no reconocidas (sin personería jurídica)?

III.- Distinción entre personas jurídicas y sujetos de derechos colectivos

Cuando se hace referencia a las personas naturales vs las personas jurídicas (acápite IV.i), se afirma que toda persona es sujeto de derechos pero no todo sujeto de derechos es necesariamente persona.

En Perú como se mencionara líneas arriba, se reconocen como sujeto de derechos:

- 1.- A las tradicionales: personas naturales y personas jurídicas
- 2.- Al concebido
- 3.- A las organizaciones no inscritas (asociaciones, fundaciones y comités).

Sin embargo, se ha omitido considerar a otro sujeto de derecho de naturaleza colectiva.

A las comunidades campesinas y nativas no inscritas (no reconocidas administrativamente)

Por tanto, surge la interrogante de que si a pesar de habérseles reconocido existencia legal y dotadas de personería jurídica por la ley suprema peruana, y luego el marco normativo general (Código Civil) condicionarlas al requisito administrativo del reconocimiento y por ende la inscripción registral; los derechos fundamentales de aquellas estarían desprotegidos?.

La respuesta inicialmente es sí. pues la norma positiva aún no se ha modificado o adaptado a la evolución progresiva de la jurisprudencia; para algunos a la norma suprema constitucional.

En teoría, parecería efectivamente que bastase el reconocimiento constitucional y que la registración tanto administrativa como jurídica, que exige el Código Civil peruano de 1984¹² no supondría un reforzamiento en su calidad de sujeto de derecho, que le impida ejercer la titularidad de sus derechos fundamentales preexistentes como la tierra-territorio; habida cuenta que lo de la personería jurídica es solo una creación legal.

Como fuere, el sistema jurídico peruano y el sistema subsidiario externo tienen la labor y la obligación moral de distinguir los fines de las personas jurídicas convencionales de los sujetos que expresan intereses colectivos con el fin de que sin mayor demora se les reconozca a estos últimos su calidad de titulares de derechos fundamentales y no distorsionar el nivel de protección que les corresponde por el hecho de no alcanzar a ser calificados como persona jurídica.

IV.- Marco jurídico sustantivo peruano

a.- CONSTITUCIÓN DE 1920.- De las 12 cartas políticas, por primera vez en el Perú se reconoce formalmente a las comunidades indígenas en respuesta a una realidad tradicional, cultural, económica y social. Declarando la imprescriptibilidad de sus tierras (Art. 40)

b.- CONSTITUCIÓN DE 1933.- Además de su existencia, por primera vez se les reconoce personería jurídica, otorgándoseles por se la calidad de personas jurídicas.

Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.

(...)

Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible en inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

iii.- CONSTITUCIÓN DE 1979.- Tradición heredada de las Constituciones de 1920 y 1933. Se mantiene inalterable el reconocimiento de las comunidades indígenas por la importancia y gravitación en la vida social, cultural y económica del país; promocionando su desarrollo integral, fomentando la creación de empresas comunales y cooperativas (Art. 162). Manteniéndose (Art. 163) "...la inembargabilidad, imprescriptibilidad de las tierras (...) También la inalienabilidad, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas". Prohibiéndose el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

Sobre la existencia legal y personería jurídica:

Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica.

Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia las superación cultural de sus integrantes.

iv.- CONSTITUCIÓN DE 1993.- De manera general, sobre el acceso a la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, la legislación suprema vigente omitió expresamente establecerlo, como si lo hizo la de 1979 (Art. 3). No obstante, las personas jurídicas en general han seguido gozando de una amplia gama en virtud de lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano, máximo intérprete de la constitución, a la luz del derecho comparado.

El Art. 89 es la norma principal que aborda el tema de las comunidades campesinas y nativas en el Perú; sintetiza un conjunto de derechos que las identifica:

Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono (...)

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

V.- CÓDIGO CIVIL 1984.- Las Comunidades Campesinas y Nativas peruanas han sido incluidas de manera escueta en la Sección Cuarta del Libro I “Derecho de las Personas” del Código Civil Peruano de 1984, dentro del marco de vigencia de la Constitución política de 1979, que como ya hemos visto, siguiendo la línea de sus antecesoras reconocía su existencia legal y personalidad jurídica, sin prescribir en torno al reconocimiento administrativo oficial previo como si lo desarrolla este Código. Resultando un tratamiento asimétrico frente a las otras organizaciones jurídicas que no requieren de ningún trámite previo para realizar sus actividades y su registración.

Quizá, al tratarse de un sujeto colectivo especial cuyas actividades no son prevalentemente de interés privado sino, como bien lo afirma el Código Civil, de interés público; en una actitud paternalista, habida cuenta que debe velar por su promoción, protección y desarrollo integral conforme en teoría fluye de las normas especiales que la regulan, el Estado a priori ha con-

dicionado su existencia a dos trámites administrativos: el reconocimiento oficial y la inscripción registral.

Situación que las torna vulnerables en la defensa de sus derechos al no poder reclamar la titularidad por no estar reconocidas e inscritas.

Como que la inscripción registral debe seguir su curso natural, por la seguridad jurídica que el Registro otorga desplegada en la publicidad erga omnes para hacer oponible sus derechos frente a terceros; especialmente los que las identifica vinculados a la tierra -territorio.

El Artículo 135 del Código Civil prescribe: -“Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.”

Artículo 136.- Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú.

Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.

Su antecesor, el Código Civil de 1936 (Arts. 77 y 135) estableció igualmente la inscripción registral con carácter obligatorio en un Registro especial, sin señalar su carácter constitutivo o declarativo.

Esta interpretación al parecer estriba en torno a las disposiciones generales sobre personas jurídicas aplicables a toda la sección tercera que comprende a las comunidades, en las que se establece que la existencia de las personas jurídicas de derecho privado comienza con su inscripción en el Registro.

De tal manera que en la práctica no se reconoce su existencia en tanto y en cuanto no se cumpliera con obtener el registro especial al que aludía este código. Situación que no varió con la dación de la constitución de 1979.

El Código Civil de 1984 aprobado dentro del marco de la Constitución de 1979 continuó en la misma línea de su antecesor (Arts. 77 y 135).

VI.- LEY DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS N° 24656.- Esta Ley declara de interés nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las comunidades campesinas. Define a las comunidades campesinas y sus funciones, señala quiénes son comuneros, sus derechos y obligaciones, así como su organización administrativa, consistente en una Asamblea General, una Directiva Comunal y si la comunidad lo decide algunos Comités Especializados, tanto por actividad como por anexos. Precisa la inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalterabilidad

de las tierras comunales (marco de la Constitución de 1979). El Estado reconoce a las Comunidades Campesinas como instituciones democráticas, fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo.

“**Artículo 1.-** Declárese de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas. El Estado las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro de los marcos de la Constitución, la presente ley y disposiciones conexas (...)

“**Artículo 2.-** Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.”

Llama la atención que la disposición segunda de esta ley especial dispone de oficio la inscripción registral sin exigir ningún requisito.

Al respecto, el jurista Javier de Belaúnde opina:

“(...) el artículo 135 tiene una gruesa violación constitucional ¿por qué razón? Para su existencia legal – dice el artículo – se requiere además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial. Una Comunidad campesina que no se haya inscrito en el Registro de Comunidades de los Registros Públicos, y que no haya sido reconocida oficialmente, no tiene existencia legal, lo cual, a mi modo de ver, contraría no solamente el texto y el espíritu de la Constitución vigente, sino una tradición constitucional instaurada desde el año 20, que daba existencia legal a las Comunidades Campesinas, por la sola comprobación de su existencia”¹²

Queda en todo caso al debate lo afirmado por algunos sectores como la opinión del jurista que compartimos.

F.- CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).-

¹² Belaúnde López de Romaña, Javier. La Comunidad Campesina en el Código Civil, en Personas jurídicas (materiales de enseñanza), Lima, PUCP, 1995 mencionado por Albán Peralta Walter en “Las personas Jurídicas y los Derechos fundamentales”. Tesis PUCP. Lima 2010. Tomado de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4704>.

El Perú es parte del Convenio; constituyendo por ende parte de nuestra legislación nacional y parámetro de interpretación a tenor de lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú. Reconoce el Derecho a la Consulta de los pueblos indígenas.

V. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

I.- Colombia

La Corte Constitucional Colombiana (Sentencia T-380 de 1993.-M.P.Eduardo Cifuentes Muñoz) señaló que la comunidad indígena “ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser *sujeto* de derechos fundamentales (...) que la protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural va de la mano con la personería jurídica otorgada constitucionalmente a fin de que puedan gozar de sus derechos fundamentales(...)”

Algunos sectores opinan¹³ que se hace innecesaria y no razonable la exigencia de la inscripción registral en el Perú para ejercer derechos fundamentales, tal exigencia deberá interpretarse en función a los principios de jerarquía y coherencia normativa.

II.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Corte interamericana de Derechos se ha pronunciado de manera profusa en torno a las comunidades indígenas, especialmente en lo que concierne al carácter especial del derecho a la propiedad comunal.; refiriéndose por ejemplo a la posesión ancestral como el *equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro*”.

En el pronunciamiento de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso de violación de los derechos del pueblo maya (a la propiedad, a la igualdad y a la protección judicial), invocando los artículos XXIII, II y XVIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos; afirma:

“(...) Desde el comienzo y a través de toda su práctica sobre los derechos humanos de las personas indígenas, la comisión ha aceptado el concepto

¹³ Huanca Quispe, Gerbert A. “El Derecho a la Defensa de las Comunidades Campesina y Nativas en los procesos Judiciales, desde la perspectiva Constitucional” 01.10.2013 pag. 10 y ss. Tomado de <https://www.derechoycambiosocial.com/.../Derecho-Comunidades-Campesinas>.

de derechos colectivos, en el sentido de derechos de los que son titulares y se refieren a condiciones jurídicas de conjuntos organizados de personas, como es el caso de las comunidades y pueblos indígenas”¹³.

La Comisión reconoce la titularidad de sus derechos colectivos de las comunidades indígenas en calidad de sujetos jurídicos especiales y no como personas jurídicas.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en la misma línea cuando señala “(...) el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades, que vienen siendo ejercidos históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”¹⁴.

VI. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL POR EL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 22 de la sentencia recaída en el Exp. N° 04611-2007-PA/TC. Ucayali. Caso: Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 “(...) La Constitución reconoce a las Comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción legal o formalidad alguna”. En el fundamento 25 señala, “(...) En consecuencia, la norma fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de *universitas personarum*. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo”.

La sentencia en cuestión señala que “la falta de inscripción registral no puede desvirtuar su condición de personería jurídica y en ese supuesto bastaría mostrar documentos que acrediten su existencia fáctica. Ahora, en el fundamento 26 el Tribunal precisa” “(...) no es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución (Art. 89 Constitución) en concordancia válidamente (IV Disposición final y Transitoria de la Constitución Y Art. V del Código Procesal Constitucional) aceptada

¹⁴ Caso de la comunidad indígena YaKye Axa vs. Paraguay. Villanueva Flores Rocío. “El Derecho a la Salud...” Pág. 15. Mencionado por Albán Peralta Walter en “Las Personas Jurídicas los Derechos fundamentales”. Tesis PUCP, Lima 2010.

con el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales”(Art. 1, inc. 2 del Convenio)”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha resuelto también sobre el interés difuso, poniendo en relieve que se puede invocar el interés social de la comunidad para ejercer el derecho de defensa.

El TC ha señalado, en el EXP.09727-2005-PHC /TC del 06.10.2006 F.J.7.: “Cuando se trata de un interés colectivo, el interés pertenece a un grupo de sujetos procesales que se encuentran determinados. Salvo en los intereses difusos donde no se puede determinar ni identificar con precisión quiénes son las personas titulares (Art. 82 del Código Procesal Constitucional “(..) pueden promover o intervenir en este proceso: (...) las comunidades nativas y campesinas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural que según ley y a criterio del juez, estén legitimadas para ello.”

Art. 82 del CPC.-“El interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural o histórico o del consumidor. Por tanto en estos casos, de interés difuso no se requiere invocar interés y legitimidad para obrar.”

No obstante como ya se ha dicho, el reconocimiento (fundamento 22 Sentencia Exp. 04611-2007-PZ/ TC.)de la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades indígenas no implica someterlas a inscripción o formalidad alguna. Por tanto según el TC, bastaría con acreditar su existencia fáctica (con documentos).

En cuanto a los derechos fundamentales de las personas jurídicas, el TC ha señalado, siguiendo la línea del derecho comparado:

“(..) La organizaciones Conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales. Muchos derechos de estas últimas se extienden a la persona jurídica, como es el caso del honor (STC N° 0905-2001-AA/TC Fundamentos 6 y7).” Por tanto a decir del TC la dignidad no solo tiene una dimensión individual sino también social.

VII. ROL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.- NORMATIVA REGISTRAL Y POLÍTICAS INCLUSIVAS

No obstante el reconocimiento constitucional de su existencia y personería jurídica y el desarrollo de la jurisprudencia nacional en ese sentido;

parece ser que en la práctica la inscripción de las comunidades campesinas y nativas es obligatoria al mantenerse como una condición establecida en el Código Civil para efectos de su pleno reconocimiento.

Como fuere, la falta de inscripción de las comunidades, de la propiedad comunal, de renovación de sus directivos; la indefinición de sus linderos (que ocasiona también conflictos entre comunidades vecinas), encuentran en la inscripción no solo el apoyo en su formalización sino que mas allá, la seguridad jurídica del Registro facilita la coexistencia ciudadana contribuyendo al fortalecimiento de una cultura de paz.

Esta conclusión se alcanza en razón de la lectura de las normas registrales existentes en torno a las comunidades campesinas y nativas, en las que se hace mención a la cosmovisión, costumbres y autonomía indígena; reconociendo lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y, atendiendo al Art- 8 del Convenio que establece que la legislación nacional debe tomar en consideración el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas; las disposiciones normativas registrales desarrolla un contenido normativo flexible, frente al tratamiento que se establece para las otras personas jurídicas reguladas por el Reglamento de Personas Jurídicas Res. N° 038-2013-SUNARP-SN resaltando el principio de pro-inscripción¹⁵:

- 1.-Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las Comunidades Nativas (Res. N° 122-2013-SUNARP-SN)
- 2.-Directiva que regula la Inscripción de los actos y derechos de las Comunidades campesinas.-Res. N° 343-2013-SUNARP/SN del 17.12.2013.
- 3.-Directiva Directiva N° 10-2013-Sunarp/SN Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las Comunidades Campesinas.

¹⁵ A guisa de ejemplo, mencionamos los sges. criterios flexibles (Res. 343-2013-Sunarp-SN)

- Se puede reconocer un solo período eleccionario (frente a los dos que como mínimos se exige a las otras personas jurídicas)
- el estatuto no es acto previo y necesario para la calificación e inscripción de la elección de un órgano directivo comunal.
- El plazo de vigencia del asiento de presentación (35 días) para cualquier acto o derecho se amplía en forma automática hasta por 50 días adicionales; a diferencia del plazo de vigencia convencional que se amplía por 25 (Reglamento Gral. Arts. 25 y 27/.

4.- Directiva que establece los criterios registrales para la inscripción de las Rondas Campesinas y Comunales Res. N° 108-2011-SUNARP-SA.

5.- Directiva sobre Procedimiento y requisitos para la inscripción de las reservas indígenas en el Registro de Predios.

Políticas Inclusivas.- Por su lejanía a las ciudades, la falta de recursos materiales, así como por las diferencias idiomáticas y culturales, las comunidades campesinas tienen mayores dificultades para acceder a los servicios de la Sunarp, presentar títulos adecuados y subsanar observaciones dentro de los plazos oficiales previstos; por ello, la institución ha tomado el compromiso de orientarlos en sus propias comunidades, mediante “Talleres Informativos”. Asimismo se han aprobado documentos de consulta, o guías que establecen pautas y modelos referenciales de estatutos, constancias de convocatoria y quórum, entre otros ; que faciliten la inscripción de los actos y derechos de las comunidades.

Sin embargo, de la lectura de algunas Resoluciones del Tribunal Registral N°s. 225-2017-Sunarp-TR-T del 29.05.2017; 674-2017-SUNARP-TR-A del 10,11,2017; 025-2018-Sunarp-TR-L del 05.01.2018, se advierte la necesidad de verificar de manera constante, que la información difundida en estos programas inclusivos estén acordes con las disposiciones legales vigentes sobre comunidades campesinas y nativas; habida cuenta que esta información está dirigida a una población vulnerable que en su mayoría se ubican en lugares muy apartados de los centros urbanos.¹⁶

VIII. CONCLUSIONES

- En la práctica no existe un reconocimiento pleno de las comunidades campesinas y nativas peruanas que se revela durante el ejercicio de sus múltiples relaciones jurídicas, especialmente cuando de ejercer la titularidad de sus derechos fundamentales se trata; ante la exigencia de una doble formalidad: El reconocimiento administrativo Estatal y la Inscripción Registral.

¹⁶ Así, en la Res. 225-2017-Sunarp-TR-T en el considerando 9, la Sala pone en relieve que el recurrente modifica el estatuto que fuere materia de presentación en el Registro, bajo la “Guía General para la Inscripción de Actos y Derechos de las Comunidades Campesinas”, cuyo modelo de estatuto (formato 7) “no ha sido plenamente diseñado conforme a las disposiciones legales vigentes sobre comunidades campesinas (...) y en ese sentido no se recomienda su aplicación indiscriminada sino un mero uso referencial e ilustrativo”.

- El Código Civil 1984, ha omitido reconocer aquéllas Comunidades Indígenas que no cuentan con una o ambas formalidades; como si lo hizo con las otras personas jurídicas privadas no inscritas al reconocerlas y regularlas expresamente como sujetos de derecho. Por ello resulta importante una modificación legislativa en ese sentido.
- Las nuevas tendencias jurisprudenciales de derecho comparado son las que han servido de base para el desarrollo progresivo por parte de la Jurisprudencia nacional, especialmente del máximo intérprete de la Constitución; igual que el sistema interamericano de Derechos de considerar a todas las comunidades campesinas inscritas o no como sujetos de derechos colectivos que no requieren por tanto de formalidad adicional para ejercer la titularidad de sus derechos fundamentales.
- Desde la Constitución de 1920, las comunidades campesinas han sido reconocidas, bajo la denominación de Comunidades Indígenas; calificándolas como personas jurídicas en la Constitución de 1933; lo que en la práctica no le ha sumado mayores beneficios. Contrario al mandato constitucional, la legislación civil (Código Civil de 1936 y 1984) las condiciona a otros requisitos antes de dar por aceptada su existencia legal; no resultando un mecanismo eficaz para la protección efectiva de sus derechos ante la exigencia de autoridades no solo administrativas sino jurisdiccionales en cuanto a la acreditación de su registro para ser consideradas como tales.
- Comparándolas con otras personas jurídicas creadas por Ley así como las demás de derecho privado con y sin fines de lucro, se revelan asimetrías en el trato al imponérseles mayores requisitos; desvirtuándose una tradición constitucional que reconocía su existencia legal por la sola comprobación de su existencia. El Registro en ese sentido, habida cuenta que al no haberse recogido en adición el carácter de inalienabilidad por la Constitución de 1993, ejerce un rol sumamente importante en la vida social, política y económica de las comunidades que atendiendo a la cosmovisión indígena y al derecho consuetudinario de estos pueblos que regula el Convenio 169 OIT, las directivas aplicables contienen en su mayoría criterios flexibles y pro-inscripción no dando lugar en sede registral a tratamientos asimétricos frente a otros entes de interés particular.
- No obstante urge caminar por el mismo sendero. El avance vertiginoso de las sociedades en una era de globalización, incentiva la mutación de estos colectivos dentro de un esquema moderno de desarrollo integral. Esto se revela en la profusa normatividad existente en torno

a ellas. Sin embargo, muchas de las ventajas que se indican en teoría al parecer no se implementan (el arbitraje popular por ejemplo) Prueba de ello, consideramos, son el retraso socio económico en el que aún se encuentran y los conflictos socio-ambientales que han protagonizado.

- Para el ejercicio de algunos derechos como el de la tutela jurisdiccional efectiva, no debería exigirse formalidad alguna para aquellas que aun no se encuentran reconocidas.
- El Registro jurídico sin embargo, como apuntaremos precedentemente, resulta de suma importancia, pues coadyuva en la protección de sus derechos territoriales habida cuenta la proliferación de la inseguridad ciudadana que tienen en la minería ilegal, el tráfico de tierras y al fraude inmobiliario como parte de sus manifestaciones; colocando a estos sujetos de derechos colectivos en una posición sumamente vulnerable.

IX. CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Albán Peralta Walter. “Las Personas Jurídicas y los Derechos Fundamentales”. Tesis Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP. Lima 2010. pp 1-103. Tomado de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4704>.
- 2.- Instituto del Bien Común-IBC. “Las Comunidades que mueven al País”. “El Estado de las Comunidades en el Perú”. Lima 2012 Pg 7. Tomado de <https://comunidades-delperu.ibcperu.org/.../las-comunidades-que-mueven-al-pais-el-estado-d..>
- 3.- Scaraffone Piero. “16 años sin Regular?. Vigencia del Convenio 169 OIT en el sector Energía Y minas”. En Enfoque y Derecho. 04.2017. Tomado de <https://www.enfoquederecho.com> › Ambiental.
- 4.- Peña Jumpa, Antonio. “ Las Comunidades Campesinas y Nativas en las Constituciones políticas del Perú. Un análisis Exégetico del Art 89 de la Constitución”. En Derecho y Sociedad. pp 195-206. Tomado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12800/
- 5.- Benites T. “Perú: Interculturalidad y cosmovisión Indígena”. Octubre 2010. Tomado de [https:// www.servindi.org/actualidad](https://www.servindi.org/actualidad) 29186.
- 6.- Del Castillo, Laureano. “¿Tienen futuro las comunidades campesinas?”. Tomado de [https:// www.cepes.org.pe/debate/debate14/04_articulo.pdf](https://www.cepes.org.pe/debate/debate14/04_articulo.pdf).
- 7.- NODAL. “Los Pueblos Indígenas del Perú”. 2017. Tomado de <https://www.nodal.am/2017/07/los-pueblos-indigenas-del-peru/>.
- 8.- Peña Jumpa, Antonio. PUCP. ¿Qué son las Comunidades Campesinas y Nativas?. Una Perspectiva Jurídica.” Dic. 2014. <https://www.parthenon.pe/.../que-son-las-comunidades-campesinas-y-nativas-una-perspectiva...>

RESTITUCIÓN DE PROPIEDAD TRAS CONFLICTOS ARMADOS

Eduardo Llarena¹

ABSTRACT: The following paper intends to address the restitution of property after large scale operations, armed conflicts and hybrid-warfare. It first addresses the relationship between property and the blossoming of capitalism. It presents the laws of occupation as the cornerstone of international law to enable a smooth restitution of property. It deep dives in the case of the Allied during WWII restitutions laws in response to the National Socialism deprivation. It reviews the compensation of property in the former communist republics. It finally explores the use of new technologies, like Blockchain, and its implications in land registry as a tool to avoid hybrid threats and also as an information baseline to enable a speedy recovery to the ante-bellum period.

PARTE: I INTRODUCCIÓN, LA PROPIEDAD Y LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL LIBRE MERCADO

Este *paper* tiene como objetivo estudiar cuál es el marco jurídico durante las actividades militares en relación a los derechos de propiedad, qué políticas de restitución de propiedad se han llevado acabo y qué medidas podrían facilitar dichas restituciones en el futuro.

Sin duda, la restitución de los derechos de propiedad está intrínsecamente ligada a la economía política². Sino tomamos como evidentes que hay unos derechos inalienables entre los que están la vida, la libertad y la *propiedad privada*³, será ardua la explicación de porqué es justo restituir la propiedad a pesar de las tribulaciones que ello conlleva.

¹ Eduardo Llarena es coordinador del apoyo en nación anfitriona (Host Nation Support) en el Cuartel Estratégico del Mando de Operaciones Aliadas de la OTAN. Las opiniones aquí expresadas son personales y no reflejan necesariamente la posición oficial de la Alianza.

² Inicialmente sería el Padre Juan de Mariana en *De reges et Regis Institutione* y después John Locke en *Two Treaties on Civil Government* los primeros en esbozar la relación entre la propiedad y la economía.

³ En los trabajaos preliminares de la Declaración de Independencia se hacía referencia

El estado natural del ser humano es la pobreza. Lo realmente extraordinario es el increíble nivel de riqueza que hemos sido capaz de alcanzar hasta la fecha de hoy. Hasta aproximadamente el año 1800, la persona media promediaba el equivalente a 3\$ diarios (deflactados a precios de hoy). Hoy y en lugares en los que se ha progresado especialmente bien como los EEUU, de media se consiguen por encima de 100\$. Lo verdaderamente extraordinario es que esos 3\$ diarios han sido los ingresos habituales desde tiempos inmemoriales hasta hace relativamente muy poco tiempo. La realidad es que tan sólo en 200 años la creación de riqueza ha explotado en favor de las personas ordinarias. La gran pregunta es ¿qué sucedió para mejorar en tan poco tiempo lo que estuvo estancado durante miles de años?

Sería fácil pensar en atribuir dicho crecimiento a la explotación de los trabajadores. Pero éste es un pensamiento capcioso, jamás el trabajador ha estado más liberado de sus cadenas⁴ y menos alineando⁵ de sus intereses que desde la revolución industrial. Prueba de ello es que antes había esclavitud pero esa mano de obra extra-barata no se transformaba en creación de riqueza para la clase media. Por lo tanto y parafraseando al director de campaña de Bill Clinton, podríamos decir algo así como ¡que es la ‘innovación, idiota’! ¿Pero qué fue lo que permitió que la innovación se asentase y se convirtiese en el motor de nuestras economías?

Fueron las instituciones (esos *comportamientos pautados de orden espontáneo*), a saber, los primeros conceptos de economía de liberal. Fue el reconocimiento social a los inventores, comerciantes e industriales⁶ que anteriormente habían sido denostados⁷ lo que permitió un florecimiento de las ideas. Pero las ideas, que ya desde tiempos inmemoriales habían sido muchas y brillantes, necesitan de un sustrato donde enraizar, ser radicales, y

al lenguaje utilizado por John Locke, que de hecho termina por utilizar John Adams en la Constitución de Massachusetts. Sin embargo, Jefferson terminó por utilizar fórmula de “la búsqueda de la felicidad.”

⁴ Karl Max y Friedrich Engels, El Manifiesto Comunista. Capítulo 4.

⁵ Roberto Gargarella. Las Teorías de la Justicia después de Rawls. “Marxismo Analítico y teoría de la Justicia”. Pág. 113.(1999).

⁶ Max Weber, La ética protestante y el espíritu del capitalismo. “y ya veremos que, por lo general, en los albores de la nueva época, no fueron única ni siquiera preponderadamente los empresarios capitalistas del patriciado comercial, sino más bien las capas más audaces de la clase media industrial las representantes de aquella mentalidad que llamamos <espíritu del capitalismo>”. (1905).

⁷ Bertrand de Jouvenel, Los Intelectuales Europeos y el Capitalismo. Lecturas de Economía Política (Jesús Huerta de Soto), volumen II, Pág. 109.

florecer. Y son los derechos de propiedad el abono ideal para que el cultivo de la innovación se convirtiera en cosecha.

No es menos cierto que encontramos mucho antes de la revolución industrial, en aquellas regiones mediterráneas, los primeros atisbos de lo que F.A. Hayek consideraba *propiedad plural*.⁸ Verbigracia, en la constitución de la antigua Creta, se consideraba como *la más importante aportación* del Estado la protección de esa propiedad de indudable titularidad. Desgraciadamente estas regiones no lograron perdurar.

Junto al principio de libertad y al de libertad⁹ contractual (*pacta sunt servanda*¹⁰), la estabilidad en la propiedad de las cosas representa lo que David Hume acuñó como las “*leyes fundamentales de la naturaleza*”¹¹ y que anteriormente ya había enunciado Francisco de Vitoria al introducir el “derecho de gentes”¹².

Asumiendo que en el Siglo XXI el principio *Quod ante nullius est id naturali ratione occupanti conceditur* tiene una tendencia marginal en los países desarrollados y considerando que la mayoría de los derechos de propiedad están ya, o han estado asignados, lo fundamental es que estos sean protegidos. Si no hubiesen derechos “*de*” propiedad lo que habría serían derechos “*a*” la propiedad. Este estado de colectivismo nos encaminaría a un escenario donde los planes vitales de los individuos, su capacidad de agencia, está subordinada a la decisión comunal, lo que irremediamente avoca a matar a la innovación¹³.

El establecimiento de un marco jurídico donde aceptar voluntariamente instrumentos contractuales, la asignación de títulos de propiedad y su

⁸ F.A. Hayek, La fatal arrogancia. Los errores del socialismo. Cap. II Los orígenes de la libertad, la propiedad y la justicia. Pág. 67. Ed. Unión Editorial (2017). Ed. Original (1988).

⁹ Juan Ramón Rallo, Contra la renta básica. Pág. 30. Deusto (2015).

¹⁰ John Searle, How to derive “ought” from “is”. The Philosophical Review, Vol. 73, No. 1 (Jan, 1964), pp. 43-58.

¹¹ David Hume, A Treatise of Human Nature, Philosophical Works, Vol I y II (1738-1740). Ed. Oxford University Press. (2000).

¹² “*Se trata del primer desarrollo completo del derecho consuetudinario. Situado a medio camino entre el derecho natural y el derecho positivo*”. Ángel Fernández Álvarez. La Escuela Española de Economía. Unión Editorial (2017).

¹³ Juan Ramón Rallo. Contra la renta básica. Capítulo 2. El liberalismo. Unión Editorial (2015).

transferencia de manera impersonal son hechos corolarios al principio de seguridad física.

La protección física y de la propiedad dentro las fronteras de un estado *westfaliano* funcional se conoce como seguridad. Y cuando se refiere a mantener la soberanía del estado-nación frente a la invasión de terceros nos referimos a la defensa.

Aquellas potentes regiones económicas del mediterráneo fueron rapiñadas por un aún más decisivo y potente poderío militar romano. La *pax* sometió a estas comunidades -que aunque eran comercialmente más avanzadas, habían descuidado sus capacidades defensivas, según el propio Cicerón, en aras de la *mercandi et navigandi cupiditas*. Consciente de esta realidad, vendría siglos después el Almirante Alfred T. Mahan a sistematizar la vieja intuición de Hamilton y Jefferson sobre de la necesidad de contar con una marina de guerra permanente para garantizar la libertad del comercio¹⁴.

Sabemos en palabras de John Adams, que “la propiedad tiene que ser asegurada o la libertad no puede existir.”¹⁵ El pensamiento de Adams, influido por el de Locke, consideraba que la propiedad privada existía bajo el derecho natural antes de que lo hiciese la propia autoridad política y que la función principal del gobierno era proteger los derechos de propiedad naturales.¹⁶

Por lo tanto, podemos concluir que ello se consigue estableciendo un marco jurídico que proteja a las personas de la administración nacional en el día a día. Pero también, garantizando que los enemigos puedan cambiar dicho sistema de contra-pesos. Porque aunque fuese una proposición Kantiana que “*ningún Estado debe inmiscuirse por la fuerza en la constitución y gobierno de otro*”¹⁷ la historia nos han enseñado que la eterna vigilancia es el precio de la libertad¹⁸.

A lo largo de la historia la pérdida de derechos de propiedad durante conflictos ha sido secular. En contra de lo que algún afamado premio Nobel

¹⁴ Alfred T. Mahan. La influencia del poder naval en la historia 1660-1783. Ed. Ministerio de Defensa (2007). Ed. Original. (1890).

¹⁵ John Adams, The Political Writing of John Adams. Discourses on Davila. pp 361. Edited by George W. Carey. (2000).

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Immanuel Kant. Sobre la Paz Perpetua. Sección primera, Artículo 5. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf von Immanuel Kant.* (1795).

¹⁸ *Vigilia Pretium Libertatis*, La eterna vigilancia es el precio de la libertad. Según reza el escudo de armas del Cuartel Supremo de la Potencias Aliadas en Europa (SHAPE).

de economía ha dejado alguna vez de entrever¹⁹, las guerras y los conflictos no crean riqueza agregada y no sirven ningún propósito de utilizad²⁰.

Generación tras generación los gobernantes han utilizado el poder coactivo del estado para anexionarse, expandir sus dominios o apropiarse de la riqueza de sus vecinos bajo las más peregrinas excusas, desde la Pax Romana al Lebensraum Alemán.²¹ No obstante al mismo tiempo ha sido la existencia de una institución lo suficientemente organizada y poderosa lo que garantizado la defensa de los derechos de propiedad contra la ocupación de terceras soberanías.

Por fortuna, durante los últimos 30 años el mundo ha disfrutado del periodo menos belicista que se recuerda. Pero hay que recordar que la guerra no es sino la continuación de la política mediante otros medios²². Y en tanto en cuanto el ser humano es un animal político siempre estaremos expuestos a que existan conflictos armados. Ya sea por calcular una expansión territorial (geopolítica), como por una falta de pensamiento ilustrado (islamismo radical) o justo por todo lo contrario, por estar embriagados de un exacerbado racionalismo (colonialismo).

Ronald Coase, continuando el trabajo iniciado por Arnold Plant, promocionó una nueva escuela dedicada a los estudios de “los derechos de propiedad”. Coase, centenario él, nos explicó porqué las empresas aceptan firmar contratos a largo plazo que pueden parecer excesivamente rígidos (como las relaciones laborales indefinidas). La explicación residía en el concepto de “coste de transacción”. En un mero análisis coste-beneficio suele ser (*ley de tendencia*) más rentable la certidumbre del contrato a largo plazo que la constante búsqueda de nueva información. Los derechos de propiedad proporcionan esa certidumbre, por lo tanto reducen el coste (o la prima) asociado al riesgo²³, de la misma manera que un patrón oro nos protegía de inesperados cambios en el valor de la moneda.

¹⁹ Paul Krugman en una entrevista a la CNN, sugirió que una invasión alienígena estimularía la economía. Al lector no se le escapará que era un eufemismo para justificar el gasto público necesario para acometer una guerra.

²⁰ Sobre la “ inutilidad de la victoria” ver V. Hegel, *Vorlesungen über die philosophie der Weltgeschichte*, pp 930-931. Leipzig (1920).

²¹ Derwett Whittlesey, Haushofer: *The Geopoliticians. Makers of Modern Strategy*. (1943).

²² Carl Von Clausewitz, *De la guerra*. Libro primero, capítulo primero, punto 24. Pág. 31. La Esfera de los libros (2005). Ed. Original (1832).

²³ El concepto de aversión al riesgo es uno de los pilares de la teoría de la frontera de eficiencia de Harry Markowitz para la creación de un portafolio de acciones bursá-

Coase nos ilustró el problema del coste social.²⁴ A saber, lo que actualmente se conoce como externalidades. Parece evidente que si un tercero perjudica la legítima propiedad de otro²⁵, éste ha de compensar dicho perjuicio. De otra manera estaría socavando los derechos de propiedad. Respecto al tema que aquí nos atañe, los conflictos y las guerras acarrearán una serie de externalidades negativas difícilmente internalizables. Paradójicamente, la ausencia de guerra, o sea el mantenimiento de la paz, genera también una externalidad positiva que es mucho más difícil de valorar. La defensa es el bien global por antonomasia. Cuantificamos las reparaciones de guerra, pero desconocemos el coste de la disuasión.

En una línea similar, Douglas North subraya que las instituciones reducen la incertidumbre por el hecho que proporcionan una estructura a la vida diaria.²⁶ No es menos cierto que el pensamiento de North se ha de una idealizada eficiencia de las instituciones²⁷. Achaca que los gobernantes tienden a asignar derechos de propiedad a la luz de sus propios intereses. Un ejemplo extremo fueron las campañas de asignación de viviendas por parte del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán (NSDAP)²⁸, tanto por parte de la administración civil en Alemania como en los territorios bajo administración militar entre 1933 y la primavera de 1945. Es la terrible historia en Europa, que primero vio el desprecio de los filósofos nacional-socialistas²⁹ al *Rechtsstaat*, el imperio de la ley, en aras del *Führertum*, el caudillaje

tiles. A mayor riesgo, más retorno esperará recibir el inversor.

²⁴ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*. The journal of law and economics. Vol. III. October 1960.

²⁵ Si bien es cierto que Coase no terminó por incluir en su teoría los derechos de propiedad privados comunales. El premio Nobel de economía Elinor Ostrom explicó cómo lo común sí puede ser funcional en contra de la “tragedia de los comunes” descrita por Gareth Hardin.

²⁶ Douglas C. North, *Institutions, Institutional change and economic performance*, pp. 14. Ed. Cambridge University Press (1990).

²⁷ Douglas C. North, *Structure and Change in Economic History*. Ed. W. W. Norton & Company (1982).

²⁸ Martin Kitchen. *Albert Speer, Hitler's Architect*. Chapter 2. Nuremberg and Berlin. Yale University. (2017).

²⁹ En este sentido se expresaba el filósofo nazi Othmar Spann cuando decía que, con arreglo a sus planes, la propiedad privada perviviría sólo “*en un sentido formal y que de hecho sólo permanecería la propiedad pública*.” en Ludwig Von Mises, *La Acción Humana*, Cap. XXIV, Punto 4. *La propiedad Privada*, pp 803. Ed. Unión Editorial (2011). Ed. Original (1949).

militar. Un continente que después sufrió y aún, en cierta manera, arrastra los problemas del *Wohlfahrtsstaat* o estado paternal.

North también nos presenta la diferencia entre institución y organismos. El marco institucional y la realidad de los acontecimientos determinan las oportunidades que tiene una sociedad de prosperar. Los organismos, públicos o privados, son creados para aprovechar esas oportunidades. El **Registro de la Propiedad** es el organismo que hace efectiva la institución de la propiedad. Allí donde no existe “*una historia moral de la propiedad*”, es radicalmente más difícil desarrollar un proceso de titularización o restitución efectivo. Los costes de transacción en naciones subdesarrollados son más altos porque las instituciones carecen de un organismo competente. El Registro de la Propiedad proporciona información certera a los actores durante el proceso de negociación.

Un sistema de titularización es necesario para disfrutar del cambio impersonal, a la postre el motor del comercio. Y como en toda *empresa* en su sentido más “*quijotesco*”, se necesitan recursos para definir y proteger los derechos de propiedad. El Registro como institución desempeña un papel fundamental en reducir los costes de información y por lo tanto tiene que avanzar en tecnologías que le permitan mejorar su tecnología. En el sentido más puramente etimológico, a saber: el estudio de la técnica.

Cuando los Registros son eficientes los beneficios parecen darse por sentados e incluso parecen ser innecesarios, y cuando son ineficientes lo que se experimenta son faltas de oportunidades de negocio en general; lo hace difícil reconocer la causa exacta de esa ineficiencia³⁰.

PARTE II. MARCO INSTITUCIONAL DURANTE LA OCUPACIÓN

La ley de ocupación toma forma a partir del derecho de la guerra. Y ambas dos descansan en un concepto más amplio como es la soberanía nacional.

Se podría llegar a decir que, con el final de la guerra de los treinta años y la firma del Tratado de Westfalia comenzó el concepto de estado-nación. Y que éste se apuntalaría en el Congreso de Viena de 1815. Si bien es cierto que aún habría que esperar hasta casi nuestros días para que el respeto a la integridad territorial se considerase como un principio superior.

³⁰ Benito Arruñada, Institutional Foundations of Impersonal Exchange. Theory and policy of contractual registries. Chp. 7 Organizational Changes, pp 194. Ed. The University of Chicago Press (2012).

Y en el aspecto que aquí nos concierne, nos fijamos en la idea que indicaba el profesor Karl Von Rotteck. Aún más importante en la concepción del estado-nación es que el sistema constitucional tiene o debería tener como objeto algo más que dar carta de naturaleza al Estado³¹. Tiene que ofrecer la garantía de preservar los derechos de aquellos que integran el Estado, y entre ellos podemos afirmar el derecho a la propiedad.

Sirva como ejemplo lo que podemos leer de Von Clausewitz en *De la Guerra*. La primera parte del libro, más veces citada que leída, es bien conocida por su explicación de qué es la guerra. Hasta el punto que sus ideas en este aspecto son la base del pensamiento militar moderno. Pero hay una segunda parte del libro que es no es de aplicación actual pues se centra en conceptos operacionales muy determinados en las capacidades de la época y ha quedado algo olvidada. En esos capítulos podremos leer cómo preparar el acantonamiento de tropas³². La técnica era sencilla; había que contar el número de casas, calcular las habitaciones y dividir cuántos soldados podrían entrar en cada casa. Y es que la confiscación de la propiedad par uso militar era normal. Unos años después en la Declaración de Bruselas de 1874 incluso se acordó que requisar y confiscar era una práctica legítima para mantener el esfuerzo bélico. Al menos se llegó al consenso teórico de dejar algo así como una factura de lo consumido para ser cobrada contra las arcas del gobierno derrotado.

En la Agencia de Comunicaciones de la OTAN (NCIA), hay un chiste clásico que reza así: *“hacemos y actualizamos software para la última guerra vivida, no para la que está por venir”*. Las regulaciones de La Haya de 1907 reflejan una realidad de la guerra contenida del Siglo XIX. No habíamos experimentado todavía la Gran Guerra del 14. Ni en los mayores momentos de la *leveé en masse* napoleónica se llegaría al estrangulamiento de recursos y la subversión del orden que experimentamos en las dos guerras mundiales. Sin embargo, las normas de La Haya eran el consenso de ocupación aplicable durante las dos guerras mundiales.

Así la Cuarta Convención de Ginebra de 1949 extendía el concepto de ocupación no únicamente a esas típicas situaciones de “batallas organizadas” con pacto de caballeros. Sino que se extendía a estas nuevas situaciones donde la ocupación bien podía ser resultado de un tratado de capitulación o de anexiones a consecuencia de una amenaza lo suficientemente creíble.

³¹ Joaquín Abellán. *Estado y Soberanía. Conceptos Políticos Fundamentales*. Alianza Editorial. (2014).

³² Carl Von Clausewitz, *De la Guerra*. Capítulo 14. La manutención. (1890).

Hasta la II Guerra Mundial, la ocupación era considerada como una ventaja estratégica pero desde su final lo que realmente implica son más obligaciones que beneficios y así lo observamos en la evolución del concepto de ocupación.³³ Sea como fuere, es cristalino que el derecho de ocupación protege la propiedad privada. El Artículo 46 de las Regulaciones de La Haya prohíbe la confiscación y en el caso que hubiese que utilizar activos privados, digamos medios de transporte, estos deben ser devueltos y compensados.

Uno de los puntos más relevantes para gestionar la ocupación y la posterior restitución de propiedad es determinar en qué momento comienza la ocupación y en qué momento finaliza. El consenso es que desde el momento en que se establece el control de la zona de operaciones comienza la ocupación. En el caso de la Comisión de Reclamaciones de Etiopía en 2004 se establecía que allí inmediatamente después de que cesen los combates ya se puede considerar que existe ocupación.

Lo que queda claro es que si nos ceñidos a los principios del derecho de ocupación, aquel Estado que ocupa a otro tiene la obligación de mantener el orden civil y la administración del ocupado a menos que *sea necesario*³⁴ suspenderlos. En términos de derechos de propiedad, no hay cabida para que la ocupación pretenda alterarlos bajo ninguna convención internacional.

Tanto las Naciones Unidas como la OTAN han tenido que asumir el control de ciertas regiones para el mantenimiento de la paz. Cuando dichas ocupaciones han tenido lugar al abrigo del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, como por ejemplo el caso de Kosovo en 1999, la pregunta que cabe hacerse es si esta situación entra dentro de las leyes de ocupación.

En opinión de Benvenisti debería aplicarse considerando que la ley de ocupación no sólo protege a los habitantes sino que también tiene como alcance el concepto de soberanía y autodeterminación³⁵. Por lo tanto si no ha habido una invitación expresa por parte de la nación, la administración de Naciones Unidas tiene debería tener unos límites.

El consentimiento de la nación anfitriona tiene que ser tomado en libertad, sin “coacción”.³⁶ En este sentido cuando una nación quiere invitar a una

³³ Eyal Benvenisti, *The international law of occupation*. Oxford University Press. (2012).

³⁴ Declaración concerniente a las leyes y costumbres de la guerra de Bruselas 1874. Art 3.

³⁵ Ibid 24.

³⁶ Philip Pettit. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford (2007).

fuerza visitante, como por ejemplo en misiones OTAN, acordará algún tipo de herramienta legal para formalizar dicha invitación. Normalmente lo que se concluye es un Estatuto de Fuerzas (*Status of Forces Agreement, SOFA*) donde se acuerdan las inmunidades y privilegios de estas fuerzas³⁷ y se hace hincapié en el respeto, que no necesariamente el sometimiento, a la legislación local. Así cuando una nación invita a otra no hay razón para considerar una ocupación, y las responsabilidades que de ello emanan, pues la misión es la de complementar a las fuerzas nacionales y no la de tomar el control de la zona.

Las responsabilidades impuestas en el derecho de ocupación pueden tener un incentivo perverso en el sentido de querer apresurarse a que exista un gobierno legítimo que ofrezca una invitación a las fuerzas visitantes. En 2001, EEUU era reticente a ejercer las funciones de fuerza de ocupación y procuró a la mayor brevedad posible que se estableciese un gobierno en Afganistán para así no verse obligado a cumplir las regulaciones de Haya y Ginebra.

Situación similar se dio en Iraq en 2003. En los preparativos de la operación uno de los puntos de vista defendidos dentro del Reino Unido es que en la ausencia de una resolución de Naciones Unidas, tendrían que aplicar el derecho internacional concerniente a la ocupación. En este caso como en el de Afganistán, el problema se presentaba que bajo el derecho de ocupación difícilmente se justifica un cambio de ordenamiento jurídico. Es decir, no se podría cambiar a los Talibán o Saddam Hussein a algo parecido a una democracia. Por otra parte y dada la naturaleza de esos regímenes cabría debatir si dicha pretensión de democratización pueda ser considerada al mismo nivel que la constitución impuesta sobre Japón por McArthur al final de la II Guerra Mundial.

Qué es una ocupación o qué no es una ocupación a ojos de la comunidad internacional está sujeto a la visión política del conflicto. Por ejemplo, aquellos países que no reconocieron la declaración de independencia unilateral de Kosovo, considerarán que el territorio está ocupado y por lo tanto deberían derivar responsabilidades para las fuerzas allí desplazadas.

El derecho de ocupación está lejos de ofrecer una total claridad y certidumbre. El Artículo 43 de las Regulaciones de La Haya abre la puerta a la interpretación sesgada del Estado destronado toda vez recupera su territorio. El artículo deja abierta a la interpretación de los tribunales nacionales derivar la legalidad de las transacciones acometidas bajo legislación ocupante. Dependiendo del interés particular de ciertas transacciones estas podían considerarse legales o no según a qué parte beneficiasen y que coste supusiesen.

³⁷ The Handbook of the Law of the Visiting Forces. Ed. 2. Oxford University Press (2018).

Así la Cuarta Convención de Ginebra (GCIV) vendría a circunscribir un poco este cabo suelto en la medida de lo posible. De una parte, clarificaba (Artículo 143) de una manera más explícita que las transacciones de propiedad bajo condiciones peyorativas no son de recibo, aunque al mismo tiempo se intentaban proteger los derechos de propiedad de aquellos que hubiesen adquirido de buena fe. Esto último es una de los grandes dilemas en los procesos de restitución de propiedad.

El gran problema del derecho internacional humanitario es quién es capaz de hacerlo respetar. La II Guerra Mundial, con una magnitud que escapa a cualquier entendimiento, vio como el derecho de ocupación era obviado en especial por Alemania, Japón, Italia y la Unión Soviética. Prácticamente en ninguna de sus ocupaciones desde 1930 se respetaron las Regulaciones de La Haya.

En los movimientos estratégicos de los Aliados primero nos encontramos con la con la Fuerza Expedicionaria Británica (BEF) que fue invitada por Francia y finalmente arrinconada en Dunquerque. Este sería el caso de cuando una fuerza visitante asiste a otro aliado y no cabe interpretar el derecho de ocupación. Sin embargo los Británicos también ocuparon territorios en Eritrea, donde sí parece que se respetaron las Regulaciones de La Haya. El caso francés en Madagascar es un poco más complejo porque antes de nada existían dudas sobre cuál era el gobierno francés (si el Vichy o el de De Gaulle) y por lo tanto cómo considerar si cabía declarar una ocupación o no.

Italia se escudó en el principio de *debellatio*, las destrucción total de las fuerzas enemigas, para justificar que la soberanía de Etiopía y Albania pasaban a ser Italiana y por tanto podía obviar el derecho de ocupación.

La Unión Soviética vio el cielo abierto para internacionalizar las ideas marxistas-leninistas empezando por el tratado de Molotov-Ribbentrop en Polonia y siguiendo por las repúblicas Bálticas un año más tarde.

Alemania tampoco indicó ninguna intención de respetar las Regulaciones de La Haya y en países como Bélgica la ocupación alemana cambió totalmente el marco jurídico belga a su conveniencia.

Como se suele decir, de esos polvos vienen estos lodos y la falta de respeto al derecho de ocupación ofreció la situación ideal, entre otras cosas, para procurar una desposesión de títulos de propiedad que haría de su restitución un proceso largo y complejo.

En el caso de los EEUU, su posible motivación para respetar las Regulaciones de La Haya era evitar inmiscuirse en la gestión local y así ahorrar recursos. Pero pronto entendieron que no quedaría más remedio que impli-

carse en el problema y que no tenía otra solución que adiestrar y entrenar personal para ocuparse de la administración civil en los territorios ocupados o liberados. Los gobiernos militares iban a tener que gestionar y ejercer unas funciones legislativas de las no se enseñaban en Westpoint.

PARTE III. RESTITUCIÓN DE PROPIEDAD DESPOSEÍDA POR EL NACIONAL-SOCIALISMO EN EL CONTEXTO DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Fueron muchas y complejas las circunstancias que en 1933 llevaron al Presidente Hindenburg, respetado héroe nacional tras aquella batalla veraniega de Tanneberg en 1914,³⁸ a aceptar al candidato del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NSDAP) como canciller. Lo cierto es que, una decisión tan crucial, fue el resultado de algo tan peregrino como un interesado descuido por parte de quien por entonces era el presidente del Bundestag, Hermann Göring. Evitó dar la réplica a uno de los candidatos, y en un momento de confusión parlamentaria se procedió con la votación que acabaría consumando el ascenso al poder de Adolf Hitler y el paso de la República de Weimar (oficialmente el *Deutsches Reich*) al intento del Tercer Reich (*Großdeutsches Reich*).

El tiempo que va desde la aprobación de la *Ley Habilitante de 1933*³⁹, la posterior promulgación de la leyes de Núremberg de 1935 hasta la Ley N° 59 del Gobierno Militar de Estados Unidos en Alemania en 1947 es la historia de una sistemática desposesión de títulos de propiedad hasta entonces nunca vista.⁴⁰ La más alta traición a los principios administrativos e ideales militares prusianos y a las ideas liberales alumbradas desde Königsberg.

Cuando el 8 Mayo de 1945 el Mariscal de Campo Keitel, Jefe del OKW⁴¹, capituló incondicionalmente a la Wehrmacht, se terminaron las operaciones de combate de la II Guerra Mundial en el teatro de Europeo y comenzó el periodo de paz más largo que jamás el viejo continente haya disfrutado. No obstante, el proceso de restitución de títulos de propiedad continuó hasta principios del Siglo XXI.

³⁸ Barbara W. Tuchman. Los cañones de Agosto. Cap. 16. Tannenberga. Ed. Original (1962).

³⁹ Ley para solucionar los peligros que acechan al Pueblo y al Estado del 23 de Marzo de 1933. (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*).

⁴⁰ Peter Hayes, The Oxford Handbook of Holocaust Studies, Oxford University Press. (2013).

⁴¹ Gordon. A Craig. The Politics of the Prussian Army 1640-1945. Chp. XVII Hitler and the Army. Oxford University Press (1955). El Oberkommando der Wehrmacht

Las Potencias Aliadas habían delegado en el General, Dwight D. Eisenhower una gran capacidad de decisión político-militar en la gestión de la ocupación. Aunque en primera instancia los aliados eran reticentes a inmiscuirse en la administración civil⁴², no quedó más remedio a lo que originalmente fue el Cuartel Supremo las Fuerzas Expedicionarias en Europa (SHAEF) y a sus sucesivos organismos en acometer el problema de la restitución de títulos de propiedad.

De hecho, las primeras declaraciones aliadas al respecto de la restitución ya tuvieron lugar el 5 de Enero de 1943 en Londres con la “*Declaración conjunta Aliada contra los actos de desposesión cometidos en territorios bajo ocupación o control enemigo*”. De una parte, se observa en los usos de los tiempos verbales que por aquel momento el espíritu de dicha declaración se circunscribía únicamente a desposesiones durante la guerra y no actos que el nacional-socialismo pudiese haber perpetrado con anterioridad⁴³. De otra parte, lo que en principio puede parecer una declaración institucional, es en realidad un hecho significativo. En efecto, pone en tela de juicio la *bona fide* de todos aquellos que en 1943 adquiriesen propiedad bajo los beneficios del nacional-socialismo.

La restitución de la propiedad privada se efectuó después de las conferencias de Yalta y Postdam. En lo que sería la República Federal Alemana (RFA) la restitución tuvo lugar al poco de acabar la guerra pero habría que esperar hasta la caída del muro de Berlín para hacer lo mismo en la parte oriental.

- ¿Hasta dónde se le puede exigir la debida diligencia al comprador de buena fe en investigar de dónde provenía la propiedad?
- ¿Y de qué derechos podría disfrutar ese comprador *bona fide*?
- ¿Qué sucedería con lo acreedores de buena fe que tuviesen garantías sobre la propiedad que debía ser restituida?
- ¿Cómo afectaría el cambio de divisa, del Reichmark al Deutchemark?

(OKW) ejercería las funciones del Estado Mayor. Tras la II Guerra Mundial y paradójicamente tras ser los “inventores” del Estado Mayor, Alemania no volvería a contar con tal institución.

⁴² Harry L. Coles and Albert K. Winberg. Civil Affairs: Soldiers become Governors. US Army in the Second World War. (1962).

⁴³ Monroe Krasik. Problems of compensation and resitution in Germany and Austria. (M. Krasik trabajó como oficial para el Departamento de Estado en la sección de Propiedad en las Áreas Ocupadas).

Lo hay que tener claro, visto éste y otros casos de restitución, es que el proceso será caro y difícilmente se podrá reinstaurar algo parecido al *status quo ante bellum*. Particularmente en este caso, pues finalmente se decidió que la restitución recogiese un periodo anterior a la inicio de las operaciones de combate.

Debido a que en 1947, ya acabada la guerra, la unidad de mando colectiva bajo SHAEF había perdido parte de sus competencias iniciales y Alemania Occidental se había dividido entre zonas de ocupación administrativa, no se promulgó una única orden de restitución de propiedad sino tres; una americana, una británica y una francesa⁴⁴.

La legislación en la zona de ocupación Británica no entraría en efecto hasta 1950, quizás fuese algo más restrictiva que la americana y tenía un espíritu más territorial. En principio, aquellos que habían abandonado Alemania durante o antes de la guerra, que carecían o habían rechazado la nacionalidad alemana no tenían derecho a compensaciones. Inicialmente la propuesta Francesa era desentenderse del problema atribuyéndolo a directamente a las autoridades alemanas, si bien es cierto que paulatinamente fue acercándose al criterio americano.⁴⁵

De cualquier manera, las tres concepciones eran bastante similares y en conjunto pasaron a denominarse Leyes de Restitución Aliadas. Dichas leyes continuaron siendo válidas una vez la RFA fue constituida, por la vía del Protocolo de París de 1954 (Protocolo sobre la terminación del régimen de ocupación en la República Federal Alemana) y serían complementadas con otras dos principales leyes de redacción ya puramente germana. La Ley Federal de Restitución de 1957 (*Bundesrückerstattungsgetz*) y por otra, la Ley Federal de Compensación de 1956.

Junto con estas dos leyes se promulgó otro paquete legislativo de indemnizaciones (Compensación de pensiones, Compensación por Persecución, Acuerdo de Luxemburgo y otros tratados). En suma, el problema concerniente a encontrar una solución a problemas de desposesión de propiedad se trató bajo el término “restitución” y aquellas otras injusticias acaecidas contra personas perseguidas por el nacional-socialismo y el comunismo se trataron bajo el concepto de “compensación”.

⁴⁴ Ley N° 59, restitución de propiedades identificables en la zona Americana. (1947). Decreto 120 del Comandante en Jefe Francés para la restitución de activos robados (1947). Ley N° 59 – Restitución de propiedades identificables de víctimas de la opresión nazi (1949) en la zona de ocupación británica.

⁴⁵ Ibid.

Hasta el año 2011 el coste de la Ley de Restitución habrá alcanzado la cifra de 2023 Billones de Euros y el monto total de compensaciones por “*injusticias creadas por el nacional-socialismo*” asciende a 69 039 Billones de euros.⁴⁶

La propiedad comunal fue restituida bajo las mismas leyes. Con la particularidad de otorgar a la llamadas organizaciones sucesoras la gestión de dicha propiedad⁴⁷.

La Ley N° 59 promulgada por el Gobierno Militar de EEUU se circunscribía a las regiones de control americana (Bayer, Bremen, Hessen, Württemberg-Baden) y tenía como objeto la desposesión de propiedad ejecutada por parte del Estado Alemán, como todas aquellas otras transferencias de propiedad que se hubiesen producido bajo condiciones forzosas. Las reclamaciones podían ser presentadas por cualquier persona que pudiese identificar propiedades confiscadas entre el 30 de Enero de 1933 y el 8 Mayo de 1945. Se consideró como confiscatoria toda transferencia, aún basada en un marco jurídico existente, que fuese como resultado de una transacción *contra benes mores* o amenazas. Que fuese decomisada por parte del Estado o como resultado de cualquier medida tomada por el NSDAP u otra organización afiliada (Artículo 2). Sin perjuicio de aquellas otras expropiaciones que hubiesen tenido como motivo el interés general (Artículo 18).

En dicha ley queda muy claro que no se aceptaría como alegación el argumento que la transferencia no podía dejar de considerarse como *contra benes mores* porque era de acuerdo al sentimiento político prevalente en el territorio.

La ejecución de la restitución se llevó acabo tanto si la propiedad se encontraba en manos estatales como si ya hubiese sido transferida a terceros. Para ello se crearían las autoridades de restitución, que estaban compuestas por la Agencia Central de Restitución, la Cámara de Restitución y los *Oberlandesgericht*. La Agencia central de reclamaciones tenía como función la administración de las reclamaciones (Artículo 55) y procuraba poder resolver la restitución de manera amigable (Artículos 62 y 92). La Cámara de Restitución contaba con tres jueces, uno de ellos en calidad de presidente y dos asociados. Al menos uno de los tres debía ser una persona que se correspondiese con el perfil (según el Artículo 1) de aquellas personas que habían sido víctimas del nacional-socialismo. La apelaciones era resueltas por los *Oberlandesgericht* (cortes de apelación

⁴⁶ Compensation for National Socialism Injustices, German Federal Ministry of Finance, Noviembre (2012). pp. 30.

⁴⁷ Jewish Resitution Successor Organization (zona americana), Joint Trust Corporation (zona británica) y Joint Trust Corporation Branch FraÇaise (zona francesa).

alemanas). Finalmente, la Corte de Apelación de Restituciones tenía la facultad de revisar cualquier decisión anteriormente tomada bajo la ley 59° (Artículo 69). Esta corte estaba formada por el Gobierno Militar y se componía a su vez de otros tres jueces americanos.

En el caso de las leyes de restitución aliadas se puede derivar, a diferencia de otros procesos posteriores, cómo el propósito era la restitución de la propiedad y no necesariamente los derechos de propiedad. En el Artículo 14 es claro y notorio que la responsabilidad de la restitución recaía sobre el actual propietario y no se consideraría, al menos en primera instancia, los derechos de aquellos que habían adquirido la propiedad *bona fide*. Es más en el Artículo 15 se resalta que aquellas resoluciones que tengan como resultado la restitución de una propiedad, en efecto significarán que la transferencia de esa propiedad a terceras partes no habría ocurrido. Este es probablemente uno de los puntos más sensibles en la restitución aliada de 1947.

En aquellos casos que hubiese habido una transacción por debajo de un precio justo, el adquirente debería compensar la diferencia más un interés (Artículo 16).

Para ejecutar las reclamaciones se creó un sistema que necesariamente tenía que ser burocrático. Empezaba por la agencia central de reclamaciones⁴⁸ (*Zentralanmeldeamt*) del Gobierno Militar y que una vez validado el formulario la distribuiría a la agencia local competente (Artículo 15). En sistemas de reclamaciones masivas, la burocracia (canalizar la toma de decisiones en forma y fondo) tiene que ser impecable, de otra manera los organismos competentes correrán el riesgo de colapsarse. Más si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos históricos o de postconflicto el uso de las tecnologías de la información era o es limitado.

La fecha última de reclamación se estableció el 31 de Diciembre de 1948. Existen ventajas y desventajas a la hora de establecer una fecha final no muy dilatada. Indudablemente hay que dar un margen a los damnificados para preparar sus reclamaciones pero el tiempo no debe prolongarse excesivamente. De otra manera se pone en riesgo el colapso del sistema administrativo y de las transacciones mercantiles. Es evidente que en un territorio asolado por un conflicto cuando antes sea posible establecer la compra-venta de propiedad antes comenzará la recuperación. Hay que encontrar un equilibrio entre un proceso garantista y la congelación del mercado.

Toda vez el proceso de reclamación había sido correctamente documentado, la Agencia de Restitución emitiría su conclusión. Si las partes

⁴⁸ Regulación N°1 de la Ley 59° del Gobierno Militar de EEUU.

llegaban a una resolución amigable, entonces sería la propia Agencia la que proporcionaría el título de propiedad final al propietario original. En caso contrario habría que resolver en la Cámara, la cual tenía jurisdicción sobre la Agencia (Artículo 63). Que así mismo era el organismo que recibía cualquier apelación contra decisiones de la Agencia. (Artículo 64).

Esta ley también acometía la restitución de títulos comerciales (Artículos 83-84) y se resumía que dichas corporaciones disueltas desde 1933 debía ser devueltas a sus propietarios así cómo los títulos de marcas y patentes.

Es probable que uno de los problemas administrativos con los que se encontrasen los oficiales alemanes es la falta de una aproximación *Top-Down* (de arriba a bajo) a la hora de organizar las restitución. Una excesiva descentralización de la ejecución en los *Länder* provocó que cada estado federal asignase a distintos ministerios la función de gestionar la reclamaciones. Por ejemplo, en algunos *Länder* era el ministerio de finanzas y en otros el de justicia⁴⁹. El problema de estas situaciones es que se pierde unidad de mando y procedimiento.

Reunificación Alemana de 1990

La “gran alianza” (EEUU, Reino Unido, Canadá y la Unión Soviética) fue forjada por y para la guerra⁵⁰ pero no compartía cimientos para sostenerse en tiempos de paz.

Al formarse lo que Churchill denominó el telón de acero⁵¹, Alemania quedó dividida entre la República Democrática de Alemania (RDA) y la República Federal Alemana (RFA). Mientras que fue en esta última donde los Aliados se apresuraron a restaurar la propiedad privada, en la RDA dicho proceso no tuvo en efecto lugar.

No sería hasta que Günter Schabowski pronunciase su célebre “*ist das sofort*” y con ello comenzase el principio del fin del muro de Berlín y de manera oficial, casi un año después hasta aquel 03 de Octubre de 1990 con la firma del tratado de reunificación, que el proceso de restitución de propiedad comenzase en la pauperizada Alemania del Este. Grosso modo en 1995 la renta per cápita (46,600 vs. 24,300) y por empleado (108,400 vs. 58,700) era el doble en la RFA que en la RDA.⁵²

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Lawrence Freedman. The first two generations of nuclear strategist. Makers of modern strategy from Machiavelli to Nuclear Age. Princeton University Press (1986).

⁵¹ Winston Churchill, Westminster College, Fulton, Misuri. 5 de Marzo de 1946.

⁵² Statistisches Bundesamt 1996.

Las circunstancias eran sin duda mucho más complicadas que aquellas que se encontró la US Army tras el *V-E*⁵³. No sólo había que hacer frente a la desposesión perpetrada por el nacional-socialismo, sino al hecho de todos aquellos alemanes que de por sí tuvieron que huir del Este al Oeste toda vez el Ejército Ruso lanzó la operación Batagrión al mando del Mariscal Zhukov el 22 de Junio de 1945. Y al hecho que estos territorios quedaron bajo dominio soviético durante 45 años y expuestos a la abolición de la propiedad privada⁵⁴ de *ipso facto* o mediante la vía de “confiscaciones frías”⁵⁵. Los dos escenarios fueron considerados ilegales por parte de la RFA y por lo tanto como elegibles dentro de las leyes de compensación.

La unificación alemana supuso que unos 17 millones de alemanes se incorporasen a la economía de mercado y que sobre 2 millones y medio de propiedades tuviesen que ser compensadas.⁵⁶

El gran problema en 1990 fue a dificultad de encontrar títulos de propiedad válidos sobre los que comenzar el proceso de reclamación. Los títulos “mejor registrados” databan de la época del Segundo Reich (*Kaiserreich*), que en su mayor parte habían sido destruidos tras las dos guerras y por razones obvias no había habido ningún interés en actualizarlos durante la segunda mitad del Siglo XX.

El Decreto Modrow⁵⁷ de 1990 complicó aún más las cosas. En dicha iniciativa se abría la posibilidad de que los antiguos dueños de sólo ciertas empresas nacionalizadas en los años 70 pudiesen reclamar la propiedad a cambio de satisfacer unas tasas. Este hecho presentó la disyuntiva a la nueva Alemania Federal: bien declarar que no se había hecho acorde a derecho y devolverlo a sus anteriores dueños (es decir a los confiscadores) o asumir como bueno lo que era una clara violación del derecho de igual trato ante la ley según la Ley Básica Alemana, en tanto en cuanto suponía una

⁵³ Estados Unidos considera 8 de Mayo de 1945 como el *día de la victoria en Europa* (V-E). No obstante la guerra, y las bajas continuarían, en el teatro de operaciones del Pacífico hasta la capitulación del Imperio Japonés el 2 de Septiembre de 1945. (V-J).

⁵⁴ El término *lichnaya sobstvenost* (propiedad personal) es “mutualmente incomparable” al concepto occidental. Viktor Knapp, *Some Problems of Legal Language*, Marzo 1991.

⁵⁵ Así se refiere la fijación de rentas por parte de la Nomenklatura que eran extremadamente bajas que hacían imposible mantener la propiedad.

⁵⁶ M. Blacksell, K.M. Born and M. Bohlander. *Settlement of Property claims in former East Germany*. The Geographical Review. (1996).

⁵⁷ Hans Modrow fue el último Presidente del consejo de Ministros de la RDA.

discriminación.⁵⁸ Este caso muestra el problema que será la tónica general en otros procesos de restitución en centro-Europa durante la década de los 90, y que se podría resumir en el conocido refrán de origen benedictino que reza que *el camino al infierno está pavimentado con buenas intenciones*. Intentar restituir la propiedad de manera apresurada y con medidas transitorias termina por complicar y aumentar el coste final de las restituciones.

Procesos finales tras la reunificación, la disputa entre el Bundestag y el Bundesrat

La realidad es que hubo que preparar a la opinión pública sobre el hecho que era prácticamente imposible restituir la propiedad debido a la gran cantidad de desposesiones llevadas a cabo por la Unión Soviética y sus “reformas de tierras democráticas”. Así que en su mayor parte, los perjudicados deberían conformarse con una serie de compensaciones y la responsabilidad de determinarlas recaería en la función legislativa.⁵⁹

A mitad de los 90 y después de una gran controversia, la cámara baja (*Bundestag*) aprobó el fondo de compensación. Este fondo estaba dotado para asistir aquellos negocios y personas que había perdido sus activos en la Alemania del Este. No fue sin embargo un camino fácil, ya que la cámara alta (*Bundesrat*) con mayoría del SPD no estaba por la labor de aprobar dicha ley según estaba redactada (y presupuestada). Aunque Alemania sea dada a grandes coaliciones, este particular no estuvo exento de negociación y tirantez. La disputa se debía al hecho del tratamiento desigual que se le daba a las distintas calidades de propietarios y a una compensación menos generosa de lo esperado en comparación a los precios de mercado. Estos dos puntos eran de prever y se prestaban a una negociación y a una táctica política. Sin embargo la cuestión más de fondo, interesante y extrapolable a otros escenarios que planteada el *Bundesrat* era el miedo a la violación constitucional de igualdad ante la ley (anteriormente enunciado) que podría resultar del esquema de compensaciones.

Acuerdos con otras naciones

Para bien o para mal, la desposesión de propiedad al margen de algunos detalles técnicos no fue muy distinta dentro de Alemania y en las naciones

⁵⁸ James McAdams, *Judging the Past in Unified Germany*. Cambridge University Press. (2001).

⁵⁹ “La expropiación llevada acabo durante la ocupación no entre 1945-1949 no podrá revertida [...] tal compensación es un asunto concerniente al futuro parlamento Alemán.” ECHR. Von Maltzan and others vs. Germany.

conquistadas⁶⁰. Al fin y al cabo todo aquello que fuese necesario para establecer el *Lebensraum* era considerado como parte del Reich.

No se hizo, como sí sucedería en otros procesos, diferencia ninguna entre nacionales y personas extranjeras que hubiesen perdido sus propiedad en la Alemania Occidental. La república Federal de Alemania estableció tratados con aquellos países donde también se había llevado a cabo una desposesión de propiedades. Tanto las naciones neutrales, como los entonces aliados de Alemania recibieron compensaciones no sólo por la propiedad perdida sino también por reparaciones de guerra.

Restitución de propiedad confiscada por el Nacional-Socialismo en Austria, Países Bajos y Francia

El proceso de restitución en Austria, que ya en 1945 contaba con un nuevo Gobierno, comenzó ligeramente antes que en Alemania. Sin embargo no tuvo lugar una ley inclusiva y explícita como en Alemania. Fue un paquete de distintas leyes que otorgaba el marco legal para comenzar el proceso de restitución. No obstante, podemos servirnos de la Ley de Nulidad como punto de partida.⁶¹ En el caso austriaco cabe señalar que se indicaba la necesidad de crear un censo y un registro de las propiedades que potencialmente podrían haber sido trasferidas de manera arbitraria.

La Ley de Nulidad deshacía las transacciones que habían sido perfeccionadas desde aquel mes de Marzo de 1938 cuando el General Heinz Guderian⁶² lideró el desfile de carros en lo que acabaría por conocerse por *Anschluß*.

El desarrollo legislativo austriaco es más progresivo que el caso alemán. En primera instancia la restitución tenía como objetivo que aquellos edificios abandonados tuvieran un propietario, con la intención que éste pudiese hacerse cargo de la infraestructura para evitar su colapso. Las cargas que aquella propiedad tuviese, especialmente si se eran como consecuencia de tener que pagar los impuestos de control de capitales (*Reichsfluchtsteuer*)⁶³ y las tasas por ser judío se considerarían nulas de partida.

⁶⁰ Monroe Krasik. Problems of compensation and resitution in Germany and Austria.

⁶¹ "Nohemiah Robinson, Restitution and Compensation Legislation in Autria, Intitute of Jewish Affairs, 1949.

⁶² Heinz Guderian, Recuerdos de un Soldado Cap. III. Hitler en la cúspide del poder. La aneión de Austria. Ed. Original (1952).

⁶³ El "*Reich Flight Tax*" era una tasa para el control de capitales establecida inicialmente durante la república de Weimar en los años de la hiperinflación. Tenía como objetivo disuadir que las personas abandonasen Alemania al cobrarles un 25% de

En segunda instancia se legisló para devolver aquellas propiedad confiscadas por el Estado y finalmente en una tercera ley el grueso de las propiedades desposeídas. Y aunque en esta ley no se le otorgaba, de partida, presunción de veracidad al reclamante, en realidad sí sucedía de tal manera. Ya que la carga de la prueba no recaía sobre el reclamante sino sobre el actual propietario, el cual debía demostrar que la compra-venta había tenido lugar independientemente de las circunstancias políticas. El resto de leyes de restitución (4º, 5º y 6º) resolverían sobre personas jurídicas, marcas, licencias y patentes. Podría llegar hablarse de una 7ª ley de pero que caería más en el área de la compensación y trataba sobre relaciones laborales.

La ocupación de Países Bajos fue especialmente cruenta. De hecho, menos del 20% de la población judía sobrevivió a la guerra frente a más del doble en Francia. Es más, el alcance de qué propiedad y las condiciones bajo las que se efectuó en Francia fue sensiblemente más benévolo que en Países Bajos. En Francia se respetaron en cierta medida las pólizas de seguros o las hipotecas.⁶⁴ Por otro parte y distintamente al caso Alemán, las propiedades sin descendientes o no reclamadas irían a parar a manos del estado.

Países Bajos era firmante de la declaración de Londres de 1943 sobre la invalidez legal de las desposesiones de propiedad perpetradas durante la guerra. La ley de referencia en Países Bajos es el Decreto Neerlandés para la Restauración de Relaciones Legales (E 100) que se promulgó desde el exilio en 1944. El espíritu de los legisladores neerlandeses era que esta situación era excepcional y por lo tanto requería de medidas excepcionales. Así se creó un Consejo de Restitución de Derechos con cuatro divisiones. Una de ellas judicial y tres administrativas. Se descartó toda posibilidad de apelación o casación⁶⁵. Sin embargo, el concepto de buena fe tenía más peso en el proceso y un mayor número de los nuevos propietarios mantuvieron sus títulos.

Lo anterior hay que leerlo con la idea que, a diferencia con otros casos, en los Países Bajos la corriente política del gobierno de post-guerra (1945-52) era que el responsable último de reparar la desposesión de propiedad era el Gobierno Alemán y no tanto el Gobierno Neerlandés. Por lo tanto y en aras de aliviar las cuentas del Estado, la intención era la de reducir el

recargo si se trasladaban con sus capitales. En los años del nacional-socialismo esta tasa mutó vía decreto de Heinrich Himmler, en su capacidad de *Reichsführer Schutzstaffel (SS)*, para expropiar a la población judía.

⁶⁴ Wouter Veraart, Two Rounds of Postwar Restitution and Dignity Restoration in the Netherlands and France. *Law and Social Inquiry*. Volume 41, Issue 4, 956-972, (2016).

⁶⁵ Ibid.

número de compensaciones y restituciones a cuenta del gobierno nacional. Toda vez que esa administración cambió, Países Bajos se alineó con la doctrina general de compensaciones, especialmente hacia la comunidad judía.

El caso francés es particular. Primero porque las circunstancias de la Francia ocupada no eran comparables a otros territorios. De hecho se podría llegar a decir que la desposesión de propiedad se hizo en cierta medida acorde a leyes francesas.⁶⁶ Y es diferente al caso de Países Bajos porque la doctrina para solucionar el problema de la expropiación no pasaría por crear una situación de excepcionalidad sino que se regiría vía el código civil francés. Una potencial ventaja es que así se evitaba el solapamiento de autoridades judiciales y por otra parte al entrar dentro de la judicatura común se debía, en teoría, dejar de lado la interferencia política dada la separación de poderes. En cualquier caso, el sistema de restitución francés puede considerarse algo más generoso que el neerlandés. En el ámbito de las mejores prácticas, el *Service de Restitutions* es un buen ejemplo, comparativamente hablando, de cómo mantener informados a los reclamantes durante el proceso.

Dentro de la diferenciación ya hecha entre; restitución y compensación podríamos ahora introducir el concepto de “*restauración de la dignidad*”⁶⁷ y que tendría un carácter más benefactor que puramente titutivo. Quizás esto explicaría las diferencias entre Países Bajos y Francia.

PARTE IV: RESTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD EN EUROPA DEL ESTE Y CENTRAL

La restitución de propiedad en la Alemania en 1945 fue un proceso novedoso que no estuvo exento de complicaciones, pero que en definitiva funcionó relativamente bien y sobretodo se resolvió de manera expeditiva. Empero, la restitución de propiedad en los territorios bajo el telón de acero llevaría muchos más años y las y las consecuencias económicas de ese retraso tardarán aún generaciones en ser sobrepuestas.

Con el colapso del socialismo real en 1991 la necesidad de gestionar los títulos de propiedad en estas naciones se volvió una tarea primordial. En este sentido hay que acentuar que dicha motivación estaba altamente influenciada porque era un criterio para poder entrar a formar parte primero,

⁶⁶ Aryanisation économique et resitution / Mission d'étude sur la spoliation de Juif de France. (1997).

⁶⁷ Bernadette Atuahene, We want what's ours. Learning from South Africa's Land Restitution Program (2014).

de la Alianza del Atlántico Norte (NATO-OTAN) y porque también era un pilar fundamental en la política de vecindad de la Unión Europea. Verbi-gracia, el caso de Bulgaria. Según la constitución de 1991 los extranjeros no podían tener propiedades en Bulgaria y la UE obligó a cambiar dicha disposición en los tratados de adhesión de 2007.

De partida, la mayoría de los siguientes casos parten de la base de un sistema legal disfuncional. La gran parte de los países bajo el socialismo sufrieron una falta de consideración en lo que se refiere a la protección de títulos de propiedad.

Seguidamente se presentan algunos ejemplos de estos países. Los casos de Bosnia y Herzegovina y Croacia nos ofrecen una visión de restitución con conflicto armado. Bulgaria es nos sirve para ver la *típica* transición del comunismo a una economía más abierta. Kosovo es reseñable por la implicación de las organizaciones internacionales en el proceso. Albania es el ejemplo que antes todo tiene que instaurarse el derecho a propiedad privada como precondition de éxito en la restitución de propiedad.

Bosnia y Herzegovina (BiH)

BiH es un ejemplo particular porque su proceso comienza después de la firma de los acuerdos de paz de Dayton (*Dayton Peace Agreements, DPA*) a finales de 1995 y donde se incluía la necesidad de restituir la propiedad de los desplazados por la guerra. A la ya de por sí sensible y compleja realidad territorial de BiH hay que añadirle que la mayor parte de la propiedad pertenecía al Estado y en un principio la restitución de dicha propiedad no estaba contemplada.

El proceso de restitución en aquellos países con problemas de identidad nacional es más complicado que en aquellos que aun habiendo sufrido una desposesión de títulos sin embargo tienen una solida idea de su territorialidad.

BiH tiene una compleja estructura nacional. El estado está dividido en dos entes y un distrito. De un lado la República de Sprska y la Federación de BiH. De otro el distrito de Brcko.

El resultado es la dificultad de poder alcanzar una ley nacional de restitución y por lo tanto el proceso quedará a expensas de los diferentes cantones, lo que dificulta alcanzar un marco jurídico definitivo. Para que la descentralización administrativa sea efectiva, el Estado tiene que tener un alto nivel de profesionalización, lealtad institucional y tradición de derecho. Lo contrario no es que la administración se descentralice, es que se “centrifuga”. Y eso da lugar a que cada región se sienta que gobierna por encima o que está en paralelo al orden nacional. Se abona entonces el terreno a corruptelas y favores que hacen del proceso de restitución un granero de compra de favores.

En el caso de BiH hay que distinguir situaciones. Las leyes de restitución tras la caída del muro de Berlín pero que se dieron durante la guerra (1992-1998) y la restitución de la postguerra desde 1998.⁶⁸ Y esto tiene su hecho significativo en que durante la guerra se aprobó legislación sobre propiedades teóricamente “abandonadas” para dar cobijo a los refugiados y que a la postre ha complicado aún más la restitución. Lo que debería llevarnos a pensar en qué momento podemos considerar que la situación permite empezar un proceso de restitución realista.

La ley de 2006 sobre la venta de apartamentos nacionalizados fue declarada inconstitucional prácticamente un año después de aprobarse⁶⁹. En esta ley se otorgaban derechos de propiedad a quienes vivían en esas viviendas nacionalizadas y se compensaría con otras viviendas, generalmente a las afueras de las ciudades, o dinero a los propietarios originales. Para entender esta política hay que ponderar la influencia que los acuerdos de Dayton han tenido en la restitución de propiedad. Parece que Dayton al hacer especial hincapié en la protección de personas desplazadas hubiese empujado más hacia la compensación que a la restitución. Sin que esto sea necesariamente un fallo de diseño institucional *per se*, sí que quizás haya obviado que BiH es eminentemente un país pobre y las compensaciones son caras. El resultado es que o bien esas compensaciones no han sucedido o han sido sensiblemente menores que el valor de la propiedad desposeída.

El Registro de la Propiedad en BiH data de tiempos de la monarquía dual del imperio Austro-Húngaro. Esa estructura fue la base sobre la que la República Yugoslava trabajó, hasta que la mayor parte de la información fue destruida durante la II Guerra Mundial y que desgraciadamente no sé consiguió reconstruir durante los años del socialismo. El consejo de implantación de los acuerdos de Dayton tomó la reconstrucción de los registros como una prioridad, pero uno puede imaginar la dificultad de la empresa si durante medio siglo no se han actualizado las transacciones. Éste será un problema recurrente tanto en BiH como en el resto de ex-repúblicas socialistas.

En 1964 la República Yugoslava firmó un acuerdo bilateral con los EEUU para devolver o compensar títulos de propiedad. El problema en este caso fue una mala ejecución administrativa. Esto llevo a que un número importante de propiedades no fuesen reclamadas y que fueran entonces a

⁶⁸ Private Property Resitution issues following Regional conflicto in Bosnia, and Herzegovina, Croatia and Kosovo. Directorate General for Internal Policies. European Parliament. (2010).

⁶⁹ Bureau of European and Eurasian Affaires, Department of State. Property Resitution in Central and Eastern Europe.

parar a manos del Estado pero sin que éste las registrase debidamente. Lo cual generó no otra cosa sino confusión a la hora de saber quién tenía que preparar las reclamaciones durante el proceso de desnacionalización.

El borrador de ley de 2009 ya se parecía más al marco normativo común en la restitución de propiedad que se ha dado, independientemente de cada idiosincrasia, en la mayoría de las ex-repúblicas socialistas.

La lección aprendida que cabe destacar es que a los procesos de restitución también caen bajo máxima de la gestión de proyectos. A saber, que el camino más corto no es siempre el más rápido. Al acometer BiH la privatización de activos antes que la desnacionalización el resultado ha sido que en un número significativo de títulos se haya empezado la casa por el tejado.

Croacia

Como en el caso de BiH, la restitución croata se complica por el hecho de la guerra contra Serbia (1991-1995) y la gestión de los refugiados y desplazados.

El marco jurídico de Croacia viene dado por la ley de 1996 para la restitución de *propiedad confiscada durante el gobierno comunista yugoslavo*. Y se circunscribe únicamente al tiempo comunista, esto es que no incluye la desposesión durante el nacional-socialismo.⁷⁰

Tuvo que ser modificada entre 1999-2002 para permitir la reclamación por parte de no nacionales. El problema en la leyes de restitución croatas es que se presentaba de una manera muy particular la elegibilidad de quiénes podían presentar una reclamación. Había tres supuestos (como resultado de los remiendos a la primera ley). a) antiguos dueños y sus descendientes, b) extranjeros por la vía de un tratado bilateral con su nación, c) terceras partes que pudiesen acreditar su residencia legal en Croacia.⁷¹ En la práctica esta fórmula demostró que en el caso de los extranjeros el sistema quedaba demasiado expuesto a la arbitrariedad de la administración.

Otro de los problemas observados en Croacia es que en cierta manera la administración croata “era juez y parte” del proceso. Una considerable cantidad de casos hacían referencia a bienes bajo propiedad de los propios condados por lo que tenían que decidir si perdían su propiedad frente al

⁷⁰ Private Properties issues following the change of political regime in former socialist or communist countries. Directorate General for Internal Policies. European Parliament. (2010).

⁷¹ Ibid.

reclamante. En la medida de lo posible a la hora de organizar el proceso hay que evitar crear incentivos perversos. Como en el caso de los Länder alemanes una descentralización a nivel de condado puede suponer un tratamiento desigual de los reclamantes.

Finalmente y contrario a cómo se gestionó en Bulgaria, uno de los motivos por los que la reclamaciones no eran aceptadas se debía a la dificultad de preparar la documentación y en casos particulares en acceder a los registros oficiales en posesión de la administración. No tanto porque el documento hubiese sido destruido sino por problemas en las actualizaciones de las referencias catastrales.

Bulgaria

Fue una de las primeras naciones en tomar parte en la restitución de propiedad.

Sin embargo, no es menos cierto que Bulgaria también fue de las primeras repúblicas en perpetrar una colectivización de la tierra.⁷² Aunque formalmente los títulos de propiedad se mantuvieron registrados con sus propietarios.

El marco de restitución de propiedad estaba guidado por la nueva constitución búlgara, que ahora sí recogía un principio que tendría que transformarse en un derecho inalienable a la propiedad. Y en 1991 se aprobó la primera ley al respecto.

Sin duda que la restitución de propiedad fue un de los puntos de fricción política durante la transición búlgara. De una parte, el partido socialista abogaba por una política más de compensación que de restitución de propiedades reales para preservar el concepto de las cooperativas y en el otro lado la Unión Democrática de Fuerzas (UDF) apoyaba una restitución de propiedad inmovilizada. En unas segundas elecciones la UDF se aupó al poder y comenzó por derogar la ley de 1991 en aras de una mayor restitución.⁷³

Bulgaria creó una autoridad central para llevar el proceso administrativo. Cabe destacar que no se exigían demasiadas formalidades para asignar la propiedad, siendo este un extremo de lo que quizás no fue un proceso demasiado garantista. En los años posteriores se sucedieron disputas judiciales en el tribunal constitucional por este respecto. Lo que ha provocado continuos cambios de jurisprudencia y riesgo en la seguridad jurídica.

⁷² Granjas cooperativas de trabajo agrícola o TKZS (*Trudovo-kooperativno zemedelsko stopanstvo*).

⁷³ Ibid.

La ley búlgara contemplaba una serie de instrumentos de compensación. Los llamados Bonos de compensación, Bonos limitados a la compra de vivienda y Bonos de compensación rurales. El problema de este sistema de bonos es que es una compensación cautiva. No se podían canjear por metálico, no devengaban intereses y sólo estaban abiertos al intercambio regulado.

Kosovo

Este es otro de los escenarios que contiene todos los problemas que uno pudiese esperar a la hora de restituir propiedad. nacional-socialismo, comunismo, supresión del Estado, limpieza étnica, conflicto bélico, intervención internacional (ONU), administración militar (OTAN) e independencia unilateral.

Kosovo nunca llegó a disfrutar de un registro de la propiedad funcional a la yugoslava (basado en modelo Austro-Húngaro). Y dada la falta de presupuesto para implementar la legislación preparada en los 90, el marco habitual continuó siendo el sistema de “*Tapia*” que data de los años 30. Así por falta de capacidad administrativa y por la falta de conciencia popular sobre la importancia de registrar la propiedad (es lo que uno obtiene de herencia del sistema otomano y medio siglo de comunismo) hacen que el registro de la propiedad kosovar sea precario.

Naciones Unidas consiguió canalizar una significativa ayuda internacional para el tema del registro de la propiedad. Aunque el hecho que autoridades Kosovares miren con recelo cualquier título de origen serbio y que la propia Serbia no éste por la labor de facilitar documentación, hizo muy difícil una implementación eficaz.

El marco legal de Kosovo en este respecto es una amalgama de antiguas legislaciones pasadas, regulaciones de Naciones Unidas y contribuciones internacionales que dificultan entender a qué atenerse. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en una resolución de Capítulo VII, dotaba a la misión UNMIK de amplio margen de maniobra. Y en base a esto, UNMIK emitió una regulación por la que el poder legislativo y judicial en Kosovo estaba subordinado y era ejercido por el Representante Especial de la misión.⁷⁴ Para que se pudiese establecer una administración internacional civil en Kosovo fue corolario que la OTAN se encargase de la seguridad del territorio, como así reconocía la resolución 1244 de Naciones Unidas.⁷⁵

⁷⁴ Artículo 1.1 de la Regulación N° 1999/1 de la Autoridad Transitoria en Kosovo. 25 Julio 1999.

⁷⁵ Ibid.

El Directorado de Vivienda y Propiedad (HDP) bajo la misión de ONU que posteriormente fue renombrado como Agencia de Propiedad de Kosovo (KPA) es la organización que trabajó en la gestión de reclamaciones de títulos de propiedad.

Lo interesante del caso Kosovar reside en la gestión del proceso de reclamaciones masivas, que contaba con una mayor influencia de la comunidad internacional. Así el mecanismo fue preparado por UNMIK⁷⁶. La comisión dedicada a las reclamaciones (HPCC) tenía una remarcable jurisdicción aunque limitada a los siguientes tipos: Categoría a) reclamaciones por discriminación. Categoría b) transacciones informales válidas pero que no había podido ser registradas. Categoría c) aquellas hechas sin consentimiento del propietario. El sistema que en principio podría ser válido ha dado lugar a casos de conflictos sobre qué categoría debía prevalecer si se presentaban dos categorías sobre la misma propiedad.⁷⁷

El inconveniente es que en la mayoría de los casos la propiedad había sido destruida y la HPCC no tenía competencias para otorgar compensaciones en especie.

En 2006 se establecería la KPA que añadiría a las competencias de la HPCC la gestión sobre tierras y espacios comerciales. Las decisiones de la KPA sólo estaban sujetas a ser revisadas por el Tribunal Supremo de Kosovo. Hecho que sin embargo, según la OSCE, no ha impedido a los tribunales ordinarios lanzar procedimientos contra decisiones de la KPA, generando un clima de confusión.

Por otro lado apareció el problema de ejecución de las sentencias y de cómo acometer los desahucios. La policía local no siempre acataba la orden de desahucio dictada por la KPA, esperando órdenes del fiscal kosovar. Para intentar resolver este problema de legitimidades la KPA firmó con la Policía un Memorándum de Entendimiento (MOU)⁷⁸ donde se codificaban las responsabilidades de las partes durante un desahucio.

Como última nota reseñable en Kosovo, fue el intento de crear un sistema de alquileres sobre aquellas propiedad ocupadas bajo la administración

⁷⁶ OSCE, Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo. June 2011.

⁷⁷ Challenges in the Resitution of conflicto-related property claims in Kosovo. Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE). Mission in Kosovo. June 2011.

⁷⁸ Andres Muñoz Mosequera, A Philosophical and Empirical Approach (Part I), by Andrés B. Muñoz Mosquera, Issue 34 (July 2014), pp. 55-69. NATO Legal Gazette.

de a KPA. La incitativa, que no estuvo exenta de problemas de ejecución, sí podría extrapolarse a otros casos ya que permite generar unas rentas para financiar las restituciones y compensaciones.

Albania

No fue hasta 1998 que la propiedad privada fue reconocida como un derecho⁷⁹. La ley de restitución de 2004 no es especialmente clarificadora y sólo tenía como alcance el inmovilizado material. La ley prevé la restitución en especie o compensación en metálico. El asunto es que tiene que ser la Agencia Nacional de Compensación de Propiedades la que fije el valor de los activos y aquí es donde han nacido las críticas al respecto de la metodología empleada para calcular los emolumentos. En adición, la ley no se acompaña de reglamento o provisiones para la restitución en especie por lo que muchas de las reclamaciones no se ejecutaron.

Como en la mayoría del resto de casos el primer problema es la falta de registros en los que basar la restitución y en el caso albanés este problema es especialmente acentuado. A esto se añade que a principios de los años 90 una “ley de legalización” otorgó derechos de propiedad a los propietarios informales. Nuevamente una casa empezada por el tejado pues no había marco institucional para tal proceso.

En el caso de Albania se puede observar que todavía a principios del Siglo XXI no se había interiorizado el concepto de propiedad privada. Gran parte de las expropiaciones se basaron en la Ley 33 de 1945 publicada para hacer frente a impuestos extraordinarios. El tribunal constitucional rechazó una modificación de 1995 a la Ley de Restitución de 1993, argumentado que la expropiación se debía motivos puramente fiscales y no existía una confiscación injusta. Desde una óptica liberal, una tributación efectiva del 100% no se adhiere a ningún principio, por laxo que sea, de justicia redistributiva. No es justificable una expropiación por motivos fiscales, pues se estaría confiscado la fuente de generación de rentas. En definitiva fue una desposesión de propiedad de manual.

Otros casos

Las restantes ex repúblicas soviéticas varían en problemas y formulaciones. El camino legislativo en Polonia fue mucho más lento que sus vecinos bálticos. Sin bien es verdad que tanto en Lituania como en Letonia el proceso no fue tan eficaz como Estonia pero al menos se tomaron medidas con celeridad. Retrasar por dejadez de funciones la toma de decisiones

⁷⁹ Ibid.

en la restitución sólo puede hacer que empeore la situación. En Letonia el mayor inconveniente encontrado fue determinar el valor compensatorio en las propiedades donde se habían instaurado propiedades productivas. En Lituania las compensaciones quedaron reducidas aquellos ciudadanos con nacionalidad lituana, eso sí, independientemente de donde residiesen.

Países como Montenegro o la Antigua República Yugoslava de Macedonia debido a sus medios limitados continúan a ritmo lento el proceso de restitución. Y otros como Ucrania está todavía lejos de tener un marco institucional que permita empezar el proceso.

PARTE V: CONFLICTOS FUERA DE EUROPA: LIBIA

Al terminar la II Guerra Mundial y con la resolución 388 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas declaró que las posesiones del estado italiano pasarían a manos de Libia. En cambio, la propiedad de los agentes privados italianos sería preservada.

El caso de Libia es particularmente ilustrativo. En 1978 Muammar Qaddafi ordenó por decreto que ningún libio podía tener más de una vivienda. Por lo tanto el resto de viviendas pasaron a poder del Estado, para terminar de abolir los títulos de propiedad a finales de los 80. Qaddafi utilizó el acceso a la propiedad como arma para apuntalarse en el poder. Bien repartiendo prebendas, bien desposeyendo a la oposición. La Ley 38 de 1977 empezaba a esbozar tal propósito y la Ley 4 de 1978 reforzaría el hecho. En los Artículos 2 y 3 se expresa que toda propiedad sobrante (a partir de la segunda propiedad) deberá pasar a posesión del Estado.⁸⁰

A finales de los 90 hubo un cierto relajó y permisividad para adquirir propiedad en un intento de rebajar la tensión con la comunidad internacional. En el año 2000 se abrió la mano y se permitió, informalmente, alquilar propiedades. El problema es que la famosa Ley 4 seguía en vigor, lo que formalmente reconocía la posibilidad a que el inquilino reclamase la propiedad de la vivienda al arrendador. Así, el mercado de alquiler fue residual. Este es un ejemplo extremo de cómo la inseguridad jurídica sobre la propiedad impide el desarrollo de la economía. Por descontado que Europa está a años luz de dicha situación pero en otro nivel se puede observar como el mercado de alquiler se estanca en países como España o Bélgica debido a la sobreprotección del deudor sobre el acreedor, si por ejemplo el inquilino no paga las rentas.

⁸⁰ Mary Fitzgerald and Tarek Megerisi Libya: Whose Land is it? (2005).

En 2006, se creó el Alto Comisionado para la Compensación de Propiedades pero sus ejecuciones no son comparables a los casos anteriormente vistos en Europa.

Después de la primavera árabe de 2011 hubo un intento de restaurar leyes que permitiesen el uso de la propiedad. Desgraciadamente **sin el monopolio de la fuerza por parte del Estado** y con la falta de un consenso político más amplio hicieron muy difícil llevar a buen puerto tal iniciativa.

Cuanto menos, el Consejo de Transición Nacional tenía clara la importancia de los derechos de propiedad y así lo recogió en sus acciones legislativas. Reconoció la inviolabilidad de la propiedad y otra serie de disposiciones similares a las de otros estados de derecho.

Pero el caso de Libia y de las distintas facciones que allí se encuentran es del estilo, o incluso más complejo, que los casos de BiH y Kosovo. Donde al menos los problemas de seguridad, y su solución obedecen, a una lógica más occidental.

En los intentos legislativos de crear una ley de compensación el problema principal una vez más ha sido el coste que supondría el pago de indemnizaciones. En el caso Libia podríamos encontrarnos con un problema agravado, y es que una gran parte de la población vive en propiedad que fue confiscada. El volumen de desplazados que un sistema de restitución podría crear hace que cuanto menos sea necesario reflexionar sobre la mejor estrategia para sacar al país del atolladero.

Otros apuntes

En el Contrato Social, Jean Jeacques Rousseau entendía que la guerra era básicamente un tema entre dos Estados. Desde entonces, los conflictos de actores no-estatales ha proliferado. Las disputas de tierras en este ámbito son más habituales y en muchos aspectos más complicadas de resolver. Las complejidades técnicas y las sensibilidades políticas alejan a las organizaciones bien privadas o públicas de implicarse en su solución bajo el cálculo de que el problema no pasará de la esfera local. Pero este cálculo puede ser erróneo y las disputas de baja intensidad sobre tierras pueden ser el caldo de cultivo perfecto para escalar el conflicto a un problema más global por no haber sido atajadas de inicio.

Sucede de igual manera con el problema de población refugiadas y desplazadas. En su ausencia se vulneran sus derechos de propiedad y allí donde se desplazan se crean nuevos problemas sobre la propiedad que pasan a ocupar. Así ocurrió en 2007 cuando Tanzania decidió cerrar los campos de refugiados de personas procedentes de Burundi. No pudieron regresar a sus

viviendas porque estaban ocupadas por otras facciones del conflicto. Por lo que se empezaron a crear campos humanitarios o “pueblos de la paz” hasta desbordarse. Al cesar la ayuda oficial y a la mayoría de estas personas quedaron a su suerte.

Casos como el de Camboya donde los registros catastrales desaparecen son una norma. Muchas veces por puro daño colateral del conflicto y algunas otras porque son atacados expresamente. En estos casos aprendemos que aunque el catastro parezca haber sobrevivido, no hay que asumir que la documentación encontrada es toda la que existe.

En lugares como Indonesia se han llevado acabo restituciones bajo un modelo más local. Los métodos indígenas algo más alejados del perspectiva occidental pueden ser una solución que para nada debe ser descartada cuando se trata de asuntos muy localizados. Después del tsunami de 2004 se creó un sistema de adjudicación comunitario. Cada propietario tenía que firmar un documento acreditando su vivienda. Este debía ser corroborado por sus vecinos y el jefe del pueblo. Probablemente y como así fue para el registro de tierras y parcelas el sistema se mostró impracticable.⁸¹ Siguiendo esta la línea, en el caso de Costa de Marfil se decidió transformar en derechos de propiedad aquello que se había convertido en costumbre.⁸²

PARTE VI: USO DE LAS NUEVAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS PARA GESTIONAR LA PROPIEDAD: BLOCKCHAIN

Si hubiese que identificar uno de los problemas clave en la restitución de títulos de propiedad después de un conflicto, es que los archivos físicos esas “*hard-copies*” suelen ser destruidas. Ya sea intencionadamente, de manera fortuita o por dejadez de funciones.

¿Ayudaría Blockchain a solucionar el problema y permitiría una restitución más rápida y verificable? Definitivamente la respuesta es sí. Lo que aportará es la capacidad de tener acceso a unos datos⁸³, que son por las características intrínsecas de Blockchain prácticamente imposibles de destruir. Habría que acabar hasta casi con el último ordenador del sistema para eliminar el archivo.

⁸¹ Land and Conflict, A Handbook for Humanitarians. UN-HABITAT. Draft, September 2009.

⁸² Agnes Hurwitz, Kaysie Studdard and Rhodri Williams, Housing, Land, Property and Conflict Management: Identifying policy options for rule of law programing. (2005).

⁸³ Intencionalmente utilizamos la palabra datos que no títulos de propiedad.

Pero entendiendo que esto “sólo” es una tecnología. Blockchain es un medio, no un fin. Es un medio que ayuda a la gestionar títulos de propiedad.

Hay muchas maneras de explicar qué es Blockchain. Quizás una manera sencilla de entenderlo sería comparar Blockchain al efecto que supuso la creación de la doble partida en contabilidad. Una anotación en cuenta tiene que salir necesariamente de otra partida. Esto es lo que hace Blockchain, reconciliar libros mayores a gran escala y a gran velocidad en una plataforma pública y descentralizada. Es una tecnología que nos puede ayudar a mantener la veracidad de las transacciones.

Bitcoin es un ejemplo de transacciones realizadas con tecnología Blockchain. Sin embargo la grandeza de Bitcoin (y del concepto de criptomoneda) se debe a su diseño institucional. Bitcoin es una propuesta monetaria al margen de la banca central, funciona bajo los mecanismos de la banca libre⁸⁴. Esto le permite operar parecido a lo que sería un patrón oro y mantener las cualidades fundamentales del buen dinero, a saber: unidad cuenta, medio de intercambio y reservar de valor. Bitcoin se sirve de la tecnología Blockchain, o sea de un medio, para alcanzar su fin. No hay disyuntiva entre qué es primero, el huevo o la gallina. Primero existe la idea y gracias a la tecnología se implementa. No al revés.

Por muchos motivos Bitcoin ha saltado a la prensa y es bien conocido por todos. Ethereum es una plataforma, algo menos conocida al gran público, pero que sería el equivalente al Bitcoin de los contratos inteligentes (*smart contracts*). Estos no son más que parametrizaciones de reglas (*if, then*) como cualquier otro sistema de gestión ERP⁸⁵ pero elevado a la enésima potencia.

Quizás el problema para entender qué son los smart contracts resida otra vez, cómo nos advertía Hayek, en el uso del lenguaje. Un smart contract desarrollado en Ethereum no es otra cosa que utilizar un lenguaje de programación llamado *Solidity*⁸⁶ para crear un código de computación distribuido. Una vez que se crea dicha programación, ésta se despliega (*deploy*) en una plataforma Blockchain y se disfrutan de las ventajas de una tecnología de gestión de información rápida, verificable e inmutable. Un smart contract

⁸⁴ Como indica el profesor Lawrence White, una de las principales críticas que se le puede hacer a la banca libre es que los bancos privados de consuno formasen un cártel para la libración de moneda. Bien, el peor escenario de la banca libre es la situación que por defecto se da en el sistema de banca central con reserva fraccionaria.

⁸⁵ Enterprise Resource System (ERP). Sistemas de planificación de recursos empresariales como SAP ó Oracle.

⁸⁶ Lo que en su día podría haber sido el lenguaje C++ o Java.

aunque suene a que es un instrumento legal, de lo que en realidad estamos hablando es de una herramienta de programación.

¿Supondrá entonces que Blockchain será el fin a todos los problemas de disputa de títulos y que nos podamos olvidar de la necesidad de mantener organismos para ello? Tras un equilibrio reflexivo y pensamiento pausado todo parece apuntar a que no.

Fijémonos que la mayoría de los foros donde se discute en profundidad sobre los smart contracts, las discusiones versan sobre cuestiones de ingeniería informática. No se debate sobre las fuentes del derecho. En el mejor de los casos la conversación hablará de cómo “procesos de negocio” moldean la programación del smart contract. Y será extraño que en estos foros alguien toque la cuestión jurídica. Porque en el fondo de la cuestión un smart contract es únicamente una plataforma, como en su día lo fue el papel, para codificar y transferir responsabilidades. Ya sea en papel o en smart contract la transacción tiene lugar bajo el mismo marco jurídico existente.

Un ingeniero no puede crear un smart contract sino existe otra persona que le diga cuáles son las reglas que tiene que parametrizar y desplegar. De la misma manera que Satoshi Nakamoto no podría haber diseñado Bitcoin en 2009 sin que el talaverano Juan de Mariana hubiese escrito *De monetae mutatione* o el Tratado y discurso sobre la moneda de vellón en 1609. Sin que Böhm Von Bawerk hubiese enunciado la teoría del capital⁸⁷ para cubrir las deficiencias conceptuales de Adam Smith. Sin que Carl Menger⁸⁸ ilustrase la utilidad marginal. Sin que Von Mises advirtiese de la teoría del ciclo⁸⁹. Sin que Hayek nos explicase la relación entre precios y producción⁹⁰ o sin que el profesor Huerta de Soto sistematizase la imposibilidad del cálculo económico⁹¹ sin precios y nos advirtiese de los peligros de la reserva fraccionaria.⁹² Es decir, un smart contract no es un sustituto del diseño institucional y de la evolución del pensamiento.

Blockchain como cualquier otra tecnología que mejora la técnica del proceso, hace que seamos más eficientes. Podemos hacer más por hacerlo

⁸⁷ Eugen von Böhm-Bawerk. Valor, Capital Interés. Ed. Original. (1876).

⁸⁸ Carl Menger, El Origen del Dinero. Ed. Original. (1892).

⁸⁹ Ludwig Von Mises, La Acción Humana. Capítulo XX. El interés, la expansión crediticia y el ciclo económico. Ed. Original. (1949).

⁹⁰ F.A. Hayek. Precios y Producción. Ed. Original. (1931)

⁹¹ Jesús Huerta de Soto, Socialismo, Cálculo económico y función empresarial. Unión Editorial. (1992)

⁹² Jesús Huerta de Soto, Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos. Unión Edito-

mejor. Blockchain reducirá la necesidad de los intermediarios que menos valor añadido proporcionaban al proceso. La institución y el organismo del Registro de la Propiedad es una función nuclear del proceso de titularización, porque es aquel garante de fe pública que dictamina que los contratos efectivamente son. Blockchain reducirá el coste de transacción del que nos hablaba Coase. Pero no sustituye el hecho de que el derecho es, en última instancia, la codificación de intuiciones morales. Por mucho que la inteligencia artificial avance, de momento los *androides no sueñan con ovejas eléctricas*⁹³. La tecnología sabe el cómo pero desconoce el porqué.

A fin de cuentas, cuando las disposiciones parametrizadas de los smart contracts contrastan su validez, lo tienen que hacer frente a una serie de restricciones (*constraints*) que tendrán que ser a su vez validadas y parametrizadas por otro organismo.

El camino para migrar a Blockchain no es automático. Primero y antes de todo habría que digitalizar los títulos y las parcelas del catastro. Después habría que construir la cadena de bloques (Blockchain), que se hace a base de crear los *hash*. Éstos no son otra cosa que tomar un mensaje arbitrario⁹⁴ en contenido y extensión y digerirlo (*digest*) en una función matemática de una longitud fija.⁹⁵ Pero esto sólo se puede hacer si se ha digitalizado y sistematizado la documentación, que es algo más que escanear documentos. El escaneado de títulos no puede resultar en otra cosa que en errores. La más mínima alteración de la imagen escaneada alterará el *hash*. Con todo, aún quedan unas funciones principales pendientes como son la de validar la identidad, el concepto de claves/cartera⁹⁶ y la cuestión de la creación de una Blockchain privada⁹⁷ donde registrar las transacciones acorde a derecho. Sino lo único que estaríamos haciendo es crear un sistema de archivo de datos digitales y no un registro de títulos. Estaríamos volviendo al principio

rial. (1988)

⁹³ Philip K. Dick. *¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?* Es el libro publicado en 1968 que fue famosamente adaptado en el cine en la película *Blade Runner*.

⁹⁴ Es decir, que escribimos lo que queramos. Desde una receta de cocina a una hipoteca.

⁹⁵ En el caso de la función SHA-256, que es la que utiliza por ejemplo Bitcoin, el mensaje que utilicemos tendrá 256 caracteres. Es decir, este paper sobre restitución de propiedad que ud. está leyendo será traducido a un bloque que tendrá 256 caracteres inequívocos. Y si alguien por azar volviese a escribir este mismo paper para otro congreso, el bloque resultante tendría los mismos 256 caracteres.

⁹⁶ Sí, el funcionamiento de Blockchain para gestión de activos inmobiliarios no será tan anónimo como lo pintan.

⁹⁷ En el caso del Registro de la Propiedad hay que leer el concepto “Privado” y “Públi-

del camino, estaríamos perdiendo las ventajas de la verificación *ex-ante* y manteniendo los costes *ex-post*.

En suma, la tecnología Blockchain no debería verse como el ludismo⁹⁸ del Siglo XXI toda vez los organismos no se anquilosen en prácticas preteritas. En los 90 en el negocio de contenidos audiovisuales, Blockbuster nadaba en beneficios y Netflix luchaba por no quebrar. Llegó la tecnología de video en *streaming*, Blockbuster desapareció y Netflix se convirtió en una de las mayores compañías del mundo y el negocio era el mismo.

El sistema de banca central aunque es improbable que claudique (por cuestiones que no cabe aquí discutir), sufrirá en el desafío que le presenta la tecnología Blockchain porque no es garante de esos *derechos inalienables*. El Registro de la Propiedad sí lo es tanto como organismo e institución. Y si hace buen uso de la tecnología continuará siendo una “ciudad sobre la colina”⁹⁹ en la defensa de la libertad. En definitiva, lo que se abre con Blockchain son oportunidades de liderazgo.

PARTE VII: CONCLUSIONES

Sobre la propiedad y el mercado

Es cierto que el término capitalismo no goza de una gran mercadotecnia. El propio Papa Juan Pablo II al inicio de su pontificado lo utilizaba de manera peyorativa¹⁰⁰. Pero después ya tanto en *Sollicitudo Rei Socialis* y sobre todo en *Rerum Novarum* hace una defensa del libre mercado. Tanto, que en el capítulo 4 de *Rerum* se puede hilar cierta similitud con las ideas de John Locke sobre la propiedad privada.¹⁰¹

En primera instancia hemos esbozado que el liberalismo y el capitalismo han sido los motores de una extraordinaria creación de riqueza. Y que la propiedad privada es un eje fundamental para poder desarrollar la economía de mercado y el intercambio impersonal. Los títulos de propiedad apuntalan

co” al revés. Una Blockchain pública es aquella creada por usuarios y una Blockchain privada sería la creada por un organismo. Si la Blockchain de títulos de propiedad es pública estos tendrán que ir a juicio para ser dirimidos.

⁹⁸ Movimiento político en el Reino Unido de la segunda década del 1800 que abogaba por la destrucción de telares para mantener el empleo.

⁹⁹ Mateo 5:14. El Nuevo Testamento.

¹⁰⁰ Michael Novak. *The Catholic Ethic and the Spirit of Capitalism. Capitalism Rightly Understood*. (1993).

¹⁰¹ David Little, *A Christian Perspective on Human Rights*. Brookings Institution (1993).

y promocionan la innovación que es la base del crecimiento y así lo reconocía Juan Pablo II en *Centesimus Annus*. Porque en palabras de Lincoln la propiedad “añadía la leña del interés para avivar el fuego del genio”, en referencia en este caso a las patentes. En definitiva, la propiedad privada sirve dos causas en las sociedades libres; de una parte su utilidad económica y de otra señala los principios liberales de una sociedad.

Sobre el estudio de la desposesión y la restitución de títulos de propiedad

Hemos tomado el caso de la desposesión nacional-socialista y la restitución bajo el gobierno militar de EEUU porque fue la primera vez que se acometió el tema a gran escala y en una situación única. La II Guerra Mundial fue lo que fue y estresó el mundo a sus límites. Fue capaz de generar lo peor y lo mejor en todos los sentidos. Dificilmente veremos otra situación donde la magnitud de todo sea eso, incomparable. La consecuencia es que se firmaron tratados, se crearon estructuras, se ordenó el mundo de una manera que bajo otras circunstancias no hubiesen sido posible. Por eso nos ofrece un marco inigualable para tener un punto de partida a la hora de estudiar un programa de restitución de propiedad.

Si miramos porqué se puede considerar un éxito la restitución Aliada y cómo se logró resolver tal dificultad de manera tan expeditiva nos encontraremos con una burocracia excelente. Por sorprendente que parezca el Ejército de los EEUU ha sido el mejor ejemplo de cómo funciona un Estado Mayor. Fue bautizado como el “ejército de los contables”¹⁰². La maquinaria administrativa para ser capaces ejecutar órdenes fue simplemente increíble. La fuerzas armadas como estructura jerárquica tienen una ventaja, siempre hay alguien a quién hacer referencia en la cadena de mando y alguien a quién asignar la tarea, que además tiene que ser cumplida. Estados Unidos se sirvió de la potente maquinaria administrativa de la US Army para completar lo que al fin y al cabo era una misión más. Como lo fue planear la operación Bolero o Overlord.

Por otro lado, si miramos como las distintas misiones de Naciones Unidas han tratado los conflictos sobre los derechos de propiedad vemos que es difícil alcanzar un patrón de ejecución. UNTAC fue dotada de poderes considerables y tuvo grandes problemas para implementar alguna solución efectiva. Como hemos visto más arriba en el caso de Kosovo, UNMIK inició el proceso para establecer las agencias de restitución que funciono

¹⁰² Martin Van Creveld. *Supplying War. Logistics from Wallenstein to Patton*. Chp. 7. “The War of Accountants.” (1977).

relativamente bien. En Timor-leste UNTAET, se estableció una agencia sobre derechos de propiedad pero falló en su ejecución¹⁰³.

En definitiva un proceso de restitución satisfactorio la mitad se basa con contar con un marco jurídico funcional y la otra mitad con una burocracia profesional. Un proceso que incluya compensaciones requerirá de lo mismo y fondo presupuestario.

En cualquier caso no hay que desdeñar la importancia de las leyes de ocupación para establecer una operación. Australia probó que se puede operar con un derecho de ocupación funcional.¹⁰⁴

Sobre la buena fe y la justicia

Uno de los puntos más sensibles es la buena fe. Quizás esa buena fe no deba confundirse con el deber de la debida diligencia en informarse de la realidad de las circunstancias. Es más, en situaciones como la II Guerra Mundial mientras las operaciones de combate continuaban, la buena fe podría ponerse en duda. Nadie está obligado a comprar una propiedad. Y comprar una propiedad en una situación de guerra no deja de ser en el mejor de los casos un acto especulativo. Distinta es la situación cuando la guerra ha acabado y el ocupante parece no tener la intención de marcharse, como fue el caso de la Unión Soviética. En ese caso, es lógico que una persona pueda pensar que esa es la nueva realidad y pueda entonces considerarse buena fe. En suma, considerar la buena fe es muy delicado y uno debería saber que tiempos de conflicto las transacciones de propiedad tienen un mayor riesgo, y quizás por eso, porque uno puede perder su título deberían abstenerse de perfeccionarlas. Y aquellos que sean conscientes del riesgo, no necesariamente de mala fe, deberían aceptar perder la propiedad en el subsiguiente proceso de restitución sin compensación. Lo contrario sería privatizar ganancias y socializar las pérdidas.

La siguiente pregunta que deberemos hacernos es ¿cuánto debemos echar la vista atrás en la restitución? En el caso de la Alemania Occidental, al estar todo muy reciente fue relativamente fácil ponerle una fecha. Pero en otros casos más prolongados podríamos estar tentados a pensar en algo así como establecer una tabula rasa y empezar de cero. Pero es que incluso el propio Robert Nozick¹⁰⁵ rechaza que ese sea un principio de rectificación

¹⁰³ Scott Leckie, Legal and Protection Policy Research Series, Housing, Land and Property Rights in Post-Conflict societies. UNHRC.

¹⁰⁴ Eyal Benvenisti, The international Law of Occupation. Chapter 10, The administration of Territory by the United Nations. Pp. 294. Oxford University Press. (2012)

¹⁰⁵ Robert Nozick. Anarquía, Estado y Utopía. (1974)

justo. Y entre líneas sugerirá que la compensación por injusticias sufridas puede ser justificable. Pero que eso poco tendrá que ver con una política redistributiva. En definitiva, algo que no es justo no es necesariamente injusto.

Sobre el futuro de la propiedad en los conflictos armados

En 1999 dos coroneles chinos publicaron un libro que literalmente se traduce como “guerra allende de los límites”¹⁰⁶. El concepto de mutua destrucción¹⁰⁷ y el coste de una guerra convencional en una economía globalizada hacen un conflicto al Máximo Nivel de Esfuerzo (*MLE*) algo poco plausible. Es más, cuanto más disuasión militar sea una de las partes capaz de generar más tenderá la otra a utilizar acciones no militares. Es decir, más se ceñirá al concepto de guerra híbrida (*hybrid warfare*) y guerra jurídica (*lawfare*). Tanto es así que recientemente hemos visto anexiones ilegales como la de Crimea en estos justos términos. Bien sea por la tergiversación de los títulos de propiedad y su uso como *arma* para desestabilizar regiones. Bien sea porque en alguna otra región una pérdida de territorio similar pueda ser revertida, existe la necesidad de contar con una estrategia de restitución y marco jurídico que permita a los Estados Mayores mandar en batallas de de “*abogados con armas*.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ Wang Xiangsui, Liang Qiao. *Unrestricted Warfare*. (1999)

¹⁰⁷ MAD (Mutual Assured Destruction) la siglas en inglés significan “locura”.

¹⁰⁸ Rosa Brooks. *How Everything Became War and the Military became Everything*. Tales from the Pentagon. Chp. Three. “Lawyers with guns”. (2016)

PONENCIA PRESENTADA AL XXI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL

Fernando Tarazona Alvarado¹

1. INTRODUCCIÓN

En razón a la aparición de las computadoras personales, la internet, el correo electrónico, las redes sociales, los mensajes de texto, las laptops, los smartphones, entre otras herramientas de comunicación electrónica (nuevas tecnologías -NT-) son cada vez más las personas que utilizan las NT para comunicarse y contratar, en lugar de las tradicionales, dadas las indudables ventajas que presenta, tales como su mayor rapidez, al margen de la distancia, su menor costo, al no utilizarse papel, la fácil conservación, ubicación y reproducción del documento, entre otras. Este hecho que influyó indudablemente en la aparición y desarrollo del comercio electrónico, habiéndose este último afianzado con la aparición de la firma electrónica -en especial, de la firma digital, la que debidamente generada dentro de la Public Key Infrastructure (PKI), surte efectos similares a la firma manuscrita-, el sellado de tiempo, la firma longeva, la “nube”, y últimamente el blockchain.

Dada las ventajas presentadas por el documento electrónico frente al de papel, motivo por el cual cada vez más personas y empresas optan por contratar recurriendo a las NT, cabe analizar la posibilidad que el Notariado y el Registro adopten dichas NT en el ejercicio de su función, concretamente

¹ Notario de Lima - Perú. Ha sido Vocal del Tribunal Registral de la SUNARP y Registrador del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Lima. Exalumno CADRI del año 2009. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Civil en dicha casa de estudios. Autor de libro *El sistema registral peruano y los principios que lo rigen*, y de artículos sobre Derecho registral y notarial, publicados en obras colectivas y revistas jurídicas.

que las escrituras y actas se extiendan en documento electrónico (protocolo electrónico), que se expidan traslados electrónicos de las matrices, que se presenten en línea los traslados notariales, y que se extiendan asientos electrónicos con la firma digital del registrador.

Para ello se analizará el documento, los elementos que lo conforman, el documento público y privado y los efectos de cada uno de ellos, el documento electrónico, la función notarial y la registral, para a partir de dicho análisis, explorar la posibilidad que los notarios extiendan sus documentos en formato digital, y bajo que términos, y los registradores extiendan asientos electrónicos.

2. EL DOCUMENTO

2.1 *Introducción*

Se denomina documento a todo objeto que tiene la virtualidad de representar una obra o pensamiento humano. Como enseña Núñez Lagos, “el documento es una cosa “corporal” que “docuit”, que enseña, que nos muestra algo” (Núñez Lagos, 2013: 81). Por su parte, Prieto Castro, citado por Giménez-Arnau, señala que documento es “el pensamiento expresado por escrito” (Giménez-Arnau, 1976: 395).

En el Código Procesal Civil (CPC) se recoge el concepto de documento, señalando que es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho (Art. 233), para a continuación establecer una relación de lo que se entiende por documento: los escritos públicos o privados, los impresos, las fotocopias, el facsímil o fax, los planos, los cuadros, los dibujos, las fotografías, las radiografías, las cintas cinematográficas, las microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado (Art. 234).

El documento presenta dos elementos: la corporalidad y la docencia. La corporalidad se refiere al elemento físico empleado por el documento, y la docencia hace referencia al pensamiento humano reflejado en el mismo. “El documento [...] expresa pensamientos humanos, estos es, manifestaciones ideológicas del mundo real. No es el hecho reproducido mecánicamente lo que recoge el documento, sino la idea que ese hecho ha producido en la mente humana” (Núñez Lagos, 2013: 91).

El pensamiento humano, para poder expresarse, necesita de una corporalidad, de un elemento físico donde plasmarse, que en un primer momento lo

fue una caverna, el suelo, el tronco de un árbol, una roca, y en un segundo momento, ante la necesidad de movilizar esas señales, se utilizó el ladrillo, el liber o biblos, el tabulae, el papiro, el pergamino, para después pasar a usar el papel y actualmente un conjunto de bits (documento electrónico).

Como indica Núñez Lagos, “El documento es móvil y manejable, pasa de mano en mano. Esto lo diferencia del monumento, que es fijo, inmueble, estático” (Núñez Lagos, 2013:82).

2.2. Documento público y documento privado

El documento escrito puede ser público o privado. Es público cuando en su facción intervino un funcionario público, un juez o un notario en el ejercicio de su función, quien conserva el original y expide los traslados que le soliciten. El concepto de documento público se encuentra recogido en el artículo 235² del CPC. En cambio, el documento es privado cuando no reúne dichas características, es decir, cuando no fue otorgado por un funcionario público, juez o notario.

Se aprecia, pues, que la naturaleza de público o privado del documento no depende de su corporalidad (ladrillo, liber, tabulae, pergamino, papiro, papel o conjunto de bits), sino de si en el mismo intervino un funcionario público, juez o notario, es decir, personas especialmente facultadas por el Estado para dar fe del contenido de dicho documento (docencia).

Como consecuencia de la intervención de un funcionario público, juez o notario, en la facción del documento público, este goza presunción de validez³. Tal es el caso de un título de propiedad otorgado por la municipali-

² Artículo 235.- “Es documento público: 1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia; y 3. Todo aquel al que las leyes especiales le otorguen dicha condición.

La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.”

³ De acuerdo con el artículo 9 de la Ley N° 27444, “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional”; conforme con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “Toda persona o autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala”; y de acuerdo con el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, “Los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley, producen fe respecto de la realización del acto jurídico

dad una adjudicación de un inmueble por remate judicial, o la compraventa contenida en escritura pública; en todos estos instrumentos se presume la validez del documento y de la transferencia contenida, salvo que previamente sea anulado por el Poder Judicial. Como señala Carnelutti, citado por Giménez-Arnau, “el valor del documento está en función de la autoridad de que el sujeto goce” (Giménez-Arnau, 1976: 396).

Los documentos privados, en cambio, no gozan de dicha presunción de validez, razón por la cual no resulta suficiente para acreditar la venta de un inmueble la sola exhibición de la minuta, por lo que es necesaria la presentación de documentos adicionales, como el reconocimiento de las firmas por parte del vendedor y comprador, y en su defecto, el cotejo, peritaje, etc., los que son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada (Art. 197 del CPC). “El documento privado no produce efectos contra terceros (oponibilidad). Ante la limitada eficacia *inter partes* del documento privado, que está sujeta al reconocimiento legal del documento y la firma, la formalización en Escritura Pública produce per se efectos *inter partes* y frente a terceros” (Cavallé, 2012: 118).

Como consecuencia de lo señalado, el documento público, a diferencia del privado⁴, goza de mérito ejecutivo, al constituir la prueba por excelencia de la ocurrencia de un determinado negocio jurídico.

“Desde el aspecto probatorio, y como es sabido, la plena fe otorgada al instrumento público [...] en cuanto a la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por el mismo o que hayan pasado en su presencia o al hecho de haberse ejecutado el acto [...], otorgan al instrumento público el máximo valor probatorio [...]” (Falbo y Pérez Consentino, 2016: 10).

3. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

3.1. Concepto

Las NT determinaron la aparición de un nuevo tipo de documento, el electrónico, donde su “existencia física, su materialidad, está conformada

y de los hechos y circunstancias que el notario presencie”.

⁴ Salvo excepciones, es decir, documentos privados a los que la ley expresamente les da mérito ejecutivo, como es el caso de los títulos valores protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria, y el documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual (numerales 4 y 9 del Art. 688 del CPC).

por una serie de datos, un conjunto de bits, o en un plano mayor de abstracción, un conjunto de códigos binarios alojados en un dispositivo de almacenamiento de datos” (Falbo y Pérez Cosentino, 2016: 10-11).

Como señalan Highton y Vitale, “Lo que caracteriza, en esencia, a un documento electrónico es que el mensaje, la idea, el símbolo, la fotografía, el dibujo o cualquier otro concepto que se quiera representar físicamente, se encuentre escrito o grabado en un medio magnético” (Highton y Vitale, 2014: 124).

Se tiene, pues, que lo que va a diferenciar al documento electrónico es el soporte donde se encuentra alojada la docencia, el pensamiento, el negocio jurídico: en lugar de estar en un documento físico, como el papel, lo está en una serie de datos, bits, códigos binarios, alojados en un dispositivo electrónico. Como indica Eugenio Alberto Gaete González, citado por Roldán, “(...) que el documento sea informático... no le resta su calidad de tal; en esencia es, y seguirá siendo un documento, debido fundamentalmente a que desde un punto de vista funcional es una cosa que sirve para representar a otra, y el hecho de que estructuralmente su materialidad cambie, pasando a confundirse en una realidad informática en reemplazo de aquella tradicional *per cartam*, solo hace cambiar su expresión, pero no su contenido. Cumple por lo demás con todos aquellos requisitos sustantivos que un documento debe poseer” (Roldán, 2013: 63).

La aparición de este nuevo tipo de documento provocó una revolución en el mundo de las comunicaciones y las contrataciones, determinando que cada vez más personas lo utilicen, tanto para comunicarse (prueba de ello es el uso creciente del correo electrónico, los mensajes de texto y las redes sociales, que permiten conectarse y comunicarse a las personas de distintos lugares de la tierra, en lugar del correo tradicional) como para celebrar contratos, traduciéndose esto último en que cada vez más se utilice el comercio electrónico, sistema que permite a las personas adquirir bienes y servicios por medio de la internet, por parte de proveedores de distintas partes del mundo, debido a las ventajas que tiene frente a los medios tradicionales, tales como la rapidez en la comunicación y contratación, el que no sea necesario que las partes estén en un mismo lugar para poder firmar el documento, el menor espacio que ocupa el documento electrónico frente al papel, la fácil ubicación y reproducción del documento electrónico, la conservación del medio ambiente al no utilizarse papel, etcétera.

Como indican Highton y Vitale, “El comercio electrónico es ya una realidad en todos los países del mundo. La agilización de los negocios y el documento electrónico forman parte de la vida cotidiana y no pueden ser desconocidos” (Highton y Vitale, 2014: 128).

Dichos documentos electrónicos presentan como característica el ocupar un espacio reducido dentro de unos dispositivos electrónicos de almacenamiento de datos, tales como el CD, el USB, el disco duro de la computadora personal, el disco duro móvil, el servidor, el correo electrónico, etc., y pueden ser reproducidos las veces que uno desee.

3.2. La firma electrónica

Tal y como ocurre con el documento físico, para la seguridad de la contratación electrónica resulta necesaria la existencia de un mecanismo que nos garantice la autenticidad, integridad y carácter vinculante del documento digital (Castilla del Carpio, 2017: 3), es decir, que el documento haya sido válidamente emitido por una persona, y que el contenido del mismo no haya sido alterado.

En el documento físico la firma manuscrita es la mejor expresión de la autenticidad, la integridad y el carácter vinculante de una declaración de voluntad, razón por la cual solo se entenderá como existente dicha declaración en la medida que esté firmado el documento, y en el supuesto de los contratos, cuando llegue al oferente la aceptación, la que debe estar debidamente firmada. En el caso de la escritura pública, la firma manuscrita consignada en el documento público, tanto por el otorgante u otorgantes del negocio jurídico como por el notario, representa la culminación de la redacción de dicho documento y, por consiguiente, la emisión de plenos efectos (fe pública) respecto de la celebración del negocio jurídico.

Por tanto, para la seguridad de la contratación electrónica es necesaria que el documento digital se encuentre firmado, y ante la imposibilidad de utilización de la firma manuscrita, es que surge la firma electrónica, la cual constituye un medio técnico por medio del cual se vincula una declaración a una persona determinada. Como indica Mo, se entiende por firma electrónica “[...] al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital” (Mo, 2013: 33).

En el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, se define a la firma electrónica como “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 firma manuscrita”.

Ejemplos de firma electrónica son la contraseña, la firma en dispositivos electrónicos, los identificadores biométricos (la mano, el iris del ojo, la voz, la cara, el dedo, etc.), así como la firma digital.

3.3. La firma digital

La firma digital es un tipo de firma electrónica, que a decir de Mo, es el “(...) resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración de documento digital posterior a su firma” (Mo, 2013: 33).

Por su parte, Robles entiende por firma digital, refiriéndose a ella como firma electrónica avanzada reconocida (que es como se la denomina en España), a “[...] aquella firma avanzada derivada de un certificado electrónico reconocido expedido y emitido por una entidad certificante para una persona individual que se entrega a la misma previa su identificación y que una vez instalado en el dispositivo electrónico, permite cifrar sus mensajes de forma individualizada (“generada mediante un dispositivo seguro que permite generar la misma de manera segura”) de forma que en la recepción de los mismos por terceros el propio programa lector “certifica” el certificado que contiene, la entidad que lo ha emitido y normalmente su vigencia o caducidad” (Robles, 6-7).

La firma digital se encuentra regulada en la Ley N° 27269, que la define en su artículo 3, como “[...] aquella firma electrónica que utiliza una técnica criptográfica 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.

La firma digital es, pues, un tipo de firma electrónica que mediante el uso de la criptografía asimétrica, permite relacionar dos claves, la privada y la pública. Mediante la clave privada, el emisor del negocio jurídico puede cifrar el contenido del documento (convertir el texto plano en uno cifrado), y mediante la clave pública, el destinatario puede descifrar dicho contenido (conversión del texto cifrado a uno plano).

Para que la firma digital tenga la misma validez que la firma manuscrita, es necesario que se genere dentro de la Public Key Infraestructure (PKI) o Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE), conforme se señala en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, reglamento de la Ley N° 27269, siendo la IOFE un sistema integrado por: el conjunto de firmas digitales, certificados digitales y demás documentos electrónicos generados con dicho sistema; el software, el hardware y demás componentes adecuados para la práctica de certificación y condiciones de seguridad adicionales; las entidades prestadoras de servicio digital, debidamente acreditadas

o reconocidas por la autoridad autónoma administrativa competente, que en este caso es el INDECOPI; las políticas y declaraciones de prácticas de los prestadores de servicios de certificación digital, basadas en estándares internacionales o compatibles con los internacionalmente vigentes.

La firma digital generada dentro de IOFE presenta las características siguientes (Art. 7 del D.S. N° 052-2008-PCM):

- a) Se produce al cifrar el código de verificación de un documento electrónico, usando la clave privada del titular del certificado.
- b) Es exclusiva de la persona suscriptora del certificado digital y de cada documento electrónico firmado por este.
- c) Es susceptible de ser verificada usando la clave pública del suscriptor.
- d) Su generación está bajo el control exclusivo del suscriptor.
- e) Está añadida o incorporada al documento electrónico mismo de tal manera que es posible detectar si la firma digital o el documento electrónico fue alterado.

Conforme se establece en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, los documentos electrónicos firmados digitalmente, dentro de la IOFE, tienen las presunciones siguientes:

- a) El suscriptor del certificado digital tiene el control exclusivo de la clave privada asociada.
- b) El documento electrónico fue firmado empleando la clave privada del suscriptor del certificado digital.
- c) El documento electrónico no ha sido alterado con posterioridad al momento de la firma.

Como consecuencia de lo señalado, la firma digital generada dentro de la IOFE tiene el mismo valor de la firma manuscrita, y tiene como características, su autenticidad, integridad y no repudio, salvo que se acredite, judicialmente, que al momento de firmar digitalmente el documento existió alguna causal de vicio de la voluntad, conforme se señala en el último párrafo del artículo 8 del Decreto Supremo N° 052-2008-PCM.

Con la regulación de la firma digital se genera seguridad en las transacciones electrónicas, al tener certeza el contratante de que su contraparte es verdaderamente quien dice ser, siendo el documento electrónico emitido auténtico e íntegro, dado que, como señalan Falbo y Pérez Consentino: “[...] las fórmulas matemáticas se basan en la generación de un par de claves que permiten realizar procesos matemáticos que, por un lado, permitan verificar que la firma digital utilizada corresponde a un su-

jeto determinado, titular de la clave privada, mediante la utilización de su correspondientes clave pública, y por el otro, mantengan el secreto y la confidencialidad de las claves privadas, tornando imposible su descifrado” (Falbo y Perez Consentino, 2016, 24).

3.4. El certificado digital

El certificado digital es un archivo electrónico emitido por una entidad de certificación, donde se relaciona una clave privada a una persona, de tal forma que cuando se haga uso de ella, se va a saber con certeza quién fue el que firmó un determinado documento electrónico.

Para la obtención de un certificado digital, a partir del cual se generará la correspondiente firma, el solicitante debe acreditar lo siguiente:

- En el caso de ser persona natural, tener plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.
- En el caso de ser persona jurídica, debe acreditar su existencia y vigencia, y debe contar con un representante debidamente nombrado para tales efectos.

Los certificados digitales en el Perú, son emitidos por:

- Entidades de certificación acreditadas ante el INDECOPI.
- Entidades de certificación incorporados a la IOFE bajo acuerdos de certificación cruzada.
- Entidades de certificación reconocidos al amparo de acuerdos de reconocimiento mutuo suscritos por el INDECOPI.
- Entidades de certificación extranjeras que hayan sido incorporadas por reconocimiento a la IOFE.

Las entidades prestadoras de servicios de certificación digital pueden a su vez ser:

- Entidades de certificación, que son las que emiten los certificados digitales y reconocen las emitidas por entidades de certificación extranjeras que hayan sido incorporadas a la IOFE.
- Entidades de registro o verificación, que identifican a los titulares y/o suscriptores, levantan los datos, comprueban la información proporcionada por el solicitante de un certificado digital, así como aprueban o deniegan las solicitudes de emisión, modificación, re-emisión, suspensión o cancelación de certificados digitales.

- Entidades prestadores de servicios de valor añadido, que participan en la transmisión o envío de documentos electrónicos firmados digitalmente, certifican los documentos electrónicos con el sellado del tiempo, o en el almacenamiento de dichos documentos, y generan certificados de autenticación a los usuarios que lo soliciten.

Con la emisión del certificado digital se expide una clave privada y una pública a la persona que la solicita, certificado que contiene el nombre completo del solicitante, el número de su documento de identidad, y en el caso de la persona jurídica, la razón social, el RUC, el nombre completo de suscriptor y su número de documento de identidad, indicándose también el período de vigencia del certificado. Además, puede incluir, si se solicita, el correo o domicilio electrónico del suscriptor.

3.5. La conservación de los documentos electrónicos

Así como es importante garantizar la autenticidad, integridad y el no repudio del documento electrónico, también lo es su conservación, es decir, que este se mantenga inalterado a través de los años, de manera similar al papel, de tal forma que en cualquier momento se pueda acceder al mismo.

Al respecto, existe desconfianza sobre la durabilidad del documento electrónico. Como señala Robles, “Con relación a la conservación del documento en papel, el primer ejemplar escrito en papel es una carta árabe que data del año 806 que se conserva en la biblioteca universitaria de Leyden. Existen documentos notariales que datan del año 1200 y yo mismo conservo en mi notaría un documento notarial de 1.807. No existe todavía un medio informático que garantice la conservación del documento electrónico durante ese número tan elevado de años, teniendo en cuenta que el cambio de software o hardware o lenguaje informático-sistema operativo obligaría a migrar el documento al nuevo sistema con los costes desproporcionados que ello conlleva” (Robles, 2016: 7).

Sobre el particular, en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, se señala, respecto a la conservación de los documentos electrónicos, que deberá:

- a) Ser accesible para su posterior consulta.
- b) Ser conservado en su formato original de generación, envío, recepción o formato que reproduzca en forma demostrable la exactitud e integridad del contenido electrónico.
- c) Ser conservada toda información que permita determinar su origen, destino, fecha y hora de envío y recepción.

Actualmente existen herramientas informáticas que garantizan la verificación de la firma digital contenida en un documento electrónico, a pesar de los años transcurridos, aunque el certificado digital haya caducado o se haya revocado, así como también la integridad del documento electrónico, es decir, que el contenido del mismo no se haya modificado sin intervención de las partes, tales como el sellado del tiempo (*time stamping*), la firma longeva y el blockchain.

El sellado de tiempo o *time stamping* es una aplicación que garantiza la determinación del momento exacto en que se produjo la firma digital de un documento electrónico, así como permite “demostrar que una serie de datos han existido y no han sido alterados desde un instante específico en el tiempo” (Orihuela, 2017: 8).

La firma longeva es “la firma digital dotada de validez en el tiempo, es decir, que no le afecta la caducidad o revocación del certificado digital, ni el paso del tiempo. Para ello, resulta necesario que se incluya en la firma digital todos los certificados de la cadena de confianza y el resultado de la comprobación de la validez de los mismos en el momento en el que se firmó digitalmente, así como el reafirmado y actualización de los sellos de tiempo de forma regular, que permita garantizar que los datos que fueron firmados con un algoritmo y que fueron válidos en su momento, y que actualmente son obsoletos e inseguros debido al avance tecnológico, mantengan su validez y no pierdan valor, debido que se ha ido reafirmando con algoritmos criptográficos seguros en cada momento” (Orihuela, 2017: 11).

Por último, el blockchain, que es un programa informático de archivo de documentos electrónicos; este garantiza su fácil recuperación e inalterabilidad a través de su registro en una base de datos formada por una cadena de bloques, entrelazados, a través de apuntadores hash, que conectan el bloque actual con el anterior y así sucesivamente, usando un sellado de tiempo confiable.

Si bien es cierto que no ha transcurrido todavía el número de años suficientes para constatar la durabilidad del documento electrónico frente al de papel, es indudable que presenta ventajas, pudiendo resumirse en las siguientes:

- Fácil ubicación del documento.
- Ahorro en costos de almacenaje, ya que no se requiere de amplios ambientes para su archivo, pues se guardan en CD, USB, discos duros y demás dispositivos electrónicos de almacenaje.
- Permite contar con copias de seguridad, las que se guardan en un lugar distinto (nube).

- No están expuestos a agentes externos que amenacen su integridad, tales como los hongos, bacterias, roedores, etcétera.
- No están expuestos a desastres naturales tales como terremotos, tsunamis, huaycos, ni a fenómenos provocados por el hombre como inundaciones, incendios, etc., al contar con duplicados de seguridad guardados en la nube.
- Facilidad para obtener copias de los documentos electrónicos conservados.

4. LA FUNCIÓN NOTARIAL, REGISTRAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En nuestro sistema legal, romano-germánico, la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias la otorgan dos instituciones íntimamente vinculadas: el Notariado y el Registro.

Respecto a la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional señaló, a propósito de la emisión de la Resolución que resolvió los Expedientes Acumulados N° 0001/0003-2003-AI/TC, que “En el Expediente N° 016-2002-AI/TC, el Tribunal consideró que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad”.

Al tratarse la seguridad jurídica de un derecho constitucional, conforme lo señaló el Tribunal Constitucional, debe recibir la máxima protección del Estado.

4.1. El Notariado

De acuerdo con Giménez-Arnau, se puede definir al notario como “[...] un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados [...]”. (Giménez-Arnau: 1976, 52).

En el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, en adelante Ley del Notariado (LN), se define al notario como el profesional del derecho encargado de dar fe de los actos que se

celebran ante él, formalizándolos en un documento público, al que confiere autenticidad, conservando el documento original en sus archivos (protocolo notarial), y autorizando los traslados. Asimismo, de acuerdo con el artículo antes mencionado, el notario también se encuentra facultado para constatar hechos, los que son recogidos en un acta, así como, para tramitar asuntos no contenciosos.

De lo expuesto se desprende la importante función que cumple el notariado en la sociedad, y particularmente en la transacción inmobiliaria, ya que el notario es el llamado a dar certeza de los actos que celebran las personas, interviniendo no solo en la creación y elaboración del negocio jurídico, sino también en la formalización de dicho acto, al que otorga fe pública de su existencia y validez.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional resaltó, en la Resolución antes señalada, la imprescindible intervención del notario en la formalización del documento que se presentará al Registro para su inscripción, al señalar: “Este Tribunal ya ha acentuado la especial relevancia del rol del notario en la sociedad, manifestando que ‘nuestro país se adscribe al sistema de organización notarial de tipo latino, en virtud del cual el notario es un profesional del derecho que, en forma imparcial e independiente, ejerce una función pública consistente en autenticar, redactar, conservar y reproducir los documentos, así como asesorar de manera imparcial a quienes soliciten su intervención, incluyéndose la certificación de hechos’ (Exp. 04-1997-AI/TC). Así, el notario dota de fe pública y seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos que ante él se celebren. La especial valía que nuestro ordenamiento jurídico concede a los medios documentales que gozan de la fe pública del notario, exige a su vez de éste una intachable conducta moral”.

Son varias las funciones que cumple el notario, dependiendo del acto ante el cual nos encontremos, es decir, si se trata de dar fe de la realización de un negocio jurídico, de la constatación de un hecho con relevancia jurídica o de la tramitación de un asunto no contencioso.

En el caso de la dación de fe de un negocio jurídico, el notario realiza las actuaciones siguientes:

- Calificación de la legalidad del negocio jurídico y orientación de los comparecientes.
- Identificación de los comparecientes.
- Comprobación de la capacidad, libertad y conocimiento de los comparecientes.
- Redacción del documento público notarial.

- Autorización del documento público notarial.
- Conservación del documento notarial y expedición de traslados.

4.2. El Registro

El Registro es la institución del Estado cuya finalidad es la publicidad de los actos que se constituyen en torno a bienes y personas, teniendo dicha información carácter *erga omnes* por resultar oponibles a terceros, generando efectos sustantivos, cuales son la legitimación, la oponibilidad y la fe pública registral.

Para que el Registro cumpla su función de publicitar la constitución de actos sobre bienes y personas con oponibilidad *erga omnes* y con presunción de validez, requiere que en forma previa a su inscripción dichos actos sean calificados por un funcionario especializado, el registrador, quien luego de evaluar de manera independiente y autónoma la validez del título, la formalidad del documento y su adecuación con la partida registral, procede a extender la inscripción, siguiendo para ello los principios registrales tales como los de rogación, legalidad, prioridad, tracto sucesivo, titulación auténtica y especialidad.

Como garantía de ingreso al Registro de actos válidos resulta fundamental que se encuentren contenidos en instrumentos públicos (principio de titulación auténtica), al gozar dichos documentos de presunción de validez, pues en su facción intervino un funcionario público (documentos administrativos), un juez (documentos judiciales) o un notario (documentos notariales); resultando, en el caso de los actos de naturaleza privada, fundamental la labor del notario, ya que con su intervención otorga seguridad (fe pública) respecto a la efectiva realización del acto, la intervención de los otorgantes, así como la capacidad, la libertad y el conocimiento con los que actuaron.

Como señala Pérez Gallardo⁵, referente al instrumento notarial: “Precisamente, la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurí-

⁵ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *La función del notario*, Guy Editores E.I.R.L., primera edición, julio 2015, p. 31.

dico que compele a tener por ciertos e indubitables ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dubitar sobre la verdad objetiva ínsita en ellos”.

4.3. La aplicación de las nuevas tecnologías

A continuación se verá el impacto de las nuevas tecnologías en la función notarial y registral, teniendo en cuenta que, como señala Cabuli, en el caso de la notarial, “Lo importante es que esas nuevas tecnologías informáticas no alejen al escribano de la prestación personal eficaz de su servicio y sea la función notarial una garantía para el logro de la certeza y seguridad jurídica. Tal actividad notarial, tecnológica o no de por medio, es de suma importancia en los negocios jurídicos y no deberá ser alterada en su esencia, sino transformada a los fines de adecuarla a las herramientas del futuro” (Cabuli, 2013, 206).

4.3.1. La aplicación de las nuevas tecnologías en la función notarial

4.3.1.1. CALIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO Y ORIENTACIÓN DE LOS COMPARECIENTES

En la formalización del negocio jurídico, el notario verifica que este sea válido, es decir, que no adolezca de algún vicio de nulidad, para lo cual debe calificarlo previamente.

Si bien en nuestro sistema legal se presenta el negocio jurídico a formalizar, fuera de los casos contemplados en el artículo 58⁶ de la LN, en una minuta firmada por las partes y autorizada por abogado, debiendo la misma insertarse literalmente en la escritura pública, conforme se señala en el inciso a) del artículo 57 de la LN, debe señalarse que ello no constituye impedimento para que el notario ejerza su función calificadora, dados los efectos a producir por el instrumento notarial, cual es la fe pública del negocio celebrado, cualidad que le da mérito ejecutivo, pudiendo ser declarado nulo solo por el Poder Judicial.

Por la función calificadora que posee el notario es que en el inciso c) del artículo 19 de la LN se establece como derecho del notario el negarse

⁶ Artículo 58.- “Inexigencia de minuta. No será exigible la minuta en los actos siguientes: a) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del mandato. b) Renuncia de nacionalidad. c) Nombramiento de tutor y curador en los casos que se puede hacerse por escritura pública. d) Reconocimiento de hijos. e) Autorización para el matrimonio de menores de edad otorgada por quienes ejercen la patria potestad. f) Aceptación expresa o renuncia de herencia. g) Declaración jurada de bienes y rentas. h) Donación de órganos y tejidos. i) Constitución de micro y pequeñas empresas.”

a formalizar negocios jurídicos contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres.

El notario no solo califica la validez del negocio jurídico que se ha solicitado formalizar, sino que, además, orienta a los comparecientes respecto a los alcances de este, según se establece en el artículo 27 de la LN: “El notario cumplirá con advertir a los interesados sobre los efectos legales de los instrumentos públicos notariales que autoriza. En el caso de los instrumentos protocolares dejará constancia de este hecho”.

Sobre el particular, Giménez-Arnau señala que “[...] previamente al otorgamiento del instrumento público, y como preparación del mismo, con vista a la investigación de la voluntad de los otorgantes, y para asegurar la validez y eficacia de su querer, el Notario debe asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles respecto de los medios jurídicos más adecuados para que puedan lograr los fines lícitos que se propongan alcanzar” (Giménez-Arnau, 1976: 55).

Garrido Chamorro precisa que la función del notario va más allá, porque no se limita a verificar que el negocio jurídico celebrado no adolezca de algún vicio de nulidad, sino que además “[...] en su papel de gestor e intermediario transaccional debe asegurar a las partes el conocimiento de los efectos jurídicos y económicos que concretamente generará la transacción a formalizarse (pues no debe olvidarse que, dentro de lo que sea un negocio válido y eficaz, puede el mismo producir efectos diferentes: nacimiento o no de obligaciones dotadas de acción ejecutiva o de acción real, posibilidades de revisión del contenido de las obligaciones establecidas, contenido futuro de esas obligaciones cuando sea meramente determinable, aclaración del sentido que finalmente recibirán las cláusulas contractuales susceptibles de interpretaciones diversas, respecto del contenido de derechos legalmente irrenunciables etc.), así como la seguridad de que efectivamente tendrá el alcance o contenido material por ellas esperado” (Garrido Chamorro, 2009: 8).

La función de orientación tiene lugar antes de la formalización del negocio jurídico, es decir, antes de la extensión del instrumento público (escritura pública).

El hecho de que en el Perú se presente una minuta (salvo en los casos señalados en el artículo 58 de la LN, como ya se indicó), debidamente firmada por las partes y autorizada por abogado, no constituye impedimento para que el notario ejerza su función orientadora y de asesoría imparcial.

Para el debido ejercicio de la función orientadora y de asesoría imparcial es necesario que exista intermediación del notario con los comparecientes, ya

que solo de esta manera, mediante el contacto directo con los mismos, el notario podrá apreciar que han tomado conocimiento efectivo del negocio jurídico y están conscientes de sus efectos.

En razón a lo señalado, y en relación con la aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial, debe tenerse en cuenta que la introducción de estas no debe conllevar a la eliminación de dicha intermediación, al resultar, como se acaba de señalar, imprescindible la presencia de los otorgantes del negocio jurídico ante el notario, intermediación que no se podría suplir mediante la videoconferencia.

Como señala Cavallé, “La intermediación permite apreciar al Notario quién es el otorgante más necesitado de protección especial, y percibir aspectos, en ocasiones psicológicos, necesarios para la correcta evaluación de uno de los elementos esenciales del negocio jurídico: el subjetivo. Todo ello requiere, necesariamente el contacto personal. El papel desempeñado por el Notario en la vigilancia de estos aspectos no puede ser suplido por una herramienta ni un dispositivo técnico, como la firma electrónica, ya que lo que se valora son circunstancias immanentes de la persona, caracterizada por su individualidad y dignidad, y el ejercicio de uno de sus derechos fundamentales, la libertad, con todas las dificultades que ello implica. Sólo de una voluntad libre surge la autovinculación, la voluntad de querer y de obligarse, y la responsabilidad por el acto realizado. No olvidemos que la autorización del instrumento público notarial implica el convencimiento del Notario de que el consentimiento prestado por los comparecientes es fiel reflejo del ejercicio autónomo de su voluntad informada, dentro de los linderos que, como límites al principio de autonomía de la voluntad, establece el ordenamiento jurídico. El trato *vis a vis* con los comparecientes, es la garantía de la libertad e igualdad en la contratación en documento público. Esto nos lleva a concluir que es insustituible en el instrumento público la presencia física e interrelación del Notario con el compareciente” (Cavallé, 2015: 5).

Teniendo en cuenta este aspecto esencial de la función notarial, y para efectos de dar facilidades a las partes de un contrato, cabe la posibilidad, sin desnaturalizar la función notarial, que comparezcan ante el notario del lugar de sus respectivos domicilios, remitiéndose posteriormente los notarios, los traslados de las escrituras en formato electrónico con sus firmas digitales, de tal forma que al final se tenga el negocio jurídico recogido en dos o más documentos notariales.

En España existe una norma que recoge dicha posibilidad. Así, tenemos que en el artículo 111 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de Acompañamiento), se

establece que “Por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico”.

Rodríguez Adrados, citado por Pérez Gallardo y Lora-Tamayo, señala que “las declaraciones de voluntad se integran ipso facto en el único negocio jurídico; y este no puede quedar “plasmado”, como dice el precepto, en un “único documento público”, porque los documentos públicos han sido dos o más, y no pueden dejar de ser dos o más” (Pérez Gallardo y Lora-Tamayo, 2013: 102).

De esta manera, mediante el uso de las nuevas NT, el disponente de un bien se apersona donde el notario del lugar de su domicilio para formular la oferta de venta respectiva, remitiendo dicho notario, con su firma digital, el traslado del documento notarial correspondiente al notario del domicilio del adquirente, que este previamente haya elegido, a los efectos de que recoja la aceptación del adquirente y, de esta manera, se tenga la culminación del contrato.

En el cuarto y quinto párrafo del artículo 82 de la LN se contempla la posibilidad de remisión, de manera electrónica, de traslados notariales de un notario a otro.

4.3.1.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS COMPARECIENTES

Función fundamental del notario constituye la identificación del otorgante, u otorgantes, del negocio jurídico solicitado elevar a escritura pública, ya que solo de esta manera podrá dar certeza, y por tanto, fe pública, de los actos celebrados por las personas, sean naturales o jurídicas.

Como señala Cardellac, citado por Giménez-Arnau: “[...] es necesaria –nos parece– la fe de conocimiento fundada en la finalidad del instrumento público y en su eficacia. Todo el contenido de la escritura, si no se acredita la identidad del compareciente puede resultar estéril, porque sus efectos deberían quedar subordinados a la prueba de que las personas designadas en la comparecencia eran efectivamente las que habían de concurrir al otorgamiento (Jiménez-Arnau, 1976: 618-619)”.

En el artículo 55 de la LN se establece que el notario da fe de conocimiento, o de identificación, de los comparecientes, estableciendo, a continuación, una serie de reglas, dependiendo de si es nacional o extranjero.

En el caso de los nacionales, conforme se establece en el inciso a) del artículo 55 de la LN, el notario debe identificar a los otorgantes del negocio jurídico con la exhibición de su documento nacional de identidad,

debiendo, además, verificar dicha identidad mediante la utilización de la comparación biométrica de las huellas dactilares, a través del servicio que brinda el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil - RENIEC. En los casos en que en por razones ajenas al notario no se pueda identificar al o a los otorgantes mediante la utilización de la comparación biométrica de las huellas dactilares, la identificación, además del documento nacional de identidad, deberá de comprender el acceso en línea a la base de datos del RENIEC, para efectos de verificar la identidad aducida, con la comparación de las imágenes y datos que obran en dicha entidad, pudiendo recurrir, de considerarlo necesario el notario, a otros documentos, así como solicitar la intervención de testigos que garanticen la identidad; supuesto que se encuentra contemplado en el inciso b) del artículo 55 de la LN.

Existe la posibilidad, sin embargo, de que el notario de fe de conocimiento, o de identidad, de los comparecientes sin necesidad de recurrir a los mecanismos que acabamos de señalar, la que solo sería posible en el caso de que el notario, por causas ajenas a él, no pueda acceder en línea a la verificación biométrica ni a la base de datos del RENIEC -como podría ser en el supuesto de que no tenga acceso a internet, sea por no existir ese servicio en el lugar donde se encuentra ubicado, o por haberse interrumpido-, en cuyo caso incurre en responsabilidad si existe suplantación de identidad.

En el supuesto de los extranjeros, sean residentes o no, el notario los identifica por medio de su documento oficial de identidad, debiendo acceder, además, a la información obrante en la base de datos del registro de carnets de extranjería, pasaportes y control migratorio de ingreso de extranjeros, a cargo de la Superintendencia Nacional de Migraciones (SNM). Asimismo, de creerlo conveniente, puede requerir otros documentos así como la intervención de testigos que garanticen la identidad del extranjero.

Dicha función identificadora del notario se da al margen de la corporalidad del documento, es decir, así este se encuentre plasmado en papel o en bits, el notario debe identificar debidamente al otorgante del negocio jurídico.

En el caso del documento electrónico, si bien es cierto que si el mismo fue firmado por medio de un certificado digital generado dentro de la IOFE, existe la presunción que fue autorizado por el titular de dicho certificado; también lo es que no se tiene certeza de que efectivamente haya sido firmado por el titular del certificado digital, porque cabe la posibilidad de que haya entregado voluntariamente a un tercero el dispositivo electrónico conteniendo el certificado digital, para que firme por él, se lo hayan extraído, o que haya sido coaccionado a firmar.

Se aprecia, pues, que a diferencia de la firma manuscrita, cuyo elemento esencial es “la inseparabilidad de la persona del firmante” (Falbo y Pérez Consentino, 2016: 26), la firma digital es separable de la persona. “En estos casos nunca se puede decir que el documento electrónico ha sido firmado por una persona concreta, sino que el documento electrónico ha sido firmado a través de un certificado de firma electrónica de una persona concreta a quien se le entregó y se responsabilizó de su uso” (Robles, 2016: 7).

Rodríguez Adrados, citado por Falbo y Pérez Consentino, comparando la firma digital con la manuscrita, señala que “La llamada firma electrónica (digital), por el contrario, es escindible o separable de la persona, puesto que se pone al igual que el sello mediante un utensilio, un dispositivo de creación de firma, que puede accionar su mismo titular, pero también un tercero, con consentimiento del titular de la firma o sin él, con o sin delito, estando el titular vivo o muerto; por esto último, el fallecimiento de su titular no puede conferir fecha cierta al documento privado electrónico conforme al artículo 1227 del CC, sino que por el contrario es causa de extinción de la vigencia del respectivo certificado (Falbo y Pérez Consentino, 2016, 27).

En razón a lo expuesto, no resulta suficiente para la debida identificación del compareciente el que este haya firmado digitalmente el documento, sino que, además, resulta necesario que el notario verifique que efectivamente firmó el documento el titular del certificado digital, para lo cual es necesaria su comparecencia ante el notario, quien lo identificará de acuerdo con la forma señalada, dependiendo de si se trata de un nacional o extranjero.

4.3.1.3. COMPROBACIÓN DE LA CAPACIDAD, LIBERTAD Y CONOCIMIENTO DE LOS COMPARECIENTES

Para que el negocio jurídico sea válido, no basta con identificar a la persona o personas que la realizan, sino que, además, resulta necesario que el emisor del mismo actúe con capacidad, libertad, es decir, sin coacción, y con pleno conocimiento del acto que está celebrando, aspectos que son verificados por el notario antes de elevar el negocio jurídico a escritura pública.

“El notario, por la inmediación, hace una apreciación personalísima de las circunstancias de las personas y de todo lo que rodea el negocio, que han de llevarle a la formación de los juicios que ha de emitir y, por tanto, al convencimiento personal de que se puede autorizar la escritura. Con la inmediación, el notario puede apreciar la identidad y capacidad de los otorgantes y garantizar su libertad al evitar que existan engaños, coacciones o imposiciones de unos otorgantes sobre otros. La inmediación del notario es garantía de la ausencia de vicios del consentimiento (error, dolo, violencia e intimidación)” (Cavallé, 2012: 128-129).

En el inciso h) del artículo 54 de la LN se señala que el notario da fe en la introducción de la escritura pública, de la capacidad, la libertad y el conocimiento con que se obligan los comparecientes en la celebración del negocio jurídico.

Respecto a la capacidad de la persona, esta constituye un elemento esencial para la validez del negocio jurídico, conforme se desprende del numeral 1 del artículo 140 del Código Civil (CC). Como señala Giménez-Arnau, “La calificación de la capacidad viene impuesta por la naturaleza y la finalidad del instrumento público: se trata de un requisito que conceptual y lógicamente viene impuesto *ab initio* para conseguir la eficacia del documento y del acto documentado” (Giménez-Arnau, 1976: 527).

Naturalmente, al no ser el notario médico, la evaluación de la capacidad del compareciente que realice será superficial, es decir, de la que resulta de la intermediación que tenga el notario con el otorgante, de tal forma que de dicha interacción le permita darse cuenta de si el compareciente se encuentra en capacidad de comprender el negocio jurídico que está celebrando.

Núñez Lagos distingue dos clases de capacidades: la natural y la legal o jurídica:

- a) “Natural.- Al inconsciente, accidental (ebrio, morfinómano, etc.) o permanente (idiota, loco, etc.) no se le permite el acceso a la comparecencia, porque no puede enterarse, tener consciencia del acto y consentir libremente.
- b) Legal.- De igual manera no puede comparecer quien no alcanzó la aptitud legal (incapaces) o quien después de haberla alcanzado, la perdió (incapacitados). En cualquiera de los dos casos el notario con su intervención es un control.

La fórmula del otorgamiento: “y enterado de su contenido, presta su consentimiento y firma”, se refiere y garantiza en todo instrumento, la capacidad natural. En cuanto a la legal es preciso afirmarla –juicio de capacidad– por el notario en el texto de aquellos instrumentos que la requieran: todas las escrituras, y a veces también algunas actas” (Núñez Lagos, 2013: 155).

En relación con la libertad, conforme se señala en el numeral 2 del artículo 221 del CC, se encuentra viciada la declaración de voluntad cuando se expresó en mérito a violencia o intimidación ejercida sobre el emisor de la misma, circunstancia que solo lo puede apreciar el notario con la presencia física del otorgante.

Por último, el notario tiene que verificar que el otorgante tiene cabal conocimiento del negocio jurídico que va a celebrar, y además, que su vo-

luntad no se encuentra viciada, sea en cuanto a la naturaleza del negocio, el objeto principal del mismo, en cuanto a la identidad de la persona con quien se va a obligar, o que no incurrió en error en su declaración (error obstativo).

Además, es necesario que el negocio jurídico, en su doble vertiente de título y de modo, resulte totalmente válido, eficaz e inatacable. Para lo cual, son precisos:

- Voluntad suficiente (es decir, de una persona con la capacidad y la legitimación jurídica requerida para el negocio de que se trate), no viciada (es decir, exenta de error, intimidación, violencia o dolo) y su manifestación concorde con ella (es decir, sin simulación ni reserva mental, ni error obstativo, ni efectuada *jocandi causa*), que sea suficientemente explícita y precisada (Vallet de Goytisolo, 2012: 71)".

Conforme a lo señalado en el inciso a) del artículo 59 de la LN, el notario debe dar fe de haberse leído el instrumento, bien sea por el notario o por los otorgantes, a elección de estos últimos, garantía necesaria para el debido conocimiento, por parte de los otorgantes, del negocio jurídico materia de formalización ante el notario.

“La lectura debe ponerse en relación con el deber de asesoramiento, por ello no se trata de una lectura meramente mecánica, sino que ha de ser una lectura comprensiva, didáctica o explicativa, ya que el notario ha de asegurarse de que el consentimiento ha sido prestado libremente y que se corresponda con la voluntad informada de los otorgantes” (Cavallé, 2012: 137).

En razón a lo señalado, al margen que la escritura pública se encuentre extendida en papel o en bits, debe garantizarse la intermediación del notario con los otorgantes del negocio jurídico, para de esta manera asegurar la capacidad, libertad y conocimiento con los que actúan, teniendo en cuenta, además, conforme se reconoce en el inciso c) del artículo 8 del Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, que los vicios de la voluntad del titular del certificado digital (esencia o cualidad del objeto, cualidades de la persona, error de derecho, error obstativo, dolo, violencia o intimidación) son causales de repudio o no reconocimiento del documento firmado digitalmente.

“Por sí sola la firma electrónica en el mejor de los casos nos garantiza quién es el titular de la firma y el responsable de su custodia, pero en ningún caso garantiza: la identidad de quién ha hecho uso material de la firma, es decir, su uso legítimo; ni la capacidad y libertad, del que la usa; la igualdad entre partes; ni el conocimiento y comprensión del contenido del documento por el que lo suscribe; tampoco que la voluntad estuviera formada e informada; la ausencia de vicios en el consentimiento, como coacción, error,

miedo, dolo o fraude; ni ‘garantiza la lectura del documento; que la tarjeta y la clave no se haya usado en contra de la voluntad del titular; ni siquiera que esté vivo el titular de la firma electrónica que se ha usado. Estas deficiencias, tratándose de negocios jurídicos en documento público, se evitan con la intermediación, es decir la presencia del otorgante ante el Notario, que es imprescindible, insustituible y consustancial al instrumento público notarial y va íntimamente ligada a uno de los aspectos más delicados y trascendentes de la función notarial: la apreciación bajo la fe pública del Notario de las cualidades personales de los comparecientes” (Cavallé, 2015: 3).

En razón a lo expuesto, más que la corporalidad del documento notarial, lo importante es el que se garantice la intermediación del notario con los otorgantes, es decir, que los comparecientes sean evaluados por el notario.

Esto último puede resultar contradictorio en el caso del documento electrónico, porque se perdería una de sus ventajas frente al documento en papel, cual es el que evita que las personas tengan necesidad de trasladarse a un lugar determinado para la firma del documento, ya que lo pueden firmar digitalmente desde el lugar donde se encuentren. Pero, como se dijo, la función notarial no se limita a certificar el uso de la firma digital, sino que abarca aspectos que tienen que ver con la plena eficacia del documento, tales como la asesoría imparcial a los otorgantes, la identificación del firmante, la evaluación de la capacidad, libertad y conocimiento informado con los que actúan, los cuales determinan que necesariamente el notario tenga que tener intermediación con los otorgantes del negocio jurídico. No debe perderse de vista que las nuevas tecnologías constituyen herramientas y no un fin en sí mismo, por lo que el notario tiene que adaptarlas al ejercicio de su función, sin que con dicha adopción se desnaturalice aquella.

Por todo lo señalado, al ser necesaria la presencia física de los otorgantes en el despacho notarial, aunque la escritura pública esté en formato electrónico, se desprende la insuficiencia de la firma digital como mecanismo acreditativo de la evaluación del notario de todos estos aspectos, por lo que se requiere la adopción de otro tipo de firma electrónica que permita garantizar la intermediación de los otorgantes con el notario, así como la autorización de la escritura electrónica, y este podría ser la firma ológrafa sobre un dispositivo digital conectado a la escritura (Tablet o tablilla electrónica), de tal forma que se plasme en la escritura la firma consignada por el compareciente.

Como señalan Falbo y Pérez Consentino: “[...] si decimos que en la etapa del otorgamiento, necesariamente, las partes deberán estar presencialmente ante el notario, entonces la utilidad y efectividad de la firma digital pierde sentido. Y es allí en donde surge el concepto de firma ológrafa di-

gitalizada, como mecanismo intermedio, necesariamente presencial, que responde al requisito de inescindibilidad entre la firma y el firmante (al igual que la firma ológrafa de nuestros días), como una adecuada herramienta para el otorgamiento de la escritura pública digital” (Falbo y Pérez Consentino, 2016, 31).

Al respecto, entre las conclusiones y recomendaciones del 28º Congreso de la Unión Internacional del Notariado, en el numeral I.3 del Tema II: “La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos”, se aprobó el texto siguiente: “Se recomienda que para la redacción de las escrituras públicas matrices se utilicen aquellos soportes que fomenten la presencia física del notario y los otorgantes como son el soporte papel y el soporte electrónico por el procedimiento sobre tablilla y encriptación mediante la firma electrónica del notario”.

4.3.1.4. REDACCIÓN DEL DOCUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

Una vez constatada la legalidad del negocio jurídico, orientados los comparecientes respecto a los alcances de este, así como identificados y verificados la capacidad, libertad y conocimiento con los que actúan, el notario procede a su formalización, es decir, a la redacción del instrumento público.

Como señala Cavallé:

“[...] es una de las características más primigenias de la función notarial, y del Notariado latino-germánico, con importantes consecuencias, ya que ésta procede de un profesional investido de una función pública:

- a) La garantía de que la redacción es “*conforme a la voluntad común de los otorgantes*” (Artículo 147 RN español).
- b) La garantía de que el texto es el resultado de la interpretación realizada por el notario, que ha de expresar por escrito el significado que ha de darse a la declaración emitida y a la conducta seguida por los otorgantes, la cual debió “*indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico*” (Artículo 147 RN español). También corresponde al notario la calificación del contrato con el nombre conocido que en derecho tenga, salvo que no lo tuviere especial (Artículo 156, 9º RN español).
- c) La garantía de que los otorgantes han sido informados del “valor y alcance de la redacción” (Artículo 147 RN español).
- d) Y la garantía de haber sido redactado por un profesional, cualificado, al que se exige el uso de un “*estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos y observando, de acuerdo con la ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la*

propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma” (Artículo 148 RN español)” (Cavallé, 2012: 135-136).

Respecto a la corporalidad de la escritura pública, esta se puede extender en papel o electrónicamente, en la medida, claro está, de que esto último se permita, lo que ameritaría una modificación del artículo 38 de la LN.

4.3.1.5. AUTORIZACIÓN DEL DOCUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

Redactada la escritura pública y firmada por los otorgantes -mediante la firma ológrafa sobre un dispositivo electrónico, en caso de ser escritura digital-, el notario la autoriza mediante su suscripción, dando fe, con ella, de la identidad, capacidad, libertad y el conocimiento de los intervinientes, así como de la celebración y validez del negocio jurídico.

Carlos Emérito González, citado por Giménez-Arnau, indica que la autorización es “el ciclo final en la estructuración jurídica de la escritura pública. Cumplidas todas las condiciones que enumera la ley... comenzando por el requerimiento o rogación de las partes, la configuración del instrumento en sí, la actuación de los otorgantes hasta la calificación del acto y la fe de conocimiento, por solo mencionar a los esenciales, el instrumento se perfecciona con la firma del notario o exteriorización de su propio consentimiento al acto formalizado. Desde ese instante, el instrumento hace fe pública con todos sus consiguientes efectos” (Giménez-Arnau, 1976: 711).

En el caso de redactarse la escritura pública en formato electrónico, el notario la autoriza a través de la firma digital debidamente otorgada por la entidad de certificación correspondiente⁷, que actualmente es el RENIEC -pero que sería deseable sea otorgada por el Colegio de Notarios respectivo, teniendo en cuenta la especialidad de la función-, dando fe, con ella, de la celebración y validez del negocio jurídico, así como de la identidad, capacidad, libertad y el conocimiento de los intervinientes.

No habría inconveniente, por tanto, en que el notario autorice la escritura pública mediante la firma digital, teniendo en cuenta las obligaciones que tiene, tanto como notario -respecto del ejercicio personal de la función, el cual lleva implícito la prohibición de delegación de la firma digital en un personal de su oficio- como usuario del certificado digital, que tiene como obligación tener el control exclusivo y bajo reserva de la clave privada, y que en los casos en que se vea comprometido dicho control exclusivo y reserva, sea por pérdida, robo, hurto, del dispositivo electrónico que contiene el certificado digital, comunicarlo, bajo responsabilidad, a la entidad de certificación (Colegio de Notarios) para efectos de su cancelación inmediata.

⁷ Autorización que está contemplada en el segundo párrafo del artículo 24 de la LN.

En relación con las actas que extiende el notario, sean protocolares o extraprotocolares, al no recoger declaraciones de voluntad de las personas, no habría inconveniente que se extiendan de manera electrónica, en cuyo caso el notario debe firmarlo digitalmente para que tengan plena validez.

4.3.1.6. CONSERVACIÓN Y REPRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES

El instrumento público notarial redactado, firmado por los intervinientes y autorizado por el notario, se incorpora al protocolo notarial, el mismo que, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 36 de la LN, constituye la colección ordenada de registros sobre la misma materia.

El notario se encarga de la custodia del protocolo notarial, es responsable de su conservación (Art. 42 LN), no puede extraer de su oficina las escrituras y tomos que conforman dicho protocolo, salvo por razones de fuerza mayor o cuando se requiera para el cumplimiento de la función, debiéndose de llevar a cabo la exhibición, pericia, cotejo u otra diligencia realizada por orden judicial o fiscal, en la oficina del notario (Art. 43 LN).

El notario, al conservar la matriz, expide los traslados que le sean requeridos, que pueden ser boleta, testimonio o parte (Art. 82 LN). La boleta es un resumen o transcripción de cláusulas o términos que el interesado solicite, de la matriz (Art. 84 LN); el testimonio, la transcripción íntegra del instrumento público notarial (Art. 83 LN); y el parte, la transcripción íntegra de la matriz a los efectos de su presentación al Registro para la inscripción del acto contenido en el mismo (Art. 85 LN). Dichos traslados tienen la misma validez del documento matriz conservado en el protocolo del notario.

Refiriéndose a esta importante función del notario, Cavallé señala que “La conservación del original o la matriz por el notario, añade una serie de garantías: se evita la pérdida o extravío del documento y, por tanto, las consecuencias dañosas que derivarían para los titulares de los derechos en ellos reconocidos; aquellos que tengan derecho a pedir copia tienen la garantía de acceder a ello, por muchos años que hayan transcurrido; se evita la manipulación de la matriz u original, al excluirla del tráfico; se garantiza la duración y conservación en el tiempo; y, por medio de las notas en la matriz, queda constancia de las copias expedidas, y para quién se expiden, y de otras vicisitudes del acto o negocio jurídico en ellas contenido, tales como ratificaciones, revocaciones, modificaciones, etc.” (Cavallé, 2012: 141-142).

En el caso de la escritura electrónica, una vez firmada por los otorgantes, empleando para ello la firma ológrafa sobre un dispositivo digital, y autorizada por el notario, por medio de su firma digital, se incorpora al

protocolo electrónico, encargándose el notario de su custodia y expedición de los traslados respectivos por medio de la firma digital.

De adoptarse el documento electrónico como elemento corporal del instrumento público notarial (protocolo electrónico), este debe conservarse en dispositivos digitales, tales como CD, USB, discos duros, entre otros dispositivos electrónicos de almacenamiento de datos, debiendo garantizarse la verificación de la firma digital consignada por el notario en el documento notarial, en cualquier momento, aunque hayan transcurrido los años y el certificado digital haya caducado o se haya revocado, así como la integridad de los registros electrónicos, es decir, que el contenido de los documentos electrónicos no se haya modificado sin intervención de las partes y del notario.

Falbo y Pérez Consentino indican que “Este es, justamente, uno de los principales aspectos a desarrollar y profundizar desde la informática para crear un sistema seguro y confiable, un dispositivo específico de almacenamiento de documentos digitales, a la manera de un servidor, o un disco rígido extraíble, o, en términos genéricos, un repositorio de datos que garantice la perdurabilidad e inalterabilidad del documento matriz, que permita su determinación material (Falbo y Pérez Consentino, 2016: 34).

Como se señaló, existen actualmente herramientas tecnológicas que garantizan la duración del documento electrónico en el tiempo, así como su no alteración, tales como el sellado en el tiempo (*time stamping*), la firma longeva y el blockchain, las cuales deben ser aplicadas por el notario al momento de la conservación de la matriz electrónica.

También resulta importante que el protocolo electrónico tenga copias de seguridad que lo protejan de eventuales desastres, tales como terremotos, inundaciones, incendios, vandalismos, etc., copias que deben de estar firmadas digitalmente por el notario, con el sellado de tiempo, firma longeva, y blockchain, de tal forma que se garantice su plena identidad con la matriz.

En ese sentido, debe seguir conservándose un original del protocolo notarial digital, aunque técnicamente exista la posibilidad de que hayan varios originales, por un tema de orden y seguridad.

“La matriz del documento notarial deberá estar alojada en un soporte específico que el notario deberá custodiar y dará fe de su integridad. El original seguirá siendo uno. Independientemente de la posibilidad de generar copias de aquél, y previendo especialmente el caso de alteraciones entre las diversas copias destinadas a la circulación, deberá garantizarse la existencia de un documento digital matriz (u original) sobre el que recaiga la fe pública notarial que lo torne en documento auténtico” (Falbo y Pérez Consentino, 2016: 33-34).

Respecto a la adopción del protocolo electrónico, entre las conclusiones y recomendaciones del 28º Congreso de la Unión Internacional del Notariado, en el numeral IV.1 del Tema II: “La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos”, se aprobó el texto siguiente:

“1. Se recomienda que en los países en los que se decida sustituir el protocolo en soporte papel, que ha demostrado su fiabilidad a lo largo de siglos, el archivo electrónico de escrituras públicas cumpla las siguientes exigencias: a) determinar de forma concreta un plazo mínimo de duración; b) contener una garantía de los proveedores que asegure la duración establecida; c) fijar los procedimientos de migración homologados de tal forma que no puedan suponer pérdida o alteración de la información ni puedan ser contestados en juicio; d) respetar las mismas reglas de confidencialidad y secreto profesional que en los archivos en soporte papel.

2. Se recomienda: a) que las organizaciones notariales afronten de manera colectiva la ejecución de los archivos informáticos; b) que en el marco de una infraestructura común, los archivos de cada notario sean independientes y solamente accesibles por el notario autorizante, su sustituto o sucesor”.

Resulta también importante el lugar donde se conservan los soportes electrónicos, para lo cual se deben aplicar las medidas de seguridad que garanticen la conservación del protocolo digital, pudiendo aplicarse de manera analógica las disposiciones contenidas en el artículo 36 del Decreto Supremo N° 009-92-JUS:

- Los ambientes deben estar contruidos de material noble y hallarse en perfecto estado de conservación; sus pisos deben ser de concreto, cemento, losetas, u otro material incombustible, y su estructura y superestructura no debe tener piezas o materiales susceptibles de arder.
- Los estantes y archivadores deben ser metálicos o de algún otro material no combustible. Además, deben estar elevados sobre el suelo para que en caso de inundación, las bases no sean alcanzadas por el agua.
- Guardar las condiciones óptimas de ambiente: ventilación, humedad relativa entre 15 % y 50 %, y temperatura máxima de 20 grados centígrados.
- La puerta de acceso debe ser metálica o de reja metálica, con cerraduras de seguridad.
- Las llaves y el acceso al archivo se deben mantener bajo custodia y responsabilidad del notario.

Los traslados electrónicos de los documentos notariales, debidamente firmados digitalmente por el notario, contienen múltiples beneficios para la sociedad y para la seguridad jurídica, ya que se expiden de manera rápida, sin necesidad de traslado del documento físico del archivo, y se entregan al Registro en cualquier momento y hora, por medio de la presentación en línea, con la seguridad de su procedencia legítima, al eliminarse la posibilidad que se puedan presentar partes falsos.

Brancós Núñez, citado por Falbo y Pérez Consentino señala que “Considerando que las copias de las escrituras están llamadas a circular y que desde hace relativamente poco tiempo las copias auténticas bajo la firma electrónica avanzada del notario son admitidas en los registros de la propiedad de algunos países como forma corriente de proceder en la comunicación entre notaría y registro sin merma de la seguridad jurídica y sin quebrar la “cadena de autenticidad” pues es el notario quien directamente remite la copia al registro mediante su firma electrónica notarial corporativa” (Falbo y Pérez Consentino, 2016: 35).

Entre las conclusiones y recomendaciones del 28º Congreso de la Unión Internacional del Notariado, en el numeral II.1 del Tema II: “La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos”, se aprobó el texto siguiente: “Se recomienda fomentar el uso de la copia en soporte electrónico y procurar, en su caso, las oportunas modificaciones legislativas en aquellos países en lo que no se halle reconocida”.

En el tercer párrafo del artículo 82 de la LN se contempla la posibilidad de expedición de traslados notariales en formato electrónico: “Los traslados notariales [...] podrán efectuarse en formato digital o medios físicos que contengan la información del documento matriz de manera encriptada y segura y que hagan factible su verificación a través de los mecanismos tecnológicos disponibles”.

De esta manera, no existe limitación legal para que el notario expida los traslados notariales en documento electrónico, los mismos que deben de estar firmados digitalmente, firma que actualmente es proporcionada por el RENIEC, siendo deseable, como se señaló, su expedición por parte del Colegio de Notarios respectivo.

Teniendo en cuenta las ventajas del parte digital frente al de papel, tales como la mayor rapidez en su expedición y presentación al Registro, en línea, de manera segura al eliminarse la posibilidad de su falsificación, es que resulta necesaria la implementación de un SID NOTARIAL, brindada por el Colegio de Notarios, a los efectos de la presentación, sin restricció-

nes, de partes notariales de manera electrónica, en los diferentes registros, bien sea a cargo de SUNARP o de la RENIEC.

Otra de las ventajas que ofrecería el SID-NOTARIOS es la comunicación e intercambio seguro de información entre los notarios, y entre estos y las autoridades (SUNARP, SUNAT, UIF, RENIEC, Poder Judicial, etc.), con el consiguiente ahorro de tiempo y papel.

4.3.2. La aplicación de las nuevas tecnologías en la función registral

Las inscripciones en los registros en el ámbito de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) se realizan de manera digital, desde hace veinte años, mediante la extensión de asientos electrónicos, con la particularidad de que los registradores no emplean la firma digital en la autorización de los asientos, sino un tipo de firma electrónica, la huella dactilar (identificación biométrica).

Dichas inscripciones si bien se realizan en mérito a los documentos físicos que se presentan, últimamente se están extendiendo sobre base de traslados notariales presentados en línea, mediante la plataforma informática administrada por la SUNARP (Servicio de Intermediación Digital - SID-SUNARP).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el actual Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP) contempla la posibilidad de presentación de títulos mediante la utilización de medios electrónicos, pudiendo la SUNARP autorizar a las oficinas registrales que cuenten con sistemas de archivo compatibles, la presentación de títulos mediante el uso de medios informáticos que aseguren su inalterabilidad, integridad y su incorporación a archivos magnéticos, en cuyo caso el archivo de los títulos se realiza conforme con las técnicas propias del sistema (Art. 16 del RGRP).⁸

⁸ En el caso de la inscripción de la garantía mobiliaria o de otros actos distintos de la propiedad que afecten bienes muebles, en el Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los Registros Jurídicos de Bienes se contempla como una de las formas de presentación del título al Registro, la forma precodificada y envío electrónico, en cuyo supuesto, el o los otorgantes del acto ingresan a la página web de la SUNARP, completan la información en el formato precodificado y suscriben el formulario utilizando la firma digital, en cuyo caso, a continuación, el notario certifica en dicho formulario, utilizando igualmente la firma digital, la identidad y capacidad del o de los otorgantes del acto, así como que se encuentre completo el formulario registral, remitiendo al Registro dicho formulario mediante transmisión electrónica, en cuyo caso la constancia de recepción electrónica contiene el número del título que ha sido generado, así como la fecha y hora de presentación.

Las inscripciones en base a traslados notariales digitales se iniciaron en febrero de 2016, cuando en la Decimotercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la LN se estableció que desde esa fecha era obligatoria la presentación en línea de los partes notariales que contengan actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima.

El Servicio de Intermediación Digital (SID-SUNARP) se encuentra regulado en la Directiva N° 004-2014-SUNARP-SN, aprobada mediante la Resolución N° 234-2014-SUNARP-SN. Mediante la Resolución N° 179-2015-SUNARP-SN, la SUNARP dispuso su aplicación a las inscripciones de constituciones de empresas, como a las de otorgamiento de poderes, en cualquiera de las oficinas registrales a nivel nacional.

Por medio de la Resolución N° 033-2016-SUNARP-SN, se extendió el empleo de la presentación en línea de partes firmados digitalmente, a través del SID-SUNARP, a los contratos de compraventas de vehículos que se presenten en la Oficina Registral de Lima; y mediante la Resolución N° 068-2016-SUNARP-SN, se extendió la presentación de partes firmados digitalmente, a través del SID-SUNARP, a las solicitudes de inscripción de compraventas sobre predios registrados en la Oficina Registral de Lima, siempre y cuando, en este último caso, se cumpla con los requisitos siguientes: a) se trate de un solo predio, b) una sola partida registral, c) el titular registral sea el transferente y d) no comprenda la transferencia de cuotas ideales.

Mediante la Directiva N° 001-2013-SUNARP/SN, aprobada por la Resolución N° 031-2013-SUNARP/SN, la SUNARP reguló la presentación electrónica del bloqueo de las partidas registrales.

Debe precisarse que con excepción de los poderes que se presentan en la Oficina Registral de Lima, donde la presentación en línea es obligatoria, en los demás casos referidos la presentación en línea de los partes notariales es facultativa.

Al respecto, debe señalarse la conveniencia de la presentación de los traslados en formato electrónico, los que debidamente firmados digitalmente por el notario, juez o funcionario administrativo, según el tipo de documento de que se trate (notarial, judicial o administrativo), no solo presentan las ventajas propias de todo documento electrónico (rapidez en su reproducción, en su presentación al Registro, ahorro de papel y gastos de envío), sino que también constituye un mecanismo efectivo contra la falsificación documentaria, al ser presentados directamente por el funcionario que lo expide.

En ese sentido, es conveniente la extensión de la presentación en línea no solo de los traslados notariales que contengan actos inscribibles, presentados en todas las oficinas registrales a nivel nacional, sino también de los traslados de documentos judiciales y administrativos que se presentan al Registro.

Asimismo, se hace necesario que la extensión de los asientos electrónicos sean firmados digitalmente por los registradores, mediante el empleo de certificados digitales generados dentro de la infraestructura de la IOFE, y no como sucede actualmente, mediante la huella digital, al gozar solo la firma digital de los caracteres de autenticidad, integridad y no repudio.

Respecto a la conservación de los asientos electrónicos, este debe conservarse en dispositivos digitales tales como CD, USB, discos duros, entre otros dispositivos electrónicos de almacenamiento de datos, debiendo garantizarse por el registrador, la verificación de la firma digital consignada, en cualquier momento, a pesar de los años transcurridos, aunque el certificado digital haya caducado o se haya revocado, así como la integridad de los asientos electrónicos, es decir, que su contenido no se haya modificado sin intervención del registrador.

CONCLUSIONES

En razón a lo expuesto en el presente trabajo, se puede arribar a las conclusiones siguientes:

- El documento, que es todo objeto que tiene la virtualidad de representar una obra o pensamiento humano, tiene dos elementos diferenciados: la corporalidad y la docencia, siendo la corporalidad el elemento externo sobre el cual se extiende la docencia, corporalidad que fue variando a través del tiempo, desde el ladrillo, el liber o biblos, el tabulae, el papiro, el pergamino, hasta llegar al papel, y ahora último al conjunto de bits (documento electrónico). Y la docencia es el pensamiento humano plasmado en el documento.
- El documento puede ser público o privado, al margen de la corporalidad que utilice, siendo público cuando en su confección intervino un funcionario público, un juez o un notario, en el ejercicio de sus funciones, conservando el original y expidiendo los traslados que le soliciten; y privado, cuando no presenta tales características.
- El documento electrónico surge como consecuencia de la aparición de herramientas tecnológicas tales las computadoras personales, laptops, smartphones, tablets, el internet, el correo electrónico, las redes sociales, los mensajes de texto, entre otras plataformas electrónicas, las que determinaron que las personas se comuniquen y contraten en forma más rápida, a pesar de la distancia que las separan, hecho que determinó la aparición del comercio electrónico, es decir, el sistema de adquisición de bienes y servicios a través del internet.

- El documento electrónico firmado digitalmente, con sellado de tiempo, firma longeva y conservado con la técnica del blockchain, tiene como características la autenticidad, la integridad y el no repudio, lo que le confiere ventajas frente al documento en papel, tales como: rapidez en la contratación, al no requerir que las partes estén presentes en un lugar determinado para la firma del contrato; menor gasto, al no requerir de papel, y ocupar menos espacio; seguridad, al contar el documento electrónico con copias de seguridad (backup), que lo protegen frente a desastres como incendios, terremotos, inundaciones, saqueos, etc.; facilidad en la ubicación del documento electrónico y expedición de traslados en línea, sin el peligro de su falsificación; y protección del medio ambiente, al no utilizarse el papel.
- Mediante la función notarial, el notario, que es un tercero de confianza, debidamente facultado por la ley, da fe de la realización del negocio jurídico. Para ello debe verificar su legalidad, orientar a las partes (asesoría imparcial), identificarlas, así como comprobar la capacidad, libertad y conocimiento con los que actúan, procediendo a redactar el documento público, a autorizarlo; conserva el original bajo su responsabilidad, expidiendo los traslados que le soliciten, los cuales tienen el mismo valor que el original. Por su parte, el registrador califica la validez del documento notarial, judicial o administrativo que le presentan para la inscripción de un determinado acto, la formalidad del mismo, así como su adecuación al antecedente registral.
- No existe inconveniente para que el notario extienda sus actuaciones en documento digital, sea escritura o acta, al tratarse el mismo solo del soporte material, de la corporalidad del documento, que en lugar de estar asentado en papel, lo está en bits, el cual contendrá la docencia, es decir, el negocio jurídico, en el caso de la escritura, o la declaración notarial de constatación de un hecho con relevancia jurídica, en el caso del acta; debiendo, en todo caso, en dicha extensión, respetarse las funciones notariales, cuales son la asesoría imparcial, y la evaluación de la identidad, capacidad, libertad y conocimiento de los comparecientes, lo que exige intermediación del notario con estos últimos. En el caso de los registradores, no existe inconveniente en que los asientos registrales se entiendan en documento electrónico, con la firma digital del registrador.
- Para garantizar la intermediación del notario con los comparecientes, y con ella la asesoría imparcial y la evaluación de la identidad, capacidad y libertad de los mismos, resulta insuficiente la firma digital, por lo que se hace necesario que los comparecientes autoricen la

escritura electrónica mediante su firma ológrafa sobre un soporte digital conectado al referido documento (tablet o tablilla electrónica), frente al notario.

- Para efectos de facilitar la contratación entre personas ubicadas en distintos lugares, sería deseable la regulación de la posibilidad que los contratantes otorguen su respectiva declaración ante el notario del lugar de su domicilio, remitiéndose los notarios los respectivos traslados, con su firma digital, y de esta forma, tener el negocio jurídico comprendido en dos o más escrituras electrónicas.
- No existe inconveniente para que la autorización de la escritura pública, del acta, y de sus traslados, la pueda realizar el notario, utilizando su firma digital, otorgada por una entidad de certificación, siendo preferible que dicha entidad sea el Colegio de Notarios, que se encuentra registrada como entidad de certificación, de registro, y de valor añadido, por la característica especial de la función.
- El notario debe conservar el protocolo electrónico, y el registrador, el archivo registral, en soportes digitales, guardando las normas de seguridad existentes, debiendo de utilizar las herramientas tecnológicas que garanticen su existencia e inalterabilidad del documento, tales como el sellado de tiempo, la firma longeva y el blockchain.
- Debe fomentarse la expedición de traslados notariales en formato electrónico con firma digital del notario, ya que contienen múltiples beneficios para la sociedad y para la seguridad jurídica, por cuanto se expiden de forma más rápida, con la seguridad de su procedencia legítima. En ese sentido, resulta necesaria la implementación de un SID NOTARIAL, brindada por el Colegio de Notarios, a los efectos de la presentación, sin restricciones, de partes notariales de manera electrónica, en los diferentes registros, bien sea a cargo de SUNARP o de la RENIEC, como también para la comunicación e intercambio seguro de información entre los notarios, o entre estos y las autoridades (SUNARP, SUNAT, UIF, RENIEC, Poder Judicial, etc.), con el consiguiente ahorro de papel y tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabuli, Ezquiel. (2013) Las nuevas tecnologías en el Proyecto de Código. En: *Revista del Notariado* N° 912, abril/junio, Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.
- Castilla del Carpio, Pedro. “El rol del INDECOPI en la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica”. PPT dictado en el Curso de Idoneidad Técnica en Micrograbación 2017. Colegio de Notarios de Lima.

- Cavallé Cruz, Alfonso. (2015) El Notariado, las nuevas tecnologías y la prevención del blanqueo de capitales. http://docplayer.es/24498321-El-notariado-las-nuevas-tecnologias-y-la-prevencion-del-blaqueo-de-capitales-alfonso-cavalle-cruz.html#show_full-text.
- Cavallé Cruz, Alfonso. (2012) *El Notario como garante de los derechos de la persona*. Biblioteca Moderna de Derecho Civil Nº 10. Jurista Editores.
- Garrido Chamorro, Pedro. (2009) La Función Notarial, sus costes y sus beneficios. En CD: *Seminario La Titulación de la Propiedad y la Seguridad de las Transacciones Inmobiliarias en el Siglo XXI*, celebrado en el Centro de Formación de la Cooperación Española de Cartagena de Indias (Colombia), del 28 de setiembre a 2 de octubre de 2009.
- Giménez-Arnau, Enrique. (1976) *Derecho Notarial*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Falbo, Santiago y Pérez Consentino, Marcelo Eduardo. (2016) *Informe de los ponentes nacionales por la República Argentina*. Consejo Federal del Notariado Argentino – Federación C.F.N.A. Tema II: La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos (la escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos). XXVIII Congreso Internacional del Notariado, París, Francia, 19-22 de octubre de 2016.
- Highton, Elena I. y Vitale, Angélica G. E. (2014) *La función notarial en la comunidad globalizada*. Gaceta Notarial.
- Mo, Rodolfo. (2013) “La firma electrónica en la función notarial de España y Argentina”. En: *La firma electrónica en la función notarial*. Gaceta Notarial.
- Núñez Lagos, Rafael. (2013) *Los esquemas conceptuales del instrumento público*. Gaceta Notarial.
- Orihuela, Alejandro. (2017) “Taller de Sello de Tiempo”. PPT dictado en el Curso de Idoneidad Técnica en Micrograbación 2017. Colegio de Notarios de Lima.
- Paino Scarpatti, Alfredo. (2017) “El rol del notariado en las nuevas herramientas tecnológicas.” PPT dictado en el Curso de Idoneidad Técnica en Micrograbación 2017. Colegio de Notarios de Lima.
- Pérez Gallardo, Guillermo B y Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro. (2013) “Unidad de acto y otorgamientos sucesivos. Algunos apuntes en clave electrónica.” En: *La firma electrónica en la función notarial*. Gaceta Notarial.
- Robles Perea, Miguel Ángel. *La intervención notarial en los documentos electrónicos*. En: <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-intervención-notarial-en-los-documentos-electronicos/>.
- Roldán, Muñoz. (2013) *El tráfico jurídico electrónico y la firma digital*. En: *La firma electrónica en la función notarial*. Gaceta Notarial.
- Vallet de Goytisolo, Juan B. (2012) *La función notarial de tipo latino*. Gaceta Notarial.

LA GUERRA DEL PACÍFICO, SENDERO LUMINOSO Y LOS REGISTROS PÚBLICOS EN EL PERÚ¹

Gilberto Mendoza

RESUMEN: En el Perú Republicano la identificación de los titulares de la propiedad ha sido una necesidad dado los conflictos que han existido a lo largo de estos últimos 200 años.

La creación de los registros fue en 1888 y respondió a una necesidad económica de circulación de los bienes. Así pues, luego de cierto periodo de bonanza económica, se produjo la guerra que mantuvimos con Chile. A esto le siguieron las guerras internas de nuestro país.

En este contexto, el crédito territorial casi nulo, agricultura en crisis, inseguridad jurídica, tráfico inmobiliario estancado, se crearon los registros públicos el cual tenía como objetivo revertir dicha situación.

Un segundo momento importante fue la época del terrorismo que vivió el Perú. Sendero Luminoso en la década de los 80s e inicio de la década de los 90s sembró el terror en el Perú. Uno de los objetivos que se tuvo, fue romper contra la tiranía de las clases burguesas que oprimían a las clases menos privilegiadas, lo cual se manifestaba por ejemplo en la carencia de bienes.

Parte de este problema se hubiese paliado si es que se hubiesen asignado de forma eficiente los derechos de propiedad. Téngase en cuenta que años después se creó la SUNARP.

La identificación de los derechos de propiedad, una adecuada asignación y su debida protección hubiesen ahorrado diferentes conflictos en la historia del Perú. Posteriormente a dichos conflictos, hubo una respuesta del Estado la cual estaba vinculada a los registros. ¿Cuál es el rol que tuvo, que tiene y que debe de tener para coadyuvar a paliar los conflictos sociales? Son algunas de las preguntas que pretendemos responder en el trabajo.

ABSTRACT: In the Republican Peru the identification of the owners has been a necessity given the conflicts that have existed throughout these last 200 years.

The creation of the registries was in 1888 and responded to an economic need for the circulation of things. Thus, after a certain period of economic boom, there was the war we had with Chile, which led to the occupation of Lima. This was followed by internal wars of our country.

¹ Mg. Gilberto Mendoza del Maestro. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

In this context, almost null territorial credit, agriculture in crisis, legal uncertainty, stagnant real estate traffic, public records were created, which aimed to reverse this situation.

A second important moment was the era of terrorism that Peru experienced. Sendero Luminoso in the 80s and beginning of the 90s sowed terror in Peru. One of the objectives that was had was to break against the tyranny of the bourgeois classes that oppressed the less privileged classes, which was manifested for example in the lack of things.

Part of this problem would have been alleviated if property rights had been efficiently assigned. Note that years later the SUNARP was created. The identification of property rights, an adequate allocation and their due protection would have saved different conflicts in the history of Peru.

Subsequent to these conflicts, there was a response from the State which was linked to the records. What is the role you had, what you have and what you should have to help alleviate social conflicts? These are some of the questions that we intend to answer at work.

1. LA NECESIDAD DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Toda vez que el análisis meramente jurídico de las instituciones nos da una idea acerca de estas, apoyarnos en otras ramas que justifiquen la razón de ser de las mismas nos serán útiles a fin de entender mejor nuestro objeto de estudio.

En este sentido, el análisis económico nos sirve para entender el porqué es necesaria una institución como registros públicos como mecanismo de seguridad preventiva, lo cual nos llevará tácitamente a reconocer la necesidad de la labor del registrador.

Limitaciones seguramente hay, la realidad -al ser diversa y compleja- no puede ser estudiada a partir de todas sus particularidades, sino que debe simplificar las variables de estudio a fin de acercarnos al comportamiento de los sujetos. Esta simplificación, ya no es la realidad, pero nos acerca a ella, y en ese acercamiento podemos encontrar su utilidad.

Almeida Costa señala:

“Tanto la ciencia económica cuanto la ciencia jurídica tienen por objeto comportamientos humanos y relaciones sociales: la economía, al preocuparse directamente de los fenómenos económicos en sí mismos, apunta hacia una solución que conduzca a la máxima utilidad; la ciencia jurídica, por su parte, al contemplar esos fenómenos económicos a través de los derechos y obligaciones que implica su desenvolvimiento, procura la solución más justa. De un equilibrado enlace de ambas perspectivas ha de resultar, según cada caso, el régimen conveniente

*para los intereses individuales y colectivos. Por lo tanto, las dos técnicas descritas no deben desconocerse.”*²

Históricamente -tal cual reseñaremos en este capítulo- en el derecho romano *nemo dat quod non habet* era uno de los brocardos que ilustraba la rigidez de la propiedad y su poca circulación en sus inicios.³ Luego, dicha circulación se incrementa a través del tiempo, ante el aumento de las transacciones y la necesidad de mayor celeridad, surgiendo la noción germana de seguridad del tráfico.⁴

Partiendo del hecho que los bienes son escasos, y la seguridad puede ser considerada en sentido lato como un bien, esta tiene un costo. En términos legales podemos comprender esta afirmación haciendo una preliminar observación sobre lo que acaece en nuestro medio: si usted desea adquirir un departamento, seguramente solo tomará como anécdota lo regulado por el artículo 949 del Código Civil, toda vez que si bien el mero consenso transfiere la titularidad del bien inmueble esto no le da la suficiente seguridad que este es suyo frente a todos. Es así que contratará a un abogado, irá al notario para elevar el documento privado a una escritura pública y, en caso tenga mayor aversión al riesgo, buscará inscribir su título en registros a efecto que pueda oponer su derecho frente a todos.⁵

Este comportamiento de búsqueda de mayor seguridad a fin que todos respeten su titularidad, puede ser analizado en términos económicos a partir de ciertas premisas. Una de ellas es que todo puede ser medido bajo un común denominador, es decir todo puede ser valorado económicamente: los bienes tienen un valor, si se sufre un daño se cuantificará y se resarcirá. Otra parte del supuesto es que las decisiones son individuales, y al ser

² De Almeida Costa, Mário Julio. *Direitto das obrigações*. Traducido por León Hilarrio, Leysser. En *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y Traducidas para uso de los Estudiantes Universitarios*. (Lima: Jurista, 2007), 45.

³ “El verdadero estado jurídico de la propiedad no es susceptible de ser descubierto mediante un esfuerzo personal de búsqueda, de investigación, por parte del que pretende adquirir: el hipotético comprador encontraría dificultades insuperables en saber si verdadero propietario es el que se ofrece como tal y si hay más cargas que las aparentes. En este punto el cliente potencial está indefenso.” Pardo Núñez, Celestino. “Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 623 (1994):1531.

⁴ Pardo Núñez, Celestino. “Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 623 (1994):1534.

⁵ Arruñada, Benito. *Sistemas de titulación de propiedad: un análisis de su realidad organizativa*. (Lima: Palestra, 2004), 33.

subjetivas tienden a la maximización de sus utilidades, es decir buscarán la mejor opción. Asimismo, se presumirá que las preferencias de los sujetos son estables, es decir, si un sujeto compra pan todos los días en la mañana, se puede predecir que el día de mañana hará lo mismo. Finalmente, la última premisa es que la distribución no cuesta.

Siendo esto así, el enfoque económico sobre la utilidad de los registros, y de la calificación registral, puede analizarse desde 2 puntos de vista: uno macro – a partir de una política económica- y otro desde el punto de vista micro -desde los propios sujetos involucrados-, no habiendo una clara línea divisoria entre ambas.

Será necesario realizar en el presente capítulo un recuento de la historia de los registros y de la calificación, debiendo adelantar que en los distintos ordenamientos (incluso el nuestro) la publicidad inmobiliaria fue creada para la seguridad del crédito, a fin de crear riqueza que pudiera revalorar lo que la propiedad feudal había estancado.⁶

El régimen feudal, por ejemplo, en España, dejó a la agricultura y a sus titulares con posibilidades escasas de obtener crédito, tomando en consideración los privilegios que existían a favor de determinados sectores.⁷

En el Perú, igual situación sucedía, aumentando la desolación por las guerras contra España y Chile, las guerras civiles, y otros factores que hicieron que el Estado interviniera desde una perspectiva macro tratando de promover soluciones inmediatas para la creación de riqueza a partir de los bienes inmobiliarios⁸.

⁶ “Sin seguridad del crédito, efectivamente, ningún país crea riqueza, aunque puedan existir campesinos aislados que obtengan producciones para andar por casa y para su consumo familiar por las patatas que su campo produce. Pero eso no es crear riqueza en un sistema económico moderno, que precisa de la financiación a través del crédito y de la modernización de explotaciones.” García García, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 625 (1994): 2263.

⁷ “El propósito confesado que guió a los redactores de la Ley Hipotecaria fue el de asentar en sólidas bases el crédito territorial: una finalidad de garantía. El que acude al registro de la Propiedad a informarse sobre la situación jurídica de alguna finca sabe que los contenidos inscritos, porque se han calificado como válidos, se convierten, aunque de hecho no lo sean, en legítimos e inatacables frente a terceros de buena fe.” Pardo Núñez, Celestino. “Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 623 (1994):68.

⁸ La protección de los terceros con el fin de poner en circulación las propiedades puede notarse en el considerando de la Ley de 1888 “*Que es necesario dar seguridades á*

Dichas intervenciones tuvieron efectos prácticos entre los particulares. Siendo que la autonomía privada es el sustento para la transacción entre los particulares, deberíamos llegar en términos de pareto (óptimo de pareto), a la situación en que todos mejoremos sin perjudicar a nadie. Sin embargo, ante lo utópico de dicha situación, Kaldor – Hicks nos señala que estaremos en una situación beneficiosa cuando existe un mayor beneficio social, incluso en desmedro del perjuicio que pueda ocasionar a alguno.

Esto claramente puede verse reflejado en la solución que planteamos frente a los supuestos de conflicto entre seguridad de derechos (estática) y la seguridad del tráfico (dinámica). Antes de darse la ley hipotecaria española, la iglesia, los terratenientes, fueron afectados – recuérdese la ley Madoz- por ciertas decisiones que propiciaron el mejor ambiente para el desarrollo de dicha norma. Esto podemos verlo reflejado en el artículo 2014 de nuestro Código Civil, mediante el cual los terceros no van a verse perjudicados por las patologías que existan entre el enajenante y adquirente anterior a su titularidad; siendo que si existe alguna anomalía se va a proteger su titularidad adquirida.

En suma, la seguridad del tráfico es una situación que produce mayor beneficio económico en general que el perjuicio individual que eventualmente puede sufrir algún sujeto, el que en muchos de los casos será producto por su propia negligencia al no acogerse a las reglas del sistema inmobiliario.⁹

A propósito de determinar preliminarmente los beneficios de nuestra opción es preciso de observar hasta qué punto se solucionan los problemas de costes de transacción partiendo de una organización centralizada. Dichos costos pueden enfocarse en la información, en los costes de vigilancia, en los costes de litigiosidad, entre otros.

Respecto a los costes de información debemos partir por el supuesto que la información es un bien, y como bien tiene un valor. En consecuencia, existen sujetos que cuentan con mayor y mejor información para la toma de decisiones, generando asimetría informativa.

En este sentido, una de las funciones del registro es reducir dicha asimetría informativa, a fin que los privados puedan tomar mejores decisiones. Stigler propone un ejemplo sobre búsqueda de información “*a que tiene que llegar un comprador de un bien para saber cuál es la oferta mejor que le puede interesar. Pero eso tiene un límite, pues con una multiplicidad de lla-*

los que contraten sobre las propiedades inmuebles”.

⁹ García García, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 625 (1994): 2264.

*madras telefónicas se va produciendo un gasto y llega un momento que no le merece la pena buscar más información porque se aumentan los gastos.”*¹⁰

Otro ejemplo que muestra la importancia de la búsqueda de la información lo sugiere Akerloff en su clásico *The Market for Lemons*, entendiendo a este como un bien apenas utilizable para el consumo. “*El mercado de limones parte del supuesto de un mercado falto de información y como son personas esporádicas las que acuden a él una vez, el empresario tiende a bajar la calidad del producto manteniendo el mismo precio.*”¹¹

Asimismo, puede plantearse el tema desde la perspectiva de un juego cooperativo, tomando el ejemplo del dilema del prisionero, siendo que si no hay instituciones que otorguen la información adecuada, y que protejan las reglas de juego, en un mercado inmobiliario clandestino, el oportunismo de los jugadores puede ser una variable, dejando de ser un juego cooperativo para pasar a uno de suma cero, es decir en el que uno gana y el otro pierde, lo cual deriva en una situación de costos de litigiosidad.

Por tanto, frente a una institución que no brinda las seguridades adecuadas¹² a los individuos, el costo se traslada a decisiones del ente judicial. El tema es complejo, toda vez que en nuestra realidad, una solución así buscaría encarecer aún más los costos de transacción, toda vez que el tiempo invertido y los gastos operativos serían externalidades negativas al mercado inmobiliario.

Adicionalmente a estos costos, un sistema inseguro tal cual el descrito, genera un coste de vigilancia, el cual se incrementa con el nivel de falsificaciones que tenemos en nuestro país.

¹⁰ García García, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 625 (1994): 2266.

¹¹ García García, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 625 (1994): 2267.

¹² Esta afirmación también se puede dar para sistemas de seguridad preventiva, que son laxas en la calificación “*A barreras de entrada menos exigentes corresponden efectos más débiles y – como demuestra el análisis de sistemas- la necesidad de recurrir a mecanismos complementarios (normalmente de mercado) para conseguir el nivel de seguridad minimamente aceptable. Dicho de otro modo, los déficit inherentes a todo sistema registral de efectos débiles son cubiertos por el mercado. Es decir, éste suele cubrir el gap entre los efectos requeridos y los producidos, en el caso de sistemas registrales de efectos débiles.*” Gómez Gállico, Francisco Javier. *La Calificación Registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. Tomo I (Madrid: Civitas, 1996), 29.

Los registros públicos en el Perú ¿solucionan estos problemas? Consideramos que en parte. Un registro centralizado como el nuestro, desde sus inicios ha buscado promover el crédito territorial para aumentar la circulación de los bienes y el incremento de la riqueza.

Sin embargo, toda sociedad tiene sus particularidades, y la nuestra no es la excepción. El sistema de transferencia de propiedad en el Perú es declarativo, otorgando los efectos de la oponibilidad. En este sentido, parafraseando a BULLARD, la relación jurídica oponible se convierte en una carrera, donde la meta es llegar a alcanzar un signo de reconocibilidad constituido en mi favor.

Debe ganar el corredor más veloz, el que en la libre competencia imponga su condición sobre los otros. En la carrera poco importará que algunos de los corredores hayan partido antes que los demás. Por el contrario, mayor será el mérito del triunfador si, conociendo esto, llega primero a la meta. Solo habrá *injusticia* si es que quien llega en segundo lugar es declarado ganador por los jueces de la prueba sin expresión de causa. De la misma forma, poco importará quién llegó primero a conseguir la oponibilidad, logrado lo cual, colgarán de su cuello la medalla de la titularidad. Poco importa si el derrotado partió antes. Al contrario, eso es solo una prueba de que el vencedor estaba mejor dotado y era un mejor deportista, o si queremos, un más eficiente maximizador.¹³

Sin embargo, dicha opción- a nuestro criterio adecuada- no ha incentivado en forma total a los ciudadanos a tener sus bienes inscritos, ya sea por los costos que acarrea la formalización¹⁴ o por la falta de difusión de las ventajas del sistema registral, lo cual debe ser materia de estudio profundo a fin de poder mejorar el actual estado de la cuestión.

Vamos a entonces a brindar un acercamiento al origen de la elaboración de la Ley Hipotecaria Española de la cual el Perú es tributaria, a fin de analizar el contexto en el cuál se generó. Luego analizaremos en el contexto en el cual se crearon los Registros Públicos en el Perú y en el cuál se ha desenvuelto en el transcurso de los años, en donde evidenciaremos la importancia de existencia.

¹³ Pizarro Aranguren, Luis. "Reflexiones sobre el libro de registros públicos del Código Civil," *Themis* 30. (1994): 226.

¹⁴ De Soto, Hernando. *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. Traducción de Mirko Lauer y Jessica Mc Lauchlan (Lima: El Comercio, 2000), 46 y ss.

2. ESTACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA

Nuestra legislación registral históricamente es tributaria en mayor medida de la ley hipotecaria española, la cual producto de las necesidades de su tiempo, buscó otorgar —entre otros fines— dinamismo al crédito a fin de aumentar las inversiones, y poder salir de la crisis económica reinante por sistemas de propiedad desfasados propios del antiguo régimen.¹⁵

En cuanto a nosotros, al ser colonia española durante varios siglos, la influencia en diversas materias fue grande, por lo que para entender parte de nuestra realidad registral, hay que tomar en consideración lo ocurrido en la península ibérica con el objetivo de demarcar las semejanzas — y diferencias — de nuestra institución registral (y la calificación¹⁶) con la de dicho país.

En España, antecedentes remotos de la publicidad se encuentran en la *robración*¹⁷, los *pregones* o *anuncios*¹⁸, y las denominadas *publicaciones en los registros*¹⁹. Luego, como antecedentes más cercanos se encuentran la

¹⁵ “Muestra de ellos son los privilegios y como se encontraban repartidos el territorio: “en España una quinta parte del territorio nacional, por lo menos, pertenecía a la Iglesia; casi otro quinto a las otras manos muertas; es decir, que estaba amortizada alrededor del cuarenta por ciento de la propiedad territorial; (...)” Beltran Fustero, Luis. “Rasgos más destacados del régimen jurídico de las propiedades de la Iglesia Católica.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 408, (1962): 348.

¹⁶ En ese sentido, está difundido en doctrina que propiamente la calificación registral nació (tal como la entendemos ahora) con la legislación hipotecaria de 1861 íntimamente ligada a la publicidad y la especialidad.

¹⁷ “Se trata de una corroboración o ratificación solemne y pública de las ventas, que tiene lugar ante testigos. La venta se realiza con anterioridad entre vendedor y comprador, pero luego se ratifica ante testigos representantes de la comunidad, de modo público o solemne a través de la “robración”. En una serie de Fueros de Castilla y de León aparece esta figura.” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 163.

¹⁸ “En el Fuero General de Navarra esta publicación de las ventas parece dirigida más bien a los efectos de posibilitar el ejercicio del retracto gentilicio. Las ventas se publican por medio de pregones durante tres domingos consecutivos a los indicados efectos que se acaban de señalar.” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 164

¹⁹ “Así, en Cataluña, se cita la Pragmática de D. Pedro III de 1339, relativa a la anotación sobre los bienes de los acusados por algún crimen por orden la autoridad judicial, con el objeto de que no pudiesen enajenarlos. En esta Pragmática, redacta en latín, aparecen las palabras *annotacio* y *annotare*, que tanto juego habrían de dar después bajo el concepto de “anotaciones preventivas” implantando por la Ley

pragmática de Carlos I 1539- la que crea el primer registro de España²⁰- y la pragmática de 1768, la cual desarrolla la anterior.

La pragmática de 1539 se otorga en un periodo de prosperidad, en el cual existe desarrollo de la agricultura, ganadería, industria y comercio. Téngase en cuenta además que en ese periodo se realizó el Descubrimiento de América el cual llevó a un acuñamiento de riquezas por parte de los españoles.

Uno de los primeros registros fue el creado en Flandes (1538) el cual se limitaba a los censos de tributos e hipotecas, y que tenía el inconveniente que al ser de origen popular sólo se aplicaba a los reinos de Castilla, y no a Aragón ni Navarra.

Los efectos de dicho registro están dados por *hacer fe* de lo inscrito frente a lo no inscrito.²¹ Siendo esto así, se percibe que dicho *hacer fe* no alcanza a la transferencia de dominio ni a otros derechos reales. De igual manera, los problemas que generan las hipotecas generales y ocultas no son solucionadas por dicha pragmática.

de 1861. Pero como se observará, se trata de una publicidad muy limitada, no sabiéndose si tal anotación se practicaba en los propios autos del juicio o en Registros especiales.” GALINDO Y ESCOSURA. Comentarios a l Legislación Hipotecaria I, p.36, 4ª ed. reimpreso en 1903, citado por García García, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo I, (Madrid: Civitas,1988), 164.

²⁰ “*Por cuanto nos es hecha relación que se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubre y callan los vendedores; y por quitar los inconvenientes en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos de las cualidades susodichas; y que no se registrando dentro de seis día después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor; y que el tal registro no se muestre a ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe, si hay o no algún tributo o venta, a pedimento del vendedor.”* García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas,1988), 167.

²¹ “*Respecto a los efectos del Registro, la Pragmática, en la misma línea que la propuesta de las Cortes, es terminante: los contratos no registrados relativos a censos, tributos e hipotecas, “no harían fe”, ni se podría “juzgar conforme a ellos” ni obligarían a tercero”. Por tanto, no se trata de una publicidad de tipo incipiente, sino de un efecto importantísimo de la “publicidad registral”. Los “terceros” no quedarían perjudicados ni obligados respecto a los censos, tributos e hipotecas no inscritas. Y además, lo no inscrito no haría fe ni podría juzgarse con arreglo a ello.”* García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas,1988), 168.

Si bien detrás de dicha pragmática hubo la intención de solucionar algunos problemas, siendo insuficiente, hubo factores exógenos que coadyuvaron a la ineficacia de dicha norma, como la falta de medidas de ejecución, la lenta –y en algunos casos nula– adopción por parte de las comunidades de dichas reglas, las trabas interpuestas por influencia de personas con alto poder con deudas.

Ante el incumplimiento de la pragmática de 1539, se dio la pragmática de Carlos III 1768. Dicha norma creó los oficios de hipotecas – que luego devinieron en las llamadas contadurías– mediante la cual se tomaba razón²² de las fianzas, escrituras de mayorazgo, transferencia de dominio con cargo, entre otras. No obstante, esto, la hipotecas generales continuaron, y no existieron criterios de prioridad o prelación²³.

No obstante los intentos antes señalados, la realidad de un sistema como el antiguo régimen en el cual no existía certidumbre en el dominio²⁴ ni en

²² “Se establecen también con minuciosidad las circunstancias de los asientos: <La toma de razón ha de estar reducida a referir la data o fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligación o fundación; diciendo si es imposición, venta, fianza, vínculo u otro gravamen de esta clase, y los bienes raíces, además de casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, se entienden también los censos, oficios y otros derechos perpetuos, que puedan admitir gravamen o constituir hipotecas>.” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas,1988), 174.

²³ “En cuanto a la ordenación de los asientos en los libros, se distribuirán por años <para que fácilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, encuadrándolos y foliándolos en la misma forma que los Escribanos lo practican con sus Protocolos; y si las hipotecas estuvieran situadas en distintos Pueblos, se anotará en cada una las que le correspondan”. Hay por tanto, una distribución por pueblos, pero dentro de cada pueblo no hay distribución por fincas, no es un sistema de folio real, sino meramente cronológico.” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas,1988), 174. Asimismo, respecto a la pragmática de la sanción de 1768 se señala “En cualquier caso las Contadurías de hipotecas constituyeron un precedente muy tímido e insuficiente en la movilización de la propiedad inmueble y en la articulación de un sistema de publicidad de los gravámenes que garantizase la circulación de los bienes. Precisamente fueron poco eficaces porque constituyeron un sistema de mera toma de razón de los títulos, en los que no existía un control por parte del controlador de hipotecas de la legalidad de los títulos.” Gómez Gállico, Francisco Javier. *La Calificación Registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral*. Tomo I (Madrid: Civitas, 1996), 186.

²⁴ “ En el antiguo régimen son preferentes, cualquiera que sea el propietario, los privilegios de derecho divino y de utilidad pública, que se ejercen directamente sobre

sus transmisiones²⁵ (la prueba de la propiedad era insatisfactoria²⁶), el crédito territorial estaba estancado, existía la usura y el estelionato, existían privilegios²⁷ como las vinculaciones²⁸, mayorazgos²⁹, censos³⁰, capellanías³¹ amortizaciones de la propiedad inmueble, -de lo cual puede señalarse a manera de ejemplo las preferencias y el poder que ostentaba la iglesia católica³²-, entre otras cosas; los cuales no permitían el desarrollo de la sociedad ante las nuevas situaciones como la revolución industrial.

la tierra con independencia de quien sea propietario. A falta de un sistema seguro de determinación de su origen su devengo es discrecional del señor jurisdiccional de la tierra.” Álvarez Caperochipi, José Antonio. El Registro de la Propiedad y el Sistema de Preferencias Crediticias (Madrid: Comares, 1995), 5.

- ²⁵ “En un sistema jurídico sin garantía pública de la titulación auténtica (...), las adquisiciones patrimoniales carecen de seguridad, porque el adquirente no puede confiar en la documentación aportada por su transmitente (...), ni tiene un sistema seguro de constatación de la identidad del transmitente (...), ni tiene garantía de la titularidad del transmitente.” Álvarez Caperochipi, José Antonio. *El Registro de la Propiedad y el Sistema de Preferencias Crediticias* (Madrid: Comares, 1995), 2
- ²⁶ “Como decíamos, un sistema jurídico que carece de un sistema seguro de prueba de la propiedad hace del privilegio crediticio la razón de identidad y preferencia sobre las cosas, pero aún la existencia y realidad del crédito carece de un sistema seguro de determinación y prueba.” Álvarez Caperochipi, José Antonio. *El Registro de la Propiedad y el Sistema de Preferencias Crediticias* (Madrid: Comares, 1995), 6.
- ²⁷ “Las consecuencias son la inmovilidad de la propiedad; los propietarios son castas indolentes normalmente serviles de la autoridad señorial o eclesiástica de la tierra, no hay creatividad ni iniciativa económica y la falta de seguridad del crédito explica la primacía de la responsabilidad personal, basadas en la confianza, sobre la responsabilidad de los bienes.” Álvarez Caperochipi, José Antonio. *El Registro de la Propiedad y el Sistema de Preferencias Crediticias* (Madrid: Comares, 1995), 5.
- ²⁸ Entiéndase por “vinculación” la restricción o privación de la libre disposición de un inmueble que impone el propietario, siendo que el predio deja de ser transmisible por acto *inter vivos* o *monis causa* a personas ajenas a su descendencia.
- ²⁹ Se señala al “mayorazgo” como aquella forma de vinculación civil perpetua que da derecho de posesión y disfrute de los bienes al primogénito varón, con la condición de que mantenga íntegro el bien vinculado.
- ³⁰ El “censo” es el derecho real que nace generalmente de un contrato, por el cual se adquiere el derecho de percibir una pensión anual mediante la sujeción de un determinado inmueble;
- ³¹ La “capellanía” es una fundación con la que se vinculan bienes al imponer a su poseedor la obligación de mandar ‘celebrar anualmente cierto número de misas u otras cargas pías.
- ³² “Resumiendo, podemos concretar que en España llegó a ser la Iglesia el primer propietario del país, por diversas causas, entre otras las siguientes: A) Los diezmos. B) Confiscación en su favor de los bienes de las confesiones religiosas declaradas ilegales. C)

Lamentablemente, esta difícil realidad de un sistema inviable se topó con la invasión francesa³³, la cual fue la justificación de los conservadores³⁴ para evitar el cambio de régimen. Luego de la restauración de la soberanía a los españoles, los terratenientes feudales reconocieron que el viejo orden no podía ser restaurado, y que era necesario un cambio total de régimen³⁵.

En este sentido se buscó realizar el cambio aprovechando el aumento demográfico, la expansión económica del fomento del crédito y de bienes, la creación del ferrocarril y la desamortización de bienes³⁶, todo en busca de la seguridad jurídica, o en todo caso de una estructura jurídica más eficaz.

³³ La invasión Napoleónica se produjo en 1808, la cual propagó los principios que contiene la Declaración de los Derechos del Hombre, cuya influencia se extendió hasta las Colonias de Hispano – América.

³⁴ “Y la razón que se haya dado un tan llevado número de fracasos tampoco ha de explicarse por la estupidez congénita de los políticos del absolutismo aunque es bien cierto que son muy inferiores, por término y medio, a los dirigentes liberales, sin tener en cuenta que lo que se les encomendaba era una tarea imposible: mantener en funcionamiento un sistema político inviable”. Fontana, Josep. *La crisis del Antiguo régimen 1808 – 1833. Guías de historia contemporánea de España*. (Barcelona: Crítica, 1979), 26.

³⁵ “Así se pudo operar un tránsito pacífico y pactado de la sociedad feudal al nuevo orden burgués. Desgastada la monarquía absoluta que había sido la expresión política de los intereses de la propiedad feudal, se la substituyó por una monarquía parlamentaria un mínimo de medios de fortuna que era la forma de organización más adecuada para la defensa de los intereses de la nueva propiedad: de los intereses de los viejos propietarios feudales, metamorfoseados en terratenientes burgueses, más los de los comerciantes, industriales y sentistas” p. 48. Josep Fontana, *op. cit.*, p.26. No obstante esto, hay que apreciar la importancia que tienen los bienes inmuebles como factor de crecimiento en ese momento, siendo que ahora ha sido desplazada por otros factores de riqueza. “Por una parte, desde la época de las desamortizaciones a la actualidad, la propiedad inmueble ha perdido en buena medida el significado que tuviera entonces como representativa de acumulación de riqueza y de poder económico. Efectivamente, la desamortización señorial lo único que hizo fue cambiar el concepto, no la atribución de bienes, al transformar los señoríos en propiedad privada.” DE LOS MOZOS, José Luis, *op. cit.*, 640.

³⁶ “El Registro de la Propiedad –dice- supone un esfuerzo de la clase burguesa liberal del siglo XIX por rodear sus bienes inmobiliarios de garantías de defensa y delata una inequívoca mala conciencia social... Cuando una clase llega al poder se apresura lógicamente a firmar su dominio económico, despojando a los otros grupos. Tal fue, en general, el comportamiento de los burgueses del siglo XIX a través fundamentalmente de las leyes desamortizadoras...” Posición de NIETO citado por GALLEGU DEL CAMPO, Germán, *op. cit.*, p.623. En otro sentido se expresan GARCÍA SANZ y ARTOLA, “En consecuencia, si se concibe el Registro de la Propiedad como una institución ligada a las nuevas formas de propiedad territorial, su origen no puede hacerse depender; ni exclusiva ni fundamentalmente, de la legislación desamortizadora, cuyo papel en la gestación del nuevo modelo inmobiliario es solamente parcial y fragmentario. Entenderlo de otro modo equivale a

Donaciones de monarcas que dispusieron de comarcas enteras en provecho de entidades eclesiásticas. D) Legado e instituciones hereditarias, especialmente en épocas de inquietud – recuérdese la alarma del año 1000 que tantos señalaron como fecha del juicio final- estimuladas por la creencia de que favoreciendo económicamente a la Iglesia se entraba fácilmente en el reino de los cielos. E) Transmisiones inter vivos de seglares indefensos, para granjearse su protección (...) F) Obstinación de la Iglesia en no enajenar su patrimonio.” Beltran Fustero, Luis. “Rasgos más destacados del régimen jurídico de las propiedades de la Iglesia Católica.” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 408, (1962): 346.

En este sentido, uno de los instrumentos que iban a favorecer este cambio era la dación de una norma que regule la materia hipotecaria y las transmisiones de dominio. En función de todo lo brevemente reseñado se dio en sus primeras fases el proyecto de Código civil de 1836,³⁷ luego el proyecto de Ley de Bases de 1843: Las Bases 50, 51 y 52³⁸. Se propuso también tiempo después el ante-

incurrir en un reduccionismo arbitrario.” GALLEGU DEL CAMPO, Germán, óp. cit., p.638.

³⁷ El cual regulaba la toma de razón sólo de hipotecas (si no se perdía el rango hipotecario, sólo le quedaría como acreedor personal). Como regla se establecía la especialidad y publicidad de hipoteca. Se estableció la hipoteca judicial (anotación preventiva), y la Responsabilidad de los conservadores o encargados. “*Los Registros radican en cada capital de provincia y de partido; están a cargo de un oficial público autorizado por el Gobierno, y son denominados expresamente “conservadores o encargados del registro público de hipotecas”. La toma de razón ha de hacerse en base a la primera copia del contrato y se hará constar por la nota al pie de dicha copia, una vez realizada la toma de razón. Se establece la responsabilidad de los “conservadores por no haber expresado en las certificaciones toma de razón que se hayan verificado.”* García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas,1988), 183.

³⁸ La cual establecía la inscripción constitutiva de la hipoteca (a diferencia de proyecto de 1836 que sólo la reconoce como privilegio), el principio de especialidad, la ampliación del carácter constitutivo a transmisiones de dominio y otros derechos reales. “*Ha dicho acertada Villares Pico (18) que la base 52 “establecía la inscripción como único modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles”, opinando que, aparte de la obra del profesor Odier, la fuente más próxima de esta base por razón del tiempo fue el proyecto de Ley Hipotecaria del cantón de Ginebra de diciembre de 1827, en cuyo artículo 1º se decía: “Ningún derecho real sobre los inmuebles en el cantón se considerará como tal si no ha sido hecho público en la forma prescrita por la Ley”. También se pudo hacer tenido presente, según Villares, la Ley de Hipotecas de Wurtemberg de 1825, que sólo consideraba propietario de un bien inmueble al que lo tenga inscrito, no pudiéndolo transmitir mientras no lo hubiera inscrito a su nombre. La influencia germánica sobre estas bases queda, pues, bastante clara, no sólo por los citados testimonios, sino por el contenido de las propias bases.”* García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas,1988), 186-187.

proyecto de los títulos de hipotecas y registro dentro del Código civil de 1848³⁹. Posteriormente, se estableció el proyecto de Código Civil de 1851 el cual fue influenciado por el Code de Napoleón, pero que en materia hipotecaria siguió lo germano - por ejemplo en la prioridad, tracto sucesivo, titulación auténtica, legitimidad⁴⁰, así como la función del tenedor del registro⁴¹.

Luego, ante los fracasos de la “cuestión foral” se inicia la fase de elaboración de la elaboración de la Ley Hipotecaria como Ley especial, mediante el Real Decreto de 8/8/1855 que creó la Comisión para redactar Ley Hipotecaria y el Proyecto de Ley de Bases 1857 y su modificación en 1858.

La ley hipotecaria española de 1861 es producto de la influencia de las legislaciones de la época⁴², y de su propia originalidad⁴³. En ese sentido, recoge

³⁹ Dicho anteproyecto da lugar al concepto de tercero, se regula que en materia de hipotecas y transmisión de dominio el registro es constitutivo sólo frente a terceros. (lo cual nosotros entendemos como inoponibles). Se ratificó la especialidad y publicidad de hipotecas sin excepciones. Se estableció la legalidad, en función de la titulación auténtica y la calificación.

⁴⁰ “*De todos modos, no hay que olvidar lo que luego señaló Bienvenido Oliver: el desconocimiento por parte de los autores del proyecto <de los fundamentos racionales e históricos del principio de legitimidad o legalidad, y de su necesario e ineludible complemento: el previo examen y consiguiente calificación de los documentos sujetos a inscripción, por el encargado del Registro>. Pero, en cualquier caso, hay un importante germen de calificación registral en el proyecto de 1851, a diferencia de lo que ocurría en el sistema francés.*” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 193.

⁴¹ “*Se alude al tenedor del registro, con funciones adecuadas para extractar el título y no simplemente para transcribirlo. Dice Luzuriaga: <Como el tenedor del registro ha de ser letrado y debe reunir las cualidades de una instrucción especial y de una diligencia probada, tiene, por consiguiente, la competencia necesaria para extraer del título y poner en la inscripción todo lo que la ley exige, y de este modo no se aventura el acierto a la impericia de los requirentes. Para determinar todas las circunstancias que ha de contener la inscripción, ha sido preciso atender a lo que cada uno, de los derechos que hayan de inscribirse, tiene de especial; por consiguiente, la guía de la Sección es esta parte ha sido su propia razón confirmada por el ejemplo seguido principalmente en la ley de Ginebra>.*” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 192 - 193.

⁴² Muestra e ello están la Ordenanza de Federico II del 10.12.1783 y el Código Civil o Landrecht prusiano de 1794, la Ley de Hipotecas de Sajonia del 6.11.1843, la Ley de Hipoteca de Lubeck del 6.6.1813, la Ley de Hipotecas de Mecklemburgo-Schwerin-Strelitz (1830), la Ley de Baviera de 1.6.1822, la Ley Hipotecaria de Grecia de 11.8.1836, el proyecto ginebrino de 1827, la Ley Belga de 1851, la Ley de Transcripciones francesa de 1855.

⁴³ Muestra de ello “*Y no digamos nada si lo que se pretende por autores modernos es atisbar si el concepto de “tercero” de la Ley de 1861 era “germánico” o “latino”. El que haya una influencia germánica en el sistema general no significa que no pueda configurarse el tercero*

el principio de especialidad, y la publicidad (influencia alemana) en desmedro de las hipotecas tácitas y generales, la inscripción de hipoteca es oponible a terceros, la introducción de los llamados terceros latino y germánico, y también recoge en forma explícita (aunque no tan clara) los alcances de la calificación.

En ese sentido el artículo 18⁴⁴ de la Ley limita la evaluación a la “legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras” y a la “capacidad de los otorgantes”, siendo que debe ser interpretado en conjunto con el artículo 65⁴⁵ (el cual luego es reglamentado por el artículo 57 del Reglamento Hipotecario⁴⁶), haciéndose extensivo la calificación de la validez de los títulos.⁴⁷

de la Ley de 1861 como el que ahora se denomina “tercero latino”, pues en aquella época no había esa contraposición de terceros. Fue precisamente la Ley de 1861 la que crea esos dos terceros: uno de ellos, el del actual 32, por influencia belga y francesa; y el otro, el del actual artículo 34, por originalidad de la propia Ley de 1861.” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 197.

⁴⁴ Artículo 18 de la Ley Hipotecaria de 1861. “*Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras.*” (El subrayado es nuestro).

⁴⁵ Artículo 65 de la Ley hipotecaria española: “*Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida. Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad.*” (El subrayado es nuestro).

⁴⁶ Artículo 57 del Reglamento hipotecario del 21.6.1861: “*Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer o no en su consecuencia una anotación preventiva, según lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley, atenderá el registrador a la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuera nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen u otra causa semejante, independiente de la forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuese válida, atendidas las circunstancias dichas, y el vicio o defecto estuviere tan sólo en el documento que las contenga, y que se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción se tendrá por no subsanable la falta.*” (El subrayado es nuestro).

⁴⁷ “*Además, el artículo 20 alude a los “obstáculos registrales” a través del defecto de previa inscripción, con lo que, al mismo tiempo, formula, incipientemente, el tracto sucesivo. La configuración de estos dos principios de calificación y de tracto sucesivo es lo suficientemente expresiva del carácter que se quiere dar al Registrador en su función de control de la legalidad del tráfico jurídico inmobiliario, si bien, el sistema de nombramiento de los Registradores que siguió no fue el adecuado, según se pudo comprobar en los primeros años de vigencia de la Ley, lo que dio lugar, entre otras causas, a la reforma de 1869, según veremos en el capítulo siguiente.*” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 204. Asimismo, “*(...) La función calificadora no se agota en la decisión lógica que declara ajustada o desajustada a la legalidad una determinada relación*

BIENVENIDO OLIVER, uno de los más prolijos estudiosos del derecho hipotecario en España, ha sostenido que *“tienen la facultad para calificar la legalidad de todos los títulos o documentos que se presenten en el Registro, sin distinción alguna, ya estén autorizados por Notario, ya por cualquier otro funcionario público del orden administrativo o judicial, tanto en lo relativo a las formas extrínsecas de dichos documentos, como al contenido de los mismos, (...)”* El subrayado es nuestro.⁴⁸ Se puede observar la interpretación que la calificación se extiende tanto al fondo como a la forma de los documentos inscribibles.

No obstante, las bondades de dicha norma, hubo muchas dificultades para su aplicación, por la difícil adopción de la norma por parte de la sociedad en su conjunto, el miedo de los registradores a inscribir títulos defectuosos o con visos de defectos a fin de evitar responsabilidades, los defectos de los títulos anteriores a la Ley de 1861.

GARCÍA GARCÍA señaló:

*“Las dificultades de aplicación de la Ley Hipotecaria de 1861, al ser tan diferente el sistema introducido, produjeron un auténtico caos. Muchos propietarios no pudieron inscribir sus títulos en el plazo que la Ley señalaba. Por otra parte, se presentaban títulos defectuosos, y los Registradores de aquella época, para evitar responsabilidades, rechazaban la inscripción de los mismos o la paralizaban. La escasa superficie de las fincas en algunas regiones, como en Galicia, fundamentalmente, por la excesiva subdivisión del suelo impedía la inscripción de muchas de ellas). En fin, los títulos anteriores impedía la inscripción de muchas de ellas). En fin, los títulos anteriores a la Ley de 1861 planteaban una serie de problemas en cuanto a sus requisitos y efectos.”*⁴⁹

jurídica. El Registrador precalifica en muchos casos, es decir, reflexiona sobre el negocio todavía no documentado para conformarlo al ordenamiento vigente; colabora en su configuración y en su diseño definitivo. Y cuando, operando sobre el documento presentado, emite una calificación negativa, no da fin con ello a su intervención. Por el contrario, inicia a partir de este punto, la parte más delicada y comprometida de su actuación, advirtiéndose a los interesados de las contradicciones en presencia y ofreciendo, en su caso, una solución y una respuesta. Porque, en cuanto operador del Derecho, la relación o el negocio jurídico registrable no es tanto un juicio a emitir, cuanto una cuestión a resolver.” GALLEGU DEL CAMPO, Germán, óp. cit., pp.673-674.

⁴⁸ Pau Pedrón, Antonio. *Bienvenido Oliver, en el pensamiento español del siglo XIX*. (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997), 59.

⁴⁹ García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 208.

Por esto se busca facilitar la inscripción de títulos, fortalecer el crédito territorial, potenciar efectos de la inscripción, adaptación al Código Civil de 1889⁵⁰ se da la reforma hipotecaria de 1909.

En dicha reforma se une el antiguo artículo 18 con el artículo 65⁵¹, siendo que dicho artículo recogió luego de la reforma⁵² la distinción entre faltas subsanables e insubsanables. Además se precisó que la calificación se refería a “documentos de toda clase”.⁵³

Finalmente se dio la reforma hipotecaria de 1944 -1946 toda vez que gran parte de las propiedades se encontraban fuera de registros, así como surgieron nuevas figuras que son útiles para el fomento del crédito territorial.

En dicha reforma se estableció que la calificación abarca “la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase” “la capacidad

⁵⁰ Debemos señalar que dicho ordenamiento influido por el Code señala en su artículo 348.- “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*” No obstante, esta semejanza, el ordenamiento civil español marcó distancia del Code en diferentes aspectos, entre los que se encuentra el tipo de publicidad, el tipo de registro y los principios que lo motivan. En este sentido, el ordenamiento civil español, en el tema de propiedad, tiene una relación de dependencia intensa con la legislación hipotecaria.

⁵¹ Art. 18.- *Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, a los efectos del artículo 65 de esta Ley. (El subrayado es nuestro).*

⁵² Art. 65. *Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida. Si el título contuviera alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presentó el título. Serán faltas no subsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación. En el caso de contener el título alguna falta de esta clase se denegará la inscripción sin poder verificarse la anotación preventiva. (El subrayado es nuestro).*

⁵³ Asimismo, debe señalarse en el reglamento hipotecario de 6/8/1915 existen variaciones del reglamento anterior. “(...) *Respecto a la calificación registral, se hace una regulación diferente de la que marcaba el Reglamento anterior; respecto al recurso gubernativo contra la calificación. Se indican además unas orientaciones sobre la distinción entre faltas subsanables e insubsanables y que regula el recurso de queja del Registrador ante apremio de Jueces y Tribunales para practicar un asiento imprecendente a juicio del Registrador (art. 148 del Reglamento, precedente del actual art. 136).*” García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, (Madrid: Civitas, 1988), 261.

de los otorgantes” “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”⁵⁴ determinando si es una falta subsanable o no revisando el contenido, las formas y solemnidades del título.⁵⁵

En conclusión podemos señalar que la Ley hipotecaria surge como instrumento en función de solucionar problemas que España vive en un sistema basado en privilegios en el cual la propiedad estaba inmóvil, siendo beneficiados los grandes señores feudales o instituciones que gozaban de prerrogativas.

Se desea un cambio en el sistema económico frente a la descapitalización de la tierra, siendo este iniciado durante el trienio liberal (1820-1823) con las leyes de desamortización.

3. LA GESTACIÓN DE LOS REGISTROS EN EL PERÚ

En la búsqueda de antecedentes de la propiedad en el Perú antes de la conquista, podemos encontrar en el ayllu una forma primigenia de ocupación y explotación de la tierra⁵⁶. Luego, en el régimen incaico, el ejercicio

⁵⁴ Art. 18.- *Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.*

Art. 98.- *El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud, se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos.*

Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad.

⁵⁵ Art. 65.- *Las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Si el título tuviera alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando la solicite el que presentó el título.*

En el caso de contener alguna falta insubsanable se denegará la inscripción, sin poder hacerse la anotación preventiva.

Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.

⁵⁶ “De acuerdo con los elementos de juicio proporcionados por los historiadores y soció-

del gobierno se basaba en un poder teocrático y paternal, mediante el cual distribuía las tierras de cultivo de acuerdo con las necesidades de la familia.⁵⁷

Posteriormente, con la conquista española de los pueblos de esta parte del continente, se concedieron las llamadas “capitulaciones” a los conquistadores, autorizándose establecer las *encomiendas*.⁵⁸ A la muerte de Pizarro el Rey de España tomó la administración directa de las colonias nombrando a sus representantes *virreyes*, lo cual conllevó a la importación de sus sistemas e instituciones.⁵⁹ Un ejemplo de ello fue la imposición a todas las Colonias de América -mediante las Reales Cédulas de 8.5.1778 y 16.4.1783- la Pragmática del Rey Don Carlos III de 1768 la cual crea los *Oficios de Hipotecas*.⁶⁰

logos de los tiempos de la Conquista y los contemporáneos, se llega a la conclusión, de que el ayllu es una organización primitiva de posesión comunitaria, y que por un proceso de evolución lenta dio nacimiento al Estado Incaico, a la posesión privada de la tierra y la coexistencia de un sistema feudal sustentado en la cooperación del pueblo quien se beneficia con una justa distribución de la producción para satisfacción de sus necesidades y asegurar su bienestar.” Pardo Márquez, Bernardo. Derecho Registral Inmobiliario en el Perú. Segunda Edición. Tomo I (Lima: Huascarán, 1966), 8.

⁵⁷ Al nacimiento de un hijo varón correspondía un topo, y el de una mujer le correspondía medio topo.

⁵⁸ Las encomiendas consistían en el reparto de tierras con 300 indios para que prestaran servicios a los beneficiarios de los fundos, quienes a su vez asumían las obligaciones de instruirlos en la fe cristiana y prestar servicio militar al monarca cuando era requerido.

⁵⁹ En ese sentido “*el primer libro de Registro de inscripciones de censos y tributos que gravaban la propiedad rústica y urbana de Lima, se mandó abrir en cumplimiento de la provisión real de la Audiencia de Lima de 3 de abril de 1565 y en aplicación de la Real Carta Orden expedida por el Rey Don Felipe II, derivada de los dos capítulos de las Cortes de Madrid de 1528 y de Toledo de 1539 (Cfr. Novísima Recopilación de las Leyes de España mandada formar por el Señor Don Carlos IV. Ley II. Título XV, Libro X, y Ley I, Título XVI, Libro X. Madrid, 1805 -Edición facsimilar: Boletín Oficial del Estado. Tomo V. Madrid, 1976, pp. 76, 77 y 105). El primer asiento del libro está fechado el 2 de mayo de 1575, autorizado por el Escribano de Cabildo don Juan Gutiérrez, y el último llega a septiembre de 1600” Cárdenas Quirós, Carlos. “Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984” *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, año I, N° 3 (Lima, 2000), 16-17.*

⁶⁰ Tal como hemos indicado líneas arriba dicha pragmática si bien reglamentó la creada en 1539 en la práctica no funcionó en España, no siendo distinto en el Perú colonial, ya sea por las deficiencias de la propia normativa o por una indebida aplicación. Muestra gráfica de ello nos relata RICARDO PALMA “*Después de dar cuenta de la cédula en el Real Acuerdo, poníase sobre su puntales, cogía el papel o pergamino que la contenía, lo*

Producida la independencia las normas españolas en materia registral continuaron aplicándose tomando en consideración que el Estatuto Provisional del General Don José de San Martín señalaba que quedaban con toda su fuerza y vigor las leyes españolas que no se opusieran a los principios independentistas.⁶¹

Después, en 1835, el Proyecto de Código Civil⁶² de don Manuel Lorenzo de Vidaurre⁶³ se limitó a regular las cargas y gravámenes y no así las transmisiones inmobiliarias, siendo sin embargo considerado por algunos el primer ensayo individual de una legislación nacional de orden privado.⁶⁴

En el gobierno de José Rufino Echenique se promulgó el Código Civil de 1852⁶⁵ el cual creó el oficio de hipotecas a cargo del escribano público⁶⁶

besaba si en antojo le venía, y luego, elevándolo a la altura de la cabeza, decía con voz robusta: Acato y no cumplo. Palma, Ricardo. “Una Hostia sin consagrar”, *Tradiciones peruanas completas*, sexta edición. (Madrid: Aguilar, 1968), 637.

⁶¹ Esto se vio reflejado en el artículo 121° de la Constitución de 1823 señala que las leyes anteriores a la misma, que no se opongan al sistema de independencia y a sus principios, se mantienen vigentes hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal, Militar y de Comercio. Art. 121.- *Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio.*

⁶² El artículo 34 señaló que “*Habrà un Oficio de Hipotecas en todo pueblo, en donde halla cabildo y escribano*”. Y el Art. 37 “*Todo escribano ante quien se ocurra para extender una escritura con hipoteca, antes de extenderla pasará un billete al escribano de hipotecas en estos términos: Señor escribano de hipotecas, D. Antonio Saavedra va a recibir 10,000 pesos fuertes de D. Juan Apesteguía con hipoteca especial de su hacienda Santa Beatriz, cita en el valle de Lima y en la cercanía de la portada de Juan Simón, se necesita que Ud. conteste si sobre dicha hacienda grava algún censo o hipoteca*”.

⁶³ “*Con el triunfo de su aliado político Santa Cruz, Manuel Lorenzo tuvo la ilusión de que el Proyecto deviniese en código de la nación. Sin embargo, dada que la expectativa real sobre el mismo era mínima, se resignó a que dicho trabajo fuese útil para la doctrina civilista de su tiempo.*” Ramos Nuñez, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo Vidaurre* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 234.

⁶⁴ Perez Bonany, Alfonso. “Manuel L. de Vidaurre.” *Biblioteca Hombres del Perú*. (Lima: Universitaria, 1964), 62.

⁶⁵ Dicha norma fue afín al Code Francés el cual, por ejemplo, define la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta sin más limitación que las impuestas en las leyes y reglamentos en el Code, es similar – no igual- en nuestro código de 1852 “*La propiedad o dominio es el derecho a gozar y disponer de las cosas*”.

⁶⁶ Art. 2051. *Habrà en cada capital de departamento y à cargo de un escribano público,*

el cual registraba⁶⁷ las hipotecas sobre bienes situados en su respectivo departamento llevando un libro en el cual se tomaba razón de las hipotecas. La *calificación en estos libros*, al igual que en las normas precedentes, es mínima⁶⁸ toda vez que sólo se limitaba a la verificación de las cargas y gravámenes, no así a la verificación de la validez del acto constitutivo de la obligación principal.

En este sentido, dicho articulado de normas no propició el aumento del crédito territorial ni impulsó el tráfico inmobiliario, los cuales habían entrado en crisis debido, entre otras cosas, a la guerra con España.

Muestra de esto nos lo brinda PARDO MÁRQUEZ:

“Después de la guerra con España de 1866, la agricultura se halló en estado de crisis. Los agricultores carecían de capitales propios y topaban con la dificultad de obtener créditos que les permitiera el dinero indispensable para cultivar los campos. La guerra civil empobreció al agricultor con los “cupos” que establecían los caudillos que se dis-

un oficio de hipotecas para el registro de todas las que se constituyan sobre bienes ciertos y determinados.(...)

⁶⁷ Art. 2052. *Cada escribano de hipotecas registrará todas las que se impongan sobre bienes situados en su respectivo departamento: y llevará con tal objeto un libro en papel común, que tenga rubricadas todas sus hojas por el juez de primera instancia menos antiguos del lugar, y puesta en la primera página una anotación en que conste la fecha en que se abre este libro, el número de sus hojas, y los nombres del juez que las rubricó y del escribano á quien se confía el registro. Esta anotación será firmada por los visitadores de hipotecas designados en el art. 2067, por el juez que hubiese rubricado el libro, y por el escribano que lo recibe.*

En este libro tomará razón el escribano, de las sentencias y de las escrituras públicas en que se imponga alguna hipoteca, escribiendo los asientos de cada toma de razón, á renglón siguiente del anterior; firmándolo junto con la persona que le hubiese presentado la constancia legal del documento hipotecario, y poniendo al margen, el número que corresponda al asiento, y la suma de su contenido. La numeración de los asientos volverá á empezar cuando se abra otro libro, con las mismas formalidades, por haberse llenado el anterior.

⁶⁸ Art. 2053. *En la toma de razón se expresará: 1.º El dueño del inmueble hipotecado; 2.º El valor de la obligación que se asegura con la hipoteca; 3.º El nombre de la persona á favor de la cual se constituye; 4.º La vecindad de los contratantes; 5.º La situación y los linderos de la finca hipotecada, y cuantas señales la determinen de modo que no puede confundirse con otra; 6.º La circunstancia de estar ó no hipotecado anteriormente el inmueble que se grava; 7.º El lugar y la fecha en que se extendió la escritura de obligación, y el escribano que la autorizó; 8.º El lugar y la fecha en que se toma razón.*

*putaban el poder; agravada esta situación con las elevadas tasas de intereses que cobraban los habilitadores o usureros, en razón de que los préstamos no se hallaban sólidamente respaldados. En esta premiosa situación económica, la solución no podía ser otra que buscar el apoyo del Estado a fin de adquirir préstamos para la agricultura en condiciones menos onerosas.”*⁶⁹

Frente a dicha realidad, se presentaron proyectos que buscaron paliar la situación. El Dr. Francisco García Calderón presentó un proyecto sobre el Banco de Crédito Territorial Hipotecario⁷⁰ y Don José Félix Arias presentó el Proyecto de Banco Agrícola. Todo esto, en parte, se plasmó por obra de Don Mariano Ignacio Prado al expedir el Decreto Supremo de 31.1.1866 el cual fue ratificado por el Congreso Nacional el 28.1.1869 estableciendo el Banco de Crédito Hipotecario.

En ese sentido GARCÍA CALDERÓN analiza el contexto peruano de la época señalando:

*“(…) El territorio de la República fue ocupado repetidas veces alternativa y sucesivamente por el ejército español y por el independiente; y cuando esta guerra terminó, principió la cadena de guerras civiles y de revoluciones, cadena que se compone ya de muchos anillos, y que no sabemos cuando terminará”*⁷¹.

⁶⁹ Pardo Núñez, Celestino. “Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 623 (1994): 292.

⁷⁰ “El Doctor Francisco García Calderón tuvo la visión de porvenir de nuestra agricultura. El Perú –dijo– es y debe ser un país agricultor. Por eso le preocupó el problema del crédito agrícola, necesario especialmente al pequeño labriego para el laboreo de sus tierras. Propició, al efecto, la creación de Bancos de Crédito Territorial Hipotecario, cuya organización proyectó en forma original y sugestiva. Puede afirmarse que en los detalles de esa organización hay muchos puntos de contacto con el moderno sistema alemán. Las tierras se movilizan representadas en billetes hipotecarios que circulan como papel de crédito. Se completa el proyecto con una admonición en pro de la reforma de las disposiciones del Código Civil sobre registros de hipotecas, cuyas graves defectos son magistralmente puntualizados. Probablemente fue García Calderón el primer jurista que auspició en el Perú la obligatoriedad de las inscripciones inmobiliarias; y fue, seguramente, el más decidido premonitor de la actual ley del registro de la propiedad inmueble, promulgada cerca de treinta años después de escrito el Diccionario”. Bustamante y Rivero, José Luis. *La Ideología de don Francisco García Calderón*. (París, Descléem de Brouwer, 1946), 21-22.

⁷¹ García Calderón, Francisco. *Estudios sobre el Banco de Crédito Hipotecario y las leyes de hipotecas*, (Lima, Imprenta dirigida por Jose M. Noriega, 1868), 10-11.

Luego, indica alguno de los motivos de la desocupación de la tierra y precarización de la agricultura:

“En todo este tiempo los ataques a la propiedad mueble y semoviente de los agricultores, la desolación de los campos, y los empréstitos forzosos llamados “cupos” que se imponían a los dueños de predios, causaron tal abatimiento en la riqueza agrícola, que nadie quería tener propiedad territorial”⁷²

Finalmente, luego de analizar la situación de nuestro país en aquella época, da una de las justificaciones para la creación del Banco Hipotecario y su apuesta por la agricultura:

“Estudiado atentamente el Perú. ¿Qué otra cosa puede ser sino agricultor? Inmensos valles cultivados brindan al hombre trabajo y pan: ricas minas lo convidan a excavar la tierra; y con la escasa población que tiene ¿le convendría abandonar esta riqueza positiva, para buscar otra que no conoce y que no sabe crear?”⁷³

Posteriormente tenemos un periodo de cierta bonanza económica que fue opacado por la guerra que mantuvimos con Chile, la cual derivó en la ocupación de Lima⁷⁴ para una forzada firma de paz.⁷⁵ A esto le siguió las guerras internas (Cáceres – Iglesias, entre otros) de nuestro país.

Frase que resume lo sucedido en esa época es:

“País feliz cuyo entretenimiento constante e inocente: es hacer revoluciones para elegir cada tres meses un nuevo presidente”⁷⁶

⁷² García Calderón, Francisco. *Estudios sobre el Banco de Crédito Hipotecario y las leyes de hipotecas*, (Lima, Imprenta dirigida por Jose M.Noriega, 1868), 11.

⁷³ García Calderón, Francisco. *Estudios sobre el Banco de Crédito Hipotecario y las leyes de hipotecas*, (Lima, Imprenta dirigida por Jose M.Noriega, 1868), 17.

⁷⁴ “Hacia mediados de enero la escasez y carestías de las subsistencias lleva a la desesperación tanto a la población civil como al ejército derrotado originándose así graves desórdenes que son enfocados por la historiografía chilena con un énfasis tan exagerado que llega a distorsionar la realidad y le da un alcance que busca sólo denigrar a la población de Lima.” Guerra Martiniere, Margarita. *La ocupación de Lima (1881-1883)*, (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991), 76.

⁷⁵ Debe recordarse que luego de la invasión chilena se formó una junta de notables la cual nombró a Francisco García Calderón como presidente el que sin embargo, expresó su negativa a firmar la paz con cesión de territorio.

⁷⁶ Löfeler, Carlos. *La guerra civil en el Perú, El comercio* Traducción del alemán. Lima, 10 de marzo, 1888 p.3

En este contexto, el crédito territorial casi nulo, agricultura en crisis, inseguridad jurídica, tráfico inmobiliario estancado, se promulgó la Ley de 2 de enero de 1888 la cual tenía como objetivo revertir dicha situación.⁷⁷

Es interesante verificar lo que diarios de la época manifestaban:

*“La ley de 02 de Enero de 1888, que mandó a establecer en la República el Registro de la Propiedad Inmueble, resolvió en el Perú el doble problema que desde largo tiempo preocupaba la opinión pública y que estaba ya resuelto en todos los países progresistas: “adquirir sin temor de perder lo adquirido y prestar con seguridad sobre la propiedad raíz”.*⁷⁸

Y luego añadían:

*“(…) Es de advertir, que el objeto de la ley del Registro es solo favorecer a los terceros interesados quedan de buena fe su dinero, y no afecta los derechos existentes entre los contrayentes; por lo que los efectos de la falta de inscripción se limitan a los primeros. (…).”*⁷⁹

Si bien al promulgarse sufrió variación en su contenido – en comparación con el proyecto original- la ley de 2.1.1888 dejó a la Corte Suprema⁸⁰ formular el Reglamento de los Registros.

3.1 Desarrollo de los Registros Públicos

En el Reglamento emitido por la Corte Suprema se señala en el artículo 53 que los Registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas

⁷⁷ “La Ley de 2 de Enero de 1888 tendió, pues, a evitar este mal (Crédito territorial casi nulo, tasa de interés altísima, entre otras cosas); y lo consiguió adoptando los principios de publicidad, especialidad y legalidad, de su modelo la primitiva Ley Hipotecaria española de 1861 (...)” (El añadido es nuestro). Acevedo y Criado, Ismael. “La institución del registro de la propiedad inmueble del Perú, sus antecedentes legales y formas más urgentes.” *Revista de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. (1959), 96.

⁷⁸ En: GACETA JUDICIAL: Diario de doctrina, legislación, jurisprudencia y crónica. Lima, 21.3.1891.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Art. 8 de la Ley de 2.1.1888.- “El Reglamento á que se refiere el artículo anterior será formulado dentro de seis meses por la Corte Suprema, y sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo. El mismo Tribunal nombrará y renovará a su juicio a los encargados del Registro de la Propiedad.”

de los títulos y la capacidad de los otorgantes⁸¹, siendo que en caso encontrar algún defecto, se procederá a manifestarlo a fin que sea subsanado⁸².

Asimismo, se deduce que la calificación abarcaba también el estudio del título mismo, siendo que en caso que no se acarree la invalidez del mismo pero que adolecía algún defecto, podía ser sujeto de subsanación⁸³.

Luego, si bien la Corte Suprema tuvo funciones respecto a registros en un inicio, mediante Ley de 25.11.1892 fue reemplazada por la Junta de Vigilancia la cual estaba conformada por un representante del Ministro de Justicia, un Fiscal de la Corte Suprema, un Fiscal de la Corte Superior, el Decano del Colegio de Abogados y del Director del Registro de la Propiedad Inmueble.

Posteriormente, la Junta de Vigilancia en 1905 crea el Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble, el cual –en el tema de la calificación⁸⁴ por parte de los registradores- no varía sustancialmente de

⁸¹ Art. 53.- *Los Registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los títulos que les sean presentados y la capacidad de los otorgantes, por sólo lo que resulte de los referidos títulos.*

⁸² Art. 54- *Cuando el Registrador notara alguna falta en las formas intrínsecas de los títulos, o incapacidad en los otorgantes, lo manifestará a los que pretendan que se extienda algún asiento para que subsanen la falta en el término de treinta días; y si no la subsanan a satisfacción del Registrador, devolverá éste los títulos al interesado para que entable los recursos correspondientes, sin perjuicio de extender anotación preventiva, como lo ordena el inciso 7° del artículo 96, si hubiere lugar a ella y la solicita el interesado.*

En el caso de no extenderse anotación preventiva el asiento de presentación del título continuará produciendo sus efectos durante treinta días, contados desde su fecha.

⁸³ Art. 117.- *Son faltas subsanables de los títulos presentados para inscripción o para anotación preventiva, las que afecten la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en ellos constituida.*

Si un título contiene alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción, y extenderá anotación preventiva, caso de que la solicite el que presentó el título.

Son faltas no subsanables, que impiden la anotación preventiva, las que producen necesariamente nulidad de la obligación. (El subrayado es nuestro).

⁸⁴ “*La función de calificación del Registrador consiste, en examinar la validez del título que justifique la transferencia cuando se trata de adquisición por acto distinto del contrato y, cuando el título es un contrato, la calificación se concretará a analizar el contenido del documento o documentos presentados a fin de comprobar la validez del consentimiento, la capacidad de las partes si tienen personería cuando proceden en nombre de otro si el inmuebles está en el comercio y en general si se ha observado la legislación vigente sobre la materia. Únicamente los vicios internos del contrato*

su antecesor recogiendo lo mismo: La legalidad, la capacidad⁸⁵ y validez del título.⁸⁶

Posteriormente se dan diversas normas como Reglamento Orgánico de los Registros de la Propiedad Inmueble del 11.3.1911, la Ley 2402 del 3.12.1916 y su Reglamento, el Decreto del 30.12.1916, la ley N° 2411 de 30.12.1916, el Reglamento Interior de la Oficina de Registro de Lima de 27.9.1921, los aranceles de derechos de inscripciones del Registro de la Propiedad Inmueble de 1921, las leyes N°s 5931, 6665, 4740, 8686.

En el año 1926, mediante la Ley N°4675, se constituyó la Comisión constituida por la Ley N° 4675 formulando el “Proyecto de Ley Orgánica de los Registros Inmobiliarios e Industrial”⁸⁷ que entre otras cosas, busca asimilar la experiencia australiana del Acta Torrens. En principio, el propietario obtendrá un certificado de dominio que es un título inatacable. Dicho certificado se obtendría luego de la presentación de la copia literal de la primera inscripción en el Registro, un plano del inmueble, su tasación y además los documentos que acrediten en forma legal la tradición no interrumpida de sus derechos.

Los Registradores evaluarían los documentos presentados y tendrían la facultad de exigir documentos adicionales para acreditar oponibilidad la propiedad, así como ordenarán la publicación de avisos por treinta días alternados en el periódico indicando la petición de certificado de dominio a fin de que puedan oponerse los que se crean con derecho.

Luego, se citará a los colindantes, a los propietarios anteriores, al abogado fiscal y al agente fiscal. Si se formulase oposición de tercero, los

escapan a la apreciación del Registrador.” Pardo Núñez, Celestino. “Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 623 (1994): 306.

⁸⁵ Art. 56.- *Los Registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los títulos que les sean presentados y la capacidad de los otorgantes, por sólo lo que resulte de los referidos títulos.*

⁸⁶ Art. 124.- *Son faltas subsanables de los títulos presentados para inscripción o para anotación preventiva, las que afecten la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en ellos constituida. Si un título contiene alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción, y extenderá anotación preventiva, caso de que la solicite el que presentó el título. Son faltas no subsanables, que impiden la anotación preventiva, Ley Hipotecaria las que producen necesariamente nulidad de la obligación.*

⁸⁷ La cual formula la implantación y adaptación del sistema Torrens a los distritos inmobiliarios de Lima y Callao.

Registradores remitirán al Juez competente todos los documentos o títulos que obren en su poder, quedando en suspenso la inmatriculación.

Una vez cumplido todos los estudios, sin oposición de por medio, se otorgaría el ‘certificado de dominio’ por duplicado, uno para el propietario y el otro queda archivado en la oficina que lo expide. Al dorso del ‘certificado de dominio’ se hará constar los gravámenes a que se halla afecto el inmueble, siendo que el titular del mismo no responde por más gravámenes que los puntualizados en el dorso de dicho documento, es decir, el certificado es prueba plena de propiedad.

Tómese en cuenta, que dicha nueva fórmula de inmatriculación amplía las facultades de los registradores, pudiendo inclusive pedir nuevas pruebas, citar a diversos sujetos que tienen –o tuvieron- alguna vinculación con el bien a fin de poder “sanear” el bien. Lamentablemente, dicho innovador proyecto no prosperó.

Al formarse la Comisión Reformadora del Código Civil, entre otras cuestiones, se discutió sobre la adopción de distintos sistemas – como el Torrens o Germano- no siendo adoptado por la falta de catastro, el hecho de que gran parte de los inmuebles no estaba inscrito y el escaso desarrollo del conocimiento de los particulares del tema registral. En ese sentido, tampoco se adoptó a la inscripción como determinante para transmitir y constituir derechos reales sobre bienes inmuebles sino se optó a la sola obligación de dar para que opere el efecto transmisivo.⁸⁸

El Código Civil de 1936 en su artículo 1044 señaló que el registrador debía apreciar la legalidad del título en lo concerniente a las partes y al contenido del acto, precisando que debe evaluarse solamente de acuerdo a lo señalado en el instrumento⁸⁹.

En ese sentido indica AVENDAÑO “*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1044 del Código Civil, el Registrador debe apreciar la legalidad del título. La ley le confiere la calidad de Juez de Títulos y lo faculta para discernir si el título (acto jurídico) está o no arreglado a la ley y, por consiguiente, si debe ingresar al Registro o no.*”⁹⁰

⁸⁸ Art. 1172 del Código Civil de 1936.

⁸⁹ Artículo 1044 del Código Civil de 1936.- El Registrador deberá apreciar la legalidad del título respecto de la capacidad de las partes y su representación, y lo concerniente al contenido del acto, sólo como aparece del instrumento. R. de las I. 19 Ver: Ejecutoria Suprema, 18-XII- 1922. Acuerdos de la Junta de Vigilancia, 14-VIII- 1923 y 31- X- 1952. Boletín Oficial n° 1, Segunda Época; p. 5.

⁹⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, óp. cit., p.115. Asimismo, añade “*Contrariamente*

En el mismo año, la Junta de Vigilancia formula – y la Corte Suprema aprueba en acuerdo de 17.12.1936- el Reglamento de Inscripciones de 1936, en el cual la calificación del registrador⁹¹ se basa en el principio de legalidad siendo facultado para admitir o rechazar la inscripción solicitada.

PARDO MÁRQUEZ nos relata:

*“El examen que debe verificar el Registrador en el aspecto sustancial de los títulos comprende todo lo concerniente al acto jurídico. Respecto a la capacidad tendrá presente la edad de los contratantes o del otorgante del acto unilateral; la facultad de disposición del que representa a otro en virtud del mandato o de la institución de la tutela o curatela; en cuanto al objeto, requiere descripción precisa de todas las circunstancias que sean necesarias para su perfecta identificación, tales como, límites, extensión, forma geométrica, canales de riego, servidumbres, etc. En cuanto a la forma de que debe revestir el acto o contrato, comprobará todos los requisitos que la solemnidad del documento exige a fin de asegurarse de su autenticidad. Paralelamente al análisis de los títulos presentados debe realizar una investigación en el registro para cerciorarse de que el inmueble está o no inscrito a favor del que trasmite o grava. Si los instrumentos presentados acreditan de modo perfecto la transferencia del inmueble inscrito, se llevará adelante la inscripción de la adquisición. Si no está inscrito a favor de ninguna persona se extenderá simplemente anotación preventiva.”*⁹²

Luego, el 18.6.1980 mediante Decreto Ley N° 23095 se crea la Oficina Nacional de los Registros Públicos, reemplazándose a la Junta de Vigilancia por el Tribunal Registral y a la Dirección General por la Jefatura, suprimiéndose la existencia de la denominada Comisión Facultativa. El

a lo que podría suponerse dado que los Registradores son verdaderos jueces que examinan la legalidad de los títulos, la inscripción no legitima el derecho que hace público. La publicidad entre nosotros no sana el título, ni si quiera lo hace mejor. En otros términos, a pesar del examen de los títulos que realizan los Registradores, puede haber inscritos, y de hecho los hay, títulos nulos o anulables. Así lo prevee el artículo 1051 del Código Civil, que establece el procedimiento a seguir en el caso de inscripciones nulas o erróneas. Es éste uno de los grandes defectos de nuestro sistema registral. La inscripción no es entre nosotros prueba del derecho. Es, simplemente, una garantía para el tercero, conforme hemos de ver más adelante. Pero en cuanto al título mismo, es decir al derecho que se publica, en nada lo mejora” AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, óp. cit., pp.115-116.

⁹¹ Considerado como una especie de juez privativo, aunque sus resoluciones carecen de cosa juzgada. PARDO MÁRQUEZ, Bernardo, óp. cit., p.438.

⁹² PARDO MÁRQUEZ, Bernardo, óp. cit., p.440.

12.6.1981 a través del Decreto Legislativo N° 117 (Ley del Sector Justicia) la Oficina Nacional de los Registros Públicos era el organismo público descentralizado encargado de la inscripción y publicidad de los actos jurídicos que la ley determina, con el objeto principal de otorgar garantías a terceros. El 12.6.1981, el Decreto Legislativo N° 119 (Ley de la Oficina Nacional de los Registros Públicos) restableció la Junta de Vigilancia y la Comisión Facultativa como órganos de la institución, eliminando el Tribunal Registral.⁹³

El 1.3.1965 mediante Decreto Supremo N° 95 se creó la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, siendo que en julio de 1981, dicha Comisión formulaba un Proyecto de Código Civil. Por Ley N° 23403 se facultó al Poder Ejecutivo para promulgar mediante decreto legislativo el Código Civil, sobre la base del referido proyecto.⁹⁴ Asimismo, por Acuerdo de la Corte Suprema del 16.5.1968 se aprueba el Reglamento General de los Registros Públicos.

3.2 Reforma Agraria

En la segunda mitad del siglo XX frente a un escenario político complicado dado que empezaron diversos levantamientos campesinos aislados en el Perú. Las comunidades se organizaron en sindicatos de cada hacienda. Las marchas campesinas, las manifestaciones y las tomas de tierra sacudieron la sierra.

En octubre de 1968 el movimiento institucional de la Fuerza Armada, encabezado por el general Juan Velasco Alvarado tomó el poder.

La situación de crisis agraria fue una de las motivaciones que llevó al poder a los sectores militares que asociaban “seguridad interna” con “desarrollo” y que veían en la realización de reformas el requisito indispensable para restaurar la estabilidad del mellado régimen político del país, al que, por otro lado, iban a embarcar en una importante etapa de “modernización”.⁹⁵

A partir de ese momento, la Fuerza Armada como institución quedaba comprometida en la realización de un proceso de transformaciones estruc-

⁹³ Cárdenas Quirós, Carlos. “Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984” *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, año I, N° 3 (Lima, 2000), 22-24

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Matos Mar, J., Mejía, J. M. *Reforma agraria: logros y contradicciones, 1969-1979*. (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1984)

turales, aun cuando ni el contenido ni las consecuencias de éstas fueran claramente percibidas por quienes entonces se hacían del poder.⁹⁶

Dentro de los temas más importantes del programa se encontró su intención de producir la transformación de la estructura de tenencia y propiedad de la tierra, eliminando el sistema de hacienda, y reemplazándolo por otro, de carácter asociativo.

La transferencia efectiva de la propiedad agraria se dio en los siguientes términos⁹⁷:

- Los términos de la afectación fueron tajantes. La anulación del régimen de excepción de los complejos agroindustriales azucareros – medida corroborada en su inmediata afectación-, la reducción de los límites inafectables a un máximo de 150 Has. En la costa, y la ampliación de las causales de afectación en la sierra, aseguraron que, salvo limitadas excepciones, en esta oportunidad la gran propiedad no escapara del programa de reforma.
- El procedimiento adoptado era expeditivo. Como máximo era necesario satisfacer 17 instancias, que iban de lo administrativo a lo judicial. El articulado de la ley prescribía un trámite sumamente rápido. Entre la afectación y adjudicación definitiva se establece un período de administración estatal, de una o dos campañas agrícolas de duración, en las que se reorganizaba la explotación y se formulaba un plan de desarrollo a corto.
- La ley reconocía la propiedad privada y, en consecuencia, la obligatoriedad de compensación por la tierra expropiada, pero no hacía de ésta una traba para el proceso de transferencia. Para ello establecía una forma de valorización de los bienes, directamente proporcional a la eficiencia de las unidades y el pago en bonos redimibles en 20, 25 y 30 años.

3.3 Sendero Luminoso

La reforma agraria no fue una solución para la situación agraria del país, dada la existencia de una agobiante pobreza, falta de escuelas y postas médicas, la malnutrición, y una expectativa de vida de apenas 45 años y el poco esfuerzo del gobierno central por solucionar los problemas.

⁹⁶ Matos Mar, J., Mejia, J. M. *Reforma agraria: logros y contradicciones, 1969-1979*. (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1984)

⁹⁷ Matos Mar, J., Mejia, J. M. *Reforma agraria: logros y contradicciones, 1969-1979* (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1984), 47.

En ese momento nació Sendero Luminoso. Su nombre completo se volvió Partido Comunista del Perú por el Luminoso Sendero de José Carlos Mariátegui (y más tarde se añadiría, « y Marxismo, Leninismo, Maoísmo y el Pensamiento del Presidente Gonzalo».⁹⁸

Sendero Luminoso surgiría precisamente en esos intersticios, cómo producto de esos desfases que se producen entre la capital y las provincias, entre la ciudad y el campo, entre andinos y criollos; y representaría la reacción defensiva y autoritaria de una estrecha franja ubicada en el polo más golpeado y desarticulado por este desarrollo específico: provincias campo andes.⁹⁹

En líneas generales, podemos distinguir dos grandes etapas en las acciones armadas senderistas. Una primera etapa de avance, que se extiende desde mayo de 1980 hasta fines de 1982. La entrada en combate de las FF.AA. en la navidad de ese año, constituye un punto de inflexión y abre una segunda etapa caracterizada por el desencadenamiento de la llamada “guerra sucia”, la expansión de las acciones senderistas hacia otras áreas del país, mientras que al mismo tiempo sufría duros reveses en la región ayacuchana, teatro original de la guerra. Es necesario distinguir dentro de la primera etapa un período clave: el segundo semestre de 1982 durante el cual, al tiempo que la guerra “guerra popular” senderista alcanza su apogeo en Ayacucho, empiezan a salir a luz los errores y limitaciones existentes en un avance hasta entonces casi lineal.¹⁰⁰

La falta de definición de derechos propiedad fuera de la capital fue uno de los insumos más importantes para los conflictos sociales que se generaron en dicha época.

3.4 Creación de la Sunarp

Mediante Decreto Ley N° 25993 de 21.12.1992 (Ley Orgánica del Sector Justicia), se crea la Dirección Nacional de Registros Públicos y Civiles, en sustitución de la Oficina Nacional de los Registros Públicos, y constituyéndose en un órgano de línea del Ministerio de Justicia. Luego, mediante la Ley N° 26366 de 14.10.1994 se creó en el Perú el Sistema Nacional de

⁹⁸ Stong, S. *Sendero Luminoso: el movimiento subversivo más letal del mundo*, 1992.

⁹⁹ Degregori, Carlos Iván. *Qué difícil es ser ios: el Partido Comunista del Perú, Sendero Luminoso y el conflicto armado interno en el Perú: 1980-1999*. (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2011)

¹⁰⁰ Degregori, Carlos Iván. *Qué difícil es ser ios: el Partido Comunista del Perú, Sendero Luminoso y el conflicto armado interno en el Perú: 1980-1999*. (Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2011)

los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

Con la Ley N° 26366 no se trató de hacer de los diversos Registros uno solo, eliminando mediante la unificación la identidad de cada cual. Por el contrario, lo que se buscó fue integrarlos de tal forma que los diversos Registros formaran parte de un único sistema, reconociendo sus diferencias y particularidades.

A nivel normativo, permite establecer normas comunes y procedimientos similares. En el orden administrativo, hace posible racionalizar la administración de los Registros. En lo económico, se ofrecen las condiciones necesarias para el mejor equipamiento y organización de los Registros. En cuanto a lo funcional, permite centralizar la información que se requiere para los diferentes actos involucrados. Finalmente, a nivel geográfico, posibilita la interconexión de los Registros, contribuyendo a la integración geográfica del país.

Finalmente, el 21.3.2005 se publica el Texto Único Ordenado que recoge el Reglamento General de los Registros Públicos el cual se encuentra actualmente vigente, el que será materia de evaluación en el siguiente punto.

CONCLUSIONES

1. El registro es una forma de intervención estatal en el estado liberal a fin de introducir factores correctivos en el régimen individualista.

Estos fueron instituidos, a nivel nacional y nivel comparado, como una institución producto de la labor de intelectuales –no espontánea como la posesión- que buscaron solucionar los problemas concretos de la sociedad.

2. En ese sentido, al visualizar el estancamiento del crédito territorial y la escasa transacción de bienes, así como los problemas de la usura entre otros, se procedió a la creación de una institución centralizada que coadyuvara a solucionar estos problemas a partir de generar la confianza en los terceros.
3. Así pues, sostenemos que el registro nació en función de la tutela de los terceros a fin de crear los incentivos necesarios para contratar, protegiendo predominantemente la denominada seguridad del tráfico.

FUNCIÓN REGISTRAL EN EL PROCESO RESTITUCIÓN DE TIERRAS “ABORDADO A PARTIR DE LA ETAPA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL”

Gladys Delgado Hueso¹

RESUMEN: La ponencia titulada *“Función Registral en el proceso de Restitución de Tierras, Abordado a partir de la Etapa Administrativa y Judicial”* surge a partir de la experiencia como Registradora de Instrumentos Públicos del Circulo de La Palma Cundinamarca y en el marco de la monografía elaborada como requisito de grado, para optar el título de Especialista en Gestión Pública de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia. El propósito de dicho trabajo, fue determinar desde la etapa administrativa y judicial la forma como se está llevando a cabo el proceso de Restitución de tierras a los desplazados víctimas del conflicto armado, desde el año 2012 hasta el 2017 en el municipio de la Palma Cundinamarca. A través de acciones específicas como: Procedimiento de Registro en las etapas administrativa y judicial que se surten en el proceso de restitución de tierras establecidas en la ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, analizar las sentencias emitidas por el Juzgado Especializado en Restitución de Tierras de Cundinamarca, desde el año 2012 al segundo semestre de 2017 a fin de establecer si los resultados finales de las mismas dan cumplimiento al objetivo real de la Ley 1448 de 2011 y diferenciar las facultades especiales de los jueces y magistrados especializados en el proceso de restitución de tierras frente a los de la justicia ordinaria.

En virtud a la Ley 1448 de 2011, la Superintendencia de Notariado y Registro, y específicamente la Superintendencia Delegada para la Restitución de Tierras Despojadas, le corresponde orientar y dar a conocer las directrices a las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, sobre el proceso de restitución de tierras en las etapas Administrativa y Judicial, con el fin de que dichas oficinas cumplan las ordenes emitidas tanto por la Unidad Administrativa Especial en Restitución de Tierras como por los Juzgados y Tribunales Civiles Especializados en Restitución de Tierras.

Por tal razón es indispensable la unificación de criterios Jurídicos respecto a la Restitución de tierras ya que las víctimas del conflicto armado tienen similitud en las circunstancias vividas y no debe existir diferencia toda vez que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas.

¹ Especialista en Gestión Pública de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali. Abogada de la Universidad La Gran Colombia. Actualmente se desempeña como Registradora Seccional de Instrumentos Públicos en el municipio de La Palma Cundinamarca.

PALABRAS CLAVE: Restitución de tierras, jueces especializados, Ley 1448 de 2018, víctimas, desplazados, etapa administrativa, etapa judicial.

ABSTRACT: The paper entitled "Registry Function in the process of Land Restitution, addressed from the Administrative and Judicial Stage" arises from the experience as Registrar of Public Instruments of the Circle of La Palma Cundinamarca and within the framework of the monograph elaborated as degree requirement, to apply for the title of Specialist in Public Management of the National Open and Distance University. The purpose of this work was to determine from the administrative and judicial stage the way in which the process of Restitution of lands is being carried out to the displaced victims of the armed conflict, from 2012 to 2017 in the municipality of La Palma Cundinamarca. Through specific actions such as: Registration procedure in the administrative and judicial stages that are provided in the land restitution process established in law 1448 of 2011 and its regulatory decrees, analyze the judgments issued by the Special Court on Land Restitution of Cundinamarca, from the year 2012 to the second semester of 2017 in order to establish whether the final results of the same comply with the real objective of Law 1448 of 2011 and differentiate the special powers of judges and magistrates specialized in the restitution process of land against those of ordinary justice.

By virtue of Law 1448 of 2011, the Superintendence of Notaries and Registry, and specifically the Delegate Superintendence for the Restitution of Dispossessed Lands, is responsible for guiding and publicizing the guidelines to the Registry of Public Instruments, on the process of restitution of lands in the administrative and judicial stages, in order that said offices comply with the orders issued by both the Special Administrative Unit in Land Restitution and by the Civil Courts and Tribunals Specialized in Land Restitution.

For this reason, it is essential to unify legal criteria regarding land restitution since the victims of the armed conflict have similarities in the circumstances and there should be no difference since they are in the same legal situation or under identical conditions.

KEY WORDS: Restitution of lands, specialized judges, Law 1448 of 2018, victims, displaced, administrative stage, judicial stage.

INTRODUCCIÓN

La Superintendencia de Notariado y Registro como entidad garante le ha correspondido participar de forma directa, permanente y decidida en las actuaciones y decisiones que el Estado ha implementado para proteger, garantizar, recuperar y restituir el derecho de la propiedad despojada a las víctimas de la violencia y la criminalidad, aplicando la normatividad en materia relacionada con el desplazamiento forzado de la población a causa de la violencia, a su vez asumir el gran reto de acompañar y participar en el proceso de Restitución de tierras despojadas.

Con la expedición del Estatuto registral Ley 1579 de 2012, se reforzó la protección de la propiedad inmobiliaria y la prestación del servicio registral

de forma ágil, eficiente, transparente y segura, avanzando de manera acelerada en la modernización en la prestación del servicio público registral. Este nuevo estatuto se convierte en la base legislativa que brinda herramientas reales para trabajar y garantiza la seguridad jurídica inmobiliaria para todos los colombianos.

En virtud de la Ley 1448 de 2011, el proceso de restitución consta de dos etapas: la primera, consiste en el proceso que realiza la Unidad Administrativa Especializada en Restitución de Tierras con base en la declaración que hace la víctima para solicitar la restitución del inmueble y la segunda inicia finalizada la etapa administrativa y es el proceso judicial que parte con la presentación de la demanda.

La competencia de las oficinas de registro es suministrar a la Unidad Especializada en Restitución información sobre los antecedentes registrales de los inmuebles para que contribuya al inicio de esta etapa.

REGISTRO EN LA ETAPA ADMINISTRATIVA

La etapa administrativa del proceso de restitución inicia con una solicitud de inclusión en el registro único de tierras despojadas. La UAEGRTD comunica la iniciación del trámite al propietario, poseedor u ocupante- incluso al segundo ocupante- que se encuentre en el predio cuyo registro se solicita, para que aporte las pruebas documentales que acrediten su buena fe exenta de culpa².

Protección Jurídica Ley 1448 de 2011 y Decreto 4829 de 2011		
La finalidad de la inscripción de la protección en el folio de matrícula inmobiliaria es la de publicar que ese predio se encuentra en estudio para el ingreso al registro único de tierras despojadas		
ETAPA ADMINISTRATIVA		
Procedimiento	Entidad Competente	Documento
Solicitud por parte de la víctima sobre la protección del inmueble.	Unidad Administrativa Especializada en Gestión de Tierras Despojadas y Abandonadas	Resolución iniciando formalmente el estudio de la solicitud de ingreso al registro único de tierras despojadas A efecto de publicar y prevenir la enajenación del predio

² En la sentencia C-330 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa declaró “exequible la expresión “exenta de culpa” contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido de que es un estándar que debe ser interpretado por los jueces de forma diferencial, frente a los segundos ocupantes, que demuestren condiciones de vulnerabilidad, y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo, de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta providencia”.

La Unidad de Tierras Despojadas emite Resolución con destino a la Oficina de Registro Para ordenar apertura de folio en los casos en que el predio no tenga folio de matrícula inmobiliaria y protección jurídica	Superintendencia de Notariado y Registro ORIP que corresponda al círculo registral Apertura del folio Código de Calificación 0934 identidad del inmueble y queda a nombre de a la Nación Código de Calificación 0482 Protección jurídica del predio.	Resolución identificando e individualizando el inmueble, ordenando la protección del predio a restituir.
La Unidad Especializada en Gestión de Tierras Despojadas y Abandonadas emite Resolución con destino a la Oficina de Registro	Superintendencia de Notariado y Registro ORIP que corresponda al círculo registral Cancelación de la medida Código de calificación 0846 Código de Calificación 933 Predio ingresado al Registro Único de Tierras Despojadas	Resolución ordenando el ingreso del inmueble al Registro Único de Tierras

NORMATIVIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Decreto 4829 de 2011, artículos. 13 y 17.

Como oficina de registro le corresponde realizar los asientos registrales con fines publicitarios de la siguiente manera: Art. 13 Ley 1448 de 2011. En aquellos casos en el que el predio no tenga abierto folio de matrícula inmobiliaria, la Unidad de Restitución de Tierras ordenará al registrador la apertura del mismo aportando en todo caso la identificación física y jurídica del predio, es decir ubicación, área y linderos, por su parte la oficina de registro abrirá de acuerdo al acto administrativo el folio de matrícula a nombre de la Nación y posteriormente el registrador inscribirá la medida de protección jurídica en un plazo máximo de diez (10) días (en aplicación de principio de colaboración armónica de los organismos y entidades públicas) Art. 113 de la C.P y Ar. 2 del Decreto 4829 de 2011.

La información que la Unidad de restitución de Tierras requiera en esta etapa la solicitará a las diversas entidades públicas u otras a fin de identificar plenamente a las personas y clarificar física y jurídicamente los predios objeto de despojo, así mismo verificar la existencia de los hechos y argumentos presentados por el solicitante que permitan consolidar la información y continuar con el proceso. En este caso la Unidad de Restitución emite acto administrativo y ordena a la oficina de registro tanto la cancelación de la protección jurídica del predio como el ingreso del predio al registro único de tierras despojadas.

Culminada esta etapa la Unidad de Restitución solicitará al Juez o Magistrado la titulación y entrega material del respectivo predio a favor del titular de la acción y representarlo en el proceso.

REGISTRO EN LA ETAPA JUDICIAL

La etapa judicial de proceso de Restitución de Tierras se inicia con la presentación de la demanda ante la autoridad judicial especializada en Restitución de Tierras que corresponda, de acuerdo con los círculos judiciales creados para tal fin.

En el auto admisorio de la solicitud el juez o magistrado en Restitución, profiere dos órdenes que deben publicitarse en el folio de matrícula inmobiliaria, la primera de ellas es la Admisión de la solicitud que tiene efectos publicitarios únicamente, y la segunda es la sustracción provisional del comercio del inmueble.

Protección Jurídica Ley 1448 de 2011 y Decreto 4829 de 2011 La finalidad de la inscripción de la protección en el folio de matrícula inmobiliaria es la de publicitar que ese predio se encuentra en estudio para el ingreso al registro único de tierras despojadas		
ETAPA JUDICIAL		
Procedimiento	Entidad Competente	Documento
El juzgado Especializado en Restitución de Tierras ordena la cancelación de la protección y admite la solicitud de restitución provisional del comercio	Superintendencia de Notariado y Registro - ORIP que corresponda al círculo registral Admisión solicitud de Restitución del predio Código de Calificación 0483	Auto interlocutorio
El juzgado Especializado en Restitución de Tierras ordena la sustracción provisional del comercio del inmueble	Superintendencia de Notariado y Registro ORIP que corresponda al círculo registral Sustracción provisional del Comercio del inmueble. Código de Calificación 484	Auto interlocutorio
El juzgado Especializado en Restitución de Tierras ordena la cancelación de las medidas cautelares existentes, ordena la restitución material del inmueble y la prohibición de no negociable por acto entre vivos	Superintendencia de Notariado y Registro ORIP que corresponda al círculo registral Cancelación solicitud de restitución. Código de Calificación 0874	Sentencia ejecutoriada

	Cancelación de sustracción provisional del comercio. Código de Calificación 0848 Restitución material al propietario. Código 0935 Declaración judicial de pertenencia. Código 0131 Compensación inmueble en proceso de restitución. Código 621 No negociable entre vivos dentro de los 2 años siguientes Código de Calificación 0361	

SEGURIDAD JURÍDICA

De conformidad con la Ley 1579 de 2012 el registro de los documentos se hace teniendo en cuenta los siguientes artículos:

Artículo 13 Proceso de Registro: “El proceso de registro de un título o documento se compone de, radicación. Calificación, inscripción y la constancia de haberse ejecutado”. De acuerdo con esto la oficina de Registro realiza la calificación teniendo certeza legal y jurídica de que el documento presentado cumple con los requisitos para su respectivo registro el cual se refleja en el certificado de libertad y tradición”.

Artículo 18 Suspensión del trámite de registro a prevención: “...al efectuarse la calificación, si el documento proveniente de autoridad judicial o administrativa o con funciones judiciales se encuentra que no se ajusta a derecho se procederá a suspender el trámite por el termino de 30 días, la cual se informará mediante resolución motivada al funcionario respectivo para que resuelva si acepta lo expresado por la oficina o se ratifica en su decisión...”

Artículo 20 Inscripción: “...hecho el estudio sobre la pertinencia del título para su inscripción se procederá a la anotación correspondiente y constancia de inscripción...”

Artículo 21 Constancia de inscripción: “cumplida la inscripción se emitirá formato especial con la expresión de la fecha de inscripción, el

número de radicación, matrícula inmobiliaria, y la especificación jurídica de los actos inscritos con la firma del registrador...”

Artículo 27 Termina el proceso de registro: “... Deberá cumplirse en el término máximo de 5 días hábiles a partir de su radicación...”

En virtud de la Ley 1448 de 2011 la Superintendencia de Notariado y registro ha sido reestructurada, modernizada y fortalecida para atender las nuevas funciones y retos que se le establecen. La creación y estructuración de la Delegada de Protección, Restitución y Formalización de Tierras mediante los Decretos 038 y 039 de 2011 y el desarrollo de sus labores han venido dando respuestas oportunas y eficaces a los abundantes problemas jurídicos tanto judiciales como administrativos que sobre la propiedad inmobiliaria se han encontrado gracias a las labores de control y vigilancia, a la protección patrimonial de los predios abandonados, al saneamiento de títulos, a los diagnósticos registrales y a los estudios de títulos inmobiliarios que realiza. Adhiriéndose a los criterios de las Naciones Unidas la SNR considera que la restitución de tierras es transversal a otros aspectos de derechos humanos como son el derecho a vivienda digna, derecho a la propiedad entre otros.

ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR JUZGADO EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS

El juez dentro de todas las facultades que le otorga la Ley analiza todo el material que le entrega la Unidad de Tierras y decide de qué forma le restituye el predio a la víctima. En esta etapa es donde se encontraron las falencias debido a que al momento de registrar las sentencias que emite el Juzgado Especializado en Restitución no se está entregando a la víctima el predio totalmente saneado.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto en el siguiente cuadro se refleja un muestreo respecto a las sentencias emitidas por el Juzgado de Restitución de Tierras registradas bajo los parámetros ordenados por el juez.

Sentencias	2015	2016	2017	TOTAL
Restituido al poseedor (Declaración de pertenencia)	1	1	4	6
Restitución al propietario	0	3	4	7
Adjudicación en sucesión	1	0	0	1

Reconoce el derecho a la Restitución al Haber Herencial	0	5	4	9
Reconoce la calidad de ocupante y ordena la adjudicación de baldíos previo expedición del Acto Administrativo	0	0	1	1
TOTAL	2	9	13	24

OBSTÁCULOS DEL REGISTRO

Teniendo en cuenta que gran parte de los predios que han cursado la etapa administrativa y judicial no están siendo restituidos conforme a la ley, puesto que en algunas de las sentencias proferidas por el Juzgado Especializado en Restitución de Tierras, se están limitando solo a entregar materialmente el predio a la víctima, mas no lo entregan totalmente saneado o formalizado, dejando a la víctima al sometimiento de otros procesos como lo es la sucesión en los casos que han fallecido los propietarios o que fueron de sus progenitores o de alguna línea de los cuales por orden de la Ley son herederos, en los casos de los ocupantes no les hacen la adjudicación del baldío, en otros casos que existe comunidad o sea que hay dueños de derechos de cotas partes el juzgado hace entrega en común y proindiviso cuando el querer de sus propietarios y así lo hacen saber en las pretensiones de la demanda es que se desenclave o se divida el predio materialmente y que cada propietario obtenga individualizado lo que le corresponde.

Con base en lo anterior se considera un obstáculo realizar el proceso de registro a estas sentencias que no dan cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1448 de 2011, en aras de contribuir y que se modifique tal decisión la ORIP, da aplicación la Artículo 18 de la Ley 1579 de 2012 suspende el trámite de registro lo que conlleva a aumentar la carga laboral como a perjudicar a la víctima, toda vez que no puede gozar de los beneficios que la misma Ley le otorga.

Igualmente, cuando se presenta el caso que no se entrega jurídicamente el inmueble por las ordenes emitidas en la sentencia, se inicia nuevamente otro proceso involucrando tanto a las oficinas de registro como a la Defensoría del pueblo y Agencia Nacional de Tierras para que finalicen jurídicamente dicho proceso, es decir la entrega jurídica y material del predio.

CONCLUSIONES

La Ley 1448 DE 2011” Artículo 104. “Objetivo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas tendrá como objetivo fundamental servir de órgano administrativo del Gobierno Nacional para la restitución de tierras de los despojados a que se refiere la presente ley”.

Los Jueces y Magistrados Especializados en Restitución de Tierras, decidirán sobre los procesos en única instancia y de manera definitiva. Asimismo, conservarán la competencia hasta tanto se garantice la restitución material y jurídico del bien despojado, esto es, el goce efectivo del derecho restituido.

La sentencia constituirá pleno título de propiedad en este proceso de restitución de tierras despojadas y abandonadas se hace bajo los postulados de la justicia transicional, los cuales buscan que la sociedad colombiana pase de un contexto de violencia a uno de paz con una democracia vigorosa e incluyente. Generar las condiciones para el uso, goce y disposición de los derechos sobre la tierra es un bue paso para ello.

Los procesos de justicia transicional en el mundo han estado orientados a dejar atrás como sociedad, escenarios de violación masiva y sistemática de los derechos humanos, garantizando los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Por lo general, dicha transición se hace flexibilizando los criterios de justicia, por tanto, muchos de los perpetradores o victimarios se ven beneficiados por disposiciones como indulto, amnistía o reducción de penas.

Como garantes del registro de la propiedad inmobiliaria, las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, en cabeza los registradores, deben responder por la efectividad del proceso de registro inmobiliario, de conformidad con las normas que rigen su prestación y garantizado el total cumplimiento de la Ley 1579 de 2012.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Celeide, G, Katich. E, Roldan, S. y Velásquez, I. (2013). Procuradores para la Restitución de Tierras. Guía `practica para la actuación. Primera edición, LYO Comunicaciones, Bogota Colombia. Recuperado de [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/GuiaRestituci%C3%B3nTierrasProcuradores_Final\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/GuiaRestituci%C3%B3nTierrasProcuradores_Final(1).pdf)
- Martínez, C. Paula. (2013). Ley De Víctimas Y Restitución De Tierras En Colombia En Contexto, “*Un análisis de las contradicciones entre el modelo agrario y la reparación a las víctimas*” Editores: Forschungs- und Dokumentationszentrum

Chile-Lateinamerika – FDCL e.V. Gneisenaustraße 2a, D-10961 Berlin. Recuperado de <https://www.tni.org/files/download/martinez-ley-de-victimas-web.pdf> el08/08/2017.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2012). “*ABC Para los Jueces en Materia de Restitución*”. Bogotá Colombia. Recuperado de: <https://www.restituciondetierras.gov.co/documents/10184/227457/ABC.pdf/96b6eb53-16c4-42bc-8a0f-8be383c05c58>. 09/08/2017.

Unidad de Restitución de Tierras. (2009). La restitución de tierras en Colombia: “*Del sueño a la Realidad*”. Colombia. Recuperado de file:///C:/Documents%20and%20Settings/linluz/Mis%20documentos/Downloads/Balance%20La%20restituci%C3%B3n%20de%20tierras%20en%20Colombia,%20Unidad%20de%20Tierras,%207%20de%20abril%20de%202015.pdf. 09/08/2017.

Vega, G., Saldarriaga, N., Maldonado, F., Cuastumal, J., Cárdenas, T., Balvín, T., & Can, I. (2013). Informe La Restitución si es posible “150 primeras sentencias de restitución de tierras” realizado por la Fundación Forjando Futuros. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/172961206/analisis-150-primeras-sentencias-de-restitucion-de-tierras-fundacion-forjando-futuros>.

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA REPUBLICA DEL PERU

Irving Sanabria Rojas¹

RESUMEN: En la presente ponencia nos hemos propuesto desarrollar brevemente la historia de los pueblos indígenas, su origen, evolución, transformación y actualidad, a fin de entender su significado en la formación del Estado peruano. Analizaremos lo que fue la más grande restitución de tierras campesinas durante la época de la reforma agraria y la reversión de sus logros en el actual modelo económico social de libre mercado. Finalmente veremos de qué manera los registros públicos y el catastro participaron en este proceso que aún no termina.

PALABRAS CLAVE: Comunidades indígenas, restitución de tierras, reforma agraria, libre mercado, registros públicos, catastro.

SUMMARY: In this paper, we have proposed to briefly develop the history of indigenous peoples, their origin, evolution, transformation and actuality, in order to understand their significance in the formation of the Peruvian State. We will analyze what was the largest restitution of peasant lands during the time of agrarian reform and the reversal of its achievements in the current free market social economic model. Finally we will see how public records and the cadastre participated in this process that has not yet ended.

KEYWORDS: Indigenous communities, land restitution, agrarian reform, free market, public records, cadastre.

*“Una política de derechos humanos
debe reinventar un dominio social colectivo,
orientado a la solidaridad de los derechos de propiedad”.*

Boaventura de Sousa Santos

¹ Abogado, Registrador Público de la Zona Registral N° IX de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP.

1. INTRODUCCION

El tema de las comunidades indígenas, tan actual como espinoso, nos trae a colación la eterna discusión de cuál es el Estado que queremos tener, la ficción de un Estado Uninacional que nunca existió o un Estado Multicultural real, compuesto de diversas naciones pero identificados en programas y metas comunes. En un mundo que pretende ser globalizado, las ideas de multiculturalidad y derecho de propiedad indígena no logran calar en el imaginario de los estratos de poder, a pesar del esfuerzo que jurídicamente vienen realizando los organismos internacionales y el Tribunal Constitucional Peruano para dotar de contenido el ideal constitucional de dignidad, igualdad, libertad y justicia, aún permanece la sospecha de no tener en claro hasta donde se quiere avanzar en dicha tarea.

Hemos querido presentar esta ponencia desarrollando brevemente la historia de los pueblos indígenas, siempre invisibilizada en la historia oficial, por cuanto tener la certeza de quienes somos nos ayudará a encontrar la identidad entre nuestras diferencias y contradicciones.

Analizaremos lo que fue la más grande restitución de tierras campesinas y la reversión de sus logros en el actual estado de la cuestión de la economía de libre mercado. Finalmente veremos de qué manera el registro y el catastro participaron en este proceso que aún sigue su curso dialéctico.

2. ¿QUÉ ES SER INDIGENA EN EL PERU?

Desde la gestación de nuestra república, ser considerado indígena en el Perú, tiene una profunda carga discriminativa, no sólo conlleva al menosprecio por una supuesta inferioridad étnica, sino también a la calificación de persona ignorante, no instruida, opuesta al progreso y resistente a la modernidad; pero ¿Es eso realmente ser un indígena en el Perú?

Según señala ROSEMARY THORP², es falsa la afirmación de que los pueblos indígenas dejan de ser tales cuando entran en contacto con la “civilización”, dicha tesis se sustenta en un tipo de discriminación que ha creado las barreras culturales y psicológicas que impiden que tales pueblos se organicen políticamente siguiendo criterios étnicos, prejuicio que ha sido un mecanismo que a lo largo de los años fue construido, reproducido y consolidado en el Perú por todas las instituciones levantadas a su alrededor, siendo la educación uno de ellos, su mala calidad es agravante de las

² THORP, ROSEMARY (2011), *La etnicidad y la persistencia de la desigualdad: el caso peruano*. Lima, IEP, 2011. (Serie Estudios sobre Desigualdad, 3).

diferencias, aunque si bien es parte del problema también deberá ser una tarea constituirse en su solución.

A pesar de ello, la población indígena peruana se ha transformado a sí misma según las limitaciones con las cuales se topó, incorporando costumbres, tecnologías e ideas de una sociedad dominada por blancos y mestizos.

Al respecto, JURGEN GOLTE³ Señala que a pesar de la deficiencia de los suelos andinos, cuya producción es relativamente baja en comparación de otras realidades productivas (Europa, Asia, medio oriente, etc), y la carencia de herramientas sofisticadas de producción, las comunidades andinas lograron alcanzar un nivel de producción que permitieron el desarrollo de sociedades complejas, siendo su explicación la forma especial del control territorial, que se ha llamado “organización andina”, que se sustenta en el uso prolongado de la mano de obra comunal de cooperación mutua en los ciclos de producción, a diferencia de la producción individual de otras sociedades.

Por ello, la formación de la identidad es una construcción social que se da en el tiempo y en el espacio, y que tiene características históricas que hay que conocer y analizar.

Y es que, una de las situaciones menos conocidas en nuestra historia es cómo se originaron, transformaron y han sobrevivido las comunidades indígenas en Perú. En realidad no es un gran misterio, existen mucha literatura al respecto, sin embargo, se trata de una historia no oficial que siempre ha sido tratada de invisibilizar, muy a pesar de su rol protagónico ya que desde siempre han sido y son los propietarios de gran parte del territorio de nuestra nación.

Sólo las comunidades campesinas de la costa y sierra -sin tomar en cuenta a las comunidades nativas de la ceja de selva y selva-⁴, ocupan el 40% del territorio del Perú y lo conforman más de cuatro millones de personas, según el censo agropecuario de 1993 (DIEZ HURTADO)⁵.

³ GOLTE, JURGEN, *La racionalidad de la organización andina*. Lima, IEP, 2013.

⁴ El año 2017, se ha realizado el XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas, donde se ha incluido por primera vez (como pregunta 25) la “autoidentificación étnica”, que permitirá saber cuántos ciudadanos mayores de 12 años se sienten parte de un pueblo indígena, originario o de la población afroperuana. A la fecha, aún no se tienen datos definitivos del mismo.

⁵ DIEZ HURTADO, ALEJANDO. “Inversiones Privadas y Derechos Comunes”. PUC. En: <https://www.esan.edu.pe/publicaciones/2012/03/21/articulo2.pdf>. Recu-

El término *indígena* constituye en realidad una contradicción, recordemos que los conquistadores españoles creyeron estar en las indias y así fue como denominaron a los habitantes del nuevo continente. Aunque en realidad, la verdadera razón parece ser que les resultaba más fácil denominar así a toda la diversidad de pueblos que durante la conquista aun conservaban sus propias lenguas e identidades.

Como lo explica la historiadora y socióloga MARÍA REMY⁶, durante la expansión del *Tawantinsuyo*, los incas permitían a las diferentes naciones que conquistaban que siguieran conservando su idioma, religión, tradiciones y sobre todo su territorio, que no estaba sujeto a límites estrictos sino a una sabia y sana convivencia; esto les hacía conservar su identidad, claro está, que a cambio de pagar tributos y apoyo militar cuando el inca lo solicitaba. Dicha situación cambió drásticamente con la llegada de los españoles al fundar el virreinato del Perú, cuyo primer propósito fue la explotación de los minerales, que sustentaron su economía y la de toda Europa durante varios siglos, propósito que trajo como consecuencia la muerte indiscriminada de millones de indígenas sometidos a la esclavitud y los rigores de trabajos inhumanos.

Como consecuencia de este genocidio, se produjo la desaparición de muchas naciones de indígenas, sobre todo en la costa peruana donde casi desaparecieron, y la dispersión de los sobrevivientes, lo que hizo escasear la mano de obra gratuita, que fue solucionado con la creación de las llamadas *reducciones de indios*, o *común de indios*, que son el antecedente colonial de la mayoría de las actuales comunidades indígenas.

En estas *reducciones*, se logró mantener cautivo a los pueblos sobrevivientes, obligándoles a pagar el llamado tributo indígena, que a partir de entonces fue una constante hasta el Siglo XIX, a seguir prestando trabajo gratuito, a ser evangelizados y a perder sus idiomas originarios, que fue sustituido por el idioma quechua, que a partir de entonces fue considerado idioma oficial de los pueblos indígenas⁷. Fueron excepción a esta regla los pueblos aymaras y los pueblos de la selva, por razones coyunturales.

perado el día 10/02/2018.

⁶ REMY, MARÍA ISABEL, *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima, IEP, 2013. (Documento de Trabajo, 202. Serie Sociología y Política, 48).

⁷ Al respecto, es una tarea impostergable el poner en valor los idiomas que aún persisten, las variantes del quechua, el jaqaru, el kawki, etc, y las muchas lenguas amazónicas. El signo distintivo de los pueblos originarios del Perú, que debería formar parte de nuestra cultura e identidad. La situación del idioma es un punto crucial en el problema actual de las naciones separatistas en los Estados de Canadá, España y Bélgica, por citar algunos

Con estas medidas, la mayoría de pueblos originarios de la costa y la sierra peruana desaparecieron o perdieron su identidad, por cuanto el idioma es parte fundamental de dicha construcción que nos permite identificarnos y tener sentido de pertenencia cultural.

Con la creación de las reducciones de indios (Virrey Toledo, años 1560-1570), también se establece, por primera vez a nivel legislativo, la delimitación de tierras para cada reducción o comunidad de indios, fijando áreas para producción, áreas de reserva comunal para crecimiento demográfico y el área de producción para el pago de tributo. Estos territorios delimitados fueron reconocidos y protegidos por el Estado Virreinal, y son el antecedente más remoto de lo que ahora conocemos como comunidades campesinas, muchos de cuyos territorios han sido reivindicados por títulos otorgados en esta época.

En las postrimerías del virreinato, hubo un primer intento de eliminar el tributo indígena sin mayor éxito en las cortes de Cádiz, luego, con el inicio de la República, las cosas no cambiaron mucho, el tributo tenía que seguir siendo pagado, por cuanto el nuevo estado se solventaba casi en su totalidad con dichos ingresos. Por lo tanto, el nuevo Estado debía seguir protegiendo la existencia de los territorios indígenas toledanos, que sustentaban con sus tributos los gastos de la nueva nación.

El Libertador José de San Martín, teniendo en mente el establecimiento de una gran nación sudamericana con una ciudadanía única que pasaba por integrar a todos sus habitantes como iguales, en 1821 dispuso la eliminación del tributo indígena, sin embargo, consolidada la independencia, el tributo fue nuevamente reestablecido por Bolívar en 1826. Finalmente, el presidente Ramón Castilla en 1854 dispuso su eliminación (“por estar bañado en la sangre y las lágrimas de quienes lo pagan”) poniendo punto final por lo menos en el papel al infame tributo indígena.

A partir de entonces se creó un sistema de tributación personal universal que duró hasta el año 1895, en que se modificó por un sistema de impuestos al consumo (que gravaron los licores, el tabaco y la sal, entre otros bienes de consumo masivo) y al mejoramiento de los precios de nuestras principales exportaciones⁸.

países que se encuentran inmersos en dicho conflictos, al haberse impuesto en el pasado, un idioma oficial, en detrimento de otras lenguas nacionales.

⁸ CONTRERAS, Carlos. El impuesto de la contribución personal en el Perú del siglo XIX. *Histórica*, [S.l.], v. 29, n. 2, p. 67-106, mar. 2012. ISSN 2223-375X. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/historica/article/view/1299>>. Recuperado el día 05/03/2018

Con la supresión del tributo indígena, el Estado se desinteresó de la protección al territorio de las comunidades indígenas, y se inicia un largo, continuo y complejo proceso de transferencias y despojos de la propiedad comunal, ya sea de manera voluntaria o violenta, con la complicidad de malos funcionarios y de tinterillos que empezaron a pulular las zonas rurales, donde luego de más de 60 años de república, las antiguas autoridades étnicas habían desaparecido.

En esta coyuntura, las comunidades indígenas pasan, de ser objeto de abusos por parte de las autoridades por el pago del tributo y otras obligaciones fiscales, a ser objeto de despojo, invasiones de sus territorios y trabajos gratuitos por parte de los terratenientes tradicionales de la sierra y los dedicados a la agro exportación de la costa, en el contexto de la llamada República Aristocrática.

La mayoría de comunidades indígenas son paulatinamente absorbidas por las haciendas, que incluso anexas dentro de sus límites a comunidades de las partes altas de la sierra. Esta expansión indiscriminada de las haciendas se explica por una sencilla razón: la mano de obra barata y finalmente gratuita del poblador indígena.

Cuando existía la obligación del pago del tributo, el poblador tenía que salir de sus tierras y emplearse para poder cumplir con el pago de su cuota y luego regresar a seguir sus labores cotidianas en sus tierras comunales, cuando se eliminó el tributo, ya no existía la razón para ello y se dedicaba solo a su subsistencia y progreso en su comunidad, ya no hay necesidad de emplearse para otros, sin embargo, la mano de obra del indígena era la más importante y que sostenía la economía republicana.

Por ello, la forma en que los hacendados resolvieron este problema medular para sus intereses fue incorporando dentro de sus haciendas, por las buenas o las malas, de manera legal o fraudulentamente, a comunidades indígenas enteras, quienes ya dentro de sus dominios, eran obligadas a trabajar para ellos de manera gratuita o entregar una parte de su producción a cambio de continuar ocupando las tierras que habían sido suyas pero que terminaron absorbidas, cuyos propietarios se convertían así en el nuevo patrón, quien imponía su voluntad en reemplazo del Estado. Es el inicio de los grandes gamonales, de cuyas brutalidades y excesos nos hablan en sus obras los escritores indigenistas Enrique López Albujar, Manuel Scorza, Ciro Alegría y Jose María Arguedas, entre otros.

Estos abusos generaron movilizaciones y protestas por parte de los pobladores indígenas en defensa de sus territorios y por la dureza de sus condiciones de vida, que trae como consecuencia un primer gesto por parte del presidente Augusto B. Leguía, que en 1920, decide reconocer la existencia

de las comunidades indígenas que aún no sucumbían ante el asedio de las haciendas y que es el inicio de la defensa por su reconocimiento y restitución de sus tierras usurpadas.

El presidente Leguía otorga una enorme importancia al desarrollo de la agricultura a gran escala, sobre todo a las azucareras del norte y algodoneiras del sur, pero creía que el problema que detenía su crecimiento, no eran las comunidades indígenas y sus luchas por la restitución de sus tierras, sino por el contrario, que el problema eran los propios gamonales, por sus prácticas feudales que no se condecían con el avance de la producción moderna, y que impedían el desarrollo del capitalismo, de los mercados, de la producción y de la inversión.

A partir de esta época se apertura un registro de comunidades de indígenas y comienza un nuevo drama para tratar de ser reconocidos como tales y conseguir el ansiado registro que les reconocía sus territorios, procesos que eran lentos y penosos. Por lo que el problema persistía, sobre todo para aquellas comunidades que se encontraban cautivas dentro de las haciendas.

Debemos señalar que la principal contribución de esta reforma constitucional de 1920 y que se mantuvo hasta la constitución de 1979, no solo es el reconocimiento legal de las comunidades indígenas, sino, que se declara la protección de sus territorios y el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Una conquista trascendental y de vanguardia en la protección de la propiedad comunal, aunque sólo en el papel, tenía una connotación protectora que se perdió con nuestra actual constitución neo liberal de 1993, que sólo reconoce la imprescriptibilidad.

3. EL PROCESO DE RESTITUCION DEL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

No obstante las buenas intenciones legislativas, los hechos no iban en consonancia con las expectativas indígenas. Los abusos, abandono y la consecuente miseria era una constante en la lucha por la devolución de sus territorios y que provenían precisamente de quienes estaban llamados para hacer cumplir esas expectativas. Las autoridades nombradas para tales fines así como el poder judicial nunca estuvieron a la altura del encargo, sino todo lo contrario.

En este contexto, las comunidades indígenas de la costa están casi extinguidas, y las comunidades herederas de la época del Virrey Toledo son muy reducidas, han perdido casi el integro de sus tierras. Sin embargo, el reconocimiento de las nuevas comunidades que han surgido reagrupadas,

como herederas o en sustitución de las antiguas, detiene el avance de los latifundios.

Toda esta situación va a cambiar drásticamente en la década de los años 50 del Siglo XX, con el surgimiento de nuevas protestas y tomas de tierra encabezadas en un primer momento por líderes de la izquierda peruana, que hacen suyas los reclamos de las comunidades indígenas como parte de sus proyectos políticos, pero que a continuación es asumida por los propios líderes indígenas, como el caso del líder quechua Saturnino Huilca Quispe, en el valle de La Convención del departamento del Cuzco⁹.

Estos líderes indígenas habían aprendido que formar sindicatos de campesinos constituía una herramienta efectiva para el logro de sus reclamos, de agruparse legítimamente, tomar decisiones en común, ejecutar sus acuerdos por la fuerza de sus convicciones y luego negociar con apoyo de políticos e intelectuales simpatizantes a sus causas.

Este nuevo panorama y sobre todo la posibilidad de generalizarse estas protestas, tomo por sorpresa al gobierno de entonces, la Junta Militar encabezada por el General Nicolás Lindley López, el año 1963, que luego de varias décadas de promesas incumplidas de gobiernos anteriores para el inicio de una reforma agraria, promulgo La Ley de Bases de la Reforma Agraria e inició el proceso de la reforma agraria pero sólo respecto al valle de La Convención en el Cuzco, que se encontraba convulsionada por las luchas campesinas.

Esta es la primera Reforma Agraria efectiva realizada en el Perú, mediante la cual las comunidades campesinas de la Convención y Lares se titularon y parcelaron inmediatamente.

El año siguiente, el electo Presidente Fernando Belaunde promulgo la Ley de Reforma Agraria a nivel nacional, que no contemplaba las haciendas del Norte, sin embargo, nunca fue ejecutada por el entrampamiento y la oposición del congreso (coalición APRA-UNO).

Finalmente, el 24 de Junio del año 1969 La Junta Militar, que había tomado el poder dando golpe de estado a Belaunde un año antes, encabezado

⁹ Sobre Saturnino Huilca Quispe y su contribución en el proceso de las luchas campesinas, el escritor Hugo Neira Samanez ha escrito el libro *"HUILLCA: habla un campesino peruano"* (1974) que fue premio Casa de las Américas (La Habana). Asimismo, existen cuatro testimonios filmicos protagonizados por el líder campesino indígena peruano: "Runan Caycu" (Nora de Izcue, 1973); "Jatun Auk'a" (Jorge Sanjinés, 1974); "Si esas puertas no se abren" (Mario Arrieta y Marita Barea, 1975) y "Kuntur Wachana" (Federico García, 1977).

por el General Velasco Alvarado, promulgó el Decreto Ley N°17716, con el cual se inició el proceso de reforma agraria en todo el territorio del Perú (en realidad, finalmente sólo fue en la costa, la sierra y una pequeña parte de lo que se conoce como ceja de selva).

El Decreto Ley declaró nulos todos los actos de transferencia de tierras comunales a favor de terceros realizados con posterioridad al 18 de Enero 1920 (fecha de promulgación de la constitución de Leguía que declaró inalienable las tierras de las comunidades indígenas) y ordenó la expropiación de todas las haciendas y fundos que superaran el límite de inafectación (por ejemplo, en la costa era de 150 Hectáreas para tierras agrícolas sembradas, mientras que en la sierra iba desde 15 a 55 Hectáreas, aunque existían muchas excepciones y casos especiales).

En los años siguientes y hasta 1979 en que culminó el Gobierno Militar, fueron expropiadas la mayoría de haciendas y fundos con alrededor de 11 millones de hectáreas, que fueron adjudicados a las comunidades, que a partir de entonces dejaron de ser llamadas indígenas y pasaron ser llamadas *comunidades campesinas*, tal y como ahora las conocemos, como una forma de desagravio y trato igualitario.

Ha sido la más grande restitución y distribución de la tierra en el Perú nunca antes realizada y que cambió de manera definitiva la estructura de tenencia de tierras en el país. Los antiguos grupos de poder dejaron paso a los nuevos grupos de campesinos organizados, los que en esos momentos tuvieron la responsabilidad la ejecución de los planes de la reforma en el sector agropecuario y a nivel de empresa autogestionaria.

Sin embargo, la estructura de la reforma no dio libertad a las comunidades a formar su propio esquema de desarrollo económico, por el contrario, trajo consigo la obligatoria creación de modelos empresariales colectivos en formas de cooperativas. Así pues se crearon las denominadas cooperativas agrarias de producción (CAP) en las ex haciendas agrícolas de la costa, es su mayoría azucareras, y también las denominadas sociedades agrícolas de interés social (SAIS) en las ex haciendas ganaderas de los Andes, que combinaban sistema de trabajo asalariado y trabajo comunal tradicional.

Los hechos demuestran que si bien la reivindicación y restitución de territorios a las comunidades campesinas gozó de amplia popularidad y que se realizó de manera pacífica, los objetivos trazados por el régimen militar respecto a la reforma económica y de producción que tenía como fundamento la creación de cooperativas fueron un completo fracaso en las cooperativas costeñas, las cooperativas de la sierra tuvieron mejor suerte y lograron superar sus propias contradicciones y muchas de ellas lograron transformarse en modelos empresariales exitosos.

Por esta razón, si bien las centrales que agrupan a las comunidades campesinas, como la Confederación Campesina del Perú, estaban conforme con la expropiación de las haciendas, estuvo en desacuerdo con la formación de estas cooperativas y defendió el derecho de las comunidades campesinas a recuperar las tierras de las haciendas adjudicadas a las cooperativas, cosa que finalmente no ocurrió.

Para 1979, se habían expropiado 9.1 millones de hectáreas de las 30 millones de tierra cultivable del país. De 1969 a 1979, que fue lo que aproximadamente duraron los gobiernos de los generales Juan Velasco Alvarado y Francisco Morales-Bermúdez, se expropiaron 772 haciendas y 15, 826 fundos¹⁰.

Todas estas expropiaciones dejaron una enorme deuda, si bien es cierto que el Estado indemnizó a los antiguos hacendados por las tierras expropiadas, sólo una cuarta parte fue pagada en efectivo, el resto se encuentra como deuda por pagar contenido en bonos que generan intereses año a año y que se ha convertido en un verdadero dolor de cabeza para los sucesivos gobiernos hasta el actual.

En año 2013, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia¹¹, ordenando al Gobierno ejecutar su fallo sobre el pago de los bonos agrarios y le dio un plazo de seis meses para hacer un reglamento sobre el tema, elaborar un registro, valorización y forma de pago de los bonos de la reforma agraria en cada caso.

Asimismo, el Tribunal otorgó un plazo de dos años para reconocer y actualizar la deuda a cada tenedor y de ocho años para efectuar el pago, desde que se realice dicho reconocimiento y que busque otros mecanismos de pago alternativos al pago en efectivo, ya sea través de la entrega de terrenos de libre disponibilidad o de la emisión de nuevos bonos. A la fecha, no se ha cumplido con ninguno de los requerimientos, por lo controversial de la cuantificación actualizada de la deuda y lo cuantioso de la deuda, que algunos analistas la estiman en más de cinco mil millones de dólares¹².

Si bien es cierto que muchos propietarios expropiados invirtieron sus bonos en otras actividades económicas, como es el caso del Grupo Romero

¹⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Reforma_agraria_peruana. Recuperado el día 20/03/2018.

¹¹ Expediente N°00022-1996-PI/TC del 16/07/2013. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/201300022-1996-AI%20Resolucion.pdf>. Recuperado el día 08/03/2018.

¹² Entrevista al economista Roberto Abusada. Diario La República del 17 de Julio del 2013.

(dueño del Banco de Crédito). Un segundo grupo lo conforma quienes retuvieron sus bonos y hasta ahora esperan el pago; un tercer grupo vendió sus bonos a empresas especuladoras que compraron barato y que hoy esperan hacer el negocio de sus vidas, entre los cuales están el Banco de Crédito del Perú (20% de los bonos) y el fondo de inversión Gramercy de Estados Unidos (60%), situación que pone en el tapete la moralidad del pago de la deuda agraria¹³.

Entonces, la sentencia del Tribunal no serviría para reparar a los expropiados de la reforma agraria, sino para beneficiar grandes empresas que han estado comprando bonos. Por lo pronto, una batalla legal está en marcha.

Hay que recordar que los bonos de la reforma agraria fueron otorgados por la expropiación de tierras de propietarios privados que desde la época colonial y la república se apropiaron de manera ilegítima de terrenos comunales arrebatándole a sus originales dueños, quienes fueron restituidos con la reforma agraria.

La responsabilidad del Estado en este proceso no ha contemplado exigir que los ex propietarios paguen a las comunidades campesinas y los siervos y peones de haciendas por las décadas y centurias previas de apropiación de sus tierras y de su trabajo. Tampoco estuvo contemplado devolver a las poblaciones indígenas todas las tierras que les fueron arrebatadas desde la conquista en adelante, o al menos su valor en dinero, bien dolarizado y a precios actualizados, con lo cual, existe una enorme distancia moral que separa entre uno y otro contexto.

4. EL RETROCESO EN LO AVANZADO: DE COMUNIDAD CAMPESINA A PROPIEDAD PRIVADA

Como hemos señalado, el proceso de reforma agraria comenzada en el año 1962, fue reiniciada el año 1969 y duró hasta el año 1979, y ha sido enteramente obra de dos gobiernos militares. Sin duda, fue la más grande restitución de tierras a las comunidades indígenas realizada en el Perú y aunque existen muchas razones por las que sus detractores sostienen que fue un fracaso, lo cierto es que gracias a dicho proceso de alguna manera se reparó la deuda histórica que el Estado Peruano había negado a la población indígena desde el comienzo de la república.

Al retornar la democracia el año 1980 con el gobierno de Fernando Belaunde se comenzó con el desmontaje de todo proceso de reforma agraria

¹³ Artículo “Ex hacendados a la espera del pago de bonos agrarios” por ERNESTO TOLEDO BRÜCKMANN. Diario UNO de fecha 10/09/2017.

que de esta manera llega a su fin, ya no habrán más expropiaciones. Se expedirá un paquete de medidas legislativas al respecto¹⁴, que estimuló la inversión privada y alentó la parcelación de las cooperativas agrarias de la costa, con lo cual se disipó todo el proceso generado con la reforma, que fue culpada de todos los males y de la crisis que castigó nuestra economía durante la década de los 80.

Habiendo desaparecido el conflicto de la lucha por la tierra comunal, a partir de 1980 la comunidad campesina fue nuevamente relegada y olvidada, ya no formaría parte nuevamente de la agenda política, que fue un tema constante durante las décadas del 50 y 60.

El año 1985 comienza el gobierno de Alan García y del Partido Aprista, cuyas políticas económicas y populismo llevaron a una de las peores crisis del Perú que junto a la aparición del terrorismo produjo el desplazamiento masivo de campesinos a las ciudades huyendo de la guerra interna y de la miseria.

Durante este gobierno se promulgó la Ley 24656 (1987), Ley General de Comunidades Campesinas, que eliminó el carácter inalienable del terreno comunal (establecido en la constitución vigente de 1979), señalando que “Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad”.

Con dicha medida se abrió el camino a la venta del territorio comunal y sobre todo a una práctica deleznable de las juntas directivas de las comunidades de la costa, legítimas o fraudulentas, que a partir de entonces han negociado y vendido todo lo que han podido. Todos los territorios cercanos a playa de las comunidades han sido vendidos a partir de entonces generándose un terrible problema de tráfico de tierras que en muchos casos han llegado al escándalo público al encontrarse involucrados no solo dirigentes campesinos y traficantes, sino también autoridades y funcionarios públicos¹⁵.

¹⁴ Como por ejemplo el Decreto Legislativo N°2 “Nueva Ley de Promoción y Desarrollo Agrario”. Que fija plazos para la conclusión de los procesos de expropiación que se encontraban en curso. Es una de las razones que muchas expropiaciones no culminaron y que continuaron en parte o en forma total en propiedad de sus antiguos propietarios, a pesar de que habían sido ya indemnizados o entregados los bonos agrarios. Esta norma también disponía el cambio de modelo empresarial o la reestructuración de las cooperativas constituidas durante la reforma.

¹⁵ Han sido por ejemplo materia de reportajes periodísticos los casos de tráfico de tierras comunales en las playas de Punta Sal, Máncora, Chilca, Asia, Cañete, etc.

Se promulgó también la Ley N°24657 (1987), Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas” que complementó a la Ley de Comunidades Campesinas en su vocación de privatización al señalar que ya no serán consideradas tierras comunales aquellas que se adjudiquen a sus comuneros o a terceros.

Esta norma señalaba un trámite de titulación y de rectificación o deslinde de áreas que debería ser rápido y sencillo, por cuanto se trata de un procedimiento administrativo de declaración ante la autoridad agraria quien levantaría un plano y actas de colindancia que serían considerado título inscribible en los registros públicos. Sin embargo, han sido muy pocas las comunidades que culminaron dicho procedimiento.

El año 1990 comienza el gobierno de Alberto Fujimori, cuyo principal objetivo es insertar al Perú en las políticas neoliberales y globales auspiciadas por FMI, BM, BID, etc. Se inicia un proceso agresivo de liberalización de la propiedad de la tierra mediante dispositivos legales orientados a generar un mercado de tierra, atraer inversión, permitir la libre transferencia de propiedades y culminar los procedimientos de adjudicación y titulación.

Con la constitución de 1993 se crea el marco normativo para lograr los objetivos liberales del gobierno, ahora el estado peruano está dentro de un régimen de libre mercado. Respecto a comunidades campesinas y nativas, señala que sus terrenos sólo pueden ser imprescriptible, es decir, ya no son inalienables ni inembargables, se les quitó la protección del Estado que estuvo presente en todas las constituciones anteriores.

Toda la legislación relativa a las comunidades estará dirigida a su desarticulación en nuevos modelos societarios privados y propiciar la privatización de sus tierras. Asimismo, se establece que a las tierras comunales en abandono revierten al Estado para adjudicarse en venta a inversionistas que deseen adquirirlas.

Una de las principales acciones del nuevo gobierno fue establecer como política pública prioritaria la generación del catastro rural, la titulación y registro a nivel individual de la propiedad agrícola o con vocación de serlo a nivel nacional y de manera masiva.

Bajo este esquema, se emitió el Decreto Legislativo N°653 (1991), Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario (que derogó defini-

Varios alcaldes han sido encarcelados, están siendo procesados y otros se encuentran prófugos. El último caso acaba de suceder hace unos cuantos días sobre terrenos de la Comunidad Campesina Llanavilla de Chilca. VER: Diario El Peruano del 13/03/2018 <http://elperuano.pe/noticia-desbaratan-banda-dedicada-al-trafico-tierras-lima-64699.aspx>. Recuperado el día 15/03/2018.

tivamente el Decreto Ley N°17716, Ley de Reforma Agraria), siendo su objetivo culminar las acciones de catastro y titulación para la inscripción de los predios rústicos de todo el territorio nacional que fueron adjudicados en la reforma agraria.

Asimismo, el Decreto Legislativo N°667 (1991), Ley del Registro de Predios Rurales, que reguló el procedimiento aplicable para la formalización registral de todo tipo de predios rurales (de propiedad del Estado, áreas reformadas y los de propiedad de particulares), creándose la figura de la prescripción administrativa a cargo de los Registros Públicos.

Para lograr el propósito de masificar la titulación, se creó el Proyecto Especial Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT) mediante la 8va Disposición Complementaria del Decreto Ley N°25902, que a partir de año 1992 se convirtió en la institución especializada del Ministerio de Agricultura, que asumió dentro de sus responsabilidades las funciones de las anteriores entidades generadoras de catastro y titulación.

Hay que destacar que durante su existencia, de un estimado de 3.7 millones de parcelas rurales, al año 2006, el PETT en 2 programas de titulación masivo (PTRT1 y PTRT2) logró catastrar a más de 2.5 millones de parcelas, habiendo logrado inscribir unos 2 millones de predios rurales y unas 480 comunidades campesinas y 66 comunidades nativas en los registros públicos¹⁶, todo un record histórico en lo que a inscripciones en materia rural se refiere, habiéndose creado un mercado de tierras especulativo bastante dinámico.

El año 2007, el PETT fue fusionado con COFOPRI (hoy Organismo de Formalización de la Propiedad Informal), que ha continuado con las inscripciones individuales de parcelas rurales pero a un ritmo mucho menor, a la fecha no se tienen datos de sus labores.

A partir del año 2014 (Decreto Supremo 029-2014-PCM), todas las funciones, bienes, acervo documental y archivos heredados por COFOPRI del ex PETT, han sido transferidas al Ministerio de Agricultura - MINAGRI (como órgano ejecutivo central) y a las Direcciones Regionales de cada región de la república. Sin embargo, el proceso de transferencia ha sido tan largo que recién ha culminado el año 2017.

En esta nueva etapa, a partir del presente año (2018) el MINAGRI se encuentra comprometido en continuar las políticas de titulación y registro masivo para lo cual ha diseñado la ejecución del Proyecto Titulación y Re-

¹⁶ En: <http://minagri.gob.pe/portal/69-marco-legal/titulacion-y-creditos/411-informacion-estadistica>. Recuperado el día 10/03/2018.

gistro de Tierras 3ra Etapa (PTRT3), cofinanciado por el Estado Peruano y el BID, por un monto de \$ 80'000,000, cuyo objetivo está orientado a la formalización de la propiedad rural en selva, ceja de selva y algunas zonas focalizadas de la Sierra, respecto de 10 Regiones del Perú: Amazonas, Apurímac, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Puno, San Martín y Ucayali, donde se tiene previsto cumplir con la titulación de 283,400 Predios Individuales, 403 Comunidades Nativas y 190 Comunidades Campesinas¹⁷.

5. LOS DESPLAZADOS POR EL TERRORISMO

Un tema que merece atención es de los desplazados por la guerra interna entre las fuerzas armadas del Estado Peruano y en Terrorismo, ocurrida durante dos décadas (años 1980- 2000), que en su gran mayoría han sido pobladores de comunidades campesinas. Según la Comisión de la Verdad, tres de cada cuatro víctimas fue un campesino de habla quechua¹⁸.

Sin bien, desde el año 2005 existe un marco legal (Ley N°28592 – Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones) que señala varias formas de reparación, entre las cuales se encuentra un programa de reparaciones colectivas de retorno, la mayor cantidad de reparaciones han sido otorgadas principalmente en dinero (promedio de S/10,000 equivalente a US 3,000). Al año 2017, se han atendido a 84,539 beneficiarios, 2,448 comunidades y 12 organizaciones¹⁹. Sin embargo, según el registro único de víctimas y sus familiares, éstas superan las 2000,000 personas²⁰, lo que supone que no se ha reparado ni el 50% de las víctimas registradas, sin tener en cuenta que por la falta de publicidad hay mucha gente que no se ha enterado de este programa y muchos desplazados se encuentran en el extranjero.

Consideramos que un programa de restitución y acompañamiento para el regreso a sus tierras de los desplazados, con proyectos de desarrollo agropecuario o ganadero, podría tener un efecto más que simbólico (como

¹⁷ En: <http://www.minagri.gob.pe/portal/present-catastro-rural>. Recuperado el 10/03/2018.

¹⁸ Prefacio del Informe Final de la Comisión de la Verdad, En: <http://cverdad.org.pe/ifinal/>. Recuperado el día 02/03/2018.

¹⁹ En: <https://cman.minjus.gob.pe/gobierno-acordo-destinar-s-33-millones-para-reparaciones-a-victimas-del-terrorismo/> Recuperado el día 10/03/2018.

²⁰ En: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2014/Informe-de-Adjuntia-008-2014-ADHPD-DP.pdf> Recuperado el día 10/03/2018

la entrega de una suma de dinero), sino sería un cambio sustancial en el modo de vida de miles de peruanos, hacinados en las grandes ciudades²¹.

Igualmente, mediante Ley N°28223 (2004), se promulgó la Ley sobre los Desplazamientos Internos, siendo el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), es el ente rector para la prevención, protección y atención de la población desplazada.

Esta Ley supone la elaboración de un registro de desplazados, no sólo como consecuencia del conflicto interno resultado del terrorismo, sino también otros tipos de desplazamiento como situaciones de violencia generalizada, violaciones de los Derechos Humanos y agentes imprevistos así como desastres naturales o provocados por el ser humano y que no ha dado lugar al cruce de una frontera estatal internacionalmente reconocida.

Dicho registro se elabora mediante solicitudes que siguen un proceso para su acreditación. La finalidad es otorgar reparaciones colectivas y atención de los desplazados internos en los programas y servicios del estado.

En la actualidad, dicho registro ha acreditado como desplazados a 59,846 personas de las cuales 25,086 (58%) son mujeres y 34,760 (42%) son hombres²². Esperamos que se ejecuten políticas de retorno, restitución de tierras, acompañamiento y desarrollo de programas productivos, que hasta ahora no existen.

Y es que, el terrorismo fue una situación tan grave que tocó vivir a nuestra nación (como suma de todas naciones que compartimos el territorio peruano), que nos reveló todas nuestras contradicciones y el profundo desprecio por nuestras diferencias, situación que es evidente si tenemos en cuenta que en el periodo del conflicto armado, que la mayoría de víctimas fueron campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua. Es evidente con ello el abandono e indiferencia frente a nuestros hermanos quechua hablantes del ande peruano, así como la discriminación frente a una de las manifestaciones más claras de la que debiera una de las muestras de nuestra identidad: el propio idioma.

²¹ El desplazamiento masivo a partir de 1980 del campo a la ciudad ha tenido como consecuencia más visible la aparición de miles de los llamados asentamientos humanos, al año 1997 y sólo en Lima, ya existían unos 1980 asentamientos informales, formado a través de invasiones de tierras urbanas, sobre todo en los cerros de Lima y sus periferias, que concentraban a unas 2.7 millones de pobladores. A la fecha, esas cifras deben haberse duplicado. Fuente: <https://www.proyectos.inei.gob.pe>. Recuperado el día 01/03/2018

²² En <https://www.mimp.gob.pe/direcciones/dgpdv/contenidos/articulos-ddcp.php?codigo=21> Recuperado el día 05/03/2018.

La conclusión más valiosa frente a hechos como el que sucedieron, es la posibilidad de admitir que somos una sociedad de profundas diferencias y contradicciones que aún no termina por cerrar la brecha de desigualdades. En buena cuenta, el fenómeno de la guerra interna surgió como producto de un tremendo resentimiento y claro sentido de no pertenencia, producto de una multiculturalidad que el poder estatal se niega a reconocer y tender puentes que permitan crear una verdadera nación pluricultural.

6. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL CATASTRO Y EL REGISTRO

Tener la certeza de la realidad de nuestro territorio, en cuanto a información gráfica georreferenciada²³, superficies precisas, condiciones de los suelos y sus usos, descripción de inmuebles y la información de sus indicadores; constituyen una herramienta fundamental para la elaboración de políticas públicas no solo de titulación, sino de administración de recursos potenciales tanto a nivel nacional, regional y municipal, estrategias de inversión tanto pública como privada, determinar polos de desarrollo, régimen tributario, protección del medio ambiente, prevenir desastres y focalizar la ayuda y la reconstrucción en caso de siniestros, etc.

La deficiencia de esa información, producen muchas distorsiones que se reflejan en el crecimiento desordenado de las ciudades, la informalidad de la propiedad predial, recaudaciones tributarias deficientes e incoherentes, generación de múltiples conflictos por el derecho de propiedad, imposibilidad de culminar los procesos de titulación y el mantenimiento de la formalidad de los predios ya formalizados. Un reflejo de tal deficiencia se aprecia en la existencia de muchas duplicidades registrales y superposiciones que finalmente tienen que ser solucionadas en el Poder Judicial.

El registro de la propiedad inmueble funciona desde el año 1888, pero se desarrolló sin el apoyo de un catastro que pudiese acompañar las inscripciones, que se han realizado sin la existencia de por lo menos un plano de ubicación.

²³ La georreferenciación es la técnica de posicionamiento espacial de una entidad en una localización geográfica única y bien definida en un sistema de coordenadas y datum específicos. Es una operación habitual dentro de los sistemas de información geográfica (SIG) tanto para objetos ráster (imágenes de mapa de píxeles) como para objetos vectoriales (puntos, líneas, polilíneas y polígonos que representan objetos físicos). En: <https://es.wikipedia.org/wiki/Georreferenciación>. Recuperado el 10/03/2018.

Recién en 1964 se dispuso que la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo transfiera a los Registros Públicos su Planoteca Nacional con un Sistema de archivos con tarjetas y documentación de cada propiedad inmueble de Lima y a partir de 1965 (Decreto Supremo N°464-H) se ordenó que cada provincia tuviera un catastro independiente con índices alfabéticos relativos a todas las propiedades que tuviera una misma persona²⁴.

Sin embargo, el catastro tendría su mayor desarrollo a partir de la época de la Reforma Agraria, al crearse dentro del Ministerio de Agricultura la Dirección Nacional de Catastro Rural (1969), que luego se fusionaría junto a otros organismos en lo que fue el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT) en 1992.

El PETT ha sido la entidad que ha logrado llevar a cabo la mayor generación de Catastro a nivel rural, habiendo catastrado unos 2.5 millones de predios rurales, avanzando en un 50% del inventario de tierras rurales y de comunidades. Sin embargo, ha quedado pendiente el catastro de las tierras de la selva.

A nivel urbano, COFOPRI (1996), ha catastrado prácticamente el 80% de los territorios urbanos, teniendo una base gráfica catastral con información de 3.3 millones de predios urbanos²⁵.

Debe añadirse que las labores del PETT y COFOPRI se desarrollaron de manera conjunta con los Registros Públicos, por cuanto si bien las dos primeras desarrollaban labores de generación de catastro, dicha función era necesaria para su objetivo principal como política pública: la titulación y registro de los títulos.

Por lo tanto, a partir de las actuaciones del PETT y COFOPRI, todos los predios formalizados cuentan con una base georreferencial que hace que los Registros Públicos cuente con uno de los archivos catastrales más completo del Perú.

Por otra parte, la entidad generadora de catastro respecto a concesiones mineras, el Catastro Minero Nacional (1996) adscrito al Registro Público de Minería, tiene catastrado la integridad de denuncias, petitorios y concesiones mineras, es decir, prácticamente el 100 %, cuyo padrón minero

²⁴ SILUPU GUINEA, MARIA. "El Catastro y el planeamiento Urbano en el Perú" En: http://www.academia.edu/8662471/EL_CATASTRO_Y_EL_PLANEAMIENTO_URBANO_EN_EL_PERU Recuperado el 12/03/2018.

²⁵ Fuente: <https://www.cofopri.gob.pe/> Recuperado el día 10/03/2018.

general es publicado cada año, para el año 2017, se encuentran vigentes 43,668 concesiones mineras²⁶.

Sin embargo, hay muchas otras entidades que generan catastro sin que haya una interrelación entre las distintas fuentes o bases de datos; y eso hace hasta el momento no exista unificación de un sistema nacional de catastro. Estas instituciones, entre otras, son las municipalidades, gobiernos regionales, INRENA, Instituto Geográfico Nacional, incluso entidades privadas (ONGs con auspicio de entidades internacionales, como el Sistema de Información sobre Comunidades Nativas -SICNA²⁷), etc.

Ante dicha situación, mediante Ley N°28294 (2004), se ha creado el Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial, estableciéndose que la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP, en su calidad de Secretaria Técnica del SNCP; se convierte en el órgano normativo, fiscalizador y evaluador de las actividades catastrales a nivel nacional y obliga a las entidades generadoras o relacionadas con el catastro a interconectarse.

Con la creación de este marco legal se trata de simbolizar el avance político que ha logrado la institución catastral peruana, que se traduce en el reconocimiento a nivel político de su importancia, así como la necesidad y trascendencia de corregir la problemática que lo afecta²⁸.

Sus líneas de acción pasan por gestionar y consolidar la existencia de un Catastro Nacional Predial Integrado (también llamado catastro multifinlatario, multifuncional, multipropósito o polivalente), desarrollando mecanismos que permitan generar, mantener, actualizar, integrar e interconectar la información catastral a través de una Infraestructura de datos catastrales, promoviendo la conciencia y cultura catastral en todos los niveles del Gobierno.

Este nuevo enfoque del catastro apunta a contar con un Catastro Nacional Predial integrado, actualizado, moderno, dinámico y vinculado al Registro de Predios; que sirva al Estado, como un instrumento de Planificación y Gestión del Desarrollo Social, Económico y Político del territorio del país, es decir, que su valor no sólo sea el tradicional inventario de tierras, sino

²⁶ Fuente: <http://www.ingemmet.gob.pe/> Recuperado el día 10/03/2018.

²⁷ Puede visitar su página en: <http://www.ibcperu.org/mapas/sicna/> Recuperado el día 10/03/2018.

²⁸ PORTILLO FLORES, ANGÉLICA M. “El Catastro en el Perú, avances y nuevas estrategias” En: http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct59/38_50.pdf Recuperado el día 08/03/2018..

que tenga un propósito que contribuya en los objetivos de todas las políticas públicas de desarrollo sobre la base de la propiedad predial²⁹.

En esta dirección es que tanto los registros públicos y el catastro multifinanciado cobran mayor importancia, no sólo en cuanto a generar seguridad jurídica, sino que sirva de fuente de información como un instrumento de gestión eficaz y eficiente para el desarrollo sostenible del territorio, promoviendo, entre otros temas, la inversión pública y privada, la lucha contra la pobreza y como consecuencia de ello lograr niveles elevados de desarrollo social y económico del país en todos los niveles.

Sin embargo, pese a que en teoría ya existe un sistema integrado, la práctica dista mucho de lo esperado. Para lograr esta finalidad es necesario preparar profesionales de distintas áreas de conocimiento, pertenecientes a diferentes sectores, para una actuación conjunta y/o colaborativa. El desafío formativo es la construcción de una pedagogía y una didáctica que permitan superar los conceptos tradicionales y promuevan la discusión de contenidos, enfoques y métodos para una implementación integrada del proyecto catastral.³⁰

7. CONCLUSIONES

- 1) La connotación de indígena a los pobladores peruanos originarios, ha formado parte de una historia de discriminación, que pasa por haberles negado su identidad étnica, idioma y cultura, producto de la conquista, el abuso y usurpación de sus territorios durante buena parte de la república. A partir de sus luchas por el reconocimiento de sus derechos y conforme al CONVENIO 169 OIT, dentro del respeto a su dignidad de los pueblos originarios y sobre todo para el reconocimiento de sus derechos a la libre determinación, consulta previa, no asimilación y derechos fundamentales, se debe tener en cuenta que el término indígena ahora contiene un haz de reivindicaciones que no está condicionado exclusivamente a habitar una región geográfica específica o de conservar instituciones sociales propias, económicas,

²⁹ En: POLÍTICAS CATASTRALES DEL SISTEMA NACIONAL INTEGRADO DE INFORMACIÓN CATASTRAL PREDIAL – SNCP. <http://www.catastroperu.com/politicascatastrales.pdf> Recuperado el día 10/03/2018.

³⁰ PONTES CUNHA, EGLAÍSA MICHELLE. “Hacia un modelo de gestión de capacitación en catastro territorial multifinanciado: etapas, implementación y desafíos” Revista de la Red de Expertos en Catastro N°12 Año 2016. En: http://www.ceddet.org/wp-content/themes/ceddet/pdf/revistas/catastro/n12_catastro.pdf Recuperado el día 10/03/2018.

culturales y políticas, sino que por el hecho mismo de la conciencia de su identidad indígena, basta para que se les reconozca a cada persona el formar parte de un grupo étnico o pueblo a los que se aplican las disposiciones del Convenio. Esto supone una gran conquista, sobre todo frente a la mezquindad de quienes estando en el poder pretenden negar la condición de pueblo indígena a pueblos que hace mucho perdieron sus idiomas originales, fueron desplazados o ya no cuentan con instituciones sociales, políticas o económicas propias.

- 2) El proceso de Reforma Agraria ha sido la más grande restitución de tierras ocurrido en el Perú. Si bien puede señalarse que fue producto de la coyuntura y el espíritu nacionalista de los gobiernos militares que la impulsaron, la llegada de la democracia no estuvo a la altura de las circunstancias y de reconocer la importancia que dicho proceso significó en la construcción de la identidad de nuestra república. Ha sido una oportunidad única e irrepetible que se perdió. Al parecer, los antiguos resentimientos de quienes fueron afectados en la reforma y sus estrechos vínculos con la nueva clase gobernante frustraron una plena reconciliación entre el antiguo patrón y los nuevos campesinos propietarios. No obstante, la reforma constituye un cambio irreversible en la mentalidad del campesino peruano.
- 3) La inserción dentro del sistema económico capitalista de libre mercado ha señalado desde 1993 el derrotero hacia una regresión en cuanto al respecto de los derechos de las comunidades indígenas que ahora se encuentran acosadas nuevamente ya no sólo por el derecho de propiedad de sus tierras, sino, por las riquezas naturales que existen en el subsuelo, los daños ambientales y la contaminación son ahora el común denominador en las comunidades que han tenido la mala suerte de encontrarse sobre yacimientos mineros. Aunque no ha sido materia del presente trabajo la situación de las comunidades nativas (pueblos tribales, según lo define el CONVENIO 169 OIT), dichas comunidades están ahora afectadas en mayor medida por la codicia de los inversionistas. A pesar de la existencia de la llamada consulta previa, los inversores y el mismo Estado han entendido que basta sólo con hacer la consulta como formalidad para cumplir dicho requerimiento, y luego, con o sin consentimiento otorgar las concesiones, sin ningún remordimiento. Sin embargo, gracias a la preocupación de múltiples defensores de los derechos humanos, poco a poco se está revirtiendo esta situación. El Tribunal Constitucional tiene un papel preponderante en la defensa de los derechos de las comunidades afectadas o en peligro de ser afectadas

- 4) Finalmente, la existencia de un Catastro Integrado, que contenga la información de todo el territorio nacional, es una exigencia y clamor de urgente atención. Todo lo avanzado tanto por el PETT como por COFOPRI, como consecuencia de las políticas de titulaciones masivas, establecen la convicción de que existe mucha experiencia que debe ser volcado en construir un verdadero catastro integrado multifinanciado, ya existe el marco legal, ahora sólo depende de que dicho catastro sea considerado una política pública prioritaria. Con un catastro integrado y completado, se haría realidad la titulación y reconocimiento de los territorios indígenas que aún se mantienen a pesar de las adversidades.

BIBLIOGRAFIA

- ABUSADA, ROBERTO. Entrevista. Diario La República del 17 de Julio del 2013.
- CONTRERAS, Carlos. El impuesto de la contribución personal en el Perú del siglo XIX. **Histórica**, [S.l.], v. 29, n. 2, p. 67-106, mar. 2012. ISSN 2223-375X. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/historica/article/view/1299>. Recuperado el día 05/03/2018.
- DIEZ HURTADO, ALEJANDO. “Inversiones Privadas y Derechos Comunales”. PUC. En: <https://www.esan.edu.pe/publicaciones/2012/03/21/articulo2.pdf>. Recuperado el día 10/02/2018.
- GOLTE, JURGEN, *La racionalidad de la organización andina*. Lima, IEP, 2013.
- MATOS MAR, JOSE. *La Reforma Agraria en el Perú*. Lima. IEP. 1980
- POLÍTICAS CATASTRALES DEL SISTEMA NACIONAL INTEGRADO DE INFORMACIÓN CATASTRAL PREDIAL – SNCP. <http://www.catastroperu.com/politicascatastrales.pdf> Recuperado el día 10/03/2018.
- PORTILLO FLORES, ANGÉLICA M. “El Catastro en el Perú, avances y nuevas estrategias” En: http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct59/38_50.pdf Recuperado el día 08/03/2018.
- SILUPU GUINEA, MARIA. “El Catastro y el planeamiento Urbano en el Perú” En: http://www.academia.edu/8662471/EL_CATASTRO_Y_EL_PLANEAMIENTO_URBANO_EN_EL_PERU. Recuperado el 12/03/2018.
- TOLEDO BRÜCKMANN, ERNESTO. Artículo “Ex hacendados a la espera del pago de bonos agrarios”. Diario UNO de fecha 10/09/2017.
- THORP, ROSEMARY (2011), *La etnicidad y la persistencia de la desigualdad: el caso peruano*. Lima, IEP, 2011. (Serie Estudios sobre Desigualdad, 3).
- PAGINAS WEB
- <http://elperuano.pe/noticia-desbaratan-banda-dedicada-al-trafico-tierras-lima-64699.aspx>. Recuperado el día 15/03/2018.

https://es.wikipedia.org/wiki/Reforma_agraria_peruana Recuperado el día 20/03/2018

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf>. Recuperado el día 08/03/2018.

<http://minagri.gob.pe/portal/69-marco-legal/titulacion-y-creditos/411-informacion-estadistica>. Recuperado el día 10/03/2018.

<http://www.minagri.gob.pe/portal/present-catastro-rural>. Recuperado el 10/03/2018.

<https://www.mimp.gob.pe/direcciones/dgpdv/contenidos/articulos-ddcp.php?codigo=21> Recuperado el día 05/03/2018.

<https://cman.minjus.gob.pe/gobierno-acordo-destinar-s-33-millones-para-reparaciones-a-victimas-del-terrorismo/>

<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2014/Informe-de-Adjuntia-008-2014-ADHPD-DP.pdf> Recuperado el día 10/03/2018

<http://cverdad.org.pe/ifinal/>. Recuperado el día 02/03/2018.

<https://es.wikipedia.org/wiki/Georreferenciaci%C3%B3n>. Recuperado el 10/03/2018.

<https://www.cofopri.gob.pe/> Recuperado el día 10/03/2018.

<http://www.ingemmet.gob.pe/> Recuperado el día 10/03/2018.

Lima; 02 Abril del 2018

THE MEANING OF LAND REGISTRY DATA: QUALITY, OWNERSHIP & USE. THE RISK OF PRIVATIZATION OF LAND ADMINISTRATION AND BLOCKCHAIN'S CODE AS LAW

Jacob Vos*

*Paper prepared for presentation at the "21st WORLD LAND REGISTRATION CONGRESS"
IPRA|CINDER – Cartagena de Indias, May 2-4, 2018*

jacques.vos@kadaster.nl

1. NEW POSSIBILITIES BY IT-DEVELOPMENTS

Because of more recent IT-developments, such as Internet of Things ("IoT"), rapid validation systems, potentially using blockchain, artificial intelligence (AI), and big data, it gets more and more easy to collect, share, link, interpret and sell data on a wide-spread basis. New possibilities are born every day. When it comes to data regarding land and properties, Land Registries and Cadasters are at the hart and sometimes even the source of this information and these activities. Some of the Land Administration entities make use of these new technological possibilities and create new services or information products. But there may be a downside to these developments.

2. INTERNET OF THINGS – MORE DATA

All kinds of devices, home appliances, vehicles and physical elements (of properties) are - and more will be - embedded with sensors, electronics and software. Combining these low-cost connected sensors and other tooling enables these uniquely identifiable objects to connect and exchange data, using the existing internet infrastructure and perhaps blockchain technology. Data, originating from various ecosystems, are getting increasingly

* Registrar at Kadaster the Netherlands Cadastre, Land Registry and Mapping Agency

integrated and inter-connected. This phenomenon is called the Internet of Things, or “IoT” in short.

In an environment that calls for immediate actions regarding the creation of a circular economy, e.g. the continuously growing cities in the metropolitan area (Randstad) in the Netherlands, there is a need for smart answers to several issues, e.g. a growing energy consumption, environmental issues, reduced accessibility and scarce public spaces that are shared by many functions, partly due to cities being overrun by tourists and a flow of migrants. Through the open knowledge platform ‘Making Sense for Society’, hosted by Geonovum, the Dutch governmental executive body for the Geo-information domain, Kadaster embraces the development on sensor (meta-)data and a sensor registry, as explained by HEIDE *et al* (2017). This registry should contain all sensors in public space and (therefore) could give an overview of all kinds of information, show effects and help to draw conclusions. HEIDE *et al* (2017) have addressed several questions with regard to the quality and types of data that are collected. The answers to the questions how to safeguard the privacy of citizens and how to rely on the quality of the data are very important, not only for a sensor registry, but also for land registries.

3. BIG DATA

In modern society data are collected, shared and linked like never before. Sometimes without realizing, in other cases with their explicit consent, people share large amounts of data with (giant) software companies (e.g. Google and Facebook) or other developers of applications, installed on their smart phones. Collecting, processing and sharing or selling these data is the business model of many software (app) developers. In a sense many Land Administration entities act more or less in the same way. They provide any required information which they market as part of their business model.

Land Administration entities are using data stored under their supervision to create derived and (in a technical sense) manipulated data in order to provide any required information. Land registries regularly register these data because of their statutory function. Notaries and conveyancers add legal information about various transactions (mostly transfer of ownership and mortgages) and judicial enforcement officers add other legal information (seizures and attachments, where governments (amongst else) add geospatial information.

Commercial parties and IT-specialists gradually make use of Land Administration data and sometimes offer supplementary services. They occa-

sionally use Land Administration data as a small part in a larger collection of data. On the one hand this combination of Land Administration data and other non-Land Administration data results in a very broad use of these data with possibly great social value and use. One of the most commonly used examples perhaps is the use of navigation software. Another example that is broadly used is (statistical) data with regard to price developments. These examples show the possibilities Land Administration information may offer.

KING, B.J. (1994) contends that the crucial element in the evolution of information acquisition and transfer is the acquired ability to donate information to others. Yet, by using 'big data' and other technological solutions this donation of information seems to increase hand over fist.

Adding additional data to data derived from a Land Administration as well as offering supplementary services may lead to inconsistencies and sometimes even (derivative) liability. The improper use of (Land Administration) data implicates potential risks, especially since these data are used in all kinds of modern IT-solutions without a (legal) explanation of the meaning of the data. It is not always clear what is the exact value that can be awarded to data. In other words: in a Big Data 'Lake' it might be very difficult to catch the right fish.

As addressed by CROWDER, J.A. *et al* (2014), the problem with data analysis and lack of quality user interaction within that process are not a new problem.

How can (big) data be placed in a way it leads to information and a (correct) interpretation of data? For this, I will use the DIKW hierarchy.

The DIKW hierarchy consists of the Data > Information > Knowledge > Wisdom scheme.

What is meant by this DIKW pyramid is often discussed and explained in different ways. Although ACKOFF classifies the content of the human mind into five categories by introducing a class he calls 'Understanding' between 'Knowledge' and 'Wisdom', for this paper I (mis)use the DIKW¹ hierarchy to clarify that (big) data by itself can be considered a constant, although it is constantly changing, while information is a variable that re-defines data for each specific use. Information can be derived from data as it connects certain data elements and 'merges' them into information. In this context sequencing certain (big) data leads to certain information. This

¹ In the DIKW model as it is displayed in its true meaning, that 'Data' layer is not referring to (Land Administration) data at all. It refers to observed signals, symbols or stimuli, where 'Information' refers to data that are processed to be meaningful or

information can be perceived and interpreted in different manners and may lead to a certain conclusion.

The pure set of data does not always mean it tells you what you want to know. To create knowledge of (Land Administration) processes one needs to process or know how to clarify the data and the information that has been retrieved from this data. Knowledge can be seen as information that has been embodied in humans or, from an IT-solutions perspective, is encoded into business rules or smart applications (or perhaps even smart contracts). In the end from this knowledge one can combine certain elements, draw conclusions and ‘play’ with this knowledge, to somehow create a certain stage of wisdom. But to get to this stage of wisdom, the basic elements should be in order, the data and information should be absolutely reliable.

To improve data assets (within an organization) BARBALET (2014) repeats some information management concepts: first one would need to improve the quality of data. Next to that the availability of data should be increased. It should be easy to use. For this, to better transform and add value new technology can be introduced and finally, new or external data sources can be added. The use of structured data, metadata and Linked Data may deliver an answer to the question with regard to the proper use of big data.

4. META DATA & STRUCTURED DATA

Noticing this, the need for an extra layer of data with regard the Land Administration data may be necessary. This extra layer, the meta data, may concern the quality of the data (e.g. the year it was collected or registered, a brief explanation of certain elements or the legal value) or a thesaurus or factsheet. Another possibility to prevent the accidental misuse of data, is connecting data the right way. For this, it is advisable to publish data in a structured way, so that they can be interlinked and become more useful through semantic queries. MOLERO *et al* (2010) described the division of data by database specialists into three major kinds of data: structured data, semi-structured data, and unstructured data. Structured data usually can be found in relational database management systems (RDBMS), because of its highly structured nature, using simple data entry forms. Because of

useful (giving answers to ‘what’, ‘where’, ‘who’ and ‘when’.) ‘Knowledge’ relates to the application of data and information (‘how’). It provides framed, contextual information and expert insights whereas ‘Wisdom’ refers to evaluated understanding and to increase effectiveness. ACKOFF’s class of ‘Understanding’ is conveyed by explanations and answers the ‘why’ question.

this, many Land Administration systems make use of these systems, using a specific language (SQL) to create queries and updating if the tables. Unstructured data has no formal rules to format and organize to create data. Without these rules it is (maybe) more easy to create data. On the other hand, to search and store data is more difficult. Semi-structured data is somewhere in between. A standardized form to order products in an on-line office supplies store can be seen as an example of structured data. A notarial deed in its purest form consists of free text and is therefore an example of unstructured data, as are data created by the aforementioned IoT sensors. The so-called stylesheet, a (partly) standardized notarial deed, supplemented with an XML-file, in order to process a deed automatically in the Dutch Land Registry, may clarify best what is meant by semi-structured data. For a full description of these so-called stylesheets I refer to LOUWMAN *et al* (2012). For Geo-related information the most commonly used format is GML (OOSTEROM *et al*, 2009). Because of the semi-structured markup language, it is rather simple to exchange data. As described by LEMMEN *et al* (2015), hard work has been done in order to create international recognized standards of data models in the land administration domain. As concluded by LEMMEN (2012), the common pattern for well-functioning Land Administration(s) (systems) is one of the key principles of the Land Administration Domain Model (LADM). It consists of a triple: Object (spatial unit) – Right (right in rem and/or personal right) – subject (titleholder of the right that is related to the object). This triple is also known as the ‘ABC-structure’, as this structure has been identified by the IMOLA project of the European Land Registry Association (ELRA)². With this project ELRA aimed to produce a model for standardized land registry output, the European Land Registry Document (ELRD). It formulates reference information within a structure of common fields (a template), developed through an XSD / XML scheme that allows semi-automatic processing of information through shared rules with metadata derived from a thesaurus. It is published by a style sheet, giving homogeneity to the registration information, which will flow through the e-Justice portal re-using the building blocks defined by e-Codex and ISA.

In other words, a standardized Land Registry information form, provided with explanatory material in order to understand a clear idea of the (legal) meaning of the registered rights in another Land Registry within the European Union will be created. This information will be provided in the various languages that are used by the members of ELRA.

² See: www.elra.eu/imola. Retrieved 2018-03-12.

It was only very recent (February 28th, 2018) that ELRA held its kick-off Conference for IMOLA II, the succeeding project, again a project awarded with a grant by the European Commission.

The outcome of the project will help to solve the interoperability problems amongst the EU Member States that are also a member of ELRA. Solving the problems regarding the reuse of information and - more specifically - the implicit knowledge encoded in the different registries are the main targets of this project. By making use of a virtual collaborative development environment where tools can exchange and share data, information and knowledge, IMOLA II aims to provide an interoperability platform. For this it will use a semantic shared repository (Knowledge Repository), amongst Land Registers in Europe. Controlled vocabularies are essential for this project. The Knowledge Repository should consist of vocabularies, glossaries and thesaurus and should be disclosed by a web service. A **thesaurus** is a reference work that lists words grouped together according to similarity of meaning, but also to draw distinctions between similar words; it consists of hierarchical relations between concepts and other relations. A **taxonomy** can be described as a model of concepts, indicating which concepts have a broader meaning. This classification of things or concepts include the principles that underlie such classification. On a national level Dutch Kadaster has already defined (part of) the elements that are needed in the IMOLA II project by using Linked Data, as we have introduced a linked data model a few years ago.

5. LINKED DATA

As (governmental) data nowadays are provided using web services, but often as an ordinary data file, in most cases this sharing of information is a so-called 'point-to-point' solution. The data therefore are not easy to use on a larger scale. One of the main reasons for this limited use is the implicit, assumed, context in which the data are useful.

In computing, Linked Data is a method of publishing structured data so that it can be interlinked and become more useful through semantic queries. It builds upon standard Web technologies such as HTTP, RDF and URI's and extends web pages to share information in a way that can be read automatically by computers.³

In other words, Linked Data seems a very useful technology to disclose (public sector) information directly to the 'web'. By using Linked Data the data are disclosed via the 'web' at once, made available to everyone, from

³ See: https://en.wikipedia.org/wiki/Linked_data. Retrieved 2018-03-12.

a recognizable source. Linked data can be published, including the context: the explanation of the meaning of data and meta data. These meta data may contain information with regard to the method of gathering, completeness, timeliness or origin of the data. The metadata can be published in the same way and form as the data itself. It therefore is a very consistent way of publishing information that provides a (possible) solution for technical and semantical interoperability problems.

A semantic heart, defining the coherence between different registers, can be supplemented with ontologies of each and every registry. In such an ontology the coherence of the concepts (e.g. of 'price', 'right', or 'person') can be defined. It is only the structure of the coherence – the semantic heart – needs to be managed centrally. This way, every organization can determine its own coherence at the level of the data themselves. A constructor is able to indicate that a certain building is not suitable for habitation, where the persons register can determine the building is inhabited by two persons and the tax authority may conclude that there are people living in cohabitation, so one of these two persons who claims to inhabit the building just by himself, has to redeem housing benefits. As far as this information is not contrary to the right of privacy, this data can be shared between governmental agencies and the outer world.

A fine example of the implementation of Linked (open) Data is the Catalogue System (Stelselcatalogus) as explained hereafter.

The 'Catalogue System' (Stelselcatalogus) of the Netherlands provides an insight in the content of the key registers, the meaning of these data and how these data are connected. The system of key registers⁴ in the Netherlands is explained in an article in ELRA's 4th Annual Publication (VOS, 2011). Key registers contain the vital information from the government, as the data of all citizens, businesses and institutions are included. They play a key role in providing information (sharing data) as these data are guaranteed by the governmental organizations, regarding the availability, access, continuity, actuality, quality and price. Because of this high quality, the government can use this information without further investigation in their work. One of the elements of the system of key registers is the Catalogue System (Stelselcatalogus). By making use of this Catalogue System one can conclude rather easily how to fit these data into one's own system. Dutch Kadaster has defined its key register on land and rights (basisregistratie kadaster) as a semantic network, including the link to national legislation (Kadasterwet) that itself is disclosed as linked open data. This way, a maxi-

⁴ Key registers are also known as authentic registers, base registers, or basic registers.

mum insight in the meaning and background of the key register on land and rights is realized.

A logic next step is publishing the data recorded in the key register if and when possible without violating the privacy of people whose data are registered in this register. For geographical data this already is the policy for several years, as has also been defined regarding INSPIRE, as has also been displayed by TIANEN, E. (2017).

By making use of Linked Data there is no need for redundancy in data (any more). Up until now many registers use certain data in their own registers, that are recorded in other registers (as well). No copies of these data need to be made, no infrastructural connections need to be realized. Linked Data provides the possibility to refer to the requested data instantly, by making use of ‘resolvable URI’s’. These are URI’s (unique resource identifiers) that give access to those data themselves. Each data element gets its own URI and URI’s give each webpage a unique address on the internet, so it is easy to refer to each specific part of information.

Data are no longer inseparably connected to the context of their application. They now carry their own meaning, using metadata and semantics. These semantics are no longer recorded in databases. By making use of standardized vocabularies computers can interpret and link data by themselves. BERNERS-LEE (2006) outlined four principles of linked data in his “Linked Data” note of 2006:

1. Use URI’s to name (identify) things.
2. Use HTTP URI’s so that these things can be looked up (interpreted, “dereferenced”).
3. Provide useful information about what a name identifies when it’s looked up, using open standards such as RDF, SPARQL, etc.
4. Refer to other things using their HTTP URI-based names when publishing data on the Web.

As is stated by Using these principles, data will be published *as* a webpage instead of *on* a webpage. The World Wide Web Consortium (W3C)⁵ is an international community where Member organizations, staff and the public work together to develop Web standards. Amongst else, W3C created web standards to set out data models for Linked Data, e.g. SKOS (Simple Knowledge Organization System). SKOS is designed for representation of any type of structured controlled vocabulary. Its main objective is to enable any publication and use of vocabularies such as Linked Data. In 2014 in the Netherlands such a world, making use of a platform called PiLOD: platform

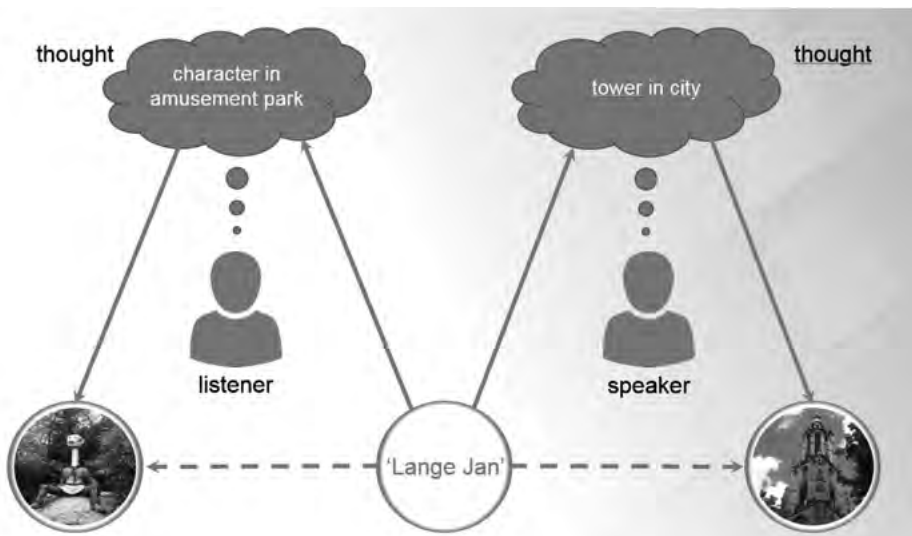
⁵ <https://www.w3.org/> Retrieved 2018-03-12.

implementation of Linked (Open) Data, as explained at the website on best practices for meaningful connected computing, was initiated.⁶

BRATTINGA *et al* (2014) describe the use as to organize Knowledge Organization Systems as a thesaurus (internally) and to compare on definitions of concepts (externally). They explain BP4mc2 (Best Practices for Meaningful Connected Computing) as a method to describe the meaning, structure and dynamics of an information system, based on the legal and other professional guidelines and making use of semantical and Linked Data concepts. To design a system of Linked Data, it is important to distinguish the following three ‘realities’.

Three realities

In the world of Linked Data a distinction between three types of reality has to be made: the ‘natural’ reality, the institutional reality and the administrative reality. These three realities are interlinked. Linked (Open) Data is a means to link all three worlds. BRATTINGA *et al* (2014) describe the ‘**natural**’ reality as a reality in which an actor communicates or abstracts in relation to an object. The actor creates a thought with regard to this object and connects this thought to a term that indicates this object. When two actors understands each other’s thoughts there will be no problem. Without this mutual alignment one could easily misunderstand the other actor. This would lead to misunderstandings with sometimes major consequences. Different contexts create wrongful references to other terms or definitions.

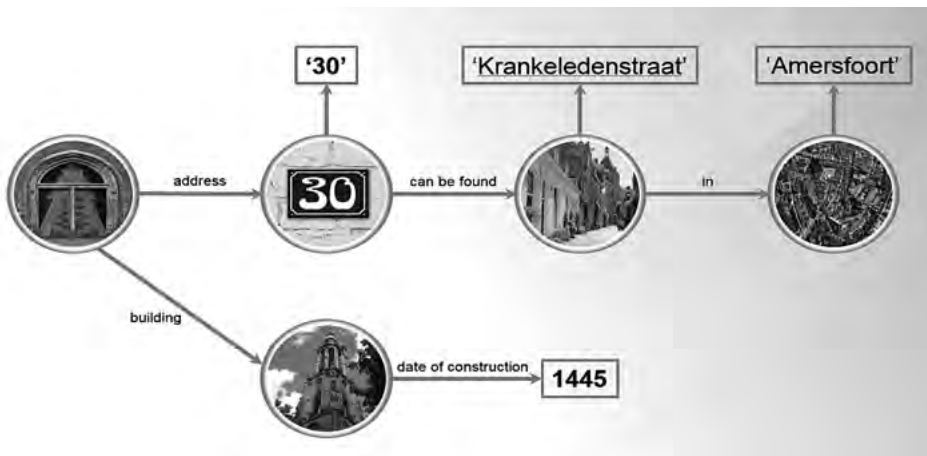


⁶ [Http://www.bp4mc2.org](http://www.bp4mc2.org) Retrieved 2018-03-12.

The natural reality is constantly in motion. In the **institutional reality** institutions prescribe their intentions and opinion with regard to a specific domain. Objects in the natural reality will be formalized as facts in the institutional reality. These facts are embedded in formal terms. These terms will be formalized in legislation or standards. In the **administrative reality** these legal terms are presented as linked data in triples. Triples are brief sentences, consisting of a subject, an object and a predicate.⁷

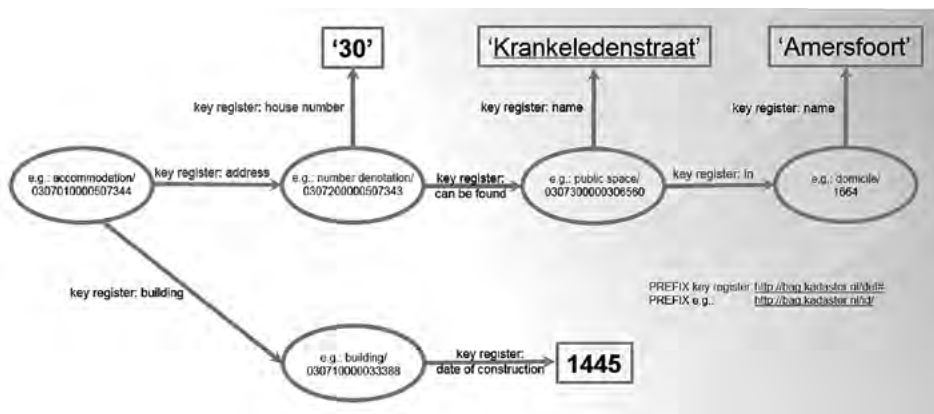


A subject can be an object in another triple. In case of an object that will not be used to refer to anything else, it is called a 'literal' and in a scheme it will be indicated as a rectangle.

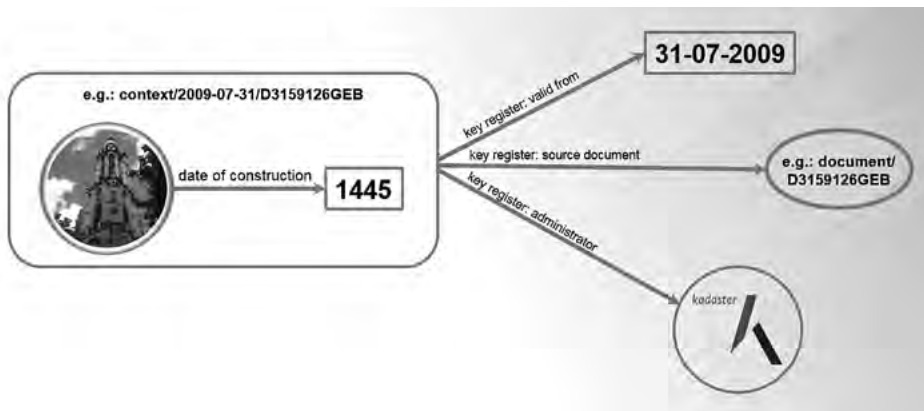


Instead of using pictures, the true RDF scheme would show the following:

⁷ [Http://www.bp4mc2.org](http://www.bp4mc2.org) Retrieved 2018-03-12.



Because of being a short sentence, triples cannot store context. That is why a set of triples are displayed as a ‘named graph’, which by itself has got a URI as well.



BRATTINGA *et al* (2014) describe the birth of a child as a life event, leading to an institutional event (in this case: determining its nationality), by creating an administrative event (registering the child’s birth at the municipality). In case all three realities correspond to one another, the situation is compliant to the purpose of the administration and institution. This is not necessarily always the case.

As mentioned before, a Land Administration system contains information with regard to the ‘triple’ subject – object – right. In the Dutch situation the Land Registry system, being a deeds based system, does not always contain information with regard to the actual owner. In other words, the Dutch Land Registry, being one of the key registers in the Netherlands, contains the administrative reality, reflecting the natural reality as far as

it is defined in the institutional reality. This does mean that there can be a discrepancy between the natural and the administrative reality. Although it does contain information with regard to a person and therefore has a relation between a certain object (parcel, building or any other immovable), a subject (a natural or legal person) and a right (in rem), this does not mean it shows the actual (legal) situation, the natural reality, in all cases (e.g. the register is not referring to the actual owner in case of a deceased person or a case of adverse possession⁸). Linked data perhaps can be of help to align the ‘triple reality’ with the ‘Land Administration triple’ in case of added information from other registers or adjusting the institutional reality.

The administrative reality is of great importance. It prevents people to argue, it may freshen the memory of those who forgot what they have been discussing and what they did agree on. An administrative reality is in the interest of justice and helps to maintain the rule of law, as agreements that are registered help to find the institutional facts (e.g.: the judge who decides in a case by addressing his contextual explanation).

In the Netherlands it has been agreed to use the following URI-pattern: **http://{domain}/{type}/{concept}/{reference}** where {domain} is preferably reserved to the register and {type} indicates the type of URI (e.g.: “id” for identifying an object, “doc” for metadata/ underpinning document and “def” for defining a term). The {concept} is not important for the computer; it indicates the user of the URI the concept which it belongs to. Finally, {reference} is the identifying name of code of the individual object. TIA-NEN (2017) describes a slightly different URI format for geographic types of information (spatial information): **http://{domain name}/ {URI type}/ {dataset identifier}/ {local identifier}/[{version identifier}]**. He also mentions the risk of using place names, since many places have the same names (Paris, Texas), there are endonyms, eksonymes and different conjugations in different languages etc. The goal of Linked Data is to give more meaning to information by defining the specific contexts, e.g. to the name of the city (Paris) or the attribute (e.g.: Geodesy).

6. ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Computers are becoming more and more capable of solving problems and ‘learning’ things that up until now only human beings could solve or learn. When in 1997 IBM’s chess playing computer (Deep Blue) succee-

⁸ Both situations can be registered in the Dutch Land Registry, although there is no legal obligation to do so.

ded in defeating Garry Kasparov, many people were of the opinion that the computer was not really intelligent. Instead, Deep Blue had used “brute force methods”. This is also known as the “AI effect”: people discounting the behavior of a computational program, a practical AI success, by arguing that it is not real intelligence, see amongst many others, MCCORDUCK (2004). It is hardly noticed that practical benefits of AI and even the existence of AI in many software products, often without even being called AI.

It is hard to define the term ‘intelligence’. This makes it even harder to define what ‘Artificial Intelligence’ really means. A generally accepted test for AI is the **Turing test**: a test “of a machine’s ability to exhibit intelligent behavior equivalent to, or indistinguishable from, that of a human’. If a human evaluator cannot reliably distinguish the communication performed by a machine or a human,⁹ the machine is said to have passed the test. According to HARNAD (1992) this test is not about fooling a person, but about generating human cognitive capacity.

Now that data and databases can be interlinked rather easily by making use of Linked (open) Data, the next stage may (or will?) be the use of “intelligent agents” to an even larger extend. POOLE *et al* (1998) describe these ‘agents’ as being ‘any device that perceives its environment and takes actions that maximize its chance of successfully achieving its goals’. RUSSEL *et al* (2009) are of the meaning that the term “Artificial Intelligence” should be implied when a machine mimics ‘cognitive’ functions that human associate with other human minds, such as “learning” and “problem solving”. Computers nowadays can interpret complex data, including images and videos. Natural Language Processing (NLP), the process where AI can understand human speech, is more or less successful¹⁰ and cars are driving autonomously at a growing pace, despite the fact that occasionally these autonomous vehicles get involved in accidents and artificial neural networks outsmart their creators by speaking their own language.

It becomes clear that nowadays computers are getting increasingly intelligent. Artificial neural networks (ANNs), being computer systems inspired by the biological neural networks that constitute animal brains. These networks progressively improve performance - or ‘learn’ - on tasks by considering examples, generally without task-specific programming. The connected nodes in the network are called artificial neurons. They can transmit a signal from one to another. AUERSWALD (2017, p. 202) describes

⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/Turing_test. Retrieved 2018-03-12.

¹⁰ <https://www.ibm.com/watson/services/natural-language-understanding/>. Retrieved 2018-03-12.

IBM's Cognitive Cooking project which is an experiment to find out if computers can be creative. He states that algorithmic support for human decision-making, and even human creativity, is the essence of cognitive computing.

Next to philosophical and ethical questions the use of AI raises legal questions. This may also have an impact on various professions, including appraisers and legal professionals (e.g. judges, notaries, and judges).

7. BLOCKCHAIN

One of the most influential developments of the last decade seems to be the introduction of blockchain. Blockchain technology is heralded as a solution to long-standing land administration challenges. Whether blockchain and land administration truly will last in a happy marriage (VOS, ed. 2017), has been discussed in-dept in the European Property Law Journal's special issue on blockchain.

Many authors have defined the technology differently, but all with in some way the same elements. We (VOS *et al*, 2017) defined blockchain as a type of distributed ledger that records transactions between parties, without the need for a trusted third party or trust within the group. It contains an authentication and verification system which allows for the irreversible and open documentation of verified transactions of any type (AUERSWALD (2017, p. 206)). It is an architecture for the issuance of currency and the documentation of transactions that is based on code rather than individual discretion. One could state that it is a system for electronic transactions that does not rely on trust.

The blockchain is a digitized decentralized public ledger that contains records of completed transactions otherwise known as blocks. A copy of the ledger is kept by nodes that are participants in the processing of these transactions and transactions are added by way of consensus between the nodes. All nodes perform their own calculations to ensure that a given block in the chain is accurate and authentic.

Because it is decentralized, virtually immutable and it offers security and resilience advantages over traditional transactional databases and record keeping systems, blockchain technology is being touted as the replacement of the traditional Land Administration systems.

Despite the absence of the first genuine adoption – the technology, although rather new, is already presented 10 years ago – blockchain technology presents some attractive features. It is able to ensure data integrity and

security, it is transparent – although only a pointer or hash-value referring to the underlying documents are stored on the blockchain - and it is possible to store, maintain and verify the information, including a copy of all transactions, on all the nodes.

Pilots and initial implementations using blockchain technology to strengthen land registration have occurred or will occur in various countries, e.g.: Sweden, Dubai, Georgia, Ukraine, Honduras, Brazil and India (Andhra Pradesh). Some of these (possible) implementations are described more into detail by e.g. VOS *et al* (2017), GRAGLIA *et al* (2018) and LEMIEUX (2018).

Many points of attention have to be taken into account and some challenges need to be overcome. In last year's paper most of these challenges have been described. (VOS *et al*, 2017), e.g.:

1. Several types of consensus mechanism (e.g. Proof of Work, which does not seem very sustainable due to the intense use of electricity, and Proof of Stake. The downside of this mechanism is the (possible) control of a limited (group of) entities with a large stake in the network;
2. The theoretical '51% attack'. This attack is a theoretical possibility that once one party controls 51% of the miners in the blockchain network, this party validate or invalidate transactions at will and may even be capable of rewriting past transactions. We discussed the possibility of a balance attack by a messaging delay;
3. Ownership by a private key. Once (due to an attack or otherwise) you lose your private key, you will lose control of your asset;
4. Complexity of smart contracts. Because these contracts can be quite complex and difficult to fully comprehend, they may introduce vulnerabilities into the system. We referred to the infamous DAO-hack. Quite recently, NIKOLIĆ *et al* (2018) published a report on the vulnerability of smart contracts, showing three examples of such vulnerabilities, leading to 'greedy, prodigal and suicidal contracts';
5. All possible transactions and situations have to be foreseen, since the blockchain cannot be altered. This means that all legal and actual situations have to be taken into account and for all of these situations smart contracts (or business rules) have to be designed and put into practice. This means that the land registry blockchain needs to be able to deal with various rights (the *bundle of rights*), subjects (natural and legal persons) and objects (plots of land, buildings, cables & pipelines and perhaps also unforeseen objects, such as floating parcels. With

roughly half of the country below sea level, floating parcels, as described by VAN DER PLANK (2015), may be part of the solution to floods in the Netherlands. The possibility to register and transfer these new objects needs to be incorporated in the land registry blockchain as well.

6. Lack of Governance in a public blockchain. Referring to the aftermath of the DAO-hack we concluded that due to the distributed character of a blockchain, nobody has control of it. There was no emergency scenario to defend the system from a hack.

Despite these challenges, as ANAND *et al* (2016) also recognized most of these characteristics, VOS, (2016) and VOS *et al* (2017) recognized the abovementioned characteristics as (possible) applications in the context of land administration and addressed many of the potential applications of blockchain by using existing and easy available technology ‘for land information management combined with improved governance and better standard information technology (IT) practices’.

From a technical perspective the challenges addressed have to be taken on board, prior to implementing the complete Land Registry on a blockchain. Once these issues have been dealt with, it seems that (in some systems) legal issues need to be addressed and solved as well.¹¹ As mentioned in last years’ paper for Worldbank’s Land and Poverty Conference, it is advisable to put transactions and or (hashing referring to) documents on the blockchain by the official Land Administration entity itself (VOS, *et al* 2017). That way, one knows the quality of the first data entry on the blockchain. Another possibility could be the attestation of the information by the official Land Administration authority in case other parties add Land Administration information on the blockchain. In such a case the Registrar (or Land Registry official) states a declaration by which the information is declared accurate (at the time it was put on the blockchain). Using **attestations**, implies the use of so-called *Oracles*.

Furthermore it is advisable to keep and manage the blockchain by the Land Administration entity (so-called private blockchain) instead of using the means of a permissionless or public blockchain. In case of a private blockchain, the risk of a vendor-lock-in should be eliminated; the Land

¹¹ The Wall Street Journal reports that there are still obstacles to overcome in Sweden before Blockchain can be adopted on a wide scale for real estate dealings, namely that digital signatures for registering or purchasing properties are currently illegal under Swedish law. See: <https://www.wsj.com/articles/a-pioneer-in-real-estate-blockchain-emerges-in-europe-1520337601>. Retrieved 2018-03-12.

Administration should not be depending on the services of a computer service provider.

Due to the fact that it does not seem possible to put large documents (deeds) on the blockchain, because storage of data in a transaction on the blockchain still is limited, it is advisable to keep the original contracts safe on a system that (still) cannot be altered. Yet, the underlying documents should not be stored on a single database, since this database can or will be proven the weakest link once the database would be corrupted, broken or tampered with. We mentioned the InterPlanetary File System (IPFS), where nodes form a distributed file system, as a possible solution.

LEMMEN *et al* (2017) describe the need for further standardization, including standardization of transactions of rights (*in rem*) as a possible first step to implement a blockchain-based Land Administration system. It is advisable to let all parties involved in the Real Estate chain agree on these standards. Particularly in cross border cases, this standardization may be time-consuming, (partly) because of different views and perspectives.

Finally, it seems wise to create multiple search entrees for transparency and publicity purposes, once (all) transactions and data are put on the blockchain. In most Land Registry systems it has been made possible to have an inquiry by using the parcel identification number, the name of the title holders, the address (if present) of the parcel or building or by using the Cadastral map. These search entrees should not be lost.

It is mentioned that the bundle of property rights can be unbundled by making use of blockchain. This implies the owner of a property selling an easement to a neighbor or could grant a usufruct to his child, without the intervention of a Notary, licensed conveyancer, surveyor or registrar. It could also mean that people can buy a share in a (rental) property and receive a corresponding portion of the rental income, using blockchain both as a transfer system of ownership of shares and as a payment method. Buyers will purchase shares in a leased property, each of them receiving a share in the rent payments, in return to this investment. Next to that they will have a voting right with regard to the purpose and future of the asset (do they want to sell the immovable or remain leasing it to the resident).

This fractional ownership is defined by GRAGLIA *et al* (2018) as “multiple parties sharing the rights and responsibilities of owning a real asset (i.e., a house, a condominium, or a commercial building) much like multi-investor leases”, whereas BENNET *et al* (2018) describe these initiatives, perhaps more appropriate, as fractional property *investment* and describe the process as breaking land parcels into ‘conceptual shares’. In reality one does not become the owner of a share of the (ownership of) the real estate,

but obtains a beneficial interest in a residential property by buying a ‘share’, a ‘brick’, in a unit trust that holds the property you are interested in or in a Management Investment Scheme, which is regulated as a managed fund.

There are multiple examples of fractional ownership on a blockchain solution. Two of these examples are Brickx,¹² owned by an Australian Limited, and Domacom.¹³ Other examples concern the Dutch initiatives called BLandlord¹⁴ and Bloqhouse.¹⁵

Investors buy and sell a conceptual share in a managed marketplace and receive, in return, an equal share of the regular rent payments and a portion of the property value if it is sold. In some of the fractional property investment initiatives the acquired rights can also include the right to use the property of a certain amount of time each year, which more or less seems like a timeshare scheme.

The approach of these initiatives is intended to reduce the high costs and fees of institutional professionals (e.g. notaries and Land Registries). These initiatives are concepts somewhere in between the land sector and the *fintech* sector. They cut real estate objects into smaller ‘virtual units’ or new rights (*in rem*?) that are not (yet) registered in (all) Land Registry systems and imply a certain use right, right to control/ operate or a profitability right. The advantage of buying a ‘fractional right’ are indeed lower costs: a notary or land registry is not needed, since you do not become the legal owner of a share of the parcel but you will become the owner of (just) a ‘share’. It is for every participant to decide whether (s)he wants the legal certainty that comes with legal ownership, based on the ‘ancient’ system performed by institutional professionals, or (s)he does rely on the services of the newborn fractional ownership initiatives (privately owned marketplaces or managed funds).

What these initiatives appear to realize is a shift in the trusted third party landscape. The other changing element is the shift from legal ownership to owning a ‘economical fraction’ or ‘virtual unit’ perhaps. The legal ownership of the parcel that has been broken into ‘conceptual shares’ does not belong to the owner of a share; the ownership of the parcel belongs to a legal entity (trust, limited or foundation) that actually bought the parcel. It is not clear whether all owners of shares do realize they have got no – or but a

¹² <https://www.brickx.com/>. Retrieved 2018-03-12.

¹³ <https://domacom.com.au/>. Retrieved 2018-03-12.

¹⁴ <https://www.blandlord.com/>. Retrieved 2018-03-12.

¹⁵ <https://bloqhouse.com/>. Retrieved 2018-03-12.

very limited - entitlement to the legal right in rem. Finally, as mentioned by GRAGLIA *et al* (2018), there is a concern with regard to public safety and the legal and economic stability of a country. There has to be a possibility for countries to retain sovereign control of property markets, in order to regulate the economy and enforce the law. GRAGLIA *et al* (2018) mention the need for integration of national laws, taxes, fees, and regulations into smart contracts, as blockchains become more integrated into registries. I would add to this the integration of international law (e.g. European Regulations) and jurisprudence. For all of these elements, there may be a need to create and implement an extra layer of metadata and/or linked data ('linked legislation') to smart contracts that will execute the terms of the agreement within the context of law.

8. THE EFFECT OF MODERN TECHNOLOGY ON PROFESSIONALS

By using modern technology as mentioned above, things may – or will – change. Despite the fact that there is and will be much debate on the use of some of these technologies that create the 'technological evolution'. These debates will concern various questions concerning (e.g.) ethics, economics and legal matters. The recently deceased pre-eminent scientist and early adopter of all kinds of communication technologies, HAWKINS (2014) warned artificial intelligence could end mankind, stating that "Humans, who are limited by slow biological evolution, couldn't compete and would be superseded". Some of the expected effects and results may have effect on professional parties and entities. They may concern judges, appraisers, notaries and registrars and the Real Estate (conveyancing) chain in its full range.

In the Netherlands the Real Estate property market is digitized to a large extend. From a practical point of view, in order to buy or sell an immovable is hardly possible without the use of an electronic market place¹⁶, mostly¹⁷ owned by Real Estate Agents. This creates a system where in most cases

¹⁶ The most commonly used market place is Funda: www.funda.nl. Retrieved 2018-03-12. This platform is owned by the largest branch organization of real estate agents and appraisers in the Netherlands, NVM.

¹⁷ One of the exceptions is Jaap.nl: www.jaap.nl. Retrieved 2018-03-12. This platform is a search engine, not owned by real estate agents. It gives an overview of all the immovable property that is for sale at the moment the search entry is made. Finding the immovable one would like to inspect, results in the contact information of the seller, mostly being a real estate agent, commissioned by the owner of the immovable.

both buyer and seller make use of the services of a Real Estate Agent. Not using their services would imply the lack of use of the electronic market place and the network of the agent, which negatively influences the position of the buyer.

All information with regard to the current owner of an immovable is disclosed on-line by Dutch Kadaster in exchange of two euro's and forty cents. For the transfer of ownership the services of a notary are required. (S) He has to execute a deed of transfer that needs to be recorded and registered at Kadasters' public registers. This is done electronically. About 45% of all notarial deeds are processed completely automatically, without any human interference. For this, Kadaster uses so-called stylesheets, as described in VOS (2017) and explained more into depth in LOUWMAN *et al* (2012).

a. Appraiser

From a traditional perspective, the services of an appraiser are used in case an immovable has to be assessed. This will mostly be the case for financing an immovable (when buying), refinancing an immovable (lower interest rate) and in cases when to levy property taxes.

As described by BERVOETS *et al* (2018) the property valuation system, is a base for property taxes. Nowadays all immovable property is assessed annually by municipalities. Not only the municipality itself, but also other layers of government, as they are obliged to use these data, profit from the work from the municipalities, as the latter are legally obliged to share their data and the assessed value with the other governments. This annual appraisal and assessment is done with the value reference date set one year prior to the year of use.

The owner of an immovable assessing the taxation value of his property made by the municipality, makes use of an on-line system, checking the characteristics of the reference buildings. If the owner does not agree with the taxation value or the designated reference buildings, he can make a complaint. This can be done by using on-line services (as well).

Combining the Cadastral data with all kinds of other data creates an infinite flow of data. This makes it possible to determine the value of an object from a distance, without the inspection of an assessor, and to predict price developments. The use of interlinked modeling calculations are growing at a rapid pace. This might result in a decrease in the number of appraisers,

as is predicted¹⁸ by the Netherlands Council for Real Estate Assessment and Kadasterdata¹⁹.

b. Judges & lawyers in general

Most lawyers have to examine documents, reports and preceding court rulings (jurisprudence), in order to reach an opinion. This is time-consuming. GROSSMAN *et al*, (2017) co-created Technology Assisted Review (TAR), also known as predictive coding or computer-assisted review (CAR). In their paper, TAR is described as “the process of using computer software to categorize each document in a collection as responsive or not, or to prioritize the documents from most to least likely to be responsive, based on a human’s review and coding of a small subset of the documents in the collection.” The American court system is currently being serviced by the use of Artificial Intelligence. Researchers use computers to analyze data from thousands of court cases. With the help of that data, computers can predict whether a defendant will commit a new crime or fail to return to court. To make pretrial decisions about defendants, judges are now guided by computer algorithms before ruling whether criminal defendants can return to everyday life, or remain locked up awaiting trial.²⁰ Artificial Intelligence is reshaping, if not eliminating, some of the judges’ most basic tasks. The question that arises is whether this will lead to data driven objectivity or not.

Predictive justice is also a matter of debate in the Netherlands.²¹ As is stated at the report, new technologies will change the role of lawyers and

¹⁸ Het Financieele Dagblad (2018). De taxateur verandert in een computer. Groeiende datastromen maken taxatie op afstand nauwkeuriger. En met de computer zijn er in de toekomst nog veel meer mogelijkheden voor woningtaxatie, March 9., 2018. See: <https://fd.nl/werk-en-geld/1244625/de-taxateur-verandert-in-een-computer>. Retrieved 2018-03-12.

¹⁹ Kadasterdata is a trade name of a private company, reselling information from Kadaster, Statistics Netherlands (CBS), and other (governmental) organizations. The chosen trade name, Kadasterdata, sometimes causes confusion with regard to the origin and accuracy of the requested data. Kadasterdata is *not* part of or related to Dutch Kadaster. By explicitly mentioning the fact that this company is not part of Kadaster, the number of complaints with regard to the information of Kadasterdata has decreased in time.

²⁰ <https://nypost.com/2018/01/31/artificial-intelligence-is-coming-for-both-judges-and-defendants/>. Retrieved 2018-03-12.

²¹ <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/01/11/de-besliscomputer-disciplineert-iedereen-ook-de-rechter-a1587772>. Retrieved 2018-03-12.

trusted third parties (banks and accountants) and will make certain activities obsolete. Opinions are mixed regarding the level of which certain legal activities from lawyers will be replaced by computers (e.g. FREY *et al.*, (2013), MCGINNIS *et al.*, (2014), and SUSSKIND *et al.*, (2015)).

In 2012, at the IPRA|Cinder Conference in Amsterdam I concluded my presentation with the recommendation that lawyers should behave as *inventive solution-thinkers* in a world full of changes. The responsibility for the decision to adopt new technologies and legal possibilities will lie with the lawyer, since the lawyer maintains legal certainty (LOUWMAN *et al.*, 2012).

c. Land Registry

By continuously developing the Land Registry working processes and system, from an external point of view, the activities within a Land Registry perhaps may seem to be simplified to a large extend. This might also be the reason why the Research and Documentation Center (WODC)²² of the Dutch Ministry of Justice and Safety describes Dutch Kadaster as being ‘nothing more than a list that keeps data changes’ in its report (VOERT *et al.*, (2016)) and many start-ups and other entities are starting to design a blockchain-based conveyancing system. Yet, most of the Real Estate Chains and Land Administration processes are simple in appearance only.

Because of these IT-developments the Land Administration processes themselves are subject of interest, not only for parties depending on this information and activities (the more traditional entities and professionals – e.g. Notaries, Licensed Surveyors and conveyancers, and financial institutions), but also for other interested parties. In reality in many blockchain Proof of Concepts, Mock-ups and pilot programs the complexity of legal and Land Administration systems is often underestimated. This perhaps is also the reason why up until now, apart from archiving so-called hashes or pointers that refer to the underpinning deeds, no blockchain-based Land Administration system in the world has been put into practice (yet). Nevertheless, in future, after scrutinizing the full chain into depth and working in close cooperation with the legislator and the stakeholders in the Real Estate Chain blockchain developments possibly will be put into practice. Swedish Lantmäteriet seems to neare completion of the technical research, as it will conduct²³ its first blockchain property transaction.

²² <https://english.wodc.nl/> Retrieved 2018-03-12.

²³ <https://cointelegraph.com/news/swedish-government-land-registry-soon-to-conduct-first-blockchain-property-transaction>. Retrieved 2018-03-12.

As mentioned before during the IPRA Cinder conferences in 2012 and 2016, lawyers should shake hands with the ‘disruptive generation’, a generation creating new technical solutions for different purposes, in order to ensure legal knowledge (VOS, 2012& VOS, 2016). Whether legal proceedings and checks are executed by a computerized system or by hand, it is important that liability is covered. Somebody needs to be responsible, accountable – and therefore liable – for the proper functioning of the system. Next to that, there should be a person who is able to solve (legal) issues that occur in case something goes wrong. Therefore, it is my believe that the role of lawyers is not expected to be (completely) replaced by these disruptive technologies, although their role will change. People rely on technology, but want to revert to a lawyer in case of problems. A fine example regarding Brazil’s antiquated land titling system and the experiences with the attempt to introduce a blockchain-based Land Administration system to register the Amazon rainforest, was recently described by MENDES (2018). Registration involves a legal analysis, with a lawyer checking the authenticity of identity documents, title deeds and government allocations, as well as cross-checking to avoid double titling. In future blockchain, combined with other technology, may be able to perform these activities, but up until now there is no such system in place. WILSON (2018) states that governments, especially in developing countries, that are serious about innovating conveyancing need to focus their effort on facilitating property rights. WILSON states that storing data in a transparent and distributed way can be done using distributed ledgers, yet, unless they can be used easily by the people who need them most, their utility will always be limited. Granting property rights can’t be solved by technology in isolation since it is not a technical problem, but is also depending on governing a system of checks & balances, accountability and liability. Last year at the Land and Poverty Conference we concluded that for this purpose storing documents on the blockchain does not seem feasible yet. Storing documents on the blockchain is currently limited to hashes/ pointers that refer to these documents, which makes storing these documents themselves the weakest link (VOS *et al*, 2017).

To govern a well-functioning blockchain-based system of Land Administration, involving checks & balances and accountability & liability, perhaps an extra layer is needed. This extra layer might include the functioning of the present legal system and the standardized transactions within this system, using some kind of market place of templates, or stylesheets as were introduced in the Dutch Real Estate chain in 2006. These stylesheets can be seen as an early version of *smart contracts*.

The ultimate (blockchain-based) system of Land Administration may also need references to the relevant legislation or jurisprudence, as described in the chapter on Linked Data. Next to that, it is conceivable that there will be made use of guardians or custodians, servicing minors and disabled people in such a system. In difficult cases licensed conveyancers, notaries, registrars, surveyors or judges may act as so-called *Oracles*.

9. THE PRIVATISATION OF LAND REGISTERS

Taking into account these recent IT developments, the question arises whether Land Registers can be privatized or not. Machine learning applications will increase their footprint, a large variety of Artificial Intelligence products is and will be introduced, technology interconnecting data (Linked Data) and objects (Internet of Things) is already common practice, while collecting, sharing, interpreting and selling data. Next to these IT-developments, the (value of) Land Administration data seems to be an important reason for parties to show interest in Land Administration (processes and) entities themselves. Private, profit driven, corporates are eager to take over governmental Land Administration entities. This may even be enhanced by the character of many public land registers: open to the public. In some countries or States privatization has been discussed, considered and sometimes realized. It is striking that most of these countries or states are under a Torrens system of registration. In such a system the results are final. As far as I know there is no country or state under a deeds system of registration that is subject to privatization. Possibly the reason for this may be the lack of property protection through Indefeasibility of Title in a deeds-based system, although – from a private contractors point of view – this lack of protection would imply there would possibly be less financial risks for the contractor. Since there is no (or hardly any) state-backed guarantee on registered titles in a deeds-based system, there will be (less or) no need for a clause in the contract of lease concerning the right of recourse when a title would be affected. Some (or perhaps all) of the existing cases of (to be) privatized land registers are listed below.

Examples

- In **New South Wales** (Australia) the State government has ‘leased’ the operation of that State Land Registry in 2016 to a consortium (Hastings Funds Management and First State Super) for \$ 2.6 billion dollars.²⁴

²⁴ [http://www.abc.net.au/news/2017-04-12/\\$2.6-billion-price-tag-on-nsw-land-titles-](http://www.abc.net.au/news/2017-04-12/$2.6-billion-price-tag-on-nsw-land-titles-)

- Following New South Wales, in **South Australia** a commercial consortium called Land Services SA has won the right to manage that State's Land Title and Registry system for the duration of 40 years, including the right to commercialize related data. The two investors (Macquarie Infrastructure and Real Assets, & the Public Sector Pension Investment Board) paid \$1.6 billion dollars for this deal in 2017.²⁵ The SA treasurer stated that the Government would continue to set fees and charges for title searches and other land services. He said the general public would not notice any difference to the service following the transfer.
- The **Victorian** titles registry office, Land Use Victoria, is also subject to privatization, as the Victorian State government will launch a tender in March 2018 to gain the right to run the state's land titles unit for the next 40-years. Subdivisions, application and survey will be excluded, as well as the official role of Registrar of Titles, which oversees the whole operation.²⁶
- In **West Australia** (WA) the State's titles office Landgate may also be privatized, as the WA Government appointed an investment bank to undertake a scoping study to ascertain the future of Landgate.²⁷

In general, it seems that the above mentioned Australian States have (or will) grant the operation of the State's Land Registry for the duration of 40 years, to commercial entities (consortia). The privatization took/ will take place because of reinvesting the money by building infrastructures. The official role of the Registrar of Title, as well as the surveying activities are excluded from this lease agreement. Next to that, NSW, Victoria and WA have decided that registration of all property transfers, mortgages and other changes must be done through an electronic conveyancing system. PEXA is the only platform available.²⁸

registry-sale/8439176. Retrieved 2018-03-12.

²⁵ <http://www.abc.net.au/news/2017-08-10/sa-government-sells-lands-titles-office-data-for-1.6-billion/8794468>. Retrieved 2018-03-12.

²⁶ <https://www.propertyobserver.com.au/finding/location/vic/81466-victoria-land-titles-set-for-privatisation.html>. Retrieved 2018-03-12.

²⁷ <https://www.macrobusiness.com.au/2018/02/wa-join-reckless-land-registry-privatisation/>. Retrieved 2018-03-12.

²⁸ <https://thewest.com.au/opinion/nick-evans-is-the-sale-of-landgate-worth-the-risks-ng-b88701339z>. Retrieved 2018-03-12.

- In the Canadian provinces of **Ontario** a private operator (Teranet) administers the buying, selling and subdivision of properties. It was already in 1991 that Teranet engaged in a public-private partnership (between the province and a private sector company) in order to modernize the titling system. A license was issued by the government to operate the land administration system, reserving the land registry documents by the province. In 2003 the province sold half of its shares in Teranet to a private consortium.²⁹ Seven years later (2010), after dealing with initial problems, the province extended Teranet's operating licences for fifty years.
- In 2014 the Province of **Manitoba** followed the example by issuing a license to Teranet to run its land registry for 30 years,³⁰ with automatic renewal terms of 10 years, unless either party gives notice at least 24 months before the end of the term it does not wish to extend. In such a case, at the end of the term, Manitoba must elect to:
 - a. pay Teranet's wind-down costs (including employee severance and termination costs); or
 - b. in addition to buying the Teranet assets needed to operate (at book value) and assuming contracts, Manitoba will pay Teranet a commercially reasonable rate for a non-exclusive license to use the TPR Software; or
 - c. enter into a new agreement with Teranet.³¹

The only things Manitoba maintained ownership of, is the information in the databases. In case there will (ex sub b) not be issued a license to use the software, one of the biggest concerns when it comes to end the term with a software-driven private operator is data migration.

- In the province of **Alberta** the Real Estate Council concluded that neither outsourcing nor privatization is in the public interest. There should be no erosion of land titles protections', as was stated in the report.³² It was concluded that adoption of the models of central and eastern Canadian land titles legal/ transaction models are significantly different and for this reason Alberta legislation and business practices

²⁹ <https://www.theglobeandmail.com/news/national/province-sells-share-of-land-registry-firm/article1020241/>. Retrieved 2018-03-12

³⁰ <https://www.gov.mb.ca/finance/pubs/teranet.pdf>. Retrieved 2018-03-12

³¹ Ibid at 26.

³² <https://www.reca.ca/consumers/standards/PDF/Privatization-of-Land-Titles.pdf>. Retrieved 2018-03-12.

within the real estate industry would likely require significant changes. One of the main concerns with regard to privatizing Alberta's Land Titles system was the loss of expertise and knowledge.³³

- The province of **Nova Scotia** did also draw conclusions on the matter of privatization and concluded (2016) there would be no considerable gain from privatizing three provincial registries.³⁴ The revenue gains would be marginal. There were five vendors expressing interest to take over the registries.
- In the UK the Government had plans (2014) and launched (2016) a consultation³⁵ setting out the options to move the Land Registry from operations to the private sector.

Her Majesty's Land Registry (HMLR) is a non-ministerial department and an Executive Agency of the Department for Business, Innovation and Skills. HMLR has operated as a 'Trading Fund', meaning it is required to ensure that its income from fees covers all expenses under normal operating conditions. This financial model is quite similar to the Dutch Land Registry (Kadaster) financial model. The main statutory function of HMLR is to keep a register of title to freehold and leasehold land throughout **England and Wales**. On behalf of the Crown, it guarantees title to registered estates and interests in land. In 2016 the sell-off plans were paused, although not dropped³⁶ completely, by the Government. In the Briefing Paper of the House of Commons (2016)³⁷ it is stated that a range of potential negative impacts have been identified, concerning public trust, impartiality, service quality, fees and access to data. In the Autumn Statement 2016 the Government announced that – following the consultation - it has decided 'that HM Land Registry should focus on becoming a more digital data-driven registration business, and to do this will remain in the public sector'.³⁸

³³ Ibid at 28, p. 6.

³⁴ <http://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/registries-privatize-government-private-sector-service-nova-scotia-1.3540782>. Retrieved 2018-03-12

³⁵ <https://www.gov.uk/government/news/consultation-launched-on-land-registry-future-operating-model>. Retrieved 2018-03-12

³⁶ <https://www.homewardlegal.co.uk/blog/are-land-registry-privatisation-plans-be-scrapped>. Retrieved 2018-03-12

³⁷ <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7556/CBP-7556.pdf>. Retrieved 2018-03-12.

³⁸ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/571556/autumn_statement_2016_print.pdf. Retrieved 2018-03-12.

The most frequently stated arguments *not* to privatize the Land Registry organizations are listed below.

- Since records are digitized in the above mentioned cases, the information can be disclosed electronically and therefore swiftly. Because of this electronic disclosure of information, the **procedures for electronic transfer** are – or can be – **perfectly alright**.
- There is a **risk of a vendor-lock-in**. Due to the fact that in the above mentioned cases privatization of Land Register organizations resulted in the use of software, created and maintained by one private operator, (some of) these Land Registries seems fully depending on the well-functioning of both the software and the private operator, in some cases also being the owner of the intellectual property of the used software. To prevent the dependency on this well-functioning (e.g. in case of bankruptcy, a *freeze* of the software due to a *hack* or otherwise) and the continuation of Land Registry activities, one might consider a *escrow arrangement* or a *source code depot arrangement*. This implies the use of a Trusted Third Party who saves a copy of the source code underlying the Land Registry software. It has been agreed that this source code will be disclosed to the Land Registry organization in certain cases (e.g. bankruptcy, late payments, and measurable lack of service). It is of the utmost importance that the most recent copies of the software are stored in the vault, owned by or under the sole control of this trusted third party. It can even be agreed upon that the vault will physically be stored at the land registry office.
- **Anti-competitive behavior**. It is argued that there is little incentive to provide a better service. It is to be considered in case of a upcoming privatization to gradually release the revenues of the agreement. Next to that, it may be advisable to offer a prospective financial inducement in case of realizing added value or realizing, if possible, an even higher level of performance.

It some cases it is assumed that in order to improve the bottom line, services will be cut, resulting in a blow-out of transaction times and an increase in errors made. In the case of Ontario this seems not to be the case. Otherwise the government would not have extended the license for another period in time.

It may even be the case that, while current land registry systems are rather efficient, the use of private contractors provide an opportunity to harness technologies that transforms these systems for more automated, faster and more efficient processes. This may possibly result in lower intermediate fees and cutting red tape.

- On the other hand, there is a **risk of raising fees**, in order to make more profit or to cover (additional) costs. It is advisable to include a provision in the agreement for the Land Registry office to limit increases in fees to stable and predictable limits of the Consumer Price Index Plus One to protect consumers, as has been done in the Alberta agreement.

To put things in perspective, especially since all kinds of applications and data are interlinked in many computerized Land Registry systems, hiring private operators to realize these connections or adding service(s) is not uncommon. For these services and connecting activities it is also important to prevent the dependence on these contractors by adding certain clauses to the servicing contracts.

- The **risk of affecting state-backed guarantee** on registered titles has also been mentioned more than once. Normally, any person suffering loss due to an error, incorrect or incomplete data in the Land Registry will be compensated, at least in case of a Torrens Land Registry system. What will happen in case of an error due to a *bug* in the software or any other shortage, caused by the private contractor? Will the compensation be limited to a maximum amount or number of errors a year? And if not, will the contractor be able to compensate the Land Registry for the compensation payments made to the public due to the State guarantee because of the Indefeasibility of Title ? Once again the risk of bankruptcy enters the picture. On the other hand, before privatization it was also possible that an error occurs. This may or may not³⁹ have an impact on the privatization process.
- Another point matter of concern is the **security of the database** and the integrity of the system. It should not be possible to affect the integrity of the data or the accessibility of the access rights. Non authorized persons should not be able to enter the land registry administration system or its databases. Authorized persons should have access at all time. It should be made possible to track changes in the system at all time, to prevent misuse or unauthorized changes.
- There may be the prospect of moving activities and jobs elsewhere, or even overseas.⁴⁰

³⁹ E.g., see: <http://www.illawarramercury.com.au/story/4259781/stuff-up-saw-140-home-buyers-not-told-about-new-motorway/>. Retrieved 2018-03-12.

⁴⁰ [Http://theconversation.com/privatised-land-title-offices-can-harness-new-technologies-to-provide-a-better-service-83352](http://theconversation.com/privatised-land-title-offices-can-harness-new-technologies-to-provide-a-better-service-83352). Retrieved 2018-03-12.

- Last but not least: **privacy issues**. As Torrens systems, but also many European Land Registry systems, the Dutch system included, are open to the public. This does not mean that the contractor or any other (legal) entity should be able to perform searches in the land registry data, in order to add services or compile a database. Therefore, the contractor shall contractually not in any form whatsoever lawfully be able to have access, view, search or disclose any document or information without a legitimate interest. This legitimate interest can only be access in order to provide the services as requested and agreed upon. Concerning EU residential personal data, it will be of the utmost importance to comply with the European privacy regulation (GDPR⁴¹).

10. CONCLUDING REMARKS

For more than two centuries Land Registries have been building trust in the real estate market to make impersonal exchange possible and reliable (ARRUÑADA, 2012). Due to registration systems and the use of modern technology in these systems, security of title has increased in the past two centuries. As MEGARRY *et al* (2000, p. 201) noted, land transfers are not as simple as dealing with shares, because the object of property is different and the rights over land are more complex. Complex systems and structures of trust are hardwired into modern real estate (conveyancing) systems, resulting in legacy infrastructure, in some cases making it slow and expensive to adjust to societal developments. This complexity automatically leads to various ways of the completion of transactions and may also be the reason why the use of modern technology is needed.

There is an enormous increase in data, resulting in a Big Data lake, where it is hardly possible to catch the right fish without knowing the exact meaning of the data that are gathered by all kinds of parties. It is of great importance to address an actual (legal) meaning to these data, so the data will not be misinterpreted or used wrongfully. For this it is important for the Registrar to clarify the true meaning of the data, to structure data and to standardize data (on an international level), before starting a process of computerizing. The introduction of Linked Data has proven to be very useful in the Netherlands. On a European level the European Registrars are starting to work on Linked Data as well, in order to standardize and interconnect national Land Registries.

⁴¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Retrieved 2018-03-12.

Once finished, the implementation of Linked Data does not mean that the important role of registrar in the process of conveying property becomes obsolete. Due to the inexhaustible variety of transactions and the new possibilities that are created in a society that is getting more complex every day, computerizing all possible transactions is not to be foreseen. Furthermore new interventions and response to jurisprudence and societal problems, e.g. climate change (resulting in the possible implementation of floating parcels) will lead to new possibilities as well. The variety of transactions seems infinite.

New technology will help to cope with these new situations and possibilities. Yet, in the end someone has to be held responsible for the correct implementation of these new situations and the well- functioning of a proper land registry, even if it is based on new technology.

The role of the lawyer may change, but, as stated by NOGUEROLLES PEIRÓ *et al* (2017): ‘lawyers are still needed, both in civilian and common law traditions, to sell a right over a piece of land.’ The role of the lawyer, adding legal certainty, as legality is not guaranteed with the checks of nodes or with business rules created by self-learning computers that invent their own *modus operandi*, is not (to be) discarded as land registries are not a simple database or system of storage. Lawyers need to learn and understand these modern facilities and possibilities. As stated earlier (LOUWMAN *et al* 2012), new technology should be embraced by lawyers, as it could be used to improve the existing land registry systems.

REFERENCES

- ACKOFF, R.L. (1989), From data to wisdom, *Journal of Applied Systems Analysis* 16, p. 3-9.
- ANAND, A., MCKIBBIN, M., & PICHEL, F., Colored Coins: Bitcoin, Blockchain, and Land Administration. Annual World Bank Conference on Land and Poverty 2016: Scaling Up Responsible Land Governance. Washington.
- ARRUÑADA, B., (2012), *Institutional Foundations of Impersonal Exchange*. University of Chicago Press, Chicago-London.
- AUERSWALD, P.E., (2017), *The Code economy: a forty-thousand-year history*, New York, NY: Oxford University Press.
- BARBALET, F. (2014), The economics of Information Management. (Blog) <http://xlfe.net/blog/2014/04/13/the-economics-of-information-management/>. Retrieved 2018-03-12
- VOERT, M. TER, & BEENAKKERS, E.M.T. (ass.), (2016), Legal professions in the future. Developments within the legal services of advocates, notaries and

- bailiffs, WODC, Den Haag, summary in English: https://english.wodc.nl/binaries/Cahier%202016-13_Summary_nw_tcm29-235330.pdf. Retrieved 2018-03-12
- BENNET, R., PICKERING, M., & SARGENT, J.** (2018), Innovations in Land Data Governance: Unstructured Data, NOSQL, Blockchain, and Big Data, Analytics Unpacked. *Annual World Bank Conference on Land and Poverty 2018: Land Governance in an Interconnected World*. Washington.
- BERVOETS, B. P.P., KATHMANN, R. M., & KUIJPER, M.,** (2018). The advantages of a mixed system of property taxation. How different layers of government can use different bases for different property taxes, but still make use of the data collection of municipalities. *Annual World Bank Conference on Land and Poverty 2018: Land Governance in an Interconnected World*. Washington.
- BERNERS-LEE, T.** (2006), "Linked Data" note. <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkedData.html> (last change 2009/06/18). Retrieved 2018-03-12.
- BRATTINGA, M., OVERBEEK, H., & SANTEMA, A.** (2014). Best Practices for meaningful connected computing (BP4MC2). PiLOD praktijkervaringen - betekenisvol verbinden van informatie. (Dutch only). <http://bp4mc2.org/>. Retrieved 2018-03-12.
- CROWDER, J.A., CARBONE, J.A., & FRIESS, S.A.** (2014), Artificial Cognition Architectures. Springer, New York, NY.
- FREY, C.B., & OSBORNE, M.A.,** (2013). The future of employment: How susceptible are jobs to computerization? Oxford: Oxford Martin Publication.
- GRAGLIA, M., & MELLON, Ch.,** (2018), Blockchain, Real estate, and Land Governance. *Annual World Bank Conference on Land and Poverty 2018: Land Governance in an Interconnected World*. Washington
- GROSSMAN, M.R., & CORMACK, G.V.,** (2017), Technology-assisted review in electronic discovery. https://judicialstudies.duke.edu/wp-content/uploads/2017/07/Panel-1_TECHNOLOGY-ASSISTED-REVIEW-IN-ELECTRONIC-DISCOVERY.pdf Retrieved 2018-03-12
- HARNAD, S.** (1992), The Turing Test Is Not A Trick: Turing Indistinguishability Is A Scientific Criterion. *Sigart Bulletin*, 3(4): 9-10.
- HAWKINS, S.** (2014), interview with the BBC, see: <http://www.bbc.com/news/technology-30290540>. Retrieved 2018-03-12
- HEIDE, VAN DER, J.J., GRUS, M.M., & NOUWENS, J.C.A.J.** (2017), Making Sense for Society. *UDMS, 2017: 2nd International Conference on Smart Data and Smart Cities (2017)*. Puebla, Mexico.
- KING, B.J.** (1994), The Information Continuum. Evolution of Social Information Transfer in Monkeys, Apes, and Hominids. School of American Research Press, U.S.
- LEMIEUX, V.L.,** (2018), Evaluating the Use of Blockchain in Land Transactions: An Archival Science Perspective. *Annual World Bank Conference on Land and Poverty 2018: Land Governance in an Interconnected World*. Washington

- LEMMEN, C.H.J.**, (2012), A domain Model for Land Administration. Delft University of Technology, Delft, the Netherlands (PhD thesis).
- LEMMEN, C., VOS, J., & BEENTJES, B.** (2017), Ongoing Development of Land Administration Standards, *European Property Law Journal*, 2017, vol 6, no 3, De Gruyter.
- LEMMEN, C., OOSTEROM, VAN, P., & BENNET, R.** (2015), The land administration domain model. *Land Use Policy*, 49, 535-545.
- LOUWMAN, W., & VOS, J.**, (2012), Electronic & Cross-border conveyancing techniques – Cutting edge law practices. IPRA|CINDER, 2012: 18th IPRA-CINDER INTERNATIONAL LAND REGISTRATION CONGRESS. Amsterdam, The Netherlands. Published in: XVIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL IPRA-CINDER, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- MEGARRY, R. & WADE, W.**, (2000), *The Law of Real Property*. Thomson, Sweet & Maxwell, London.
- MENDES, K.**, (2018), Can blockchain save the Amazon in corruption-mired Brazil?, published on: http://www.thisisplace.org/i/?id=2fcd742b-ec68-4be5-8f9e-9ab89919ef1c&lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flags-hip3_pulse_read%3BG0DjdeYMSdOP4Ykqs5r%2BTw%3D%3D. Retrieved 2018-03-12
- McCORDUCK, P.**, (2004), *Machines who think. A personal inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence*, Matick, Massachusetts, A K Peters Ltd.
- McGINNIS, J.O., & PEARCE, R.G.**, (2014). The great disruption: How machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services. *Fordham Law Review*, 82, 30-41.
- NIKOLIĆ, I., KOLLURI, A., SERGEY, I., SAXENA, P., & HOBOR, A.** (2018), Finding The Greedy, Prodigal, and Suicidal Contracts at Scale. Cornell University Library: [arXiv:1802.06038v1](https://arxiv.org/abs/1802.06038v1) [cs.CR]
- NOGUEROLES PEIRÓ, N.N., & MARTINEZ GARCÍA, E.J.**, (2017), Blockchain and Land Registration Systems, *European Property Law Journal*, 2017, vol 6, no 3, De Gruyter.
- OOSTEROM, VAN, P., GROOTHEDDE, A., LEMMEN, C., MOLEN, VAN DER, P., & UITERMARK, H.** (2009), Land Administration as a Cornerstone in the Global Spatial Information Infrastructure. *IJSDIR*, 4, 298-331. Palmer, D., Fricska, S., & Wehrmann, B. (2009). Towards improved land governance. UN-HABITAT.
- PLANK, VAN DER, P.J.**, (2015), De introductie van drijvende percelen, WPNR 2015-7071, P. 662. (available in the Dutch language only).
- POOLE, D., MACKWORTH, A., & GOEBEL, R.** (1998), *Computational Intelligence: A Logical Approach*. New York: Oxford University Press.
- RUSSEL, S.J., & NORVIG, P.** (2009), *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall.

- SUSSKIND, R., & SUSSKIND, D.** (2015). *The future of the professions: How technology will transform the work of human experts*. Oxford: Oxford University Press.
- TIANEN, E.** (2017), Georef – Linked Data Deployment for Spatial Data; Finnish Initiative, FIG Working Week 2017. *Surveying the world of tomorrow - From digitalisation to augmented reality*, Helsinki, Finland, May 29–June 2, 2017.
- VOS, J.**, (2011), *Authentic Registers in The Netherlands*. Technical ambition in relation to reliability and legal certainty, ELRA, Annual Publication series, no. 4, Brussels. Also published online: <https://www.elra.eu/authentic-registers-in-the-netherlands/>. Retrieved 2018-03-12
- VOS, J.**, (2016), *The impact of (disruptive) information technology and the role of the Registrar in (future) e-conveyancing – part II*. IPRA|CINDER, 2016: 20th IPRA-CINDER INTERNATIONAL LAND REGISTRATION CONGRESS. Dubai. Published in: XX CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL – 20th WORLD LAND REGISTRATION CONGRESS, IPRA-CINDER, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- VOS, J., ed.** (2017), *Blockchain and Land Administration: a happy marriage?*, European Property Law Journal, 2017, vol 6, no 3, De Gruyter.
- VOS, J.**, (2017), *Blockchain-based Land Administration. Feasible, illusory or a panacea?*, Annual Publication, ELRA, Brussels. <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/10.-Jacques-Vos-Blockchain-based-Land-Registry.pdf>. Retrieved 2018-03-12
- VOS, J. LEMMEN, Ch., BEENTJES, B.**, (2017), *Blockchain-based Land Administration. Feasible, illusory or a panacea?* *Annual World Bank Conference on Land and Poverty 2017: Responsible Land Governance: Towards an Evidence Based Approach*. Washington.
- WILSON, D.** (2018), *Why the blockchain isn't enough to fix land registries*. <https://www.linkedin.com/pulse/why-blockchain-isnt-enough-fix-land-registries-dominic-wilson/> Retrieved 2018-03-12.

EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL POS CONFLICTO EN COLOMBIA

Jaime René García Casadiego¹

*Ponencia Congreso Mundial de Derecho Registral
Cartagena 2018*

RESUMEN: Es responsabilidad del Estado, y fueron muchas las decisiones que a lo largo de los diferentes gobiernos se han adoptado en busca de proteger el derecho a la propiedad privada, derechos a los que muy pocos podían acceder, bien por su condición social o por su carácter político, decisiones que dieron lugar a imperfecciones, donde el derecho se torno incompleto, con un acceso limitado, cuestionado, con una alta concentración, que derivó a la inutilización de la tierra, escenarios de desigualdades que a mediados del siglo pasado, fueron la justificación de un conflicto armado interno, que impacto negativamente en el desarrollo del País y en el deterioro de las instituciones garantes del derecho. La tenencia de la tierra era la excusa perfecta y el conflicto el generador de cambios sustanciales en el manejo y administración del derecho a la propiedad, donde los generadores del conflicto buscaban ventajas estratégicas de aprovechamiento (para cultivos ilícitos), minería extensiva descontrolada (que afectan el ecosistema) entre otros, facilitando que se dieran: los desplazamientos forzados, el abandono de tierras (muchas veces productivas), ventas ficticias, invasiones, desconocimiento de derechos ancestrales, etc., sin que con ello indicara que existiese seguridad jurídica en el derecho a la propiedad, seguridad que hoy busca y se pretende en la aplicación de normas y políticas públicas en una etapa de pos conflicto, donde se mirará como una entidad pública como el registro de la propiedad inmueble puede ser garante de ese derecho a la propiedad privada sin desconocer las funciones que tienen otras instituciones.

Miraremos que el compromiso del registro se verá reflejado en el tema de tierras asociado al de la propiedad, por cuanto fue ahí donde se desarrolló la mayor parte del conflicto y hay donde se presentan los problemas.

SUMMARY: It is the responsibility of the State, and there were many decisions that throughout the different governments have been adopted in order to protect the right to private property, rights that very few could access, either because of their social condition or their nature. political, decisions that led to imperfections, where the law was incomplete, with limited access, questioned, with a high concentration, which led to the use of the land, scenarios of inequalities that in the middle of the last century were the

¹ Abogado, con estudios en Administración de Empresas, Especializado en Derecho Administrativo y Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

justification of an internal armed conflict, which has a negative impact on the development of the country and on the deterioration of the institutions that guarantee the law. Land tenure was the perfect excuse and conflict the generator of substantial changes in the management and administration of the right to property, where the conflict generators sought strategic advantages of exploitation (for illicit crops), extensive uncontrolled mining (affecting the ecosystem), among others, facilitating the occurrence: forced displacements, the abandonment of land (often productive), fictitious sales, invasions, ignorance of ancestral rights, etc., without this indicating that there was legal security in the right to property, security that today seeks and is intended in the application of public policies and standards in a post-conflict stage, where it will be regarded as a public entity as the registration of real property can be the guarantor of that right to private property without ignoring the functions that other institutions have.

We will see that the commitment of the registry will be reflected in the land issue associated with the property, because that is where most of the conflict took place and where the problems are presented.

PALABRAS CLAVES: Derecho propiedad privada, tenencia de la tierra, seguridad jurídica, registro de la propiedad, conflicto, posconflicto, tierra asociado a propiedad, Unidad de Restitución de Tierras.

KEY WORDS: Private property law, land tenure, legal security, land registry, conflict, post-conflict, land associated with property, Land Restitution Unit.

1. INTRODUCCION

En esta ponencia se tratara de mostrar cual es la importancia del Registro de la Propiedad Inmueble en Colombia en una etapa de pos conflicto, teniendo en cuenta o haciéndonos un poco al margen de todo lo que envuelve la institución como tal y centrarnos únicamente en la problemática causada o justificante del conflicto armando en nuestro país, que derivo a que el derecho a la propiedad de la tierra se cuestione constantemente y quien ostente la tenencia o posesión de las mismas no conozcan a ciencia cierta qué derecho o tipo de derecho real se tiene.

La mala distribución, la forma de apropiación y la concentración de la tierra en Colombia, redundó directa o indirectamente en la información y seguridad jurídica que la institución del registro de la propiedad debe garantizar como responsabilidad del Estado en garantizar el derecho a la propiedad privada, aunque paradójicamente con sus diferentes decisiones de gobiernos de turno a lo largo del siglo pasado, donde buscando solucionar los problemas fueron soporte real de lo complejo del conflicto que hoy busca solucionar.

Se pueden encontrar estudios como el realizado por el Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico –CEDE– (Ibáñez y Muñoz, 2011), donde

nos muestra a través del coeficiente de GINI del 0.87 (ver tabla 1), una alta concentración de la tierra, que en número de hectáreas de traduce que del total que componen el territorio nacional, 39.2 millones el correspondiente al 31.2% se encuentra en poder de medianos y grandes propietarios, grandes extensiones, que a su vez se traduce en inutilización, hecho que indica que en su momento se haya aplicado una política pública errática en la distribución de la propiedad, sumado a ello que el conflicto en la ruralidad, dio origen a fenómenos del desplazamiento de los pequeños propietarios, quienes se vieron obligados a vender al precio ofrecido o simplemente a abandonar sus parcelas, cuando muchas de ellas habían sido adjudicadas por el mismo Estado (adjudicación de baldíos).

Tabla 1. Colombia. GINIS nacionales: 2000-2009 (Catastro Jurisdicción IGAC)

Año	Gini UAF Terreno	Gini Propietario sin repetición (UAF-calidad)	Gini Tierras	Gini Avalúo	Gini Propietarios (con repetición)	Gini propietarios sin repetición	Gini Propietarios con repetición (UAF-Calidad)
2000	0,816	0,853	0,854	0,806	0,862	0,877	0,836
2001	0,820	0,860	0,856	0,806	0,866	0,883	0,841
2002	0,819	0,856	0,855	0,807	0,864	0,879	0,839
2003	0,819	0,856	0,855	0,811	0,864	0,880	0,839
2004	0,820	0,857	0,856	0,809	0,865	0,880	0,839
2005	0,820	0,858	0,855	0,809	0,865	0,880	0,840
2006	0,820	0,859	0,855	0,814	0,869	0,881	0,843
2007	0,820	0,859	0,856	0,817	0,874	0,883	0,847
2008	0,822	0,860	0,860	0,820	0,874	0,884	0,846
2009	0,821	0,862	0,859	0,845	0,875	0,885	0,847

Fuente: Atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia (2012).

Ahora bien, es claro que los diferentes conflictos armados provocan cambios en la situación jurídica de los derechos a la propiedad, en la tenencia y administración de la tierra, en la institucionalidad y en la información física del bien, que tienen que entrarse a resolver que aprovechándose la etapa del pos conflicto se pretende clarificar, bajo políticas de legalización, formalización y restitución de tierras.

El tipo de derecho a la propiedad la da el Estado a través de las diferentes normas que envuelven su uso y disposición, bajo el criterio de la utilidad, de ahí que se puedan encontrar diferentes tipos, los que se desarrollan individualmente como el del derecho privado, o comunal como el de las comunidades indígenas, de libre acceso si poder disponer de ellas como en el caso de los bosques y parque naturales y los de propiedad estatal, que son los destinados a ser apropiados o adjudicados, para el cumplimiento de alguna política pública, definiendo exactamente su tamaño, uso y disposición, que de seguirse estrictamente, garantizaría el derecho, pro podemos encontrar como una serie de normas que buscaban darle legalidad al derecho, contrario sensu agravo el conflicto, por cuanto ya no era de supervi-

vencia sino que era legal y es este último al estar “resuelto” el primero que hoy debe resolver el Estado.

2. DESARROLLO NORMATIVO ASOCIADO A LA PROBLEMÁTICA DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DEL SIGLO XX AL DÍA DE HOY

La historia del país ha puesto en evidencia que las políticas del Estado orientadas a la protección de la propiedad privada se han centrado en un punto neurálgico: la desigualdad. El Estado ha intentado fijar políticas de desarrollo sostenible en aras de reducir la pobreza, entre las cuales está incluida la propiedad rural. El componente social de la población urbana, sin embargo, se ajusta a otros ítems o a otras formas de encausar el desarrollo. Estas no tienen como objetivo principal combatir la desigualdad, sino servir de guía para crear conciencia del uso racional del derecho de propiedad. Esto último no ha tenido mucho desarrollo legal, pero brinda unas pautas de ajuste a la realidad social.

Al igual que en el sector rural, en el sector urbano se presentan inconsistencias en los documentos o títulos que soportan el derecho y disposición que se tiene sobre los bienes. Para hacer contrapeso a este fenómeno, se han fijado varias políticas públicas. En el sector inmobiliario, que hace referencia tanto al ámbito urbano como al rural, se puede hablar de una política de saneamiento y titulación de la propiedad que finaliza con la formalización del proceso. Aquí, el saneamiento y la titularidad consolidan la propiedad y, unidos a la formalización, minimizan uno de los problemas que ha padecido el país por décadas.

Para el saneamiento y la titulación de la propiedad se cuenta con mecanismos jurídicos y administrativos que permiten la clarificación del derecho. Instrumentos como la escritura pública, que contiene declaraciones de voluntad, tienen como efecto la transferencia o disposición de bienes inmuebles y la descripción de su uso o utilización. Convirtiéndose en una garantía real hacia los propósitos para los cuales los titulares del derecho dispongan.

Encontramos asimismo actos por los cuales la administración pretende crear situaciones jurídicas particulares sobre los bienes inmuebles, limitando su uso o utilización. Ejemplo de ello son los programas de titulación de bienes fiscales ocupados con vivienda de interés social, donde se establece que la transferencia del dominio solo será posible a través de resoluciones administrativas (Ley 388, 1997). Esta no es solo una exigencia sino un requisito de legalidad para poder determinar el derecho de propiedad.

Igualmente se encuentran actas de cesión o entrega de bienes inmuebles que algunas entidades del Estado hacen a favor de otras entidades en cumplimiento de un mandato legal expreso; y procedimientos administrativos de adjudicación que requieren de una convalidación con el fin de dar seguridad jurídica. A partir de la acreditación de la plena propiedad, estos permiten indicar que la propiedad es un derecho de dominio, reconocido por una autoridad pública para explotar los activos, excluyendo a los demás, lo que permite disponer de ellos de la forma que se considere conveniente (Pipes, 1999, p. 19).

2.1 Normatividad aplicable

La Ley 200 de 1936² se expidió con el objetivo de clarificar títulos de propiedad e inducir a la explotación de la tierra. Sin embargo, desató un conflicto entre quienes la poseían, pues favorecía sobre todo a los grandes propietarios, quienes resultaron beneficiados exclusivamente con acceso a créditos y asistencia técnica. A pesar de que la ley pretendía aumentar la productividad, terminó facilitando la concentración de la tierra y un futuro poco productivo. Esto afectaría sustancialmente la economía, dando lugar a una reforma agraria sin un éxito notable, pues no logró solucionar los problemas derivados de la tierra. Entre ellos, los contratos de aparcería, que perpetuaron la sujeción del campesino a los terratenientes (Vargas, 2007).

A esta emblemática ley subsiguieron otras, como la Ley 135 de 1961, cuyo objetivo, basado en la reforma agraria, era redistribuir la propiedad. Esto no solo no fue posible, sino que agravó la situación. La titulación masiva de predios considerados baldíos a pequeños campesinos se hizo sobre bienes que se encontraban en zonas aisladas o eran de mala calidad, generando desplazamientos masivos. Permitió, además, la consolidación de propiedades considerables para los grandes tenedores. La ley, como consecuencia, pasó a ser considerada como distribucionista y marginal (Gómez, 2011).

Con esta ley se creó el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora–, que buscaba modernizar las explotaciones de la tierra y permitir su uso más adecuado. El instituto estaba facultado para ejecutar despojos en caso necesario.

² Esta ley pretendió modificar y modernizar la estructura de tenencia de la tierra y buscó regular el proceso. Se quería dar con ella un impulso sustancial a la utilización económica del suelo, clarificando los derechos de propiedad y posesión sobre baldíos; encuadrar los conflictos agrarios a un nuevo orden jurídico a través de la jurisdicción del Estado; y dar un plazo a los propietarios de la tierra para que la explotaran adecuadamente.

La Ley 160 de 1994 aparece en medio de grandes desplazamientos, producto de la expulsión de arrendatarios y aparceros en defensa de los latifundios (años 60-70), combates por el control territorial entre fuerzas armadas insurgentes, y las luchas por el control de tierras para cultivos y rutas de transporte entre grupos narcotraficantes (años 80-2000). Esta Ley introdujo un mecanismo de mercado para la transferencia de tierras. Los campesinos (poseedores) debían identificarlas y entrar a negociar un precio de compra con quienes figuraban como propietarios. El proceso debía informarse al Incora (Incoder ya extinto) para facilitar la transacción. Una de las metas del gobierno de la época era redistribuir aproximadamente un millón de hectáreas a través de la titulación de baldíos a colonos y comunidades afrodescendientes. Esto, sin embargo, era desconocer el verdadero objetivo de las reformas: hacer productiva la tierra, a los propietarios y garantizar el derecho de uso de la propiedad. Con esta norma se introdujo bajo el amparo del desarrollo rural campesino la adjudicación de unidades agrícolas familiares (AUF), con la limitación de poderse acumular so pena de ser despojado del derecho, así como la creación de zonas de reserva campesinas y zonas de desarrollo empresarial, que tuvieron sus inconvenientes y dificultades no solo financieras para el desarrollo de los proyectos agrícolas sino jurídicos, y muchos de esos bienes hoy se encuentran cuestionados y son predios que el gobierno quiere recuperar, por las situaciones que se dieron en torno a ellos, bien porque se acumularon indebidamente cambiando su aspecto físico, o porque no se cumplió con su cometido.

2.2 Política actual de tierras para el pos conflicto

Actualmente, la política de tierras derivado de los acuerdos, busca resarcir los daños y perjuicios causados por la violencia, bajo la reparación de víctimas, buscando clarificar, bajo políticas de legalización, formalización y restitución de tierras los derechos muchas veces desconocidos, sin tener en cuenta que tipo de derecho se tiene realmente, ya que en muchos casos se pudo hablar de falsa tradición, derivado de títulos imperfectos, reconocidos ancestralmente pero no reconocidos por ley que requieren de un tratamiento especial.

La legislación colombiana, en su desarrollo jurisprudencial, ha establecido que:

el derecho de propiedad es uno de los derechos constitucionales fundamentales, aunque ello no significa que sea un derecho absoluto. La propiedad está garantizada en la Constitución, en términos tales que no puede ser desconocida ni vulnerada por leyes posteriores, mucho menos por actos de la autoridad pública (Sentencia T-381, 1993).

Con ello quiere decir que el derecho de propiedad debe ajustarse a mandatos y exigencias legales, en búsqueda de un propósito o un fin. Este debe ser reflejo de una condición social o económica, con plenas garantías.

Esa política enfocada en la protección de la propiedad privada con la Ley de Tierras derivó en inseguridad jurídica. Instituciones que por años fueron consideradas garantes de dicha seguridad se vieron involucradas con hechos que desbordaban sus competencias o su razón de ser. La violencia, fue la excusa perfecta, sin embargo, no es la única causa de inseguridad.

Un ejemplo claro de esta problemática es el informe de análisis registral (como en el caso de las ORIP de Carmen de Bolívar –Bolívar–, Sincelejo y Corozal –Sucre–, Turbo y Marinilla –Antioquia–, San Martín –Meta–, y Ocaña –Norte de Santander–) que hizo la Superintendencia de Notariado y Registro (2011) sobre 4170 folios de matrícula inmobiliaria. El análisis dio como resultado que al menos 388.740 hectáreas de 1864 de folios contienen inscripciones de documentos con irregularidades de forma y de fondo, y/o inscripciones de medidas colectivas con la siguiente tipología: despojos e inconsistencias relacionadas con el acceso a la propiedad rural y la dinámica del mercado de tierras.

Estas irregularidades están relacionadas con: 1) la protección de predios por ruta colectiva e individual. 2) origen o procedencia de la propiedad. 3) transferencia del dominio con concentración masiva de la propiedad a través de figuras jurídicas como la constitución de fiducias y/o ventas por poder. 4) predios del fondo nacional agrario. 5) folios con medida cautelar de justicia y paz, 6) predios con destinación provisional a la sociedad de activos especiales. 7) predios reclamados por sus propietarios, ocupantes o poseedores, directamente o a través de una ONG. Estos y otros casos indican claramente la existencia de asimetrías en la información contenida que reposa en las diferentes ORIP del país. Todo lo anterior evidencia que no hay seguridad jurídica ni confianza en la información que existe en dichos archivos.

Los problemas relacionados con los parques naturales³ se encuentran relacionados con las situaciones anteriores, pues la delimitación de terri-

³ Este es el Caso del Parque Natural los Farallones de Cali. Según un diagnóstico registral realizado por la Superintendencia delegada de Tierras de la Superintendencia de Notariado y Registro en el que se revisaron 1655 folios, que representan unas 40.645 hectáreas con 5000 mts., se encontró que existe una ocupación y distribución de la propiedad entre particulares y el Estado.

torios indígenas y afrodescendientes,⁴ entre otros, ha hecho necesaria la intervención del Estado.

El caso de una compañía comercializadora de materias primas agrícolas de orden mundial refleja esta problemática. La empresa, a través de figuras jurídicas apoyadas en la legislación colombiana, logró demostrar cómo una prohibición que podía ser benéfica para la economía nacional no era viable socialmente.

El caso Cargill corrobora la inseguridad jurídica que existe sobre los derechos de la tierra. La compañía se vio afectada con decisiones respecto a una política de restitución, legalización y formalización de la propiedad en la altillanura colombiana.

El estudio de OXFAM (2013) nos muestra cómo legalmente fue posible la acumulación física de predios a pesar de las irregularidades evidentes. Es así como se puede ver que:

entre los años 2010 y 2012 Cargill adquirió a través de 36 Sociedades con Acciones Simplificadas –SAS– 39 predios en los municipios de Santa Rosalía, Cumaribo y La Primavera (todos ellos en el departamento de Vichada) por una extensión total de al menos 52.575,51 hectáreas. Sobre estos predios, los certificados de tradición y libertad indican que cada uno de estos habían sido adjudicados a beneficiarios de las reformas agrarias de los años 1991 y 1998; es decir, que tienen antecedentes de adjudicación de bienes baldíos, con un área mínima que corresponde a

⁴ “De acuerdo con el censo oficial realizado en 2005, en Colombia existen 87 pueblos indígenas, con una población de 1.378.884 personas que equivale al 3,3% de la población nacional. La mayoría de la población indígena se encuentra asentada en territorios rurales, organizados como resguardos o en territorios no reconocidos legalmente. Entre 2009 y 2011 el Incoder ha llevado a cabo la constitución de 25 resguardos indígenas, por una extensión total de 125.109 hectáreas, mientras que once resguardos fueron objeto de ampliación, por una extensión de 421.515 hectáreas. A 2010, el Estado había reconocido derechos de propiedad colectiva de pueblos indígenas sobre 715 resguardos que sumaban 31,8 millones de hectáreas de tierra, de las cuales cerca de 24,5 millones de has se traslapaban con áreas protegidas ambientalmente (reservas forestales de la Ley 2 de 1959 y Parques Nacionales Naturales - PNN). Lo anterior significa que 7,3 millones de hectáreas son exclusivamente resguardos. Los precarios avances en el reconocimiento legal de los territorios indígenas hacen que una parte importante de esta población carezca de tierra. Según datos oficiales, alrededor del 89,6% de la población indígenas dispone de menos una Unidad Agrícola Familiar.” Comisión Colombiana de Juristas. Informe sobre la situación del derecho al territorio de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en Colombia. Agosto de 2011.

*la unidad agrícola familiar –UAF- de la zona, por lo que no era procedente la acumulación. Las adjudicaciones se llevaron a cabo en vigencia de diferentes normatividades, que regulaban de manera distinta el mismo proceso de adjudicación mostrando predios de un tamaño igual o inferior a la extensión máxima permitida que corresponde a la UAF en esa zona, ha predios que desbordaban la áreas autorizadas.*⁵

2.2.1 Proceso de Formalización y Titulación

“La formalización de la propiedad rural y urbana es una de las iniciativas que ha venido impulsando el Gobierno Nacional con el propósito de promover el desarrollo en el campo, avanzar en la seguridad jurídica sobre la tierra y mejorar la calidad de vida de los colombianos” (IGAC, 2014), toda vez que “con el derecho de propiedad un campesino puede realizar operaciones de compra y venta, defender su patrimonio frente a terceros y acceder de una manera más fácil a la oferta institucional del Gobierno Nacional” (IGAC, 2014)⁶.

Con la formalización se promueve el aprovechamiento legal de la tierra, la productividad y la competitividad rural; se incentiva la inversión en activos como sistemas de riego; y se promueven mejores prácticas para la producción. “Los anteriores beneficios tienen un impacto positivo en la generación de ingresos y en la superación de la pobreza extrema”. Colombia, junto con otros países de América Latina, ha presentado históricamente problemas estructurales en la tenencia de la tierra en zonas rurales. El trabajo interinstitucional durante el último cuatrienio ha permitido que hoy 327.621 familias tengan un goce efectivo sobre sus tierras a través de los distintos instrumentos de formalización.

En nuestro país, uno de los compromisos a raíz de todas estas problemáticas y de la necesidad propia de garantizar el derecho de propiedad, ha dado trámite a procesos de formalización de la propiedad y la titulación con un propósito: brindar seguridad jurídica, apoyado en las diferentes instituciones garantes del derecho, en especial la Superintendencia de Notariado y Registro y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, buscando información y disposición física acertada, a su vez el ser soporte para que la jurisdicción

⁵ En el departamento de Vichada actualmente la UAF oscila entre las 1.294 y 1.725 hectáreas, dependiendo del municipio. Resolución N.º 041 del 24 de septiembre de 1996, por la cual se determinan las extensiones de las unidades agrícolas familiares por zonas relativamente homogéneas en los municipios situados en las áreas de influencia en las respectivas regionales del Incoder.

⁶ Op cit.

reconozca los derechos, aplicando acertadamente la normatividad aplicable, aprovechando los desarrollos tecnológicos y la capacidad y conocimiento de experiencias, no solo de los funcionarios de las entidades, sino de otros países.

USAID (2010)⁷ mostró la experiencia que se ha tenido con la formalización y titulación de los derechos de propiedad, mostrando una problemática natural que puede ser solucionado con voluntad política.

<i>EXPERIENCIA CON LA LEY 1561 DE 2012⁸</i>
<i>Con la Ley 1561 de 2012 se buscó hacer de Colombia un país de propietarios, enfocado en aquellos que adolecen de titulación imperfecta y en los poseedores materiales de inmuebles que carecen de títulos.</i>
<i>El objeto de la ley es promover el acceso a la propiedad, mediante un proceso especial para otorgar título de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, y para sanear títulos que conlleven la llamada falsa tradición, con el fin de garantizar seguridad jurídica en los derechos sobre inmuebles, propiciar el desarrollo sostenible y prevenir el despojo o abandono forzado de inmuebles (Ley 1561, 2012).</i>
<i>PROPÓSITO DE LA CITADA LEY</i>
- <i>Formalización de la propiedad</i>
- <i>Sanear título que conlleva la llamada falsa tradición</i>
- <i>Titulación de la posesión</i>
<i>VENTAJAS DE LA FORMALIZACIÓN</i>
- <i>Convierte a Colombia en país de propietarios</i>
- <i>Se pasa de la informalidad o irregularidad a la formalidad</i>
- <i>El derecho de propiedad elevado a categoría de fundamental que es inherente al trabajo y satisfacer necesidades</i>
- <i>Libre disposición</i>
- <i>Arraigo y dedicación al cultivo del campo para convertirlo en despesa esencial de la economía nacional</i>
- <i>Venta al justo precio</i>
- <i>Posibilidad de ofrecer el inmueble en garantía</i>
- <i>Derecho a crédito</i>
- <i>Derecho a subsidio</i>
- <i>Acceso a los servicios públicos</i>
<i>"EXPERIENCIAS EN TITULACIÓN DE BALDÍOS</i>

⁷ EUSAID: United States Agency for International Development. Agencia de los EEUU para el Desarrollo Internacional. Tomado De la página Web: <http://ccai-colombia.org/files/primarydocs/1007tier.pdf>

⁸ Tomado de la página Web: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=182&p_consec=39039

• En términos generales, el proceso actual de titulación de baldíos es expedito. Un título se tramita en alrededor de seis meses. • El acumulado de cerca de 47.000 expedientes pendientes denunciado por la Procuraduría General de la Nación en 2006 fue resuelto en los últimos 4 años. • Sin embargo el proceso sigue siendo costoso para el usuario individual (superior a 1 millón de pesos para predios pequeños). • Convenios interinstitucionales entre el INCODER, Departamentos y Municipios permiten reducir costos totales y costos para el usuario, debido a economías de escala en levantamientos topográficos, aportes de recursos regionales y exención del impuesto de registro departamental.
ESTIMACIÓN DE COSTOS DEL PROCESO DE TITULACIÓN DE BALDÍOS
Derechos de titulación a INCODER \$130.000, Usuario Levantamiento topográfico (UAF 38 HAS) \$800.000, Usuario Publicación en emisoras \$60.000, Usuario Impuesto de registro departamental \$80.000, Usuario Derechos de inscripción ORIP \$34.000, Usuario Transporte para inspección ocular \$80.000, Usuario Asistencia jurídica \$2,500,000 mensuales por 100 casos por 8 meses, para un TOTAL de \$1.184.000.
CONCLUSIONES EN TITULACIÓN DE BALDÍOS
• Los pilotos patrocinados por USAID se basaron en una estrategia de acuerdos de colaboración interinstitucional entre la gobernación, los municipios y el INCODER. • La mayor dificultad se presentó en la falta de capacidad administrativa de los municipios y, en menor grado, de la gobernación. El desconocimiento de procesos administrativos es muy notable en los municipios. • Se hallaron debilidades en dependencias encargadas de ejercer filtros, ejecutar funciones para llevar a cabo procesos contractuales, escoger mecanismos de selección adecuados y expedir documentos para el giro de recursos. • El desempeño del INCODER se dificulta por la falta de un sistema de información geográfica para la administración de baldíos. • En el pasado se titularon en algunas regiones baldíos no adjudicables (zonas de reserva forestal). • Las deficiencias de la información de Registro en algunas regiones es también fuente de equivocaciones por adjudicación de predios privados. • La falta de información a los usuarios sobre la condición jurídica de las tierras que ocupan les genera incertidumbre sobre el proceso que deben seguir para formalizar sus predios. • Aparte de algunos pilotos regionales que adelanta el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT), la institucionalidad actual no ofrece soluciones eficaces a los ocupantes de baldíos no adjudicables: Sustracción, redelimitación, reubicación. • Actualmente existen 101 cascos urbanos dentro de zonas de reserva forestal y sólo 2 están legalizados mediante sustracción. • 38 municipios tienen el 100% de su territorio dentro de zonas de reserva, con un área de 14 millones de hectáreas y una población aproximada de 500.000 habitantes. • En consecuencia, un mínimo de 100.000 familias están afectadas por esta situación de informalidad-ilegalidad (USAID, 2010) ”⁹

⁹ Tomado De la página Web: <http://ccai-colombia.org/files/primarydocs/1007tier.pdf>. Informe de USAID (2010).

Por su parte, el Ministro de Agricultura presentó un informe el 9 de junio de 2014¹⁰ donde manifiesta que el Gobierno Nacional, a través del Programa de Formalización de la Propiedad Rural, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y la Superintendencia de Notariado y Registro, ha mostrado un balance positivo en el tema de la formalización de la propiedad. El trabajo, articulado con el tema de “la formalización de la propiedad rural según datos del Ministerio de Agricultura, ha beneficiado a 327.621 familias”¹¹, redunda en la consolidación de los Derechos de Propiedad en el campo y las ciudades. El informe revela igualmente que el IGAC “ha realizado la actualización catastral de 8.555.599 predios en zonas urbanas y rurales, el INCODER ha adjudicado 2.184.329 hectáreas y la Superintendencia de Notariado ha entregado 9.285 títulos urbanos” (IGAC, 2014)¹². Este hecho es controvertible, pues su función no es la de entregar títulos, sino la de inspeccionar, vigilar y controlar la actividad registral y notarial, pero ha sido un apoyo institucional valioso por la información.

Definido un poco el problema, las diferentes y posibles soluciones, definiremos lo que es en si el registro de la propiedad en Colombia bajo la normatividad vigente, donde no fueron muchos los cambios, pero se ha tratado de actualizar y adecuar al querer del mercado inmobiliario, como racionalizando los tramites, buscando acceso fácil a la información, interrelacionando la actividad registral y notarial, ampliando su accionar como el involucrarse en el tema de las curadurías urbanas y en el de tierras, buscar que el servicio llegue a lugares donde era imposible llegar, buscando darle a conocer al ciudadano propietario que solo con el registro se hace propietario, que no basta con ostentar un título sino que se requiere de la formalidad, donde el tema de tierras ha desvaído toda su atención y amara-da en esa policía publica se ha visto obligada a modernizarse, buscar otras alternativas para garantizar la información que se requiere, convirtiéndose en un baluarte soporte de políticas publicas en torno a la restitución, legalización y formalización de la propiedad rural, obligación que en un principio es del Ministerio de Agricultura Desarrollo Rural, a través de la

¹⁰ Tomado de la página Web: <http://www.igac.gov.co/wps/wcm/connect/76af-2080445b5150bc4bbd6a14ea3935/Gobierno+Nacional+ha+beneficiado+a+327.pdf?MOD=AJPERES>

¹¹ Op cit.

¹² Op cit.

Agencia Nacional de Tierras, que investigan concluyen respecto al derecho a la propiedad rural en nuestro país.

3. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN COLOMBIA

El Registro de la Propiedad inmueble en Colombia se ha enmarcado en el ejercicio del derecho a la propiedad privada reconocido constitucionalmente¹³ y desarrollado legalmente como garantía del ejercicio de la función registral en cabeza de los Registradores de Instrumentos Públicos¹⁴, obligando a brindar seguridad jurídica de todos los actos de transferencia, disposición, gravamen, constitución, aclaraciones, modificaciones, limitaciones, medidas cautelares, traslaciones o extinciones de dominio de un derecho principal o accesorio contenidos en una escritura pública, o en decisiones judicial, arbitral o administrativa, que implique la confirmación o delimitación de los derechos reales sobre dichos bienes¹⁵.

Dichas reglas las lleva a cabo amparados bajo los siguientes principios (Ley 1579/12 artículo 3):

- a) Rogación. Los asientos en el registro se practican a solicitud de parte interesada, del Notario, por orden de autoridad judicial o administrativa. El Registrador de Instrumentos Públicos sólo podrá hacer inscripciones de oficio cuando la ley lo autorice;
- b) Especialidad. A cada unidad inmobiliaria se le asignará una matrícula única, en la cual se consignará cronológicamente toda la historia jurídica del respectivo bien raíz;
- c) Prioridad o rango. El acto registrable que primero se radique, tiene preferencia sobre cualquier otro que se radique con posterioridad, aunque el documento haya sido expedido con fecha anterior, salvo las excepciones consagradas en la ley;
- d) Legalidad. Solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción;

¹³ Artículo 58 Constitución Política de Colombia “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores [...]”

¹⁴ Artículo 1 Ley 1579 de 2012 “Naturaleza del Registro”

¹⁵ Artículo 4 *Ibíd*em “Actos, títulos y documentos sometidos a registro

- e) Legitimación. Los asientos registrales gozan de presunción de veracidad y exactitud, mientras no se demuestre lo contrario;
- f) Tracto sucesivo. Solo el titular inscrito tendrá la facultad de enajenar el dominio u otro derecho real sobre un inmueble salvo lo dispuesto para la llamada falsa tradición.

Con el fin de cumplir con los objetivos del registro, los cuales son los de servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil¹⁶, así como el de darle publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces y el de revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción¹⁷, situaciones estas que exige la inscripción en el registro, cuyos elementos constitutivos son: el archivo del registro que lo componen la matrícula inmobiliaria, los radicadores de documentos y certificados, los índices de los inmuebles y propietarios, el archivo de documentos antecedentes, el libro de testamentos y el libro de actas de visitas.

Todo orientado a brindar seguridad jurídica¹⁸, que debía ser garantizado por la institución del Registro de la Propiedad, que viene a ser una insti-

¹⁶ ACódigo Civil Colombiano artículo 756 TRADICION DE BIENES INMUEBLES. Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca.

¹⁷ En los artículos 45, 46 y 47 de la Ley 1579 de 2012 nos dice: Mérito Probatorio del Registro: Artículo 45. *Adulteración de información o realización de actos fraudulentos*. La adulteración de cualquier información referente al título de dominio presentado por parte del interesado, o la realización de actos fraudulentos orientados a la obtención de registros sobre propiedad, estarán sujetos a las previsiones contempladas en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 387 de 1997 y del Código Penal o a las leyes que las modifiquen, adicionen o reformen, trámite que se llevará a cabo ante (a jurisdicción ordinaria. Artículo 46. *Mérito probatorio*. Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva Oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ley, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro. Artículo 47. *Oponibilidad*. Por regla general, ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de su inscripción o registro.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 de 2012. Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002: “3. La seguridad jurídica es un principio cen-

tral en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta / La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas / En materia de competencias, dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general / Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P., 1991, arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P., 1991, art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P., 1991, art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P., 1991, art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo) / 4. La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso”.

tución noble que recoge todas las inconsistencias e inconformidades de la aplicación de las diferentes políticas públicas del gobierno, siendo vista como una institución paria.

Como está constituido el registro público, a pesar de todos los esfuerzos aún se ven deficiencias más que todo en el tema jurídico, la información esta y puede ser fiable, con algunas imperfecciones, la carencia está en que se adoptan decisiones con criterios particulares, no con un criterio institucional, se puede encontrar diferentes formas de calificación, pero eso se da por la falta de un verdadero estatuto que regule la función como tal, pero no se puede desconocer los múltiples esfuerzos para mejorar, es normal que todo este orientado al tema de tierras, bajo las premisas de restitución, formalización y legalización, dejándose de lado la institución del registro como tal, que funciona al deseo y querer de la entidad obligada a regular, inspeccionar y controlar, lo que lo hace perder autonomía, redundando en la seguridad jurídica que debe garantizar.

El Registro de la Propiedad se vio involucrado en el proceso del pos conflicto como un eje fundamental, toda vez que en sus archivos se encuentra la historia traditicia de los bienes inmuebles en nuestro país, debiéndose ajustar a la modernidad, por un poco mas de cuarenta años, su accionar estuvo regulado por el Decreto Ley 1250 de 1970, pero era un estatuto considerado obsoleto, que requería de cambios no estructurales sino ajustado a los avances, dando como resultado un nuevo "Estatuto de Registro", la Ley 1579 de 2012, que incorpora elementos tecnológicos, permitiendo radicar documentos y pago de derechos por medios electrónicos¹⁹ y con firma digital de los Notarios, despachos judiciales o entidades públicos, modernización y simplificación del servicio publico registral con el acceso a servicios virtuales²⁰, aplicación de tecnologías de información²¹, y la diversificación de los canales de prestación del servicio²², apertura de matrículas inmobiliarias de bienes baldíos, como necesidad de frenar la apropiación de terrenos y de tener por parte del Estado, un mayor control sobre sus inmuebles, para una posible adjudicación, con la seguridad debida, como iniciativa para el desarrollo de la política nacional de formalización, restitución de tierras y reconocimiento de la propiedad rural.

¹⁹ Artículo 14 y 15 Estatuto del Registro (Ley 1579 de 2012)

²⁰ Artículo 36 Ibidem

²¹ Artículo 39 Ibidem

²² Artículo 41 Ibidem

3.1 El papel del Registro de la Propiedad en el pos conflicto

El gobierno nacional luego del proceso de paz, tienen la necesidad de consolidarla y solo puede hacerlo si comienza a reconocer derechos, resarcir los daños causados y apoyar a los miles de ciudadanos que padecieron el conflicto.

La Superintendencia de Notariado y Registro (dejo a un lado el Registro) (luego SNR o superintendencia), se viene preparando para esos grandes retos, como se mencionó, se ha venido modernizando el registro de la propiedad, se amplió los campos de acción (ya o pensando no solo en notariado y registro sino en e campo y ciudad), busco responsables (decantando en el concurso de registradores y de notarios), se enfocó en el tema de tierras (creando la Superintendencia Delegada de Tierras), reestructurándose la entidad (en busca de mejores funcionarios), se sumo al catastro multipropósito (con un catastro poco ajustado a la realidad, dando a posibilidad e crearse en un futuro la Superintendencia Delegada para el Catastro), donde se ha trabajado de forma conjunta en busca de unificar criterios jurídicos en el manejo de la información física de los bienes, el registro tiene una información que muchas veces difieren de la del catastro, bien porque no se ha actualizado o si lo hicieron nunca lo reportaron al registro, siendo necesario del cruce de esas informaciones para ajustarlo a la realidad jurídica y física del inmueble, especialmente en el sector rural, por cuanto como es sabido, con la violencia y malas decisiones administrativas, los bienes se confunden y el territorio se va configurando al acomodo de esos actores.

La emblemática Ley 1448 de 2011 “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras”, tiene por objeto “la adopción de medidas judiciales, administrativas, sociales, económicas, individuales y colectivas en beneficio de las víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, ocurridas con ocasión al conflicto armado interno del país²³”.

El artículo 9 de la Ley 1448 de 2011, establece que, “en el marco de una justicia transicional, las autoridades judiciales y administrativas deberán ajustar sus actuaciones al objeto primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable²⁴”.

“La restitución de derechos para el beneficiario de la acción conlleva el restablecimiento de la relación jurídica con el inmueble, cuando la víctima la haya perdido y, en caso de tratarse de posesión u ocupación, esta puede

²³ Guía practica del proceso de restitución de tierras en materia registral y notarial. Superintendencia de Notariado y Registro

²⁴ *Ibidem*

ser acompañada de la formalización de su derecho. Cualquiera de estas situaciones conlleva necesariamente la entrega material del bien”.

“Así mismo establece la ley que en los casos en que sea imposible la restitución jurídica y material del predio²⁵ o cuando no sea posible el retorno por razones de riesgo para la vida e integridad personal de la víctima, es posible acudir a la restitución por equivalente sobre otro inmueble de similares características y condiciones ubicado en otro lugar, o en última instancia a través de la compensación en dinero”.

El artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, crea compromisos entre las diferentes entidades del estado garantes del derecho a la propiedad entre ellas la Superintendencia de Notariado y Registro, la cual debe poner a disposición de la unidad de restitución de tierras las diferentes bases de datos, facilitar las comunicaciones, el intercambio de información, responder a los requerimientos que hagan en relación con el proceso de restitución, toda vez que en ella “reposa” a información registral actual e histórica de los predios y lo hará a través del sistema de información registral (SIR), en el estado en que se encuentren sea que las matrículas inmobiliarias estén o no activas, así como la información notarial.

Luego la función de la superintendencia no es más que una función de colaboración, una información que se encuentra en las diferentes oficinas de registro de instrumentos públicos, soportada en muchos casos en documentos como la escritura pública que deben reposar en los protocolos de las diferentes notarías del país, actividades en las cuales la entidad ejerce vigilancia, inspección y control, pero responsable de la función registral.

Dicho artículo fue reglamentado por el Decreto 4829 de 2011, que dispuso en su artículo 31 lo siguiente:

(...)

²⁵ Op. cit. La restitución jurídica procede cuando el solicitante de la restitución fue propietario inscrito de dominio en el folio de matrícula inmobiliaria y además despojado de ella por causa de la violencia armada. Por medio de escritura pública o por decisión judicial o administrativa, procedería la restitución jurídica del inmueble, que conllevaría a la declaratoria de nulidad o la inexistencia de los actos jurídicos y documentos públicos que los contengan y, consecuentemente, a la orden de dejar sin efectos las inscripciones de los mismos. La restitución material procede cuando el solicitante de la restitución no perdió, conforme a la tradición publicitada en el folio matricula inmobiliaria, la relación jurídica que tenía con el inmueble al momento del despojo; es decir, la titularidad del inmueble continua publicitada en el folio matricula inmobiliaria a su favor.

“Del acceso e intercambio de información con las instituciones. Para el cumplimiento de lo previsto en el artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, en relación con la interoperabilidad de sistemas institucionales y el suministro de la información necesaria para los propósitos de inscripción en el Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, en particular para la plena identificación de las víctimas y otros potenciales interesados, del predio y sus antecedentes históricos y del contexto en el que se originaron los hechos de abandono o despojo de tierras, las entidades tendrán en cuenta los siguientes aspectos para atender los requerimientos de la Unidad, con oportunidad y eficacia:

(...)

d) La Superintendencia de Notariado y Registro pondrá a disposición de la Unidad el acceso a la información registral, actual e histórica, de los predios a través del Sistema de Información Registral sea que las matrículas estén activas o no, así como la información notarial solicitada por la Unidad;

(...)

g) Las entidades del sector privado vinculadas directa o indirectamente con el tema de tierras y aquellas que presten servicios públicos, brindarán el apoyo e información que la Unidad solicite, en desarrollo del deber de solidaridad y respeto con las víctimas, para cumplir los objetivos de reparación, como lo señala el inciso 3° del artículo 14 de la Ley 1448 de 2011.

Parágrafo 1°. Para efectos de la aplicación del presente artículo, la disponibilidad de la información institucional que requiera la Unidad implica tanto el aporte de la documentación que expresamente solicite, la facilitación del acceso a las bases de datos que administre la respectiva entidad, la asesoría técnica y profesional que de manera complementaria necesite la Unidad para la apreciación y comprensión idónea de los datos, como el apoyo que requiera para obtener, interpretar o leer pruebas o información destinadas a los procesos administrativos y judiciales de restitución.

Parágrafo 2°. Las instituciones del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del poder público que no cuenten con las tecnologías apropiadas para facilitar el intercambio automático de la información, en tiempo real, deberán diseñar e implementar planes de actualización y modernización para la ejecución de la ley, durante el año siguiente a la puesta en funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, de tal manera que se garantice la agilidad en

los procesos de intercambio de información y la interoperabilidad entre los sistemas de información, en el menor tiempo posible.”

La SNR, se viene modernizando, para consolidar la información, brindar seguridad jurídica, racionalizar términos y tiempo de respuesta, esta haciendo transito a un nuevo sistema registral, llamado BACHUE, que pretende no solo mejorar en su proceso, sino interactuar de una manera armónica con otras entidades del estado en especial el catastro, e integrando los ya mencionados desarrollos tecnológicos, aprovechando los diferentes avances y es así como se habla del catastro multipropósito, que busca mejorar la problemática de la tierra en Colombia y transformar la ruralidad, permitiéndose conocer que tierras se tiene, que tipo de tierra, que potencial económico, ambiental y social.

El Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un Nuevo País”, llevo al Consejo Nacional de Política Económica y Social a aprobar una nueva política para la conformación, implementación y sostenimiento de un Catastro Multipropósito, integrando el sistema de registro de la propiedad inmueble con el sistema de planeación e información del territorio, ajustado a los estándares internacionales; teniendo en cuenta los aspectos descritos para mejorar el acceso e interoperabilidad de la información sobre la tierra y la propiedad, es cierto para el gobierno, que teniendo un catastro multipropósito, se tendrá una visión más amplia de los usos de la tierra, y las decisiones que se van a adoptar en torno a ella, como el en caso de los inventarios de bienes baldíos, la titulación, la formalización de la propiedad, el manejo del conflicto sobre la tenencia, la gestión predial, su ordenamiento ambiental, valoraciones del uso para conservación, identificación y definición de zonas de explotación, entre muchas cosas mas.

Este es un tema que puede desligar totalmente la percepción tradicional del Registro de la Propiedad, de su fin y propósito, debilitándola en un momento, pero esa percepción puede cambiar si se mira el registro de la propiedad como una institución independiente y autónoma, con un enfoque, el de brindar una verdadera seguridad jurídica y el país lo requiere.

CONCLUSIONES

El conflicto armado en Colombia y las diferentes decisiones de Estado en su momento histórico, ha generado impactos negativos en la configuración de los derechos a la propiedad en especial en el sector rural, situaciones que hoy deben ser resueltas con el objeto de saldar deudas con estructuras sociales débiles y necesitadas.

El estado requiere en el día de hoy, en una etapa del pos conflicto instituciones fuertes, serias y responsables, de ahí que se piense que el Registro de la Propiedad Inmueble en Colombia debe ser visto como una entidad autónoma e independiente, que le permita desarrollarse a la luz de las necesidades del Estado Colombiano, con una entidad como la Superintendencia de Notariado y Registro ejerciendo su función de inspección, vigilancia y control, los cometidos propuestos, con un verdadero estatuto que no dé lugar a interpretaciones o quererles independientemente de las causas que dieron origen al conflicto.

Es válido pensar que el Registro de Instrumentos Públicos, puede llegar a ser el eje de políticas públicas del Estado en aras de buscar solucionar conflictos, dado a que en ella reposa la historia y vida de los inmuebles en nuestro país, pero debe ser una entidad tecnológicamente ajustada a las realidades, orientada y dirigida sin perder su razón de ser.

Poder identificar que el problema es tener capacidad de solución y los problemas muchas veces no están en las instituciones sino en la orientación que a cada una se les da, traducido en voluntad política.

REFERENCIAS

- Adroque, Manuel Ignacio (1991). *El derecho de propiedad en la actualidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Pág. 254
- Aranzázu Calzadilla Medina, María (2010). La protección del medioambiente a través del registro de la propiedad. *Anales de la Facultad de Derecho*, 27, 65-92.
- Banco Interamericano de Desarrollo –BID (2014). Programa especial para la formalización de la propiedad y modernización de la titulación predial. Febrero de 2014. Tomado de: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6390/Reg%20de%20Tierras%20-%20Annex%204%20Colombia.pdf?sequence=1>
- Buchanan, James M. (1995). La propiedad como garante de libertad. En: James Buchanan y Gordo Tullok (Eds.), *Derechos de propiedad y democracia*. Madrid: Colegio de Economistas y Celeste Ediciones.
- CADRI (s.f.). Curso sobre registro mercantil No. 4. Los efectos de la inscripción. Tomado de: <https://www.cadri.org/curso-sobre-registro-mercantil-nº4-los-efectos-de-la-inscripcion/>
- Coase, Ronald H. (1960). El problema del costo social [*The Problem of Social Cost*]. *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Constitución Política de Colombia –C.P., 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-189 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 de 2012.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-595 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Sala Plena del 11 de agosto de 1992. M.P. Ernesto Jiménez Díaz.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Sala Plena del 3 de diciembre de 1937. M.P. Hugo Palacio Mejía.
- Currie, Lauchlin (1988). *Urbanización y desarrollo: Un diseño para el crecimiento metropolitano*. Bogotá: Cámara Colombiana de la Construcción.
- Decreto 1250 de 1970. Diario Oficial N°. 33.139, Bogotá, Colombia, 4 de septiembre de 1970.
- Demsetz, Harold (1967). Hacia una teoría de los derechos de propiedad [*Toward a Theory of Property Rights*]. *American Economic Review* 57(2), 347-359.
- Departamento Nacional de Planeación –DNP (2015). *Plan Nacional de Desarrollo. Todos por un nuevo país. Paz, Equidad y Educación*. Tomado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PND%202014-2018%20Bases%20Final.pdf>.
- De Soto, Hernando (2001). *El misterio del capital*. México D.F.: Diana.
- Documento Conpes 2736 de 1994.
- Documento Conpes 3641 de 2010.
- Eguizabal, Hans Daniel Ulises Lucas (2005). *La procedencia de la acción constitucional de amparo en contra del Registradora General de la Propiedad Inmueble, como medio de protección a la Propiedad Privada* (Tesis de grado). Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. Tomado de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6092.pdf
- García, García, José Manuel (1999). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Madrid: Civitas. Pág. 795
- Gómez Hernández, Bersarión (2011). La tenencia de la tierra y la reforma agraria en Colombia. *Verba Iuris*, 25, pág. 63-83.
- Guichot Reina, Emilio (2006). *Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad. Tomado de: http://www.avpd.euskadi.eus/s04-20375/es/contenidos/evento/4_encuentro_apds/es_intro/adjuntos/PONENCIA_GUICHOT.pdf.
- Hayek, F.A. (1995). *La tendencia del pensamiento económico: ensayos sobre economistas e historia económica*. Madrid: Unión Editorial S.A. pág. 384
- Ibañez, Ana María y Muñoz, Juan Carlos (2011). La persistencia de la concentración de la tierra en Colombia: ¿qué paso entre 2000 y 2010?. *Revista Notas de Política*, 9.
- Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC (2015). El catastro multipropósito herramienta fundamental del PND para ordenar el territorio. Tomado de: <http://www.igac.gov.co/wps/wcm/connect/b3d99100484aa001aab1baf14a05f094/El+catas->

tro+multipropósito+herramienta+fundamental+del+PND+para+ordenar+el+territorio+Nieto+Escalante.docx.pdf?MOD=AJPERES

Ley 9 de 1989. Diario Oficial N°. 38.650, Bogotá, Colombia, 11 de enero de 1989.

Ley 135 de 1961. Diario Oficial N°. 30.691, Bogotá, Colombia, 20 de diciembre de 1961.

Ley 137 de 1994. Diario Oficial N°. 41.379, Bogotá, Colombia, 3 de junio de 1994.

Ley 160 de 1994. Diario Oficial N°. 41.479, Bogotá, Colombia, 5 de agosto de 1994.

Ley 200 de 1936. Diario Oficial N°. 23388, Bogotá, Colombia, 21 de enero de 1937.

Ley 388 de 1997. Diario Oficial N°. 43.127, Bogotá, Colombia, 12 de septiembre de 1997.

Ley 1151 de 2007. Diario Oficial N°. 46700, Bogotá, Colombia, 25 de julio de 2007.

Ley 1182 de 2008. Diario Oficial N°. 46865, Bogotá, Colombia, 8 de enero de 2008.

Ley 1448 de 2011. Diario Oficial N°. 48.096, Bogotá, Colombia, 10 de junio de 2011.

Ley 1561 de 2012. Diario Oficial N°. 48.488, Bogotá, Colombia, 11 de julio de 2012.

Ley 1579 de 2012. Diario Oficial N°. 48,570, Bogotá, Colombia, 1 de octubre de 2012.

Ley 1753 de 2015. Diario Oficial N°. 49.538, Bogotá, Colombia, 9 de junio de 2015.

<http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/el-catastro-multiproposito-retos-y-oportunidades-para-el-desarrollo>

Méndez González, Fernando P. (2010, octubre). *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Ponencia presentada en el XVII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), Lima.

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural –MADR (2014). Gobierno Nacional ha beneficiado a 327.621 familias con formalización de la propiedad rural. Tomado de: <https://pactoagrario.minagricultura.gov.co/Sala-de-Prensa/noticias/Paginas/Gobierno-Nacional-ha-beneficiado-a-327621.aspx>

Mises, Ludwig von (1932). El socialismo [*Die Gemeinwirtschaft: Untersuchungen über den Sozialismus*]. Jena: Gustav Fischer Verlag.

Pérez Escobar, Jacobo (1997). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.

Pigou, Arthur C. (1946). *La economía del bienestar*. Madrid: Aguilar.

O'Driscoll, Gerald P. y Hoskins, Lee (2006). *Derechos de propiedad: la clave del desarrollo económico*. Washington: Cato Institute.

Ocampo, J. (2015). *EL CAMPO COLOMBIANO: UN CAMINO HACIA EL BIENESTAR Y LA PAZ MISIÓN PARA LA TRANSFORMACIÓN DEL CAMPO*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Pipes, Richard (1999). *Propiedad y Libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. México D.F.: FCE.

- Quemba, Jhonatan (s.f.). *Reforma agraria en Colombia*. Tomado de: <http://www.monografias.com/trabajos97/reforma-agraria-colombia/reforma-agraria-colombia.shtml>
- Rodríguez Otero, Lino (2007a). Inscripción de bienes del Estado y demás entes públicos territoriales. En: *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Dijusa.
- Rodríguez Otero, Lino (2007b). La publicidad registral: sus fines y naturaleza. En: *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Dijusa.
- Rodríguez Sánchez, Liliana. La seguridad jurídica agropecuaria en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. *Economía Colombiana. Contraloría General de la República*. Tomado de: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/44389558/la-seguridad-juridica-agropecuaria-en-el-pnd-2010.pdf/e82ea765-f31d-4f04-9121-e671359facf7>.
- Superintendencia de Notariado y Registro –SNR (2011). Ley de víctimas y restitución de tierras. Informe ejecutivo de gestión noviembre 2010 – octubre 2011. Superintendente Jorge Enrique Vélez García.
- Superintendencia de Notariado y Registro –SNR (2012). ABC del Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos - Ley 1579 de 2012. Tomado de: https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/index.php?option=com_content&view=article&id=15744:abc-del-estatuto-de-registro-de-instrumentos-publicos-ley-1579-de-2012&catid=339:noticias-2012&Itemid=149
- Superintendencia de Notariado y Registro –SNR (2013). Anuario Estadístico 2013. Superintendencia Delegada para protección, restitución y formalización de tierras. Superintendente Jorge Enrique Vélez García.
- Superintendencia de Notariado y Registro –SNR– y Parques Nacionales –PN– (2014). *¿de quién es el Parque Tayrona?*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- USAID (2010). Lecciones aprendidas en formalización de la propiedad rural: examen preliminar de experiencias con proyectos pilotos apoyados por USAID. Julio de 2010. Tomado de: <http://ccai-colombia.org/files/primarydocs/1007tier.pdf>
- Vargas Rivera, Viviana Aydé (2007). La tenencia de la tierra: un problema en Colombia. *Agencia de Prensa Rural*. Tomado de: <http://prensarural.org/spip/spip.php?article1288>
- Velarde, Sandra (2003). *Socio economic trends and outlook in Latin America: implications for the forestry sector to 2020*. Artículo en preparación: LAFSOS/WP/01 para el *Latin America Forestry Sector Outlook Study*.
- Velasco Pérez, David (2011). Análisis económico del derecho. *Derecho y Economía*. Tomado de: http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf.

LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS EN EL PERÚ

Jenny Marthina Sánchez Alemán

RESUMEN: El presente artículo es una aproximación a las comunidades campesinas en el Perú desde el tema del conflicto sobre el derecho de propiedad de las tierras comunales; mostrando al mismo en un contexto normativo y social que denota la importancia del Estado a través de sus instituciones no solo como ente regulador, sino como agente protector de los derechos fundamentales y agente de cambio social. Los conflictos de la Comunidad Campesina de San Cristóbal y la Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa son una muestra de cómo resulta necesaria una política de prevención de conflictos más que una política de amortiguamiento de estos por parte del Estado en una sociedad democrática, más allá del desarrollo de una economía de libre mercado.

SUMMARY: This article is a closer look to the farmer communities in Peru from the topic of the conflict of the right of community land ownership; showing it within a legal and social context in which the state plays an important role through its institutions not only as a regulator but as a protector agent of the fundamentals rights and as a social change agent. The conflicts between the Community of San Cristóbal and the Community of Ccarhuac Licapa are an example of how necessary is to create a preventive policy to deal with this type of conflict instead of following a buffer state policy in a democratic society, a bigger view from the development of the free market economy.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Lo que somos ahora siempre tuvo un punto de inicio, eso nos lleva a buscar nuestras raíces como pueblo, como nación, como sociedad, a desentrañar nuestro pasado y nuestras costumbres; solo de esta manera recordaremos de dónde venimos y a quienes nos debemos porque nuestra identidad es única y valiosa y se constituye en el motor de nuestro desarrollo

Dentro de este contexto, las comunidades campesinas son el registro vivo de nuestro pasado y albergan los conocimientos necesarios para una vida en armonía social y en equilibrio con la naturaleza; en tal sentido, su prolongada existencia acredita y asegura la continuidad de la médula cultu-

ral y social de cada pueblo. Pero, qué implica una vida en armonía, de qué o quiénes depende; y, quién es el llamado a proteger tan valioso tesoro. Como una sociedad organizada, el llamado a proteger y preservar a las comunidades campesinas es el Estado. Durante el tiempo transcurrido, el Estado peruano ha regulado legalmente a las Comunidades Campesinas, desde su reconocimiento legal, su organización y representación, hasta la protección de sus tierras; sin embargo, el cambio de política proteccionista a neoliberal ha provocado que los derechos ganados se debiliten en su ejercicio efectivo y que las comunidades campesinas ya no tengan la prioridad en su atención. Asimismo, la historia del Perú nos demuestra que las comunidades campesinas están en una lucha constante por el reconocimiento de sus derechos: derecho de identidad, igualdad, derecho a la propiedad comunal e individual, entre otros y, que las discrepancias o disímiles posiciones que se suscitan se dan tanto al interior de la misma comunidad como entre esta y actores externos; mas sin importar la ubicación de los participantes en el conflicto, es claro que existe una problemática comunal que requiere ser atendida. En el presente trabajo, se plasman dos casos sobre conflictos de comunidades campesinas en el Perú, dos de los muchos que existen, pero que constituyen una muestra de la realidad socio-económico y cultural de las comunidades campesinas y que van más allá de ser solo un problema por la propiedad de la tierra.

Se describirá y analizará el caso del conflicto por tierras de la Comunidad Campesina San Cristóbal de la provincia de Huancavelica, basado en el informe final del trabajo de campo realizado por Zulema Burneo de la Rocha del Centro Peruano de Estudios Sociales(CEPES). Del mismo modo, se abordará el problema de titulación de la Comunidad Campesina Ccarhuac Licapa problema ligado al conflicto limítrofe con la Comunidad Campesina Llillinta Ingahuasi, el mismo que ha sido objeto de la tesis de pregrado presentada por Lorena del Pilar Cordero Maldonado y Gabriela Aída Salvador Cárdenas en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LAS COMUNIDADES CAMPESINAS EN EL PERÚ

Rescatando el concepto de Comunidad Campesina

El significado de la expresión “comunidad campesina”, básicamente, lo podemos encontrar disgregando las palabras que la componen, así el término “comunidad” significa: Conjunto de las personas de un pueblo, región o nación y el término “campesino, na” significa: Dicho de una persona: Que vive y trabaja de forma habitual en el campo. Propio de la persona campesina(Real Academia Española, 2018) Según el significado de cada palabra,

la combinación de ambas nos lleva a una definición básica de la comunidad campesina: conjunto de personas unidas por la tierra que habitan, y, a la que agregamos: y que comparten historia, costumbres, creencias, legados y proyectos. Esta definición es importante porque solo entendiendo lo que engloba el significado de comunidad campesina, alcanzaremos a vislumbrar y comprender las razones de sus luchas, su clamor como pueblo y su derecho a existir y, en la actualidad, siendo más realistas, a sobrevivir.

Muchos son los estudios y conceptos esbozados sobre comunidad campesina, así, en 1924, Hildebrando Castro Pozo escribió la primera descripción etnográfica de comunidades en la sierra central, en la cual determinó dos rasgos fundamentales que definen a una comunidad: la propiedad en común de las tierras y el origen gentilicio de toda la comunidad (Cordero Maldonado & Salvador Cárdenas, 2017)

En el 2012, Antonio Peña Jumpa señala que:

La comunidad constituye un sistema de vida que identifica a los miembros de un grupo humano o social, quienes asentados en un espacio físico determinado deciden realizar prácticas comunes para el desarrollo de sus vidas y sujetar sus decisiones individuales o familiares a decisiones colectivas. En esta definición el autor destaca tres elementos: el espacio físico común, las prácticas de vida común y la prioridad de decisiones colectivas. (Peña Jumpa, *La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú*, 2012)

Otros autores destacan de las comunidades campesinas el ser elementos económicos, sociales, formas de organización muy antigua, organizaciones con presencia política, con evolución diferenciada según el lugar donde se ubican, manteniendo que la conforman un grupo de personas sobre un territorio común. La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 89 señala que las Comunidades Campesinas son personas jurídicas con lo cual legalmente existen y, son sujetos de derechos y obligaciones, en forma distinta de sus miembros. Esto genera la obligación del Estado de respetar su identidad cultural y, de facilitar su personería jurídica, la cual parte del reconocimiento oficial para luego realizar su inscripción en los Registros Públicos. En este último caso, dado que la inscripción no es constitutiva, los requisitos esbozados para ella deben ser los menos posibles y los más sencillos de concretar.

Panorama histórico legal del reconocimiento y derechos de las comunidades campesinas

La actual **Constitución Política del Perú de 1993**, regula a las Comunidades Campesinas en el Título III Del Régimen Económico, Capítulo VI

Del Régimen Agrario y las Comunidades Campesinas y Nativas, en un solo artículo, el cual expresa:

Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Para comprender este concepto constitucional sobre Comunidades Campesinas es necesario conocer la evolución del tratamiento normativo hasta llegar al descrito. Así, se parte del reconocimiento tácito tanto de su existencia como de sus bienes en propiedad que se deduce del texto del artículo 41 de la **Constitución de 1920**, donde recibían la denominación de Comunidades Indígenas.

“Artículo 41º.- Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley.”

En la **Constitución de 1933**, se normó sobre las Comunidades Campesinas(Comunidades Indígenas en ese entonces) en el Título XI, donde ya expresamente se reconoce su existencia legal y su personería jurídica y la función del Estado de garantizar la integridad de sus propiedades. Es en esta constitución que por primera vez se señala que la propiedad de las comunidades es imprescriptible, inenajenable e inembargable, considerando como excepción la expropiación por utilidad pública.

La **Constitución Política de 1979**, también catalogada como progresista, reguló las Comunidades Campesinas y Nativas en el Capítulo VIII del Título III Del Régimen Económico. En su articulado mantiene el reconocimiento alcanzado en la Constitución de 1933 y agrega un elemento importante, intrínseco a su naturaleza, como es la autonomía, la cual abarca la organizativa, el trabajo comunal, el uso de la tierra, económico y administrativo. Asimismo, el Estado asume la función de promotor del desarrollo integral de las comunidades y su actividad empresarial(empresas comunales y cooperativas).

En esta constitución se estableció la salvedad para enajenar en atención al interés de la Comunidad y, por necesidad o utilidad pública; prohibiendo el acaparamiento de tierras dentro de una comunidad.

De este recorrido histórico, nos damos cuenta que en la actual regulación constitucional de las Comunidades Campesinas, no figuran ya los conceptos de inenajenable ni de inembargable, manteniéndose que la tierra es imprescriptible, pero agregándose que eso no opera en caso de abandono. La introducción de la figura del “abandono” para las tierras comunales ha despertado polémica pues en aquellas donde el uso de la tierra es rotativo no puede hablarse de abandono, pero este tema será materia de otro análisis.

Por su parte, el reconocimiento de su autonomía se mantiene y debe ser entendido no como independencia del Estado, pues todos somos parte de él; sino que está dirigido a la toma de decisiones al interior de la Comunidad, con total libertad. No obstante, el Estado establece el marco legal en el que se desenvuelven estas decisiones. Así, en el tema de organización, cada comunidad decide sobre su estructura social, manteniendo a la Asamblea General como la máxima autoridad y, para la elección de sus representantes se deben seguir los lineamientos establecidos por ley.

El Estado considera de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las Comunidades Campesina, así lo expresa en la Ley N°24656 y su Reglamento el D.S. N°008-91-TR. Estas normas regulan la organización de la Comunidad Campesina y la competencia de sus autoridades; asimismo, señalan que el territorio comunal lo conforman las tierras que señala la Ley de Deslinde y Titulación (Ley N°24657) y son inembargables, imprescriptibles e inalienables (por excepción podrán ser enajenadas), no obstante, en concordancia con nuestra Carta Magna, podrán ser expropiadas por causa de necesidad y utilidad públicas (hay que tener en cuenta que estas dos normas se emitieron bajo la vigencia de la Constitución de 1979).

Respecto al derecho a la propiedad

De las distintas definiciones del derecho de propiedad resulta interesante aquella que esboza Gilberto Mendoza del Maestro, quien afirma que el derecho de propiedad es aquel dominio que tiene el titular sobre el bien, respetando la ley y el derecho de los terceros. (Mendoza del Maestro, 2013), pues en ella se distingue el derecho y las condiciones para su ejercicio.

El artículo 923 de nuestro Código Civil no define propiamente al derecho de propiedad, pero establece que es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien” y, en concordancia con nuestra Constitución, debe ser ejercido “en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (Código Civil Peruano).

El derecho de propiedad en nuestra Carta Magna de 1993 se constituye como un derecho fundamental (art. 2 inciso 16) y, en relación a las comunidades campesinas, en el **artículo 88** señala que es el Estado quien garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en forma comunal; sin embargo, este derecho no es absoluto pues es objeto de limitaciones que debe cumplir el propietario, en cautela del bien común.

Como vemos, el derecho de propiedad trasciende su naturaleza de derecho fundamental, individual o subjetivo, pues se constituye también como una garantía institucional para el desarrollo económico, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (Sentencia N°0008-2003-AI. En Expediente N°0864-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional señala como restricciones a la propiedad: estar establecidas por ley, ser necesarias, ser proporcionales y, hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (citado por Mendoza del Maestro, 2013)

Como se mencionó en un párrafo anterior, el territorio comunal, sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad se determina en función de la Ley N°24657 – Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades Campesinas, la cual en su Artículo 22 señala que el territorio comunal está integrado por las tierras originales de la comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de reforma Agraria. Las tierras originarias comprende: las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos.

Ley N°26505 Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas abrió las puertas al interés en la disposición de las tierras. Así, en su artículo 10 determina el procedimiento a seguir para que los comuneros poseionarios adquieran la propiedad de la tierra que ocupan por más de un año y, para la adquisición por terceros, incluyendo la posibilidad de gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa.

Por su parte, la Ley de Titulación de las Comunidades Campesinas de la Costa – Ley N°26845 contempló que los comuneros poseedores podían decidir sobre el régimen económico de las tierras que ocupan. Esta misma ley señala que es procedente declarar el abandono legal de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, de conformidad con los Artículos 88o y 89o de la Constitución Política del Perú. Es decir, esta ley facilita la propiedad individual y su transferencia.

Con la Ley N° 28687 Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos, el Estado ha promovido la formalización de los centros poblados

ubicados en territorio comunal pero que no son administrados por la misma comunidad. Sin embargo, para la titulación de la propiedad comunal no existe más norma que la de deslinde y titulación.

La promoción de la inversión en una economía de libre mercado atrae capital extranjero, pero hasta qué punto la normativa que la promueve no trastocará aún más los derechos de las comunidades campesinas, según se ha visto, en lo que va de aplicación, los conflictos continúan y el Estado peruano no tiene mecanismos de prevención establecidos, sino que sigue reaccionando a solucionar conflictos específicos, con lo cual el derecho de propiedad se sigue afectando.

LOS CONFLICTOS POR TIERRAS EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DEL PERÚ

La política que hasta ahora ha desarrollado el Estado no ha solucionado la problemática de la formalización de la propiedad comunal. Si bien es cierto, los conflictos comunales por tierras identificados hasta el año 2012, no supera el 29,3%, considerando el total de 6115 Comunidades Campesinas existentes, eso no significa que las causas del conflicto hayan sido controladas con medidas de prevención, pues la política aplicada siempre ha sido dirigida a solucionar conflictos concretos, además se debe tener en cuenta que un 18,3% no especifica si tiene o no un conflicto; asimismo, cabe destacar que el mayor nivel de conflicto en nuestro país está en comunidades campesinas de la Sierra, donde encontramos los departamentos de Cusco, Ayacucho, Huancavelica, Junín y Apurímac. (INEI, 2012)

Introducción al tema del conflicto comunal

Qué se entiende por conflicto

Las discrepancias de pensamiento entre los seres humanos son normales y hasta necesarias, ya que del diálogo respecto al tema discrepante resulta la transformación y expansión del conocimiento. Pero qué sucede cuando no es posible el intercambio de ideas y la combinación de posiciones para una respuesta conciliadora, qué sucede cuando los intereses de las partes involucradas se contraponen de tal manera que no es posible conciliarlas; es en este marco que surge el llamado conflicto.

Las diferentes disciplinas definen el conflicto, la más acorde con el enfoque presentado es aquella referida a un proceso complejo en donde los actores consideran que sus percepciones e intereses son contrapuestos, frente a las cuales se plantea la necesidad de una respuesta (Cordero Maldonado & Salvador Cárdenas, 2017)

En el llamado conflicto social interviene, necesariamente, el Estado, ya que está de por medio el ejercicio del poder y la autoridad que este representa y que en un momento dado, es desconocida por las partes en conflicto. Pero, como no ser desconocida si es el Estado quien solo aparece en acción cuando se genera una situación de desorden social y, cuando desde la normativa que emite llega a crear conflictos sociales.

No se debe perder la perspectiva de que es el Estado el agente generador del equilibrio social y, por tanto, es el llamado a llevar una política de prevención que, respecto a las Comunidades Campesinas, se traduzca en el reconocimiento, inscripción y titulación de sus territorios comunales.

Tipos de conflictos comunales

Los conflictos han sido clasificados por el Centro Peruano de Estudios Sociales (Abusabal Sánchez, 2001) en tres tipos: conflictos intracomunales, conflictos intercomunales y conflictos extracomunales.

Conflictos intracomunales: Se producen al interior de la misma comunidad y sus causas más comunes son: distribución desigual de la tierra, invasión de parcelas, inmigración de comuneros, separación de anexos (independización), desnaturalización de la calidad de comunero, la necesidad de titulación individual.

Conflictos intercomunales: Se producen entre comunidades campesinas limítrofes, en razón justamente de linderos no delimitados legalmente en determinadas áreas geográficas y surge cuando ambas comunidades reclaman la posesión de una misma área de tierra.

Conflictos extracomunales: Estos conflictos se generan entre las comunidades campesinas y agentes externos, públicos o privados, como empresas mineras, eléctricas, petroleras, etc.

Oscilan entre el bienestar de la comunidad campesina y la conservación de los recursos naturales de la zona involucrada (no contaminación) y los intereses económicos de los agentes externos.

CASOS DE CONFLICTOS ENTRE COMUNIDADES CAMPESINAS

Caso 1: Comunidad Campesina de San Cristóbal

En el Perú, Huancavelica como región, alberga el mayor número de comunidades campesinas reconocidas, 626 y es uno de los departamentos

donde se concentra el mayor nivel de conflicto comunal, tal como se señaló en un párrafo anterior. (Plasencia Soto, 2016)

La Comunidad Campesina de San Cristóbal es una de estas comunidades y fue reconocida como tal el 17 de enero de 1952. La peculiaridad del caso a describir, a mi parecer, radica en la ausencia de interés de las entidades públicas del Estado para la solución del conflicto y, en el éxito de la gestión que parte de la unión comunal y de la intervención de organizaciones sociales.

Los datos aquí descritos han sido presentados en el Informe Final del trabajo de campo realizado en el año 2003 en la Comunidad Campesina de San Cristóbal por Zulema Burneo de la Rocha (Burneo de la Rocha, 2003), citados también en la publicación “La Defensa de la Propiedad Comunal en Huancavelica”. La Experiencia de CEPES (Pastor Carvajal, 2007) Las partes involucradas son tres: La Comunidad Campesina de San Cristóbal, el Anexo de Sacracancha y la Empresa Alfonso Cenzano Molina S.A.

Descripción del caso

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas del Perú otorgó personería jurídica a la Comunidad Campesina de San Cristóbal con 180 comuneros, en 1952.

De otro lado, los predios de Quilrachquichqui, Mancacota y Sacracancha que pertenecieron a la hacienda del Sr. Guillermo Mendoza, y que con la Reforma Agraria fueron adjudicadas a 14 campesinos que formaron un caserío en el predio Sacracancha, por iniciativa propia, fueron incorporados a la Comunidad Campesina San Cristóbal, a través de la Resolución Directoral N°0085-90-DD.XVII.Hcva del 24 de junio de 1990, emitida por el Ministerio de Agricultura. La superficie adjudicada fue de 634 Ha.

A diferencia de la mayoría de las comunidades campesinas, en la Comunidad Campesina de San Cristóbal, distribuye rotativamente las tierras, variando cada año, esa es la razón por la cual no existen títulos de posesión de comuneros, el único título que existe es el de la propiedad comunal (Burneo de la Rocha, 2003)

Las razones de los habitantes de los predios de Quilrachquichqui, Mancacota y Sacracancha para incorporarse a la Comunidad Campesina de San Cristóbal radicaron en la mayor cercanía geográfica con esta comunidad y en impulsar su desarrollo con la atención que les podría brindar, pues esta se encontraba cerca de la ciudad de Huancavelica; sin embargo, con el paso del tiempo, estas razones no rindieron fruto.

Asimismo, en el predio Sacracancha existía un denuncia minero denominado “Nora Sofía” que data de 1964 formulado por la Sra. Silvia Cenzano y que comprende 100 Ha. de terreno. En la actualidad, se mantiene a nombre de la empresa “Antonio Cenzano Molina” y, desde 1990 explota minerales no metálicos (calcita y piedra travertino).

Los predios de Quilrachquichqui, Mancacota y Sacracancha quedan incorporados a la Comunidad Campesina de San Cristóbal, por Resolución Directoral en 1990 y, habiendo tomado conocimiento de la existencia del denuncia minero, las autoridades de la Comunidad Campesina de San Cristóbal firmaron un compromiso notarial en el que reconocían la existencia del denuncia minero “Nora Sofía” de 100 Ha. Ubicado en el predio de Sacracancha. Hasta este momento no existía conflicto con la familia Cenzano, este surgió cuando ellos querían apropiarse de las 100 Ha. Que comprendía el denuncia y que eran tierras de la comunidad. (Burneo de la Rocha, 2003)

Los pobladores de Sacracancha, luego de la incorporación a la Comunidad Campesina de San Cristóbal, no obtuvieron los beneficios que esperaban, por lo que, optaron por iniciar el trámite de independización, res-tándole importancia al conflicto, que ya había surgido, entre la comunidad y la empresa minera.

Empecemos primero por el conflicto intercomunal, entre el anexo Sacracancha y su comunidad madre, San Cristóbal.

En realidad, el gran anhelo de Sacracancha fue siempre el de convertirse en una Comunidad Campesina, pero, de acuerdo a las exigencias legales de la época, no podían hacerlo pues no alcanzaban el mínimo de comuneros requerido. El anexo tenía sus propias autoridades como parte de su organización desde antes de la incorporación a la comunidad; sin embargo, la Comunidad Campesina San Cristóbal no los reconoció. De otro lado, la comunidad atendía prioritariamente a sus pobladores, descuidando sus anexos. Y, eran las los comuneros de San Cristóbal quienes por ser mayoría decidían en Asamblea Comunal, sobre el uso de las tierras, los cultivos, la inversión de los recursos económicos, etc. No tomando en cuenta la iniciativa de los anexos. Es decir, que luego de anexarse, los pobladores habían perdido su autonomía.

Ante este descontento surge el anhelo de independencia; sin embargo, el primer paso para ello era contar con la autorización de la Comunidad Campesina San Cristóbal, la misma que lo denegó para no perder los beneficios que les daba el contar con las tierras de los tres predios anexados. Esta negativa generó que los pobladores de los anexos dejaran de participar en las actividades comunales, incluso, dejaran de inscribirse en el padrón de

la comunidad, con lo cual, para la comunidad, no tenían derecho de acceso a la tierra y a los recursos por no ser comuneros calificados.

El conflicto que se generó y que se agudizó al no encontrar soluciones inmediatas a través del diálogo, produjo enfrentamientos sociales y legales.

En esta etapa del conflicto, aparece la empresa minera de los Cenzano, quien, aprovechando la división generada, ofrece a una de las partes, Sacracancha, su apoyo, facilitándole un abogado para el trámite de su independización, pero que sería pagado con recursos de los pobladores del anexo. Luego de dos intentos fallidos para la independización, los comuneros de Sacracancha optan por solicitar la nulidad del título de propiedad inscrito por la Comunidad Campesina San Cristóbal sobre 584 Ha de los tres predios, lo cual era un camino que iba en favor de la familia Cenzano y no de los comuneros de Sacracancha pues en nada ayudaría a su independización. Esto pone en relieve la evidente manipulación de los comuneros por el interés particular de los Cenzano y, fue factible por el nivel educativo de los comuneros y su desinformación sobre trámites administrativos y legales; ingenuamente pensaban que si se anulaba el título a favor de la Comunidad Campesina San Cristóbal, las tierras pasarían a poder del Estado y ellos podrían recuperar sus tierras.

Cabe agregar que los comuneros de Sacracancha conocían del conflicto con la minera respecto a las 100 Ha de tierras del denuncia minero pues eran los originarios propietarios de estas tierras; sin embargo, priorizaron como problema a resolver el concerniente a su independización, considerando que luego de lograrla resolverían el conflicto con la minera. No obstante, no transcurrió mucho tiempo cuando la minera en el año 2000 comenzó a restringirles el uso de las áreas de sembrío aduciendo que ellos no eran propietarios de ellas; incluso, se extralimitó en el ejercicio de los derechos atribuidos a un concesionario minero pues firmó convenios sobre el destino de la producción en las áreas de tierra permitidas y alquiló a terceros áreas de pastoreo y, los comuneros de Sacracancha siguieron aletargados, entre las causas ya descritas, porque buena parte de ellos trabajaban para la minera.

En paralelo a lo descrito está el conflicto extracomunal entre la Comunidad Campesina San Cristóbal y la Empresa Alfonso Cenzano Molina S.A.

Recordemos que la Comunidad Campesina San Cristóbal firmó un compromiso notarial reconociendo la existencia del denuncia minero “Nora Sofia” de 100 Ha de extensión dentro del predio de Sacracancha y, a su vez la empresa minera se comprometía a respetar las zonas agrícolas y los pastos naturales de propiedad de la comunidad; hasta esa fecha(20/06/1990) no existían problemas por la propiedad de las 100 Ha.

Mediante la Resolución Directoral N°046-91-AG-DGA emitida desde la ciudad capital del país, Lima, se modifica la resolución de adjudicación de los tres predios de Sacracancha a la Comunidad Campesina de San Cristóbal de 1990 que emitiera la Dirección Agraria de Huancavelica, restringiendo la propiedad de la comunidad en las 100 Ha que ocupaba el denuncia minero, con lo cual se reducía el área de las tierras comunales de 634 a 534 Ha. Y, quién promovió la emisión de esta resolución, pues fue Jorge Cenzano quien apeló la resolución de 1990 por afectación de su derecho sobre el denuncia minero, aduciendo que su existencia era anterior.

Los argumentos que sustentan la resolución de 1991 carecen de toda validez ya que de acuerdo a la Constitución de 1979, la tierra comunal era imprescriptible y no podía ser expropiada. Asimismo, confundieron el derecho de propiedad con una concesión minera.

Recordemos que la Constitución Política de 1993 también contempla la imprescriptibilidad de las tierras comunales y, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, distingue entre la propiedad de un inmueble y la concesión minera la concesión minera otorga a su titular el derecho de exploración y explotación de los recursos mineros concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad definida(...) La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio en donde se encuentre ubicada. (citado por Burneo de la Rocha, 2003)

La Comunidad Campesina de San Cristóbal no consintió dicha resolución de 1991; sin embargo, los Cenzano promovieron la expedición del Título de Propiedad de la Comunidad Campesina San Cristóbal sobre las 534 Ha por los predios de Sacracancha, Mancacota y Quilrachquichqui, título que finalmente fue emitido en forma irregular ya que estaba pendiente de resolver la apelación interpuesta por los comuneros. Luego la Dirección Agraria de Huancavelica emita una tercera resolución, la N°125-91-DD-XVII-HCV que anula la resolución de 1990 y el título de 1991, corrigiendo el número de hectáreas de los tres predios adjudicados a la Comunidad Campesina San Cristóbal a 584 Ha y disponiendo la emisión de un nuevo título de propiedad. En este caso, se redujo el número de hectáreas de los predios incorporados, pero se mantuvo dentro de esa extensión las 100 Ha objeto de disputa con los Cenzano.

Una cuarta Resolución es emitida en abril de 1992; esta dejó sin efecto la resolución y el título que establecía el área de 584 Ha para los tres predios incorporados a la Comunidad Campesina San Cristóbal y, erróneamente excluye las 100 Ha del denuncia minero como si fuera una “reserva minera” equivalente a una propiedad. Con esta modificación se emitió un tercer título de propiedad(N°001-92) por 484 Ha. En ese mismo año, el Ministerio

de Agricultura entrega físicamente las 100 Ha a Cenzano y este se consideró con derechos de propiedad sobre la tierra, ejerciéndolos como tal en contra de los comuneros.

En los Registros Públicos, Oficina Registral de Huancavelica, el nuevo título de propiedad N°39162-91 que señalaba como propiedad de la Comunidad Campesina 584 Ha, se inscribe en 1994 y, en el año siguiente, 1995, Jorge Cenzano inscribió las 100 Ha en reserva.

Como se puede observar, el Ministerio de Agricultura, a través de su Dirección Agraria en Huancavelica y la Dirección General Agraria en Lima, emite cuatro resoluciones en menos de dos años, las cuales no contribuyeron a solucionar el conflicto, sino más bien, lo complicaron.

Respecto a la última resolución emitida en 1992, los comuneros no aceptaron ser notificados, pues de la lectura de su contenido que reducía su territorio sabían que les era perjudicial; sin embargo, con ello prácticamente renunciaron a su derecho de impugnación. Así, luego de que en 1997 los comuneros quisieran accionar contra Cenzano por trabajos de reforestación en zonas agrícolas y de pastizales, sin éxito alguno, comprendieron que su derecho de propiedad sobre esta parte de sus tierras no era real y, la impugnación de la resolución de 1992 que realizaron entonces, fue declarada improcedente por haber expirado el plazo respectivo.

Las acciones de solución para ambos conflictos se inician dos años más tarde, en 1999, cuando los comuneros de la Comunidad Campesina de San Cristóbal, con ayuda de organizaciones sociales como la Federación Departamental de Comunidades Campesinas de Huancavelica (FEDECCH) y el Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES) empiezan a accionar en su defensa.

Primero se buscó solucionar el conflicto intercomunal con los pobladores de Sacracancha, con la finalidad de fortalecer a la comunidad como tal para que pudiera afrontar el Proceso Judicial, se les capacitó en sus derechos y temas legales y, se buscó difundir el conflicto con la empresa minera a fin de lograr el apoyo social para la comunidad. Se comprometió a la Defensoría del Pueblo, congresistas de la República, otras ONG y a otros agentes sociales para el seguimiento del proceso en busca de la toma de conciencia y de la imparcialidad.

El proceso judicial se inicia en el año 2001 y no es sino hasta el año 2005 que se obtiene el fallo final en la Corte Suprema de la República a favor de la Comunidad Campesina de San Cristóbal. A finales del 2006, el PETT fue contactado para la actualización de los documentos de la comunidad; para la elaboración de planos, linderos y libros de la comunidad (Pastor Carvajal, 2007).

Caso 2: Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa

El caso que a continuación se describe ha sido objeto de estudio en la Tesis de pregrado presentada por Lorena del Pilar Cordero Maldonado y Gabriela Aída Salvador Cárdenas en la Pontificia Universidad Católica del Perú año 2017, titulada “La búsqueda de la titulación de la Comunidad Campesina Ccarhuac Licapa: Aplicación de una norma y aparición de un conflicto social.” Las partes involucradas son dos: la Comunidad Campesina Ccarhuac Licapa en Ayacucho y, la Comunidad Campesina Llillinta Ingahuasi en Huancavelica.

El departamento de Ayacucho limita, entre otros, con el departamento de Huancavelica y, es en esta zona limítrofe donde se identifica el conflicto que impide la titulación de la Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa, siendo protagonizado por las comunidades campesinas que se ubican en las provincias de Cangallo y Huaytará, las cuales delimitan los departamentos en mención. El departamento de Ayacucho está conformado por once provincias, una de ellas es la Provincia de Cangallo, cuyos comuneros fueron actores durante la reforma agraria y el movimiento campesino. Sus comuneros han sido tan protagonistas que se afirma que en Ayacucho “la tensión y el conflicto” han sido constantes y endémicos en las comunidades campesinas y tiene directa relación con las delimitaciones, linderos y titulación de las mismas (Cordero Maldonado & Salvador Cárdenas, 2017) Del otro lado, en el departamento de Huancavelica existía hasta 1920 una villa denominada Huaytará, la misma que era capital de la provincia de Castrovirreyna. Luego, con la Ley N° 23934 promulgada el 26 de noviembre de 1984, Huaytará alcanzó la categoría de provincia del departamento de Huancavelica; limitando con el departamento de Ayacucho tanto por el oeste como por el sur. Dentro de esta provincia quedó ubicado el distrito de Pilpichaca que inicialmente se ubicaba en la provincia de Castrovirreyna.

Descripción del caso

La Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa ubicada en el distrito de Paras, provincia de Cangallo, departamento de Ayacucho, fue en sus inicios un anexo de la Comunidad Campesina de Paras, habiendo obtenido su reconocimiento el 15 de diciembre de 1987 mediante Resolución Directoral N°0218-87-DRA-XVIII-RA/AR e incluso su inscripción el 19/01/1995 (Cordero Maldonado & Salvador Cárdenas, 2017)

En el año 1989 comienza los trámites para la titulación de su territorio comunal, con los lineamientos de la Ley de Deslinde y Titulación de comunidades campesinas, con la competencia en ese entonces del PETT Proyecto Especial de Titulación de Tierras y con el requisito principal de las actas

de colindancia. Hasta el año 2000 dichas actas no pudieron concretarse por distintas razones.

Del otro lado, la Comunidad Campesina de Llillinta Ingahuasi, ubicada en el distrito de Pilpichaca, provincia de Huaytará, departamento de Huancavelica, nace de la fusión de dos comunidades campesinas: Llillinta e Ingahuasi y, fue reconocida como tal mediante Resolución N°145-80-DRA-CORDE-ICA del 29/04/1980 e inscrita en los Registros Públicos el 26/01/1994, logrando titular su territorio comunal en el año 1998, con lo cual había logrado su saneamiento físico-legal.

Hasta aquí tenemos que mientras la Comunidad Campesina de Llillinta Ingahuasi tiene su territorio comunal determinado e inscrito, la Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa lo tiene pendiente debido a que no pudo conciliar los linderos con el colindante de los sectores de Occoropampa de la provincia de Huaytará y que por posesión lo ocupa la Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa, mientras que documentalmente le corresponderían a la Comunidad Campesina de Llillinta Ingahuasi.

En el año de 1984, con la Ley N°23934 que crea la provincia de Huaytará en el departamento de Huancavelica, cambiaba la delimitación con el departamento de Ayacucho ya que parte de su territorio ahora formaba parte del departamento de Huancavelica. Esta norma, como muchas en el Perú, se dio sin ningún reconocimiento previo de los lugares a afectar y no se contó con la opinión de los pobladores de la zona, con lo cual, el conflicto era de esperarse. Además, al parecer, no se consideró que por estos territorios para el gaseoducto del Perú LNG que genera un canon gasífero, el cual se distribuye a nivel departamental.

Pero cómo es que siendo el conflicto intercomunal generado por una norma estatal de aplicación vertical no es el Estado quien interviene directamente para solucionarlo, sino que las comunidades deben recurrir a las normas sobre titulación existentes y a las autoridades competentes para que se busque una solución como un conflicto particular.

El Estado a través de la Defensoría del Pueblo y la Oficina de Gestión Social de la PCM(hoy ONDS), identifica el conflicto ya con los enfrentamientos sociales por el año del 2009, pero lejos de plantear una solución, solo monitorean los enfrentamientos sociales que se van suscitando tratando de generar entre ellos espacios de diálogo que fueron infructuosos.

Ambas comunidades, indistintamente, recurren al Poder Judicial, a las Direcciones Regionales, Registros Públicos, Defensoría del Pueblo, sin encontrar el apoyo necesario para solucionar la disputa, por lo que los enfrentamientos sociales continúan.

En el año 2011, el Presidente de la Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa denuncia ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, tanto a la Oficina Registral de Huancavelica como al Presidente de la Comunidad Campesina de Llillinta Ingahuasi con la finalidad de pedir la nulidad de la Resolución o Acto Administrativo del título de tierra que posee la referida comunidad (Cordero Maldonado & Salvador Cárdenas, 2017)

En este punto, prestemos atención a la naturaleza del conflicto, se trata de un conflicto por la propiedad de la tierra comunal o se trata de un conflicto de delimitación territorial. En el primer caso, la autoridad competente en razón de la Ley de Gobiernos Regionales es la Dirección Regional Agraria pues es quien se encarga de la titulación de las comunidades campesinas, siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades Campesinas, es decir, entre otros, llegar a firmar las actas de colindancia y en caso de discrepancia acudir al Poder Judicial u optar por la vía arbitral. En el segundo, la autoridad competente es la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros y la Gerencia de Demarcación Territorial del Gobierno Regional.

La Defensoría del Pueblo que es competente para la identificación de los conflictos sociales, desde inicios del año 2013 reclasificó el conflicto como un problema de demarcación territorial entre provincias y, no un conflicto entre comunidades campesinas. Sin embargo, esto no es del todo cierto, ya que el origen del conflicto siempre estuvo en la Ley N° 23934 que en 1984 redefinió los límites departamentales entre Ayacucho y Huancavelica y los límites de la comunidad Ccarhuac Licapa.

Esta perspectiva hizo cambiar el enfoque del conflicto social entre las comunidades campesinas de Ccarhuac Licapa y la Comunidad Campesina de Llillinta Ingahuasi; con ella el Estado cambió el tratamiento dado y decidió solucionar primero el tema de la delimitación territorial de la provincia de Cangallo junto con la provincia de Huaytará, lo cual lleva ya en proceso desde el año 2013 hasta la fecha, y es por esta razón también que la Dirección Regional Agraria de Ayacucho ha paralizado el trámite de titulación de Ccarhuac Licapa.

El papel de las entidades públicas en los conflictos de las comunidades campesinas

En los conflictos descritos, la Comunidad Campesina interactuó con los siguientes organismos del Estado: el Ministerio de Agricultura a través de

su Dirección Regional Agraria y el PETT, el Ministerio de Justicia a través del Poder Judicial y los Registros Públicos y, la Defensoría del Pueblo.

La primera entidad con la cual tuvieron contacto los comuneros fue la Dirección Regional Agraria, entidad encargada de la titulación de las comunidades campesinas y, que solo se limitó a seguir el procedimiento preestablecido en base a la ley de deslinde y titulación; no tomó en cuenta que al ser el órgano competente debió guiarse en el camino para alcanzar la mejor solución. Así, en el caso de la Comunidad Campesina San Cristóbal, se demostró la total descoordinación entre la Dirección Regional Agraria de Huancavelica y la sede central en la ciudad de Lima, ya que emitieron resoluciones contradictorias entre sí. En el caso de la Comunidad Campesina de Ccarhuac Licapa, al no obtenerse las actas de colindancia por conciliación, debió seguirse la vía judicial o arbitral; sin embargo, el Gobierno Regional no estuvo seguro de sus competencias como segunda y última instancia en procedimientos sobre tierras y, no existió una verdadera coordinación entre las Direcciones Regionales Agrarias de Ayacucho y Huancavelica a fin de solucionar el problema de la colindancia con la Comunidad Campesina de Lillinta Inghuasi.

En el caso de la Defensoría del Pueblo, este organismo creado constitucionalmente como un organismo autónomo tiene como propósito defender los derechos fundamentales, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal, así como la eficiente prestación de los servicios públicos en todo el territorio nacional. Además, atiende pedidos de ciudadanos que ven vulnerados sus derechos y tiene por función monitorear los conflictos sociales. Siendo así, cómo es que esta institución, en ambos casos, solo se haya limitado a identificar, monitorear e invitar al diálogo durante el conflicto y no, a informar sobre la deficiente prestación del servicio por parte de las entidades del Ministerio de Agricultura, considero que con la limitante implementación de este organismo en el lugar donde ocurrieron los hechos, el personal no estaba capacitado para identificar los errores en los que estaba incurriendo la administración pública que lejos de ser eficientes estaban generando confusión y extendiendo el conflicto.

El Poder Judicial atendió las denuncias y demandas formuladas ante sus sedes como casos comunes sin darle la especial atención que constitucionalmente tienen las comunidades campesinas, asimismo, evidenció un desconocimiento de las normas que enmarcaron el caso, pues en el proceso judicial que Jorge Cenzano Molina inicia contra la Comunidad Campesina de San Cristóbal y Registros Públicos para la cancelación de la inscripción del Título de Propiedad de la Comunidad que reconocía las 584 Ha, el Juzgado Civil de Huancavelica falla ordenando que se anule y cancela la

inscripción y el registro de los tres predios inscritos a favor de la comunidad argumentando que, el demandante funda su petitorio, adecuando(sic) que es propietario legítimo y exclusivo de las cien hectáreas ubicadas en el predio rural denominado “Sacracancha” por encontrarse el denuncia minero de su propiedad denominado “Nora Sofia”... y, afirman que la reserva minera es un derecho accesorio de la concesión minera con diferencia de que éste es otorgado por el Ministerio de Agricultura. En la primera cita se asume que quien tiene una concesión minera es propietario de la tierra donde esta se ubica y, en la segunda, se utiliza un término que jurídicamente no existe y no otorga derecho alguno (Cordero Maldonado & Salvador Cárdenas, 2017)

Con este actuar, el Ministerio de Agricultura y el Poder Judicial, pierden credibilidad y generan desconfianza ante las comunidades campesinas, quienes como un mecanismo de protección, deciden acudir a organismos no gubernamentales como fueron las Federaciones de Comunidades Campesinas, ONG como CEPES y medios de comunicación a fin de buscar apoyo y orientación en aras de un proceso judicial imparcial, libre de corrupción.

En el caso de la Comunidad Campesina Ccarhuac Licapa intervienen los Gobiernos Regionales de Ayacucho y Huancavelica, y, finalmente la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, las cuales, hasta la fecha aún no han resuelto el tema limítrofe entre los departamentos de Ayacucho y Huancavelica, sino más bien, por parte del Ejecutivo, se han seguido emitiendo nuevas leyes que delimitan estos territorios y, por parte del Gobierno Regional, se llegó a firmar un acta de acuerdo limítrofe en el cual se cedía prácticamente el territorio del departamento de Ayacucho, debiendo, por las protestas sociales, pedir el retorno del expediente para empezar de nuevo las negociaciones. (Diario Correo, 2016)

Aquí cabe agregar que en el conflicto de límites entre los departamentos de Ayacucho y Huancavelica, el problema se originó en el Poder Ejecutivo y Legislativo, donde se aprobó una norma sin haberse tenido en cuenta a los pobladores involucrados, su identidad, su cultura y sus intereses económicos.

CONCLUSIONES

1. Los elementos constitutivos de una Comunidad Campesina son un mismo territorio habitado por un grupo de familias que trabajan de manera comunal, organizados internamente y con autonomía en sus decisiones, siempre dentro del marco legal vigente.
2. Las Comunidades Campesinas en el Perú gozan de reconocimiento constitucional y personería jurídica; sin embargo, sus derechos sobre

el territorio que ocupan han ido recortándose a tal punto de poner en peligro su conservación en aras de mayor inversión económica.

3. El Estado está obligado por la constitución a respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas, por tanto, a través de sus instituciones públicas debe informar, ilustrar y capacitar a los comuneros en sus derechos, el ejercicio de los mismos y en los procedimientos administrativos que los involucran. Y, en el caso de decisiones que tengan que ver con su territorio y sus derechos, respetar el procedimiento de consulta previa.
4. La titulación de comunidades campesinas debe ser entendida como una meta de Estado, de tal manera que sea él mismo quien promueva como política, el saneamiento físico-legal de la totalidad de comunidades campesinas del territorio nacional.
5. El Estado no es el único responsable por la permanencia de las comunidades campesinas, lo somos toda la sociedad, por tanto, debemos procurar velar por el respeto de sus derechos ancestrales en coexistencia con el desarrollo económico y social del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Abusabal Sánchez, W. (febrero de 2001). *Centro Peruano de Estudios Sociales*. Obtenido de www.cepes.org.pe
- Burneo de la Rocha, Z. (junio de 2003). *Centro Peruano de Estudios Sociales CEPES*. Obtenido de www.cepes.org.pe
- Código Civil Peruano. (s.f.). Perú.
- Constitución Política del Perú 1920. (s.f.). Perú.
- Constitución Política del Perú 1933. (s.f.). Perú.
- Constitución Política del Perú 1979. (s.f.). Perú.
- Constitución Política del Perú 1993. (s.f.). Perú.
- Cordero Maldonado, L. D., & Salvador Cárdenas, G. A. (2017). *Repositorio digital de tesis PUCP*. Obtenido de www.pucp.edu.pe
- D.S. N°008-91 Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas. (1991). Perú.
- Diario Correo. (26 de marzo de 2016). *Diario Correo*. Obtenido de www.diariocorreo.pe
- Diez Hurtado, A. (2014). Autoridades locales y comunidades indígenas en el Perú del siglo XIX. Una aproximación desde la sierra centro y norte del Perú. *Boletín de la Revista Riva-Aguero* N°37. Pontificia Universidad Católica del Perú., 123-143.

- González Angulo, J. L. (1995). La nueva ley de tierras y el derecho de propiedad de las comunidades campesinas. *THEMIS* N°32, 95-100.
- Honda, J. A. (2006). Legislando a favor de las comunidades Campesinas. *Derecho & Sociedad* 27, 185-189.
- INEI. (2012). *Instituto Nacional de Estadística e Informática*. Obtenido de www.inei.gob.pe
- Ley N°24656 Ley General de Comunidades Campesinas. (1987). Perú.
- Ley N°24657 Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades Campesinas. (1987). Perú.
- Ley N°26505 Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. (1995). Perú.
- Ley N°28687 Ley de Desarrollo y Complementaria de Formalización de la Propiedad Informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos. (2006). Perú.
- Mendoza del Maestro, G. (2013). *Revista Foro Jurídico*. Obtenido de www.pucp.edu
- Pastor Carvajal, G. (diciembre de 2007). *International Land Coalition*. Obtenido de www.landcoalition.org
- Peña Jumba, A. (2012). La propiedad originaria en América: el derecho de propiedad en las Comunidades Andinas y Amazónicas del Perú. *Revista IUS ET VERITAS* N°45, 254-272.
- Peña Jumba, A. (2013). Las Comunidades Campesinas y Nativas en la Constitución Política del Perú: Un Análisis Exegético del Artículo 89° de la Constitución. *Derecho & Sociedad* N°40. *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 195-206.
- Plasencia Soto, R. (2016). Comunidades campesinas y reforma agraria en Huancavelica. *Investigaciones sociales. Vol. 20 N°36. Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 55-68.
- Real Academia Española. (2018). Obtenido de www.rae.es
- Ruiz Molleda, J. C. (2016). Aproximación al contenido constitucional del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios ancestrales. *Derecho & Sociedad* N° 47. *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 171-185.

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

José Adelascar Romero Quimbayo
Colombia

La paz, situación en la que no existe lucha armada en un país o entre países, (diccionario de la lengua española – definición de la palabra PAZ) presenta un estado de armonía interior que permite el desarrollo armónico y espiritual del ser humano, que se expresa en sus comportamientos externos.

En los países en que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (Constitución Política de Colombia 1991. Art. 22.), la producción legislativa debe estar encaminada al acatamiento de ese fin. Es decir, en que el colectivo social que forma esa Nación, conviva en una situación donde no exista lucha armada y se respete la opinión diferente. Desde la ilustración se recuerda que *“puedo estar en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”* (François-Marie Arouet, más conocido como Voltaire).

La actividad del ser humano está ligada al uso goce y disfrute de los productos que da la tierra. En ella, forma su hogar, habita, cultiva, se alimenta, y ejerce sus actividades sociales.

Las grandes revoluciones sociales en América Latina, están ligadas a la frase *“la tierra es de quien la trabaja”*. Es por ello que, en los procesos de paz adelantados en razón de un conflicto bélico, uno de los puntos a tratar es el desarrollo agrario integral.

Así paso en el caso colombiano, el primer punto del Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos (2010-2018) con el grupo armado denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), se enfocó en una reforma a la política de desarrollo agrario integral en la que, la propiedad de la tierra se materializaba en forma colectiva, donde los campesinos que la trabajen deben ser sus propietarios.

Si esto ha sido así, la base fundamental de la lucha y el conflicto armado, es el manejo del territorio. Por tal razón, quien inscribe los actos que modifican la situación jurídica de la propiedad inmobiliaria, no debe escapar del escenario donde se debaten los temas relacionados con la tradición del dominio y los otros derechos reales constituidos sobre los bienes inmuebles, es decir el Registrador de Instrumentos Públicos de la Propiedad Inmobiliaria.

Es importante resaltar que, la labor del Registrador de Instrumentos Públicos, relacionada con los actos que publicitan los folios de matrícula inmobiliaria, debe estar encaminada al respeto de las Leyes que rigen determinado territorio.

Lo anterior, conduce a una nueva concepción de la labor del Registrador de Instrumentos Públicos de la Propiedad Inmueble, y es que, en el proceso de calificación, ya no actúa como un mero transcriptor y certificador de actos o contratos, sino que, de la mano del principio registral de legalidad, busca que en el registro sólo sean inscritos los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes, de cada territorio, para su inscripción.

La Corte Constitucional colombiana, con la Sentencia T-488 de 2014, indicó que *“En el marco de la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico debe garantizar a todo ciudadano la posibilidad de acudir a los jueces para dirimir conflictos entre sí o como consecuencia de su relación con el Estado, como una verdadera manifestación del Estado social de derecho. La administración de justicia abarca no solo la capacidad con que cuentan los asociados para ejercer acciones que permitan hacer valer sus derechos, sino también la posibilidad de que las decisiones que se tomen en ese sentido sean cumplidas por parte de quienes son sujetos pasivos de la decisión. En este sentido, la Corte Constitucional ha explicado que el cumplimiento de los fallos judiciales es un derecho que se desprende del acceso a la administración de justicia y el derecho a un recurso judicial efectivo, establecidos en los artículos 228 de la Constitución Política y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La adecuada administración de justicia, responde a su vez, a la garantía que debe brindarse del derecho fundamental al debido proceso con el fin de evitar dilaciones injustificadas que hagan efectivo el derecho reclamado. Así, la Corte ha indicado que uno de los elementos sin los cuales los anteriores postulados no podrían funcionar, es el acatamiento de las providencias, con el objetivo que una real y oportuna decisión judicial se concrete en la debida ejecución de ella. (...) A partir de lo anterior es evidente que toda entidad pública está en el deber constitucional y legal de ejecutar las sentencias en firme. Al respecto, es necesario precisar que la labor del registrador constituye un auténtico servicio público que demanda un comportamiento sigiloso.*

En esta medida, corresponde al funcionario realizar un examen del instrumento, tendiente a comprobar si reúne las exigencias formales de ley. Es por esta razón que uno de los principios fundamentales que sirve de base al sistema registral es el de la legalidad, según el cual “sólo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción” El propósito del legislador al consagrar con rango de servicio público la función registral, al establecer un concurso de méritos para el nombramiento de los Registradores de Instrumentos Públicos en propiedad, así como diseñar un régimen de responsabilidades ante el proceder sin justa causa, evidentemente no fue el de idear un simple refrendario sin juicio. Todo lo contrario, como responsable de la salvaguarda de la fe ciudadana y de la publicidad de los actos jurídicos ante la comunidad, el registrador ejerce un papel activo, calificando los documentos sometidos a registro y determinando su inscripción de acuerdo a la ley, y en el marco de su autonomía. En casos como el presente, incluso la decisión de un juez de la República, formalmente válida, puede ser desatendida por el funcionario responsable cuando este advierte que la providencia trasgrede abiertamente un mandato constitucional o legal inequívoco. En efecto, el principio de seguridad jurídica no se erige como una máxima absoluta, y debe ceder cuando la actuación cuestionada representa una vía de hecho; el error, la negligencia o la arbitrariedad no crea derecho. La obediencia que se espera y demanda en un Estado Social y Democrático de Derecho, no es una irreflexiva e indiferente al contenido y resultados de una orden.”

La posición adoptada por la Corte Constitucional, dio lugar a que varios registradores colombianos se negaran a inscribir decisiones judiciales, donde se declara por prescripción adquisitiva de dominio, que un particular adquiriera un predio, presuntamente baldío, que en Colombia es de propiedad de la Nación.

Así lo público el periódico El Tiempo (<http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/amenaza-a-registradores-por-baldios-de-la-nacion->), bajo el título “Amenaza a registradores por proteger baldíos de la Nación F. J., el registrador de Instrumentos Públicos de Málaga, Santander, acaba de recibir una notificación del Consejo de la Judicatura en la que lo conminan a pagar una multa millonaria por desacatar la orden de un juez. Aunque inicialmente le dijeron que eran 68.000 millones de pesos, el equivalente a 1.700 casas de interés social, luego le aclararon que aunque la sanción es menor –680.000 pesos–, seguirá creciendo si se niega a inscribir a nombre de un tercero un supuesto baldío de la Nación, conocido como Cañaveral. Tanto el registrador como el Gobierno están desconcertados porque lo único que Jaimes está haciendo es aplicar una sentencia de la

Corte Constitucional, de julio del 2014, la cual advierte que los derechos de la Nación sobre los baldíos son imprescriptibles.”

No es que al Registrador se le asigne una tarea diferente que la de inscribir, publicitar y certificar actos sujetos a la solemnidad del registro, sino que, en aquellos países, donde el registro de instrumentos públicos inmobiliarios es un servicio público, dicha labor es efectuada por servidores públicos.

No hay que olvidar que, en las constituciones democráticas, los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes, y los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Es así que, frente a un acto particular, o una orden judicial o administrativa, que deba ser inscrita en el registro público inmobiliario, el Registrador de Instrumentos Públicos debe actuar como garante en el cumplimiento de la Constitución y la Ley.

No se trata de emitir un valor jurídico de un acto sujeto a la solemnidad del registro, se trata de verificar que el mismo este acorde con las Leyes y la Constitución de cada país.

En caso que el registrador encuentre que el instrumento publicitado está en contra de la normatividad vigente para la fecha del registro y lo deja de ese modo, afectaría los objetivos básicos del derecho registral, entre ellos el de servir como medio probatorio; por qué si, el documento inscrito es un acto abiertamente ilegal, la publicidad que le da el registro también lo será.

Según el catedrático Eduardo Caicedo Escobar (Derecho Inmobiliario Registral – Registro de la Propiedad y Seguridad Jurídica, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A. 2001, págs. 199-200), *“La función calificadora actúa para que sólo tengan acceso al registro los títulos válidos y perfectos. De no existir esta etapa, se formarían verdaderas cadenas de inscripciones fraudulentas, amparadas por el Estado, y los asientos del registro sólo servirían para engañar al público, favorecerían el tráfico ilícito y provocarían un sinnúmero de litigios. La calificación es una atribución que tiene el registrador o el funcionario designado, de examinar el documento cuya inscripción o anotación se solicite, para verificar si reúne los presupuestos legales necesarios para poder ingresar al registro.”*

A su vez, el artículo 16 del actual Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos de Colombia (Ley 1579 de 2012) dice que la calificación es el *“Análisis jurídico, examen y comprobación de que reúne las exigencias de ley para acceder al registro.”*

En Colombia (Ley 1579 de 2012 Artículo 18), en los eventos en que al efectuarse la calificación de un documento proveniente de autoridad judicial o administrativa con funciones judiciales y se encuentre que no se ajusta a derecho de acuerdo a la normatividad vigente, se determina suspender el trámite de registro e informar al funcionario respectivo para que resuelva si acepta lo expresado por la oficina o se ratifica en su decisión. Luego de establecido un término para obtener respuesta de la autoridad que ordene el registro, y sin haber allegado la misma, se procederá a negar la inscripción con las justificaciones legales pertinentes. En el evento de recibir ratificación, se procede al registro dejando en la anotación la constancia pertinente.

Bajo esta percepción, es importante encontrar un equilibrio entre la función calificadora, como garante del principio de legalidad, y la posible omisión al cumplimiento de una orden de registro impartida por una autoridad judicial o administrativa, o a un acto de particulares, bajo el criterio del Registrador de Instrumentos Públicos, que del contenido del documento se infringen la Constitución y la Ley.

La solución debe estar encaminada a evidenciar los requisitos extrínsecos e intrínsecos de cada acto o contrato. Los primeros, desde un punto de vista formal que puede ser subsanable, y el segundo, más esencial e insubsanable.

Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias – Colombia –

Mayo de 2018

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS DESDE LA PERSPECTIVA PERUANA

José Antonio Saavedra Calderón

Director Ejecutivo

Instituto Peruano de Derecho Registral

XXI Congreso Mundial de Derecho Registral IPRA-CINDER

Cartagena de Indias, mayo de 2018

INTRODUCCIÓN

A propuesta del país anfitrión uno de los temas centrales del XXI Congreso Mundial de Derecho Registral IPRA-CINDER es la reorganización de la propiedad en los procesos de paz, la resolución de los conflictos de tierras, la restitución de las mismas y los derechos de las comunidades indígenas en su relación con el registro público.

El problema de la tierra es un asunto muy complejo para América Latina pues en si refleja la implementación de un concepto de propiedad ajeno al que estuvo vigente antes de la llegada de Cristobal Colón. En este sentido, la tenencia, posesión o la propiedad de la tierra han sido la causa de muchas desigualdades, protestas y revoluciones que han afectado la paz en la historia de muchos países de la región latinoamericana.

La presente ponencia, siguiendo los lineamientos de los organizadores del Congreso Mundial, se centrará en el denominado derecho de las comunidades indígenas, la restitución de las tierras y el rol del registro público desde la perspectiva peruana, porque esta es la forma como se aplica el tema en nuestra realidad.

En el Perú la denominación es Comunidades Campesinas, y Nativas y el problema de la restitución se presenta en dos supuestos: primero, cuando el Estado ha pretendido disponer, bajo conceptos de interés nacional, sobre territorios de las Comunidades sin tener en cuenta el Convenio 169 de la OIT que reconoce el derecho colectivo de la Consulta Previa; y,

Segundo, cuando bajo argucias legales (por ejemplo constancias o certificados de posesión) se despoja a las Comunidades de sus tierras para establecer empresas con objetivos distintos, quedando la opción de la restitución como un mecanismo de derecho interno, por ejemplo mediante el Recurso de Amparo.

Esta situación tiene relevancia porque las comunidades Campesinas y Nativas están reguladas por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, y por los Convenios 169 y 107 de la OIT, y es en este contexto donde se protege sus tierras con mecanismos o instrumentos debidamente implementados, siendo en el caso peruano la implementación del denominado Registro Público de las Comunidades Nativas y Selváticas, en momentos que se debate sobre los pueblos originarios.

Para efectos de la presente ponencia la fecha crítica a tener en cuenta será la reforma agraria que tuvo lugar en el Perú el 24 de junio de 1969 con la promulgación de la ley 17716, cuando se adjudicaron tierras a cooperativas y comunidades campesinas.

ANTECEDENTES DE RESTITUCIÓN

El derecho de los pueblos originarios, la solución de sus conflictos y la restitución de sus tierras difiere de acuerdo a la realidad de cada país de la región, y no sólo se vincula con un tema de tierras, sino con conceptos o nociones anteriores a la llegada de Cristóbal Colón en América, se trata de aspectos culturales y costumbres que actualmente se protegen en la normatividad internacional.

Así tenemos, cuestiones preliminares como la existencia o no del derecho en la etapa pre-virreynal, época en la cual no se habría conocido modo alguno de escritura, entendida esta, como un factor que marca la diferencia entre la historia y la pre-historia, siguiendo este punto de vista no existía el derecho en términos occidentales antes de la llegada de los españoles en las tierras de los incas.

Sin embargo, existen evidencias, como por ejemplo cerámicas pre hispánicas, que muestran castigos o penas, hechos que infieren una noción de justicia, de un sistema de normas establecidas cuya trasgresión conlleva a una sanción, es decir elementos de un sistema de derecho en términos occidentales.

Así, teniendo una noción de justicia, de derecho y de pena nos planteamos la pregunta sobre la existencia de una noción de propiedad, y su relación con los pueblos indígenas, así conocidos en la época de la Colonia.

En la época de la Colonia la repartición y la explotación de las tierras fue un asunto capital, del mismo modo que la relación de aquellos que trabajaban las tierras con sus patronos, situación que a lo largo del tiempo, generó desigualdades y posteriormente revueltas, protestas, reformas y revoluciones.

En México, el problema de la tierra, el Porfiriato y la crisis económica de 1907 permitieron la Revolución Mexicana que tuvo como resultado una nueva repartición de las tierras, hechos que llevaron el crédito de Emiliano Zapata quien impulsó la primera reforma agraria de la región.

El impacto de la Revolución Mexicana en toda la región no se puede desconocer, los aires revolucionarios que se vivían fueron intensos y tuvieron en la Constitución de 1917 (Querétaro), una consolidación que sirvió de ejemplo. La reforma agraria declaró comunitaria las tierras de cultivo distribuyéndola a manera de ejidos, también buscaba restituir tierras que fueron desposeídas antes de la revolución, en otras palabras la experiencia de México en la reorganización y restitución de las tierras en un antecedente pertinente que va más allá de la repartición de las tierras.

En Bolivia, la reforma agraria se dio a partir de los años 50 con la intención de abolir los latifundios, es decir el problema de la concentración de las tierras, siendo así los peones los nuevos propietarios. El movimiento de los campesinos es importante en la actualidad boliviana y va de la mano con un proceso de saneamiento y perfeccionamiento de derechos.

La experiencia de nuestro país vecino con su idea de Tierras Comunitarias de Origen significa el empoderamiento de la propiedad comunitaria indígena y originaria lo cual va de la mano con el estado plurinacional boliviano.

Sobre Cuba, luego de la Revolución del 1 de enero de 1959, se promulgó la reforma agraria en el mes de mayo con el objetivo de acabar con la explotación del campesinado, en esos días se dieron muchas expropiaciones, de ellas, varias contra intereses españoles.

En el caso de Ecuador una fecha clave fue 1964, pues la disconformidad por la explotación de las tierras llevó a que se formaran alianzas entre los representantes indígenas, movimientos de izquierda y algunos sectores de la iglesia católica.

En 1973 se promulgó la ley de reforma agraria, eran las épocas de la guerra fría, de influencia de la revolución cubana pero al mismo tiempo de cambios que se daban en temas de Medio Ambiente y de protestas en Europa y Norteamérica.

Otro caso, uno de los recientes del presente siglo, es la reforma agraria en Uruguay, un país ganadero de grandes extensiones, de poca población pero mayoritariamente urbana que enfrente este tema por razones de cambio de los modelos productivos, la denominada Mesa de Reforma Agraria y Soberanía Alimentaria, lo dice todo.

Como vemos cada reforma agraria, y el problema de la distribución de la tierra y los campesinos tiene su propia realidad, así en el Perú el debate empezó en la época del Presidente Fernando Belaunde, sin embargo fue promulgada durante el gobierno militar el 24 de junio de 1969, llamada también el día del campesino, el día del indio, y durante muchos años, el 24 fue considerado mediodía feriado.

En el caso peruano se trató de una redistribución de la tierra a través de la Ley 17716 Ley sobre la Reforma Agraria, se buscó reemplazar los minifundios y latifundios por una propiedad rural, se hicieron expropiaciones a favor de campesinos y agricultores mediante cooperativas y personas jurídicas agrícolas.

La Confederación Campesina apoyó las expropiaciones que en 1975 llegaban a 7873, estas generaron una deuda a favor de los expropiados, justiprecios que nunca fueron pagados, y cuyos derechos fueron reconocidos en el año 2012 por el Tribunal Constitucional.

La Reforma Agraria en el Perú generó muchas divisiones en la sociedad peruana a tal punto que el pago de la deuda de los bonos producto de las expropiaciones generó muchas fracturas vigentes en el día de hoy. Se trata de un momento que marca la fecha crítica de la presente ponencia.

De esta manera las comunidades campesinas, su protección, regulación y eficacia ha sido un tema sensible en el Perú, sin considerar realmente la protección de las comunidades nativas de la Selva que actualmente gozan de protección tanto en el ámbito nacional como internacional.

EL PERÚ Y LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN LA ACTUALIDAD

En el Perú el problema de la restitución no es un problema relacionado con la paz como en el caso de Colombia, porque el terrorismo no constituye en la actualidad una real amenaza a la integridad y paz nacional, sino en realidad es un asunto de tierras, del derecho de las comunidades campesinas y nativas, así como el rol del registro público en su relación con la propiedad.

En lo que se refiere a la restitución de las tierras de las Comunidades Campesinas esta empezó a partir del 24 de junio de 1969, situación que tuvo inicio con la dictadura militar de esa época.

En cuanto al terrorismo en el Perú, si bien tuvo consecuencias de despojo en muchos casos, no es pertinente por tres razones; primero porque está superado como amenaza nacional, segundo, porque si bien es cierto hubo violencia esta se manifestó en el desplazamiento de las poblaciones, no necesariamente de la pérdida de la titularidad, y, tercero porque existe una norma puntual y concreta que regula las comunidades campesinas y nativas de estos espacios territoriales.

La preocupación de la restitución de las tierras de las comunidades nativas ha tomado una mayor importancia ante la preocupación por el Medio Ambiente y el reconocimiento e implementación de los derechos de los pueblos originarios, el cuidado de sus tierras y la regulación por parte del Estado, así como la existencia de sectores predadores que explotan recursos naturales, como por ejemplo el oro, el gas o el petróleo en perjuicio de un patrimonio que es considerado mundial.

DOS EJEMPLOS DE RESTITUCIÓN

El caso de Bagua

Se trata de un conflicto social originado a partir de dos leyes en el contexto de la aplicación del Tratado de Libre Comercio con los EEUU.

No se tuvo en cuenta el compromiso del Perú con el Convenio 169- OIT, - la consulta previa a las comunidades.

1.- Obligación de la consulta previa conforme al Convenio 169 de la OIT.

Los decretos legislativos 1064 y 1090 representan conceptos distintos del Estado, del desarrollo económico y de la propiedad, así las tierras desde la perspectiva del gobierno significan o se interpretan como un recurso económico con finalidades como la agricultura, mientras que desde la perspectiva de las Comunidades Campesinas y Nativas el concepto de tierras, si bien tiene una finalidad económica tiene un significado histórico y cultural.

El caso de las tierras de comunidades nativas:

Se tratan de argucias legales para despojar a las comunidades nativas de sus tierras, siendo uno de los mecanismos de defensa: El recurso de Amparo. Tenemos los siguientes casos:

En Ucayali: el tráfico de tierras.

El Gobierno Regional no titula, los traficantes obtienen certificados de posesión, y luego lo venden empresas palmicultoras.

El caso de Santa Clara Uchunya – 2012.

El caso de los Ashéninkas – Comunidad Alto Tamayo Saweto – año 2014.

El caso de Nueva Requena - 2017

Ante esta situación la legislación prevé diferentes instrumentos jurídicos, por ejemplo se ha utilizado el Recurso de Amparo, pero también existen otros preventivos, como por ejemplo el Registro Público que mediante normas generales regulan las Comunidades, es decir dispositivos, directivas de SUNARP, que buscan organizar o legitimar sus dirigentes para que las decisiones comunales estén garantizadas y de esta manera evitar los abusos de sectores ajenos pero también como mecanismo de defensa en el ordenamiento jurídico nacional.

Los temas relacionados sobre la base de la experiencia peruana son el reconocimiento de Personería Jurídica, el Libro de Comunidades Campesinas en la sierra, el Libro de Comunidades Nativas en la selva, así como los efectos, es decir la publicidad y la seguridad jurídica.

En el Perú, es indispensable al momento de disponer cualquier asunto de tierras en las comunidades nativas, realizar una consulta previa, caso contrario es un acto nulo por un compromiso internacional del Estado, de ahí que existe un reglamento que señala el camino a seguir para dar validez a cualquier decisión comunitaria nativa.

Las comunidades nativas de la selva pasan por un tratamiento delicado debido al concepto de propiedad, uso, posesión, tenencia, todos ellos de naturaleza occidental y que podrían poner en peligro su propia existencia.

CONCLUSIONES

La restitución de las tierras debe delimitarse en el tiempo y en la realidad de cada país.

La restitución y la protección de las tierras en el Perú debe entenderse a las comunidades campesinas y nativas.

El rol del registro público resulta indispensable en el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en el Perú.

El asunto de los pueblos o comunidades indígenas se encuentra regulado por el derecho internacional, puntualmente por la Declaración de las Na-

ciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, y los Convenios 169 y 107 de la OIT, es aquí donde se protege sus tierras, con mecanismos o instrumentos debidamente implementados, que en el Perú se materializaron con los Registros de las Comunidades Nativas y Selváticas.

Tanto en la Consulta Previa como en el Recurso de Amparo encontramos dos instituciones que permiten una restitución o una reivindicación a derechos reconocidos en tierras comunales.

En el Perú tenemos la ley general de comunidades campesinas que les reconoce personería jurídica al momento de inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas, es decir en el libro de Comunidades Campesinas en la Sierra y en el libro de Comunidades Nativas en la Selva, así como la gestión a través de los libros de actas, el padrón de los comuneros con intervención del juez o del notario y de esta forma garantizar publicidad, protección y seguridad jurídica.

El segundo caso práctico, está relacionado con el cambio de uso de las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas, y las limitaciones del Registro pertinente al no ser suficientes para garantizarles una seguridad jurídica, debido a que pierden la posesión y se establecen empresas que utilizan las tierras con otras finalidades, el tema aquí son los mecanismos jurídicos de orden interno e internacional que buscan garantizar el derecho a la reivindicación de las tierras.

ALTERNATIVE CONFLICT RESOLUTION IN THE SPHERE OF IMMOVABLE PROPERTY. SPECIAL REFERENCE TO MASSIVE LAND TITLING PROCEDURES

Manuel Montanez

ABSTRACT: The legal regime of conciliation, translating and adapting the Act to extra-judicial means of conflict resolution, allowing intervention in the act reconciling new legal operators such as registrars in addition to those already intervened with the previous legislations were judicial Secretaries and “judges of peace”. And it intends to implement the reconciliation and expand the involvement of other legal practitioners, taking into account the practical advantages of Alternative Dispute Resolution. For these reason, we will discuss arbitration and conciliation as ADR and its relations with the Registry of Property, especially in land titles process and becoming a efficient way of solving land disputes and the role of the Land Registries.

KEY WORDS: Alternative dispute and conflict resolution. Arbitration. Conciliation. Land Registries.

I. I. INTRODUCTION

In human relationships we frequently find opposing interests or conflicts among individuals which, in order to achieve social peace and the wellbeing of citizens, must be solved within the legal framework. Many definitions of conflict exist and many authors have thoroughly covered the issue, being worth referencing Remo F. Entelman’s definition of conflict as “some sort or type of social relation where the goals of different members are reciprocally incompatible”.

Today conflicts are not regarded as inherently negative, they do not destroy interpersonal relations by themselves, what can be negative and undermine people’s relationships is ignoring such conflicts or try to resolve them violently.

And therefore, what is essential is to resolve the conflict, the differences and the opposing interests among subjects or rights, whether such conflicting interests are among themselves or regarding assets.

The solution may be pursued either suing judicial means, by filing a claim before the courts, or by non-judicial means. Among the methods for resolving conflicts out of the Courts we find some Self-composing methods, where it is the parties who jointly adopt a solution to their differences, and they may be guided towards this solution by a third party helping them find a compromise or common ground where both parties are "better off", provided they have ended their quarrels, being an example of this the mediation.

We also find conciliation where the parties, before resorting to the tutelage of the courts and with the assistance of a third party which intervenes but does not decide, only guides, directs and/or contributes to the parties finding a solution to their conflict of interests.

Secondly, and as non-judicial conflict resolution methods of hetero-composing nature, where a third party adopts a solution after hearing the parties and their interests, arbitration stands out.

In all cases it must be emphasized as the premise of this exposition that there are numerous advantages to the so-called "alternative dispute resolutions mechanisms" (ADRM) and is for this reason that the European Union has actively sought during the last years, the implementation of this systems of non-judicial conflict resolution as an alternative to the Courts. It is not strange that Pérez Moriones underscores that "this stance is not strange if we consider that by resorting to ADRM we tackle problems as the increase in litigiousness, the delay in ruling the proceedings and the increase in expenses of the Justice Administration. But also, these systems by themselves bring important advantages such as speciality, confidentiality and flexibility. Ultimately, ADRM's are an optimal means to achieve the satisfaction of the fundamental right to Justice, enshrined in article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"ⁱ.

Ultimately, the crisis of the jurisdictional model of hetero-composition which is regarded today as a mechanism of conflict resolution, has to do with the deficiencies hindering the contemporary justice system which appear consistently in compared law, mainly because of their tardiness, rigidity and economic costs, worsened by the progressive increase of the number of conflicts brought before the Courts and the inherent complexity of the proceedings which causes a crisis of functionality and efficiency of the traditional Justice System. This situation of crisis of the traditional Justice Model has propitiated a line of legislation focused in the implementation

of alternative systems for conflict resolutions (ADRM). Which gained great momentum in the US and have spread, with varying intensity, throughout other legal systems.

Hence, Alternative Dispute Resolution Mechanisms (ADRM), also referred to as Alternative Conflict Resolution Systems, generally include non-judicial controversy solving mechanisms and are characterized by being out of the State's Jurisdiction, supported in various private or semiprivate courses which rely on the principles of economy and party autonomy. Hence the material sphere of ADR is placed within dispositive areas where the party's autonomy is at play, although today the expansive reach of mediation exceeds the boundaries of dispositive matters as it is extending to spheres outside the autonomy of the parties, such as in criminal mediation.

Such systems enjoy a series of unquestionable advantages such as the greater relevance of the autonomy of the parties in solving the conflict, which encourages the voluntary compliance of the adopted solution, the lesser economic cost, agility, speed, the greater chance for success for resolving the underlying conflicts; although some risks or inconveniences may arise rendering them as inefficient, such as the possible imbalance of the parties. For this reason, the legal configuration of any alternative method for resolving conflicts must exclude any privatization bias or outsourcing of the jurisdictional function, as it is not about impersonating the Administration of Justice but to supplement it., this is, ADR must not mean as much as an alternative to justice, as to an alternative justice supported by the full wilfulness of the interested parties.

For this reason, the legal framework must regulate the allocation of such hetero-composing role within the process to an independent third party not involved in the conflict, with a guaranteed impartiality, and social acknowledgment of its legal merits which vouches for the trust and confidence of the opposing parties.

Likewise, the procedure must be regulated explicitly contemplating a possible fraud of law in its use, so it will not be admitted in those instances where an actual conflict does not exist and the hidden goal is to achieve an alternative titling in fraud of the Law.

Undoubtedly it will contain a thorough regulation both regarding the document of the proceedings and the legal value of the certification of the agreement reached, value both from the substantive standpoint as executive and processual title in terms of interrupting the expiration of possible legal actions, ensuring that such voluntary jurisdiction procedures will in no way imply renouncing the right to the effective tutelage of the Courts of Justice, by letting the legal term to initiate judicial proceedings expire.

Property rearrangement in peace processes has historically proved to involve a lengthy process full with difficultiesⁱⁱ. In this sense the process must include, at least, a first phase leading to the necessary determination of the legally acknowledged entitled owner, a phase where the legislative power will play a critical role by passing the required legislation. The next phase will include the titling processⁱⁱⁱ where the executive power will grant ownership titles to the Citizens which will enable them to operate in legal national and international transactions. Lastly, the emergence of future conflicts is to be expected in every massive titling process, particularly regarding Land restitution processes and those dealing with Lands of the Indigenous population.

In line with the resolution of such potential conflicts, a special value should be given in the particular provisions to be adopted within the legal certainty system, to the publicity provided by the Land Registry, which will allow the new and legally acknowledged title to swiftly and securely circulate in real estate transaction; as well as foreseeing one or various agile conflict resolution procedures^{iv}.

It has been historically proved as inefficient to entrust the Courts with the defence and safeguard of legitimate property rights, and although the tutelage of the Courts must be always ensured, there is risk that these may collapse in massive titling processes, failing to provide the solutions demanding by the Citizens.

This aspiration to attain legal certainty is recognized by politicians and officials in all States^v, many of them here represented, being an example the words of Mrs. María Lorena Gutiérrez, Ministra de Comercio, Industria y Turismo de Colombia during an interview published on January 17th 2018 in the Spanish Journal “El Economista”, by ratifying the commitment of the Colombian Government with said Legal Certainty^{vi}.

It is in this scenario where the use of Alternative Conflict resolution systems, outside the Judicial Power, plays a vital role, which while maintaining the Judicial ways open, allowing to effectively and satisfactorily, as long as certain conditions are met, resolve possible conflicts for the involved parties^{vii}. Such is the opinion of Rafael Beltrán Ramallo, consultant for the MuNet Cadastre Program of the Organization of American States (OAS), implying that mediation should be considered a transversal and ordinary activity, acting as a preventive element, preventing the possibility of conflict, laying solid foundations and opening ways of understanding from the get go.

Another role of mediation is during the process, taking action at the right time as soon as the possibility of conflict appears.

I concur that the profile of the mediator team must be acknowledged by the parties, inspire impartiality, be capable and acquainted with the customs and attitudes of the parties, etc.

II. ARBITRATION AND LAND REGISTRY

II.1. Concept and features of Arbitration

Arbitration is a procedure by means of which a controversy or conflict is brought, by agreement of the parties involved, before an arbiter or arbitration court which then issues a decision which is mandatory for the parties.

By opting for arbitration, the parties choose a non-judicial conflict resolution mechanism of hetero-composing nature, where a third party (the arbiter or arbitration court) will adopt a solution which will produce the effect of “res judicata” and will only be impugnable by the limited causes foreseen in the legislation regulating Arbitration in each country.

The main features of Arbitration are:

a) Arbitration is consensual and voluntary.

An arbitration process can only take place if both parties have agreed upon such arbitration. Hence, to anticipate potential future controversies, the parties can agree upon including an arbitration clause. An existing controversy may be brought to arbitration by an explicit agreement of the parties to submit to the decision of the arbiter and, unlike occurs with mediation, a party cannot unilaterally leave an already initiated arbitration process.

b) The parties select the arbiter or arbiters.

In accordance with OMPI Regulations, it is up to the parties to jointly designate a single arbiter. If they opt for a Court composed of three arbiters, each party will choose one of the three, and these two will select a third arbiter who will preside the court. Another possibility is that a legally entitled institution proposes arbiters specialized in the controversial matter, or directly designates the members of the arbitration court.

That centre or Institution has an ample database of arbiters, including experts with vast expertise in conflict resolution and experts in legal and technical matters object of arbitration.

c) Arbitration is Neutral.

Besides selecting arbiters of appropriate nationality, the parties can specify important elements such as the applicable Law, the language and place where arbitration will be held.

This ensures that none of the parties will enjoy the advantage of presenting the case before their National Courts. This aspect is even more crucial in cases dealing with conflicts on transnational matters, where the previous fixation of the aforementioned elements could be decisive for the type of resolution given to the controversy.

d) Arbitration is a confidential procedure.

The Arbitration Regulations of OMPI specifically protects confidentiality of the arbitration itself, the disclosures made during the procedure and the decision. Under certain circumstances the OMPI Regulations allow one of the parties to limit access to trade secrets or other confidential information which may be presented to the Court or an advisor who will issue a report regarding its confidential nature to the Court.

e) The arbitration court's decision is final and easily enforceable.

According to the OMPI Arbitration Regulations, the parties will agree to execute the decision of the arbitration court without delays. International decisions are enforced by National Courts following the New York Convention, which only allows denial to execute an arbitration decision in a limited number of exceptions, and in the national sphere we should consider the legislation in force in order to determine the corresponding treatment, value and efficacy.

II. 2. Recording of the Arbitration decision at the Land Registry.

The arbitration agreement may include litigious matters which may arise in the future regarding free disposition issues, like in Real Estate Law as well as those related to the possible conflicts resulting from massive Land Titling Procedures. And in this sense ELIAS CAMPO VILLEGAS¹ states that “although a real right implies, in principle, the relation of the subject with an asset, it is true that regarding these rights there are frequently entitlements which involve multiple persons with an stable link and intertwined relationships which potentially can lead to conflicts of interests; usufructuary and nudus proprietoris, owners of dominant and servient plots of land regarding easements. The person granting and the person being granted a

¹ Elías Campo Villegas: “Arbitraje y Registro de la Propiedad”, La Notaría número 5-1999.

right of Census; joint ownership; private compounds; condominium, etc. In all these cases and supported in Party Autonomy applying to each scenario, arbitration agreements can be included to establish the appropriate means to resolve conflicts.

Regarding the requirements that should be met to allow for the Recording of the Agreement at the Land Registry, we can differentiate the following elements.

A. Personal Elements:

The arbitration agreement, which will either be a clause in a contract or an independent agreement, must express the will of the parties to submit to arbitration all or some of the controversies which have arisen or may arise in the future regarding a certain legal relationship, regardless of its contractual or non-contractual nature.

Hence the interpretation of the previous information implies, that the agreement must express the explicit will of the parties to submit themselves to arbitration, which involves certain difficulties at the time of recording the agreement at the Land Registry, for if the conflict is future and not yet present, it may be the case that the properties have already been transferred, let's consider the Condominium Estatutes or plainly the transfer –inter vivos or mortis causa- of the dominant or servient property regarding easements, or when dealing with Censuses...

Therefore in this regard we could consider, as maintained by ELIAS CAMPOS VILLEGAS that “when dealing with real estate arbitration, and once the arbitration agreement has been recorded, its existence will produce the effects foreseen in our registration system” that is, the person acquiring a registered property or real right knows, due to the principle of Registry Publicity, that the Agreement exists and that any controversy which may arise in that context will be resolved by an arbiter and not a Judge”.

Such statement should be directly followed by all States in the Land Rearrangement and Mass titling processes undertaken in the context of Peace Processes and restitution of Land and Rights to Indigenous Communities.

B. Real Elements.

It is demanded as an objective requisite that arbitration deals with free disposition matters, therefore matters regarding imperative or public order issues should be considered as not freely disposable.

Regarding the imperative nature of the norms, and although some authors exclude them from arbitration or the arbitration decision, it is true that the imperative nature of the norm does not automatically prevent the disposition of subjective rights or legal relations governed by such norms, simply prohibiting that those may be contravened, so in the arbitration agreement the arbiter is not permitted to contravene an imperative norm, but to merely determine whether an agreement is against it. In this way the parties introducing an arbitration agreement do not violate imperative law by simply including the pact, as they only agree that the conflict is subject to arbitration rather than to the Courts. Therefore the agreement contains a mandate that the Law shall be complied with, and instructs the arbiter as it would instruct the Judge in Judicial Proceedings, to observe imperative norms.

When they fail to do so, both will be radically null^{viii} in application of the basic principle of nullity contained in any legal system which of course has at its disposal means to unnerve such decision.

Regarding public order we understand that it upholds certain principles and values which are indispensable to any legal, economic and social system, preventing those principles from being contravened. In this manner the only thing it prevents is the breach of the public order by the parties entering into an agreement, by the Courts or the Arbiters, allowing for the Parties Autonomy without harm for the Public Order.

As a consequence of all of the above, the arbitration agreement regarding Public order matters does not in any way harm such order. It will be, in any case, the arbiter who when deciding will act in breach of the Public Order, as a Judge could when ruling in a Judicial Proceeding, and for that reason the specific legislation will have to consider as one of the compulsory causes for annulling the arbitration decision, the harm of the Public Order.

C. Formal Elements.

Each country's legislation will necessarily foresee the formal regulation of the Agreement enabling Arbitration. So, the Arbitration Agreement will have to adopt written form, in a document signed by the parties or in an exchange of communications: letters, telegrams, fax, email or any other means which provide evidence of the agreement, so this requisite can be deemed to be fulfilled if the arbitration agreement is available for review in electronic, optical or any other kind of support.

Regarding the form, we understand that legislation will need to be flexible and simply demand as its sole requisite that it is written and undersigned by the parties, but if we adapt this matter to Real Estate

Registration Law and we intend to benefit from the publicity of the Land Registry, it should comply with the registration principle of Public Title as foreseen in each legislation^{ix}.

II. 3. Recording of the arbitration decision.

Recording of the decision at the Land Registry is indispensable, as it alters the legal situation of registered property, which would result –if not recorded– in a discrepancy between the registered and the unregistered reality.

However, the recording of the Arbitration Decision at the Land Registry poses a series of problems in practice, both regarding form and substance, as it should comply with the requisites foreseen in the registration legislation of each State as, if omitted, the Registrar could not enter the decision at the Land Registry.

1. Regarding the substance of the matter, it appears that if an arbitration decision modifies a legal situation, be it constitutive, declarative or relating to real estate transfer, this decision would enter the Land Registry^x without questioning the object. The problem appears when the arbitration decision is condemnatory, as in this scenario only the document granted by the condemned party would be registrable in application of the chain of title principle, and in absence of such document an order by the Court would be necessary to cancel the entry in application of the principle of Judicial safeguard of Registry entries. Indeed, the arbiter, regardless of the unquestionably valuable nature of the function, lacks the faculty to enforce what was decided, an exclusive judicial competency, so in those instances where the cooperation of the seller in the arbitration decision is appropriate, and the seller chooses to resist rather than to comply with the decision, it will be necessary to resort to the judicial power.
2. Regarding the formal aspects, arbitration legislation only demands, as a formal requisite, the arbitration decision to be issued in written and undersigned by the arbiters, although any of the parties involved will be acknowledged the right to request that such decision is incorporated to a notarial protocol. At the same time endowing it with executive force, producing the effect of *res judicata* and only allowing its revision or annulment by the limited causes legally foreseen^{xi}. Therefore it must be considered that the arbitration decision will produce its effects if it is issued in written with the signature of the arbiter, or arbiters, but in order to enter the Land Registry it must be incorporated to a notarial protocol, as it is a requisite for its entry that it adopts the form of Public Document.

3. Although it is true that the protocol must contain a valid agreement and that the arbiter will not exceed the allocated role, as the form of Public Document does not convalidate all contents granting them access to the Land Registry, and so the Resolution of Directorate General of Registries and Notaries Public of February 20th 2006 does not allow that a preventive annotation of a prohibition to dispose is made with support in an Arbitration decision incorporated to a Notarial Protocol, where this measure is agreed upon to serve as guarantee of one of the party's rights, in order to ensure the successful completion of the Deed of Sale, which in certain cases and under certain conditions, is part of the decision as it is a cautionary measure only to be adopted through Court Order. The Directorate General considers that the measure adopted in the arbitration decision is indeed of cautionary nature, and both the Civil Procedure Act (Law 1/2000) as the Arbitration Act (Law 60/2003) admit the possibility to acknowledge the arbiters the ability to adopt cautionary measures. However, it also considers that it should be assessed whether such measure requires judicial assistance for its enforcement. The Arbitration Act of 2003 explicitly points out in its Statement of Purpose that "obviously, arbiters lack executive powers, and for the enforcement of cautionary measures the intervention of the judicial authority will be necessary, in the same terms as an arbitration decision". Similarly article 23.2 in connection with article 44 regarding cautionary measures refers to the provisions of the processual legislation. And article 42.4 of the Mortgage Law regarding the preventive annotation of the prohibition of disposition, establishes the ability to request such measure to the party "which as a defendant in ordinary suit to request the fulfilment of any obligation, is granted a Court Order, according to the laws that regulate the seizure or prohibition to transfer real estate", and the Mortgage Regulation further developing this provision, in article 165 states that for any annotation to be made following a Court order, which "will be fulfilled by submitting the order to the Land Registry, where a literal entry of the resolution, with its date, indicating whether it is final or not". From this we can see that for cautionary measures adopted by arbiters to enter the Land Registry, the cooperation of the competent Judicial Authorities will be necessary. (art. 8 Arbitration Act).

III. CONCILIATION AND LAND REGISTRYIEDAD

III. 1. Concept and Legal Nature of Conciliation

Conciliation can be defined as does MARTA BLANCO CARRASCO as the "appearance of the conflicting parties before a third party, be it a judicial organ or not, in order to solve a conflict to avoid resorting to judicial

proceedings. In conciliation the third party intervenes and intends that the parties reach an agreement among them, but no persuasive measures are adopted to force a consensual solution among the parties.”^{xii}

Regarding the legal nature^{xiii} of conciliation it is true that traditionally some doubts existed regarding whether we were before an actual procedure, a contentious jurisdictional act or a voluntary jurisdiction act, resulting in the existence of diverse doctrinal positions on this matter.

Today it is unquestionable that we are in the presence of an act of voluntary jurisdiction, and so has been declared by the Spanish doctrine and legislation when it was placed under Title IX of the Voluntary Jurisdiction Act of July 2nd 2015 exclusively, bringing under this Title the provisions of the Civil Procedure Act, regardless of the fact that the parties in their autonomy are able to reach agreements in those disposable matters of their interest by other means and at their initiative, or with the intervention of legal operators such as “Justices of the Peace” and Attorneys of the Justice Administration (formerly known as Court Secretaries), allowing in some cases the intervention of new intermediaries such as Notaries Public and Registrars in the scenarios foreseen in article 103 bis of the Mortgage Law. That is, any controversy regarding real estate, urban planning or commercial law, or regarding acts and businesses suitable to produce an entry at the Land Registry, Companies Register or any other Public Register they may be competent of, as long as referred to disposable matters and made with the goal to reach a non-judicial agreement. This regulation is particularly interesting as it decides to remove this competence from the Courts, placing it on the hands of public official who meets the criteria of knowledge, impartiality and professionalism.

Regarding the foundations of Conciliation as a legal figure for non-judicial conflict resolution, they lie in the preference for the parties voluntarily reaching an agreement, a compromise, avoiding the delays that resorting to the judicial authorities would entail, by means of a simple, agile and quick procedure. And also with some advantages when compared with other non-judicial conflict resolution mechanisms, but of hetero-composing nature, such as arbitration where a third party (the arbiter) is whom puts an end to the proceedings, as it is always preferable that the agreement is wilfully adopted by the parties than a decision imposed on them by someone else, however impartial or authoritative such party may be. So, resorting to conciliation goes a step further in satisfying the legal interests of the parties fulfilling their legitimate expectations.

III. 2. Legal authorization

The legal reform should have as its cornerstone the empowerment of certain public officers to be able to handle acts of conciliation regarding any

controversies on real estate, urban planning, commercial matters or those related to acts and businesses recordable at the Land Registry, Companies Register or any Public Registers of their competence, as long as the conflicts do not refer to non-disposable matters, all for the sake of reaching a non-judicial agreement. Once the conciliation hearing is finished, the public officer will issue a certificate regarding the agreement reached by the parties or the lack thereof if the conciliation was unsuccessful.

Regarding its legal nature we can say that it appears clear, according to what we have already seen, that conciliation is an act of voluntary jurisdiction and not a judicial procedure, clearly being an non-judicial conflict resolution mechanism, avoiding doubts regarding whether the conciliation agreement is issued by the public official, or it is the parties who are responsible for reaching the agreement under the public official's guidance and advice; this is no minor concern, as it would change the nature of the procedure and would affect the resolution of the conflict itself, as it is always preferable that the agreement is voluntarily reached by the parties rather than a third party, however expert objective and impartial.

1. As arguments in favor of the hetero-composing nature of conciliation, implying that it is the public officer who makes the final decision and solves the conflict, we could allege:
 - a. The legally designated public officer is an expert in the matters at hand and will be able to adopt the most equitable decision, after hearing the parties and their interests.
 - b. The officer is totally impartial and objective, as it is appointed by law.
 - c. The legal empowerment will grant the officer the competence to handle acts of conciliation regarding any controversies on real estate, urban planning, commercial matters or those related to acts and businesses recordable at the Land Registry.
2. As arguments in favor of the self-composing nature of conciliation, where it is the parties who finally adopt the agreement and the solution to their conflict are:
 - a. The nature of conciliation itself is self-composing, provided that during conciliation the third party only helps the parties to attain an agreement among themselves and not even takes any persuasion measures to encourage the parties to adopt it, unlike in mediation.

- b. The public officer will certify the existence, or lack thereof, of an agreement, being totally alien to its content.
- c. Lastly it must be pointed out that the legal support of conciliation will allow to deal with a conflict, but not to resolve it, confirming the legislator's decision to outline the limits and nature of this institution.

Hence the precise nature of conciliation will depend directly in the approach followed when drafting the legislation on this matter.

III. 3. Scope of application: objective and territorial competence

Regarding the competence to handle conciliation on the aforementioned matters, a non-judicial approach must be preferred, opting for objective public officers, who are impartial, non-eligible by the parties and with sound knowledge of the matters at hand.

So, the comparative study of legislation on voluntary jurisdiction backs the possibility of new legal operators effectively handling conciliations. In the Spanish system in a first stage, with the Civil Procedure Act of 1891 the legislator attributed this competence only to the Courts of First Instance, or alternatively to the corresponding Justice of Peace. The reform of the Civil Procedure Act 1/2000, extended the competence to the Attorneys of the Courts (article 460 former Secretaries of the Court), a logical modification since the Attorney is not in charge of resolving the suit is more free to facilitate the conciliation of the parties, and the decision of the Judge, in case conciliation fails, would not be tainted.

The law on Voluntary Jurisdiction goes a step further allowing new legal operators to handle conciliations in matters they have expertise in, that is: The registrars in real estate, urban planning and commercial matters, revitalizing the institute of conciliation, maintaining the Judge's impartiality if conciliation fails and the parties resort to the Courts, relieving these from certain matters which are better served by other public officials, also assisting the parties to reach, by themselves, a peaceful resolution of their conflicts with proper guidance and advice.

It would appear that the legislator has wanted to prioritize the intervention of the Registrars in this field, giving them more competences than those placed on other professionals and public officers.

Regarding the territorial competence it must determine whether it will be the Registrar in charge of the office where the result of the conciliation will have to be recorded, or any public officer within the Nation's territory will be able to perform this conciliation, having several connection points

to choose from: the place of residence of the parties, the place where real estate is located or the place of choice of the parties.

As for the Registrar in charge of the Office where the entries resulting from the conciliation will be recorded, it could serve as a criterion of territorial competence which would guarantee the independence and equal treatment to the parties during the process, preventing possible positions of dominance of one of the parties, but it must be taken into account that the conciliation agreement may not aim at producing a Registry Entry. There is no doubt that the principle of free choice always is tendentially oppressive against the consumer or weakest party in the relation.

In relation with the possibility that any public officer may intervene in any matters subject to conciliation where may be considered as an “independent expert”, at first sight it clashes with the principle of territorial competence, as each public officer serves a Registration District and can only operate in relation to the properties within such district.

Although conciliation is configured as a non-judicial means of conflict resolution, it is a new competence that has nothing to do with the registration procedure, although the guarantee of equal treatment of the parties should be incentivized.

Lastly, it would appear that it is possible to opt for the registrar serving in the district where the address of the parties requested for conciliation, for reasons of proximity and to persuade such party to participate in the conciliation avoiding the initiation of the Court Proceedings.

This last option facilitates the appearance of cases of “forum shopping” or actions aiming at ensuring a beneficial jurisdiction.

For all the above it would appear that the first of the solutions is the most compliant with the goals to attain by means of conciliation.

III. 4. Constitution: personal, real and formal elements

In addition to the designated public officer, who presides over the conciliation act and attempts to guide the parties towards an agreement, it is those: the person initiating the proceedings by submitting an application to the competent organ, and the person summoned for conciliation to avoid the initiation of a Judicial Proceeding putting an end to the controversy, who conform the required personal elements.

In conciliations the intervention of a Lawyer and Representative for the purpose of the proceeding is not compulsorily required, although nothing prevents any of the parties, or both, to resort to them if they find it appropriate.

Regarding the real elements we can say that the subject of the conciliation must be determined, as it will refer to any controversy related to real estate, urban planning or commercial law, or regarding acts or businesses suitable to produce an entry at the Land Registry, Business Register or any other competent public register, as long as it deals with a disposable matter, while aiming to reach a non-judicial agreement.

As for the interpretation of the potential matters to attempt conciliation about, we can include the following:

1. Any real estate related controversy, which seems logical, if we connect this article with the own contents of the Registration Legislation which deems recordable at the Land Registry titles relating to ownership and other real rights over immovable property.
2. Regarding the Urban Planning matters, it is also deemed necessary that the designated public official is an expert in the field, as the results of conciliation may enter the Land Registry.
3. Any Mercantile Law controversy should potentially be resolved by this mechanism, as the Business or Companies register deals with acts and contracts linked with merchants, incorporated companies and their modifications, the legalization of the companies' ledgers, the appointment of independent experts, the publication of deposited accounts... art.2 of the Business Register Regulations.
4. Any other competent Register under a Registrar's management, including the Register of Movable assets, which may be included within the structure of the Companies Register, or even the Civil Register although the object of this register is non-disposable for the parties and therefore it would be in principle excluded from the application of conciliation.
5. Dealing with recordable acts and contracts, although without specifying whether the agreement reached after conciliation is to be compulsorily recorded, which may not be necessary without prejudice of the parties applying for registration if they find it appropriate and the act is suitable to produce an entry at the Registry.

At this point we should pose a couple questions:

Can the legally appointed public servant intervene in a conciliation the results of which will have to later registered at his/her Office?. This question apparently clashes with the "impartiality and objectivity" which has always been typical of the role of the Registrar, although it is true that the Public Servant will only attempt to bring the parties closer to an agreement

and conciliation is, after all, voluntary, both the conciliation application and the reached agreement, and provided that it is indeed the parties who adopt the agreement there is no problem in such agreement being registered at any Land Registry.

Can any of the appointed registrars intervene on a conciliation regarding Commercial matters? In principle there is no problem that any registrar deals with such type of conciliation as all registrars; regardless of the type of register they're in charge of, have a sound and proven knowledge over such matters.

What happens in those municipalities where there are more than one suitable public officer authorized to intervene in conciliations? What would be the competence criterion?. It could be argued that the conflicting parties may "elect" the public officer better suited for their conciliation, it could be the case that the parties of the controversy reside in a different place than the one where the property is located and therefore it would appear as the most practical approach to opt for registrar closer to them.

6. Non-disposable matters, that is a matter with is disposable according to the principle of parties autonomy, just as required for arbitration and mediation, as conciliation is an alternative dispute resolution mechanism as well, a non-judicial approach which does not involve the Judicial Authorities and for that reason it is necessary to establish imperative, prohibitive and public order provisions. Although this limitation appears to be way simpler and clear on a theoretical sphere that in practice, as it must be acknowledged that matters such as personal rights may have real transcendence and therefore be published at the Land Registry.

At any rate a prohibition must be establish to explicitly rule out conciliation in controversies ruled by Insolvency Legislation, as it may include a specific regulation of non-judicial payment agreement, where the mediator and administrator of the insolvency proceedings intervenes.

Hence, in relation to the objective sphere of conciliation, it must be concluded that there are certain matters clearly included in the sphere of this conflict resolution system, where we find those arising during massive real estate titling procedures and those of land restitutions in favor of indigenous communities, but keeping in mind that other matters, more dubious, coexist with those and their inclusion in the sphere of conciliation will at the national legislator's discretion in each case.

Regarding the forma elements we can conclude by pointing out that once the conciliation act has been held, the registrar will issue a certification of the agreement reached by the parties, or lack thereof. This statement comes

to prove that the intervening public officer is the only competent to issue this certification, and therefore it will be the suitable public document to produce an entry at the Land Registry.

The first question that comes to mind in relation to the statement that the legally designated public officer is the one certifying the agreement of the parties or the failed.

Can the Registrar issue a certification regarding a controversy which, in case an agreement is reached, could produce an entry at his/her Land Registry?. Although it may appear to be contrary to the principle of Objectivity and independence which is typical of the role of the Registrar, as it would entail assessing a document drafted by the same person, it so happens that taking into account how the conciliation act is of voluntary nature and the intervention in the conciliation is, in itself, foreign to the registration procedures, as falls under the voluntary jurisdiction, nothing would prevent the same public officer who presides over the conciliation act, from recording at the Land Registry the certification of the reached agreement.

Regarding of the certification containing the results of the conciliatory act, and regardless of the public officer involved, it would appear that such document would be part of the registration procedures and therefore it would cause an entry, after proper assessment and, if compliant with the applicable legal requisites, it could be registered.

1. What happens if it is other Public Officer who issues the Certification? Would it be necessary to send the agreement to the competent registrar so he/she can issue the certification? But, who would be the competent registrar? It doesn't appear to be an obstacle that any registrar, voluntarily appointed by the party, issues the certification of the agreement, then submitting the certification to the competent Land Registry, and is in the Latter where the registration process starts after the entry made at the log book after receiving the certification of the conciliatory agreement.

Secondly, there is no doubt that the aforementioned certification is directly recordable at the Land Registry as a Public Document as foreseen in the legislation which rules registration in each State.^{xiv}.

III. 5. Conciliation procedure

The conciliation procedure, under voluntary jurisdiction, must conform to the following guidelines:

The procedure must commence with the submission of a Written Conciliation Application where the parties will need to be identified, as well as

the object or matter for conciliation, sent to the competent, both by matter and territory, as it has been already discussed.

Once the Application is admitted, the parties will have to appear themselves or by means of a proxy or representative, and the person inciting the procedure will present the claim. The recipient of the claims will respond as deemed appropriate and the parties will be able to present any documents in support of their allegations.

If there is conformity regarding the object of conciliation, it will be put on record in an act indicating that an agreement was reached as well as the terms of such conformity, dully signed by the parties. If there was no agreement it will indicated accordingly in the act.

In any case the Act of Conciliation must be acknowledged executive force. What is stated in the Act will have the value and efficacy of a solemn public document, with no debate at this point in the doctrine around its value and suitability for registration.

Lastly, it must be said that the possible causes for nullity are the same which affect contracts, following the various legislations, due to the self-composing nature of conciliation.

IV. CONCLUSIONS

Voluntary Jurisdiction Legislation, as evidenced by the compared experiences of the States which have covered this matter according to their own specific needs aiming at the most efficient allocation of public resources, is placing the handling of conciliation procedures, which used to be under the judicial sphere, on the hands of legal operators who do not have jurisdictional powers.

These public officers, who are qualified jurists and are endowed with the public trust, have proven capacity to effectively intervene without any harm to the legal guarantees to be expected.

A reform along these lines will aim at taking advantage of the experience of certain legal operators to offer the citizens effective and simple mechanisms to obtain certain legal effects in a prompt manner, fully compliant with the law.

It is the intention to provide citizens with a systematically structured and complete regulation, choosing the least costly path and fastest path, while respecting all guarantees and Legal Certainty.

In this manner, the separation of certain matters, removing them from the competence of the Courts, will be no doubt highly beneficial to all: for the citizens, as their rights will be guaranteed with no harm to their rights; for the designated public officers, as this enriches the contents of their duties, consistent with their technical qualification and the relevant role they play in legal transactions; and for the Judicial Power, as the Courts will be able to focus their efforts and resources in the fulfilment of the role defined by the National Legislations, that is: to resolve and to enforce and execute their

The faculty citizens now have to alternatively resort to these public officers in matters traditionally reserved for the judicial sphere, can only be interpreted as an extension of the means the law puts at their disposal to ascertain their rights.

It implies a guarantee for the citizens, who are now able to evaluate different options choosing the one more suited to their needs. No harm to the citizen's options will occur, as it will always be possible to choose for an alternative conflict resolution mechanism or the judicial procedure.

Regarding the conclusions we can draw about conciliation and without prejudice of what the best doctrine states, we can point at the following:

1. Conciliation is a Voluntary Jurisdiction act, and for that reason it should be regulated in the Voluntary Jurisdiction Legislation.
2. It is a non-judicial voluntary agreement ending a dispute with a self-composing mechanism as it is the parties who adopt the conciliatory agreement, guided and advised by the competent designated public officer.
3. The Citizen will be able to choose the intervening public officer to handle conciliation, in consideration of the circumstances and complexity of the controversy to resolve out of the Courts.
4. Designated Public Officers will be able to securely intervene in real estate, urban planning, mercantile and other matters related to documents suitable to be recorded at the Land Registry, as the Registrars are experts in these matters and will be capable of properly advising the conflicting parties. We can, hence, clearly state that this is indeed the most adequate means to resolve controversies arising from massive land titling processes and those dealing with the restitution of Lands and Rights to Indigenous Communities.
5. The conciliation procedure will be followed in the terms established in the legislation, choosing simplicity and agility, ending with an

act undersigned by the parties indicating whether an agreement was reached, or not.

6. This act will be certified by the Public Officer intervening, and it is this certification what is then submitted to the Land Registry initiating the registration procedures.
7. If the agreement complies with the legally foreseen requisites, it will be recorded at the Land Registry, fully and satisfactorily responding to the legitimate expectations regarding Access to Justice of the parties.

V. BIBLIOGRAFIA

- REMO F. ENTELMAN, “Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma”, Editorial Gedisa 2009
- ARANZAZU PEREZ MORIONES, “Arbitraje y resolución de conflictos. La Institución arbitral como alternativa en la resolución de conflictos societarios”, Trabajo de investigación publicado el 30/10/2009
- ELIAS CAMPO VILLEGAS, Arbitraje y Registro, La Notaria, número 5/1999, mayo 1999
- ELIAS CAMPO VILLEGAS “La institución registral y la seguridad jurídica”, Ed Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, 1987
- ELIAS CAMPO VILLEGAS, “Problemas de fondo en el convenio y en el laudo arbitral. Su inscripción.” Publicado en la revista “Economy and Jurist “ nº 89, abril 2005
- GONZALEZ GARCIA, “La llamada cláusula arbitral”, en MonJuridic. Nº 121
- BLANCO CARRASCO M., “Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos”. Una visión jurídica, Madrid 2009
- MONTERO AROCA Juan, “Derecho Jurisdiccional II, proceso Civil”, 17 Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2009
- LA CONCILIACION CIVIL PREPROCESAL, María Avilés Navarro, Secretaria Judicial, publicado en la revista Dialnet, estudio jurídico nº 2010
- MARTA BLANCO CARRASCO, “Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica”, Editorial Reus, 1ª Edición 2009

-
- i En el mismo sentido se pronuncian los artículos 10 y 11 de La Declaración Universal de Derechos Humanos.
 - ii Wendy Abusabal Sánchez distingue entre conflictos intracomunales, intercomunales y extracomunales. Conflictos intracomunales son los surgidos en el seno de la comunidad e incluyen la invasión de parcelas, comuneros retornados, separación de anexos de la comunidad madre, comuneros que trabajan para el Estado y supuestos de titulación individual. Los conflictos intercomunales se circunscriben a áreas concretas, cuyos linderos no están delimitados legalmente. Por último los conflictos extracomunales son los más frecuentes y de mayor relevancia en el departamento son los que involucran a las dependencias del Estado.
 - iii Se estima que cinco mil millones de personas -el 80 por ciento de la población mundial, según fuentes del Instituto Libertad y Democracia- carece del título de propiedad, una situación a la que se debe poner solución. Así la mayoría de los sectores pobres del mundo viven fuera del Estado de Derecho. Para reducir la pobreza es esencial su expansión en beneficio de todos los ciudadanos: ricos y pobres. Esta realidad plantea la necesidad de instrumentos y políticas más eficaces e iniciativas más sólidas. Los esfuerzos conjuntos de cooperación internacional, compromiso político y sociedad civil pueden ser el elemento clave para alcanzar este objetivo”.
 - iv Los conflictos por tierras constituyen una realidad que afecta a muchas comunidades campesinas del país. La falta de formalización de la propiedad comunal es una situación que, además de limitar la capacidad de las comunidades de ejercer sus derechos plenamente y la posibilidad de acceder a créditos agrarios, genera conflictos al interior de las comunidades campesinas, entre comunidades y con empresas o individuos particulares. (Wendy Abusabal Sánchez Centro Peruano de Estudios Sociales).
 - v En tal sentido se manifiesta John W. Bruce en su exposición “Collective Action and Property Rights for Sustainable Development” en el foro 2020 Vision for food, agriculture and the environment al indicar como medio para fortalecer los derechos de propiedad de pobres “provide for adequate proof of property rights. In urban and periurban contexts and where rural land is highly valued, adequate proof may entail formal surveys, titling, and registration of holdings. Elsewhere, where land rights are lower value and transferred largely within the community, adequate proof may involve demarcating community boundaries and empowering local communities to maintain simple but reliable records of individual and family landholdings and transactions”.
 - vi “Derechos Enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia. Nueve casos de Estudio” Tatiana Alfonso Sierra, Libia Grueso Castelblanco, Magnolia Prada Rivas, Yamile Salinas Abdala. Julieta Lemaitre Ripoll. Estudios Colección CIJUS. Universidad de los Andes. 2010.
 - vii Los conflictos por tierras constituyen una realidad que afecta a muchas comunidades campesinas de América Latina. Líderes locales y capacitados son claves en su resolución.
La existencia de conflictos en el proceso de regularizar el derecho propietario de las tierras es algo inevitable, pues, como se comentó en un anterior artículo donde se hacía referencia a la última etapa del proceso como lo es la Titulación, para haber

llegado hasta allí, son muy diversos los intereses que intervienen. En dicho sentido, en esta oportunidad nos referiremos a algunos ejes y actores que intervienen en ello, desde la perspectiva del éxito en la mediación.

Evidentemente están claramente identificados los conflictos pasibles a ser mediados y para los que no se deben agotar esfuerzos e intervenir con «personas capacitadas», que además de poseer ciertas características conocidas (que sea reconocido por las partes, que sea neutral e imparcial, etc.), también posean conocimientos sólidos sobre la temática de conflictos ya que las partes siempre harán caso al «mediador propio de su zona», antes que a cualquier otro, incluso institución solidaria, y lógicamente menos a una institución del estado.

Que se quiere decir con ello: los pobladores preferirán que alguien de su comunidad (legítimo, mejor si es dirigente), les explique los aspectos legales, técnicos, ventajas y demás temas beneficiosos para acceder a la deposición de actitudes para que posteriormente ingrese cualquier institución de apoyo, principalmente el estado, a realizar el trabajo que corresponda y que conduzca a la inclusión.

Como ejemplo les cito un caso practicado en una zona con bastante conflictividad socio-política, -además de otros aspectos negativos, inclusive de orden geográfico-, que fueron resueltos satisfactoriamente llegándose a titular un 95% de los predios de la zona (rural), logrando un récord en cuanto a superficie titulada versus tiempo, allanando precisamente todos los tipos de conflictos que se presentaron.

Para dicha actividad, lo que se aconseja primero es capacitar a pobladores (comunarios líderes) en cuanto a aspectos legales-técnicos-manejo de conflictos para que promuevan y contesten interrogantes y expliquen con propiedad en sus comunidades. Y posteriormente, gracias a «dichos conocimientos» puedan alisar la mayoría de las tipologías de conflicto.

En la experiencia citada, dichos comunarios o pobladores (llamados extensionistas), tenían la tarea de reunir a sus «hermanos comunarios», explicarles todo el proceso, promover la deposición de actitudes pro-conflictos, explicar la necesidad de titular las tierras e incluso organizar equipos de trabajo compuestos por otros miembros de la misma comunidad (comité de trabajo interno) para que realicen la labor de organización, mediación y apoyo para encontrar consensos, consiguiendo que - entre vecinos comunarios -, se firme un acuerdo interno destinado a la disolución de conflictos. (Rafael Beltrán Ramallo)

viii Así resulta en Derecho español por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil al disponer que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

ix En Derecho español sería necesario que el convenio arbitral conste en escritura pública para que pueda acceder al Registro de la Propiedad por exigencia del principio de titulación pública contenido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria al disponer que “para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos”. Se exige por tanto que todas las relaciones jurídicas inmobiliarias que tengan acceso al Registro de la Propiedad consten en documento público, como

requisito formal necesario para que el negocio contenido en el documento pueda acceder a la publicidad y protección tabular.

- x Elías Campo Villegas: “La institución registral y la seguridad jurídica”, Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, 1987.
- xi Como ejemplo citaremos el artículo 43 de la ley 60/2003: “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.”
- xii Marta Blanco Carrasco: “Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica”. Editorial Reus. Primera edición 2009.
- xiii María Avilés Navarro: “La conciliación civil preprocesal”, Dialnet, estudio jurídico nº 2010.
- xiv Tradicionalmente esta cuestión había suscitado controversias ya que si bien la LEC 1 /2000 de 7 de enero en su artículo 476 dotaba al acuerdo obtenido por las partes de fuerza ejecutiva, lo cierto es que la DGRN no consideraba que el acta de conciliación era documento público y exigía su protocolización, ya que su criterio es que no todo documento ejecutable tiene “forma pública” para poder inscribirse en el Registro de la Propiedad, así la RDGRN de 11 de mayo de 2013 considera que el acta de conciliación sobre un derecho de uso familiar en un procedimiento de divorcio no es documento público, y que para que pueda acceder al Registro de la Propiedad, deberá constar bien en el convenio regulador aprobado judicialmente o bien protocolizarse en escritura pública, y sólo así se cumplen los requisitos formales exigidos por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario. Si bien el artículo 147 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria además de dotarle fuerza ejecutiva le confiere el valor de documento público expresamente, por lo que en adelante el acta de conciliación será inscribible, tanto si certifica el Registrador en el caso del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, como en los demás casos regulados en la Ley de Jurisdicción Voluntaria en los que la conciliación se celebra ante Juez de paz o Secretario Judicial.

EL REGISTRO COMO MECANISMO DE SEGURIDAD JURÍDICA: LA FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD URBANA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS CIUDADES

Maritha Elena Escobar Lino¹

INTRODUCCIÓN

La informalidad en la adquisición de los derechos de propiedad y en la construcción de las edificaciones es uno de los principales problema en los países en vías de desarrollo y una de las principales causas del crecimiento acelerado y caótico de las ciudades, lo que impide el desarrollo sostenible de las mismas. Sin embargo, el crecimiento de las ciudades sin planificación urbana es un problema de antigua data. En el caso del Perú, este fenómeno se inició en los años 40 con la migración del campo a la ciudad que generó un desborde en el crecimiento urbano.

Si bien el fenómeno de la migración del campo a la ciudad es una de las principales causas del crecimiento acelerado y desordenado de las ciudades, aunado a la falta de reacción por parte de los gobiernos que no pudieron afrontar este problema con una adecuada política de planificación urbana. Sin embargo, tal como lo señala Hernando de Soto² en su libro “El otro Sendero”, el primer espacio para el avance de la informalidad lo ofrecieron

¹ Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM); registradora pública de la Gerencia de Propiedad de la ZONA REGISTRAL N.º IX – Sede Lima, especialista en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM); especialista en Contratos y Daños por la Universidad D Salamanca – España; miembro de la RED DE CAPACITADORES de la SUNARP; expositora en diferentes cursos de Derecho Registral Inmobiliario.

² De Soto, Hernando. (2009). El otro sendero: Una respuesta económica a la violencia. Lima: Grupo Editorial Norma. Pag. 64

los mismos formales en las décadas iniciales del siglo pasado, al no respetar las leyes para urbanizar y buscar arreglos en los que reemplazaban estas normas generales por prerrogativas de clase y coimas.

Así, en el Perú el Derecho Urbanístico es de reciente data, al cual en la gran mayoría de casos simplemente no se le respeta, ello se comprueba al dar una simple mirada a la ciudad de Lima para darnos cuenta que es una ciudad que ha crecido de manera desordenada y sin planificación urbana, donde la improvisación y el acomodo urbano han sido una constante en las últimas décadas.

Asimismo, el desarrollo informal de las ciudades se ha visto incentivado por las diversas leyes que se han dado en el tiempo, para permitir la formalización de la propiedad predial y de las edificaciones, sin detenerse a pensar que ello debilita el ordenamiento jurídico. No se tuvo en cuenta que, el éxito de la formalización depende de que pueda realizarse en una sola vez y para siempre, toda vez que la formalización supone igualar los derechos de los que adquirieron de manera informal con los derechos de quienes adquirieron sus bienes conforme a la normatividad vigente, lo que implicó para estos últimos un mayor costo.

En ese sentido, el hecho de permitir formalizar una y otra vez, crea la convicción de que nuevas leyes permitirán cada cierto tiempo formalizar los derechos adquiridos al margen del ordenamiento jurídico vigente. En consecuencia, nadie va a optar por la vía legal o formal, toda vez que, todos están tentados de adquirir los bienes en el ámbito de la informalidad y esperar a la próxima ley que permita la formalización.

Es precisamente, la situación descrita en los párrafos anteriores, la que actualmente acontece en el Perú, en materia de edificaciones. Así, la gran mayoría de propietarios construyen sus edificaciones sin licencia municipal y sin respeto a los parámetros urbanísticos y edificatorios, con la firme convicción que posteriormente lograrán inscribir su edificación en el Registro de Predios acogiéndose al procedimiento de regularización de edificaciones regulado en la Ley 27157³ y su reglamento aprobado por D.S. N.º 035-2006-VIVIENDA.

Estando a lo antes indicado, podemos afirmar que en materia de inscripción de edificaciones a la fecha el Registro de Predios está inscribiendo y dando publicidad jurídica a construcciones que contravienen el Derecho Urbanístico y que en muchos casos ponen en riesgo la vida de las personas

³ La ley fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el 20/07/1999, mientras que el Texto Único Ordenado de su reglamento se publicó el 08/11/2006.

y el patrimonio cultural de la nación, lo que evidentemente impide un desarrollo sostenible de las ciudades. Así podemos citar los siguientes casos:

- a) El incendio de diciembre del año 2001 ocurrido en Mesa Redonda, en el centro de Lima, comerciantes informales habían invadido la vía pública, los edificios habían sido contruidos sin permisos municipales, venta de fuegos artificiales en tiendas sin licencias de funcionamiento. El resultado fue de aproximadamente 500 muertos carbonizados.
- b) En julio del año 2002, una discoteca recién inaugurada, sin licencia de construcción, sin licencia de funcionamiento, sin medidas de seguridad adecuada realiza un acto de riesgo para el público (animales y fuego), se produce un incendio. El resultado fue de alrededor de 50 muertos.
- c) Un estadio de fútbol construido por una importante empresa constructora en el país sin estudio de impacto ambiental dentro de una zona residencial y próxima a un patrimonio cultural urbano constituido por ruinas arqueológicas.

Algunas de las construcciones de los citados casos se inscribieron en el Registro de Predios mediante el procedimiento de regularización de edificaciones. Entonces, podríamos decir que inscripción registral no es siempre sinónimo de seguridad jurídica. En ese sentido, en el presente trabajo, se analiza el procedimiento de regularización de edificaciones y el rol fundamental que cumplen las instancias registrales (Registrador Público y Tribunal Registral) cuando califican la legalidad de los títulos que se presentan al Registro, a efectos de otorgar una verdadera seguridad jurídica, lo que en el caso de inscripción de edificaciones coadyuvará también al desarrollo sostenible de las ciudades, mediante el respeto al Derecho Urbanístico.

DESARROLLO SOSTENIBLE

Desarrollo sostenible, es aquél desarrollo que es capaz de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos y posibilidades de las futuras generaciones. Una actividad sostenible es aquella que se puede conservar. Por ejemplo, cortar árboles de un bosque asegurando la repoblación es una actividad sostenible.

Actualmente, la palabra “desarrollo sostenible” ha tomado una gran notabilidad en el lenguaje político, económico y social a nivel global. En palabras simples, el desarrollo sostenible se refiere a un prototipo de desarrollo que utilice los recursos disponibles en el presente, sin comprometer su existencia en el futuro.

El crecimiento demográfico mundial se ha incrementado exponencialmente y su ritmo parece no detenerse, especialmente en los países en vías de desarrollo. De igual manera, los estándares de consumo de estas poblaciones se incrementan, demandando cada vez un mayor número de bienes que en última solicitud provienen de los recursos naturales.

A esta presión sobre los recursos naturales, se suma el impacto que producen sobre el medio ambiente los procesos agrícolas e industriales. En muchos casos, las malas prácticas en los procesos generan un deterioro de recursos vitales como el agua, los bosques y la tierra, los cuales se renuevan a un ritmo más lento del que son explotados. Todo ello tiene un impacto en el ser humano y las medidas deben ser tomadas para afrontarlo de la mejor manera posible. Es aquí donde el concepto de desarrollo sostenible debe pasar de la teoría a la práctica.

La importancia del desarrollo sostenible radica en velar por el mejoramiento de la calidad de vida en toda actividad humana, utilizando para esto solamente lo necesario de los recursos naturales.

Así el objetivo 11 de desarrollo sostenible de la ONU es: “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean, inclusivos, resilientes y sostenibles”. Siendo que, una de los caminos para poder conseguir dicho objetivo es que los gobiernos pongan gran énfasis al desarrollo de políticas de planificación urbana, toda vez que, el costo de una deficiente planificación urbana puede apreciarse en los enormes barrios marginales, el intrincado tráfico, las emisiones de gases de efecto invernadero y los extensos suburbios de todo el mundo.

DERECHO DE PROPIEDAD Y REGISTRO COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Es innegable la importancia que hoy en día ha tomado el Registro de la Propiedad Inmueble. Podemos afirmar que ello se debe a que el Registro es una herramienta fundamental en el desarrollo económico y social de todo Estado, promueve la inclusión social, debido a que el derecho de propiedad tiene una incuestionable connotación económica.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Peruano (EXP. N.º 0016-2002-AI/TC) ha reconocido la importancia del Registro en la adecuada protección del derecho de propiedad, habiendo indicado lo siguiente: “*(...)Para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros*”

y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consubstanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual y colectivo.”

Es por ello que las políticas de formalización de la propiedad predial⁴ han proliferado en las últimas décadas. Así tenemos procedimientos de formalización de la propiedad que tienen como objetivo final otorgar un título de propiedad a los poseedores informales a efectos de que puedan inscribir su derecho de propiedad en el Registro; y de otro lado tenemos las normas de formalización o regularización de las edificaciones que son construidas sin el permiso municipal correspondiente y que en la gran mayoría de casos no cumplen con las normas urbanísticas y edificatorias.

Es imposible negar los beneficios de la inscripción registral en el desarrollo socio económico de un país. No obstante, el fenómeno del niño que tuvo lugar en el Perú en enero del año 2017 dejó grandes daños en la propiedad predial de miles de personas, surgiendo la pregunta ¿propiedad inscrita implica siempre otorgar seguridad jurídica? para responder este cuestionamiento, debe tenerse presente que muchos de los predios afectados contaban con un título de propiedad otorgado por la COFOPRI⁵ e inscrito en el Registro.

Siendo que, el colapso de muchos predios fue consecuencia de encontrarse ubicados en zonas de alto riesgo, como es el caso de los predios que se encontraban en las orillas del cauce del río o que contaban con construcciones que no cumplían con las normas urbanísticas y edificatorias.

Otros dos casos que nos demuestran que la informalidad en el Perú es como un cáncer que se expande día a día y que ya cobró vidas humanas son:

⁴ Señala Rafael Arnaiz Ramos que: “(...) cabe considerar la actividad de regularización de la propiedad urbana como aquella a través de la cual se pretende la incorporación de una realidad física y jurídica preexistente, nacida de forma espontánea o, al menos, no planificada, al conjunto de realidades identificadas, calificadas y organizadas por el Estado de conformidad con la Ley.” “Registro de la Propiedad y Regularización de la Propiedad Urbana.” Pag.2. Recuperado de http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Arnaiz-Registro_de_la_propiedad_y_regularizaci_n_de_la_propiedad_urbana.pdf.

⁵ La COFOPRI es el organismo de formalización de la propiedad informal.

a) El incendio de diciembre del año 2001 ocurrido en Mesa Redonda, en el centro de Lima, comerciantes informales habían invadido la vía pública, los edificios habían sido construidos sin permisos municipales, venta de fuegos artificiales en tiendas sin licencias de funcionamiento. El resultado fue de aproximadamente 500 muertos carbonizados; b) En julio del año 2002, una discoteca recién inaugurada, sin licencia de construcción, sin licencia de funcionamiento, sin medidas de seguridad adecuada realiza un acto de riesgo para el público (animales y fuego), se produce un incendio. El resultado fue de alrededor de 50 muertos.

Por lo tanto formalizar sin tener en cuenta la calidad del suelo, las estructuras de las edificaciones, el cumplimiento de los parámetros urbanísticos y edificatorios no garantiza el otorgamiento de seguridad jurídica a los propietarios. Así el desastre natural que afectó a nuestro país el año pasado, nos dejó claro que propiedad inscrita, no siempre va a implicar el otorgamiento de seguridad jurídica.

La formalización a ultranza y que no vaya de la mano con políticas de planificación urbana no generará seguridad jurídica y muchos menos ayudará a lograr que las ciudades sean inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles.

De otro lado, el Registro cumple una importante labor en el otorgamiento de seguridad jurídica y en mi opinión gran parte de esa labor la cumple al aplicar el principio de legalidad en la calificación, es decir, que únicamente se deberá permitir el acceso al Registro de aquellos actos que cumplan con las normas legales correspondiente.

EL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DE EDIFICACIONES EN EL PERÚ

La Ley 27157, vigente desde el 21 de Julio de 1999, incorpora un procedimiento simplificado para la regularización de edificaciones construidas sin licencia de construcción, conformidad de obra, o que no cuenten con declaratoria de fábrica, con la finalidad que estos actos puedan acceder al Registro sin la intervención de la municipalidad competente.

El Reglamento de la mencionada Ley aprobado por D.S. N.º 035-2006-VIVIENDA, precisó que el trámite de regularización era aplicable para las edificaciones construidas o demolidas antes del 21 de julio de 1999, que es la fecha de entrada en vigencia de la ley 27157.

El procedimiento de regularización previsto por el artículo 4 del Reglamento de la Ley 27157 es de aplicación para toda clase de predios urba-

nos, que se encuentren en proceso de habilitación urbana (aprobación de habilitación urbana con autorización para construcción simultánea) o que estén ubicados en zonas urbanas consolidadas, es decir, que sean considerados como urbanos por la municipalidad correspondiente, aunque consten registrados como rústicos.

El numeral 25.1. del artículo 25° de la aludida Ley establece que en todos los casos de regularización de edificaciones, el interesado debe presentar al notario un informe técnico elaborado por un verificador, público o privado, ingeniero civil o arquitecto colegiado, que constate las características de la edificación (...).”

El Verificador Responsable, conforme a la definición contenida en el artículo 2° del Reglamento de la Ley 27157, “es el arquitecto ingeniero civil colegiado, inscrito en el índice de Verificadores a cargo de la SUNARP (...); quien, bajo su responsabilidad profesional, organiza y tramita el expediente de regularización, constata la existencia y características de la edificación, el cumplimiento de las normas y parámetros urbanísticos y edificatorios, y confirma que los planos que se adjuntan al expediente corresponden a la realidad física del terreno y la edificación.”

El numeral 9.1. del artículo 9 del mismo Reglamento, agrega que el verificador responsable “emite el Informe Técnico de Verificación y declara que los planos que se adjuntan corresponden a la realidad física existente, dejando constancia de las observaciones que formula.”

El numeral 13.1. del artículo 13° de dicho Reglamento establece que “cuando el Verificador Responsable constata la existencia de discrepancias, entre el área real del terreno, sus linderos y/o medidas perimétricas, con los que figuran en la partida registral del predio; así como transgresiones a /a normativa urbanística o de edificación, las hará constar en el informe Técnico de Verificación como observaciones.”

Con relación a la calificación del título de regularización, el artículo 32° del citado Reglamento señala que “en los casos en que el Informe Técnico de Verificación contenga observaciones, (...) dichas observaciones no impiden la inscripción de la declaratoria de fábrica en vía de regularización; pero podrán ser inscritas por el registrador como una carga del inmueble en la partida registral del predio.”

Además, debemos indicar que la primera función del verificador, es establecer la fecha en que se terminó la edificación que se quiere regularizar, a efectos de poder establecer si efectivamente se puede acoger al procedimiento regulado en la Ley 27157. Sin embargo, el problema radica en que

muchos verificadores declaran que edificaciones que han sido recientemente construidas fueron terminadas antes del 21 de Julio de 1999.

Ante ello, el Tribunal Registral Peruano viene señalando que el verificador tiene una idea cabal de la edificación de sus circunstancias y de la implicancia de la normatividad urbanística y edificatoria sobre las mismas. Por lo tanto, ese conocimiento, completo y directo, no puede ser cuestionado a través de la idea meramente referencial y documental que de la edificación se forman las instancias registrales.

Se añade que, si bien el verificador es un ingeniero civil o arquitecto que ejerce su función de manera independiente; sin embargo, en este caso, asume una labor de colaboración con un órgano estatal, la municipalidad dentro de cuya jurisdicción se ubica el predio, quién en virtud a su título profesional le delega la función pública de verificar la realidad de determinados aspectos técnicos de su competencia.

En ese sentido, el Tribunal Registral Peruano ha señalado en múltiples resoluciones⁶ que no corresponde a las instancias registrales cuestionar la fecha de finalización de la edificación, pues los costos y los beneficios de determinadas decisiones estatales ya han sido evaluadas por el legislador y a los destinatarios de estas decisiones solo queda cumplirlas. Si estos sujetos hacen mal uso de sus facultades, falseando datos, será exclusiva responsabilidad de ellos, pues ni el registro ni cualquier otra persona está en la capacidad preliminar de advertir estos defectos máxime si la Ley ha previsto severas sanciones para el verificador.

Por lo tanto, a pesar de existir pruebas de que la fecha de terminación de la obra no es la indicada por dicho profesional, el Tribunal Registral ha ordenado que se proceda con la inscripción de la edificación mediante el procedimiento de regularización, independientemente de que se le inicie un procedimiento administrativo al verificador. Sin embargo, no se tiene en cuenta que la función sancionadora que ejerce la SUNARP⁷ respecto de los verificadores responsables es una función secundaria, el hecho de sancionar al verificador no va a eliminar la inscripción generada por documentación en la que el verificador consignó información falsa.

⁶ Resolución n.º 802 -2017-SUNARP-TR-L de fecha 10/04/2017. Resolución n.º 275 -2017-SUNARP-TR-L de fecha 02/02/2017. Resolución n.º 618 -2016-SUNARP-TR-A de fecha 26/10/2016. Resolución n.º 419 -2016-SUNARP-TR-A de fecha 19/07/2016

⁷ Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

Resulta de suma importancia tener en cuenta lo resuelto en la RESOLUCIÓN DE LA SUPERINTENDENTA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS N.º 035 -2017-SUNARP/SN de fecha 28/02/2017 y en la RESOLUCIÓN DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS N.º 325 -2016-SUNARP/SN de fecha 16/11/2016, referidas a procedimientos sancionadores seguidos a verificadores responsables, en las que se ha indicado lo siguiente:

- a) “(...) para el cumplimiento diligente de la función de verificador en lo referente a este punto – fecha de la conclusión de la edificación- implica que este profesional no solo constate en el lugar la situación y estado de las edificaciones materia de regularización, sino que haga uso de las herramientas y mecanismos que se encuentran a su alcance, no tanto para determinar la fecha exacta de la antigüedad de las edificaciones, sino sobre todo para descartar que sean posteriores a la fecha manifestada por los interesados o los propietarios. Para tal efectos, el verificador puede consultar la información histórica contenida en los registros o archivos de la municipalidad a la que pertenece el inmueble materia de regularización, la información contenida en google earth, entre otros.(...)”
- b) “ (...) En cuanto al medio probatorio conformado por la declaración del propietario en el acta de constatación de declaración de fábrica en el sentido que la construcción culminó en el mes de mayo de 1999, es desvirtuada por los siguientes medios probatorios: las imágenes satelitales de google earth y, concretamente, aquella del año 2006 donde consta de manera clara que el predio no tenía construcción (era solo terreno), la foto de fiscalización tributaria a consecuencia de la inspección realizada en el año 2010 en donde consta que el predio tiene solo dos (02) pisos, así como la imagen de google Street view del año 2014 donde consta que el predio continuaba con los mismos dos (02) pisos y recién en la imagen de google street view del año 2015 aparece la construcción del tercer piso. (...)”

En ese sentido, debe tenerse presente que una de principales funciones del Registro es brindar seguridad jurídica mediante la inscripción de actos que pasan por el filtro de la calificación registral en la que se evalúa, entre otros aspectos, la legalidad de dichos actos y de los títulos que los contienen. Por lo tanto, si dentro del procedimiento registral el registrador o Tribunal Registral advierten que el acto que se solicita inscribir no cumple con la normatividad que regula el mismo, entonces no debe admitirse su inscripción.

El procedimiento de regularización de edificaciones, es excepcional y a la fecha únicamente se debe aplicar a las edificaciones que se hayan culminado hasta el 20/07/1999, de allí la trascendencia de poder determinar la fecha de finalización de la obra, pues de ello depende la procedencia o no del procedimiento de regularización, caso contrario tiene que seguirse el procedimiento municipal regulado en la Ley 29090.

De seguir permitiendo que mediante el procedimiento de regularización se sigan regularizando edificaciones que han sido terminadas con fecha posterior al 20/07/1999, se está fomentando la construcción e inscripción de edificaciones que transgrediendo la normatividad vigente se realizan sin autorización de las municipalidades, que son los entes estatales que tienen la facultad legal de autorizar la construcción de edificaciones, verificando que las mismas cumplan con los parámetros urbanísticos y edificatorios, así como con las normas de seguridad.

CONCLUSIONES

- 1.-El derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por Ley; y, por otro lado impone al titular el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo.

La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y valor constitucional. Por ello, es que el derecho de propiedad debe ejercerse dentro de los límites que le imponen las normas urbanísticas y edificatorias, a efectos de poder lograr un desarrollo sostenible de las ciudades.

- 2.-Un caso sumamente preocupante, que está acaeciendo en el Perú, es el supuesto de regularización de edificaciones que fueron terminadas sin autorización municipal hasta el 20 de julio de 1999. Siendo que, a la fecha este procedimiento de regularización se ha convertido en la regla, ya que los verificadores responsables señalan que edificaciones que han sido construidas recientemente, fueron terminadas antes del 21 de julio de 1999, de esta manera todas las edificaciones construidas de manera informal y sin cumplir las normas urbanísticas y edificatorias acceden al Registro.

- 3.-Una de principales funciones del registro es brindar seguridad jurídica mediante la inscripción de actos que pasan por el filtro de la calificación registral en la que se evalúa, entre otros aspectos, la legalidad de dichos actos y de los títulos que los contienen. En ese sentido, si dentro del procedimiento registral el registrador o Tribunal Registral advierten que el acto que se solicita inscribir no cumple con la normatividad que regula el mismo, entonces no debe admitirse su inscripción.
- 4.-Las políticas de formalización o regularización deben ser excepcionales, no puede permitirse una formalización constante, pues eso incentiva la informalidad y debilita el ordenamiento jurídico. En ese sentido, los Estados deben poner énfasis en las políticas de planificación urbana, la eliminación de barreras burocráticas y crear mecanismos para desincentivar las construcciones informales.
- 5.-El procedimiento de regularización de edificaciones, es excepcional y a la fecha únicamente se aplica a las edificaciones que se hayan culminado hasta el 20/07/1999, por eso la trascendencia de poder determinar la fecha de finalización de la obra, pues de ello depende la procedencia o no del procedimiento de regularización, caso contrario tiene que seguirse el procedimiento municipal correspondiente.

En ese sentido, no se puede seguir permitiendo que mediante el procedimiento de regularización se sigan regularizando edificaciones que han sido terminadas con fecha posterior al 20/07/1999, toda vez que, ello fomenta la construcción de edificaciones que transgrediendo la normatividad vigente se realizan sin autorización de las municipalidades, que son los entes estatales que tienen la facultad legal de autorizar la construcción de edificaciones, verificando que las mismas cumplan con los parámetros urbanísticos y edificatorios.

BIBLIOGRAFIA

- Morris, G. F., Banco Mundial., & Comisión de Formalización de la Propiedad Informal. (2004). *Develando el misterio: La formalización de la propiedad en el Perú*. Lima: Servicios Editoriales del Perú.
- Rosner, Waltraud. (2000). "Crecimiento Urbano y Segregación Social en la Ciudad de Chiclayo". *Espacio y Desarrollo* n.º 12.
- De Soto, Hernando. (2009). *El otro sendero: Una respuesta económica a la violencia*. Lima: Grupo Editorial Norma.

LA REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE PAZ. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TIERRAS Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Nelson Gutiérrez

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

La temática de la presente ponencia en el caso de nuestro país, Chile, nos convoca ineludiblemente a participar en ella porque se trata de un conflicto que se arrastra desde el siglo 19 y que se prolonga en la actualidad, y en el que ningún gobierno ha sido capaz de dar una solución integral y definitiva al problema de la tenencia de la tierra y a la propiedad de ésta por y para los pueblos originarios, pese a que la ley vigente llamada “Ley Indígena” N° 19.253 (Diario Oficial 5-X-1993) que establece normas sobre protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, constituye un avance en el tratamiento de las demandas de los pueblos originarios, considerando que, como lo dispone la Corte Inter Americana de Derechos Humanos en sentencia dictada en el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni Vs. Nicaragua, “los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus **propios territorios** y que la estrecha relación que mantienen con la **tierra** debe ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la **relación con la tierra** no es meramente una cuestión de **posesión y producción**, sino un elemento material y espiritual de que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. Y la importancia de esta relación está expresamente consagrada en el Convenio 169 de la Organización Internacional

del Trabajo¹, sobre pueblos indígenas y tribales, del cual nuestro país es signatario desde 2008, cuyo artículo 13 llama a los Estados a respetar dicha relación agregando además que el territorio comprende “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Y el Estado de Chile reconoce como principales etnias indígenas a la Mapuche (la más numerosa, y que ocupaba la zona central del país), Aymará, Rapa Nui o Pascuense, la de la comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguitas del Norte del País, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes (artículo 1° inciso 2° de la Ley 19253), y que conforman una población de alrededor de 1.500.000 personas, casi un 9% de la población total, y la mayor cantidad de individuos pertenecientes a los pueblos originarios se encuentra en la Región Metropolitana (un 30%) seguido por la Región de la Araucanía, Temuco, al sur y a la costa.

Nuestro enfoque al problema está referido principalmente al pueblo Mapuche por ser el más numeroso y el que sostuvo una larga y cruenta guerra con el Imperio Español, en defensa de su territorio, conflicto que duró siglos y se focalizó en una extensa zona de nuestro país, desde el Río Bío Bío al Sur, abarcando lo que constituyen actualmente las Regiones 8°-9°-10°, precisamente zonas que actualmente son el foco de terrorismo y violencia provocado por grupos radicales de la etnia mapuche, violencia vinculada principalmente a la reivindicación de tierras por parte de las comunidades mapuches.

El conflicto se inicia con el descubrimiento de Chile por don Diego de Almagro en 1536, y es un conquistador y soldado, don Alonso de Ercilla quien participando en el conflicto, inmortalizó esta gesta, escribiendo un poema épico, “La Araucana”, una de cuyas estrofas se enseña en las escuelas chilenas y que resalta la valentía tanto de los conquistadores como la de los indígenas y que dice así:

*“Chile, fértil provincia y señalada
en la región Antártica famosa,
de remotas naciones respetada*

¹ El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales es una convención adoptada en Ginebra el 27 de Junio de 1989. Es el principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas. Este instrumento fue precedido por el convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en 1957 y se le considera como un precedente para la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. Nuestro país lo ratificó en Septiembre de 2008, por la Presidenta Bachelet tras ser aprobado por ambas cámaras en el congreso. Y entró en vigencia el 15/09/2009.

*por fuerte, principal y poderosa;
la gente que produce es tan granada,
tan soberbia, gallarda y belicosa,
que no ha sido por rey jamás regida
ni a extranjero dominio sometida”*

Efectivamente la Corona Española no logró jamás dominar al pueblo mapuche y ya instaurada la República, el gobierno de Chile inició lo que se dio en llamar la “Pacificación de la Araucanía” desde el Río Bío Bío hasta el Río Toltén por el sur, entre los años 1860 y finales del siglo 19, que en el fondo fue la ocupación militar de la Araucanía en un territorio que se había mantenido rebelde a partir de la Guerra de Arauco contra la Corona Española durante la conquista de Chile en el Siglo 16 y durante todo el período colonial chileno, sin que ningún bando venciere claramente, y una vez concluida la ocupación militar de la Araucanía, el Estado Chileno empezó a entregar a los mapuches fundos y parcelas a través de títulos de Merced y en virtud de la Ley de 4-XII-1866, denominada de Radicaciones, dispuso la *“Fundación de Poblaciones en el territorio de Indígenas y dio normas para la enajenación de estas”*, creó una comisión para deslindar tierras y determinó los terrenos que se reputaban “baldíos” y de propiedad del Fisco. Estableció asimismo en los puestos fronterizos indígenas un letrado con el título de Protector de Indígenas. Y lo más rescatable de esta Ley es a nuestro juicio, su artículo 4 que estableció: *“Los contratos traslativos de dominio sobre terrenos situados en territorios indígenas solo podrán celebrarse válidamente cuando el que enajena **tenga título inscrito y registrado competentemente**”*.

Por su parte el **artículo 1º del Decreto de 6 de Julio de 1872**, que fijó el procedimiento para la extensión de las escrituras que indica en los Departamentos de Nacimiento, Angol, Lebu e Imperial, estableció:

*“Los Escribanos Públicos de los mencionados departamentos no extenderán en lo sucesivo escritura alguna sobre venta, hipoteca, anticresis, arriendos o cualquier otro contrato que tenga por objeto gravar o enajenar los terrenos de indígenas de aquellos departamentos, sin que, por parte de los que pretendan celebrar estos contratos se les presente **el respectivo título inscrito y competentemente registrado**, del cual se tomará razón en la misma escritura anunciándose su fecha, nombre del Escribano **que hizo la inscripción** y demás circunstancias que lo determinen y lo especifiquen”*. Otra norma, **un decreto de 05/09/1896** dictaba normas para reunir los protocolos de escrituras de terrenos indígenas, debiendo los Notarios remitir a los archivos de los **títulos de propiedad raíces**.

Por último, **la ley 4169 de 2/08/1927** que creó un Tribunal Especial de División de Comunidades indígenas que tengan títulos de Merced, con asiento en Temuco, y cuyo artículo 7° estableció: las hijuelas de la partición **deberán inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo** y en el Registro de Propiedad del Conservador de Indígenas. *“Inscripciones que serían gratuitas y con la obligación de los Conservadores de Bienes Raíces de comunicar mensualmente el estado de ellos al Presidente de Comisión Radicadora de Indígenas”*.

Del análisis de estas leyes dictadas en distintos años 1866-1872-1896 y 1927, se puede concluir que a los indígenas se les entregó el derecho de registrar sus tierras como propiedad privada, y a lo largo de los años, y desde mucho antes, a partir de 1813 se dictaron muchas otras, principalmente orientadas a regular los actos y contratos respecto de tierras indígenas.

En consecuencia, todos estos títulos debían regirse e inscribirse en el respectivo Registro del Conservador de Bienes Raíces, institución que había sido creada algunos años antes, en 1857 junto con la dictación del Código Civil, y ya en aquella época, nuestro legislador consideraba al Registro de la Propiedad como una pieza importante en la regulación y protección de los derechos territoriales indígenas.

Sin embargo, con el correr de los años y pese a que la ley especial de 4-XII-1866, dejó vigente el Decreto N° 109 de 14-III-1853 que establecía normas de protección a las ventas de tierras indígenas, prohibiendo las ventas de tierras indígenas a personas no mapuches, muchos predios fueron cedidos, arrendados y finalmente inscritos por colonos chilenos y extranjeros en los Conservadores de Bienes Raíces.

Influyó en este proceso también el desconocimiento de las normas jurídicas y procedimentales para que los indígenas accedieran a los Registros Conservatorios, así como lo extraño que resultaba para ellos todo este nuevo sistema, así como la lejanía de los centros poblados en donde funcionaban estos Registros. En esta superposición de títulos, y con los resquicios legales utilizados para quitar judicialmente y de hecho tierras a los indígenas, y los inevitables conflictos de intereses surgidos, entre otras causas, está la raíz del conflicto por la reivindicación de las tierras mapuches, que perdura hasta hoy, y que se traduce entre quienes alegan tener un derecho ancestral sobre territorios originalmente ocupados por los indígenas y quienes cuentan con una posesión inscrita posterior, regulada por el Código Civil, ¿Qué debe prevalecer, los títulos de Merced, o de Comisario, o un título de propiedad²?, ese es el conflicto esencial. Aunque la Ley Indígena

² El artículo 12 de la Ley 19.253 determina que son tierras indígenas: 1) Aquellas que

en su artículo 58 a propósito de las normas especiales de los procedimientos judiciales, en los casos de juicios reivindicatorios o de restitución de tierras, da una pauta que se traduce en la siguiente:

Inciso 2°: “En caso de controversia acerca del dominio emanado de un título de merced o de comisario vigente, estos prevalecerán sobre cualquier otro, excepto en los casos siguientes:

1. Cuando el ocupante exhiba un título definitivo que emana del Estado, posterior al 4/XII/1866 y de fecha anterior al de merced.
2. Cuando el ocupante exhiba un título de dominio particular de fecha anterior al de merced aprobado de conformidad con la ley de Constitución de la Propiedad Austral.

Determinar cuáles son estos territorios es naturalmente una compleja labor en la que se contraponen la necesidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales, los derechos de los descendientes de los colonos que fueron localizados en el territorio por el Estado y los intereses de los campesinos no indígenas que habitan en esos lugares. Sobre el particular es interesante considerar el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que *ha cuestionado la aplicación irreflexiva de las normas civiles sobre la posesión y propiedad y cuando se trata de tierras indígenas. Al respecto, ha señalado que - a diferencia del derecho civil común, donde la prescripción extintiva opera fundamentalmente por el transcurso del tiempo - aquí lo decisivo es la vigencia del vínculo espiritual y material que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras originales. Mientras esta subsista, mantendrían su derecho a la reivindicación de sus tierras, más allá de la aplicación de los plazos de*

las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823. b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883.

Los títulos de Comisario, denominados así por el nombre del funcionario encargado de “posesionar” a los indígenas sus tierras.

Constituyen los primeros títulos de propiedad mapuche. Se promulgó la ley que les da origen al 10/06/1823 (gobierno de don Ramón Freire) y a través de esta Ley el Estado Chileno reconoce el territorio mapuche Huilliche a perpetuidad, y las tierras sobrantes medidas y tasadas pertenecieron al Estado.

Los títulos de Merced como formas de titulación inmobiliaria, se entregaron en virtud de la ley 4-XII-1866, una vez que el Estado chileno concluyó el proceso de ocupación por la Comisión Radicadora de Indígenas, en las provincias de Bío Bío, Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia y Osorno, y terminando el proceso en el año 1929.

prescripción de las acciones reivindicatorias del derecho común”³. Criterio que ha sido acogido por algunas Cortes Chilenas, al sostener que cuando lo reivindicado es tierra indígena, la teoría de la posesión inscrita⁴ no debe aplicarse de forma estricta. Y así es como *por sentencia sentencia de 6 de Enero de 2009, la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que la Teoría de la posesión inscrita no procedía de manera estricta cuando se trataba de tierra indígena, por aplicación de la Ley N° 19.253 y el Convenio N° 169 de la OIT; y Falló que:*

Considerando Tercero que “Tratándose la cosa reivindicada de tierra indígena, no corresponde aplicar de manera estricta la teoría de la posesión inscrita consagrada en el Código Civil, en cuanto a que sólo procedería la acción reivindicatoria, si el poseedor material demandado, tuviera a su vez posesión inscrita de sus derechos, pues allí la controversia sólo pasaría por determinar la prevalencia de las respectivas inscripciones de dominio”.

Se dio por acreditada la posesión de la demandada, al haber explotado forestalmente el predio hasta después de la interposición de la demanda. Se dijo que ella había realizado actos de posesión (hechos positivos) de los que solo da derecho el dominio, sin conocimiento del que disputa la posesión”⁵.

³ “Los pueblos indígenas y el derecho”. De José Aylwin (coordinador). Matías Meza-Lopehandía. Nancy Yáñez. Ediciones Lom.2013.- Página 496.

⁴ Teoría de la posesión inscrita, esto es, el conjunto de principios y preceptos del Código Civil que se refieren a la adquisición, conservación y pérdida de los inmuebles. Gaceta Jurídica. Año 2014. Junio N° 408. Página 103.

Y las bases sobre las cuales descansa esta teoría es la institución del Registro del Conservador de Bienes Raíces y consagrando como la única manera válida y legal de efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces y demás derechos reales, exceptuadas las servidumbres, es la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

⁵ Aplicación de la Ley N° 19.253 en materia de contratos: Análisis jurisprudencial y comentarios. Carolina Andrea Martínez Cid. Universidad de Concepción, 2012. Página 55.

“Curín con Bosques Arauco S.A.”. Corte de Temuco, 1864-2008, 6.1.2009, cons. 3°. LP. N° 41669. Agregó además la sentencia en su considerando 3° *“que en el caso en estudio, para una justa solución del conflicto planteado, debemos tener presente los principios recogidos en el artículo 1 de la Ley 19.253 y en el Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008, que establece que al aplicar las disposiciones del convenio deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración*

La ley indígena vigente sobre el particular dispone que “es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones, respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines o **Proteger las tierras indígenas**” (artículo 1, inciso final).

Y acorde con esta disposición se establece en la misma Ley (artículo 13) una serie de medidas de protección de las tierras indígenas prohibiendo que sean enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. Además no pueden ser arrendadas por un lapso superior a cinco años.

Medidas de Protección que en lo sustancial se incorporaron ya en las primeras y sucesivas leyes de protección de indígenas dictadas desde mediados del siglo 19 en adelante, y es aquí donde cobra importancia el rol moderador y regulador del Registro de la Propiedad, que debe cautelar que los Notarios y Conservadores, no obstante los términos de la ley que en algunos aspectos presenta vacíos, en ocasiones, autorizan e inscriben contratos relativos a tierras indígenas que son manifiestamente contrarios a la ley y a su espíritu y cuya inobservancia implica la nulidad absoluta del respectivo acto o contrato (artículo 13 inciso final, Ley 19.253).

Y es así como la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, ha observado venta de terrenos indígenas a personas no indígenas o cuya calidad de tal es dudosa o de difícil determinación, o inscripciones de cesiones de derechos hereditarios que recaen determinadamente en tierras indígenas y contratos de arrendamiento con cláusulas de renovación automática por largo periodo de tiempo y con un precio único pagado con antelación por totales renovaciones. O la confusión en torno a que todo inmueble rural porque su dueño sea persona con apellidos indígenas, es también indígena, etc., etc.

Pero estas irregularidades no debemos atribuírselas solo a los abogados u otros operadores del sistema, puesto que como ya se ha observado la ley

la índole de los problemas que se le plantean tanto colectiva como individualmente; deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos (artículos 5, letras a) y b). Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (artículo 8 N° 1); las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (artículo 9 N° 2). Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidos por dichos pueblos (artículo 17 N° 1).

presenta vacíos legales, como el referido a la alta complejidad en la determinación de la calidad de indígena de un inmueble o los casos de personas que no cuentan actualmente con apellidos indígenas (por haberles Castellatinizado, y ocultado su ascendencia, celebrando contratos de compra venta de tierras aparentemente indígenas, “lo que compromete la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, constituyendo una prolífica fuente de conflictos”⁶.

Otro vacío legal dice relación con las adjudicaciones a cónyuges no indígenas en la liquidación de la sociedad conyugal, de tierras indígenas. Se discute sobre la validez de estas adjudicaciones y de las compra ventas posteriores que ocurran a estas adjudicaciones. Advertimos en la actual ley la ausencia de una norma que ordene a los Notarios y Conservadores que, en el caso de dudas respecto del cumplimiento de sus disposiciones requiera informe ahora de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, o del Registro Público de Tierras, como lo disponía el artículo 11 de la Ley 17.729 (Diario Oficial 26-09- 1972), precedente de la actual, informe que la institución requerida debía evacuar en todo caso.

Enfatizaba esta norma además, que los Notarios y Conservadores de Bienes Raíces no autorizaran escrituras, actos o contratos que puedan privar a los indígenas del dominio, posesión o tenencia de las tierras indígenas, ni autorizaran su inscripción, en su caso, si se hubiera omitido la autorización previa exigida para su validez.

Por último disponía que el Notario o el Conservador de Bienes Raíces que contraviniera las disposiciones contenidas en el artículo mencionado, será sancionado en la forma establecida en el artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, si mediare malicia, con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Es obvio que lo más aconsejable para el Notario y Conservador en caso de dudas en la aplicación de la Ley, y para salvar su responsabilidad es consultar al organismo técnico de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o del Registro Público de Tierras.

Como otra medida de protección que cabe resaltar, aunque limitante del derecho de propiedad ya que solo excepcionalmente podrán constituirse es la relativa a la constitución de derechos reales de uso que el artículo 17 de la Ley regula, y que dispone que los titulares de dominio de tierras indígenas podrán constituir estos derechos reales de uso sobre determinadas

⁶ Breve análisis de la ley 19.253. Manual de Practica Registral. Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral. Mario Olmos Lopomo. Antonio Collados Sariego. Página 142.

porciones de propiedad en beneficio de sus ascendientes y descendientes para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a los programas habitacionales destinados al sector rural. Y alterando las normas del artículo 819 del Código Civil dispuso que este derecho real de uso será transmisible solo al cónyuge o a quien hubiere constituido posesión notoria de estado civil de tal. En lo demás, se regirá por las normas del Código Civil.

Pero, donde el manto protector del Registro de Propiedad se ve notoriamente mermado es en relación a la nula protección que ofrece frente a la propiedad del subsuelo de los territorios indígenas, sus bosques, y sus aguas y sus recursos naturales y mineros, ya que por ejemplo cualquier particular, nacional o extranjero puede formular pedimentos o manifestaciones mineras o constituir servidumbres mineras en terrenos indígenas, sometiéndose naturalmente a las exigencias que impone la legislación minera, pese a que el artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, establece que los derechos de los pueblos Indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Derecho que incluye su participación “en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1).

Se advierte la falta de una normativa que excluya expresamente a los terrenos indígenas de estas intervenciones y así se hace necesario reformular, entre otras, las disposiciones del Código de Minas (artículo 17 y siguientes) que regulan los permisos para ejecutar labores mineras en determinados lugares, consignando expresamente la exclusión de estos terrenos, y adecuando las normas mineras a la Ley Indígena.

Y es así, como en teoría en nuestro ordenamiento jurídico, y pese a las regulaciones ambientales, es hipotéticamente posible el otorgamiento de Concesiones Mineras de Exploración o de Explotación o Constituir Servidumbres mineras en predios indígenas, ya que la ley indígena solo da protección a las tierras indígenas en un sentido restringido sujetando todos los demás recursos naturales que comprende, al derecho común, alejándose de esta forma del concepto de tierra que la citada convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo entrega, la que debe incluir el del “territorio” concepto más amplio, que comprende el hábitat o medio ambiente de las áreas en que habitan los pueblos originarios. En este sentido también habría que modificar las normas del Código de Minería que regulan las oposiciones a la mensura (artículo 61 y siguientes) ya que “*no se contempla en el procedimiento constitutivo de una pertenencia mecanismos para oponer al concesionario el mejor derecho de una comunidad indígena sobre el territorio y los recursos naturales afectados por el otorgamiento*

de una Concesión Minera de Exploración y/o Explotación”⁷. Y a propósito de las servidumbres y en abono de la tesis de la improcedencia de constituir servidumbres mineras sobre predios superficiales indígenas se argumenta que el artículo 13 de la Ley dispone que por exigirlo el interés nacional, las tierras indígenas, entre otras limitaciones no podrán ser “*gravadas*” y las servidumbres precisamente son gravámenes que se imponen sobre un predio superficial indígena en beneficio de una Concesión Minera, de un Establecimiento de Beneficio o incluso de la Facultad de Catar y Cavar.

Sin embargo los que alegan la procedencia de estos gravámenes se basan en que la ley indígena, Ley común, no puede derogar o modificar una norma anterior y de rango constitucional, como lo es la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (Ley 18.097 Diario Oficial 21-I-1982), cuyo artículo 8° concede a los concesionarios mineros facultad a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras tales como los de ocupación, tránsito, las establecidas en beneficio de empresas concesionarias de servicios eléctricos, etc. En suma, la Ley indígena no reconoce derecho alguno en relación con los recursos naturales, salvo el caso de las aguas de los pueblos andinos según se dirá. Y es así, como tales derechos siguen siendo regulados por la legislación sectorial: el Código de Aguas (1981), el Código de Minería y su Ley Orgánica Constitucional (1983), la Ley General de Pesca y Acuicultura (1981) y sus modificaciones, y la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica (Ley 19.657 de 2000) y el D.L. 701 de Fomento Forestal y sus modificaciones, las que desvinculan los derechos sobre la tierra de los derechos sobre los recursos naturales que hay en ella, permitiendo su apropiación por no indígenas, como ha ocurrido en el país en los últimas décadas, generando graves conflictos en territorios indígenas⁸.

Y en materia de aguas sí, hay que señalar una excepción por cuanto la Ley indígena reconoce a los pueblos Andinos (Aimaras de la Primera Región) y Atacameños (poblados al interior de la 2° región), en los artículos 64 y 3° Transitorio, la obligación de respetar y proteger las aguas de dichas comunidades, las que serán consideradas bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena, las aguas que se encuentran en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos de terceros que hayan inscrito de acuerdo al Código de Aguas. Asimismo no se otorgará nuevos derechos de agua. Y por último se impone a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y

⁷ Los pueblos indígenas y el derecho”. Obra Citada. De José Aylwin (coordinador). Matías Meza-Lopehandía. Nancy Yáñez. Edición Lom. Página 218.

⁸ Obra “Los pueblos indígenas y el derecho”. Obra citada. Página 184.

a la Dirección General de Aguas, el establecimiento de Convenios para la “Protección Constitución y Restablecimiento de los derechos de Aguas de Propiedad Ancestral de estas comunidades (Aimaras y Atacameñas). No obstante estas normas protectoras de excepción, estas comunidades han sufrido impactos negativos en su hábitat y espacios territoriales principalmente por la expansión de proyectos mineros y geotérmicos que presionan sobre sus ecosistemas particularmente sobre las aguas, fundamentales para el desarrollo de la economía agropastoril propia de estas comunidades. Un ejemplo de esta expansión es el del caso de las pretensiones de la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta (ESSAN S.A.) que pretendió reivindicar derechos de agua inscritos, petición que fue felizmente desestimada por los tribunales de primera y segunda instancia, confirmados con fecha 22 de III de 2004 por la Excelentísima Corte Suprema, la que se pronunció por primera vez desestimando la demanda reivindicatoria, reconociendo el derecho preferente de las comunidades indígenas del norte fundado en sus derechos ancestrales, y en sus usos inmemoriales (derecho propio) por la comunidad, lo que constituye dominio pleno por aplicación de los citados artículos, 3° transitorio inciso 2° y 64 de la Ley indígena.

En el fallo de primera instancia del Segundo Juzgado de Letras de El Loa-Calama, se declaró que la comunidad es dueña del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes de uso consuntivo, permanente y continuo en el Río Toconce, y que ordenó además la inscripción del derecho en el registro de Propiedad de Aguas del Conservador respectivo⁹. Y este reconocimiento de la jurisprudencia chilena en la protección de los derechos de estas comunidades sobre sus aguas ha sido progresivo y confirmado por fallos posteriores como por ejemplo, el caso de la Machi Francisca Linconao Huircapan y el de la comunidad Chuzmiza-USmagana.

En el caso de la machi se declaró ilegal y arbitrario la tala de los bosques aledaños a los espacios territoriales indígenas en los que se recolectan hierbas medicinales y se afectan sus aguas. Desarrollando la corte un concepto amplio de medio ambiente que permite proteger las fuentes de agua mapuche (menoko) y los espacios territoriales en los que origina la medicina vernácula, la tierra y su particular importancia para los pueblos indígenas.

Corte Suprema Rol 7287-2009, ratificando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 1773-2008.

Y en otro fallo similar de 25/XI/2008 la Corte Suprema reconoció que la comunidad indígena de Chuzmiza-USmagana tienen derechos ancestrales

⁹ Cuarta sala Corte Suprema (recurso casación en el fondo 986/2003. Fallo 22-marzo-2004. Comunidad Indígena Toconce v/s ESSAN S.A.

de aprovechamientos de aguas sobre la quebrada del mismo nombre, argumentado que estos se encuentran refrendados por la Ley 19.253 de 1993 y el Convenio N° 169 de la O.I.T.¹⁰

Con estos fallos debemos reconocer el criterio progresista y protector de nuestros tribunales, que con sus fallos reconocen y reivindican derechos ancestrales muchas veces desconocidos de nuestros pueblos originarios.

Finalmente cabe señalar que la legislación chilena también ha resguardado los derechos indígenas por la vía de proteger los ecosistemas indígenas, específicamente vegas y bofedales de la 1° y 2° región según lo establecido por la Ley 19.145. Diario Oficial 25-06- 1992, cuyos dos artículos, modificando los artículos 58 y 63 del Código de Aguas disponen:

Artículo 1°.- *“Agrégase el siguiente inciso tercero al artículo 58 del Código de Aguas:*

No se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas.”

Artículo 2°.- *“Agréganse los siguientes incisos al artículo 63 del Código de Aguas:*

“Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas”.

Aunque es necesario precisar que desde el punto de vista constitucional, y en teoría, las tierras indígenas están suficientemente protegidas puesto que el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política dispone:

La Constitución asegura a todas las personas:

N° 24).- El derecho de propiedad es sus diversos espacios sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

“En este sentido el propio Tribunal Constitucional - al realizar el control de constitucionalidad del Convenio 169 sobre pueblos indígenas el año 2000, reconoce la especial naturaleza de la propiedad indígena. Tribunal

¹⁰ Obra citada “Los pueblos indígenas y el derecho”. Página 180.

Constitucional. Rol 309 año 2000. Considerando N° 77 - ha señalado que entre las especies de propiedad protegida por esta disposición se encuentra la propiedad indígena. Asimismo el derecho a la restitución de las tierras, consagrado en el Convenio 169, y reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Inter.

Americana de Derechos Humanos, puede ejercitarse mediante la expropiación legal contemplada en el mismo artículo constitucional”¹¹. Mecanismo de Expropiación que puede ser por causa de utilidad pública o interés nacional, alternativa de solución muchas veces reclamada por los pueblos indígenas y que no ha sido utilizada por los gobiernos para hacer frente a una situación de injusticia histórica.

Es digno de destacar, en materia de participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales referidos en el artículo 15 del Convenio 169 el acuerdo a que se ha llegado en nuestro país entre la Empresa Minera del Litio Albemarle (U.S.A), uno de los principales productores del planeta con el consejo de pueblos Atacameños (2 Región del País) y que responde al criterio de “*licencia social para operar*”, al obtener el consentimiento de las comunidades indígenas y de grupos de interés, para operar, lo que revela, que se generó confianza y se construyeron relaciones francas y directas entre las Empresa y sus comunidades.

En la práctica, el acuerdo de cooperación, sustentabilidad y beneficio mutuo se traduce en la entrega a las comunidades indígenas de la cuenca del Salar de Atacama*, el 3,5% de sus ventas de carbonato de litio y cloruro de potasio producidas en la planta Salar. Convenio que establece un nuevo paradigma en las relaciones entre las comunidades y la industria minera, y es el resultado de un proceso de acercamiento y dialogo y colaboración iniciado el año 2012 entre las partes, y culminado el presente año 2018.

Se trata de una iniciativa inédita y pionera y que abre el camino para que otros actores se esmeren en obtener similar “*licencia social para operar*”¹².

El breve análisis de los fallos analizados y el acuerdo de una gran Empresa Transnacional con pueblos indígenas revela que el Convenio 169 de

¹¹ Matias Meza Lopehandia-Biblioteca del Congreso Nacional, y reiterado en “Los pueblos indígenas y el derecho”. Obra Citada. Página 374.

* El Salar de Atacama se ubica a 2.300 metros sobre el nivel del mar y a unos 270 kilómetros de Antofagasta, y es el principal reservorio de litio en el planeta y la principal zona proveedora.

¹² El Mercurio. 28-I-2018. Reportajes.

la O.I.T. ha ayudado a poner de relieve la protección de los derechos de los pueblos originarios y la igualdad con la que deben ser tratados.

Por eso, ante la inminencia de la denuncia por parte de nuestro país del citado convenio, al marginarse reglamentaria y eventualmente de sus disposiciones, después de 10 años de vigencia, posibilidad de denuncia cada 10 años, decisión que le corresponderá al recién entrante gobierno de don Sebastián Piñera, tal posibilidad de denuncia, vulneraría o limitaría los derechos de los pueblos originarios y sería enviar una muy mala señal política, sobre todo por la tensa situación de terrorismo que reina en la Araucanía, y porque la firma del Convenio ha sido una conquista muy importante en el reforzamiento y reivindicación de sus derechos.

Algunos piensan que la llave que destrabar el debate y los reclamos de los pueblos originarios sería el reconocimiento constitucional de éstos asegurando su participación y representación política y un rediseño de la institucionalidad actual de la CONADI. Como dato ilustrativo podemos señalar que de *“34 países miembro de la OCDE, once cuentan con pueblos indígenas, y son: Australia, Canadá, Chile, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Japón, México, Noruega y Nueva Zelanda.* De estos once países solo Chile y Japón no reconocen formas de soberanía territorial indígena; tres de ellos (México, Francia y Finlandia) reconocen formas limitadas o excepcionales de autonomía indígena, y todos los otros están desarrollando formas más avanzadas de acuerdos de soberanía indígena negociada¹³.

RÉGIMEN REGISTRAL ESPECIAL

Otro aspecto registral relativo a la propiedad del suelo Indígena, dice relación con una de las funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (organismo encargado de implementar la política pública indígena del país), cual es la de mantener un **Registro Público de Tierras Indígenas** sin perjuicio de la legislación general del Registro de la Propiedad (artículo 39 letra G, ley 19.253) que al efecto dispone: *“Mantener un Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas y un Registro Público de Tierras Indígenas sin perjuicio de la legislación general de Registro de la Propiedad Raíz”* y el artículo 15 de la ley dispone: *“La Corporación abrirá y mantendrá un Registro Público de Tierras Indígenas. En este Registro se inscribirán todas las tierras a que alude el artículo 12 de esta ley. Su*

¹³ Gonzalo Bustamante Rivera, académico Universidad La Frontera. Candidato a PH. D. en Ciencias Sociales Aplicadas. Université du Québec en Outaouais. Canadá. “El Mostrador”. 6-XI-2017.

inscripción acreditará la calidad de tierra indígena. La Corporación podrá denegar esta inscripción por resolución fundada.

Los Conservadores de Bienes Raíces deberán enviar al citado Registro, en el plazo de treinta días, copia de las inscripciones que realice y que recaigan sobre los actos o contratos, a que alude el artículo 13 de esta Ley.

El Archivo General de Asuntos Indígenas, a que se refiere el artículo 30, otorgará copia gratuita de los títulos de merced y comisarios para su inscripción en este Registro Público.

El Presidente de la República dictará un reglamento que fijará la organización y funcionamiento de este Registro”, y el reglamento respectivo es el Decreto 150 publicado Diario Oficial 17/IV/1994 del Ministerio de Planificación, complementado por la Resolución Exenta N° 235 de 10-III-2006.

Este Registro que es de carácter nacional y permanente tiene como objetivo principal la incorporación de las tierras a esta instancia que acredita su calidad de indígena. Precedente de este Registro sería el “Registro Conservador de la Propiedad Indígena, creado por la ley de 1866.

La inscripción solo acredita su calidad de Tierra Indígena y es solo una forma de publicidad, pero la Tierra será indígena abstracción hecha de su inscripción en este Registro, si cumple con los requisitos legales del artículo 12 de la Ley y no es necesario que estén inscritos en el Registro Público de Tierras Indígenas.

Este Registro no tiene un carácter constitutivo aunque la jurisprudencia de los Tribunales no es uniforme sobre el punto. Hay si una excepción respecto de las tierras provenientes de la Reforma Agraria y que históricamente hayan ocupado, que para ser tierras indígenas deben estar necesariamente inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas.

Por lo demás, el Registro Público de Tierras Indígenas no tiene registradas a todas las tierras indígenas, pues pueden perfectamente existir tierras indígenas que cumplan los supuestos taxativos del artículo 12 y que no estén inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas. “En ese supuesto la única forma de argumentar la calidad de indígena ante terceros es a través de un estudio de títulos que da cuenta el cumplimiento de artículo 12 o tramitando un juicio declarativo sobre el punto”¹⁴.

Lo importante es que esta omisión de la inscripción no es una excusa para eximir a estas tierras de su estatuto especial.

¹⁴ “La Tierra Indígena”. Profesor: Alvaro Morales Marileo. Agosto 2017.

“El propósito de este registro es mantener un catastro actualizado de consulta permanente, tanto para los beneficiarios indígenas como para personas naturales externas y este propio servicio, lo cual permite dimensionar el territorio indígena para asumir la ejecución de programas y proyectos, además de focalizar recursos de inversión pública y subsidios hacia la población indígena a lo largo del país.

Sin perjuicio de lo anterior, también es función de este Registro dar respuesta a las consultas sobre la calidad Jurídica de las tierras emanadas de los Tribunales de Justicia, Conservadores, Notarías, Municipalidades, diferentes servicios públicos y organismos privados”¹⁵.

FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO PUBLICO DE TIERRAS INDIGENAS

Funciona como un símil al funcionamiento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, así, el artículo 3° del mencionado Decreto N° 150 que “fija el Reglamento sobre Organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas” dispone que este Registro deberá llevar dos libros denominados:

1. Repertorio, en el cual se anotarán los títulos que se presenten.
2. El Registro de Tierras Indígenas, en el cual se inscribirán todas las tierras a que se refiere el artículo 12 de la ley, y;
3. Los libros Índices que sean necesarios.

La inscripción deberá materializarse dentro de treinta días contados desde la anotación en el Repertorio y en él deberán inscribirse los títulos relativos a tierras indígenas definidos como tales en el artículo 12 de la ley, es decir, los mismos títulos que deben acceder al Registro de Propiedad de Conservador de Bienes Raíces. La solicitud de inscripción podrá ser denegada por resolución fundada.

La inscripción de títulos contendrá requisitos similares a los contemplados en el artículo 78 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, tales como:

1. Individualización del predio y linderos del inmueble.
2. Fecha de la inscripción.

¹⁵ CONADI Corporación Nacional de Desarrollo Indígena - Registro Público de Tierras
-<http://www.conadi.gob.cl/registro-publico-de-tierras>.

3. Nombre, apellido, domicilio de las partes y la comunidad indígena a la cual pertenecieran.
4. Fecha del Título, su naturaleza y la oficina en que se guarda el original.
5. Firma y timbre del funcionario encargado del registro.

Existirá un libro de Registro por Comuna, el que podrá estar conformado por más de un tomo. Cada libro tendrá una numeración independiente.

Todas las inscripciones y certificaciones que emanan de este Registro de Propiedad serán gratuitas.

Ahora bien, la incorporación de los actos jurídicos relativos a las enajenaciones, embargos, gravámenes u otros que recaigan sobre Tierras Indígenas se efectuará practicando una Subinscripción que contendrá la especie de acto o contrato, el nombre de las partes y la fecha.

Y entendemos que esta Subinscripción se asentará al margen de la respectiva inscripción cuyo título obviamente ha sido inscrito con la debida antelación en este Registro Público de Tierras Indígenas, toda vez que el artículo 25 de la Resolución Exenta N° 235 de 10-III- 2006 exige en su letra d) que en cada inscripción asentada en el Registro Público de Tierras Indígenas debe indicarse la foja, número y año de la respectiva inscripción de dominio del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

Nada dice la Ley y su reglamento en el caso de negativa a una solicitud de inscripción, pero estimamos que debe seguir un procedimiento similar al contemplado en el artículo 15 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que contempla el procedimiento a seguir en los casos de negativa de los Conservadores de Bienes Raíces, para ocurrir ante el Juez Letrado Respectivo.

Las Subinscripciones y las Cancelaciones en el Registro Público de Tierras Indígenas se registrarán por las disposiciones contenidas en el título VIII del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces que precisamente regula *“De las Subinscripciones y Cancelaciones”*. Aunque es necesario señalar que la ley indígena considera una norma complementaria similar al artículo 88 del Reglamento del Registro Conservatorio situado en este título VIII al disponer en su artículo 59 que *“La rectificación de los errores de hecho existentes en los títulos de merced y en los títulos gratuitos de dominio a que se refiere esta ley se resolverá, sin forma de juicio, por el Juez de Letras de Mayor Cuantía del departamento respectivo, a solicitud del Instituto de Desarrollo Indígena o del interesado. En este último caso, el Juez procederá previo informe de la Corporación”*.

Es decir, además del Conservador de Bienes Raíces será también, el Juez de Letras competente quien sin forma de juicio resolverá estas situaciones y a solicitud de la CONADI o del interesado.

El Registro Público de Tierras Indígenas deberá remitir anualmente a los Conservadores de Bienes Raíces competentes una nómina de las Tierras Indígenas Inscritas.

Por último, en relación a la inscripción de los títulos del artículo 12 de la Ley vigente, no se regula la forma de hacer la inscripción de los títulos referidos, inscripciones que deben sujetarse en cuanto a su operatoria y práctica, a la Ley común, esto es aplicando en su integridad las normas del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

En cambio si es necesario señalar que la ley 17.279 de 26-09-1972 precedente de la actual, modificada por la ley 18.113 de 16-04-1982, estableció que las inscripciones que debían practicar los Conservadores de Bienes Raíces podían efectuarse incorporando a los respectivos registros, formularios impresos, manuscritos o mecanografiados que contendrían las menciones requeridas por el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

De igual modo, no era necesario señalar los deslindes de los predios respectivos, norma practica que no se mantuvo vigente por la actual Ley.

RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL

Al efecto el artículo 12 inciso final dispone que: *“las tierras indígenas estarán exentas de pago de contribuciones territoriales”*. Lo mismo disponía el artículo 66 de la Ley 17.729: en su inciso 2° *“Igualmente estarán exentas de todas las tasas, derechos notariales y de Conservador de Bienes Raíces las asignaciones y transferencias efectuadas por el Instituto de Desarrollo Indígena y las transferencias entre indígenas”*. Ya, en los primeros años de la República, los indígenas quedaron exentos de tributos y se les otorgó la ciudadanía chilena, según Decreto de 3 de Junio de 1818, y 4 de marzo de 1819, en el gobierno de Bernardo O’Higgins.

FRACASO DE LA POLITICA DE ENTREGA DE TIERRAS

Una política de entrega de tierras como hoy la conocemos se genera recién con la actual ley indígena, dictada en 1993, cuyo párrafo 2° del título 2°, artículo 20 y siguientes crea el *“Fondo para Tierras y Aguas Indígenas”*, que tiene por objeto reparar el daño causado por el proceso de destitución de tierras sufrido especialmente por el pueblo mapuche. Preferentemente tierras ancestrales. La política de restitución de tierras es

considerada una medida de compensación por la histórica destitución de tierras sufridas por los pueblos originarios. Y este fondo administrado por la CONADI se financia con cargo a la ley de Presupuesto anualmente y los objetivos que persigue, son:

1. Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas o comunidades indígenas.
2. Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras especialmente provenientes de los títulos de merced o reconocidas por títulos de comisario, y
3. Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de Agua, o financiar obras destinadas a obtener este recurso.

Y desde el punto de vista Registral el artículo 22 dispone que:

“Las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción. Los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de las tierras o derechos de aguas, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley. En todo caso será aplicable el artículo 13, el que regula las prohibiciones de no enajenar, embargar, gravar, etc., estas tierras indígenas.

Inciso 2º) No obstante la Corporación, por resolución del Director que deberá insertarse en el instrumento respectivo, podrá autorizar la enajenación de estas tierras o derechos de aguas previo reintegro al Fondo del valor del subsidio, crédito o beneficio recibido, actualizado conforme al Índice de Precios al Consumidor. La contravención de esta obligación producirá la nulidad absoluta del acto o contrato”.

El profesor Sebastián Donoso Rodríguez¹⁶, profesor de legislación indígena de la Universidad Católica, señala que la *“llamada compra de predios en conflicto”*, es parte del problema, en la medida de que ha generado incentivos a la violencia, a la corrupción y al clientelismo. Uno de los efectos del gran poder comprador que tiene la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el aumento de los precios por hectáreas, lo que progresivamente ha significado que los mismos recursos sirven para comprar menos hectáreas, y por tanto benefician a menos familias indígenas. De seguir así, la situación actual del conflicto podría extenderse indefinidamente.

¹⁶ La Tercera. “Historia de los 20 años de Traspasos de Tierras a pueblos indígenas”. 25 de Junio de 2014.

También ha influido en el fracaso de entrega de tierras al hecho de que los predios son entregados sin conexión de agua potable o pésimos caminos, escasa explotación productiva, y principalmente falta de capacitación adecuada. Y de un acompañamiento productivo.

El Estado ha privilegiado el pago de altos valores especulativos a los propietarios legales de tierras en conflicto, muchas veces usurpadas a las propias comunidades, en vez de aplicar el mecanismo de la expropiación contemplado en la Constitución ya referido. No es un mecanismo legal de restitución de tierras indígenas, si no que constituye uno de compra de tierras, que no reconoce el legítimo derecho que tienen los pueblos originarios a reconstruir sus territorios.

Pero, en general hay bastante consenso en que la política pública de tierras no ha significado una disminución del conflicto y por el contrario éste se ha mantenido e intensificado en grados de violencia inusitada como la quema de camiones, maquinaria, galpones, cementeras, bosques, iglesias, casas y fundos, noticias que nos golpean casi a diario. Se hace necesario separar de manera clara, la legítima reivindicación y demandas de los pueblos indígenas, de los actos de violencia o terrorismo, aplicando todo el rigor de la Ley a quienes no respetan el Estado de Derecho. Y asimismo se hace necesario escuchar y aplicar el mensaje del Papa Francisco en su reciente visita a nuestro país en enero pasado, quien en un discurso en la Universidad Católica nos instó a *“prestar atención a los pueblos originarios con sus tradiciones culturales. No son una simple minoría entre otras, si no, que deben convertirse en los principales interlocutores, sobre todo a la hora de avanzar en grandes proyectos que afectan a sus espacios”*.

BIBLIOGRAFÍA

1. Obras

- *“Los pueblos indígenas y el Derecho”*. Jose Aylwin (Coordinador). Matias Meza Lopehandia y Nancy Yañez. Ediciones Lom. 2013.
- *“Aplicación de la Ley N° 19.253 en materia de contratos: Análisis Jurisprudencial y Comentarios”*. Carolina Andrea Martinez Cid. Universidad de Concepción. 2012.
- *Breve Análisis de la Ley 19.253. “Manual de Práctica Registral.”* Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral. Mario Olmos Lopomo. Antonio Collados Sariego.
- *“La Tierra Indígena”* Alvaro Morales Marileo. Agosto de 2017.
- Gonzalo Bustamante Rivera. Académico Universidad de la Frontera.
- *“Registro Público de Tierras”*. CONADI. <http://www.conadi.gob.cl/registro-publico-de-tierras>.

2. Revistas

- Gaceta Jurídica año 2014. Junio N° 408.

3. Leyes

- Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. 24-06-1857.
- Ley 17.729. *Establece normas sobre Indígenas y Tierras Indígenas*". Diario Oficial 26-09-1972
- Ley 18.113. *“Establece disposiciones relacionadas con la Legislación Agraria”*. Diario oficial 16-04-1982
- Ley 19.145. *“Modifica artículos 58 y 63 del Código de Aguas”*. Diario Oficial 25-06-1992
- Ley 19.253. *“Estable normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”*. Diario Oficial 05-10-1993.
- Decreto 236. *“Promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo”*. Diario oficial 14-10-2008.

4. Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1864-2008.
“Curín con Bosques Arauco S.A. 06/01/2009”
- Corte Suprema. Recurso de Casación en el fondo. 986/2003. Fallo. 22-03-2004.
“Comunidad Indígena Toconce v/s ESSAN S.A.”

5. Diarios

- El Mercurio. 28-01-2018.
- El Mostrador. 06-01-2017.
- La Tercera. 25-06-2014.

SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PERÚ: EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN DE LOS DATOS DESCRIPTIVOS DE LOS PREDIOS INSCRITOS

Yessenia del Carmen Campos Salazar¹

RESUMEN: La ponencia tiene como objeto de estudio el sistema registral peruano, específicamente la seguridad jurídica que se otorga mediante los actos que se inscriben en el Registro de Predios, cuyo registro tiene por finalidad publicitar con efectos legales los predios inscritos.

Así tenemos que una partida del Registro de Predios, tiene seis rubros identificados:

1. Antecedente dominial, en el que se indica el número de partida registral de la cual proviene o la circunstancia de constituir la primera inscripción.
2. Descripción del predio, en el que se inscribe su ubicación geográfica, área, linderos y demás datos físicos materiales del predio y sus modificaciones.
3. Títulos de dominio, que corresponde a traslaciones del derecho de propiedad y demás actos que constituyan, modifiquen o extingan titularidades dominiales.
4. Cargas y gravámenes, en el que se inscriben bloqueos, hipotecas, medidas cautelares y demás cargas y gravámenes.
5. Cancelaciones, en el que se extienden las extinciones de los asientos inscritos en el rubro 4.
6. Otros, en el que se inscriben aquellos asientos que por su naturaleza no deban ir en los otros rubros.

Como vemos cada uno de los rubros de la partida registral, tiene un enfoque de seguridad jurídica y publicidad, por lo que la ponencia se enfocará en el rubro 2 sobre datos descriptivos del bien, en relación a sus efectos conforme al principio de legitimación.

Se aborda los siguientes aspectos:

1. De la seguridad jurídica en relación a los datos descriptivos.

En el Perú el registro, brinda información que goza de presunción de exactitud. Así tenemos que el principio de fe pública registral constituye un mandato legal mediante el cual el Estado, brinda certeza de lo inscrito, a efectos de proteger la contratación sobre predios y reducir costos, ya el maestro Luis Diez Picazo, dijo que la evolución histórica

¹ Subdirectora de la Subdirección de Capacitación Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos de Perú. Registradora Pública del Registro de Predios.

de la publicidad inmobiliaria es una lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto o el carácter privado de los actos y negocios relativos a bienes inmuebles, hasta alcanzar una publicidad legitimadora o constitutiva, estableciendo que la definición general de legitimación queda reducida a decir que es “el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto determinado”. Por lo que nos preguntamos, sobre la certeza o no de los asientos registrales en relación a los datos descriptivos, ya que por ejemplo pueden ser materia de una declaratoria de fábrica o de obra sujeta a un contrato de arrendamiento parcial sobre predio inscrito.

2. De los datos descriptivos de los predios.

El profesor Benito Arruñada, ha señalado que la supervivencia de los derechos reales después de la transmisión del bien o de cualquier otra transformación de derechos exige disponer de instituciones que faciliten los procesos de búsqueda, negociación y contratación del consentimiento y dedicar recursos para conseguirlo en cada caso. Esa institución para nuestra ponencia es el Sistema Registral ya que permite conocer los predios inscritos y sus alcances materiales. Así tenemos por ejemplo la siguiente descripción: Lote 11 de la Manzana A de la Urbanización Manzanilla, que colinda por el lado derecho con el Lote 12 con 20 ml, por el lado izquierdo con el lote 18 con 10 ml, por el fondo con el lote 8 con 20 ml y por el frente con la calle conquistadores.

Como vemos la descripción nos da certeza sobre el predio, su ubicación, área y alcances del derecho de propiedad, con ello evitamos potenciales conflictos y por ello el sistema registral peruano, prevé el principio de legitimación en el artículo 2013 del Código Civil, manifestando que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente la invalidez.

Ahora, esta protección brindada exige que la información del Registro sea cada vez más cercana a los datos que encontramos en la realidad, para que exista una perfecta coincidencia; sin embargo, ello no siempre fue señalado de igual forma desde la creación del Registro. Así tenemos que en los inicios del Registro de Predios en 1888 no se reguló la exigencia de que los títulos se encuentren sustentados adicionalmente de los documentos que sustentan la propiedad, en información técnica (planos y memorias descriptivas) tanto para las inmatriculaciones u otras modificaciones físicas de los predios. Siendo que recién a partir de 1984 el D.S. 02-89-JUS establece en el Perú la exigencia de la presentación de la documentación técnica y recién a partir del año 2003, se crean las oficinas de catastro en sede registral y se incorpora en el Reglamento de Predios, la obligación de adjuntar documentos técnicos en las inscripciones registrales.

La situación descrita ha tenido consecuencias que tienen que ver directamente con la falta de información de las inscripciones anteriores al 2003, ya que si bien algunos títulos contaban con información técnica como no se requería informe técnico previo del área de catastro, no fueron graficados en una base gráfica registral y se archivaron directamente en los legajos de los títulos archivados, esta falta de información ha conllevado a tener una base gráfica registral incompleta, induciendo en algunos casos a equívocos, siendo la consecuencia más visible la duplicidad de partidas (sea por que las inscripciones no fueron detectadas, o habiéndose detectado el título archivado no cuenta información técnica que permita graficar el polígono dentro de la base gráfica registral y determinar la superposición si fuera el caso).

Por ello, buscamos mostrar con la ponencia los efectos del principio de legitimación en el Sistema Registral Peruano y los tipos de problemas generados por la ausencia o imprecisa información técnica en la inscripción de datos descriptivos de los predios.

ABSTRACT: The purpose of the paper is to study the Peruvian registry system, specifically the legal security that is granted through the acts that are registered in the Land Registry, whose registration is intended to publicize the registered properties with legal effects.

So we have a heading of the Land Registry, has six items identified:

1. Dominican precedent, which indicates the registration number from which it comes or the circumstance of constituting the first registration.
2. Description of the property, in which its geographical location, area, boundaries and other material physical data of the property and its modifications are inscribed.
3. Title deeds, which corresponds to transfers of property rights and other acts that constitute, modify or extinguish ownership of ownership.
4. Charges and encumbrances, in which locks, mortgages, precautionary measures and other charges and encumbrances are recorded.
5. Cancellations, in which the extinctions of the seats inscribed in item 4 are extended.
6. Others, in which those entries are inscribed that by their nature should not be included in the other items.

As we see each of the items of the registry, has a focus on legal security and publicity, so the paper will focus on item 2 on descriptive data of the good, in relation to its effects according to the principle of legitimacy.

The following aspects are addressed:

1. Of the legal security in relation to the descriptive data.

In Peru, the registry provides information that has a presumption of accuracy. Thus we have that the principle of public registry is a legal mandate through which the State, provides certainty of what is registered, in order to protect the contracting on land and reduce costs, and the teacher Luis Diez Picazo said that the historical evolution of real estate advertising is a struggle to achieve traffic safety and to overcome the secrecy or private nature of acts and businesses related to real estate, until reaching a legitimating or constitutive publicity, establishing that the general definition of legitimacy is reduced to say which is "the recognition made by the norm of the concrete possibility of effectively carrying out a specific act". For what we ask, about the certainty or not of the registry entries in relation to the descriptive data, since for example they can be the subject of a declaration of factory or work subject to a partial lease contract on registered property.

2. Of the descriptive data of the properties.

Professor Benito Arruñada, has pointed out that the survival of real rights after the transfer of property or any other transformation of rights requires having institutions that facilitate the processes of search, negotiation and contracting of consent and devote resources to achieve it in each case. This institution for our presentation is the Registry System because it allows to know the inscribed properties and their material scope. So we have

for example the following description: Lot 11 of Block A of the Manzanilla Estate, which abuts on the right side with Lot 12 with 20 ml, on the left side with lot 18 with 10 ml, on the bottom with the lot 8 with 20 ml and on the front with the street conquerors.

As we see the description gives us certainty about the property, its location, area and scope of property rights, thereby avoiding potential conflicts and therefore the Peruvian registry system, provides the principle of legitimacy in Article 2013 of the Civil Code, stating that the content of the registration is presumed to be true and produces all its effects, as long as the disability is not rectified or judicially declared.

Now, this protection requires that the information in the Registry be closer and closer to the data we find in reality, so that there is a perfect match; However, this was not always signaled in the same way since the creation of the Registry. So we have that at the beginning of the Register of Land in 1888 did not regulate the requirement that the titles are additionally supported by the documents that support the property, in technical information (plans and descriptive memories) for both inmatriculaciones or other physical modifications of the properties. Being that from 1984 D.S. 02-89-JUS establishes in Peru the requirement for the presentation of the technical documentation and only since 2003, the cadastre offices are created in the registered office and the obligation to attach technical documents is included in the Property Regulations. in registration registrations.

The situation described has had consequences that have to do directly with the lack of information of the inscriptions prior to 2003, since although some titles had technical information as no previous technical report of the cadastre area was required, they were not plotted in a graphic base registration and were filed directly in the files of the archived titles, this lack of information has led to have an incomplete graphic registration base, leading in some cases to misunderstandings, the most visible consequence being the duplicity of items (or because the inscriptions were not detected, or having detected the archived title does not count technical information that allows to graph the polygon within the graphic base and to determine the superposition if it were the case).

Therefore, we seek to show with the paper the effects of the principle of legitimacy in the Peruvian Registry System and the types of problems generated by the absence or imprecise technical information in the inscription of descriptive data of the properties.

1. EL REGISTRO DE PREDIOS Y SU EVOLUCIÓN EN EL PERÚ

En la actualidad hablar de un Sistema Registral, es asociarlo a un servicio público que brinda seguridad jurídica en el contexto de la sociedad moderna, donde es necesaria una publicidad con efectos legales, que contribuya a hacer más seguras las transacciones sobre bienes.

Por ello, desde el inicio del Perú como República independiente, fue preocupación de los legisladores peruanos, generar un sistema de titularidades y publicidad adecuado, en donde se brinde información oficial que

publicite de manera segura las titularidades y los actos relevantes para la contratación sobre bienes.

1.1. Inicios del Registro de la Propiedad Inmueble:

Consumada la conquista del Imperio de los Incas, el dominio del territorio pasó al Rey de España, y para su administración y gobierno se aplicó la legislación española vigente y además se dictaron leyes especiales.

En lo que se refiere a los bienes raíces, las Cortes de Madrid en 1528 y las Cortes de Toledo en 1529, dictan las pragmáticas que establecen la inscripción obligatoria de los censos y tributos e hipotecas, con el objeto de liberar gravámenes ocultos y otras cargas a los bienes inmuebles para facilitar su transmisibilidad y obtención de crédito hipotecario.

El primer libro de Registro de Inscripciones de censos y tributos que gravaban la propiedad rústica y urbana de la Ciudad de las Reyes, se mandó abrir de conformidad con la Real Carta, orden expedida por el Rey Don Felipe II, el año 1565 en cumplimiento de los dos capítulos de las Cortes de Madrid (1528) y de Toledo (1529), habiéndose ratificado esta disposición en virtud de posteriores provisiones expedidas por la Real Audiencia de Lima en 1582. El primer asiento del Libro está fechado el 02 de mayo de 1575, autorizado por el escribano de Cabildo don Juan Gutiérrez.

Posteriormente el Rey Don Carlos III, dictó la pragmática de 31 de enero de 1768 estableciendo los Oficios de Hipotecas, disposición que se hizo extensiva a todas las Colonias de América por Reales Cédulas del 08 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783,^{2,3} estas siguieron vigentes después de la etapa colonial hasta tres décadas posteriores a la independencia, ya que la reciente república no contaba con normativa civil.

En 1835 don Manuel Lorenzo de Vidaurre, presenta el Proyecto de Código Civil Peruano, en el que la parte referente a los Registros Públicos, se inspira en la legislación española, por lo que se consigna normas para la inscripción de hipotecas, es decir, no se ocupaba de las inscripciones de transmisiones inmobiliarias, sin embargo; no estuvo lejos del propósito del jurista, la concepción de la propiedad inmueble, ya que en el Proyecto se menciona la siguiente frase: “El Estado será dichoso y permanecerá tran-

² PARDO MARQUEZ, Bernardo. *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*. Editorial Litografía Huascarán, Tomo I, Segunda Edición. 1966. Pp. 288.

³ En el mismo sentido respecto al primer libro de hipotecas, se pronuncia Carlos Cárdenas Quiroz, en “Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de

quilo cuando sean seguras las propiedades, fáciles y honestos los modos de adquirirlas”.

Hasta la legislación del Código Civil de 1852, había regido en la República la legislación española, por lo que éste nuevo código, no introduce cambio alguno en lo referente a la tendencia de legislación registral solamente en relación a garantías hipotecarias. Se introduce como requisito de su validez que se registren en el Oficio de Hipotecas⁴, habiéndose previsto en el Art. 2051, que en cada capital de departamento se establecería un Oficio de Hipotecas y Censos para el registro de todas las que se constituyeran sobre bienes ciertos y determinados, la cual estaría a cargo de un escribano público.

El término para la inscripción de la hipoteca es de ocho días contados desde el día de su constitución si se extiende en el lugar donde existe registro, y si es en lugar distinto, al término expresado, se le agregará el de la distancia. Si no se verifica el registro en los términos señalados, es necesario recurrir al juez manifestando la causa de la omisión a fin de que ordene que sea registrada la hipoteca (Arts. 2055 y 2056 del Código Civil de 1852).

La inscripción de la hipoteca determina no sólo su validez sino también su antigüedad para el efecto de obtener la preferencia en el derecho. “Por la fecha del Registro se decide la antigüedad de las hipotecas. Son iguales en el tiempo las que aparecen registradas en un mismo día”. (Art. 2044 del Código Civil de 1852).

“Este incipiente Registro presentaba muy serias deficiencias que atentaban contra el tráfico jurídico. Así pues en los libros de hipotecas y censos se debían anotar obligatoriamente dichos gravámenes, empero la inscripción se realizaba sin ningún orden, ya que no existía una partida registral que agrupara todos los actos relativos a un inmueble determinado, lo cual significaría que cualquier interesado que deseara invertir sus capitales en un préstamo con garantía hipotecaria, nunca podía estar seguro si la finca ofrecida por el deudor se encontraba o no gravada con anterioridad, ya que si bien el acreedor podía realizar una búsqueda engorrosa (pero nunca segura) en los libros del registro a fin de verificar si ese propietario había otorgado con anterioridad una hipoteca, sin embargo, era perfectamente posible que sobre ese mismo inmueble se hubiese constituido una hipoteca

la propiedad (del Código Civil de 1852 a la Reformas del Código Civil del Perú de 1984). Pág. 1906.

⁴ Art. 2043 del Código Civil de 1852 numeral 03°.

o un censo, pero por una persona distinta que se atribuyese también el de derecho de propiedad⁵.

Conforme se aprecia el Código Civil de 1852, mantuvo en lo sustancial el mismo régimen jurídico de la Pragmática de 1768, en lo referente al Oficio de Hipotecas, ya que el cambio real había comenzado con la Constitución de 1828, cuyo artículo 160 estableció que a partir de ese momento todas las propiedades inmobiliarias de la República eran libremente enajenables.

1.2. Promulgación de la Ley del 02 de enero de 1888:

Según BERNARDO PARDO MARQUEZ, el oficio de hipotecas que estableció el Código Civil de 1852 no prestó garantía efectiva a los derechos registrados, porque previamente no se daba seguridad al acreedor del derecho de propiedad del deudor sobre el inmueble que ofrecía la hipoteca. De modo que el Registro no eliminó la posibilidad de la pérdida de la garantía del acreedor hipotecario, que si bien se encontraba cubierto de cualquier gravamen anterior no inscrito, no se halló libre del derecho excluyente del verdadero propietario que no podía sufrir perjuicio por el gravamen impuesto por quien no tenía derecho, o al menos un derecho esclarecido.⁶

A fin de impulsar el crédito territorial, los diputados D. Alejandro Arenas y D. Mariano Nicolás Valcárcel presentaron el proyecto de ley que establece el Registro de Propiedad Inmueble, el cual es aprobado por la Cámara de Diputados el 15 de octubre de 1887, y en sesión del 31 de octubre del mismo año, después de amplio debate es sustituido por el que presentó la Comisión Principal de Legislación con fecha 26 de noviembre, a este proyecto se adhirieron los señores Arenas-Valcárcel y al ser aprobado se convirtió en la Ley del 02 de enero de 1888.

La mencionada Ley contenía 19 artículos y empezó a regir al año siguiente.

Se estableció que la inscripción era voluntaria (Art. 10), siendo éste aspecto del Registro el más discutido, dando lugar a la redacción del Art. 15 de la forma siguiente: “Los que actualmente tengan algunos de los derechos u obligaciones que deban registrarse, pueden hacerlo, para aprovechar de las ventajas de esta ley, dentro del plazo que señale el Reglamento que debe dictarse”.

⁵ Gonzáles Barrón, Gunther. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. Jurista Editores, Lima – Perú, 2002. Pág.237.

⁶ Op. cit. PARDO MARQUEZ, Bernardo.

Otro efecto de la inscripción es que ésta no sanea los actos o contratos que son nulos por la ley (Art. 16 de la Ley).

El Art. 2º de la Ley dispone que se lleve en Lima un Registro General de las propiedades radicadas en la República y registros particulares en capitales de departamento y de provincias que sea conveniente establecerlos.

En consecuencia se establece que los Registros son territoriales⁷, lo que significa que los actos y contratos que son materia de inscripción se registran en la jurisdicción en que se halla radicado el inmueble. Estableciéndose una excepción en su Art. 12, en lo referente a si un inmueble se encontraba ubicado en una o más provincias, debiéndose efectuar la inscripción en todas ellas.

Se establece el sistema de folio real y la búsqueda de propiedades por el nombre de la persona, el cual subsiste hasta la actualidad.

Completaron las disposiciones de esta Ley, el Reglamento Interior aprobado por la Corte Suprema el 01 de marzo de 1889, la Ley del 25 de noviembre de 1892, que crea la Junta de Vigilancia; la ley del 27 de diciembre de 1895, que determina los requisitos para ser Registrador; la ley del 04 de octubre de 1902 y su Reglamento aprobado por Resolución Suprema del 20 de junio de 1903, que precisan las relaciones de los notarios con el Registro de la Propiedad Inmueble.

El Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble del 11 de marzo de 1905, consta de 225 artículos, cuyas disposiciones fueron modificadas y ampliadas por la Junta de Vigilancia y aprobadas por el Supremo Gobierno.

La doctrina registral en el S. XIX, es casi inexistente, salvo una honrosa recopilación legislativa de Miguel Antonio de la Llama, en el cual encontramos la Ley de creación de los Registros Públicos y su reglamento⁸.

Lo que la norma busca, es en idéntica posición con el derecho hipotecario español, eliminar las transferencias y cargas ocultas sobre los bienes inmuebles, para que el tráfico jurídico patrimonial pueda desarrollarse con fluidez y seguridad jurídica.

⁷ Esta característica se encuentra vigente a la fecha, pero, se encuentra en proceso de implementación a nivel de la Superintendencia de los Registros Públicos, la modificación de los Registros Públicos para una calificación registral de competencia nacional (Ley de Creación del Registro de Predios- Ley 27755).

⁸ Este libro puede ser ubicado en la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica de Lima: MIGUEL ANTONIO DE LA LAMA: Registro de la Propiedad Inmueble,

La Ley mencionada, rápidamente fue modificada, publicándose el Reglamento de la Ley, por la Corte Suprema. Este Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble del 11 de marzo de 1905, consta de 225 artículos, cuyas disposiciones han sido modificadas y ampliadas por la Junta de Vigilancia y aprobadas por el Supremo Gobierno, las que se hallan contenidas en la Edición Oficial de 1922.

El Código de Comercio entra en vigencia el 01 de julio de 1902, estableciéndose de esta forma el Registro Mercantil y de Buques - Art. 16 a 32. El Reglamento del Registro Mercantil se expide el 19 de abril de 1902⁹.

1.3. Código Civil de 1936:

Por Resolución Suprema del 26 de agosto de 1922 se designó la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852¹⁰, la que se ocupó de la organización registral. Sustentando las siguientes ideas: De una parte, la concepción del Sistema Torrens que determina el requisito de la inscripción obligatoria para transferir la propiedad y constituir los derechos reales inmobiliarios en cuanto a los bienes inscritos; y, cuando se trata de los derechos no inscritos, la transmisión y constitución de los derechos reales sobre dichos bienes debe regirse por las disposiciones del Código Civil – Dres. P. Oliveira y A. Solf y Muro. De otro lado propugnan el sistema Franco – Español – que es el de la Ley de 1888- según el cual la transferencia y constitución de los derechos sobre inmuebles se efectúa por el simple consentimiento y respecto a terceros es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad – Dres. J.J. Calle y M.A. Olaechea.

En el seno de la Comisión, se generaron sendos debates, respecto al sistema a implantarse en el país, así tenemos que para OLIVEIRA,¹¹ *“el sistema de inscripción armoniza bien con el concepto moderno de propiedad, no mirando como relación solamente privada, sino concebida como función social, como una relación pública que interesa a todos, por lo cual se comprende la necesidad que intervenga el Estado como representante de la colectividad. Además teniendo a la inscripción como un verdadero modo de adquirir, asume carácter obligatorio, lo que hace efectiva y completa*

Imprenta Gil, 1895. Lima- Perú.

⁹ Al respecto: Ley del 23 de enero de 1850 y su Reglamento.

¹⁰ Los miembros de la Comisión fueron los juristas Juan José Calle, Manuel Augusto Olaechea, Alfredo Solf y Muro y Pedro M. Oliveira, y el médico Emilio Valdizán.

¹¹ COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL DE 1852, “Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano”. Quinto fascículo. Pág. 30-35.

la publicidad, y adquiere, asimismo, un valor absoluto o sustantivo, que le de aquella firmeza en la cual radica la seguridad de los derechos. Si la inscripción depende de la voluntad de las partes, el Registro no refleja el verdadero estado de la propiedad. Por otro lado cuando el valor de la inscripción no convalida los actos nulos, la inseguridad se cierne siempre sobre las relaciones jurídicas”.

En Sesión del 9 de setiembre de 1925, se acordó formular una consulta sobre el tema, entre Profesores de Derecho Civil, Registradores Principales, y Magistrados. Estas opiniones resultaron decisivas en la decisión que finalmente se adoptó, ya que la mayoría de los consultados mostraron serias dudas sobre la reforma hacia el sistema de la inscripción constitutiva. Lo que se podría resumir en los siguientes fundamentos: - Se carece de un Catastro y existe dificultad en implementarlo¹², - Los títulos son defectuosos e imperfectos, en muchos lugares no habían notarios o abogados, - No existía personal especializado en materia registral, - La implantación del Acta de TORRENS, no era factible, por la falta de cultura jurídica en nuestro medio y, además, porque ésta tiene como garantía al Estado, lo que no era posible asumir por cuestiones presupuestales.

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, después de recibir las respuestas de las personas consultadas, acogió la opinión dominante que sostenía la permanencia del sistema implantado por la ley del 02 de enero de 1888 en su aspecto sustancial.

Este Código, mantuvo los lineamientos de la Ley 1888, complementada con algunos principios ya que fueron consagrados en los Reglamentos Orgánicos de 1888 y 1905.

Desde un inicio vemos que nuestro Código Civil, tiene una clara influencia del derecho hipotecario español.

Para citar algunas definiciones doctrinarias de la época, diremos que en relación al Registro de la Propiedad Inmueble, lo definen como “*una institución jurídica destinada a dar publicidad a los actos y contratos referente a los derechos reales sobre inmuebles, a fin de establecer, en condiciones de verdadera garantía, la contratación con respecto a esos bienes, especialmente el crédito territorial, ofreciendo a los adquirentes, hasta donde sea posible, la seguridad de que la persona con quien contratan es el verdadero dueño de la cosa y de que sobre ella no hay gravámenes ni otros derechos ocultos que puedan menoscabar o hacer ilusoria la adquisición*”¹³.

¹² Vemos aquí la importancia de los datos descriptivos de los predios.

¹³ EDMUNDO UBILLUS. El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble. Editorial

1.4. Código Civil de 1984:

Es mediante Decreto Supremo del 1 de marzo de 1965, que se crea la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, para posteriormente nombrarse otra comisión revisora, que introduce modificaciones sustantivas sobre el tema y que finalmente son adoptadas, entre ellas tenemos: - Los bienes son clasificados en muebles e inmuebles (Art. 885 y 886); - La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario, salvo pacto en contrario (Art. 949); - La prenda se constituye sobre bienes muebles (Art. 1055), mientras que la hipoteca se aplica a los inmuebles (Art. 1097).

En este Código de conformidad con el Art. 949, se establece¹⁴, que la sola relación obligatoria en el caso de los bienes inmuebles, basta para enajenar el bien, que es lo mismo que ocurría con el anterior código.

En la Exposición Oficial de motivos del Código Civil, se indica que “el aparente desorden doctrinario en materia registral, obligó al legislador de 1984 a tomar una decisión respecto de cuáles serían los criterios, para determinar qué registros debían incluirse en el Libro IX del Código Civil”. Por lo que se indica que se pueden extraer tres conclusiones: 1.- Se regula registros jurídicos y no registros administrativos; 2.- Se trata de registros que desarrollan temas de derecho civil; 3.- Son Registros a los que se les aplica los principios de derecho registral (Rogación, calificación, legalidad, publicidad, legitimación, fe pública registral, tracto sucesivo y prioridad).

Por lo que en resumen, el área del Derecho Registral, del cual se ocupa nuestro Código Civil, es la relativa a los registros que siendo jurídicos, tratan temas de derecho civil y a los que es posible aplicar los principios de derecho registral antes mencionados, donde siempre ha sido una preocupación de los ordenamientos jurídicos, asignar eficientemente las titularidades, pues de esta forma los terceros que desearán adquirir o contratar sobre bienes, pueden obtener la información oficial, reduciendo los costos de transacción.

2. PRINCIPIOS REGISTRALES APLICADOS EN EL REGISTRO DE PREDIOS

2.1. El principio de legitimación y los datos descriptivos del predio.

En la transferencia de titularidades de inmuebles, al igual que en la transferencia de otros derechos, la sociedad moderna, ha recurrido a los

Azangaro 1005. Lima- Perú. 1944.

¹⁴ Mejorando solamente la redacción del Art. 1172 del Código Civil de 1936.

Registros Públicos, como un medio de generación de publicidad para el conocimiento de titularidades.

Para LUIS DIEZ PICAZO, toda la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria es una lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto o el carácter privado de los actos y negocios relativos a bienes inmuebles, hasta alcanzar una publicidad legitimadora o constitutiva¹⁵.

El mencionado autor, indica que para entender la función de la publicidad de los derechos reales, es importante que se vea el concepto de legitimación, entendida como aptitud general de la persona para ser sujeto activo o pasivo de las relaciones de derecho, lo cual justifica que una persona ejercita un determinado derecho.

Para LADARIA CALDENTEY, en su libro *“Legitimación y apariencia jurídica”*, citado por LUIS DIEZ PICAZO¹⁶, pueden distinguirse tres clases de legitimación: Legitimación directa, Legitimación indirecta, y Legitimación excepcional o extraordinaria. Entendiéndose a esta última como: “el reconocimiento hecha por la norma de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto determinado en la esfera jurídica ajena, sin respetar la titularidad, en virtud de una representación aparente o de una titularidad aparente”. Lo que para DIEZ PICAZO, significa que cuando una persona adquiere de quien es a todas luces capaz de derechos y capaz de obrar y aparece en la comunidad jurídica como titular de un derecho o como representante del titular, ya sea porque él mismo por error cree ser titular o representante del titular del derecho, ya sea porque con malas artes, ha conseguido inventar o crear esta apariencia, en estos casos si alguien perteneciente a esta comunidad jurídica, actuando de buena fe y cumpliendo algún otro requisito, confía en la apariencia y adquiere de quien es tenido por dueño o por representante del dueño, debe ser mantenido en su adquisición. Por lo que concluye, que la definición general de legitimación queda reducida a decir que es “el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto determinado”.

En consecuencia la protección de la apariencia jurídica será importante, a efectos de proteger a los contratantes que confían razonablemente en la publicidad registral brindada.

¹⁵ Díez- Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad- La Posesión. Editorial Tecnos, Madrid-España, 1978. Pág. 241.

¹⁶ Ibid., Pág. 243-244.

En este orden de ideas, la seguridad jurídica en la adquisición y contratación sobre bienes descansa fundamentalmente en la certeza de que ésta se verifique de su verdadero propietario y que la condición del bien sea conocida en cuanto a sus gravámenes, cargas y otras restricciones.

En segundo término, la certeza en cuanto al objeto de la adquisición también resulta relevante, es decir, la adecuada identificación del bien en lo que atañe a sus características físicas.

El ciudadano busca efectuar una contratación válida e inatacable, o lo que es lo mismo, mantener la propiedad del bien una vez adquirido, sin el riesgo de perderlo por causas que no le era posible conocer al realizar la adquisición.

2.2. Base gráfica registral y problemática.

La Base Gráfica Registral es un sistema de información registral estructurada y organizada constituida por la base de datos gráficos y alfanuméricos automatizados de predios inscritos en el Registro de Predios, la misma que es elaborada a partir de la información técnica que obra en los títulos archivados, sobre una cartografía base. Dicha información permite el análisis y gestión de la información gráfica que en ella se almacena, así como la incorporación y ubicación de los predios georreferenciados que acceden al registro, o de los cuales se requiere una consulta.

En Perú se busca contar con una base gráfica completa, ya que por la historia del Registro de Predios no se reguló la exigencia de que los títulos se encuentren sustentados en información técnica (planos y memorias descriptivas) tanto para las inmatriculaciones u otras modificaciones físicas de los predios.

Es en el año 2003, cuando se aprueba el Reglamento del Registro de Predios, que se hace obligatorio adjuntar estos documentos técnicos en los títulos que requerían la inscripción de los referidos actos. Iniciando así formalmente la construcción de la Base Gráfica Registral. También desde esta época se establece la obligatoriedad de informe técnico previo del área de catastro.

Esta falta de información ha generado una patología del Registro denominada duplicidad de partidas (sea por que las inscripciones no fueron detectadas, o habiéndose detectado el título archivado no cuenta información técnica que permita graficar el polígono dentro de la base gráfica registral y determinar la superposición si fuera el caso).

Así también en Perú se viene trabajando la figura de las tolerancias catastrales, que es una cuestión técnica con una norma especial que se aplica

en sede registral. Por tratarse de una cuestión técnica el área de catastro debe pronunciarse sin q el registrador o el usuario se lo pida.

Se aplica a los actos de modificación del predio. Pero en ningún caso se extiende asiento de rectificación de área, ya que el polígono registral no cambia. Aplicar tolerancias es tolerar más no cambiar.

BIBLIOGRAFIA

- ACEVEDO Y CRIADO, Ismael. Leyes y Reglamentos de los Registros Públicos y del Notariado. Lima- Perú. 1950.
- BASADRE AYULO, Jorge. Historia del Derecho. Tomo I, II edición 1997, Editorial San Marcos.
- CARDENAS QUIROZ, Carlos, en “Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la Reformas del Código Civil del Perú de 1984). Pág. 1906.
- EDMUNDO UBILLUS. El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble. Editorial Azangaro 1005. Lima- Perú. 1944.
- GARCIA CALDERON, Francisco. Diccionario de la Legislación Peruana. Imprenta del Estado, 1860.
- DE LA LAMA, Miguel Antonio. Leyes – Reglamentos- Acuerdos- Resoluciones- Instrucciones – Ejecutorias. Imprenta Gil, Lima, 1895.
- PARDO MARQUEZ, Bernardo. Derecho Registral Inmobiliario en el Perú. Editorial Litografía Huascarán, Tomo I, Segunda Edición. 1966.
- R. RIOS, Ricardo. Leyes y Resoluciones Congresos Ordinario y Extraordinarios de 1898. Imprenta del Estado, Calle de Ayacucho, 1899.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. Historia del Derecho Civil Peruano. Tomo IV- Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.

TEMA 2 - ¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD?

TOPIC 2 - HOW TO REFORM LAND REGISTRIES?

PRIVATE MANAGEMENT IN BRAZILIAN REGISTRIES. AN ANALYSIS OF THE RESPONSIBILITY OF THE 21ST CENTURY PROPERTY REGISTRAR REGARDING THE MANAGEMENT OF PEOPLE, THE ENVIRONMENT AND SOCIETY

Alexandre Gomes de Pinho

São Paulo-SP (Brasil)

2018

ABSTRACT: This article aims to analyze the responsibilities of the property registrar in the 21st century regarding the management of people, the environment and society. It was observed that in the Brazilian legislative framework in which the property registrar exercises public functions in a private setting, with independence and administrative autonomy and considering the effects of globalization in the 21st century, property registration must go far beyond its primary objective of ensuring the publicity, authenticity, safety and efficacy of legal acts. Considering this context, it is of vital importance that the property registrar keeps a motivated team, filled with highly skillful professionals committed to offering an efficient, high-quality service; who also demonstrate their willingness to preserve the environment and contribute to a more fair and inclusive society. Furthermore, this article intends to highlight actions and projects developed in Brazilian registries, whose holders are also committed to the issues outlined above.

KEYWORDS: Property Registration; Private Management; People Management; Environment; Social Responsibility.

INTRODUCTION

The evolution of postmodern society, that makes a high demand on celerity, excellence in the provision of public services and a better customer support, requires the improvement of Brazilian registry services in the 21st century. In order to attend on an increasingly demanding public, the holder of an extrajudicial service must focus on the constant search

for improvements and for a rapid and effective analysis (and solution) of legal problems, which is essentially achieved with highly motivated and technically qualified collaborators. Furthermore, it is indispensable that the 21st century property registrar encompasses actions in favor of the community and the environment in the agenda. Thereby, as it will be observed in the development, the Brazilian property registrars have demonstrated that they are competent to satisfy all this demand effectively and responsibly. The private management under these legal professionals', endowed with public, impartial faith, who have expertise in the area, enables the practical application of management concepts and techniques and also allows them a greater integration with the community and the environment. In that respect, daily actions and projects developed by some Brazilian registries are highlighted, as will be analyzed below.

DEVELOPMENT

Currently, notary and registry services in Brazil are exercised on a private basis, by delegation of public power, after competitive examinations and qualitative educational background analysis, as provided for in the Federal Constitution of 1988, in art. 236¹.

Under paragraph 1 of the above article, the Judiciary is responsible for the supervision of the service given, and it has been playing its role more vigorously since the creation of the National Justice Council by Constitutional Amendment n° 45/2004.

Despite of the fact that supervision is exercised by the Judiciary, Brazilian Law confers on property registrars autonomy and independence to organize the service, to determine the best course of action to manage their teams and align themselves with the requirements of the current world.

Confer Art. 21, Law n° 8935 of 1994²:

The administrative and financial management of notary and registry services is the sole responsibility of the respective holder, with regard to expenses of costing, investment and personnel. It is also incumbent upon the holder the establishment of rules, conditions and obligations related to the assignment of duties and remuneration of their representatives in order to obtain the best quality of services.

¹ Available on: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Accessed on April 27th, 20018.

² Available on: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Accessed on April 27th, 20018.

In the state of São Paulo, item 7 of Chapter XX of the *Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça*” (Norms of Service of Internal Affairs Division of Justice³), is also in this sense:

The administrative and financial management of registry services is the sole responsibility of the respective holder, with regard to expenses of costing, investment and personnel. It is also incumbent upon the holder the establishment of rules, conditions and obligations regarding the attribution of functions and remuneration of their representatives in order to obtain the best quality of services provided.

With reference to Rêgo’s recitation (2004, p. 100):

Being these delegates’ acting private and independent, we have, therefore, that the administration and management of the services lies exclusively on them, according to the arts. 21 and 28 of Law 8.935 of 1994. Therefore, the same legal provision grants the holder of the delegation the right to regulate and manage their personnel. Hence, they were guaranteed to employ clerks under labor legislation (Articles 20 and 48 of the above mentioned Law), being no longer possible to bring them to public service, resulting in encumbrance, since, as we have seen, acting is private.

This context accredits them to carry out different actions and develop the most varied projects related to people management, the community and the environment, as sensitive issues that are often unbalanced by the impacts of globalization in the 21st century, which has been not only facilitating progress but also creating setback.

It is elucidative the remark from Costa (2012, p.15), in regard to the present world:

It is observed that the cycles of change are becoming increasingly smaller, requiring a rapid response from companies and entities. On the one hand, trends, changes of values, new technologies, emergence or disappearance of large market players occur frequently today, and with a less predictable horizon than a decade or two ago. On the other hand, it is also undeniable that opportunities and threats of long maturation have been mounting progressively. These two aspects are true, and leaders are expected to be able to discern the difference between them. Well-trained professionals should be able to accept them and know how to deal with them as they can develop strategic awareness.

³ Available on: <<http://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasExtrajudiciais?f=2>> Accessed on April 27th, 20018.

New changes, changes in lifestyles; demographic and geopolitical, new regulations and deregulations, for example, can positively or negatively affect the business or activities of the organization. They may occur at a future time and in a very distant place, but they may eventually create opportunities to be seized and/or threats to be withdrawn, which may require immediate action for both of them.

Considering all these points, actions and projects, completed and in progress, that have or have presented satisfactory results, specifically related to registries located in Catanduva “*1º Registro de Imóveis*” (1st Property Registry), Fartura “*Registro Civil das Pessoas Naturais*” (Bureau of Vital Statistics), Olímpia “*Registro Civil das Pessoas Naturais*” (Bureau of Vital Statistics), Ribeirão Preto “*2º Registro de Imóveis*” (2nd Property Registry), São José do Rio Pardo “*Registro de Imóveis*” (Property Registry), São Paulo “*29º Tabelião de Notas*” (29th Notary’s Office) and Taubaté “*Registro de Imóveis*” (Property Registry), all located in the State of São Paulo, Brazil⁴, will be highlighted below.

As regard to people management, the impacts of the 21st century have been numerous. Labor suppliers have been replaced by knowledge providers. Diversity has substituted standardization, and as a consequence each employee has kept his own way of being and expectations, which must be met. The traditional monopolizing and centralizing manager figure has become meaningless, and thus a global leader, who is more suitable for this new reality, has emerged.

Teamwork is increasingly transforming, highlighting Chiavenato (2015, p.4) that teams, production cells, joint work, sharing, participation, solidarity, consensus, team decision, empowerment, self-management, multifunctionality, polyvalence and diversity have become the *watchwords* in organizations.

In this sense, the exceptional quality of the service and the operational success of the organizations, and, indeed, the registries, will depend mainly on their employees’ motivation, commitment and skills, therefore justifying actions and projects as we shall see below.

In 2016 and 2017, several seminars were held at the 1st Property Registry in Catanduva. A study on a specific theme was suggested for each one of them in order to be presented to the whole group at a later point in time,

⁴ According to Sustainability Report ARISP - 2017. Available on: <https://www.unglobalcompact.org/system/attachments/cop_2018/461429/original/Relatorio_Sustentabilidade_ARISP_2017.pdf?1519999404>. Accessed on April 27th, 2018.

thus providing information sharing and learning opportunities for all. Since the recent opening of its new headquarters, equipped with an auditorium with capacity for 25 people, fortnightly lectures are going to be held to all employees from May to December 2018, to address a range of topics related to land registry law.

In order to bring collaborators closer and generate greater cooperation among them, the 1st Property Registry in Catanduva has held a variety of activities such as four social gatherings throughout the year and weekly workout sessions held by specialized professionals. “*Café com o Oficial*” project was also implemented. It is a monthly morning meeting attended by the property registrar and three employees in order to discuss the aspirations of all participants as well as provide and collect feedback.

The 2nd Property Registry in Ribeirão Preto has implemented “*Dança de Rua*” (street dance project) since 2016. It is a dance group formed by its employees with the intention of bringing the team together in an artistic and humanistic project so that well-being, self-esteem and health quality can be improved among them.

In São José do Rio Pardo, a flu vaccination campaign has been organized by its Property Registry’s employees, with the accompaniment of a lecture about first aid procedures.

The incentive to do physical activities occurs at the Property Registry in Taubaté, with the purpose of preventing diseases related to obesity and sedentarism, such as hypertension, cholesterol alterations, among several other chronic diseases. Also in Taubaté, a weekly lease on a soccer field has been held since 2012 for the enjoyment of the employees, who have their own uniform for the games.

As for the environment, this is one of the most debated topics by political and business leaders around the world, mainly because of the impacts caused by climate change. The idea, therefore, is to meet the needs of the current generation without compromising the future one.

Although the United Nations member states, environmental groups and other international organizations have been working together to implement ecosystem protection agreements, many scholars advocate for the need of further measures.

In view of this, the 1st Property Registry new premises in Catanduva, which was inaugurated in the end of 2017, has solar panels installed. The sun is a renewable and inexhaustible source of energy and the conversion of solar energy to electricity does not emit greenhouse gases, thereby helping the environment. Non-disposable cups were distributed to the employees

for water and coffee, thus eliminating the countless disposable cups that were used during the service each day. The paper sheets used for the development of the activities are all recyclable. The premises also has LED light bulbs and automatic lighting and water controls in the restrooms. Moreover, the domestic waste is disposed of in colored recycling bins.

On World Water Day (March 22nd), the Property Registry in São José do Rio Pardo distributed water bottles to its customers along with fact sheets about water consumption on the planet and its importance for the survival of humankind and the environment. This Registry, in the year of 2017, became a battery collection point, where they can be disposed of properly, thus contributing to avoid soil and water contamination by heavy metals.

The environment was endorsed by the Property Registry in Ribeirão Pires, with the realization of a project that resulted in the collection of 662 kilos of recyclable material, which were then sent to a recycling company. It is important to note that funds from this event, in the end, were donated to other projects for the benefit of street animals.

In this same Property Registry there was also the installation of a compact cistern that collects rainwater for later reuse in garden irrigation and for cleaning outdoor areas of the premises.

The Property Registry in Taubaté has also acted on behalf of the environment distributing *Tabebuia aurea* (yellow trumpet tree) seeds to its costumers for planting on their properties. Moreover, with the authorization of the city council, it has installed bike racks in its surroundings, in order to promote sustainable transportation.

The “*Closet de Portas Abertas*” project has been carried out by the Property Registry of Ribeirão Preto. It is an invitation to its employees to take their used clothes and accessories to the workplace in order to make exchanges. The employee who is interested in doing so may participate in the project. The objective is to encourage the choice for sustainable fashion, avoiding waste and increasing life span of clothes and accessories.

This Property Registry has also implemented the project “*Impressão Zero*” since 2015 and it aims to reduce printing and paper wastage by using PDF tools.

Regarding social responsibility, it is considerable to remark on Chiavenato and Sapiro (2009, p.308):

Social responsibility means the degree of obligations an organization assumes through actions that protect and improve the well-being of society as it seeks to achieve its own interests. Social responsibility represents the obligation of the organization to adopt policies and take decisions and actions that benefit society. In other words, it represents

the managerial obligation to make decisions that protect and improve the well-being of society as a whole and organizational interests specifically. Managers of an organization should strive to achieve organizational and corporate objectives simultaneously.

The referred authors continue:

In developed countries, and also in ours, it gradually increases the role of organizations as social agents in the development process. In addition to producing goods and services, organizations are also assuming the role of being responsible for the well-being of their stakeholders. However, besides the employees and partners, this role is also being increasingly extended to other aspects that go beyond their traditional boundaries, such as society itself, involving needy communities and welfare activities.

The 1st Property Registry of Catanduva has been developing social projects since 2015, aiming to bring the Registry closer to the community and to those who most need help. Projects have already been carried out, for example, to collect toys for Children's Day, to provide a pleasant afternoon for the elderly in nursing homes with the presence of all collaborators with cakes and juices, to care for abandoned cats, feeding and grooming them.

The Property Registry of Taubaté promotes an interesting reading incentive action that consists of leaving books with notes at the reception desk daily. These notes explain that the clients, who eventually encounter the books while waiting to be attended, can take the pieces home. However, clients are encouraged to pass the books along after reading them.

In 2017, this same Registry held a campaign to collect food.

More than two tons of non-perishable food were collected to benefit six charities.

At the 2nd Property Registry of Ribeirão Preto, a campaign was organized on Mother's Day. To celebrate the date, the employees went to a nursing home and offered the senior females a spa day, including nail painting, hairstyling and makeup. It was an opportunity to bring joy and solidarity to the elderly women of that place and also to experience different realities.

At the end of 2017, a project called "*Adoção Afetiva*" (Embracing a School) was launched in the State of São Paulo, based on an initiative of the *Anoreg / SP* (Association of Notaries and Registrars of the State of São Paulo) and the support from the State Department of Education, the Court of Justice of São Paulo and associations representing extrajudicial activity⁵.

⁵ Additional information on: <<http://www.adocaoafetivasp.com.br>>. Accessed on April

This project aims to bring Registries in the State of São Paulo closer to its state schools. Registrars and notaries may embrace a state school to promote joint activities for the benefit of the community (parents and students), which is essential for the development of aware and active citizens.

Within the referred project, the 1st Property Registry of Catanduva has participated in an award ceremony for young soccer players of a local state school, who were rewarded by some employees of the Registry.

Two projects are still underway: one to collect clothes and the other to collect books for the students of this school. The year of 2018 is going to be a particularly special one for those students, since lectures given by professionals of different areas, talent shows and football championships are going to take place along the year.

In the city of Olimpia, the Public Registry has carried out actions with the local state school and, with the support of the city's Law School, a laboratory of medical analysis, "OAB" (The Brazilian Bar Association) and some businessmen, offering vocational tests, medical examinations and legal advice to the pupils⁶.

In Fartura, the "*Adoção Afetiva*" project (Embracing a School) was run by its Property Registry with the promotion of several lectures to the pupils of the state school Coronel Marcos Ribeiro. The lectures addressed various legal professions, assisting students in their career-related decisions. For the year of 2018 lectures held by professionals from other areas are scheduled⁷.

In São Paulo, a notary public of the 29th Notary's Office has actively participated in the "*Adoção Afetiva*" project (Embracing a School) with the state school César Martinez.

This project has more than twenty initiatives, some already carried out and others in progress, and it has established actions for the revitalization of spaces within the school premises such as the science and computer laboratories and reading areas, for pedagogical support promoting involving activities with students and teachers, environmental education and teacher training sessions, for educational workshops which covered different the-

27th 2018.

⁶ Additional information on: <<http://www.adocaoafetivasp.com.br/2018/04/20/cartorio-de-olimpiapromove-acao-do-projeto-adocao-afetiva-em-escola-estadual-da-cidade/>>. Accessed on April 27th, 2018.

⁷ Additional information on: <<http://www.adocaoafetivasp.com.br/2018/04/06/tj-sp-cartorio-extrajudicialde-fartura-realiza-atividade-do-projeto-adocao-afetiva/>>. Accessed on April 27th, 2018.

mes such as oral hygiene, health, legal counseling and financial education and for cultural, sports and recreational activities like music, theater, meditation and yoga⁸.

CONCLUSION

As noted, the independence of the Brazilian property registrar in relation to the management of the registry which they hold, with respect to expenses of costing, investment and personnel, gives them the condition to seek and implement actions of the most diverse kinds to meet the demands of the 21st century with creativity, awareness and responsibility.

In any case, it is clear that the actions and practices shared in this article, which is the result of attempts, mistakes and adjustments, represent only the first step in an arduous and infinite road that has been followed by the holders of registries in the State of São Paulo.

There is still a lot to be done and the science of management and the successful practices of corporations and organizations around the world identified through benchmarking can serve as an example and inspiration for major changes in extrajudicial activity in Brazil and in the relevance of the property registrar to society.

BIBLIOGRAPHY

- CHIAVENATO, Idalberto. **Gerenciando com as pessoas**. 5.ed. atual. São Paulo: Manole, 2015.
- CHIAVENATO, Idalberto. SAPIRO, Arão. **Planejamento Estratégico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- COSTA, Eliezer Arantes. **Gestão estratégica: da empresa que temos para a empresa que queremos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RÊGO, Paulo Roberto de Carvalho. **Registros Públicos e Notas: natureza jurídica do vínculo laboral de prepostos e responsabilidade de notários e registradores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

⁸ Data collected on: <<https://m.facebook.com/Voluntários-Cesar-Martinez-1330083-67414578/>>. Accessed on April 27th, 2018.

LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL REGISTRO DIGITAL ANTE LOS DESASTRES NATURALES

Ana Cristina Gómez Pérez¹

*Catedrática*²

*Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico*³

Tema: Las nuevas tecnologías y la reforma de los registros de la propiedad

I. OVERVIEW

The article explores the pros and cons of the digital registry systems in the face of natural disasters. Puerto Rico faced two powerful category V hurricanes in September 2017 - the most destructive on the Saffir-Simpson scale - which led to the subsequent paralysis of most of the government and the fall of the electricity system that left 3 million people without power for almost two months. Essential services such as judicial courts, the Department of Justice, and public schools remained inoperative for several months.

The Property Registry, which had recently adopted a system for digitizing its books, suffered at its offices millions in losses. Historical books and plans were destroyed as a result of the strong winds and floods. The digital registry became an important tool for the recovery of information but some complications remained including the damages to the premises where the main backup systems rest plus the almost complete lack of Internet in the island after the hurricanes. It took several days to jump start

¹ La autora es doctora en Derecho Privado de la Universidad Complutense de Madrid (2010), pose además una Maestría Oficial en derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid (2007) y un Juris Doctor de la Universidad de Puerto Rico (2004) y se graduó de Comunicación social de la Universidad Pontificia Bolivariana (1998). Además de participar en CADRI del 2011.

² Imparte los cursos de Derecho Registral Inmobiliario, Derecho de sucesiones por razón de muerte, Fideicomisos y Derecho Real de Hipoteca.

³ Institución establecida en 1916 y acreditada por la American Bar Association y la American Association of Law Schools.

the digital registry but as of now it is still being evaluated if there was any loss of significant information.

The article analyzes the difficulties and strengths of electronic systems in the face of natural disasters. After the experience in Puerto Rico, specific recommendations are made about the lessons learned in the conservation of historical and digital information, as well as the legal and technological mechanisms that must be assessed in preparation for a natural phenomenon.

II. INTRODUCCIÓN

El artículo explora las fortalezas y debilidades de los sistemas registrales digitales ante los desastres naturales. Puerto Rico se enfrentó el pasado septiembre del 2017 a dos poderosos huracanes de categoría V – la más destructiva en la escala de Saffir-Simpson-, lo que conllevó en la posterior paralización de las funciones de la mayor parte del Gobierno y la caída del tendido eléctrico que dejó sin energía por casi dos meses a 3 millones de habitantes. Servicios esenciales como los Tribunales, el Departamento de Justicia y las escuelas públicas se mantuvieron inoperantes por varios meses.

El Registro de la Propiedad, que recientemente había adoptado un sistema de digitalización de sus libros, sufrió en sus oficinas pérdidas millonarias. Libros históricos y planos se destruyeron a consecuencia de los fuertes vientos e inundaciones. El Registro digitalizado se convirtió en una importante herramienta para la recuperación de información, empero algunos escollos se presentaron como los daños ocasionados en las oficinas donde reposan los principales sistemas de respaldo –backup- y la falta de internet en la Isla. Varios días tardaron en poder abrir de nuevo el Registro electrónico y aún se está evaluado si se produjo alguna pérdida de información significativa.

El artículo analiza las dificultades y fortalezas de los sistemas electrónicos ante el embate de los desastres naturales. Luego de la experiencia en Puerto Rico se hacen recomendaciones puntuales sobre las lecciones aprendidas en materia de la conservación de la información física histórica y la digital, así como los mecanismos legales y tecnológicos que se deben atender en preparación de un fenómeno natural.

III. TRANSFORMACIÓN A UN REGISTRO DIGITAL DE LA PROPIEDAD EN PUERTO RICO

A. La nueva Ley registral

Mediante la Ley 219 del 2015, se aprueba la “*Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*”⁴. La función principal de la norma es regir “la inscripción de los documentos relativos a las transacciones de bienes inmuebles”⁵, y según el artículo 1 de la Ley, el objeto del registro de la propiedad es la inscripción por la vía electrónica de los derechos, actos y contratos relativos a los bienes inmuebles y ofrecer “un sistema de publicidad de títulos que incluye las adquisiciones, modificaciones y extinciones del dominio y de los demás derechos reales que recaen sobre dichos bienes” proveyendo además “para la inscripción o anotación de otros derechos sobre o relacionados a bienes inmuebles, conforme se indica en esta Ley”. Es inevitable destacar que la Ley atempera a nuestros tiempos el uso de la tecnología para brindarles a los usuarios y a la ciudadanía en general acceso rápido a las constancias del Registro con el fin de validar la inscripción de tales derechos.

Según dispuesto por la Ley, el Registro como institución tienen varias acepciones: la primera como un **organismo del gobierno**⁶ organizado por secciones, que comprenden territorialmente a varias fincas.⁷ Segundo, con el objetivo de guardar constancia de los actos relacionados al trámite jurídico que en la Ley de 2015, a diferencia de la Ley de 1979, reduce los libros oficiales al Diario Electrónico de Operaciones, Libro Electrónico de Inscripciones y Libro Único Electrónico de Embargos.⁸ Tercero, la institu-

⁴ Originalmente denominada como Ley Hipotecaria por la norma anterior, esta nomenclatura también está justificada por haber nacido este Derecho a “impulso de las necesidades del derecho de hipoteca y haberse consagrado en la doctrina el empleo del adjetivo hipotecario como sinónimo de registral” y así se entiende derecho hipotecario como un equivalente a Derecho Inmobiliario registral. Francisco Javier Sánchez Calero, *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tirant Lo blanc, p.21 (2009)

⁵ [Http://www.justicia.pr.gov/home/secretarias-y-oficinas/registro-de-la-propiedad/](http://www.justicia.pr.gov/home/secretarias-y-oficinas/registro-de-la-propiedad/) visitado por última vez el 3 de marzo del 2017.

⁶ Eduardo Vázquez Bote, *Elementos de Derecho Hipotecario Puertorriqueño*, editorial Lex, pág.23 (1973).

⁷ Eduardo Vázquez Bote, *Elementos de Derecho Hipotecario Puertorriqueño*, editorial Lex, pág.24 (1973).

⁸ Artículo 252 de la Ley Hipotecaria de 1979.

ción jurídica que ofrece **la publicidad**⁹ como piedra angular garantiza el tráfico inmobiliario¹⁰ a través de figuras como el tercero registral. Según expresado en *Madeline Sánchez Díaz v. ELA*, 181 DPR 810:

La función de nuestro Registro de la Propiedad en la protección de la seguridad jurídica, no tan sólo a nivel local, sino dentro de un marco globalizado e internacional. De este enfoque se concluye, forzosamente, que “[s]i bien la seguridad jurídica integra el plexo de valores jurídicos esenciales de toda convivencia civilizada, y por su importancia y contenido excede el marco que propone un análisis estrictamente económico, corresponde asegurar que se trata de un valor operativo o condicionante del crecimiento económico.

B. Karibe: El nuevo sistema de Registro electrónico

La nueva Ley crea el concepto del Registro Inmobiliario Digital con la particularidad de que la inscripción ahora se hará por vía electrónica. La intención legislativa fue permitir las “consultas telemáticas” para cumplir con el principio de publicidad formal y agilizar la presentación de documentos. El sistema de informática registral de inscripción implementado se llama Karibe y sustituye a Ágora, permitiendo la consulta telemática a agencias gubernamentales y municipios, a notarios y público en general durante las 24 horas del día, los siete días de la semana.¹¹ Los empleados del Registro podrán acceder las constancias usando sus cuentas de correo electrónico oficial y únicamente desde sus oficinas.¹²

Antes de adoptar el sistema Karibe, se escanearon¹³ todos los libros históricos y a partir de la vigencia de la Ley las inscripciones se harán en

⁹ Luis Roca Sastre, et. Al, *Derecho Hipotecario-Fundamentos de la Publicidad Registral*, (octava edición, editorial Bosch), Tomo I, págs. 1-2 (1995).

¹⁰ Fernando Martínez, *El sistema español de Registro Inmobiliario (I)*, editorial Civitas, pág.25 (2012).

¹¹ Regla 3.1, la cual también dispone que la consulta personal en cualquiera de las secciones del Registro durante el horario de 8:00 am a 4:00pm será limitada por el tiempo de uso a quince (15) minutos por persona, por turno.

¹² Regla 249.1 del Reglamento del Registro.

¹³ [Http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/](http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/): “La digitalización de los folios de inscripción comprendió la captura de las imágenes en los libros de inscripción del Registro. Esta fase ha sido completada en su totalidad por lo que todas las inscripciones están disponibles en formato digital. De este modo, se preserva la historia registral de Puerto Rico y se agiliza la búsqueda y estudio de las propiedades inscritas”.

el folio real digital para la firma electrónica del Registrador¹⁴. Para lo cual, se digitalizaron más de 11 millones de folios y 42,313 tomos mediante la captura, almacenamiento y puesta en línea de más de 24 millones de imágenes de las inscripciones y constancias que existían en los libros de inscripción, libros auxiliares de sentencias, embargos estatales y federales inscritos desde el siglo XIX y hasta el XXI.¹⁵

Por tanto, la Ley de 2015 incluye una nueva manifestación de la publicidad formal¹⁶ que antes era mediante la consulta presencial y las certificaciones registrales¹⁷, ampliándose ahora a la consulta telemática¹⁸. A tenor con la exposición de motivos de la Ley de 2015 se “asegura el principio cardinal de la publicidad registral de manera única en el mundo al hacer accesible a todos los que interesen consultar o conocer las constancias del registro, tal como allí existen, vía Internet y desde la comodidad de la casa o lugar de negocio”.¹⁹

¹⁴ [Http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/](http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/) Última visita el 26 de marzo del 2018.

¹⁵ [Http://www.justicia.pr.gov/historica-modernizacion-del-registro-de-la-propiedad/](http://www.justicia.pr.gov/historica-modernizacion-del-registro-de-la-propiedad/) (última visita el 10 de agosto de 2016).

¹⁶ Luis Rafael Rivera, *Derecho registral inmobiliario puertorriqueño*, Jurídica Editores, 2 edición, pág. 77 (2002).

¹⁷ *Autoridad de Carreteras y Transportación de Puerto Rico v. Roberto Iñesta Nazario* 165 DPRDPR 891 (2005): “La certificación registral es el método por excelencia para hacer constar el contenido del Registro de la Propiedad. La certificación es un documento público “que [hace] fe de sí mismo.” Art. 27 de la Ley Hipotecaria de Puerto Rico, 30 LPRALPRA sec. 2105. Este es un mecanismo para dar publicidad formal de las constancias del Registro. Constituye por lo tanto, *prueba prima facie* de los hechos allí consignados”.

¹⁸ El artículo 249 de la ley de 2015 dispone que “Las constancias del Registro se manifestarán mediante el sistema digital electrónico de inscripción y de las certificaciones registrales”

¹⁹ En cambio, el legislador español a través de la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, “reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica” Art. 1. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. La Resolución de la DGRN, núm. 10282/2015 de 23 julio de 2015, interpretó este interés legítimo de la siguiente forma: “En relación al interés legítimo la doctrina ha

El sistema Karibe busca “mantener en una sola base de datos un Registro de la Propiedad libre de papeles y accesible por internet a la vez que introduce el uso de nuevas tecnologías en los procesos de presentación, despacho, calificación, notificación e inscripción de documentos, así como la solicitud y expedición de certificaciones registrales”.²⁰ En el caso que se haga la presentación de documentos de forma presencial²¹, se hará en el horario que esté abierto el Registro de la Propiedad y lo que hará el registrador será digitalizar el documento presentado en papel y se devolverá al presentante quedándose el registro solamente con la imagen digital. También la plataforma Karibe permite la “Solicitud y recibo de certificaciones a través de internet”, la “Solicitud y pago de todos los servicios registrales a través del portal de internet del Registro Digital de Puerto Rico, así como se prevé la “Notificación y corrección de faltas en documentos por medio de correos electrónicos a notarios”.²²

C. Reorganización administrativa de las oficinas del Registro con el sistema digital

El Registro de la Propiedad es la oficina pública que ofrece la publicidad Registral en la cual se lleva a cabo la publicidad registral²³ y está organizada por demarcaciones territoriales. Empero, luego de la aprobación de la Ley a un sistema de Registro Inmobiliario Digital²⁴ y la correspondiente implan-

señalado que este interés ha de ser un interés conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el artículo 221.2 presume dicho interés), directo (en caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el número 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario), y legítimo (cfr. artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario). Este concepto de “interés legítimo” es más amplio que el de “interés directo”, de forma que alcanza a cualquier tipo de interés lícito”. El interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. En este caso se demostró dicho interés legítimo porque la finalidad del compareciente era presentar una demanda de adición de herencia.

²⁰ [Http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/](http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/)

²¹ La “*presentación presencial*” consiste en la entrega física de la copia certificada o del documento al empleado del Registro con el propósito de solicitar su inscripción. Regla 259.1

²² [Http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/](http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/)

²³ Eduardo Vázquez Bote, *Elementos de Derecho Hipotecario Puertorriqueño*, editorial Lex, pág.23 (1973).

²⁴ Artículos 256, 258, 260 de la Ley de 2015.

tación Karibe, la publicidad se ofrece a través de un sistema único que para todos los efectos es “una sola entidad administrativa que comprende todo el territorio del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”.²⁵ Administrativamente sin embargo, el Registro de la Propiedad (Registro Inmobiliario Digital) se compone de una oficina directiva que se ubica en el Departamento de Justicia y 29 secciones²⁶ operacionales que acoplan los 78 municipios de

²⁵ Art. 274 de la Ley del 2015.

²⁶ <https://www.registrodigitalpr.com/beta/secciones-del-registro.php> (última visita el 17 de agosto de 2016). “Cada una de las 29 secciones del Registro cubre una demarcación principal definida o sea, unos municipios, barrios o sectores específicos. Las transacciones relacionadas con fincas localizadas dentro del área que cubre una sección deben inscribirse en esa sección.

AGUADILLA Aguada, Aguadilla, Isabela y Rincón

ARECIBO I Arecibo

ARECIBO II Camuy, Quebradillas y Hatillo

BARRANQUITAS Barranquitas, Aibonito, Coamo, Orocovis, Comerío, Corozal y Naranjito

BAYAMON I Bayamón Sur y sus barrios

BAYAMON II Toa Baja

BAYAMON III Bayamón Norte, parte de Hato Tejas, Fincas al Norte de Ave. Comerío, parte de Juan Sanchez, Centro Comercial Oeste, Bayamón Oeste, Vega Alta y Toa Alta

BAYAMON IV Vega Baja, Cataño y Dorado

CAGUAS I Caguas y Cayey

CAGUAS II San Lorenzo, Cidra, Juncos, Gurabo y Aguas Buenas

CAROLINA I Barrios Cangrejos Arriba y Sabana Abajo de Carolina

CAROLINA II Carolina Pueblo, Barrios Hoyo Mulas, San Antón, Martín González, Trujillo Bajo, Cacao, Santa Cruz, Canovanillas, Barrazas, Cedro y Carruzos

CAROLINA III Loíza, Canóvanas y Río Grande

FAJARDO Fajardo, Luquillo, Vieques, Culebra y Ceiba

GUAYAMA Guayama, Arroyo, Patillas, Salinas, Maunabo y Santa Isabel

GUAYNABO Guaynabo y sus barrios

HUMACAO Las Piedras, Naguabo, Yabucoa y Humacao

MANATI Manatí, Ciales, Morovis, Barceloneta y Florida

MAYAGUEZ Mayagüez, Añasco y Hormigueros PONCE I Ponce (parte) y sus barrios, Villalba y Juana Díaz

PONCE II Ponce (Barrios Caná Castillos, Barrio Segundo, Reparto Universitario, Este de la Calle Atocha, Sur de la Calle Villa), Guayanilla, Peñuelas y Yauco

SAN GERMAN San Germán, Cabo Rojo, Guánica, Lajas, Maricao y Sabana Grande

SAN JUAN I San Juan Antiguo, Puerta de Tierra, Santurce Norte y Santurce Sur

SAN JUAN II Río Piedras Norte, Río Piedras, Hato Rey Norte, Sur y Central, y Universidad Oriente

SAN JUAN III Monacillos, Gobernador Piñero y triángulo formado por el área sur

Puerto Rico localizadas en Aguadilla, Arecibo (2), Barranquitas, Bayamón (4), Caguas (2), Carolina (3), Fajardo, Guayama, Guaynabo, Humacao, Manatí, Mayagüez, Ponce (2), San Germán, San Juan (5), San Sebastián y Utuado²⁷. Los Registradores están a cargo de las 29 secciones y son 36²⁸.

A pesar de que actualmente hay 29 secciones en el Registro, el artículo 276 de la Ley del 2015 permite que:

El Secretario de Justicia podrá cambiar la composición y localización de las secciones del Registro. Podrá crear secciones, consolidar, dividir o alterar la demarcación territorial de cualquiera o todas las secciones del Registro. Cualquier cambio entrará en vigor treinta (30) días después de ser publicado el cambio, en una sola ocasión, en un (1) periódico de circulación general en Puerto Rico.

Agrega la Regla 276.1 del Reglamento 2016 que el aviso a publicarse para el caso de creación, consolidación, división o alteración de la demarcación territorial de cualquier sección, deberá señalar claramente la composición geográficas de las nuevas demarcaciones territoriales, las secciones a que pertenecen y la nueva localización de la sección.

Según dispone el artículo 274 de la Ley de 2015 dispone que el Registro de la Propiedad:

Estará adscrito al Departamento de Justicia y funcionará bajo la dirección de un Director Administrativo nombrado por el Secretario de Justicia. En consulta con el Secretario de Justicia, el Director Administrativo tendrá a su cargo la organización, formulación del presupuesto, administración y funcionamiento del Registro.

Es decir, el Registro es una oficina pública que está adscrita al Departamento de Justicia con el Secretario de Justicia²⁹ como máximo respon-

de la Carr. # 1 hasta Barrio Monacillos Oeste
 SAN JUAN IV Río Piedras Sur y sus Barrios, Caimito, Tortugo, Quebrada Arenas, Cupey; y Trujillo Alto
 SAN JUAN V Barrios Sabana Llana, Monacillos Este y el Cinco
 SAN SEBASTIAN Moca, San Sebastián y Las Marías
 UTUADO Utuado, Adjuntas, Lares y Jayuya”.

²⁷ <http://ridpr.pr.gov/registro-inmobiliario-digital-de-puerto-rico/> (última visita el 17 de agosto de 2016).

²⁸ Artículo 281 de la Ley de 2015.

²⁹ Artículo 3, Ley Núm. 205 de 9 de agosto de 2004, según enmendada, mejor conocida como “Ley Orgánica del Departamento de Justicia” (3 L.P.R.A. § 292): “El Secretario de Justicia, nombrado por el Gobernador según lo dispuesto en el Artículo IV, Sección 5 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, es el Jefe

sable de dicho departamento gubernamental, y el Director Administrativo es quien dirige el día a día del Registro. La Regla 277.2 del Reglamento 2016 faculta a este funcionario a asignar o trasladar al personal del Registro a las distintas secciones, en consulta con el Secretario y conforme a las necesidades del servicio.

De conformidad con la cuarta oración del artículo 274 el Director Administrativo “previa autorización por parte del Secretario... podrá emitir reglas provisionales para la operación de modos alternos o experimentales o de procesos de transición en el Registro”.

IV. DOS DESASTRES NATURALES EN MENOS DE UN MES

En septiembre del 2017, dos huracanes con vientos máximos superiores a los 200 kilómetros por hora atacaron a Puerto Rico.³⁰ El último de ellos, María, fue el más destructivo del que se tenga constancia en la Isla y en Estados Unidos.³¹ El 20 de septiembre del 2017, María azotó durante más de 12 horas a Puerto Rico con precipitaciones históricas y la destrucción masiva de su infraestructura. La cifra oficial de muertos aún está pendiente de establecerse, pero algunos medios como el New York Times la ubican en más de 1,052.³²

del Departamento de Justicia y como tal, el principal funcionario de ley y orden del Estado Libre Asociado encargado de promover el cumplimiento y ejecución de la ley, conforme disponen las Secciones 5 y 6 del Artículo IV de la Constitución del Estado Libre Asociado”; Véase además: Artículo 34 (3 L.P.R.A. § 293m) “Ley Orgánica del Departamento de Justicia”: “Se faculta al Secretario para establecer la organización y estructura interna del Departamento para el mejor cumplimiento de las funciones que le impone la ley, ello con sujeción a las normas y guías que apliquen sobre la organización de la Rama Ejecutiva. Además de los que se establecen en esta Ley, se incorporan y se hacen formar parte funcional de la estructura administrativa del Departamento, los siguientes componentes:... (e) El Registro de la Propiedad creado por la Ley Núm. 198 de 8 de agosto de 1979, según enmendada. El Secretario pondrá a la disposición de los componentes mencionados y de cualquier otro que se le adscriba en lo sucesivo, aquellos servicios administrativos que sean necesarios para implantar sus respectivas leyes habilitadoras cuando ello no afecte el funcionamiento del Departamento; Véase además, artículo 35 de la “Ley Orgánica del Departamento de Justicia” (3 L.P.R.A. § 293n).

³⁰ <https://www.nhc.noaa.gov> última visita el 20 de noviembre del 2017.

³¹ http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/danos-maria-puerto-rico-comparan-con-los-peores-desastres_205429. Última visita el 24 de marzo del 2018.

³² <https://www.nytimes.com/interactive/2017/12/08/us/puerto-rico-hurricane-maria-death-toll.html> Última visita el 24 de marzo del 2018.

Los aeropuertos³³, hospitales³⁴ y las oficinas gubernamentales³⁵ quedaron seriamente dañados. El sistema eléctrico quedó completamente destruido y miles de personas sin luz por varios meses.³⁶ Los tribunales estuvieron cerrados durante dos meses y medio.³⁷

El Registro de la Propiedad que se encuentra adscrito al Departamento de Justicia, no fue la excepción y las diferentes secciones sufrieron pérdidas significativas. Durante mes y medio, todas las oficinas del Registro permanecieron cerradas al público por no contar con los servicios de agua, energía eléctrica, ni internet.³⁸ La infraestructura de las secciones de Aguadilla, Utuado, Trujillo Alto, San Juan I, II, III, IV y V se vieron seriamente impactadas y tuvieron que ser reubicadas.³⁹

Aun no se han terminado de evaluar los daños a los libros históricos, pero se estima que muchos se perdieron ante la falta de condiciones de refrigeración necesaria para su conservación.⁴⁰ En cuanto al sistema digital, el edificio con los servidores principales de almacenamiento de la información fue cerrado por los problemas estructurales dejados por el evento natural.⁴¹ Lo que hizo necesario recuperar la información a partir del *backup* que se guarda en la sección de Mayagüez.⁴²

³³ <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/elaeropuertointernacionalvuelveaoperarlas24horas-2363078/> última visita 24 de marzo de 2018.

³⁴ <https://www.metro.pr/pr/noticias/2017/09/26/huracan-maria-dejo-70-los-hospitales-inservibles.html> última visita 24 de marzo de 2018.

³⁵ <http://www.noticel.com/ahora/huracn-mara-deja-al-gobierno-sin-infraestructura-operacional/651470622> última visita 24 de marzo de 2018.

³⁶ <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/detallanlostropiezosparalarecuperaciondelsistemaelectric-2391784/> Última visita 24 de marzo del 2018.

³⁷ <http://www.ramajudicial.pr/resolucion/2017/EM-2017-08-Extension-Terminos-ante-paso-huracan-Maria.pdf> Última visita 24 de marzo del 2018.

³⁸ <https://aldia.microjuris.com/2017/11/02/justicia-informa-que-sistema-karibe-estara-disponible-desde-manana-3-de-noviembre/> Última visita 24 de marzo del 2018.

³⁹ <https://aldia.microjuris.com/2017/11/02/justicia-informa-que-sistema-karibe-estara-disponible-desde-manana-3-de-noviembre/> Última visita 24 de marzo del 2018.

⁴⁰ Entrevista con el Lcdo. Joaquín del Río, Director de los Registros de la Propiedad de 10 de diciembre del 2017.

⁴¹ <http://www.noticel.com/ahora/operante-el-departamento-de-justicia-an-con-daos-en-su-edificio/639938553> Última visita 24 de marzo del 2018.

⁴² https://www.elvocero.com/gobierno/activar-n-el-registro-de-la-propiedad/article_e40f7ffe-b53a-11e7-8d58-d7ad59444049.html Última visita 24 de marzo del 2018.

V. MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS LUEGO DEL PASO DE MARÍA

Aunque Puerto Rico se encuentra en la zona de huracanes del Caribe, era difícil prever la magnitud de un desastre de esa categoría. La recuperación ha sido más lenta de lo esperada y aun, a más de seis meses del evento, existen más de 100,000 familias que se encuentra sin servicio de energía eléctrica.⁴³

La vuelta a la normalidad de las principales agencias gubernamentales se ha visto ralentizada por las malas condiciones en que quedaron sus edificios y por la profunda crisis económica que arrastra la Isla por los pasados 10 años. Esto último obligó al Gobierno de Estados Unidos a aprobar, en junio del 2016, la *Ley Oversight, Management, and Economic Stability Act* (PROMESA).⁴⁴ Dicha legislación no es otra cosa que un proceso para la declaración de quiebra en Tribunales Federales del Gobierno de Puerto Rico. La combinación de las anteriores circunstancias son la tormenta perfecta para una profunda crisis económica e institucional.

En este contexto, el Registro de la Propiedad como mecanismo para garantizar el tráfico económico de los bienes inmuebles adquiere mayor relevancia. Lo anterior, sobretudo, cuando la principal inyección económica luego del desastre natural proviene de la Agencia Federal de Desastres (*Federal Emergency Management Agency*, FEMA por sus iniciales en inglés). Esta entidad gubernamental norteamericana provee a las víctimas de desastre una compensación por las pérdidas significativas que hayan sufrido en sus bienes inmuebles a través de su programa de *Disaster Housing Recovery*.⁴⁵ Uno de los requisitos para ser elegibles a esa compensación es que quien reclama los daños sea el titular del bien inmueble, lo cual requiere que se pruebe a través de una escritura pública o certificación registral.⁴⁶ En muchas ocasiones, las viviendas sufrieron inundaciones⁴⁷ por lo que su

⁴³ <https://www.univision.com/puerto-rico/wlii/noticias/huracan-maria/a-seis-meses-del-huracan-maria-los-fondos-para-la-reconstruccion-aun-no-llegan-a-la-isla-y-mas-de-100-000-siguen-a-oscuras> Última visita el 26 de marzo del 2018.

⁴⁴ 43 Ley 114-187 del 2016, 48 U.S.C. § 2121 y ss.

⁴⁵ A través de este programa se aprobó para Puerto Rico 2,200 millones de dólares. Véase <https://www.fema.gov/es/news-release/2018/03/07/2200-millones-ayuda-federal-aprobados-familias-negocios-puerto-rico> Última visita 26 de marzo del 2018.

⁴⁶ Véase <https://www.fema.gov/faq-details/Proof-of-occupancy/occupancy>

⁴⁷ <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/aumentanlasestructurasenzonasi-nundables-2410311/> última visita el 28 de marzo del 2018.

contenido, como documentos o escrituras, se destruyó o se convirtió en inservible. Por lo anterior, la certificación registral se convirtió en el principal mecanismo para probar titularidad y poder solicitar compensación a través de FEMA.

Lo anterior conllevó a que se tomarán medidas urgentes que permitieran reactivar el acceso a la información del Registro. Tales medidas fueron las siguientes:

1. Se extendió el asiento de denegatoria de los documentos notificados antes del 20 de septiembre hasta el 8 de enero del 2018. Lo anterior, permite que el asiento no caduque dentro de los 60 días dispuestos por la Ley, sino que todos se extiendan de forma automática hasta los primeros días del 2018.
2. El Registro digital volvió a operar el 3 de noviembre del 2017. Es decir, no existió ningún tipo de publicidad registral durante 45 días.
3. Algunos Registro abrieron en horario parcial el 3 de noviembre, solo para consultar de los libros históricos y presentación de documentos de forma presencial.
4. Las secciones de mayor movimiento como son las de San Juan aún se encuentran cerradas para consulta en los libros históricos y los planos. Por lo tanto, fue necesario habilitar una oficina especial para presentación presencial de documentos de las secciones de San Juan.

VI. PÉRDIDAS Y APRENDIZAJES EN MATERIA DE REGISTRO

Además de las cuantiosas pérdidas económicas por la reconstrucción o reubicación de las oficinas donde se ubican las secciones del Registro de la Propiedad, será necesario cuantificar otras:

1. La pérdida de los planos que se encuentran en las secciones de Registro que sufrieron serias inundaciones como la de Aguadilla o que se encuentran clausuradas por la contaminación de hongos como San Juan. Es preciso recordar que en el proceso de digitalización de los libros, no se incluyeron los planos. Esta situación plantea un serio problema en un sistema de naturaleza constitutivo y catastral en materia de Propiedad Horizontal, tal y como dispone el artículo 2 de la Ley: “en los casos de propiedad horizontal o condominio se extiende a las características físicas de los inmuebles según resulte de los planos archivados en el Registro”.

2. La pérdida o destrucción de los libros históricos, los cuales aunque han sido escaneados en su mayoría, eran el respaldo físico con el que contaba el Registro de la Propiedad.
3. La pérdida o destrucción de algunos documentos presentados en forma física antes de la aprobación de la Ley del Registro Digital y que aún se encontraban pendientes a calificación.
4. La pérdida del sistema de almacenaje de información primario, por inundación y destrucción del edificio donde se ubicaban en el Departamento de Justicia.
5. Los daños que se pudieron producir al mantenerse inoperante el Registro por más de 45 días para consulta y por más de 3 meses para presentación de documentos.

Corresponde ahora un proceso reflexivo que nos permita evitar que las pérdidas ocasionadas por los dos desastres naturales se pueda volver a repetir. Empero, preliminarmente se pueden esbozar las siguientes:

1. El sistema de *backup* de la operación del Registro de la propiedad debe ubicarse en un lugar fuera de Puerto Rico. Ya sea a través de la nube u otro sistema, es preciso que exista un respaldo electrónico en un lugar que no se vea afectado por los desastres naturales que pueda sufrir la Isla.
2. Ubicar los Registros de la Propiedad en zonas que no sean inundables y que cuenten con conexión a fibra óptica y generadores eléctricos, por si vuelve a presentarse un problema con el sistema eléctrico.
3. Digitalizar los planos del Registro e incluirlos en el sistema Karibe.
4. Permitir que ante eventualidades naturales, se puedan expedir certificaciones que no sean digitales de titularidad en el Registro.

VII. DOCUMENTACIÓN VISUAL

Visita al Registro de San Juan el 18 de diciembre del 2017

Red eléctrica luego del paso del huracán. <https://es.gizmodo.com/la-destruccion-que-dejo-el-huracan-maria-en-puerto-rico-1818640469>

¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD?

Ana Luciano

I. ¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD?

En la actualidad las riquezas de las naciones están vinculadas al *know how*; la persona como centro, la tecnología, la ordenación, interconexión, el rol del Estado, entre otras posibilidades, acentúan que cada país cumpla con los objetivos de sus políticas. Debate que es difícil cerrar -dada la subjetividad- para la República Dominicana en saber como reformar con eficiencia los sistemas registrales inmobiliarios que desde la óptica legal coexisten: Ministerial y Torrens.

Resulta difícil rehacer o enmendar con eficacia los sistemas de registros que interactúan unificando y ajustando a las necesidades jurídicas en nuestra realidad, cuando no se tiene la base de un Sistema Nacional de Administración de las Tierras ni existe la continuidad en las políticas públicas, por estar diversificadas y no identificadas entre sí, en su propia naturaleza hacia un objetivo común: proteger la persona titular del derecho registrado como garantía del crédito territorial.

También debe intervenir un sistema de registros interconectado o fusionado a la Certeza del Catastro Nacional, en la creación de un Sistema Nacional de Administración de las Tierras, integral de las tierras públicas, de la reforma agraria y de los bienes patrimoniales del Estado, y en el rol central de la buena gobernanza de las tierras privadas. Por lo que es conveniente hacer consultas públicas para abrir el debate, operando con los diferentes sectores de la vida local y nacional, más allá del Estado para generar la aceptación de la población, porque la administración no lo sabe todo.

El Estado es, lo que es su administración. No solo porque someta al derecho sus ciudadanos; más bien, debe predicar con el ejemplo mejorando los controles previos, mediante los procedimientos adecuados para no tener que llegar a la justicia. El tiempo en la justicia siempre será mejorable, debe ser capaz de contar con el acuerdo y lo que requieren sus ciudadanos. Los registros necesitan estar en movilidad; no estáticos. Cónsonos con su natu-

raleza para lograr la certeza, mediante la calificación registral; examinando la calidad suficiente en el derecho y en la información geográfica, cartográfica y de la geodesia en los distintos espacios, ante el reto del cambio climático, la consolidación de las instituciones y de su aplicación armónica hacia el desarrollo sostenible.

El modo de invertir ha cambiado. Promover la inversión inmobiliaria nacional y extranjera implica un cambio cultural más amplio, porque la resistencia a los cambios, los errores de los legisladores y Registradores; las fallas en la interpretación como presupuesto de la argumentación jurídica veraz de los abogados y jueces en la aplicación del derecho - sujetos a la regla inmortal de la Justicia, de la que no puede ser independiente ningún juez-, afectan directamente la identidad y la cultura en su armonía con la dignidad humana, la seguridad en sus distintas aspiraciones, la previsibilidad y el auténtico Proyecto de Nación.

En efecto, cabe destacar que el Estado Dominicano, es altamente centralizado; no obstante la Constitución de la República Dominicana en el capítulo II, artículos 204 al 207, manda a la gestión descentralizada, donde la región está definida como unidad básica de articulación y de formulación de políticas en el territorio y las Provincias como la demarcación política intermedia, las que a su vez se dividen en Municipios, Distritos Municipales y Parajes, constituyendo las bases del sistema de administración local. Así, la parcela, finca o solar son la unidad mínima del ordenamiento territorial y la base gráfica del sistema registral por el Catastro.

Por otra parte, ante las situaciones de incertidumbre generadas por las despoblaciones de las ciudades, producto de la centralización y concentración de poder y de los recursos en Santo Domingo, -capital de la República-; ante el desplazamiento forzado en las ciudades principales del país; para lograr extraer los diferentes enfoques de desarrollo urbano eficaces a cada situación o contexto para los fines registrales; es necesario asumir un compromiso aceptable y creíble, donde en la coordinación es fundamental que intervengan los actores en el ámbito de las políticas públicas.

Encima de esto, nuestro país ha incrementado su Producto Interno Bruto (PIB), un 4.6% en el año 2017¹, de lo que se infiere que ha aumentado a un ritmo superior a la media de Latinoamérica. Este crecimiento sustancial, supone un ambiente oportuno para todas las naciones y de las actividades

¹ Señalado por el Gobernador del Banco Central, Lic. Héctor Valdez Albizu. Periódico El Dinero, consultado en línea en: <https://www.eldinero.com.do/54199/valdez-albi-zu-en-2017-la-economia-dominicana-crecio-4-6/>. Extraído en fecha 12 de marzo del 2018 a las 8:47 P. M.

económicas que se lleven a cabo dentro de los mismos, pues delimitan el progreso de una Nación.

Sin embargo, nuestro país se caracteriza por la baja inclusión social y económica, porque no disminuye la pobreza ni mejora la distribución de los ingresos. Por lo tanto, el proceso evolutivo a futuro hacia una visión nacional debe enfocarse en la creación de un Sistema Nacional de Administración de las Tierras, a la fusión del Registro de Títulos, la Dirección Nacional de Mensuras y el Catastro Nacional, tutelados por los Tribunales de Tierras, para solucionar el problema de la certeza, la desigualdad, la crisis alimentaria y la pobreza, así con la voluntad política de subsanar estos obstáculos impulsando la prosperidad compartida.

En el artículo número 10 de la Constitución Dominicana se hace reserva legal especial, para regular la propiedad de los derechos de las tierras en las zonas fronterizas, privilegiando a los dominicanos. Situación legal que está en proyecto en el Congreso Nacional, debiendo ponderarse la delimitación de la franja fronteriza como punto de encuentro y las implicaciones comerciales de las exportaciones con la República de Haití, la realidad de los diferentes enfoques y contrastes en el derecho, como de sus implicaciones geográficas, catastrales y registrales.

En efecto, para hacer frente de manera eficaz a estas largas crisis dominicanas, resultan fundamentales configurar alianzas estratégicas, mediante el diálogo general sobre las políticas requeridas para un adecuado sistema registral, la inversión de los servicios urbanos, la descentralización fiscal del impuesto sobre la propiedad inmobiliaria (IPI), la creación de instituciones y comunidades ante la resiliencia y la promoción de la cohesión social.

Es bueno advertir, que la determinación del modelo económico que va a seguir la reforma a los sistemas registrales es tan importante como la creación de un adecuado Sistema Nacional de Administración de las Tierras y el Ordenamiento del Territorio, pero se requiere que la sociedad dominicana pueda escoger el sistema registral que prefiere y quiere tener: De un lado, el Sistema Registral dominicano que se aplica en la práctica cotidiana, con efectos declarativos y no convalidantes, pero constitutivo para las hipotecas y el régimen de Condominio con los ajustes jurídicos que necesita o, por otro lado, en cambio, si elige el Sistema *Torrens* que emula y no se aplica,² se podría implementar de manera adecuada y coherente con el efecto sus-

² Porque en nuestro país, los efectos de la inscripción no es sustantiva, tampoco en la forma de inscripción sujeto a inmatriculación o saneamiento mediante etapa judicial; el Registro ni las mensuras son catastrales, no están interconectados ni fusionados

tantivo de la inscripción y la tecnología capaz de estar en sintonía con los principios base en el moderno sistema *Torrens*.

En fin, no hay sistemas registrales puros, sino que siempre se encuentran entremezclados con relaciones e influencias de otros países y en la medida que deben obedecer a lo que dispone el Código o legislación Civil que es propio y el contenido de las leyes especiales que lo regulan, se podría determinar el sistema registral que existe en cada país.

1. Marco Metodológico

Para la reforma de los sistemas registrales sugerimos partir de las tres categorías de las actividades asociadas a la investigación para el desarrollo: 1. La investigación básica, mejor decir, el trabajo sistemático original, teórico o experimental, destinado a incrementar el conocimiento de un fenómeno o hecho; 2. La investigación aplicada, que tiene como objetivo resolver una necesidad o problema práctico específico, y 3. El desarrollo experimental, orientado a la producción nueva o mejorada de materiales, productos, dispositivos, especialmente sobre los procesos o sistemas.

La primera categoría o investigación básica se enfoca en el origen y la evolución de los sistemas de los registros en nuestro territorio, identificando los sujetos políticos colectivos o individuales, los sistémicos más frágiles y lo que tiene que ver con los sistemas de coordinación, las capacidades y las habilidades en los distintos contextos.

Además, enfocamos la transcendencia jurídica de la reforma que cambió la dependencia del Tribunal de Tierras en su aplicación dentro del Poder Ejecutivo desde el 1920, al pasar en el 1942 al ámbito del Poder Judicial y su impacto en los procedimientos, en las decisiones y la jurisprudencia. Más aún, cuando el propio Estado Dominicano ha otorgado facultades de titulación a otras tantas instituciones gubernamentales para expedir títulos. El reintegro del Notariado Latino en el 1948 mediante la ley 1860, las condiciones requeridas en la redacción de los actos o títulos causales para su inscripción en el Registro de Títulos.

Vale indicar, que los Tribunales de Tierras están bajo la dependencia del Poder Judicial, y no de la gobernanza o sistema de administración de las tierras. Las mensuras no han sido catastrales, porque el Catastro no funciona fusionado con el Registro, tampoco es utilizado como herramienta por

con el Catastro y la inscripción es atacable mediante el procedimiento de las Litis sobre Derechos Registrado.

excelencia de la ordenación de las tierras y no tiene conexión directa con la Dirección General de Mensuras Catastrales.

Los derechos registrados pueden ser atacados por el procedimiento de Litis sobre Derechos Registrados, que en su mayoría versan sobre las simulaciones de actos de ventas que ocultan donaciones o legatarios por testamento como forma de evadir las altas cargas impositivas y las desigualdades que existen respecto al modo de transferir la propiedad; como medio de confundir sobre la identificación del lavado de activos o blanqueo de capitales en sus diferentes causales – enfrentados hoy por la Ley 155-17 sobre el Lavados de Activos y Financiamiento del Terrorismo y Proliferación de Armas de Destrucción Masiva; sobre las superposiciones o conflictos de la realidad gráfica con el derecho de los inmuebles y de las falsificaciones.

La segunda categoría va aplicada a las condiciones prácticas cotidianas en que concurren en el antiguo sistema Torrens como sistema sustantivo, por los efectos de la inscripción, donde sí la propiedad se adquiere por medio de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, siendo la inscripción un elemento esencial para la adquisición del dominio, guiado por el principio de invulnerabilidad y los cuatro supuestos de publicidad, especialidad, autenticidad y legalidad, y como en su evolución se realiza la inscripción en el moderno Sistema Torrens.

También es necesario resolver el hecho de equivocarse en la implementación del sistema *Torrens* en la República Dominicana desde el 1920 ante la aparente falta de presupuesto, seguido por la falta del seguimiento adecuado en las leyes, de los gobiernos y en la jurisprudencia, incluyendo en la actual Jurisdicción Inmobiliaria y la Jurisdicción Civil, producto de la falta de atención a la capacitación sobre los distintos sistemas registrales que existen y el análisis en las variantes que muestra el moderno sistema *Torrens*.

En ese orden, sobre el alcance y los límites bajo los cuales convive y permanece el Sistema Ministerial de origen francés, representado por el Conservador de Hipotecas en las provincias cabeceras; es dable reconocer que en un sentido, la investigación no ha sido profunda y, por el otro, la mayoría de los doctrinarios se han limitado a decir que está en proceso de desaparición. Sin embargo, en los terrenos sin registrar del país -60% aproximado del territorio- y aun en los registrados, durante el procedimiento de ejecución de embargo o hipoteca de estos; este sistema Ministerial está presente, siendo la competencia exclusiva de los Tribunales civiles y no de los Tribunales de Tierras, distinto a lo que ocurre en la mayoría de los países, donde las cuestiones hipotecarias referentes al crédito y a la organi-

zación territorial son el móvil esencial de los Registros y de los Tribunales especializados de tierras.

Por otro lado, en la categoría del desarrollo experimental enfocamos los aspectos fundamentales, como la revisión de los resultados de las mejoras realizadas al sistema registral dominicano como tal, y de su judicialización cada vez más arraigada con la Ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario.

II. LA EVOLUCIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN EL TERRITORIO DOMINICANO

Lo económico incide en lo político, como su propia dinámica determina lo jurídico y la preminencia del derecho sobre lo geográfico. El primer ejercicio es conocer la historia de nuestras tierras, seguido de la *ratio legis*, como el fundamento que inspira el contenido y el alcance de las distintas leyes que se refieren al Conservador de Hipotecas y los Registros de Títulos inmobiliarios. Vayan a continuación las posibilidades:

Como bien sabido es, en el encuentro de culturas en la isla La Española, las tierras pasaron en su totalidad a la Corona de España, eran los Reyes Católicos quienes donaban mediante concesiones no delineadas con precisión en su ubicación y en el manejo de los archivos y libros por los representantes de la Corona, probablemente no existían registros adecuados. Hoy España tiene un prestigioso Registro Jurídico, no de datos sino de derechos -declarativo y no convalidante- resultado de su evolución en la modernidad y con gran similitud en la realidad práctica de sus efectos al Sistema Registral Dominicano.

Además, estuvimos gobernados por Francia y Haití, siendo la génesis de la nación dominicana en el contexto de su separación militar, cultural y geo-política de Haití, las que influyeron en las nociones de nación y la constitución de un sujeto político (1844-1861). Por lo que dentro de la segunda República (1865-1916) emerge como una exploración inicial de las prácticas populares de la segunda mitad del siglo XIX y del sujeto político colectivo, privilegiaba los cuerpos sociales colectivos que culminó con la anexión del territorio dominicano a España por cuatro años.

*“Esta visión colectiva de la política provocó en las instituciones y las relaciones sociales de la vida diaria del campo dominicano, en las prácticas políticas populares estaban conectadas a un régimen de propiedad en estructuras institucionales tales como la militar, y en los conceptos de nación y sujeto político implícitos en las estrategias discursivas de la élite.”*³

³ CHERYL FRANKS, Julie. Transformando la Propiedad: La Tenencia de Tierras y los

El establecimiento de la segunda República permitió un rechazo explícito de la herencia colonial y vinculó la soberanía política dominicana más firmemente con las ideas políticas liberales y sociales.

1. Sobre el tema en la historia de las luchas políticas y la evolución de la propiedad de las tierras, probablemente incidieron los siguientes hechos:
 - a. El manifiesto de 1844 defendía el sistema de terrenos comuneros y denunciaba el intento de *Jean Pierre Boyer* de reformar los terrenos comuneros, que en virtud de los convenios y por utilidad y necesidad de las familias, se habían conservado desde el descubrimiento de la isla, de la tenencia colectiva;
 - b. La legitimidad de los derechos por los pesos de títulos –terrenos comuneros- era en el régimen de propiedad tradicional menos críticos ya que esos derechos de uso no estaban consolidados en la misma venta, sino en la real cultivación o uso de la tierra con la aprobación de la comunidad, no generaban derechos de propiedad. Pero, el conflicto entre los que tenían menos y los que tenían más cantidades de acciones en pesos de títulos surge la Ley sobre Partición de terrenos Comuneros del 1911;
 - c. Posiblemente, la intervención norteamericana en el 1916 a 1924, mediante el Gobierno Militar de los Estados Unidos, es producto de las compras de tierras a las corporaciones nacionales por las compañías de azúcar extranjeras en la Romana, una parte del Este de la isla, y por las diferencias del Gobierno Nacional con los gobiernos locales; la inestabilidad política, el incumplimiento con los acreedores extranjeros, las preocupaciones geopolíticas de la región del Caribe, entre otras;
 - d. Las consultas y la propuesta del abogado Francisco J. Peynado,⁴ sobre establecer un régimen de propiedad privada, se sustenta la Orden Ejecutiva 363 del 1919, que mandaba a los notarios públicos y agrimensores envueltos en la división de terrenos comuneros, a entregar al secretario de justicia copias de todos los documentos relevantes dentro de 15 días o afectarían sus licencias, deteniéndose todas las mediciones en proceso bajo la ley de 1911,

Derechos Políticos en la Región Azucarera Dominicana 1880-1930. Editora Buho, Primera Edición, Santo Domingo, República Dominicana. 2013, Pág. 72.

⁴ Prestigioso abogado de origen dominicano, representaba las Corporaciones multinationales.

excepto las tierras ocupadas por edificios, ferrocarriles, plantaciones, pastos cercados, equipos manufacturados o criaderos de abejas cercados⁵;

- e. En el 1920, habiendo impuesto los norteamericanos sus intereses económicos en la industria y la agricultura, impulsan la creación de la Orden ejecutiva No. 511, que con el retiro del Gobierno Militar en el 1924 por el Convenio Dominico- americano se convirtió en la Ley de Registro de Tierras del 23 de junio del 1924, que planteó el país como un productor de materias primas para naciones industrialmente desarrolladas⁶;
- f. El conflicto entre los dos sistemas de posesión de propiedades: de un lado la material, esencialmente local en naturaleza, y, por el otro lado, de plano o teórica, fruto de una nueva conceptualización del rol del Estado-nación en la sociedad dominicana, considerado el conflicto más amplio entre las esferas de autoridad locales y nacionales durante y después de la ocupación de los marines⁷;
- g. Que bajo el sistema Torrens un título daba absoluta y exclusiva propiedad de la tierra a la persona, que imperativamente indicaba el título, definiendo los títulos así expedidos por el nuevo Tribunal de Tierras como actas oficiales, los cuales no podía ser impugnados en las cortes civiles;
- h. Que, por lo tanto, no había un procedimiento para disputar la demanda del vendedor de su legal posesión de la propiedad; la prescripción era utilizada como un mecanismo para adjudicar títulos no claros y la ocupación y el uso de la tierra no continuarían siendo constitutivos de los derechos de propiedad;
- i. *Que el ambicioso plan para una medición catastral de todo el país, no se realizó, fracasó a inicios de 1920 debido a una drástica restricción de presupuesto, el gobierno militar sufrió colapso de*

⁵ República Dominicana, *Colección de Leyes, Decretos y Resoluciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la República 1919* (Santo Domingo, 1983), vol. 25, Pág. 441.

⁶ Bruce J. Calder, historiador de la Universidad de Middletown, Connecticut, Doctorado en la Universidad de Texas sobre Historia de América Central y República Dominicana, y de las políticas norteamericanas hacia América Latina. Durante 30 años fue profesor de historia en la Universidad de Illionois, Chicago.

⁷ *Ob. Cit.* CHERYL FRANKS, Julie. Pág. 209.

*los precios del azúcar.*⁸ Piedra angular de la ley, y la clave para resolver la gran cantidad de constancias anotadas y las superposiciones que los gobiernos dominicanos posteriores tampoco han resuelto;

- j. Que las Cortes dominicanas tradicionalmente resolvían los casos civiles entre los particulares, pero las decisiones del Tribunal de Tierras no serían sujetas a revisión dentro del sistema de las cortes existentes. El mismo Tribunal revisaría peticiones que señalan que un título había sido obtenido por fraude, si ellas eran presentadas dentro del año de la aprobación del mismo; incluso, la Corte Suprema no tendría autoridad para revisar las decisiones del Tribunal. Al efecto, la Orden Ejecutiva 590 de 1921 otorga a las cortes el derecho a revisión, siguiendo la ley de 1911, en todos los casos concernientes a una medición general y prohibió específicamente a las cortes dominicanas adjudicaran las mediciones catastrales que era exclusiva del Tribunal de Tierras;
- k. Pero, es la orden ejecutiva No. 799 del 1922, la que establece la casación en interés al procedimiento especial – registral- establecido por la orden ejecutiva No.511, distinto al procedimiento del Código de Procedimiento Civil y la Ley de Procedimiento de Casación de la Justicia Ordinaria;
- l. Además, para el año 1923, la Orden Ejecutiva 511, fue enmendada para reconocer que el Gobierno Militar no iba a hacer una medición universal de los terrenos indivisos. El Estado Dominicano se limitó a realizar mediciones según el “interés público”, esto motivó que confiara en las iniciativas privadas para empezar el proceso de examinar y adjudicar los títulos, salvo en los casos de que interviniera resolución que afectara el interés público⁹;
- m. Los procedimientos registrales los denominaron como los procedimientos propios de la Orden Ejecutiva o de la legislación catastral; pero con las transferencias crearon los sistemas duales, de posesión de propiedades, cada uno con procedimientos y jurisdicciones separadas. Sin embargo, desligó los derechos de propiedad consuetudinarios de la red de gobernabilidad que surgía del gobierno militar extranjero;

⁸ *Ibidem*. Pág. 208

⁹ *Ibidem*. Pág. 208

- n. Al efecto, la Orden Ejecutiva 511, que luego se convierte en la Ley de Registro de Tierras del 1924, como disposición integral, otorgó igualdad entre el título de propiedad procesado legalmente a un acto oficial del Estado. Surgió el Tribunal Tierras, cuya forma de ejecutar las nuevas normativas crea división, por ser distinto a la justicia ordinaria dominicana. Sus intenciones de transformar el sistema de organización de la propiedad de las tierras era claro, pero en la implementación resultó equivocada;
- o. Nótese, que mediante la Ley No. 1231 del 16 de noviembre del 1929 se crea el procedimiento de las Litis sobre derechos registrados como vía de atacar los derechos registrados y sus mejoras, y la competencia del Tribunal de Tierras, desvirtúa la naturaleza registral no inter partes de los procedimientos registrales;
- p. El dictador Rafael L. Trujillo utilizando en apariencias métodos y mecanismos “legales”, se convierte en acaparador de grandes propiedades de tierras, perfilando la representación de los intereses nacionales y el control del Estado, que impedía el desarrollo a las masas campesinas para la explotación o la incorporación de las tierras en el campo;
- q. La dominación de los sectores económicos en el desarrollo de la vida política de la República Dominicana durante el gobierno de Trujillo, perfila la representación de otros sectores oligárquicos y en el control de los mecanismos fácticos, para poder entender su poder tradicional y en la modernidad;
- r. En virtud, de la Ley No. 525 del 20 de julio del 1941 se otorga competencia a los Tribunales de Tierras para conocer de acciones personales como la determinación de herederos; posteriormente, asimiladas en la Ley de Registro de Tierras No. 1542 del 1947;
- s. Hasta el año 1942, la Constitución Dominicana guardó silencio sobre los Tribunales de Tierras, pero sufre gran transformación al pasar de la dependencia del Poder Ejecutivo a la dependencia del Poder Judicial,¹⁰ por lo tanto, se produce choque entre las facultades propias del Poder Judicial y las de gobernanza del Ejecutivo en los Tribunales de Tierra;
- t. Los derechos de propiedad consuetudinarios resurgen durante la dictadura de Rafael L. Trujillo, teniendo como punto crítico las relaciones entre campesinos y el Estado; la noción de posesión

¹⁰ Artículo 66 de la Constitución Dominicana del 1942.

como constitutiva de derechos de propiedad, particularmente, en el programa de reforma agraria en la que utilizó el tirano utilizó la posesión y la habilidad para cultivar como base para su redistribución y no las decisiones del Tribunal de Tierras¹¹;

- u. Por lo que precede, los derechos de propiedad de la tierra no provenían de la participación en la comunidad de los cultivadores, sino de un jefe de Estado autoritario, que hizo las transformaciones o reformas con la Ley No.1542 del 1947, partiendo de la comprensión popular de los derechos de propiedad de la tierra, construyendo un nuevo sujeto político corporativo, distinto al comunero original y al sistema Torrens que intentó el gobierno militar de los Estados Unidos;
- v. De su parte, la Constitución del Presidente Juan Bosch, en esencia planteó una ruptura de tipo atávica en el desarrollo histórico de la vida política de la República Dominicana, en tanto, reconoce la dominación oligárquico-burguesa; lo de burguesa es una actuación tímida en la conducción e influencia del Estado, y lo de oligárquica el polo hegemónico del poder, predominante en el control de los mecanismos fácticos en la República Dominicana;
- w. Que las luchas políticas durante los años 1962-1978 tuvieron como estandarte a la mártir campesina Mamá Tingó "Las tierras para el que trabaje y tierras para los campesinos", a quien esta lucha le costó la vida¹², cuyas aspiraciones eran porque un número muy reducido de familia controlaba el 75% de las tierras cultivables del país;
- x. El Presidente Joaquín Balaguer, quien fuera Abogado del Estado ante el Tribunal de Tierras y Juez de Jurisdicción Original del Tribunal de Tierras, en el 1972 pensó dar un salto histórico creando el famoso código agrario, constituido por un conjunto de leyes de Reforma Agraria, dando inicio a llamada revolución sin sangre,

¹¹ Richard Turits, *Foundations of Despotism. Peasants, the Trujillo Regime, and Modernity in Dominican History* (Stanford, 2003). Ref. CHERYL FRANKS, Julie. *Transformando la Propiedad: La Tenencia de Tierras y los Derechos Políticos en la Región Azucarera Dominicana 1880-1930*. Editora Buho, Primera Edición, Santo Domingo, República Dominicana. 2013, Pág. 26-27.

¹² LUCIANO LUCIANO, Ana Evelin. *La Tenencia de la Tierra, Nuestra Realidad: Derecho, Economía y Políticas*. Editora Servicios Gráficos Tito. Santo Domingo, República Dominicana. 2013. Página 45.

entre estas, la Ley de cuota parte.¹³ Aunque realmente, por su redacción se observa que con estas normas a quien trató de favorecer fue al sector industrial de la burguesía, al grado que no logró sus objetivos; las áreas cañeras que son el gran fuerte de una mayoría de la oligarquía tuvieron que ser respetadas, lo que conllevó la desintegración de la llamada Comisión Nacional para el Desarrollo y por tanto no llegó a desarrollar una verdadera reforma.

- y. A partir del 1994 por negociaciones de las fuerzas políticas, los Registradores de Títulos, cuyo nombramiento estaba a cargo del Poder Ejecutivo, pasan a ser nombrados por la Suprema Corte de Justicia, hoy representados por el Consejo del Poder Judicial.
- 2. En cuanto a la incoherencia histórica que afecta el primer considerando de la Ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario, cuando dice *“Que la Ley 1542, del 11 de octubre del año 1947, de Registro de Tierras creada mediante Orden Ejecutiva No.511, de julio del año 1920, requiere ser adecuada para atender las demandas de los usuarios del sistema”*¹⁴, tenemos que:

El Gobierno Militar de los Estados Unidos durante su intervención al Estado dominicano, dictó una serie de órdenes ejecutivas, entre estas cabe destacar la Orden Ejecutiva 511 del 1920. Por lo tanto, para su evacuación impuso como de interés al orden interno del país —en la Convención Domínico-Americano del 1924— que el texto integro de la Orden Ejecutiva 511 del 1920 y otras ordenes y resoluciones fueran publicadas por el Congreso Nacional de la República, como se hizo en la Gaceta Oficial número 3560 de fecha 23 junio del 1924. De forma que realizadas dichas publicaciones fue posible que el texto integro de la Orden Ejecutiva 511 del 1920 se convierta en la Ley de Registro de Tierra del 23 de junio del 1924 para su aplicación. Ahora bien, no es posible que una ley del 1947 sea creada en el 1920, por razones obvias. Incluso, cuando el texto o contenido de las normas de la Ley No. 1542 del 1947 es distinto, que resulta de las consideraciones internas del dictador Trujillo y de las posteriores reformas legales.

Además, en la Ley 1542 del 1947 se deslizó otro error, cuando debió decir que derogaba la Ley de Registro de Tierras del 23 de junio del 1924 y no la Orden Ejecutiva 511 del 1920 como indica, pues ésta sólo tuvo su razón de ser durante el Gobierno Militar de los Estados Unidos.¹⁵

¹³ Ley No. 126 sobre cuota parte 23 de noviembre del 1978. G.O.9530.

¹⁴ El subrayado es nuestro.

¹⁵ *Ob. Cit.* LUCIANO LUCIANO, Ana Evelin. Página 69.

III. MARCO COMPARATIVO DEL SISTEMA TORRENS EN AUSTRALIA Y EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

1. En Australia

La Constitución de Australia limita los poderes de las administraciones locales, el Ordenamiento Territorial tiende a estar bajo la responsabilidad del Estado, los sistemas de manejo de la tierra del Gobierno de cada Estado están en un entorno adecuado, principalmente, los relativos a las funciones técnica del levantamiento catastral y de la jurídica de la propiedad: el registro sistémico y exacto de la identificación de los límites y propiedad de la tierra es un tema de interés público; existe la garantía del Estado de la irrevocabilidad del título de propiedad (pero no de los límites) sobre tierras privadas; hay una política fiscal de ingresos públicos para proteger de la usurpación. Sus funciones incluyen los servicios públicos en general, entre estos la salud, el bienestar social, la planificación, por citar algunos.

Australia ocupa el lugar 14 en el Informe *Doing Business* del Banco Mundial con perspectiva de crecimiento se sitúa por encima de 3%, sumado a la solidez de sus instituciones, la transparencia, complejidad y eficacia de su sistema de Registro, perfecto para entrar a la Región Indo –Pacífico.

El sistema *Torrens* es un sistema sustantivo, en donde sin registro no existe el derecho porque se da el máximo de eficacia a la inscripción, controlado por unas 23 leyes que reciben el nombre de Ley de Propiedad de Bienes Raíces (*Real Property Act*) o Ley de Transferencia de la Propiedad (*Land Transfer Act*), siendo el registro obligatorio en algunos Estados. En otros se consideran derechos superiores y se reconocen aunque no estén registrados.

Sin embargo, la sociedad australiana en las medidas de sus necesidades sigue evolucionando en las legislaciones y las técnicas de construcción y la ley garantiza que la persona cuyo nombre aparece en el título de un Registro Público es el propietario registrado, cuyo número de folio es la evidencia concluyente de que la persona nombrada es el propietario legal de ese derecho.

Cabe destacar, que siendo los principios fundamentales del moderno sistema *Torrens*: el principio de reflejo, se garantiza que el registro muestra los derechos legales sobre la tierra. El principio de protección significa que una vez incluido un derecho en el registro, el propietario así registrado no puede verse obligado a reconocer un derecho registrado sobre sus tierras, que no haya sido registro. Consecuentemente, no se trata de revisar el título

para investigar derechos previos. El principio de la seguridad significa que el Estado garantiza la información incluida en el registro.

A su vez, el registro del derecho goza de cuatro cualidades: velocidad, simpleza, es barato y se adecua a las necesidades de la comunidad. En efecto, el mismo es exitoso a pesar de las complejidades del derecho consuetudinario (*common law*) y del sistema de levantamiento catastral, siendo sus principales actores los propietarios, los inversores inmobiliarios y planificadores, los agrimensores, los transmisores de dominio (abogados u otros), los agentes de bienes raíces y las instituciones financieras, subdividiéndose la propiedad antes de transferirse.¹⁶

Compartimos el criterio que bien ha señalado la profesora Pamela O'Connor, Associate Dean, en la Universidad de Monash de Melbourne, Australia, durante su ponencia en el XX Congreso Mundial del CINDER en Dubai:

“La transparencia del Registro beneficia no sólo a los consumidores y usuarios sino también a los inversores y *es garantía de solvencia de las entidades financieras. Además, redundará en beneficio de las administraciones y poderes públicos para prevenir diversas modalidades de fraude, como el fraude fiscal y el blanqueo de capitales (...)*”

Guardamos la distancia, la admiración y el merecido respeto por el Sistema australiano Torrens -antiguo o moderno- el cual ha sido muy exitoso, con un excelente proceso evolutivo en sus principios y herramientas fusionado con el Catastro. Los Estados australianos saben como hacer las reformas adecuadas utilizando las tecnologías, tienen instituciones sólidas con los niveles de desarrollo que han logrado en la Administración de la Tierras y sus recursos de manera sostenible. No obstante las fragilidades de toda obra humana, el éxito de este sistema también se refleja en el Estado de Boston en el Estado de Massachusetts, Estados Unidos de Norteamérica donde existe Tribunal Territorial, aunque con sus diferencias, pero sigue el antiguo sistema Torrens; igual en Luisiana, Quebec en Canadá y otros.

2. En la República Dominicana

En la Constitución Dominicana, los Arts. 193 al 207 tratan *Del Ordenamiento del Territorio* –como paraguas del Proyecto de Nación– y de

¹⁶ Extraído del folleto de John Parker and Leonnie Newnham durante el Foro Interregional de las Naciones Unidas (2004). Disponible en línea: https://www.fig.net/resources/proceedings/2004/mexico/papers_span/ts3_parker_span.pdf Extraído en fecha 4 de marzo del 2018 a las 9:30 A. M.

la Administración Local, por la timidez del Estado Dominicano son aún proyectos de ley en el Congreso Nacional.

En efecto, el Estado Dominicano debe ponerse a tono con los tiempos, amerita poner atención en el informe *Doing Business* realizado por el Grupo Banco Mundial, donde se determinó que ocupamos el lugar número 103, a los siete lugares que hemos descendido en competitividad, somos los últimos en educación e institucionales, pero hemos ascendido a los primeros lugares en corrupción.

El segundo considerando de la precitada ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario, expresa: “(...) *Que el Sistema Torrens es la base y pilar de nuestro derecho de registro inmobiliario, y por lo tanto debe reforzarse su aplicación, adecuándolo a la modernidad de los tiempos actuales*”.

A pesar de esta emulación estamos sujetos a lo que dispone esencialmente el ámbito judicial en el Código Civil Dominicano y de su procedimiento de origen francés; a la jurisprudencia en sus distintos giros, influidos a su vez por la jurisprudencia francesa y la española, como por el Notariado Latino y en las actuaciones administrativas de otras instituciones gubernamentales que también están facultadas para expedir títulos.

Es de destacarse que los cuestionamientos sobre la existencia del sistema *Torrens* en nuestro país, vienen propiciados en cierto modo, por el efecto sustantivo de la inscripción, en donde sin registro no existe el derecho porque se da el máximo de eficacia a la inscripción. Al contrario a tales efectos indica el Art. 90 de la ley 108-05, la inscripción tiene efectos constitutivo y convalidante. Sin embargo, en nuestro sistema el derecho nace con el acto jurídico; en el contrato y se perfecciona con la inscripción, y si el sistema registral dominicano tuviera efecto constitutivo el registro del acto o contrato no sería potestativo o facultativo sino obligatorio y en la ley ni en la práctica es así. Más bien, esto atiende por una parte, al título y a la causa de la adquisición que se plasme en el contrato y, por otro lado, a la forma en que se transmite el dominio, lo que ocurre a través de la inscripción en el Registro público, esto lo que sí sucede en Alemania, Suiza y Luxemburgo y no en el caso del sistema dominicano.

Por otro lado, los Arts. 20 al 31 de la Ley 108-05 sobre Registro Inmobiliario, que judicializan el primer registro, condicionando su inscripción a la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada de la sentencia de adjudicación, resultado del proceso de saneamiento o inmatriculación. Entonces, ¿como explicar a la seguridad jurídica del registro, que ante una sentencia que ha pasado por todos los recursos ordinarios, que es irrevocable de principio, pueda ser atacada por un recurso extraordinario administrativo

como lo es la revisión por causa de fraude? ¿Qué significa en República Dominicana “autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada”?

En la realidad práctica la transferencia se realiza por el mero efecto del contrato sin que requiera la inscripción obligatoria en el Registro Público o de la *traditio*, tiene efectos declarativos. La transmisión se realiza por efecto del contrato, los derechos provienen del acto jurídico y no de la inscripción, aunque quien decida no inscribir su derecho tendrá que asumir los riesgos, ya que no lo hace oponible frente a terceros, y la inscripción no se convalida porque el acto inscrito puede ser atacado por el procedimiento en Litis sobre derechos registrados.

Consecuentemente, el Registrador o Conservador actúa a petición del particular o del fedatario público y no puede actuar de oficio, cuya finalidad es dar publicidad como se establece en Francia y en España con sus excepciones en el caso de las hipotecas se requiere quede válidamente constituida conforme al artículo 1875 del Código Civil Español y relativos de la Ley Hipotecaria, y donde coincidimos en que la hipoteca requiere de la inscripción para su ejecución.

El hecho de que “El sistema *Torrens* llegó para quedarse y no puede ser de otro modo” no resulta más que una aspiración, un sí nominal no es el resultado de la aceptación del pueblo dominicano con conocimiento de causa de lo que es el sistema *Torrens* como tal, tampoco sobre los efectos de la inscripción ni en la forma de inscripción. La realidad dista mucho y debe ser aceptada: tenemos un sistema de registro dominicano, donde concurren distintos sistemas registrales entremezclados, disímil por sus particularidades.

Podemos confirmar entonces ¿Por qué han sido ineficaces las distintas reformas que han intervenido en nuestro país, hasta la legislación vigente?

Esto así, porque hemos tenido aciertos y algunos renglones torcidos: no han desaparecido los conflictos de origen con la exclusión – privilegios, desigualdades- los litigios; por las incoherencias entre lo que dice la ley y su aplicación en la realidad práctica. El Estado debe tener un enfoque holístico de la gestión de la tierra donde interactúen las cuatro funciones de la administración de la tierra –tenencia, valor, uso y urbanización-, el Catastro y los registros de bienes raíces con la función de mapeo topográfico mediante el uso de las nuevas tecnologías y la buena práctica.

En fin, necesitamos de la voluntad política, el cambio de mentalidad en las personas que toman decisiones, la educación hacia la institucionalidad y la transparencia para erigir un sistema registral integral, hilo conductor

de un sistema legal fuerte, transparente, moderno y ágil, en un Tribunal de Tierras con exclusividad para expedir la titularidad.

a. La colaboración entre registros y catastros

El Catastral Nacional es responsabilidad del Gobierno Central, mediante la ley No.150-2014, a través del Ministerio de Hacienda, el cual es ejercido por la Dirección General del Catastro Nacional, como órgano rector. Cualquier acción relacionada a proyectos catastrales deben estar coordinadas con el ente legalmente establecido y el uso de las informaciones contenidas en los Registros de títulos para su intercambio es muy reciente, no están fusionados. En la práctica la valoración de los inmuebles está en la Dirección General de Impuestos Internos (DGII) aún cuando la entidad oficial facultada es el Catastro y no es utilizado como la herramienta por excelencia del Ordenamiento Territorial.

La tramitación entre los datos espaciales de superficie de linderos aprobados por la Dirección Nacional de Mensuras – centralizado en la ciudad capital- y los que aparecen en los registros propiciando anomalías, es producto de que las mensuras en realidad no son catastrales. Se conocen procesos a modo de Litis para las impugnaciones de los actos notariales o documentos registrables o registrados, sobre las superposiciones por las mensuras no catastradas y en las demandas sobre el Fondo de Seguro de Terrenos Registrados que retiene recursos, pero no indemniza.

Entonces, si el aspecto jurídico ha sido resuelto de manera satisfactoria, cabe preguntarse: ¿El derecho inscrito puede ser considerado legalmente válido y perfecto con independencia del contenido del documento que haya servido de base para la inscripción y su ubicación geográfica?

Bajo las circunstancias actuales, en el Sistema Registral Dominicano, el derecho inscrito no es válido ni perfecto, porque el contenido del documento que ha servido de base para la inscripción y la ubicación geográfica, puede ser atacado por el procedimiento de Litis sobre Derechos Registrados, por lo que no garantiza el mayor control de la Suprema Corte de Justicia.

Mientras, en el registro en Australia el sistema *Torrens* es válido y perfecto, salvo revisión por causa de fraude o por error material, por la garantía del Estado de la irrevocabilidad del título de propiedad; pero no de los límites sobre los terrenos privados. La similitud existente entre el catastro y el registro en Australia, permite mayor exactitud en los datos que se consignen en el folio real para describir la finca, la superficie, las colindancias, entre otras, por lo que garantizan mayor control gubernamental.

Es dable destacar que el enfoque *Torrens* tiene una historia evolucionó en los países más avanzados al punto de incluir un catastro geo-espacial completo después de alrededor de 1970 e incluso 1980. El enfoque original del registro de bienes raíces con una estructura dual de respaldar los títulos, las escrituras de venta y la tenencia, así como las inspecciones legales, y luego eventualmente el mapeo catastral, todavía hoy se enfocan en su función del mercado de la tierra.¹⁷ Dicho enfoque está en capacidad de incluir un catastro geoespacial directamente de una Infraestructura de datos geo-espaciales a nivel de un Estado o de toda la Nación, lo que permite la entrega de ventajas efectivas y potenciales a los países que utilizan este enfoque.¹⁸

Al parecer de Gustavo Marcelo García¹⁹, ex consultor experto en Sistemas Catastrales del Programa de Modernización de Tierras (PMJT) durante una entrevista publicada por el Observatorio Judicial Dominicano, explica:

*“...El sistema Torrens es fácil, modelo dominicano y la mensura catastral; el proceso de mensuras Catastrales es determinar el objeto del derecho de propiedad, es decir el inmueble sobre el que se ejerce este derecho determina límites; que contrario a lo que ocurre en muchos lugares de Latinoamérica en República Dominicana siempre o desde que se instauró el Sistema de Registro de Títulos las mensuras catastrales estaban dentro de un mismo organismo, sumado a un Tribunal especializado y no existe en otros países; que por eso unidas las tres patas que tiene el sistema: la parte técnica, la Registral y la Judicial se hizo más fácil trabajar, porque cuando se trabaja sobre un sistema registral, uno se da cuenta que el registro depende de una área del gobierno, Catastro de otra (por lo general de un área de finanzas) y **lograr compatibilizar objetos y principios es muy complicado**,²⁰ eso favoreció acá; existía toda la estructura, no hubo que modificarla mucho, se realizó cambio de modelo de gestión, se aplicó*

¹⁷ WILLIAMSON, Ian. ENEMARK, Stig. WALLACE, Jude. RAJABIFARD, Abbas. Administración de la Tierra para un Desarrollo Sostenible. ESRI Press Academic. United States of America. 2010. Páginas 141 y 142.

¹⁸ *Ibidem* Pág. 140.

¹⁹ Ingeniero, agrimensor de la Universidad de Córdoba, actual Director General de Catastro de la provincia de Córdoba, Argentina. La modernización de la jurisdicción inmobiliaria: una mirada al proceso de mensuras catastrales después de la Ley 108-05 Gustavo Marcelo García. Entrevistadora: Yeymi Portes (Santo Domingo, 5 de septiembre de 2013). Extraído de: <http://ojd.org.do/index.php/component/content/article/127-inmobiliaria/entrevistas/transcripciones/327-la-modernizacion-de-la-jurisdiccion-inmobiliaria-una-mirada-al-proceso-de-mensuras-catastrales-des-pues-de-la-ley-108-05>.

²⁰ Las negritas son nuestras.

nuevos procedimientos junto de la verificación de los procedimientos y se adaptaron a las nuevas tecnologías; fue mucho más sencillo de lo que pudo ser en otros lados; en general en muchos países... la mayoría de los países tienen un divorcio entre el Registro de título y el Catastro, situación que ha generado muchos esfuerzos en Latinoamérica; en realidad, más que cambio a subsistemas se produjeron modificaciones técnicas; la gente está ocupada en el terreno y se debe precisar, el Estado es el peor propietario que existe, es el que menos cuida sus propiedades y eso se da en todo el mundo (...)”

A nuestro entender no debió ser tan fácil, se impone la necesidad jurídica de **compatibilizar objetos y principios de cada uno de los sistemas que interactúan** por complicados que resultaran de manera gradual y el análisis de la jurisprudencia en materia civil como la de tierras, tanto como capacitar la jurisdicción civil sobre el Derecho Registral y su procedimiento, como de la tierras en lo civil, pero esto no se hizo. Dada la emulación que se hace del sistema *Torrens* y de la costosa inversión del Programa de Modernización de la Jurisdicción Inmobiliaria, mandaba estar asistidos por los expertos australianos o de otros países donde real y efectivamente existe el Sistema *Torrens*.

En definitiva, urge un Sistema Nacional de Administración de las Tierras con una visión holística, políticas públicas sostenibles que se conviertan en política de estado, y la buena gestión pública-privada que concrete el Tribunal de Tierras o Jurisdicción Inmobiliaria con la facultad exclusiva para expedir la titularidad, con una infraestructura legal fuerte: Catastro legal fusionado con los Registros de autonomía reforzada, el capital humano registralmente capacitado al servicio de todos los usuarios en igualdad de condiciones.

b. Las nuevas tecnologías y la reforma de los registros de propiedad de la propiedad (Blockchain) y registro de la propiedad

Es elemental reconocer que la tecnología no tiene la conciencia que sí tenemos los humanos, por lo que la gestión de la información y del conocimiento debe reflejar un marco conceptual apropiado y la convalidación del derecho, con la realidad física por el Catastro con una infraestructura sólida, guiada por los principios del derecho en sus distintas ramas, la Carta de Buenos Aires del 1972, la Declaración de Antigua, Guatemala, y la gobernanza en apoyo de la agenda política para lograr la previsibilidad, la seguridad propiciando el desarrollo sostenible y la paz social.

Es indiscutible que las capacidades y la voluntad política para involucrarnos en cada una de las funciones de la administración de la tierra, tales como: Tenencia, uso, valor y urbanización deben estar sustentados en el

catastro y en los modelos probados de tecnologías y de comunicación sofisticados para lograr ordenar los distintos espacios del Territorio Nacional.

Recordemos que la idea de *blockchain* no es tecnología, se trata de saber cómo utilizando las tecnologías conocidas y probadas, los interesados mantienen una base de datos, nadie en concreto, con la fiabilidad que prueba la existencia de los derechos y otros, que descentraliza en un único sitio físico todos los ordenadores de la red con resistencia a posibles ataques.

Lo cierto es, que del *blockchain* se puede facilitar las regulaciones y contrarrestar los efectos negativos del lavado de dinero, así como toda medida de seguridad creada para evitar la falsificación en los Registros de Títulos y cualquier área en la Jurisdicción Inmobiliaria.

La cadena de bloques que trabajan en función de *nodes* informáticos que se encargan de la transferencia de información a través de códigos que son formados por las personas que participan en dicha cadena y tienen acceso a ella. Pero, al ser pública se necesita la aprobación de los demás participantes de la cadena para que se efectúe la transacción del código y la información, de gran velocidad, de manera sencilla, eficiente, liberando a los ciudadanos de la necesidad de abogados y notarios, como de los desplazamientos a las oficinas gubernamentales que certifiquen las transacciones son legales y facilitan los trabajos de auditoria, ya que la información está siendo compartida constantemente. Detonan las alarmas ante la irregularidad permite la verificación de proyectos y la protección a largo plazo con transparencia. Vale decir que esta plataforma está cambiando el mundo.

Como vemos, estamos en el futuro. La inversión en nuevas tecnologías por sí solas no garantizan la solución de los problemas por la tierra. Más bien, se trata de saber cómo utilizarlas adecuadamente. Pues, la capacidad de conectar la planificación con los controles del uso de la tierra con los valores de la tierra, el capital humano capacitado y las nuevas tecnologías de manera integral son la base que garantiza la seguridad de los derechos de propiedad registrados.

c. La organización de los registros para el siglo XXI. Debate sobre gestión privada o pública de los registros de la propiedad

En este ejercicio, se trata también de encontrar soluciones a los problemas de administración y propiedad de las tierras, establecida en el artículo número 51 de la Constitución Dominicana, donde se reconoce y protege la propiedad privada, pero está condicionada a una función social; de que el Estado promoverá el acceso a la propiedad titulada, pero no se refiere de

manera exclusiva a los Registros de Títulos, como tampoco considera los Tribunales de Tierras como especializados.

Ante las posibilidades de las investigaciones histórico-geográfico y las probabilidades del acuerdo alianza público-privada, amén de las legislaciones existentes y las que manda la Constitución en el Título IX el Ordenamiento del Territorio Nacional, desde la visión local promovida por los distintos planes de organización territorial, que quieren propiciar el desarrollo integral y equilibrado, sin embargo, en su mayoría todavía son proyectos de ley que siguen pendientes de aprobación dentro del Congreso Nacional.

En efecto, el Estado Dominicano ha sido tímido como dueño original de las tierras; no ha dado continuidad a la exclusividad del Tribunal de Tierras para otorgar el Título, a través de la inscripción en el Registro como herramienta de gobernanza como bien intentaron los norteamericanos para organizar las tierras. A pesar de que se trata de la propiedad como la garantía por excelencia del crédito.

Prueba de la timidez estatal en registrar los inmuebles, tenemos el hecho de que los Gobiernos Dominicanos a pesar de que en diferentes épocas han otorgado facultad de titularidad en el Ministro de Agricultura, el Director del Instituto Agrario Dominicano IAD, el Administrador del Banco Agrícola, el Director General de Catastro Nacional, el Administrador General de Bienes Nacionales, el Administrador del Instituto Nacional de la Vivienda INVI y el Director del Consejo Estatal del Azúcar CEA, sin embargo, no han logrado el registro de las mismas

Por otra parte, y a los mismos fines de registro de las tierras, se crea en el año 2012 mediante Decreto No. 624-12 un órgano colegiado adscrito al Gobierno Central, que está compuesto por los Ministros de la Presidencia, quien lo presidirá y las instituciones gubernamentales y los Ministerios antes citados, donde indica que pretende materializar un aspecto esencial de la política social del Estado, cual es, dotar de títulos de propiedad a una gran cantidad de personas que tienen posesiones informales en inmuebles del Estado.

Como se puede observar, se refleja la gran contradicción y la desigualdad en un Estado que parte del principio de ser el propietario original de todas las tierras, pero la diversificación de las instituciones gubernamentales facultadas para la titulación, privilegia un aspecto de la política social y no lo hace de manera integral. Estas instituciones brillan por la discrecionalidad y los matices políticos partidaria en sus actuaciones y en el manejo de la titularidad de los bienes registrados a favor del Estado Dominicano, cargadas de enorme cantidades de constancias anotadas unas veces y otras

por posesiones que son el resultado de invasiones ilegales, y despojos que afectan la seguridad jurídica, ciudadana y la paz social.

De hecho, si el presupuesto que se destina cada año, de la mayoría de dichas instituciones gubernamentales con facultad para otorgar títulos fueran entregados por los gobiernos de manera directa y con la exclusividad al Tribunal de Tierras o la Jurisdicción Inmobiliaria y a su vez a los Registros de Títulos con autonomía reforzadas; podríamos fusionar el Registro de Títulos con el Catastro Nacional y garantizar la certeza y la seguridad jurídica de los inmuebles en la República Dominicana.

A pesar de todo, hay que reconocer que los Tribunales de Tierras y los Registros de Títulos están bajo la dependencia o vinculados al Poder Judicial que hace sus esfuerzos, pero con un presupuesto muy limitado a la administración de Justicia, por lo que insistimos en sugerir la autonomía de los Registros de Títulos y de los Tribunales de Tierras a los niveles del Banco Central de la República a través de la Junta Monetaria y el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, reforzada por los tres poderes del Estado en cada una de sus facultades y en la alianza público- privada.

Cabe resaltar, que dentro de las acciones relevantes que dice fueron realizadas en la Jurisdicción Inmobiliaria en el año 2017, el Dr. Mariano Germán Mejía, Magistrado Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien esta vez dijo hablar en representación de los órganos vinculados al Poder Judicial, entre ellos estableció los Registro y la Dirección de Mensuras Catastrales, a saber:

(...) Con relación a los Registros de Títulos hay lugar a destacar:

- 1. La implementación del servicio de Ventanilla Express en el Distrito Nacional, La Vega, Santiago y Santo Domingo, con proyección a ser replicado en los Registros de Títulos de Moca, Samaná, Higüey, San Cristóbal, Puerto Plata, Santiago Rodríguez y Montecristi;*
- 2. La conclusión del proyecto de creación de la Base de Datos Histórica del Registro de Títulos de la Provincia de Santo Domingo, para su réplica inmediata en los Registros de Títulos de Santiago, San Francisco de Macorís, Moca, entre otras;*
- 3. La implementación de un sistema de gestión que permitirá disminuir los tiempos de respuestas y que los expedientes se manejen completamente vía digital; y*
- 4. La continuación de la ejecución del Proyecto de Titulación de Inmuebles del Estado, en coordinación con la Comisión designada por el Poder Ejecutivo; lo que permitió la emisión de 4,379 títulos a nivel*

nacional, en el año 2017, fruto del procesamiento de 1,427 expedientes relativos a 19 Registros de Títulos.

En la Dirección Nacional de Mensuras Catastrales los avances se alcanzaron mediante:

- 1. La elaboración de normativas para mejorar los procesos catastrales;*
- 2. La actualización de la plataforma de trabajo para la automatización de los procesos con miras a ofrecer servicios en línea a los usuarios;*
- 3. La puesta en marcha de la Oficina Virtual para Mensuras;*
- 4. La implementación del Sistema Único de Recepción y Entrega (SURE-Componente Mensuras);*
- 5. La conclusión del proyecto para aumentar la capacidad de realizar inspecciones de campo;*
- 6. La conclusión de la fase II de la implementación de herramientas para el post proceso de datos crudos del trabajo de los profesionales habilitados (PH);*
- 7. La habilitación de los servicios de geolocalización de inmuebles georeferenciados de la Jurisdicción Inmobiliaria.*

Dentro de las proyecciones tenemos: Los procesos para la mejora integral de los sistemas de la Jurisdicción Inmobiliaria, Mensuras y Registro de Títulos.

Los procesos que han permitido contar con Ventanilla Exprés y con usuarios con acceso directo de forma virtual a los Registros de Títulos, a Mensuras Catastrales y Tribunales, y con un Sistema único de Gestión integrado, entre otros avances, serán replicados en todo el país, en cumplimiento del compromiso asumido en la Estrategia Nacional de Desarrollo...²¹

Obsérvese, que dentro de las proyecciones del año 2018 no figuran los cambios estructurales y legales que se requiere de los legisladores, esenciales en la colaboración entre los registros y el Catastro Nacional; se mantienen los males de fondo, las ventanillas Exprés “el que paga más obtiene resultados más rápidos” y se otorga preferencia a los planes de Titulación gubernamental gratuita destinados a los informales, frente al usuario cotidiano que paga y sostiene el servicio, lo que evidencia la desigualdad, privilegios y el alto costo.

²¹ Durante el discurso del 7 de enero del 2018, con motivo del “Día del Poder Judicial”.

También es digno destacar la falta de eficacia técnica en las normativas de la Dirección de Mensuras que son trazadas por la Suprema Corte de Justicia, cuando el tecnicismo geográfico, cartográfico y de la geodesia deben ser trazadas en consonancia a la Ley 208-14 que crea el Instituto Geográfico “José Hungría Morel” para gestionar y articular la infraestructura de datos espaciales en un sistema integrado por un conjunto de recursos, tales como catálogos, servidores, programas, aplicaciones, páginas web, entre otros, lo que permitiría el acceso y la gestión de datos y servicios geográficos.

Hemos observado en los recientes intercambio mundiales para lograr las mejores prácticas y de las relaciones internacionales entre naciones, la constitución del derecho global. Este se fundamenta en la persona como norma de reconocimiento competencial basado en un principio multisecularmente democrático, liberal “lo que afecta a todos, debe ser aprobado por todos”.²² De ahí, que compartimos el criterio de Alicia Bárcena, Secretaria

Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), durante la reunión del Foro Económico Mundial 2018, en Davos, Suiza, cuando entre otros, afirma:

“que debe terminarse con la cultura de los privilegios y avanzar hacia la igualdad económica, social y ambiental para garantizar el derecho al desarrollo de sus habitantes, La igualdad debe ser el motor del crecimiento económico y el desarrollo sostenible en la región”

“América Latina y el Caribe requiere de manera urgente el desmantelamiento de la cultura de los privilegios que aún impera en la región y que se manifiesta, por ejemplo, en los altos niveles de evasión tributaria y corrupción existentes”

En efecto, las alianzas internas y externas son el núcleo para construir el desarrollo sostenible mediante la reforma adecuada de los Registros de Títulos, de modo que sean el resultado de políticas de Estado coherentes por su continuidad, llevando a cabo un importante análisis de costo-beneficio, comparando plataformas y creando conciencia de los niveles más altos, de quienes al final toman las decisiones.

Lo cierto es que hay déficits de viviendas, el menor crecimiento de la inversión es consecuencia, en cierta medida, del freno de la construcción inmobiliaria, es el tiempo y el costo con que se movilizan los diferentes

²² Rafael Domingo Emory University. The Center for the Study of Law and Religion. Faculty Member. Qué es el Derecho Global? 6ª. Edición revisada y aumentada. Academia.edu Weekly Digest- <https://www.academia.edu/t/a-L8e4KjG-oqJpD/>TOP> PAPERS FROM YOUR NEWSFEED

sectores que interactúan en materia inmobiliaria, sobre todo en las ciudades pequeñas y medianas, donde continúa el flujo hacia las grandes ciudades. Sin embargo, es dable reconocer que los mercados inmobiliarios formales han logrado mejorar su organización en algunos aspectos con la Ley 189-11 sobre mercado hipotecario y del Fideicomiso.

De su parte, hay que destacar que la inversión extranjera, ha jugado un gran papel en el mercado inmobiliario dominicano, las cuales también proviene de China, recientemente de Corea del Sur y otros.

...En el Caribe, la República Dominicana recibió el 49% de la IED de la subregión y las entradas se elevaron un 9,2% mientras que Jamaica se ubicó en segundo lugar con el 16% y una caída del 14,5%. Los países de la Organización de Estados del Caribe Oriental recibieron un 5,8 % menos que en 2015 y, en conjunto, concentraron el 11% de la IED en la subregión²³.

Queremos destacar que eventualmente requiere mejorar la resiliencia frente al cambio climático en las islas del Caribe, producto de los efectos del calentamiento global, el nivel del mar también ha ido en aumento, así como las tierras y los distintos espacios por la reducción de la superficie de hielo ártico. Entonces, se necesita de una mirada estratégica holística para articular una reforma y una política de atracción que no sólo permita que se retome el crecimiento global, sino que contribuya a un desarrollo de base amplia, y derrames tecnológicos, reconociendo que mucho más poderoso que el tratamiento impositivo que generaría la fusión del Catastro con el Registro con su autonomías el entorno institucional, de negocios y la calidad del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- CHERYL FRANKS, Julie. Transformando la Propiedad: La Tenencia de Tierras y los Derechos Políticos en la Región Azucarera Dominicana 1880-1930. Editora Buho, Primera Edición, Santo Domingo, República Dominicana. 2013. ISBN: 978-9945-8877-1-6.
- GÓMEZ, Wilson. Derecho Inmobiliario Registral: Introducción a su Estudio. Editora Amigo del Hogar. Cuarta Edición. Santo Domingo, República Dominicana. 2017. ISBN: 978-9945-597-21-9

²³ NU. Cepal. Explorando nuevos espacios de cooperación entre América Latina y el Caribe y China. Editorial Cepal. Pág. 55. Disponible en línea: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/43214-explorando-nuevos-espacios-cooperacion-america-latina-caribe-china> consultado en fecha 12 de marzo del 2018 a las 5:00 P. M.

- DOMENELLA, Oscar. PARRAS, Manuel. AURADOU, Alice. El Proceso de Reforma y Modernización de las Administraciones Locales en República Dominicana. Editora Buho. Madrid, España. 2017.
- DE REINA TARTIERE, Gabriel. Derechos Reales: Principios, elementos y tendencias. Editora Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2008. ISBN: 978-950-885-104-8.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. El Principio de Fe Pública Registral. Jurista Editores. Sevilla, España. 2010. ISBN: 978-612-4066-17-7.
- MOREAU DE SAINT-MERY, Mederic Louis. Descripción Topográfica, Física, Civil, Política e Histórica de la Parte Francesa de la Isla de Santo Domingo. Tomo I. Editora Centenario. Santo Domingo, República Dominicana. ISBN: 978-9945-586-10-7.
- MOREAU DE SAINT-MERY, Mederic Louis. Descripción Topográfica, Física, Civil, Política e Histórica de la Parte Francesa de la Isla de Santo Domingo. Tomo II. Editora Centenario. Santo Domingo, República Dominicana. ISBN: 978-9945-586-11-4.
- LUCIANO LUCIANO, Ana Evelin. La Tenencia de la Tierra, Nuestra Realidad: Derecho, Economía y Políticas. Editora Servicios Gráficos Tito. Santo Domingo, República Dominicana. 2013. ISBN: 978-9945-8922-0-8.
- WILLIAMSON, Ian. ENEMARK, Stig. WALLACE, Jude. RAJABIFARD, Abbas. Administración de la Tierra Para un Desarrollo Sostenible. Editoria ESRI. Redlands, California. Primera Edición. 2014. ISBN: 978-1-58948-041-4.
- Extraído del folleto de John Parker and Leonnie Newnham durante el Foro Interregional de las Naciones Unidas (2004). Disponible en línea: https://www.fig.net/resources/proceedings/2004/mexico/papers_span/ts3_parker_span.pdf
- República Dominicana. Constitución Dominicana. Proclamada el 13 de junio del 2015.

PRIVATIZING PUBLIC REGISTRIES: A COMPARATIVE ANALYSIS OF ORGANIZATIONAL OPTIONS

Benito Arruñada¹

ABSTRACT: With a focus on public registries, this article analyzes the organization of public registries comparing five organizational forms: (1) the bureaucratic expense centers used to provide privately valuable services in the welfare state; (2) the internal markets introduced to reform them and the hybrid solutions that have been used by the liberal state since the 19th century to provide such privately valuable services, including (3) revenue centers based on user fees, (4) franchised systems in which professional civil servants are in addition paid with the profit of an office, and (5) the contemporary variant in which the Government contracts out the provision of the whole service to a private firm. This comparison suggests that market forces may play a better role in organizing public registries when they are limited to a few variables, which makes stronger incentives possible and, at the same time, reduces the need for extensive planning and supervisory staff.

JEL CODES: H11, H42, H51, H52, K23.

KEYWORDS: internal markets, competition, bureaucracy, registries, welfare, incentives, user fees, user choice, privatization.

¹ Pompeu Fabra University and Barcelona GSE. E-mail: benito.arrunada@upf.edu. This work is a revised version of the paper presented at the IPRA-CINDER XXI World Registry Law Congress, Cartagena de Indias, May 4, 2018. It has greatly benefited from exchanges with Jürgen Backhaus, José Manuel Freire, Fernando Méndez, Stephen Hansen, Cándido Paz-Ares, Yannick Perez, Carlos Rodríguez Braun, Jérôme Sgard, Barry Weingast and participants at the EIU Workshop on “Legal Order, The State and Economic Development,” the CUNEF Workshop on “The Economics of Institutions and Organizations,” and the IPRA-CINDER 21st International Conference, as well as the support of the Spanish Government through grant ECO2017-85763-R and the Severo Ochoa Program for Centers of Excellence in R&D (SEV-2015-0563). Usual disclaimers apply.

1. INTRODUCTION: THE ORGANIZATION OF PUBLIC SERVICES

Most public services are now organized as what the literature of Managerial Accounting calls “discretionary expense centers” (Kaplan and Atkinson 1989:531-33), so that each supplying unit receives a budget with which it has to provide services, usually unpaid, to other departments or end users. When the performance of such units is evaluated, if ever, this is usually based on subjective judgment and grossly incomplete indicators. Many of the decisions on what to produce, for whom and even how are usually centralized or subject to detailed decision-making procedures.

In business firms, the use of expense centers is usually limited to areas in which it is difficult to measure their activities, in terms not only of efficiency but also of effectiveness, and in which it is not only difficult to link the resources used with the services rendered but also to define and evaluate the degree to which the objectives are achieved. Such characteristics can be found, especially, in central departments and in the actual general management of firms. The extent to which it is difficult to make such measurements usually depends on the type of resources and technology used and the services provided. The resources may be difficult to evaluate because of their high human capital content and because the costs are shared amongst or can be allocated to a wide range of users and products. In addition, many of the production processes may present a low degree of standardization and provide a wide range of services to other departments within the same organization or to external customers. Finally, many services are of an intangible nature so, though their quality is very important, it is difficult to evaluate because subjective elements are involved. It is often the case that only the users are aware of the quality and this knowledge is difficult to pass on to the person who has the authority to take corrective action. In the worst possible case, not even the users are aware of the real quality. This is especially so when activities are intensive in human capital so their quality can only be evaluated by qualified personnel.

In public services, technology also limits the possibility of measurement because many activities present the same characteristics. This is especially the case in the production of what economists call public goods: those for which there is no “rivalry” (i.e., use by one user does not reduce availability to others) and “exclusion” is impossible (i.e., users cannot be excluded from use). They are characteristic of services defining the “liberal state”, such as national defense or the police.

It is much less difficult to measure the services that constitute the core of the “welfare state,” such as health, education or pensions and other types of social insurance. These are privately valuable services in which it would be possible to exclude people from consuming them (except for their “external effects”, which are of varying importance and could be handled in many other ways apart from direct state provision). However, in spite of their private nature, they have often been provided free of charge by state agencies which have been financed by taxes unrelated to consumption.

Moreover, in many cases it was also decided that discretionary expense centers should be responsible for their own organization, with a budget being allocated to the civil servant or the department rendering the service without paying them according to performance. These two patterns are in contrast to the system usually adopted previously for public services having private utility, such as those provided by public registries. Especially in the services that were re-organized during the liberal state of the 19th century (justice, registers, pharmacies and even, to some extent, education), activities were highly regulated but explicit fees were charged to users, and high-powered incentives were offered to suppliers. In some cases, professionals were even treated as public franchisees and compensated with the residual profit of their unit, after paying for any other resources for which they were responsible.

Recent reforms in public services, which have for decades been provided free of charge by expense centers, aim to recreate a market, introducing both some form of user choice and suppliers’ incentives, in particular increasing competition between suppliers. It is not a question of “inter-organizational” competition between different organizations but rather of the “intra-organizational” competition among the divisions or departments of a single public organization. Such intra-organizational competition within the Administration is similar to that which often exists in large corporations. The problems it creates are not completely new but they are more complex (Arrow 1970:229). The large multi-divisional corporations have extensive experience in dealing with it and have developed many formulae for this purpose. Like the Public Administration, such corporations are constantly suffering from the tendency for administrative units to grow excessively and to provide services inefficiently to the other divisions. At root, such failures can only be remedied by changing the incentives of the two parties. Firstly, those of the internal users, making them pay for the services they acquire from the expense center and, secondly, those of the internal suppliers, taking from them their monopoly for the provision of such services. Sometimes, an attempt is made to create a sort of “internal market”

within the firm. The general management of the organization then has to act as regulator of the competition that arises among its internal divisions.

This work first examines the general difficulties arising when elements of this type of internal competition are introduced in Public Administration and suggests that the role of market forces may be more productive if limited to a few variables. This seems to make stronger incentives possible while reducing the need for extensive planning and supervisory staff. The argument is applied to the reform and privatization of public registries, to the extent that some of these efforts in fact only modify the legal status of registries within the organization of the state without providing strong incentives but expanding the regulatory bureaucracy charged with managing the new system.

The rest of the article proceeds as follows. Section 2 describes how public services commonly organized as budgetary or 'discretionary expense' centers, which do not charge users, tend to be too large and inefficient. Section 3 examines the possibilities and difficulties arising from the transformation of such expense centers into units that are to some extent subject to market forces, with users facing opportunity costs and suppliers being subject to competitive pressure. Section 4 analyzes solutions that have been used since the inception of the liberal state for organizing legal and judicial services in continental Europe, focusing on the case of Spain. These solutions involve strong incentives with little management, hinting that, instead of spending huge amounts of money on developing comprehensive internal markets with large management staffs but weak incentives, effective solutions may instead be based on relatively automatic management of strong incentives based on a few key variables of performance. Section 5 summarizes the traditional organization of public registries, mainly as revenue centers and franchised units, and compares it with recent privatization efforts. Section 6 concludes.

2. THE PATHOLOGY OF BUREAUCRACY

Whether located in the public or the private sector, expense centers tend to be chronically inclined towards oversizing and overspending (Niskanen 1968, 1971). This is partly the result of circumstances associated with the incentives of producers and users and with the lack of information available to the person in charge of controlling the activity.

With regard to incentives, it usually happens that the remuneration, power and promotion prospects of those responsible for the expense center—and, in general, for all those working within it—increase when the

center's budget increases, which means that they all have a common interest in enlarging it. Moreover, when users do not pay for the goods and services they acquire or when what they do pay does not vary in line with their level of consumption, most of them tend to demand them beyond the optimum level, that is, the level at which the cost would be the same as the marginal value for the organization or group. Obviously, this possibility is greater for goods or services that show positive utility.

The person in charge of allocating and controlling the use of resources finds it difficult to determine the budget for expense centers as there is no information indicating what is valuable or not in the consumption of the services rendered by the centers. In addition, even if it were possible to establish the budget for each expense center at its optimal level, it would still be difficult to evaluate the way in which the budgets are spent. For example, neither a deficit nor a surplus in an expense center indicates either wastage or efficiency because the center's products are not measured. And the managers of expense centers are interested in maintaining the informational disadvantage of the person responsible for the budget. They will therefore resist any policy aiming to measure the amount or quality of the services. For the same reason, they will tend to conceal the availability of idle resources and are unlikely to present a budget surplus as this might be interpreted as meaning they have excess resources. They are more likely to spend all available resources, even on purchases offering limited utility. In a similar way, users will tend to exaggerate the value of what they consume.

Because of these information asymmetries, the most that can be expected is that the problem will be contained within sustainable limits, using palliatives of doubtful efficiency, such as supervision and budgetary reviews. An incremental procedure is often adopted, focusing not on volume or resources but only on any new budget allocations or cutbacks. In practice, attempts to draw up new budgets starting from zero and reviewing all expenditure are both costly and inefficient. Since expense centers have this tendency to overspend, they often find their budgets cut when the organization they belong to is going through hard times (Neuman 1975), whether it is a company, a town council or a government. Such cutbacks entail certain problems. It is often not known in which areas a reduction of expenditure would be most effective or, even if this is known, it may be impossible to apply cutbacks in one area and not another. Crises often lead to overall cutbacks, perhaps to contain the costs generated by the actual budgetary battle, when their effects are anyway likely to be temporary. The problem is likely to reappear soon, because cutbacks do not solve the root of the problem which lies in the interests of the centers and their clients and is aggravated by the information difficulties suffered by the person responsible for the

budgetary allocation. It may even occur that the cutbacks do not reduce expenditure as they come up against all sorts of restrictions and defense strategies on the part of those affected. The threat of dumping dead bodies in the manager's office has been used so often that it features as a category in some texts on hospital sociology.

Admittedly, this description simplifies the conduct of expense centers at least in two dimensions. First, it describes privately valuable services better than purely public services. The theory therefore tallies with the argument whereby bureaucracies tend to provide too many private goods and too few public goods (Breton 1974). Second, bureaucrats often focus more on leisure than on growth (Peacock, 1983), and may aim to increase not the whole budget available but only those items which provide greater personal utility (Dunleavy 1985, 1991). Moreover, it assumes a degree of autonomy that only exists in certain administrations, especially in the USA (Peters 1996:26-27). However, this criticism pays greater attention to formal autonomy and its short-term effects than to the actual autonomy which creates the information asymmetry and, especially, the implicit collusion between suppliers and users, as well as the long-term effects which are similar, irrespective of the degree of formal autonomy. Certainly, many expense centers in public administration have little formal discretion. However, they have an information advantage that grants them considerable informal discretion for allocating resources internally and manipulating central decisions on resource allocation and choice of procedure. For the more professional services, formal regulation of production processes is usually very detailed but officials still have considerable discretion over their own quality and productivity.

3. INTERNAL COMPETITION AS A SOLUTION TO THE PROBLEMS OF BUREAUCRACY

As an alternative to such palliative treatments, a more radical way of dealing with expense centers is to change participants' incentives, so that users incur some cost when they demand services and suppliers are paid for their performance. Ideally, this should provide an automatic control of quantity and quality of service, eliminating surplus demand and utilizing the information of users and suppliers on utility and cost, without any need to transfer this information to the unit responsible for the budget. Ideally, the system should play the informational role of the market (Hayek 1945).

3.1 Users and suppliers' incentives

The most basic requirement for motivating users so that their decisions help to achieve better allocation of resources is that their consumption of the service should incur a positive opportunity cost. They will then reveal their evaluation of the service and, providing other conditions are met, the supplier will be encouraged by the competition.²

There are many possibilities for reform. The most obvious way of generating an opportunity cost is to charge a real price for internal transactions. In addition, the payment of a real price usually provides a powerful incentive. However, instead of real prices, nominal prices are often used with the corresponding accounting entries in the accounts of suppliers. In the public sector, such nominal charges usually take the form of vouchers with which users can purchase services from specific public or private suppliers. The use of nominal prices reduces user motivation but will not necessarily destroy it altogether, provided that such nominal prices reflect real opportunity costs, as when users are able to obtain other services with these resources or, at least, the same services but from different suppliers.

Under any circumstances, in order to be an efficient control mechanism, the supplier should be in a situation of competition or, at least, users should be able to use their resources for other purposes. If, for example, each department in a university is allocated 100,000 USD to be spent only on photocopying, such departments would not have much motivation for controlling a single internal supplier. If, however, they are allowed to spend this amount on other things, they would implicitly be controlling the supplier by moving their demand elsewhere even though, by so doing, they would be complicating the budget problem.

Regarding suppliers, the most important general options are in theory represented by the different possibilities of divisional organization of expense centers in the form of cost centers, revenue centers, profit centers and investment centers and even franchises, the latter being a hybrid formula between organization and market. As decisions are increasingly delegated to the center in question, the performance indicator will have to be increasingly global (Kaplan and Atkinson 1989:529-33). This means that the person in charge of a cost center usually decides how resources should be used but not how many should be produced nor their quality, and this person is evaluated by some sort of indicator of production cost. In revenue centers,

² It is debatable if paying internal prices without any freedom of choice regarding either the amount of services or their price also generates incentives for control, as argued by Zimmerman (1979).

those in charge are evaluated by turnover or revenue, and a decision is freely taken on the amounts sold or the selling price, but not on both variables. A profit center manager must maximize some type of divisional accounting profit and is usually free to decide not only how resources should be used but also about production, quality and product prices. In investment centers, in addition to the attributes of profit centers, there is also freedom and responsibility regarding the use of larger amounts of resources as these include the capital used by the center. Finally, a franchise provides a hybrid solution in which the franchisee owns a large proportion of the assets and is paid from the profits of the local outlet.

The remuneration of whoever is in charge of such a center has to be linked to some sort of performance indicator so that they show interest in using their resources optimally. For example, the director of a school that has managed to raise demand for places or to improve students' academic performance could be rewarded with an annual bonus or promotion. And vice versa, if the performance indicators drop, not only would the director see a drop in income and fewer chances of promotion but the school might lose its independence or a substitute director might be called in to turn it around.

3.2 The nature and costs of control

In theory, there are many possibilities for this type of transformation of expense centers but the essential characteristics are defined by just two variables: freedom and responsibility. Freedom refers to the degree of discretion that participants are given in their decisions. Responsibility refers to the mechanisms used to evaluate and compensate their performance. Together, these give rise to a wide range of possibilities from which reformers must choose (Table 1).³ Freedom is introduced by redistributing decision rights: decisions that were previously centralized are delegated to users and suppliers. Responsibility, which before hinged mainly on hierarchical or vertical control that aimed to evaluate compliance (rather than performance), starts to be based on some degree of horizontal and mutual control: that exerted by users on suppliers through their purchase decisions and by suppliers on users through their pricing policy.

³ This analysis of the elements of organizational control is based on Arrow (1964) and, especially, Jensen and Meckling (1995). Arrow formulates organizational control as the interaction of operating rules and enforcement. Jensen and Meckling express these operating rules as the allocation of decision rights (freedom) and distinguish two phases in enforcement (responsibility)—evaluation and compensation for performance.

Table 1. Design dimensions: participants' freedom and responsibility

	<i>Freedom: Decision-making rights of participants</i>	<i>Responsibility: Performance evaluation and incentives</i>
Users	Choice of supplier: - Where: inside or outside the organization - By whom: the users, a representative, a gatekeeper	Opportunity costs: - Shadow invoice - Voucher - Price - Co-payment
Suppliers	Discretion for: - Organizing the activity - Transacting internally - Transacting externally	Divisionalization: - Responsibility centers (for profit, cost, investment) - Franchised administration (units' managers hold property rights, hire employees and are paid with the unit's profit) Individual compensation function: - Pay for performance - Professional career - Units' profits (in franchised administration)

The existence of such horizontal control does not make vertical control less necessary, however, but it does transform its nature: it must ensure that mutual control between users and suppliers functions correctly so that they do not behave selfishly and their interaction is socially beneficial. The agency responsible for both users and suppliers must preclude that they use their freedom to serve only their own goals, sacrificing the common interest. Given that users and suppliers now enjoy more discretion and stronger incentives, vertical control must, in fact, be more effective (Milgrom and Roberts 1992:226-28).

Ideally, reform will re-create market functioning (which is why people often talk about "internal markets"[Enthoven 1991]), so will introduce competition, both among suppliers and among the ways in which users might allocate their resources. It might even go so far as to change the nature of the supplying unit, converting it into a profit center or even a franchise. However, such a radical solution usually requires considerable investments and expenditure for planning and managing the whole process (Arruñada and Hansen 2015). Its effectiveness, therefore, is doubtful. In fact, in order to supervise the reform and manage the internal market, a giant planning

apparatus is often set up, a “Gosplan” which, in turn, has all the characteristics and defects of an expense centre (Arruñada 1997). An internal market is only a market in name, as there are no property rights and all prices are administered (Hayek 1945).

4. THE ORGANIZATION OF PRIVATELY VALUABLE SERVICES IN THE LIBERAL STATE

An alternative, seemingly more modest, solution is to apply just some market mechanisms, or just in some dimensions, but more forcefully. The patterns followed by the traditional organization of public services in the liberal state were often of this type, combining partial discretion by decision makers (limited, e.g., to certain dimensions such as the choice of supplier by the user or the tenure-based choice of specific jobs by professional civil servants) with powerful incentives (based, e.g., on user fees and pay for performance, a solution commonly found in the organization of notaries, registrars, judicial clerks or family doctors).

In order to illustrate the arguments, I now review three solutions adopted in the 19th century for judicial and quasi-judicial services in the Spanish Public Administration: notaries, registries and courts. These solutions differ drastically from both standard expense centers and internal markets. In contrast to the standard expense center, services are financed with user fees and at least some key suppliers are paid for performance. In contrast with the internal market, incentives are much stronger, as users pay real money and suppliers are paid real bonuses. However, they are characterized by the limited size of the planning or supervisory agency. Instead of aiming for a complete artificial market, too costly to achieve, these admittedly suboptimal—in Simon’s (1956) terms “satisficing”—solutions seem to provide a better alignment of a few key dimensions of participants’ behavior.⁴

Strong user fees. Court users paid fees which financed a substantial proportion of costs. Elimination of these judicial rates in 1986 put an end to this system. This resulted in congestion, rationing, frivolous litigation, capacity increases and greater delays in civil than in criminal cases (Pastor, 1993). User fees were reintroduced for commercial cases in 2002 and generalized in 2012 (Gómez, Celentani and Ganuza 2012). In contrast, both notaries and registrars are paid explicit, regulated fees by one of the parties, and these fees finance services fully. Both notaries and registrars have shown considerable flexibility in adapting to drastic swings in market

⁴ Arruñada and Hansen (2015) compare several of these solutions in greater depth.

demand, caused by the real estate bubble in the period 2000-2007 and the adaptation of corporation law a decade earlier. In contrast, Spanish civil registries, land cadastres, which are organized as, respectively, expense and revenue centers, perform appallingly in terms of delays and adaptation to demand changes.

Limited user choice. Free choice of supplier is allowed only for essentially private services such as notaries' services (Arruñada 1996), but not for registries and courts. Since the notary mainly serves the parties to the contract, it makes sense for them to freely choose the notary. It is also understandable that notaries tend to be flexible regarding the wishes of the parties, interpreting legal restrictions in the way that best suits them. Conversely, for courts and registries, freedom of choice would endanger their impartiality and their basic function of protecting third parties: e.g., free choice of land registry would not protect parties such as future land purchasers, who are unknown at the time of choosing (Arruñada 2003).

Strong incentives to suppliers. Incentives to notaries and registrars are as strong as they can be, as both notary's offices and registers function as public franchisees. Each notary and each registrar is responsible for one office, hires their own employees and resources, and is paid (together with top employees) with the residual profit of the office, after the less professional staff and after any office costs have been paid. Conversely, judges are paid a fixed salary with substantial increases linked to tenure and promotion, a typical characteristic of judicial careers (Posner 1995). However, in a system that remained in place in many courts until the 1980s, though it was being phased-out since 1947, courts' clerks were paid substantial bonuses linked to processed cases.⁵ This motivated paperwork productivity without damaging the quality of court decisions. Court clerks controlled judges' productivity because, if the latter did not deal with cases expeditiously, they did not receive the full variable remuneration; and judges (who were often worse paid than the clerks so felt a degree of rivalry that was not always negative) controlled the quality of the office's administrative work which, since it tended to be done fast, was not always as it should be. In all cases, the key elements of quality control were the deferred nature of remuneration and personal liability in professional decisions. This latter

⁵ In 2004, to deal with court congestion, the Government introduced short-term performance targets, which caused an increase in average measured productivity and reduced the productivity of top performing judges (Bagues and Esteve-Volart 2010). They were opposed by judges' associations and may have damaged professional morale.

aspect is specially important for registrars, who are subject to a standard of strict (i.e., non-negligent) liability.

Role of automatic control. Instead of specialized control by a supervisory bureaucracy, incentives are arranged in a way that favors mutual control by participants. Not only users control suppliers and suppliers control users but complementary suppliers control each other (e.g., registries control notaries, and vice versa, and, similarly, court clerks and judges control each other). Such controls between complementary suppliers are enhanced by using different compensation functions. For instance, both notaries and registrars are paid with net user fees; however, notaries are chosen by users and compete with each other while registrars enjoy territorial monopolies. Consequently, notaries strive to satisfy their clients while registrars strive for legal quality and the protection of third parties different from notaries' clients. Similarly, court clerks were paid a variable fee for performance, motivating them to speed up case paperwork while judges were paid a fixed salary and worried about possible appeals that might damage their reputation and chances of promotion. In both cases, opposite compensation functions create tension between complementary suppliers, providing some degree of automatic control as well as two sources of competitive information for regulators. A similar formula was used in the regulation, administrative appeal and inspection of notary's offices and registries by concentrating these supervisory tasks in the hands of a tiny and specialized body of civil servants at the General Directorate for Registries and Notarial Offices. These civil servants were paid a fixed salary below the variable compensation of the notaries and registrars they were inspecting, so they tended to be stern about any slackness.

5. OPTIONS FOR THE ORGANIZATION OF PUBLIC REGISTRIES

5.1 *Traditional organization of public registries*

Interestingly, the traditional organization of many public registries partly relies on some of these patterns, which sets them apart from the standard bureaucratic arrangements of expense centers that are characteristic of public administration. For registries, it has been common to rely on more independent agencies, which are not financed with taxes but with user fees, treating them as revenue centers; and to pay at least the key professional workers—the registrars—according to performance.⁶

⁶ This section borrows from Arruñada (2102:217–20), omitting most references.

For example, in England, the Land Registry was organized as a nonministerial government department in 1862, as an executive agency in 1990, and as a trading fund in 1993. The 1990 reform reduced average processing times from 34 weeks to eight days, even though it did not always avoid registration delays; and, since 2003, its objective has been to achieve a minimum 3.5 percent return on average capital employed. It is staffed by civil servants but has its own pay bargaining and pay and grading structures, suited to its requirements. Since 2009, different British governments have even considered privatization as a possibility for future organization. Similarly, Companies House is organized as an executive agency with trading fund status and, as such, is subject to business-like organizational patterns, including also a 3.5 percent return on capital and performance pay. As such trading funds, they have standing authority under the Government Trading Funds 1973 Act to use their receipts to meet their expenditures.

In France, the land registry is also financed with user fees and run by the *conservateurs d'hypothèques* who, though civil servants, used to enjoy a special status with variable compensation, substantial deferred compensation in the form of pensions, and personal liability for registration errors, as in Luxembourg. Likewise, the *greffiers* du Tribunal de Commerce who maintain the French company registry are public officers endowed with public authority and also liberal professionals and, as such, are compensated with the net revenue of the registries.

As mentioned above, a similar solution is applied in Spain where both land and company registries are run by registrars who are civil servants (*registradores*). A government department regulates entry, procedures, and prices. But each registrar manages a registry office, bears its costs, and earns its residual profit. In particular, each registrar recruits the office employees, who are not civil servants and some of whom are typically paid with a share of the office's profits.

Stronger incentives have also been introduced in registries in many countries such as, for instance, the Netherlands in 1994. Other jurisdictions, such as New Brunswick, have relied on state-owned companies, and others on specific public-private partnerships.

Furthermore, registries' incentives are often strong in other dimensions. Thus, it is common for user fees to be so high that registries are not only self-financed but also become cash cows—i.e., important sources of revenue for governments. Individual providers are also subject to strong incentives, especially in countries where registrars, despite being civil servants, are compensated with the net revenue of the office, after hiring and paying for all other resources. In contrast, titling efforts in developing countries

have often deviated from these patterns, charging users a small fee or none at all for service and paying fixed salaries to providers. Unsurprisingly, they tend to suffer the common problems of discretionary expense centers: excessive size, unsatisfied demand, low productivity, and budgetary crisis.

In line with these strong incentives of some registries, both users and providers are subject to administrative constraints and economic incentives designed to provide automatic control. Thus, users are not free to choose providers, and providers must follow a detailed set of procedures, which substantially limits their discretion. This arrangement is broadly similar to the one found in privately organized franchising networks, in which the discretion of franchisees is constrained in order to produce a homogenous service across the whole network but at the same time they are strongly motivated to make efficient use of local resources (Rubin 1978, and Blair and Lafontaine 2005). It makes sense in registries, given that their outputs are the inputs of further judicial and contractual processes, which makes standardization of quality a key attribute.

In addition, economic incentives are adapted in several ways to automatically control service quality. First, subsequent providers are often subject to contrary incentives, creating a system of checks and balances. Registries are monopolies and users cannot choose between registrars, who are thus placed in an independent position, suitable to protect the interest of third parties. Yet, conveyancers are in competition and clients are free to choose among conveyancers, who are encouraged to place the interests of their clients before those of third parties. Understandably, these contrary incentives cause a productive structural tension between registries and conveyancers. Similarly, when registrars are subject to strong performance incentives, their regulators and supervisors (including judges) tend to be paid fixed salaries, a difference that also generates opposing views and fruitful tensions between registrars and their controllers.

Second, some quality attributes, such as service time and even legal quality, are often internalized by specific incentives. For example, providing speedy service is motivated by making fees collectible only after the service is completed. Following this pattern, users of registries of rights pay lodgment fees after applying for registration but only pay registration fees after registration, thus reducing the perennial tendency of these registries to delay registration decisions. Postponing payment in this way seems to provide weaker incentives than urgency surcharges, but it is also less prone to abuse (e.g., urgency surcharges encourage the registry to delay its standard processing).

On the other hand, the legal quality of registration decisions is automatically controlled by subjecting registrars to strict, instead of negligent, liability. This method ensures law enforcement by the registry, which risks causing a backlash against the registry when the law itself is inefficiently mandatory. Moreover, repeated observations suggest that personal liability is also hardly viable unless registrars are paid as liberal professionals. In Italy, strict liability was transformed into a weaker, negligence-based regime ten years after suppressing residual compensation. In Puerto Rico in 1914, the inability of registrars to indemnify parties damaged by registration failure put an end to residual compensation; since then, the registry has suffered considerable delays. In France, the 2013 reform simultaneously transferred to the state the civil liability previously borne by individual registrars and modified their compensation, from a variable amount linked to volume to a fixed salary.

All these characteristics—administratively regulated procedures, strong legal effects, fees for service, compensation with a residual profit, strict personal liability, and organizing providers as State franchisees—constitute a hybrid organizational form between public administration and private provision of registry services. This hybrid nature is probably more effective, sustainable, and flexible than the more extreme solutions in which registries are either purely private or part of standard public administration. Private registries may enjoy stronger incentives but lack public effects (remember the US cases of title plants operated by title insurance companies as well as that of the Mortgage Electronic Registration System). And public registries have stronger effects but weaker incentives, especially when organized as standard public agencies, which often causes substandard performance or, in the case of registries of rights, mortally debilitates them. The solution seems to lie in hybrid organizational forms, which can produce public effects while keeping strong incentives for performance.

5.2 Privatization efforts

Several states in Canada and Australia, as well as the government of the United Kingdom, have recently privatized or made plans to privatize their land registries.⁷ These privatizations are grounded on a long term contract or lease by which the state subcontracts the provision of registration services to a firm which, depending on the specific case, is at least partly owned by private investors. This contract establishes rights, duties and standards, including payments (both an initial lump sum and annual royalties often

⁷ See Thomas, Griggs and Low (2018). The UK Government also ran a public con-

based on transaction volumes), with data ownership and regulatory powers remaining with the government.

In most cases, the government contracts out what previously was organized as an expense or revenue center within the government bureaucracy. In contrast, the Saskatchewan province of Canada started by first creating a Crown-owned corporation, which 13 years later sold shares to the public. The proposal in 2016 by the UK Government for the Land Register of England and Wales was partly similar, as between 1990 and 1993 it had been transformed from an expense center (a non-ministerial government department with no specific financial targets) into a sort of state-owned firm with an objective to return 3.5% on average capital employed, the return being the difference between user fees generated net of expenses (Arruñada and Hansen, 2015).

The organization of privatized registries shares some of its main features with franchised solutions and others with state-owned firms (which are closer to the “internal market” solution). They are similar to franchised registries in that the profit is appropriated by the service provider, while in a state-owned firm it is appropriated by the state. (For example, any surplus generated by the English Land Registry remains in a separate account at the Bank of England, which can be drawn on to cover losses in years with few property transactions). However, they are similar to state-owned firms in that professionals (mainly, registrars) are not paid with a profit but with a salary and (at most) a bonus based on an artificial indicator of individual performance. Moreover, liability for registration errors is borne by the firm and the state, while in the franchised solution it is borne by individual registrars themselves, often in terms of strict liability.

These differences hold consequences for both the strength and the organization of incentives. Incentives are understandably weaker when profits are retained by the state. First, from the registrar perspective, they are much stronger in a franchised organization, as registrars are compensated with the profit of the particular registry office that they are in charge of. Second, with respect to planning and management, given the lack of individualized profits and liability, both state-owned and private firms need to spend more on creating and running an artificial incentive structure for registrars.

In any case, the nature of registries makes it necessary for them to be monopolies: they must be neutral not only between contracting parties but

sultation on moving Land Registry operations to the private sector though a contract between the government and a private operator, but finally decided against it because of substantial opposition (UK Parliament, 2016).

also with respect to strangers to the contract. Consequently, contracting parties cannot be free to choose register and registrar. This makes privatization harder because, to avoid abuses, a privatized register needs to be tightly regulated. Given that privatization introduces stronger incentives, the necessary regulation may even need to be tighter than under alternative systems in which incentives are weaker.

Moreover, offering powerful incentives to registrars is more important in registration systems in which their role has a more professional content and is more discretionary, less automatic. The main differences in this regard lie in the type of registry—recordation versus registration—and, for registration, in the type of technique being used.

First, registries acting as pure recorders of deeds, which mostly perform ministerial duties consisting of the simpler administrative tasks of dating and filing lodged documents, as well as issuing copies and certificates, are damaged less if organized as standard bureaucracies. However, even for them, it is necessary to ensure speedy processing and preclude corruption, so they perform better when bureaucrats are paid for performance and with deferred compensation. Conversely, given that registries of rights must make sure that filings respect third parties' property rights and conform to law before they are accepted for registration, their performance crucially depends on the application of legal knowledge by competent registrars. Unsurprisingly, successful registries of rights tend to adopt some of the features of law firms. Registrars' competence must be at least comparable to that of the conveyancers who prepare the filings that registrars have to examine. Therefore, registries must pay registrars competitive salaries to recruit and retain competent lawyers. Registrars must also play a key role in organizing all other resources, as their contribution defines the performance of the whole registry. Given the importance of their registration decisions, the organization of registries of rights tends to be focused on supporting them by subordinating other resources that take care of administrative tasks and routine checks. Variable compensation provides a direct link between pay and performance, even though it requires additional mechanisms such as stricter personal liability. Moreover, rising compensation based on seniority helps parallel the accumulation of human capital and the consequent increase in outside opportunities.

Second, also important is the scope of the *numerus clausus* of property rights and the subsequent registration technique. In particular, the role of automatic processes should in principle be greater in registration systems with a stricter *numerus clausus* plus clear application of the abstraction principle, as in Germany. Conversely, it should be smaller in countries

such as Austria, Spain or Switzerland, especially when register entries summarize the essentials of transactions, instead of merely indexing the in rem dimensions.

6. CONCLUDING REMARKS

This article compares five ways of organizing the provision of privately valuable public services: budgetary bureaucracy based on expense centers, comprehensive internal markets, including revenue centers, traditional hybrid solutions with franchised units, and privatized public services. These hybrid solutions, which have survived for many decades producing relatively effective outcomes, contrast starkly not only with those of standard bureaucracy but also with those found in modern internal markets and privatized services. Whereas internal markets strive to develop comprehensive measures of performance but provide weak incentives, these liberal-state solutions rely on partial measures of performance but provide strong incentives. Moreover, in contrast with privatized services, these incentives operate at the level of the individual professional in charge of the service. Also, instead of requiring large staffs to manage suppliers and their interaction with users in the internal market, such hybrid solutions work in a regime of “automatic management” and are therefore frugal in their use of planning and supervision resources.

7. REFERENCES

- Arrow, K. J. (1964), “Control in Large Organizations,” *Management Science*, 10(3), 397-408.
- Arruñada, B. (1996), “The Economics of Notaries,” *European Journal of Law and Economics*, 3(1), 5-37.
- Arruñada, B. (1997), “Internal Markets in the Reform of the Spanish NHS: A Comment on the Planners’ Latest Fantasy,” in J. G. Backhaus, (ed.), *Essays in Social Security and Taxation*, Metropolis, Marburg, 429-44.
- Arruñada, B. (2003), “Property Enforcement as Organized Consent,” *Journal of Law, Economics, and Organization*, 19(2), 401-44
- Arruñada, B. (2012), *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: The Theory and Policy of Contractual Registries*, University of Chicago Press, Chicago.
- Arruñada, B., and S. Hansen (2015), “Organizing Public Good Provision: Lessons from Managerial Accounting,” *International Review of Law and Economics*, 42, 185-91.

- Bagues, M., and B. Esteve-Volart (2010), "Performance Pay and Judicial Production: Evidence from Spain," *Working Paper*, June (<http://www.manuelbagues.com/bagues%20&%20esteve-volart%20-%20judges.pdf>, visited March 13, 2013).
- Blair, R. D., and F. Lafontaine (2005), *The Economics of Franchising*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Breton, A. (1974), *An Economic Theory of Representative Government*, Aldine, Chicago.
- Dunleavy, P. (1985), "Bureaucrats, Budgets and the Growth of the State," *British Journal of Political Science*, 15, 299-328.
- Dunleavy, P. (1991), *Democracy, Bureaucracy and Public Choice*, Harvester Wheatsheaf, Brighton.
- Enthoven, A. C. (1991), "Internal Market Reform of the British National Health Service," *Health Affairs* 10(3), 60-70.
- Gómez, F., M. Celentani and J.J. Ganuza (2012), "A vueltas con las tasas judiciales," *Nada es gratis*, December 18 (<http://www.fedeablogs.net/economia/?p=26980>, visited March 13, 2013).
- Hayek, F.A. (1945), "The Use of Knowledge in Society," *American Economic Review*, 35(4), 519-30.
- Jensen, M. C., and W. H. Meckling (1995), "Specific and General Knowledge, and Organizational Structure," *Journal of Applied Corporate Finance*, 8(2), 4-18.
- Kaplan, R. S., and A. A. Atkinson (1989), *Advanced Management Accounting*, 2nd ed., Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ.
- Milgrom, P., and J. Roberts (1992), *Economics, Organization and Management*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ.
- Neuman, J. L. (1975), "Make Overhead Cuts that Last," *Harvard Business Review*, May-June, 116-26.
- Niskanen, W. A. (1968), "Nonmarket Decision Making: The Peculiar Economics of Bureaucracy," *American Economic Review*, 58(1), 293-305.
- Niskanen, W. A. (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine Atherton, Chicago.
- Pastor Prieto, S. (1993), ¡Ah de la justicia! Política judicial y economía, Madrid, Cívitas.
- Peacock, A. T. (1983), "Public X-Inefficiency: Informational and Institutional Constraints," in H. Hanusch, (ed.), *Anatomy of Government Deficiencies*, Springer, Berlin, 125-37.
- Peters, B. G. (1996), *The Future of Governing: Four Emerging Models*, University Press of Kansas, Lawrence.
- Posner, R. A. (1995), "What Do Judges Maximize", in *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 109-44.

- Rubin, P. H. (1978), "The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract." *Journal of Law and Economics*, 21, 223–33.
- Simon, H. A. (1956), "Rational Choice and the Structure of the Environment," *Psychological Review*, 63(2), 129-38.
- Thomas, Rod, Lynden Griggs and Rouhshi Low (2018), "The Privatisation of Registers—Recent Developments and Thoughts from a Torrens Perspective," *Working Paper*.
- UK Parliament, 2016, "Land Registry Privatisation", December 9, <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7556#fullreport>, accessed May 26, 2018.
- Zimmerman, J. L. (1979), "The Costs and Benefits of Cost Allocations," *Accounting Review*, 54(3), 504-21.

COLABORACIÓN ENTRE EL REGISTRO Y CATASTROS DESDE LOS CRITERIOS REGISTRALES

Claudia Lisset Angulo Diaz¹

RESUMEN

En el Sistema Registral Peruano, la propiedad inmobiliaria alcanza una mejor protección legal con la inscripción en el Registro de Propiedad, así se va a publicitar al propietario del predio inscrito; no obstante para identificar de manera precisa el inmueble es necesaria la representación gráfica de este bien. Es decir si existe esta identidad la inscripción registral gozará de seguridad jurídica plena.

Para que exista esta concordancia, debe hallarse una adecuada colaboración entre Registro y Catastro; ambas organizaciones administrativas con distintas funciones pero con indudables puntos de relación. Este trabajo pretende dar a conocer desde un punto de vista del ámbito registral de qué manera se viene logrando esta colaboración, concretamente desde los criterios registrales y el rol activo del administrado.

1. INTRODUCCIÓN

El Registro de Propiedad Inmueble Peruano publicita las titularidades jurídicas respecto de los predios: El sujeto titular, los derechos que ejerce sobre el objeto, los gravámenes y cargas que afectan al bien, entre otros; por otro lado el Catastro se centra en la realidad física.

¹ Abogada titulada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo-Chiclayo, egresada de la maestría en Derecho Civil por la Universidad San Martín de Porres, Especialista en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú, autora de artículos en materia registral, especialista en Empleo Público por la Universidad de Piura. Actualmente se desempeña como Asistente Registral del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N°IX-Sede Lima y es Integrante de la Red de Capacitadores SUNARP.

Los predios cuya inmatriculación es antigua, se encuentran descritos de forma literaria (para su inscripción no se exigía documentación técnica); lo cual en la actualidad no ocurre; toda vez que para incorporar un predio al Registro o modificar su descripción física, es necesario que se acompañe la documentación técnica requerida por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios la cual será evaluada por el Área de Catastro de la entidad. En suma la inscripción se realizará previo informe positivo del Área de Catastro según sea el caso.

No obstante, la falta de documentación técnica en predios inmatriculados y las inexactitudes y deficiencias en los títulos que contenían documentación gráfica elaborada por profesionales especializados, así como la falta de inscripción de predios (recordemos que en el Sistema Registral Peruano la inscripción no es obligatoria), ha generado problemas ya que los datos físicos de los predios en muchos casos no coinciden con las titularidades que proclama el Registro; por ello se propone que el Registro (titularidades) y el Catastro (que proporciona datos físicos) colaboren de manera eficiente con la finalidad de que brinden una información certera, segura que permita de manera idónea la identificación y situación del predio.

En el Perú existen diversos entes generadores de Catastro y un Área de Catastro en el Registro, lo cual crea confusión en el administrado al presentar un título; estas líneas están dedicadas a explicar la relación entre Registro-Catastro y la forma de colaboración entre ambos desde los criterios registrales, lo cual también involucra el rol activo del administrado.

2. ¿QUE ES EL CATASTRO?

Existen múltiples definiciones de Catastro, sin embargo para el tema en específico consideramos a las siguientes como las más precisas:

El Catastro según Angélica María Portillo es “Un sistema público de información sobre la realidad física de un determinado ámbito territorial, constituido fundamentalmente por información gráfica georeferenciada, desarrollada a través de procedimientos técnicos que permitan identificar y localizar a los predios, describiendo sus principales características físicas y demás atributos relevantes ejerciendo algunos o múltiples funciones”²

Por otro lado Roca Sastre lo define como “Es un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país en el que se determinan las fincas, rústicas o urbanas del mismo, mediante su descripción o

² PORTILLO FLORES, Angélica María. El catastro en el Perú: Estudio teórico, jurídico y de gestión. Editorial Palestra. Lima 2009, p34

expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica, al fin primordial de tipo fiscal o tributario y a los fines auxiliares de orden económico-administrativo, social y civil”³

Para José María Chico y Ortiz “El Catastro, pues, con un lenguaje muy de actualidad no viene a ser más que un “banco de datos” referidos a la riqueza territorial de un país, y de ese banco se debe aprovechar el sector que precise para realizar el fin que se persiga.”⁴

Las definiciones citadas concuerdan en que se trata de un inventario de los inmuebles de un territorio, que cuenta con información que permite localizar el predio y su vez es un instrumento que puede ser utilizado para múltiples fines.

Según MORALES MORENO citado por GONZALES BARRON la formación de un catastro responde a tres objetivos: “El primero de carácter jurídico, la identificación y asiento legal de la propiedad. El segundo, de orden estadístico, era la información sobre la riqueza inmueble del país. El tercero, de tipo puramente fiscal, consistía en la distribución del impuesto sobre la propiedad inmueble”⁵

Por otro lado, entre las características del Catastro según, Durán Boó tenemos⁶:

- Es un registro o inventario de bienes inmuebles, lo que exige definir criterios de identificación de los distintos elementos que se integran en ellos.
- Es global, es decir, debe integrar la totalidad de los inmuebles de un determinado ámbito territorial, sin distinguir entre rústicos o urbanos, o entre distintas tipologías.
- Se actualiza continuamente, para garantizar que refleja en todo momento la realidad física cambiante que integra.
- Abarca la descripción física, jurídica y económica de los inmuebles.

³ ROCA SASTRE, Ramón M y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL. Derecho hipotecario Dinámica Registral. Tomo IV, 8º ed, Bosch, Barcelona, 1997, p167

⁴ CHICO Y ORTIZ José María. Estudios sobre Derecho Hipotecario, Tomo I, Marcial Pons, Madrid 1994, Tercera Edición. p

⁵ GONZALES BARRON, Gunther. Tratado Derecho Registral Inmobiliario. Segunda Edición. Editorial Jurista Editores, Lima-Perú 2004, p.267

⁶ DURÁN BOÓ, Ignacio. Revista Fuero Registral Volumen 12. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima Perú 2014, p45

En el Perú tenemos diversos entes generadores de catastro tales como COFOPRI (Comisión de Formalización de la Propiedad) cuya función es la de titular predios urbanos localizados en urbanizaciones populares, pueblos jóvenes, etc., saneamiento que se inscribe en el Registro de Predios; el PETT (Proyecto de Titulación de Tierras y Catastro Rural); que tiene a cargo el catastro de los predios rurales cuyo saneamiento físico-legal se inscribe en el Registro de Predios; el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero-INACC, Organismo Público Descentralizado del Sector Energía y Minas que contiene y gestiona el Catastro Minero Nacional; las Municipalidades, entre otros autorizados por ley.

El Registro de Propiedad Inmueble, cuenta con un Área de Catastro, cuya información catastral que contiene no es oficial⁷, por cuanto no contiene una base gráfica con información oficializada de los planos que obran en los títulos archivados que identifiquen de manera exacta la ubicación de los predios inscritos⁸; dicha área sirve de soporte en la calificación que efectúa el Registrador.

Como podemos apreciar el Catastro en el Perú se encuentra disperso lo que ha originado dificultades prácticas entre las organizaciones administrativas que se ocupan de administrarlo existiendo desconexión entre ellas y generando confusión al ciudadano pero principalmente afectaciones a la seguridad jurídica.

⁷ Mal llamado catastro, por cuanto la SUNARP no es una entidad generadora de catastro, no figura dentro de sus funciones señaladas en la Ley N°26366 y modificatorias.

⁸ Coincidimos con Angélica M. Portillo Flores quien precisa que la Base Gráfica Registral que está siendo desarrollada por las Zonas Registrales, órganos desconcentrados de la SUNARP, no constituyen un catastro, pues no cumple con varias de sus características esenciales:

“-No refleja ni tiene por objeto reflejar la actual realidad física territorial, más aún dado el carácter declarativo del Registro de Predios Peruano.

-Se elabora sobre la base de información de las partidas y antecedentes registrales del Registro de Predios y, por tanto, no se realiza ninguno de los métodos para la generación o actualización de la información catastral, como por ejemplo, el levantamiento de información en campo. De manera que, no se produce cartografía catastral pero se utiliza cartografía de otras instituciones tales como: Instituto Geográfico Nacional (IGN), COFOPRI, el EX PETT.

-No requiere su permanente actualización con la realidad física relevante, para efectos del trabajo del Registro de Predios peruano, es que refleje gráficamente los límites y alcances territoriales de los derechos de propiedad (vigentes y oponibles) a terceros, en función a la información actualizada que se desprende de las respectivas partidas Registrales”. PORTILLO FLORES, Angélica María. El catastro en el Perú: Estudio teórico, jurídico y de gestión. Editorial Palestra. Lima 2009, p.87

Por tanto los presupuestos para estudiar el catastro no son menores, son problemas serios y que se tienen que afrontar.

Ante la problemática planteada el Estado no ha sido ajeno. En nuestro país con fecha 28 de Junio del 2004 con la Ley N° 28294, se crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios, con la finalidad de regular la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país y con ello uniformizar la información catastral y demás características de los predios, que sirva al Estado Peruano, como un instrumento de Planificación y Gestión del desarrollo Social, Económico y Político del territorio del país. A la fecha en el Registro de Predios se viene realizando el saneamiento catastral y registral bajo los alcances de la citada norma, que más adelante detallaremos.

3. RELACIÓN ENTRE REGISTRO DE PREDIOS Y CATASTRO

Las personas al adquirir un inmueble deben tener certeza de lo que van a obtener, no solo verificar el derecho de propiedad en el Registro o si existen o no cargas y gravámenes en el inmueble; sino que es necesario corroborar si el predio físico guarda relación con la descripción que obra en la partida registral ya sea respecto a su naturaleza, el área, linderos y medidas perimétricas, en concreto que sean concordantes entre sí.

En ese escenario podemos señalar que el Registro peruano carece de esos datos en la mayoría de los inmuebles registrados. Así cuando se creó el Registro de Propiedad en el Perú el acceso de los inmuebles se hizo sin documentación gráfica que permita ubicarlos correctamente, así los predios se inscribían con descripciones literarias contenidas en los títulos que se presentaban al Registro; por lo tanto se publicitaba esa información sin saber si las descripciones de los predios era correcta y conforme a la realidad o no.

La descripción de predios inscritos efectuada sin planos de forma literaria o como se realizaba antiguamente con planos básicos y deficientes, no constituye una manera adecuada de comunicación entre el Registro y Catastro necesariamente debe utilizarse el método gráfico; cabe señalar que la primera disposición transitoria del Reglamento de la Ley N°28294, precisó que el sistema que se debe utilizar es el Sistema Geodésico Oficial, establecido por el IGN con base en el sistema de referencia geocéntrico para las Américas - SIRGAS, relacionado al datum horizontal World Geodetic System 1984- WGS84.

Luego, como parte del proceso evolutivo, en la actualidad y por norma expresa se exige para inmatriculación, rectificaciones y modificaciones físicas del predio la presentación obligatoria de documentación técnica, entre la que figuran los planos autorizados por el ente catastral competente según corresponda.

La ausencia de documentación técnica en la base gráfica registral o ésta con información errónea y/o deficiente; ha originado grandes problemas en el Registro de Predios entre estos las duplicidades o doble inmatriculación, superposiciones e inexactitudes registrales respecto a la medición, afectando la seguridad en el tráfico jurídico que tiene como principio fundamental el de publicidad fundada en la presunción de veracidad de los asientos registrales.⁹

En ese contexto es que el Catastro que viene a jugar un rol importante, porque va a ayudar al Registro a que los inmuebles puedan ser identificados correctamente lo que va a permitir concordancia entre la descripción física del predio y la titularidad que proclama el Registro. Entonces, Registro y Catastro se conectan con una sola realidad: La Realidad del predio.

No obstante, no tienen la misma misión ya que el Catastro tiene como misión identificar, localizar y describir las principales características físicas y otras del Predio y el Registro de Predios la de garantizar derechos.¹⁰

Así se dice que “El Catastro puede ofrecer al Registro simplemente su cartografía oficial para que el Registro la utilice en la delimitación de las fincas. Hasta aquí no traspasamos los límites de una colaboración institucional, sin duda útil que no supone una coordinación entre ambas instituciones. Pero el Catastro Puede servir al Registro para algo más; puede servirle para mejorar la definición de las fincas registrales, especialmente útil cuando éstas se hallen descritas en él de modo impreciso. Establecida la relación

⁹ “El principio de seguridad del tráfico jurídico tiene como fundamental principio el de publicidad basada en la presunción legal de veracidad de los asientos y en la integridad de los mismos, lo que provoca que el adquirente, que reúne ciertos requisitos, se configure como tercero, protegido en su adquisición, de tal forma que puede llegar en determinados casos, a una auténtica adquisición, o liberación de cargas, “a nom domino” con la correlativa extinción de derechos, jurídicamente perfectos, pero que se extinguen por no haber accedido al Registro”. TÉLLEZ MIGUÉLEZ, Francisco. Seguridad Jurídica y Registro de la Propiedad, disponible en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_1/996_t003/_017.dir/Bajlib_1996_t003_017.pdf

¹⁰ PORTILLO FLORES, Angélica María. El catastro en el Perú: Estudio teórico, jurídico y de gestión. Editorial Palestra. Lima 2009, p39

entre la finca registral y la unidad catastral correspondiente, la finca registral puede quedar definida a través de la unidad catastral. El Catastro emplea una técnica particular de división del espacio (polígonos y parcelas) y un sistema de referencias. La referencia catastral permite establecer la correspondencia entre la finca registral y la unidad catastral. Y en la medida en que el Catastro utilice planos georeferenciados para identificar las fincas, definir las fincas por su referencia catastral es en el fondo definir las por el método de descripción perimetral georeferenciada”¹¹

Como podemos apreciar, ambas instituciones se necesitan, el Registro de Predios necesita de la información del Catastro que contenga la descripción física y localización de los inmuebles y el Catastro necesita saber las modificaciones físicas que se inscriben en el Registro y de las titularidades registrales para que pueda contar con una base actualizada de los datos; por lo tanto ambas instituciones aún con funciones distintas están llamadas a colaborar de forma intensiva y adecuada.

4. COLABORACIÓN REGISTRO-CATASTRO: CRITERIOS REGISTRALES

Como hemos señalado, el Registro y el Catastro deben estar en sintonía para que el Registro pueda brindar una información certera; se propone entre las formas de colaborar con el Catastro el acceso de información del ente generador al Registro, ello se logra a través de distintos dispositivos legales y criterios registrales que no obstaculicen ni pongan trabas para su ingreso; asimismo es trascendental el rol activo del administrado como destinatario del servicio registral; así tenemos:

4.1 Criterios en materia registral

Cuando se presenta un título al Registro referido a la inmatriculación, rectificaciones o modificaciones físicas del predio; con la presentación del título sustentatorio del derecho se acompaña de documentación técnica, ésta es derivada por el Registrador al Área de Catastro quien a su vez emite un informe técnico referido sólo a aspectos técnicos, el estudio comprende la documentación técnica presentada, confrontada con la base gráfica registral la cual se encuentra conformada por los títulos archivados de los predios inscritos, de lo que se concluye que al no estar inscritos la totalidad de los predios, ésta tiene ausencia de información y en otros casos información

¹¹ MORALES MORENO citado por GONZALES BARRON, Gunther. Tratado Derecho Registral Inmobiliario. Segunda Edición. Editorial Jurista Editores, Lima-Perú 2004.

deficiente; deficiencia que proviene de nuestro sistema y no del título presentado por el usuario.

El informe sirve de apoyo en la calificación que efectúa el Registrador, la cual no se agota en el título que sustenta el derecho sino también en la documentación técnica que presenta el usuario pues en ella se plasmará de manera gráfica el espacio que ocupa el inmueble y el límite del derecho contenido en el título.

Las deficiencias indicadas han originado que el Área de Catastro no pueda confrontar la documentación presentada con la base gráfica, lo que originó que los Registradores plasmen esta imposibilidad en una eschuela de observación generando un obstáculo.

En el Sistema Registral Peruano, el informe del Área de Catastro es vinculante para el Registrador siempre que se refiera a aspectos técnicos; ello se encuentra recogido en el Art.11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios¹².

Es así que el Tribunal Registral en calidad de segunda instancia registral, ha propuesto soluciones que permiten el ingreso del título con la información generada por ente catastral a pesar que el Área de Catastro no pueda realizar la confrontación con la base gráfica registral; aportes que comparto, ya que considero que ésta es una forma de colaboración porque a través de normativa y resoluciones en materia registral se permite el acceso de

¹² Artículo 11.- Informes de las áreas de Catastro de la SUNARP Los títulos en virtud de los cuales se solicita la inscripción de un acto o derecho que importe la incorporación de un predio al Registro o su modificación física, se inscribirán previo informe técnico del área de Catastro. La SUNARP podrá determinar los casos de modificación física que no requieran dicho informe, en atención a la capacidad operativa de las áreas de Catastro. El área de Catastro verificará los datos técnicos del plano presentado, de conformidad con la normativa vigente sobre la materia, emitiendo un informe referido a aspectos estrictamente técnicos donde se determine la existencia o no de superposición de partidas, así como otros aspectos relevantes, si los hubiere. Dicho informe se realizará sobre la base de la información gráfica con la que cuente el área de catastro, actualizada a la fecha de emisión del informe técnico, bajo responsabilidad. El informe del área de Catastro es vinculante para el Registrador. En su caso, en la eschuela de observación o tacha se consignará únicamente los defectos u obstáculos técnicos advertidos por el área de catastro. No obstante, el Registrador no tomará en cuenta aspectos contenidos en el informe de Catastro que no se ciñan a lo establecido en el párrafo anterior. Inscritos los actos a que se refiere el primer párrafo, haya o no mediado informe técnico, se comunicará al área de Catastro a fin de que ésta actualice su base de datos.

la documentación brindada por el Catastro al Registro a fin de que la base gráfica registral se vaya incrementando y actualizando.

Cabe precisar que una vez inscrito el título el Registrador comunica dicha circunstancia al Área de Catastro, así la información gráfica del predio se incorpora a la base gráfica registral, sin embargo consideramos que el Área de Catastro también debe comunicar al ente generador de Catastro que emitió la documentación tal circunstancia para que de igual forma actualice su información respecto a la titularidad inscrita para los fines que considere convenientes; ello también es una forma de colaboración.

A continuación se presentan los aportes que realizados por el Tribunal Registral que han permitido el acceso del título a pesar de las deficiencias de la base gráfica registral:

A.-Respecto a predios que se pretenden inmatricular

El Tribunal Registral ha permitido el acceso del acto inmatriculación al Registro de Predios aunque el Área de Catastro señale la imposibilidad de determinar si el mismo se encuentra inscrito o no, así se afirmó en el precedente aprobado en el XII Pleno del Tribunal Registral referido a la inmatriculación donde se señala:

PROCEDENCIA DE INMATRICULACIÓN

“No impide la inmatriculación de un predio el informe del Área de Catastro señalando la imposibilidad de determinar si el mismo se encuentra inscrito o no.”

Entre los fundamentos del citado precedente se encuentran¹³:

- Los costos de la incapacidad del registro para determinar si un predio se encuentra inscrito, no pueden ser trasladados a los administrados cuando éstos han cumplido con adjuntar la titulación requerida que acredita su derecho, objeto de publicidad, así como los planos e información gráfica para que el catastro emita su informe.

¹³ Estos fundamentos han sido tomados de la Resolución del Presidente del Tribunal Registral N°57-2017-SUNARP/PT que dio mérito al precedente de observancia obligatoria y de acuerdo plenario que deja sin efecto el segundo párrafo del precedente aprobado en el CXV Pleno y modifica el acuerdo plenario aprobado en el CXLIII Pleno publicado el 19/06/2017 en el Diario Oficial El Peruano.

- Si el Área de Catastro no puede por diversas limitaciones expedir el informe técnico que precise si el bien sobre el cual recae el derecho se encuentra inscrito o no, entonces debe procederse a su inscripción.
- El Registro asume los costos de las duplicidades e inexactitudes que se deriven por la incorporación de inmuebles.
- Se otorga preferencia a los derechos acreditados con títulos, lo que da lugar a que la administración, en cada caso, despliegue su mayor esfuerzo por determinar si un bien se encuentra inscrito o no en el Registro, emitiendo un veredicto cierto; de lo contrario, se corre el riesgo de que el catastro emita recurridamente dictámenes sin ningún tipo de compromiso toda vez que ante la imposibilidad de determinar si un bien está inscrito o no, las instancias registrales siempre van a rechazar la inscripción, lo que resulta absurdo.

El criterio señalado, se materializó en el Art.16 del Reglamento de inscripciones del Registro de Predios, el cual prescribe: “Para la inmatriculación de un predio se requerirá el informe técnico del área de Catastro a que se refiere el artículo 11, donde se determine si el predio a inmatricular se superpone o no a otro ya inscrito, de acuerdo a la base gráfica con la que cuenta el área de Catastro. No impide la inmatriculación el informe técnico que señale la imposibilidad de determinar si el predio se encuentra inscrito o no. Tampoco impide la inmatriculación el informe que determina que el predio ya se encuentra inscrito, siempre que el título presentado tenga mérito suficiente para cancelar la partida anterior (...)”.

El criterio presentado es pro administrado; se le da preferencia al título sustentatorio del derecho acompañado de la documentación técnica la cual reúne los requisitos legales, con esta posición se vencen barreras que habían sido impuestas por la sobrevaloración del informe de Catastro y que impedían el acceso del título por cuestiones operativas de Sunarp, como todo proceso puede que se incurra en errores, no hoy sino más adelante, puede que se dé un tema de doble inmatriculación o superposición; sin embargo es aplaudible que se reconozca que el Registro asume estos costos, considero que el mal mayor sería seguir impidiendo las inscripciones cuando la deficiencia es del sistema; además quién más que el ente generador del catastro, podría graficar el predio de manera adecuada, ya que quién conoce la realidad física del inmueble es éste; en ese sentido la documentación que expida está dotada de presunción de veracidad; mal haría el Registro en denegar su acceso.

B.-Respecto a predios ya inscritos

B.1.- Independizaciones

Similar criterio al del caso de las inmatriculaciones, se ha utilizado en el caso de las independizaciones, ello se encuentra plasmado en el Art.59 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios el cual prescribe “Cuando el Área de Catastro, debido a la ausencia de datos técnicos suficientes en los antecedentes registrales, señale que se encuentre imposibilitada de determinar, en forma indubitable, si el área cuya independización se solicita se encuentra comprendida dentro de alguna de las independizaciones anteriormente efectuadas o si aún se encuentra dentro de la partida matriz, ello no impedirá la inscripción de la independización rogada, siempre que el título contenga los requisitos señalados en el primer párrafo que antecede. En este caso, el Registrador independizará el área solicitada de la partida matriz, sin necesidad de requerir plano del área remanente, siempre que la independización efectuada no exceda el área de la partida matriz de la cual se independiza”.

Como podemos apreciar una vez más se favorece el acceso del título y con ello la actualización de la base gráfica registral.

B.2.- Rectificaciones de Área, Linderos y Medidas Perimétricas

-En el CXLIII PLENO del Tribunal Registral se aprobó el siguiente acuerdo:

“No impide la inscripción de la rectificación o determinación del área, linderos o medidas perimétricas de un predio que la Oficina de Catastro informe **que está imposibilitada de establecer que corresponde al predio al que se refiere la rogatoria**. Esto no es aplicable a la rectificación por error de cálculo ni a la rectificación de área, linderos y medidas unilateral recogida en acuerdo del Pleno 115°.”

Posteriormente en el CLXXIV Pleno, se modificó:

“No impide la inscripción de la rectificación o determinación del área, linderos o medidas perimétricas de un predio que la Oficina de Catastro informe **que está imposibilitada de establecer que corresponde al predio al que se refiere la rogatoria**. Esto no es aplicable a la rectificación unilateral de área, linderos y medidas perimétricas recogida en el precedente del 155° Pleno”

Conforme a estos criterios, la imposibilidad de del Área de Catastro de establecer que el ámbito gráfico corresponde al predio al que se refiere la rogatoria ya no es causal para denegar la inscripción en los casos de rectificaciones de predios urbanos o rústicos según sea el caso bajo los

procedimientos establecidos en el artículo 13 de la Ley N°27333-Ley complementaria a la Ley N°2662, Ley de Asuntos No contenciosos de Competencia Notarial para la Regularización de Edificaciones entre los que se encuentran los procedimientos de mutuo acuerdo, procedimiento notarial y judicial; el procedimiento previsto en el artículo 62 del Reglamento de la Ley N°28294 o artículos 79 y siguientes del D.S.032-2008-VIVIENDA que aprueba Reglamento del Decreto Legislativo N°. 1089 - Decreto Legislativo que Establece el Régimen Temporal Extraordinario de. Formalización y Titulación de Predios Rurales, según corresponda, las rectificaciones por error de cálculo; con excepción de la rectificación unilateral.

Siguiendo la misma línea que en los casos anteriores, se admite la rectificación o determinación de área, linderos o medidas perimétricas aunque la Oficina de Catastro se encuentre imposibilitada de establecer que corresponde al predio al que se refiere la rogatoria.

En ese sentido, si el Área de Catastro no pudiera determinar si el predio de su objeto ha variado o no, no será impedimento para la procedencia de la rectificación o determinación de área, linderos o medidas perimétricas.

Por otro lado, cabe resaltar que respecto a la rectificación de área por error de cálculo, que es aquella inexactitud originada por error en los casos de operación aritmética o geométrica de sus medidas perimétricas de un predio registrado, el Tribunal Registral ha aprobado en el XIX Pleno realizado los días 3 y 4 de agosto de 2006, el siguiente precedente:

RECTIFICACIÓN DE ÁREA POR ERROR EN EL CÁLCULO

“Es inscribible la rectificación del área de un predio urbano en mérito al **plano y memoria descriptiva visados por la autoridad municipal correspondiente, prescindiendo de los mecanismos rectificatorios previstos por el artículo 13 de la Ley N° 27333**, si el error surgió del equivocado o inexacto cálculo de su área, siempre **que el Área de Catastro determine que los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio no han sufrido variación alguna**”.

Respecto al citado precedente, cabe señalar que ha sido materia de precisión y se ha hecho extensivo también para los predios rurales¹⁴.

¹⁴ Así se estableció en el Precedente de Observancia obligatoria aprobado en Sesión extraordinaria, modalidad no presencial, realizada los días 27 y 28 de febrero de 2017 continuada en Sesión extraordinaria, modalidad presencial, el 06 de marzo de 2017, que deja sin efecto el segundo párrafo del precedente aprobado en el CXV Pleno:

Esta figura es creación del Tribunal Registral, la cual permite que el administrado puede realizar la rectificación de forma directa ante el Registro prescindiendo de los mecanismos convencionales ya que el error sólo es aritmético; siempre que se acompañe de documentación técnica expedida por ente catastral competente, de ello podemos concluir que es otra de las formas simplificadas de acceso de la documentación catastral a la base gráfica registral, en este caso no se necesita un título sustentatorio del derecho, tan solo documentación técnica visada por el ente catastral competente.

El Tribunal ha dado un paso más, ya que ha previsto que en los casos de que el Área de Catastro informe que no puede determinar si los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio han sufrido variación porque no hay plano en el antecedente registral o, existiendo plano este no cuenta con los requisitos mínimos técnicos para su evaluación por el ente técnico; entonces su informe no es vinculante y no puede relevar al Registrador o Tribunal Registral de realizar una apreciación jurídica del caso. Por tanto, el error surgido por el inexacto cálculo de área existente podrá ser verificado no solo por la Oficina de Catastro, sino, también por las instancias registrales¹⁵.

En ese orden de ideas, en el CLXXIV Pleno Registral llevado a cabo el 27/2/2017, continuada el 28/2/2017, se ha adoptó el siguiente acuerdo plenario:

PRECISIONES AL PRECEDENTE SOBRE RECTIFICACIÓN DE ÁREA POR ERROR DE CÁLCULO

“No procede la rectificación de área, con la sola presentación de plano visado por la municipalidad, en supuestos distintos al error de cálculo. También procede la rectificación por error de cálculo respecto de predios rurales, para lo cual se adjuntará la documentación a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.”

¹⁵ Tomado de la Resolución del Presidente del Tribunal Registral N°57-2017-SUNARP/PT que dio mérito al precedente de observancia obligatoria y de acuerdo plenario que deja sin efecto el segundo párrafo del precedente aprobado en el CXV Pleno y modifica el acuerdo plenario aprobado en el CXLIII Pleno publicado el 19/06/2017 en el Diario Oficial El Peruano. Continúa indicando, que el Informe de Catastro sólo es vinculante respecto a los predios inscritos con planos, mas no respecto a los predios inscritos sin planos y por ende, tampoco será vinculante para los predios inscritos con planos deficientes, pues encontramos en los títulos archivados de inscripciones realizadas en los años 40, 50, 60 o 70, algunas veces, planos básicos o deficientes. Si el Catastro no puede informar por dicha causa, son las instancias registrales las que deben asumir la calificación de la solicitud de rectificación de área por error de cálculo.

PRECISIONES AL PRECEDENTE SOBRE RECTIFICACIÓN DE ÁREA POR ERROR EN EL CÁLCULO

“Es procedente la rectificación de área por error de cálculo de predios urbanos y rurales, aun cuando el área de catastro no pueda determinar que los linderos y medidas perimétricas y ubicación espacial han sufrido variación alguna, **por inexistencia de la información gráfica en los antecedentes registrales o por defectos de ella**”.

B.3.-Saneamiento catastral y registral

El Art.24 del Reglamento de la Ley N°28294, regula la inscripción del Código Único Catastral (CUC) en el Registro de Predios, el CUC es un código alfanumérico que tiene por objeto identificar a cada bien inmueble que accede al Registro de Predios, sirve de enlace entre la información catastral y la registral; para la inscripción del CUC si existe discrepancia entre el área del predio señalada en la partida registral y la real se iniciará el saneamiento catastral, el cual consiste en un procedimiento para rectificar el área, linderos y medidas perimétricas de un predio sobre la base de documentación técnica emitida por las entidades generadoras de catastro o por verificador catastral quién constatará la concordancia con la información de las entidades generadoras de catastro.

Este procedimiento se sigue ante el mismo Registro, cuya finalidad es la adecuación entre la realidad del predio a la realidad registral, en virtud de la información brindada por los entes generadores de catastro. Se llevará a cabo siempre que no exista afectación a predios colindantes, con ese fin se efectúan publicaciones del procedimiento para que quienes se consideren afectados puedan oponerse.¹⁶

¹⁶ Artículo 62.- Procedimiento De existir discrepancia entre la información registral y catastral el Registrador anota preventivamente, en la partida registral del predio, el área, linderos y medidas perimétricas que se consignan en el plano presentado y notifica a los titulares de los predios colindantes. La notificación se realiza mediante esquila en el predio y ordenará efectuar publicaciones por una vez en el Diario Oficial El Peruano y otro de mayor circulación. Los gastos de notificación correrán por cuenta del solicitante, previa liquidación de los mismos que efectuará el Registrador. Los titulares de los predios colindantes podrán formular oposición documentada en un plazo no mayor de 30 días calendario contados desde la fecha de la última publicación. De no formularse oposición, la anotación preventiva se convertirá en inscripción definitiva, la que será puesta en conocimiento de la Dirección de Catastro de la respectiva Oficina Registral, para los fines correspondientes. En caso de oposición, la Gerencia Registral emitirá resolución pronunciándose sobre la procedencia de la

Este procedimiento, se viene llevando a cabo en el Registro de Propiedad y constituye un avance, en pro de la colaboración entre el Registro de Predios y el Catastro ya que es una vía adicional a la que puede recurrir el administrado para adecuar la realidad descriptiva del predio al Registro.

Considero que la parte negativa es que sea llevado a cabo por el Registrador, porque excede su función calificadora; creo que dicho procedimiento debe llevarse a cabo por el emisor de la documentación catastral. Estando a que es un procedimiento reciente puede ser perfectible.

4.2.-El rol del administrado

A lo largo de esta ponencia se han mencionado los esfuerzos del Estado para flexibilizar el acceso de la documentación catastral a la base gráfica del Registro; no es un proceso fácil, pero demuestra que paulatinamente estamos camino al objetivo, sin embargo creemos que otra de las formas de colaboración es a través de la participación activa del administrado, en la actualización de sus títulos antiguos.

Así mediante resoluciones del Tribunal Registral, se está permitiendo la conversión de áreas obtenidas con métodos antiguos al sistema actual, equiparando este procedimiento al de rectificación de área por error en el cálculo.

Como ejemplo citamos a la Resolución N°555-2017 –SUNARP-TR-T del 22/11/2017; en el caso particular el administrado solicitó la inscripción de conversión del área de un predio rural que aparecía registrado con 10.50 ha a 10.4348 ha, en razón a la variación del método de medición de esférico a cartesiano, acompañando para ello un certificado de información catastral; el título fue tachado por la primera instancia indicando entre sus fundamentos que dicho método de cambio se debe realizar bajo el D.L 667; la Segunda Instancia revocó la tacha encausando el título como el de una rectificación de área por error de cálculo por cuanto en el Registro obraba el predio con un área de 10.50 ha obtenida con un sistema de medición imperfecto y con el moderno más exacto, arroja un área diferente, no obstante el predio conserva su esencia física:

CONVERSIÓN DE ÁREA DE PREDIO RURAL DEL MÉTODO ESFÉRICO AL CARTESIANO.- La conversión de área de un método a otro se asimila a la rectificación de área por error de cálculo, pues en ambos

inscripción definitiva. Esta resolución puede ser impugnada y resuelta en segunda y última instancia administrativa por el Tribunal Registral. Contra lo resuelto por el Tribunal Registral, se podrá interponer la correspondiente acción contenciosa - administrativa.

supuestos el predio sigue siendo el mismo pero medido por un sistema distinto. En tal sentido, para inscribir la conversión se requiere el certificado de información catastral emitida por la entidad correspondiente y la conformidad técnica de la oficina de catastro del Registro.

Como podemos apreciar, el administrado puede y tiene el deber de actualizar la información de su predio, así poco a poco va a contribuir y colaborar con el Catastro y el Registro y así completar la descripción física de su inmueble; si bien como en el caso concreto no existe un acto inscribible para el caso planteado, la interpretación brindada por las instancias registrales va a jugar un rol fundamental porque permite que sea encausado a través de otros procedimientos, siempre favoreciendo el acceso de la documentación expedida por el ente generador de Catastro al Registro para la actualización de la base gráfica registral, con la convicción de que en un futuro no muy lejano la mayoría de los inmuebles publicitados en el Registro concuerden con su realidad física ello se condice con la seguridad jurídica.

5. CONCLUSIONES

- 1.- La descripción de predios inscritos efectuada sin planos de forma literaria o como se realizaba antiguamente con planos básicos y deficientes, no constituye una manera adecuada de comunicación entre el Registro y Catastro necesariamente debe utilizarse el método gráfico; cabe señalar que la primera disposición transitoria del Reglamento de la Ley N°28294, precisó que el sistema que se debe utilizar es el Sistema Geodésico Oficial, establecido por el IGN con base en el sistema de referencia geocéntrico para las Américas - SIRGAS, relacionado al datum horizontal World Geodetic System 1984- WGS84.
- 2.- Conforme al Art.11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, una vez inmatriculado un predio o inscrita la modificación física, el Registrador debe comunicar dicha circunstancia al Área de Catastro para que actualice su base de datos, no obstante consideramos que efectuado ello dicha área debe comunicar la inscripción al ente generador de catastro para que de igual manera actualice su información.
- 3.- Las inscripciones de actos que conlleven al acceso de documentación emitida por los entes generadores de catastro a la base gráfica registral, de forma paulatina va a reducir la existencia de duplicidades, superposiciones, mediciones inexactas de los predios, etc.
- 4.- El tema de la base catastral registral es importante, pero de ninguna manera la documentación técnica deberá ser alterada para que encaje

en la base gráfica y logre su acceso al Registro; ya que el objetivo es que exista un reflejo de la realidad en la partida; en todo caso se deben acoger a procedimientos que permitan regularizar su titularidad conforme a la realidad.

- 5.- El Rol del Registro a través de los pronunciamientos del Tribunal Registral y normativas, que juega un rol fundamental en esta tarea de colaboración Catastro-Registro ya que permite, el acceso al Registro de documentación técnica catastral a la base gráfica registral; no obstante, el Informe de Catastro donde manifiesta la imposibilidad de realizar la correspondiente confrontación por falta de documentación técnica en los títulos archivados o por información deficiente, lo cual es un defecto del sistema y no del administrado; por lo que el Registro está llamado a responder por ello.

En esa sintonía, el administrado desde su tribuna debe contribuir en la actualización de su predio registral con su descripción real, a fin de que su inscripción pueda estar dotada de una mejor protección jurídica.

- 6.- Una debida correspondencia entre el predio catastral y registral, va a originar una seguridad jurídica plena; con los beneficios que ello conlleva tales como reducción de conflictos, va a contribuir con el crédito y contribuye al crecimiento económico del país evadiendo de cierta manera la informalidad que es la traba socio-económica que impide el progreso.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GONZALES BARRON, Gunther. Tratado Derecho Registral Inmobiliario. Segunda Edición. Editorial Jurista Editores, Lima-Perú 2004.
- DURÁN BOÓ, Ignacio. Revista Fuero Registral Volumen 12. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima Perú 2014.
- PORTILLO FLORES, Angélica María. El catastro en el Perú: Estudio teórico, jurídico y de gestión. Editorial Palestra. Lima 2009.
- ROCA SASTRE, Ramón M y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL. Derecho hipotecario Dinámica Registral. Tomo IV, 8º ed, Bosch, Barcelona, 1997, p167
- CHICO Y ORTIZ, José María. Estudios sobre Derecho Hipotecario, Tomo I, Marcial Pons, Madrid 1994, Tercera Edición.
- TÉLLEZ MIGUÉLEZ, Francisco. Seguridad Jurídica y Registro de la Propiedad, p disponible en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_1/996_t0 03/_017.dir/Bajlib_1996_t003_017.pdf

RETOS Y PERSPECTIVAS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA FRENTE A LA PRESUNTA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS SOMETIDOS A REGISTRO

Diana Leonor Buitrago Villegas*
*Derechos Reservados***

RESUMEN: El derecho registral y el servicio público registral deben ser elementos jurídicos dinámicos que respondan de manera oportuna y suficiente ante situaciones, presuntamente ilegales, que coloquen en riesgo o afecten, entre otros, los principios de publicidad, fidelidad y legalidad del sistema registral y en últimas de la información anotada en el mismo.

Por lo anterior, ante situaciones de inexistencia de los instrumentos públicos objeto de registro al no haber sido expedidos, presuntamente, por la autoridad competente, es deber de la administración depurar esas inconsistencias con el objeto de restablecer la coincidencia de la realidad jurídica a la situación inscrita, a través de actuaciones administrativas de corrección.

PALABRAS CLAVE: Registro, reforma, instrumento público e inexistencia.

El sistema registral colombiano es caracterizado como un servicio público a cargo del Estado que se presta a través de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, las cuales hacen parte de la estructura institucional

* Superintendente Delegada para el Registro de la Superintendencia de Notariado y Registro de Colombia desde marzo de 2015, abogada, especializada en derecho administrativo, derecho laboral y sistema de seguridad social, con experiencia en la orientación e instrucción de normas que rigen la actuación respecto al registro público de la propiedad, así como de políticas, estrategias, planes y programas en relación con la prestación del servicio público registral. Correo electrónico: diana.buitrago@supernotariado.gov.co.

** *Copyright 2018 by author(s). All rights reserved. Readers may make verbatim copies of this document for non-commercial purposes by any means, provided that this copyright notice appears on all such copies.*

de la Superintendencia de Notariado y Registro y son dirigidas por los Registradores de Instrumentos Públicos quienes responden por el proceso registral.

En este sentido, como lo advierte la doctrina nacional especializada, “(...) *la función registral es la actividad dirigida a publicitar o a divulgar las diversas situaciones jurídicas que rodean a un determinado inmueble mediante „anotaciones fieles“, que le permitan al público en general y a quienes tienen interés en la circunstancias que rodean a uno o varios inmuebles, conocer con confianza dichas situaciones jurídicas, de una parte para la tutela de los derechos y, de otra, para la seguridad del tráfico y comercio inmobiliario; estos (tráfico y comercio) que, sin duda, hacen parte de la estructura capitalista del mundo occidental*”¹.

La Ley 1579 del 1° de octubre de 2012 expidió el Estatuto de Instrumentos Públicos, por ende, es de las normas principales que determinan el marco normativo del ejercicio de la función registral y en su artículo 2°, establece los objetivos del registro de la propiedad inmueble, siendo estos:

“Artículo 2 Objetivos. *El registro de la propiedad inmueble tiene como objetivos básicos los siguientes:*

- a) *Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil;*
- b) *Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces;*
- c) *Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción.*

De esto y como bien lo ha precisado la Corte Constitucional, la función registral tiene el loable y gran reto de proteger el tráfico jurídico inmobiliario y de legitimar situaciones jurídicas en relación con los derechos reales. En este sentido, la precitada Corte expuso lo siguiente:

¹ Molina Walteros, Sara Marlén. La función registral y la sentencia que juzgó una anotación en el registro. Artículo de reflexión realizado en el marco del proyecto de investigación para optar al título de doctorado en derecho de la Universidad del Rosario (Argentina). Publicado en Criterio Jurídico Garantista. Año 5, No. 8. Ene.-Jun. de 2013. issn: 2145-3381. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá 2013. Pág. 186.

“Para la Corte es innegable que la función registral, al estar inspirada por el principio de publicidad, garantiza condiciones de seguridad en el tráfico económico y en la circulación de la riqueza inmobiliaria, facilita el perfeccionamiento de todo tipo de negocios jurídicos y asegura las condiciones que evitan la clandestinidad y el fraude negocial.

En este sentido, las normas legales que desarrollan el principio de publicidad registral, además de constituir un desarrollo del principio de libertad de configuración normativa del legislador y estar amparadas por la presunción de constitucionalidad, se constituyen en desarrollo normativo de los artículos 58 (derechos adquiridos) y 333 (libertad de empresa) y concretan los principios y derechos de los artículos 20 (derecho a la información), 23 (derecho de petición), 74 (libre acceso a los documentos públicos) y 209 (principio de publicidad de la función pública) de la Constitución”².

En este orden de ideas, el servicio público de registro de instrumentos públicos, es de vital importancia para el acontecer económico y traditicio diario de un país, por lo que, es menester de la Superintendencia de Notariado y Registro, como Ente de orientación, inspección, vigilancia y control de ese servicio, propender que el sistema de registro de instrumentos públicos garantice los derechos relacionados por la Corte Constitucional (propiedad privada, libertad de empresa, información, petición y publicidad), a partir del cumplimiento de los principios y reglas que establece el régimen especial del derecho de registro, el cual es integrado por el Estatuto de Registro, normas especiales, conceptos, circulares e instrucciones emitidas por la Superintendencia.

De los principios, para efectos del tema de esta ponencia, se resaltan los de publicidad y legalidad registral; referente a la publicidad como lo dispone el artículo 67 del Estatuto de Registro, los Certificados de Tradición y Libertad que se expidan, deben informar sobre la situación jurídica de los bienes inmuebles sometidos a registro, mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones contenidas en el folio de matrícula inmobiliaria; es decir, de este principio de publicidad se deriva la obligación de que la certificación debe ser fiel, exacta, verdadera, reveladora y total.

Como lo advierte la Corte Constitucional “(...) los principios de fidelidad y de integridad de la información registral los que mediante la publicidad, permiten que el sistema de producción erigido sobre el reconocimiento

² Corte Constitucional. Sentencia C – 185 del 4 de marzo de 2003. Expediente D-4220. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

*y la protección del derecho a la propiedad privada y a los demás derechos reales, pueda funcionar de manera adecuada*³.

En cuanto al principio de legalidad, el cual debe ser visto de manera articulada con el de publicidad, de acuerdo con el literal d) del artículo 3º, se aplica al establecer que “(...) *solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción* (...)”.

En este sentido, la Corte Constitucional precisó que “(...) *la labor del registrador constituye un auténtico servicio público*⁴ *que demanda un comportamiento sigiloso. En esta medida, corresponde al funcionario realizar un examen del instrumento, tendiente a comprobar si reúne las exigencias formales de ley. Es por esta razón que uno de los principios fundamentales que sirve de base al sistema registral es el de la legalidad, según el cual* „[s]olo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción⁵, ⁶

Si bien, son claros estos principios y objetivos, resulta imperativo reconocer la problemática y reto entorno a las intenciones por fuera de todo marco legal, de usuarios de este servicio público registral, de viciar la fidelidad y transparencia de las anotaciones de la historia traditica de un inmueble, a través de solicitudes de registro de documentos inexistentes o que no tienen las características de un instrumento público válido.

Concretamente, la Superintendencia de Notariado y Registro, en el ejercicio de sus funciones de orientación, inspección, vigilancia y control sobre las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos del país, conoció documentos que se presentaron para su inscripción, sin que hayan sido emitidos por la autoridad competente, es decir, por el notario, autoridad judicial o administrativa respectiva.

De igual forma, se informó a esta Superintendencia a través de quejas o reclamos de parte de usuarios del servicio público registral que, ellos no habían dispuesto de sus bienes, pero que, en el certificado de tradición figura inscrito un acto de transferencia, limitación o gravamen sobre el inmueble de su propiedad en el que no habían intervenido.

³ Sentencia C – 185 de 2003 Óp. Cit.

⁴ “Ley 1579 de 2012, artículo 1”.

⁵ “Ley 1579 de 2012, artículo 3”.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T – 488 del 9 de julio de 2014. Expediente T-4.267.451. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

En consecuencia, se evidenció que posiblemente algunas anotaciones en los folios de matrícula inmobiliaria se estaban soportando en documentos que no tenían, eventualmente, la calidad de instrumentos públicos, posiblemente, al no haber sido emitidos por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención⁷.

Estas situaciones, presuntamente irregulares, imponen el reto desde el punto de vista del ordenamiento jurídico e institucional, de dar una respuesta oportuna, suficiente y dinámica, por lo cual, asumiendo esta situación, a partir de la facultad de orientación e interpretación de las normas registrales, la Superintendencia de Notariado y Registro ha adoptado una serie de medidas con el objeto de prevenir y corregir los efectos negativos de estas circunstancias adversas al deber ser del sistema registral.

Como medidas preventivas, entre otras y a manera de ejemplo, se ha implementado una nueva plataforma tecnológica con el objetivo de dotar al sistema registral de una mayor fidelidad, confiabilidad, seguridad e interrelación con otros sistemas de información de entidades que intervengan en la administración de la tierra.

También, se ha instituido el uso de un papel de seguridad para la autorización de escrituras públicas por parte de los Notarios y, la implementación de mecanismos electrónicos para su verificación a cargo de los Registradores de Instrumentos Públicos del país.

Adicionalmente, se han suscrito acuerdos de colaboración entre entidades nacionales y con la comunidad internacional que hacen aún más eficiente el reconocimiento de problemáticas y la reacción oportuna institucional y normativa.

Aunado a lo anterior, como medida preventiva y correctiva frente a estos actos sometidos a registro que fueron realizados por fuera del marco legal y anotados en los folios de matrículas inmobiliarias, es de resaltar la facultad de corrección mediante actuación administrativa que el legislador le confirió al Registrador de Instrumentos Públicos y la expedición de normas internas por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, en ejercicio de su facultad de orientación.

En estas normas internas, la Superintendencia ha habilitado un procedimiento especial con el objetivo de corregir esas falencias, a través de la

⁷ Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Código General del Proceso Artículo 243: “(...) *Distintas clases de documentos. (...) Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención*”.

modificación de los registros de la propiedad y es en este punto en que se profundizará esta ponencia.

En este orden de ideas, con el objetivo de salvaguardar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, existe el deber constitucional y legal, como se puntualizó previamente, para el Registrador de Instrumentos Público, de corregir o ajustar los actos de inscripción publicitados en las matrículas inmobiliarias, cuando estos adolezcan de inconsistencias que impiden reflejar y/o publicitar la situación jurídica real y fidedigna de un inmueble.

En consecuencia, tanto el Registrador de Instrumentos Públicos como la Superintendencia de Notariado y Registro, no pueden ser agentes estáticos del sistema registral ante particularidades que contravienen los principios de publicidad, fidelidad, integralidad y legalidad de ese sistema.

En cumplimiento de estas funciones, la Superintendencia afrontó los casos antes descritos haciendo uso de su facultad de orientación a los Registradores de Instrumentos Públicos, la cual debe entenderse como las acciones que conducen a conocer, apoyar, contribuir, informar, socializar, capacitar y dar directrices sobre aspectos que sean de interés para los registradores y para la gestión registral, garantizando el mejoramiento en la prestación del servicio público registral.

Esta facultad se concreta a través de diferentes mecanismos, entre ellos, la expedición de actos administrativos generales denominados circulares e instrucciones, los cuales son vinculantes para los vigilados por la Superintendencia.

Ejerciendo esa facultad legal, en julio de 2015 se expidió la instrucción administrativa 11⁸, en la cual se orientó a los Registradores de Instrumentos Públicos del territorio colombiano, en la forma en que deben actuar ante la inexistencia del supuesto instrumento público, al no haber sido expedido por la autoridad competente, sea esta una autoridad administrativa, judicial o notarial.

Nótese que el hecho generador de la facultad correctiva a través de un procedimiento administrativo, es la inexistencia de un instrumento público y no la falsedad del mismo.

Es de especial relevancia esta distinción por cuanto en el Registrador y en la Superintendencia de Notariado y Registro, no recae la facultad de declarar una falsedad documental o la comisión de un delito, lo cual, en

⁸ Instrucción Administrativa 11 del 30 de julio de 2015. Corrección de un acto de inscripción por inexistencia de instrumento público, orden judicial o acto administrativo.

Colombia, es de competencia exclusiva de las autoridades judiciales; no siendo esto óbice, para que se coloque en conocimiento a las autoridades competentes para que se investigue este tipo de conductas desde el punto de vista penal.

En consecuencia, se advierte que el juicio que debe realizar el registrador ante determinado documento y, soportado en elementos probatorios, es el de verificación del cumplimiento de uno de los requisitos de existencia del instrumento público; esto es, que haya sido expedido por la autoridad que se informa en el documento, sea esta administrativa, judicial o notarial.

En cuanto al procedimiento, en virtud del principio de rogación del derecho registral, ésta facultad correctiva inicia por solicitud del propietario inscrito, la autoridad que fue suplantada o un tercero que se acredite como afectado con dicha imprecisión.

Seguidamente, el Registrador, aplicando sus facultades de instrucción o probatorias, requerirá del funcionario que aparentemente expidió el instrumento público su convalidación.

Surtido el trámite y estando la actuación pendiente de decisión de fondo, el operador registral debe determinar a partir de los elementos probatorios obrantes en el plenario, si el instrumento público cuestionado fue expedido por la autoridad informada, se deberá archivar la decisión y no realizar ninguna corrección al folio de matrícula inmobiliaria.

Por otro lado, de acreditarse que el instrumento público que sirvió como fundamento para realizar una anotación no fue expedido por la autoridad, de acuerdo con lo precisado previamente en esta ponencia, el mismo debe ser rotulado como inexistente.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias registrales de esa determinación? Ante este interrogante se pueden advertir dos planteamientos, para lo cual se plantea el siguiente caso hipotético:

En un folio de matrícula inmobiliaria existe la anotación válida de un embargo, el cual, posteriormente es levantado con fundamento en un instrumento público inexistente, entrando el inmueble de ésta manera, supuestamente, de nuevo al comercio y, con base en ello, realizándose el registro de una transferencia de dominio mediante un instrumento público válido.

Desde el punto de vista teórico normativo y con el objeto de proponer el debate sobre el alcance de la facultad correctiva del registrador o del encargado de gestionar el sistema registral, se sugiere, al menos, dos reglas de decisión, que para efectos de diferenciarlas se denominarán estricta e intermedia.

Respecto a la regla estricta, se establece que tanto la anotación realizada con fundamento en un instrumento público inexistente como las posteriores, a pesar de sustentarse en un documento válido, deberán ser invalidadas.

En este escenario y aplicándolo al caso hipotético planteado, al ser inexistente el instrumento público mediante el cual se solicitó y registró el levantamiento del embargo, los efectos de esta figura jurídica aún prevalecen, sacando del comercio el bien inmueble objeto de garantía, por lo que, la transferencia de dominio anotada en momento posterior al supuesto levantamiento no debió proceder por existir la limitación legal de transferencia.

En consecuencia, el tercero adquirente del inmueble que fundamentó su transferencia en un instrumento público válido, no adquiriría la propiedad y por ende, tendría argumentos suficientes para ejercer las acciones correspondientes para resarcir sus perjuicios ante una autoridad competente y distinta al registrador de instrumentos públicos.

Esta regla, si bien establece una consecuencia lógica respecto de las anotaciones posteriores, la misma entra en conflicto con la competencia para declarar la nulidad de un acto, que en Colombia, se encuentra reservada para la autoridad judicial, por lo que, no estaría en el ámbito del Registrador realizar declaraciones sobre los actos posteriores.

Por otro lado y en cuanto a la regla intermedia, de no reafirmarse la expedición o autorización por la autoridad informada, se corregirá la anotación dejándola sin valor ni efecto registral y, de existir anotaciones posteriores en las cuales se transfiera el dominio, las mismas serán modificadas cambiando su codificación calificando las mismas como falsa tradición o dominio incompleto.

Realizando el mismo análisis aplicado al caso hipotético, se advierte que se dejaría sin valor y efectos la anotación de levantamiento del embargo y la transferencia de dominio realizada a través de instrumento público válido, y ya no se publicitará como transferencia de dominio pleno, sino como falsa tradición o dominio incompleto, que para Colombia, es válido en virtud de la distinción entre el título y el modo, lo que no ocurre en otras legislaciones internacionales.

Esta última es la regla acogida por la Superintendencia de Notariado y Registro a través de normas internas como la Instrucción Administrativa No. 11 de 2015, en la cual, como se expuso previamente, se instruyó a los Registradores de Instrumentos Públicos, para que, en el evento de recibir solicitudes por parte de los propietarios afectados así como de otras entidades públicas o quien se considere afectado con la inscripción, y en virtud

de la facultad correctora a ellos atribuida, adelante un procedimiento administrativo tendiente a que el registro publicite su real situación jurídica, dejando sin validez la publicidad de la inscripción del acto presuntamente inexistente, previa validación con la autoridad que aparentemente lo expidió.

Con estas herramientas, la Superintendencia de Notariado y Registro, protege el derecho de propiedad garantizando su seguridad jurídica, cumpliendo de esta forma los fines del Estado Colombiano y en sí, brindarle a la comunidad la efectividad de sus derechos sobre la tierra.

Ahora, si bien estamos en el camino correcto, es imperativo continuar afrontando, de manera preventiva y correctiva, estas irregularidades a través del fomento de buenas prácticas, el reforzamiento de la colaboración nacional e internacional, implementación de nuevas tecnologías, acompañar de manera oportuna y eficiente el régimen jurídico a la realidad territorial, tradición y del actuar de las personas, todo esto, con el firme propósito de revestir de seguridad jurídica el derecho a la propiedad inmobiliaria.

Por ello, este congreso internacional, es un espacio necesario y beneficioso para reconocer realidades como la expuesta y plantear nuevas estrategias a través de experiencias e ideas transnacionales.

BLOCKCHAIN – MUST OR NICE TO HAVE?

Ingmar Vali

Estonia

01.04.2018

Without really explaining in the beginning what is the Blockchain, I would like to move directly to the problem that we are solving with the Blockchain. Land records and land titles need protection. In most countries the title to the land is guaranteed with the paper deed, notary seal, due diligence procedure or title registration and certificate on paper. What if the land register does not hold any papers nor title registration certificates on paper- how can we protect our land records and titles then? In case of Estonia, where land register, title deeds and title certificates are fully electronic, the records are kept safe with electronic signatures and blockchain.

Internet, tablet computers, digital signatures and many other technologies used by Estonia in land register processes today provide us with many new opportunities to improve the registry efficiency. What about security? Digital signatures and cross-usage of data between state agencies have remarkably improved data quality over the years and, thereby, it is nearly impossible to make mistakes during the registration process. Out of all registration applications, 70–80 per cent arrive electronically from notaries, 20–25 per cent come via the self-service portal and 1% are brought to the land registry department in hard copy. During the last ten years, there have been no fraudulent dealings related to the registration process. No one has used paper statements from the register for a long time, because counter service is closed and electronic information is sufficiently trustworthy and safe, that is, the entire service is available at the notary's office or the self-service portal online.

The presentation describes the Estonian Land registry best practices and innovation in the field of electronic record management, moreover the usage of blockchain in land registry transactions. Estonian Land Register started implementing blockchain technology to secure the paper-free register deeds and title records. What are the reasons and did we find unexpected obstacles, these are the questions that will find answers in the presentation.

The main reason to use blockchain in the Land Registry management is to avoid the forgery by hackers or staff of the land registry. It is also possible that the IT-system itself is corrupted or broken and makes a mistake by entering updates to wrong records. If someone external can hack into the database, they can change the title ledger at will, stealing others' real estate or removing its contents completely (e.g. mortgages), thus enabling double real rights registering. Even worse, someone *on the inside* could corrupt the title ledger, and this kind of attack is hard to detect or prove. As a result, wherever we have a centralized database/ ledger, we must invest significant time and money in mechanisms to maintain that ledger's integrity. Electronic signatures are helpful in protecting the deeds and validating the authority and authenticity. But in order to be really sure that all records integrity is guaranteed, a blockchain is used as a backup.

In terms of the actual data stored on the blockchain, there are three popular options out of which Estonia chose the last hashed data option:

- Unencrypted data. This can be read by every participant in the blockchain, providing full collective transparency and immediate resolution in the case of a dispute.
- Encrypted data. This can only be read by participants with the appropriate decryption key. In the event of a dispute, anyone can reveal this key to a trusted authority such as a court, and use the blockchain to prove that the original data was added by a certain party at a certain point in time.
- Hashed data. A "hash" acts as a compact digital fingerprint, representing a commitment to a particular piece of data while keeping that data hidden in government database. Given some data, any party can easily confirm if it matches a given hash, but inferring data from its hash is computationally impossible. Only the hash is placed on the blockchain, with the original data stored off-chain by the government.

In the presentation I came to the conclusion that the blockchain is a technology that runs in parallel to the land registry management and helps to improve the security and more specifically the integrity of database records of the Land Registry. There is technical security benefit in this as the fraudulent change is detectable in relatively short timeframe, but more importantly it sends the signal to the staff and external hackers that the "Registry is protected by the blockchain", thus eliminates the ideas of fraudsters right from the start. Thus, I came to the conclusion that the blockchain or similar technology is nice-to-have in the management of paper based process land registry management but must-have in case a land registry is run on the electronic registry principles.

IS PRIVATISATION OR LAND REGISTRIES AN OPTION? SIMPLE SYSTEMS CAN PERHAPS MAKE THE CHOICE EASIER

Jan Moerkerke

President ELRA

Brussels 14 April 2018

Privatisation of Land Registries is a hot topic right now, certainly in countries where a Torrens – title System is used, we see very recently several examples.

Ontario in Canada recently granted a concession for 50 years to a private company for the exploitation of the Land registry. In Manitoba the same company got a concession for 30 years.

In South - Australia 1,6 \$ billion was paid for a concession, in New South Wales it was 2,6\$ billion. In Adelaide an innovation hub is to be installed by the concession holder with an estimated cost of 35\$ billion.

In Great Britain there was an intention to privatise the services, but this decision has been delayed. 1£ billion was the estimated value of the contract. Government was decided to do so, but a strong bottom-up resistance made it stop, at least for the moment. Even action groups were set up. It all was part of a bigger movement against privatisation of all sorts of public services.

Anyway we see that with privatisation of land Registries there is a lot of money involved. So, one can imagine that there are a lot of different interests and stakeholders.

In an ideal world land registry services should be provided by the state, at low cost and high performance. But in reality that is utopian. From the point of view of the states it is well known that Land Registry services are often considered as too costly. Since this is politically seen not the most sexy service it cannot count on a lot of credit from politicians neither and citizens are as a group not often aware of the importance of land registration.

On the other hand, for different reasons, private companies are in the ability to offer huge amounts of money in order to get the contracts.

As told me recently a Canadian land registrar: “What politician could resist the temptation to get all at once a huge amount of money he can use to realise his policies for selling a service that is often not considered by the public as indispensable, due to a lack of knowledge?”

Opponents say that selling out the Land Registry is taking short – term financial gain instead of choosing for a comfortable profit every year.

We also see that a lot of more or less failing states do have a clear legislation on property, matrimonial regimes, land registration and so on. But they lack the capacity to organise public services that implement them. On top of it, a badly organised Land Registry is a continuously ticking bomb for financial claims against the state. We also cannot forget the possibility of internal fraud. When this fraud results in a financial loss for a private company it is likely that the owner sets up a better control mechanism than public services will do.

So, under these circumstances it may be a solution to privatise these services. As the company as well as the contract may be very solid they may perhaps survive changing regimes and deliver a good service to the public.

The fact that it may be very specialised firms that are interested in the exploitation of Land Registry services may result in outsourcing to off-shore companies, which might cause problems from the strategic point of view of a country as well as concerning the integrity of the companies.

Opponents also argue that outsourcing these services will result in a loss of confidence even to a point that mortgage companies don't accept property and mortgage registration anymore as sufficient proof of an existing collateral and will demand extra titling insurances; all of this as a result of the lack of state guarantee. Undoubtedly this will produce extra costs for the citizen.

On the other hand it cannot be denied that public agencies are often not as flexible as private companies. The choice of human resources often meets other standards than efficiency. Also there is often a lack of flexibility to recruit new personal or dismiss them when necessary.

The implementation of new technologies, improving efficiency, is likely to work out better in private companies since the decision process generally is far more flexible. Also it is less bound by rules. Where in public service generally the cheapest contractor has to be chosen, a private company will more likely also take into account other criteria, even unwritten ones.

The decision process in public service is far more complicated and influenced by politics. Where short-term thinking may prevail on long-term investments.

There is also a better chance that private companies develop new products that respond to the changing demands of the customer in order to increase the profit. They also might take advantage of geographical information provided voluntarily by the citizens.

When considering privatisation it are not always purely economic prerogatives that prevail. From a Sociological point of view, political choices are taken into consideration as well. It is obvious that politicians with a liberal orientation prefer to minimise the impact of the state and are largely in favour of paying for private services rather than maintaining a public service. When it comes to being in favour of the implementation of the Blockchain technology in public services, the same politicians welcome the distributed responsibility that comes along with this technology. It gives them a reason to cut back on public administration.

From the point of views of an interested private company it may be clear that they want to be profitable! So the terms of the contract have to be written out very well so that the desired service is guaranteed at a reasonable cost.

It is often argued as well that private companies deliver better services. This may be right, but only for as afar as concurrence is ensured! So I don't think it is a good idea to sell the Land Registry to a company or outsource the operations to only one company for a long term. Why wouldn't it be possible for several firms to perform the operations?

We started with some examples of privatisations operations. The huge capitals involved result in a very high barrier to participate in the market. So it is likely to be very powerful investors, as for instance pension funds or multinationals, that get the contract. In a later stage this may cause an imbalance in power.

I doubt that in the whole privatisation process, the main goal of land registration, being providing legal security to citizen and markets on real estate transactions, will remain the first concern of private companies!

Unless there are different companies allowed to perform the services monopolists are created. These monopolies are even more dangerous than the so-called "Natural monopolies" states have. A commercial contract is fixed. Generally it cannot be changed unless there is paid often a huge compensation,. If, on the other hand, state monopoly does not meet the expectations anymore, there is always possibility to undertake legal action.

Since it are more likely outdated public services that are offered to the market, huge investments on IT are required from the overtaking company; as well as for logistics and capacity building. So it is only normal that they are only interested in long- term contracts. It is not likely that the public gets a better level of service at a lower price under these circumstances.

Of course land registries dispose of a huge amount of indexed data. In many occasions they are an indication of the wealth and express preferences of citizen. These big data have a huge commercial value. Of course companies want to cash that.

Data of land registrations cover geo- spatial and personal information on the asset. There is a juridical relation between the two, which is the reason why the service has been set up. Concerning the geo- spatial information more and more the idea spreads that it should be as public and as available as possible. So far, no problem. Even the personal data, kept in the documentation may not be that private that it causes doubts either. In fact, it isn't the medical record of an individual person that is kept. But is the relation between the two where problems may occur and where one has to be extremely careful! Of course it exactly this combination of data that is commercially interesting.

It may commercially be very interesting to discover large-scale indications on wealth situations and preferences by examining the location the value and the owned quantity of real estate. Even mala- fide intentions may occur.

A lot of land registries are only public for as far as one can prove his concern! And even where it is fully public, lately the discussion grows whether the subject provided these data to the agency in a way that it is allowed to use it for commercial purposes.

In the internet site of one of the companies involved, I read: "Our solutions operate under a proven, comprehensive governance framework and utilize public data for innovative commercial solutions". So, there can be no discussion on what might be their intentions!

The juridical nature of these data has to be very clear when contracting. Who owns them? Who can use them and for what reason? It is all a question of contracts. They surely cannot be drawn up in a messy way.

But who owns the personal data? Is it the state ore the citizen himself, only lending them to the state for one particular purpose? In every case the nature of these rights has to be cleared out before it is possible to draw up contracts.

But there we come to the interest the citizen may have in their privacy. In general public services are only allowed to use data for the reason they were collected. So, It is absolutely necessary that the state is extremely prudent when outsourcing a Land Registry!

It might be interesting not to sell out the data themselves but just the operations. Just by giving the disposition of these data, in a very restricted way, in order to register new transactions and give information out of the system. It also should be possible to allow more than one company to offer these services to the public. In that case concurrence may play a role in favour of the citizen, as well as to quality as to the cost of the service.

All together privatisation is a very challenging opportunity but when considered, it has to be examined case-by-case, taking into account the interest of all stakeholders. In some cases I suppose the outcome will be positive, in others negative!

It often will not be easy to take the right decision. But it is a fact that simple systems of land registration perhaps will make the choice easier.

Since they are less costly and in recent times performing quite well, they may make it unnecessary to consider a privatisation. Since Belgium is an example of a country using a deed system in a modern way, I will refer to it. Especially the solutions there are to avoid fraud by double sales and geographically overlapping property rights.

It is of utmost importance for an economy that property and tenure rights are registered in an unambiguous way and guaranteed as well as possible.

In recent times many people involved in Land registration all over the world have realized that there is no single perfect system to register rights on land. Instead of trying to implement everywhere a state of the art system a land registration system should be as perfect as necessary to provide people security of tenure in the given circumstances. It should be "Fit for Purpose". Naturally if we look on the scale of insecure to secure tenure, all centrally kept systems are at the "Secure" side.

Nevertheless there are big differences. A system providing title as a result of the inscription is the utmost example of delivering legal security. However systems that only collect, archive and index deeds or contracts seem lately to be a rather interesting choice. The disadvantages these systems had in former times were mainly linked to the problem of archiving paper documents. These systems were to disappear sooner or later if no technological revolution would have occurred.

We may have had the impression that the proof of our ownership was documented very meticulously. In reality it was often much less than that! There were a lot of reasons why archives lost their value. Due to a lack of capacity or interest they were not kept up to date as they should have been, or got destroyed, even deliberately.

Natural disasters may have caused flooding or collapsed buildings. But these archives were often even more vulnerable to war and civil crisis situations. Some parties may have had interest in breaking the legal system and the rule of law. It is well known that destroying land registration archives was one of the ways to destabilise a country.

IT solutions have changed the situation. As well the security and vulnerability of the archives as the costs to keep them have dramatically been reduced. If the data are kept in a state of the art way, they can easily be exported to new IT driven programs, if necessary. Also the possibilities to index and search have increased the value of the documentation.

Naturally registration of deeds or contracts alone does not provide title. It only proves the existence of a contract at a certain date. Whether you are the rightful owner or not will have to be proven when discussion occurs. Was the person, you contracted with, the owner? Was he in a position to contract? Were all terms of the contract executed?

To have full security of tenure it should be backed by a document that allows legal enforcement. Of course it is difficult to try to cover all rights on land in this way. Practice learns that a centrally kept, written document, documenting the right, maybe missing unambiguous legal value, but makes a world of difference in the field, since it at least informs parties on existing claims.

The proof of title can only be delivered in a deed archiving system by building up a chain of title until certainty is delivered, generally prescription or a judicial decision.

Theoretically one has to control every contract until the period of acquisitive prescription. This may seem to be a very time and money consuming investigation. But in practice, certainly in Belgium this does not cause many problems. In every deed this chain of title has to be explained. And in fact in a new deed there only has to be added a reference to the last contract that has been registered. This reference immediately refers to the numbers under which the transaction is known in the Land Registry.

Deed systems are characterised by a very limited guarantee by the state. On the other hand they can be organised quite cost saving. First of all at the

moment of registration there does not have to be a deep investigation on the legality of the contract by highly qualified personal.

On the contrary in a title providing system the registration is often seen as a kind of a judgement. Very often land registries act under the authority of the Ministry of justice. There is a thorough control on the legality of the contract at the moment of entry. This is a quite expensive operation and it deals with problems that are not likely to occur. In a lot of countries these systems are a bit under fire because of the cost. Privatisation is for this and other reasons a serious issue. As a result we see a strong privatisation movement in Australia and Canada. Also in the UK it has been on the table. As said before, it seems to be an issue merely in countries where the so called "Torrens" titling system is used.

Also the final decision taken by registration, which attributes the Right in Rem, in a definitive way, to a certain party, may have very unpleasant results for the rightful owner. He may have a claim against the fraudster, but loses his property anyway. Generally, if only the deed is registered there are more ways out to solve fraud or mistakes in a way that the legitimate owner does not suffer loss of ownership.

Though delivering less security, a deed system generally provides a certain guarantee against double sale. Since it is generally public it is also possible to detect the alleged owner very easy.

The Belgian land registry may be representative for one of the systems that adhere the deed system in a rather pure form and it performs rather well.

One of the most important issues of a land registration system should be providing legal security by safeguarding people for double sales or sales by unauthorised persons, in other words prevent from fraud. Although excluding fraud for a 100% may be impossible.

To be effective a land registry has to be able to identify properties and holders of rights in a unique way. This does not mean that all boundaries have to be 100% undisputed. It all depends on the needs and the value. A property in centre Manhattan has to be described more detailed than land in the desert.

But in general, identification has to be seen in concurrence with the adhering parcels. The best way is to count on an area – covering map. Perhaps at first not too detailed but later on getting more and more detailed. Perhaps at the start not all parcels will be known as owned by someone.

Of course in countries where a cadastre exists, this offers a very good way to identify the property, for as far as it is covering the whole territory. This identification should allow someone who's intending to buy real estate to get information from the land registry.

It might be at first interesting to give some explanations on the differences between land registration and cadastre. Of course this is a theoretical approach. A cadastre has to inform the state on how the wealth in real estate is distributed. The main goal may be raising taxes but also deliver information for policy making. Land registration on the contrary works in the field of private law, where the state is delivering the citizen and capital markets security upon real estate titles. It informs on how Rights in Rem are distributed to private and legal persons. However there are differences between land registry and cadastre, they mainly work with the same data and co-operation is very advisable.

The cadastral map may also be the base for a lot of geo-spatial information that as well can be used by the state as by the citizen. By adding different layers to the basic map it can become a very valuable source of information.

In present time it may not be enough to know who owns rights and on what parcel. In order to make an investment decision it may be necessary to get other information from the state as well as from private sources. It is a trend that states, through land registries and cadastres, try to give broader information to possible investors than only on Rights in Rem. A geo-spatial way of presenting this information may be very practical. Some of these data may be guaranteed by the state others may be purely informative.

The role of a land registry is also providing interested parties information on the property and lease situation of a property. The legal situation of a property may have a lot of consequences for its value and possibility to be treated as a marketable object.

It may also be possible to register in this way competitive rights. We see that the bundle of rights that may exist on land, not always provides exclusive rights. A formal right may appear as well as a customary one on the same parcel. There may perhaps be a pasture right or a rangeland right or there may exist a right to grow trees on a property. When they come into concurrence only a court decision, or by another body, based on the existing property law may solve the problem. But fact is, that even when conflicting interests may appear, in practice they will probably only will finalize in a judicial pursuit in a small minority of cases.

In order to avoid these conflicts one should be able to depend on a clear and unambiguous national legislation on existing rights and their hierarchy. This may affect the whole legal system. Not only the laws on registration law but also property law, matrimonial law and so on.

Recently we also see that the belief that a public service should be delivering this certainty is disappearing. New technologies as the Blockchain and new ways of organising the Registration by privatisation may be the sign of a fundamental change in the way this certainty is going to be delivered in the future.

In the case of Belgium every sale of land legally has to be described in an authentic deed that is drawn up by a Notary public. He is obliged to register that deed practically immediately after signing it. Since it happens electronically, the period he has time to do so is reduced to some 5 days. Generally it is done earlier. An even better security can be provided when registering the deed is constitutive. This means that without registration the contract is not valid. In The Netherlands and Greece that is a condition.

So before signing a new contract, one has the possibility to control if he, who pretends to be entitled to a right, really is. It is possible through investigation in the land register. As in most countries where a deed system is used, the land registry is public in Belgium. Keeping the consultation of the history of the property rather expensive avoids requests only out of curiosity.

It is of course of utmost importance that the documentation in this office is kept up to date. The date of registration is very important for dealing with priority. Therefore in Belgium the deposition of a contract has to be entered into a register the same day it is presented by a Notary Public. But one could obtain the same results by any other legal practitioner alleged the same power. Afterwards, anyone asking information out of the register will be prevented of the existence of a contract. The final registration has to be handled in about maximum 14 days.

In the contract the property has to be described referring to the unique number a person or company got from the administration and to the unique identifier on the digital national cadastral map. Whenever the configuration of the sold property is not identical to the one of an already uniquely identified parcel, before drawing up the final contract, parties have to inform the cadastre, with help of the notary, by sending electronically a map drawn by a surveyor. Then a new number is attributed to all emerging parts and parties get informed on that. In the deed the new number has to be entered when referring to the property. This method sometimes may look time consuming, but later on it avoids a lot of discussions. It makes it impossible to

sell twice overlapping parts of properties. It also provides an unambiguous description of the involved properties on how they appear after the transaction took place, until a new juridical situation occurs.

All of this may help to be able to find out if the pretended owner really has the right to alienate, but it does not preserve one from the risk of double sales at the same moment. It must be clear that these cases of fraud cannot be avoided entirely; only fast and obliged registration may help.

But what if that kind of fraud really occurs? Naturally that will cause a difficult relation between the seller and the two buyers. But in the end the real rights on the property have to be delivered to one of them. Naturally a court decision will probably be necessary to allow financial compensation to the other one, who has a rightful claim.

The property rights legislation installing the deed system of registration generally offers a solution, which in Belgium goes as well for real rights as for mortgages and other priorities and liens.

The first one who registers the contract is entitled to the real right. For at least if he acts in good faith. This is another the reason why the date of deposition of the contract in the Registry is so important. Furthermore there is a regulation setting up the priority rules for deposits on the same day and also for making a decision dealing with the way the deposit has been done. This is necessary because in Belgium legally, notaries have to deposit their deeds electronically. But in some occasions it is still allowed to have a deposit in paper, sent by post to the land registry. This system may finally not attribute the “Right in rem” to the buyer that may seem to be the most entitled. But at least it provides a clear solution when this kind of fraud appears. This is very positive for the legal security.

Land Registry itself provides guarantee, with financial compensation, if loss is suffered in the event a requested inscription to the Register has not been effectuated or if the chronology of deposit was not respected. It may also be clear that such a system can only work when it is part of a coherent legal system that allows the land registration to be organised in a consequent manner.

The Belgian system provides legal security on real estate transactions in close co- operation with the notaries. Indeed only an authentic deed, produced by a Notary Public can be registered, which is obligatory for every transfer of Rights in Rem. Several legislations oblige this legal professional to do investigations and make notifications even before the deed is signed. The purpose is twofold. On one hand to identify and inform the parties on the transaction, the trustworthiness of parties and the particularities of the

asset. All this information is compulsory included in the deed. It enjoys authenticity. Among others there is information on matrimonial systems of the parties, urban planning rules, soil pollution, degree of thermal insulation, existing rights of pre-emption and so on. In this way the legislator obliges the Notary Public to inform the parties on what he assumes that they should be informed. Since this responsibility is personal, these obligations are carried out very meticulously without much responsibility of the public service itself. The only problem is that this information remains static and that its validity is only proved at the time the deed is signed.

On the other hand it serves to inform the Government in order to be able to take the necessary precautionary measures. Several notifications have to be made in order to allow the tax authorities to execute their claims on the sums of money that are transferred through the hands of the Notary Public. So he gets a fiscal role as well.

The Notary Public is also made responsible for the execution of the legislation on money laundering, financing of terrorism and identifying the beneficiary owners. Whenever there is any suspicion, the Notary Public has to prevent an autonomic administrative service under control of the Ministry of Finance and the Ministry of Justice. He also has to refuse his co-operation in case of serious doubt of these offences. Furthermore he has to trace the origin of the money involved in the transaction and describe this in the deed. Using cash is prohibited. The proof of the investigations he did, has to be archived during at least five years. The Chamber of Notaries Public controls him regularly on the execution of all these legal obligations.

Once more the Belgian system proves to solve the problems in a simple way by using the notarial system. It puts a lot of responsibility in the hands of the Notary Public himself, without much risk to financial claims for the authorities.

In general it is necessary this control has to be executed, if not by the state itself, by a legal professional. But technically it has not necessarily to be a Notary Public. When registration of agreements is constitutory for the contract itself; one can very easily imagine a Land Registrar, with that qualification, taking up the task to prevent the authorities in case there is any risk of money laundering or financing of terrorism or to detect the beneficiary owner in obscure cases.

AUTOMATIC REGISTRATION FINNISH LAND REGISTRY AND ELECTRONIC MORTGAGES

Janne Murtoniemi

Director, National Land Survey of Finland

KEYWORDS: Land Registration, Mortgage, Electronic Mortgage, Automatic Registration.

The Key Registers in Finland are national information systems that identify the basic units of society. Establishing a robust and up-to-date data resource is fundamentally important in the transition towards a digital society. In Finland, a number of national key registers, maintained by the Population Register Centre and local register offices, the National Land Survey of Finland, the Finnish Patent and Registration Office, the Tax Administration and Statistics Finland, form the core of public sector data management infrastructure. These registers enable the delivery of high-quality, cost-effective and secure services and place us well ahead of the competition.

In terms of data provision, the registers form a highly valuable national resource and asset that should be carefully managed and continually developed.

1. FROM REGISTER TO RESOURCE

Finnish public sector key registers are used to record data on entities defined as "basic units of society". Each record includes information about their basic properties as well as any links with other units. Each unit is assigned its own unique identifier.

The Finnish Advisory Committee on Information Management in Public Administration is state authorities, Social Insurance Institution of Finland and municipalities permanent co-operation and negotiation organ. The basic task for the committee is support public sectors information managements strategic guidance and coordination and encourage easy access to public services in whole country. The Committee has defined the units as follows:

1) individuals or natural persons, 2) businesses, other organisations and foundations 3) buildings and 4) dwellings/premises.

The key registers are used to record the status of each basic unit or data subject and details of any events, which have led to an alteration in the status. These form the history of the unit. The registers also contain spatial information, as all basic units can be localised in a building or within a real property unit. The location of a building is identified through coordinates, which reference the approximate centre of the building. The Land Information System records the exact location of cadastral parcels using boundary coordinates.

2. LAND INFORMATION SYSTEM

The Land Information System contains real estate and boundary data. The real estate section of the record details the unit's total surface area as well as all applicable rights and liabilities. The Land Information System is jointly maintained by the National Land Survey of Finland and local authorities. The Land Information System's legal record provides information on ownership and any mortgage liabilities and restrictions. This data in the Title and Mortgage Register is maintained nationwide by the National Land Survey of Finland.

The Land Information system contains over 2.6 million real estate units. Only one per mil of units are without registered owner. Every real estate has been owner at the time of creation. However it is possible that the owner has been registered in the old district court decisions but information is not in the electronic form. Also 10 percent of owner personal or business identity codes are missing from the register. Only names are registered. Typically these are decedent's estates. The Land Survey of Finland continues to improve the quality of the data.

3. ELECTRONIC PROPERTY TRANSACTION SYSTEM

The Finnish key registers are generally taken to comprise the Population Information System (PIS), the Land Information System (LIS) and a number of business information systems.

The Population Information System contains basic information about Finnish nationals and non- nationals permanently resident in Finland. The system also records information on buildings, dwellings and building and construction projects.

There are historical reasons to register dwelling information to the PIS. In the eighties when population counting was made last time, information of dwellings where people lived was also recorded. Natural place for the information today would be the Land information System but any chances has not been made. The population information system is managed by the Population Register Centre, local register offices and municipalities.

The business information systems contain basic information on all businesses and other organisations in Finland. They comprise the Trade Register, Register of Foundations and Register of Associations maintained by the Finnish Patent and Registration Office; the Finnish Business Information System jointly maintained by the Tax Administration and the National Board of Patents and Registration and the Register of Enterprises and Establishments maintained by Statistics Finland.

The National Land Survey of Finland maintains also the Electronic Property Transaction System. In this system the deed off real property can be made in the totally electronic form. The system has interfaces to all relevant key registers and information, which is needed in the deed, will be automatically verified from registers. Land register authorities do not need verify information anymore, like in the normal land registration process in which the deed is a paper document. Transaction system prevents electronic signature if there no connection to other authorities registers or there are other reasons for suspecting any obstacles to transaction.

This time Finland has two parallel system dealing with deeds, therefore whole benefits of the electronic system are not achieved yet. Currently about 2.5% of real estate transactions are made in the service, and presumably all of these deeds are made by private users

At present, the National Land Survey of Finland strongly works to provide professional users with the service. The intention is not that professional users would use the user interface but instead integrate their systems through the interfaces to the state system. The draft is made in the user's own system and only an electronic signature in the EPTS.

The most important partners are the largest real estate brokers and banks. The purpose with these parties is to form a common electronic process.

4. ELECTRONIC MORTGAGES

There are 3.5 million mortgages in Finland. In the beginning of November 2013 it has been possible to use electronic mortgages. First, there were two parallel systems. The electronic mortgages were believed to be

overwhelmed by the industry. However, this did not happen. Banks continued to use written mortgages. Therefore Finland made some changes to legislation, that it is easier to convert written mortgage to the electronic and it is also mandatory to use electronic form.

The first of June 2017 only electronic mortgage was valid in new mortgages. Old written mortgages are valid, but after 2020 written mortgage cannot be secured by new loans. The legislation has no retroactive effects to old agreements. The digitalization is not enough rapid, if it is only based to markets own accord. Therefore compulsory legislation is also needed.

5. ELECTRONIC MASS CONVERSION OF MORTGAGE DEEDS

The aim in new legislation was to change process to digital form. NLS had a project in which we converted mortgages in co-operation with banks only comparing data. Almost all of Finnish banks have realized the conversion is also their own interest. And they willingly take part to co-operation. This is one part digitalizing whole customer process.

In this moment 2.7 million mortgages are in electronic form. NLS has completed a project in which we converted mortgages in co-operation with banks only comparing data. Over 2 million mortgages were converted in this project. This is about 95 % mortgages possessed by Finnish banks.

The rest, about 100 000 mortgages, will be converted during the 2018. Costs for the Land Survey Finland were only EUR 300,000. That cost was fully charged to banks. Sure, the banks did a great job of improving the quality of their material so that it would go through the mass conversion. On the whole, the costs to the benefits gained remained small.

6. AUTOMATIC REGISTRATION IN THE LAND REGISTRY

The following automated solutions are currently in operation for registrations. At this time, it is possible to transfer the electronic mortgage and granting the new mortgage. The following is to automate all other matters related to mortgages, such as extinguishing mortgage or other changes to mortgages. Sure, applications for these issues must be made in real estate trading online service.

Final goal is in the late of 2019. At that time automatic registration will be used in the normal title registration. Naturally the deed must be signed in the EPTS. The system can make whole title investigation, which is regulated in the Real Estate Code. The new legislation was not needed only

new interpretation to old provisions. If all relevant facts can be investigated by machine there are no obstacles to automatic registration.

There are no statutes for automatic registration in the legislation. However, the law has been interpreted so that, if there is no alternative solution, the registration can take place automatically. Formally the registrations are made by the officer in charge of the system.

REFORMAS NORMATIVAS RECIENTES EN MATERIA REGISTRAL EN ESPAÑA

Javier Gómez Gállico

*Director General de los Registros y del Notariado
Ministerio de Justicia
España*

I. REFORZAMIENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

El Gobierno de España ha realizado reformas recientes muy importantes en la consolidación del sistema de seguridad jurídica preventiva, y en particular del sistema registral.

El principio de seguridad jurídica está proclamado en el artículo 9 de la Constitución española. Significa que exista predictibilidad en la toma de decisiones por la Administración Pública y por los jueces, de manera que los inversores tengan seguridad en la recuperación de sus inversiones y que las obligaciones se cumplan. Significa sometimiento a la legalidad de todos los operadores, también la propia Administración Pública. La seguridad jurídica preventiva es una manifestación de ese principio general de seguridad jurídica y se encomienda a notarios y registradores.

El Registro de la Propiedad, igual que el Mercantil, son así instituciones de seguridad jurídica, dirigidos a asegurar facilitar la contratación y la ejecución de las garantías, y a evitar pleitos.

Para la Economía de un país es de importancia estratégica que exista una arquitectura normativa segura y estable para el desarrollo económico y el progreso social. Es una relación más que probada, como sabemos bien. En la ley y en la fortaleza del Estado de Derecho está todo: nuestras libertades y derechos, las reglas de nuestra convivencia y, también, las certezas que transmite como poderosa palanca del crecimiento.

La seguridad jurídica es la que nos ha llevado a liderar el crecimiento en el mundo (como señala el FMI); a que España sea hoy, como ha dicho Jean Claude Juncker, “una fuerza motriz en Europa”; y a que nuestro país,

según el último Informe Doing Business del Banco Mundial haya escalado 4 posiciones hasta el puesto 28, situándonos por primera vez, en los 15 años de historia de este informe, entre los 30 países con mejor clima de negocios del mundo (superamos a superpotencias mundiales como Francia, Japón o Italia, y a otras economías europeas competidoras, como Holanda, Suiza o Bélgica)

Todo eso gracias a las reformas impulsadas. Entre ellas podemos destacar las siguientes medidas –todas ellas dirigidas a reforzar el papel de los notarios y registradores en el sistema de seguridad jurídica preventiva en aras del interés general y mejor funcionamiento del sistema-, algunas de las cuales analizaremos posteriormente de forma individualizada:

1. Ley 13/2015, de 24 de Junio, de Coordinación Catastro Registro, que ha favorecido la identificación del objeto del derecho inscrito a través de la representación gráfica de las fincas con coordenadas UTM.
2. Ley 15/2015, de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria, que ha atribuido numerosas nuevas competencias a los registradores de la propiedad y mercantiles, además de las ya clásicas de calificación de los títulos inscribibles y de publicidad de los derechos inscritos.
3. Ley 19/2015, de 13 de Julio, de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia, en cuya disposición final séptima se ha regulado un nuevo procedimiento de nacionalidad por residencia. Entretanto y por vía de encomienda los registradores se han encargado de llevar a cabo la tramitación de los expedientes de nacionalidad por residencia.

II. NUEVAS COMPETENCIAS DE LOS REGISTRADORES ATRIBUIDAS POR LAS LEYES

Entre las nuevas competencias asumidas por los registradores, además de las clásicas dirigidas a la calificación de los títulos notariales, judiciales y administrativos relativos a bienes inmuebles o derechos reales (en el ámbito de los Registros de la Propiedad) y de la calificación de los títulos relativos a sociedades mercantiles (en el ámbito del Registro Mercantil), así como de la publicidad de las situaciones inscritas, se ha atribuido por el Gobierno –a instancia del Ministerio de Justicia- a los registradores españoles las siguientes competencias:

I.- Generales

- 1.- Conocimiento de actos de conciliación sobre controversias relativas a los Registros públicos de su competencia. Se trata de una competen-

cia alternativa con los Notarios y los Letrados de la administración de Justicia (art. 103 bis de la Ley Hipotecaria).

- 2.- Creación del Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (Orden ECC/2402/2015, de 11 de noviembre).

En la lucha contra el blanqueo de capitales los registradores mercantiles está a partir de ahora obligados a la identificación del titular real de las sociedades mercantiles con más del 25% del capital social, a cuyos efectos se ha introducido un formulario para ello en la Orden JUS/319/2018 de 21 de Marzo por la que se aprueban los modelos para la presentación en los Registros Mercantiles de las cuentas anuales (BOE 27 de Marzo).

- 3.- Encomienda de la tramitación de los expedientes de nacionalidad por residencia que hayan sido recibidos en la Dirección General de los Registros y del Notariado o en el Colegio de Registradores desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014 (Resolución de la Subsecretaría de 6 de abril de 2015).
- 4.- Atribución al Colegio de Registradores de la gestión del portal del Registro Público Concursal (Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre)
- 5.- Reforzamiento del valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad en el ámbito de los arrendamientos urbanos (art. 14 y 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).
- 6.- Nueva regulación sobre el acceso al Registro de la representación gráfica georreferenciada de las fincas registrales, que completa su descripción literaria (art. 9 y concordantes de la Ley Hipotecaria)
- 7.- Mecanismos de seguridad de los ficheros electrónicos que contengan libros de los empresarios presentados a legalización en los registros mercantiles y otras cuestiones relacionadas (Instrucciones de 12 de enero y 1 de julio de 2015)

II.- Medidas especiales en relación con el Registro de la Propiedad

- 8.- Nueva forma de coordinación Catastro-Registro de la Propiedad (fundamentalmente art. 9, 10 y 199 de la Ley Hipotecaria) a la que luego haremos referencia especial.
- 9.- Tramitación y resolución del expediente registral para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de las fincas, inclu-

yendo posibles rectificaciones descriptivas y de delimitación de colindancia. Supone una competencia exclusiva atribuida ex novo (art. 199 de la Ley Hipotecaria)

- 10.- Atribución del depósito y archivo del libro del edificio de la construcción que acceda al Registro (último párrafo del art. 202 de la Ley Hipotecaria)
- 11.- Tramitación y resolución del expediente de subsanación de la doble o en general múltiple inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales distintos, desjudicializándose dicho expediente (artículo 209 de la Ley Hipotecaria).
- 12.- Tramitación y resolución del expediente de liberación de cargas y gravámenes, también con desjudicialización de dicho expediente (art. 210 de la Ley Hipotecaria).
- 13.- Atribución de mecanismos de control de transparencia y abusividad de las cláusulas hipotecarias. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha fijado el criterio de que, tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaria del Derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad apud acta recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo, 28 de abril, 25 de septiembre 8 y 9 de octubre y 10 de noviembre de 2015).

III.- Competencias en relación con el Registro Mercantil (Competencias alternativas con los Letrados de la Administración de Justicia)

- 14.- Nombramiento de Auditores de cuentas anuales en los casos especiales recogidos en el artículo 40 del Código de Comercio.
- 15.- Tramitación y resolución del expediente de reducción de capital por incumplimiento de autocartera (artículos 139 y 141 de la Ley de Sociedades de Capital)
- 16.- Tramitación y resolución del expediente de convocatoria de Junta General (art. 169-171 LSC)
- 17.- Tramitación y resolución del expediente de revocación del cargo de Auditor (art. 266 LSC)
- 18.- Tramitación y resolución del expediente de cobertura de vacantes de liquidadores de sociedades (art. 377 LSC)
- 19.- Tramitación y resolución del expediente de separación de liquidadores de sociedades anónimas (art. 380 LSC)
- 20.- Tramitación y resolución del expediente de nombramiento de interventores en sociedades anónimas (art. 381 LSC)
- 21.- Tramitación y resolución del expediente de sustitución de liquidadores por duración excesiva de la liquidación (art. 389 LSC)
- 22.- Tramitación y resolución del expediente de convocatoria de la asamblea general de obligacionistas (art. 422 LSC)
- 23.- Adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio de Ciudad del Cabo, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, con establecimiento del Registro de Bienes Muebles Provincial de Madrid como punto de acceso nacional al Registro Internacional para la inscripción de garantías internacionales sobre bienes aeronáuticos. (Instrumento de adhesión de España al Protocolo Aeronáutico y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado aprobando formularios de acceso al Registro Internacional sobre Bienes Aeronáuticos)
- 24.- Tramitación y resolución del expediente de designación de mediador concursal a deudores empresarios que pretendan alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 232 y 233 de la Ley Concursal).
- 25.- Calificación e inscripción en el plazo de seis horas de la constitución de sociedades de responsabilidad limitada mediante escritura pública en formato estandarizado, campos codificados y estatutos

tipo a través del DUE y vía CIRCE (art. 15 Ley de Emprendedores, RD 421/2015, de 29 de mayo, Orden JUS/1840/2015, de 9 de septiembre)

Aún hay algunas medidas que podrían robustecer aún más esa motricidad que con tanto esfuerzo hemos recuperado. Apunto al menos estas 6 como ejemplo:

- 1º) En primer lugar, queremos mejorar nuestra actual regulación hipotecaria, no ya solo porque tenemos la obligación de incorporar a nuestro derecho la Directiva europea sobre la materia, sino porque además queremos ir más allá, con el fin de reforzar las garantías al consumidor, incrementar la información y la transparencia, y generar confianza en el sistema, por ejemplo, evitando las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Con este objetivo estamos proponiendo una Ley de Crédito Inmobiliario en la que se incorporen medidas adicionales claramente favorables para el consumidor, tanto antes como durante la contratación de la hipoteca.
- 2º) En segundo lugar, es precisa una revisión del Derecho español de obligaciones y contratos (otra de las asignaturas pendientes desde hace décadas), para adaptarlo a una nueva realidad socioeconómica marcada por la digitalización y la redefinición de las relaciones contractuales. Entre otras medidas a explorar se encuentran, por ejemplo:
 - Revisar el tratamiento de las acciones ante el incumplimiento de la responsabilidad contractual. Sencillamente porque los contratos se firman para ser cumplidos.
 - Sistematizar la regulación de la figura de la “representación” contractual, hoy dispersa y apoyada básicamente en los principios del contrato de mandato.
 - Modernizar la regulación de los contratos típicos, como la compraventa, el contrato de servicios, el de obras o el préstamo, en este último caso para evitar prácticas indeseables como la usura.
- 3º) En tercer lugar, necesitamos un nuevo Código de Comercio, pues su regulación es otra de las que, como el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sigue anclada en el siglo XIX. Abordemos su definición en el marco de esa revisión de nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos, con medidas que permitan alcanzar objetivos que, estoy seguro, todos compartimos, como sistematizar la actual normativa dispersa y heterogénea; o regular de manera expresa algunas figuras que hoy carecen de ese marco como, en el ámbito de la contratación financiera, la fianza o aval o el contrato de cuenta corriente; o, en el ámbito de los contratos publicitarios, el contrato de

patrocinio, el de reclamo mercantil (merchandising) o el de permuta publicitaria (bartering)

También tenemos que incorporar a nuestro Derecho la Directiva de Secretos Comerciales. La creación de un marco común que incluya también a España en esta materia tan sensible para las empresas, es una forma de homologar nuestro sistema normativo con el del resto de socios, asegurando en el territorio de la Unión un nivel de tutela judicial civil suficiente y coherente.

- 4º) En cuarto lugar, se está tramitando un nuevo Reglamento del Registro Mercantil que adapte el funcionamiento del Registro Mercantil a las nuevas tecnologías derivadas de la firma electrónica y lo acerque ya a un Registro mercantil puramente electrónico.
- 5º) En quinto lugar, reforcemos la transparencia de nuestro sistema con una buena regulación de lobbies, que se sumaría a otras iniciativas necesarias para seguir combatiendo con firmeza la corrupción, como una regulación mejor que proteja al denunciante de corrupción o prohibir por ley el indulto a los condenados por corrupción, lo que de hecho ya se hace.
- 6º) Y en sexto lugar, parece deseable, además, un nuevo Texto Refundido de Ley Concursal que proporcione un marco normativo claro e inteligible para las empresas que, por desgracia, se vean afectadas por un proceso de insolvencia. Después de tantas reformas, es imprescindible la reordenación y clarificación de nuestro Derecho Concursal, sin perder de vista iniciativas, ahora en fase de gestación en la Unión Europea, que tienen como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa a los procesos de reestructuración preventiva de deudas, o simplificar el Derecho concursal.

III. LINEAS GENERALES DE DESARROLLO DE LA MEDIDA DE GOBIERNO ABIERTO COORDINACIÓN REGISTRO-CATASTRO

Se sientan las bases para la coordinación Registro-Catastro

Como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, “el objetivo de la Ley es conseguir la deseable e inaplazable coordinación Catastro-Registro, con los elementos tecnológicos hoy disponibles, a través de un fluido intercambio seguro de datos entre ambas instituciones, potenciando la interoperabilidad entre ellas y dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado, y así de un mayor grado de acierto en la

representación gráfica de los inmuebles, incrementando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y simplificando la tramitación administrativa”

Una de las recomendaciones de Doing Business en su informe subnacional sobre España publicado en 2015, respecto al indicador “registro de propiedades”, es lograr una mayor coordinación entre Registro y Catastro. Concretamente en su página 60 se recoge como una de las recomendaciones “Reforzar la comunicación entre el catastro inmobiliario y el registro de la propiedad para simplificar trámites a los usuarios” afirmando que “el intercambio de información entre catastro y registro puede contribuir a que las administraciones públicas tengan mejor información sobre las propiedades, sus titulares y su valor, todo ello importante a fines recaudatorios. Sin embargo este intercambio de información se puede realizar a través de la coordinación entre instituciones, sin trasladar la carga al usuario”

El Código Registral Único

El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla (art. 9 LH). Según el nuevo artículo 3.1 de la Ley del Catastro, cuando los inmuebles estén coordinados con el Registro de la Propiedad se incorporará dicha circunstancia junto con su código registral. A las nuevas fincas registrales y demás supuestos que conforme a la legislación hipotecaria abran folio real propio, sólo se les asignará el código único de finca registral, y, para evitar duplicidades y disfunciones, no se les asignará el número de finca o subfinca particular dentro de cada registro, término municipal y sección que procedía conforme a la normativa reglamentaria anterior a la implantación legal del código registral único. Esta nueva numeración facilita el intercambio de información al no requerir diversas variables para la identificación de la finca registral.

Utilización de la misma cartografía en registro y catastro. Posibilidad de Representación Gráfica Alternativa (RGA)

El nuevo artículo 10 de la Ley Hipotecaria dispone que “La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad”. Por ello no habrá que elaborar cartografías duplicadas ni recurrir, salvo supuestos tasados, a contratar técnicos para su confección.

Se establecen supuestos de operaciones en las que ha de aportarse preceptivamente la representación gráfica: inmatriculación, operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos.

Se utiliza el estándar GML para el intercambio de información gráfica.

La regla general de representación gráfica que se aporte al Registro será la resultante de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Tales certificaciones incluyen en la actualidad tanto la lista de coordenadas como un fichero en formato GML del que resulta la representación gráfica y permite su tratamiento informático.

Sólo en determinados supuestos puede utilizarse una representación no catastral, que en todo caso se comunica a catastro para que se efectúen las modificaciones correspondientes. Tales supuestos en la práctica pueden surgir:

- Porque los interesados pongan de manifiesto discrepancias con la representación catastral.
- Porque se haya producido tal discrepancia a consecuencia de una operación de modificación hipotecaria.

En caso de realizarse alteraciones en la configuración gráfica de la finca, se prevé la comunicación por los notarios al Catastro para el alta catastral correspondiente antes de que la documentación llegue al Registro.

En tales casos la Resolución Conjunta de la DG Catastro y DGRN de 26 de octubre de 2015 regula en su punto 7º los requisitos que debe reunir tal RGA, en concreto que debe aportarse en formato GML y estar elaborada por técnico, o bien validada previamente por Catastro. Dicho servicio de validación ya se encuentra operativo en la actualidad.

Sistema de intercambio de información entre Registro y Catastro

Se establecen procedimientos telemáticos para el intercambio de información gráfica y de titularidades entre el Catastro y el Notariado y Registros. Esto favorece la interconexión e interoperabilidad de ambas bases de datos, además de suponer una simplificación de los procedimientos de actualización de datos catastrales y disminución de cargas administrativas a los contribuyentes.

Se regula detalladamente en la Resolución Conjunta de la DGRN y DG Catastro de 26 de octubre de 2015 y en la Resolución Resolución DG Catastro de 26 de octubre de 2015, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios.

Eficacia frente a terceros de las representaciones gráficas inscritas

Según el apartado 5 del nuevo artículo 10 de la Ley Hipotecaria “alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación

y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real”. Por tanto, la gran novedad de la Ley es que los datos físicos de la finca, según resultan de la representación gráfica, pasan a gozar de las presunciones de existencia y pertenencia a su titular.

Sin embargo, tales efectos únicamente se producen cuando existe coordinación gráfica con catastro, es decir por haberse utilizado una representación gráfica catastral o cuando siendo alternativa ha sido previamente validada por la Administración y han transcurrido 6 meses sin que Catastro se oponga a esta coordinación. En los demás casos de utilización de una RGA, no se producen estos efectos.

Nuevo sistema de publicidad y alertas gráficas registrales

El acceso a la información sobre recintos gráficos registrales es libre, público y gratuito. Con ello se facilita accesibilidad por ciudadanos y administraciones a la información jurídica sobre el territorio. El sistema se encuentra ya operativo y puede accederse en la web <https://geoportal.registradores.org>

Como señala la Resolución-Circular DGRN de 3 de noviembre, las características básicas son:

- a. Posibilidad del acceso público a los recintos geográficos cuya inscripción se solicite o se haya practicado a partir del 1 de noviembre de 2015, con acceso a los datos identificativos del asiento de entrada del documento y, cuando conste, al código de finca registral.
- b. Posibilidad de efectuar solicitudes de publicidad formal al registro competente en relación al asiento o finca respectivo.
- c. Permitir suscribirse a un servicio de alertas gráficas sobre una o varias fincas registrales de la propiedad del solicitante de forma que se notifique al solicitante cualquier inscripción gráfica que se practique en dicho territorio durante un periodo de 30 días. Dicho servicio tendrá la consideración de certificación con información continuada.

Calificación de representaciones gráficas

Además la Ley dispone que todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además

la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos. Actualmente ha sido homologada la versión 1.3.10.RC 5.b44 en RDGRN de 2 de agosto de 2016. En esta aplicación se ha integrado el sistema de intercambio de información gráfica con el Catastro.

IV. CONCLUSIÓN

El sistema de seguridad jurídica preventiva en España, base para el desarrollo económico y la inversión, está basado en dos pilares: documentación pública notarial y calificación registral de los títulos que acceden al Registro, con base de los efectos clásicos de todo Registro de derechos: fe publica registral, prioridad, inoponibilidad y legitimación dispositiva.

Pero aún se puede incrementar más la eficiencia del sistema atribuyendo a los notarios y registradores mayores competencias complementarias.

En este documento se ha hecho referencia a las nuevas competencias atribuidas a los registradores en España, por tratarse de un Congreso de Derecho registral –otros tantas se han realizado en relación al notariado–.

En particular se ha destacado el esfuerzo del Gobierno de España porque las bases gráficas de los Registros se coordinen con las del Catastro, que es una institución distinta, pero que tienen que estar recíprocamente informadas para conseguir una mejor identificación del inmueble como objeto del derecho inscrito y publicado, siguiendo así las recomendaciones del Banco Mundial.

SEGURIDAD JURÍDICA. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. CATASTRO Y EXPROPIACIÓN

Jose Antonio Seijas Quintana
Magistrado Sala 1ª Tribunal Supremo
Madrid (España).

I. SEGURIDAD JURÍDICA

1. La constante apelación que está haciendo a la seguridad jurídica en las resoluciones judiciales es indicativo de la necesidad y preocupación que existe en estos momentos por la desatención reiterada, y en ocasiones deliberada, de un principio constitucional tan fundamental ligado a la certeza del Derecho, a la previsibilidad de los efectos en la aplicación de la norma y a la consiguiente igualdad de los ciudadanos ante la ley.

No es ninguna novedad decir que la crisis económica, política y social está afectando gravemente a la seguridad jurídica y al consiguiente deterioro del Estado de Derecho y de sus instituciones básicas. Existe una evidente falta de confianza del ciudadano en el Estado, en su legislación y en los tribunales de justicia, a lo que sin duda han contribuido determinadas decisiones políticas que no hacen sino generar una enorme incertidumbre en la sociedad sobre el contenido y alcance del estado de derecho, en especial sobre el valor de la norma y el respeto a las decisiones de los tribunales, que no acaban de ser entendidas por el ciudadano y que por extensión afectan a la Unión Europea que no deja de recordarnos que «los principios de seguridad jurídica y de protección de los particulares exigen una expresión inequívoca que permita que los interesados puedan conocer sus derechos y obligaciones de modo claro y preciso y que los órganos jurisdiccionales puedan garantizar su respeto»¹ y que «la legislación comunitaria debe ser clara y su aplicación previsible para todos los interesados. Dicha exigencia de seguridad jurídica requiere que todo acto destinado a crear efectos jurídicos reciba su fuerza obligatoria de una disposición de Derecho comunitario

¹ Tribunal de Justicia (UE) Sala 6ª, S 28-10-1999.

que debe indicarse expresamente como base legal y que prescribe la forma jurídica que debe revestir el acto»².

El número considerable de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles al Tribunal de Justicia Europeo, han sido sin duda fundamental no solo para adaptar nuestro derecho al comunitario, especialmente en materia de consumo, sino para dotarle de una mayor seguridad jurídica.

Necesitamos, sin embargo, una cierta coherencia y sosiego para esta adaptación no solo de nuestra normativa, sino de la jurisprudencia. Las cosas no son tan fáciles como parecen, ni las prisas buena consejera. Que determinados tribunales inferiores planteen cuestiones prejudiciales una vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre una determinada materia es algo que está previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que no está previsto es que estas cuestiones se planteen a espaldas de las decisiones alcanzadas por el alto tribunal y que una vez que han sido admitidas a trámite no pueda este presentar directamente observaciones escritas sobre las peticiones de decisión prejudicial, lo que facilita que sean resueltas ignorando su respuesta.

Sucede además que, aun siendo conscientes del valor de las resoluciones dictadas por el TJUE, dado el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, lo cierto es que el planteamiento de estas cuestiones no tienen el efecto de suspender desde su admisión a trámite los procedimientos seguidos por los tribunales que pudieran verse afectados por su resultado en razón a los asuntos en tramitación, pero es que, aun suspendiéndolos, no se ofrezca por el Tribunal una tramitación rápida teniendo en cuenta el importante colectivo de consumidores que van a quedar afectados por la solución, de tal forma que, cuando finalmente se resuelvan, el colapso producido en los juzgados y tribunales va a ser considerable y de difícil solución, como ha sucedido y está sucediendo en el caso de las cláusulas techo y suelo de las hipotecas, que no son nulas en sí mismas salvo que tengan un carácter abusivo y las entidades financieras no hubieran informado adecuadamente de su existencia y sus características. Es lo que se conoce como transparencia, que, en la contratación de préstamos hipotecarios, implica la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.

También el registrador está comprometido con el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia. La DGRN ha tenido ocasión de

² Tribunal General (UE) Sala 5ª, S 1-7-2009.

manifestarse en numerosas resoluciones (14 de julio 2017, entre otras), en el sentido que el Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su función calificadora, deberá rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma -normal o reforzada- que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, art. 6 de la Ley 1/2013.

El problema es de tal dimensión que existe en estos momentos en tramitación una proposición de Ley (23 de febrero de 2018) de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, que modificaría el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que desde la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo, sobre la cláusulas suelo, ha adquirido una relevancia extraordinaria posiblemente por las vacilaciones tanto del Tribunal Supremo como el TEJUE.

Sucede que en estos momentos, con o sin procedimientos suspendidos, la diversidad de criterios es muy importante, especialmente cuando se prescinde o se relativiza por los tribunales inferiores la doctrina jurisprudencial al interpretar las leyes y se atiende a criterios personales del juez, auspiciado, en ocasiones, por las propias divergencias del Tribunal Supremo expresadas mediante algún voto particular, confiando en que la solución definitiva es la de estos votos discrepantes de la mayoría y no la que impone la sentencia, lo que no favorece ni a la seguridad jurídica, ni mucho menos a los consumidores realmente afectados.

2. La dificultad dotar al sistema de la seguridad jurídica necesaria resulta además agravado por el desconocimiento de la jurisprudencia por parte de algunos operadores jurídicos. El principio de seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa, de tal manera que sólo si en el Ordenamiento jurídico en el que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica³.

³ Sentencias del TC 248/2007, de 13 de noviembre; 72/2008, de 26 de febrero, entre otras.

Se trata de un principio esencial de la autonomía plena del ciudadano y de la igualdad ante la ley que exige una normativa en ningún caso incierta u obscura que tiene, o debería tener, unos efectos perfectamente determinados y previsibles y que, además, va a ser determinante para la necesaria confianza del ciudadano que ajusta su conducta a la legislación vigente frente a cambios normativos que no son razonablemente previsibles y, particularmente, a la jurisprudencia.

Corolario lógico de este principio es, de un lado, el respeto de la norma y, de otro, la solución homogénea por parte de los tribunales a los asuntos similares: importante es a este respecto la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo. El recurso de casación tiene como función la de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC).

Este es, sin duda, el reto que ha tiene, y va a seguir teniendo, el Tribunal Supremo de evitar la disparidad de criterios judiciales, ceñidos con excesiva frecuencia a las circunstancias del caso, para establecer unas pautas comunes y previsibles en unos momentos de cambio de orientación en determinadas materias, como es el hipotecario, productos financieros y, especialmente, todo el derecho de consumo y la consiguiente protección de los consumidores, a quienes se procura una mayor tutela a partir de unos regímenes específicos en el que está directamente comprometida no solo la actuación de los jueces sino la de los notarios y registradores.

3. Previsibilidad y certeza.

(i) Parece lógico pensar que un efecto contrario a la seguridad jurídica es el que se produce si admitimos que una persona puede transmitir a otros más derechos de los que tiene o que pudiéramos ser despojados de aquello que entendemos nos pertenece.

Ocurre, sin embargo, que en ocasiones la protección de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario exige una determinada protección y tutela de quienes contratan en la confianza de que la transmisión de derechos producirá sus efectos con independencia de quien sea el verdadero titular de lo que transmite. De esa forma, el adquirente de buena fe de quien aparenta ser el titular de derecho adquiere éste, aunque la apariencia no coincida con la realidad y el verdadero titular sea un tercero.

Estamos en aplicación del principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que protege decisivamente al tercero hipotecario frente a lo no inscrito en el Registro y, en consecuencia, se le

mantienen las adquisiciones que por negocio jurídico oneroso haya realizado confiado en el contenido del Registro; precepto que ampara las adquisiciones a *non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, no siendo necesaria una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente⁴.

Estamos, en definitiva, ante el núcleo central de la institución del Registro de la Propiedad y responde al principio de seguridad jurídica (sentencia TS 48/2006, de 14 de febrero). El Registro da valor a lo que es objeto de inscripción, siendo, como de forma muy gráfica se ha dicho por alguno, una cosa juzgada sobre lo que hay que pasar.

(ii) Se cumple con ello una de las exigencias propias de la seguridad jurídica: la certeza del derecho, o lo que es igual, que sus normas sean conocidas y comprendidas y que, como corolario lógico, que los jueces las apliquen y lo hagan de una forma previsible, sin añadir incertidumbres ni arbitrariedad en garantía del ordenamiento jurídico, sin impedir los cambios que la propia sociedad genera. Lo contrario petrificaría la solución de los tribunales y, en particular, la función creadora de la jurisprudencia y su importancia en la evolución del derecho conforme a las exigencias sociales y su función unificadora.

(iii) Tampoco estos principios «permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente (sentencias TC 182/1997, de 28 de octubre y 183/2014, de 6 de noviembre) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (sentencias TC 237/2012, de 13 de diciembre). «No sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico que pudiera producirse la congelación o petrificación del ordenamiento (sentencia 183/2014), y que el legislador tenga libertad para elegir entre las distintas opciones posibles, dentro de la Constitución».

El problema que resulta de esta doctrina deviene de la tentación de hacer ineficaz, mediante cambio legislativo, determinadas situaciones consolidadas con el argumento de «una cambiante realidad económica». Bastaría la simple apariencia de una situación de emergencia, valorada desde la discrecionalidad del legislador, para justificar su modificación. Hace falta, ade-

⁴ Sentencia TS –Sala 1ª– 255/2007, de 5 de marzo.

más, que esa necesidad de cambio venga cualificada por unas determinadas circunstancias singulares, cuya presencia es la que reclama y fundamenta el cambio normativo.

(iv) Ejemplo de esta falta de certeza y ausencia de previsión lo tenemos en un caso muy concreto. Me refiero a la sentencia nº 449/2013, de 22 mayo Sala 2ª del Tribunal Supremo.

La sentencia se dicta al resolver sobre la responsabilidad civil derivada de un delito de estafa, para anular unos contratos de préstamo hipotecario que sirvieron para consumir el delito, dejando sin efecto la inscripción registral de la garantía hipotecaria que gravaba los bienes inmuebles, con el argumento de que los prestamistas, en concepto de terceros, no pueden alegar la protección que tutela al tercero hipotecario el artículo. 34 LH, que no exige necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, sin que la inscripción convalide los actos o contratos radicalmente nulos con arreglo a las leyes, conforme al artículo 33 LH y concretamente los constitutivos de delito, y sin que sea tampoco aplicable el artículo 111.2 CP en cuanto a la irreivindicabilidad de la cosa, al considerarse que los bienes no tienen que ser restituidos porque permanecieron en la posesión de los perjudicados.

«...un negocio radicalmente nulo –señala-, como lo son los préstamos hipotecarios que consumaron los delitos de estafa, por ilicitud penal de la causa, no deviene válido por la inscripción en el registro. En consecuencia, un negocio nulo de pleno derecho, aun inscrito, no le sirve al tercero que ha sido parte en él para invocar, en su favor, la tutela del Registro, frente al titular real. Siendo radicalmente nulo su propio negocio, que es lo que sucede en el caso actual, no hay adquisición del tercero, pues en ese caso no juega la protección del asiento».

La sentencia tiene un voto particular en el que los discrepantes plantean un problema muy interesante que tiene que ver con el alcance que se debe dar en el orden jurisdiccional penal a la responsabilidad civil derivada del delito. Concretamente, si en la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, la unidad del ordenamiento jurídico exige respetar la interpretación que resulta de la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo, o si, por el contrario, la causalidad penal de la nulidad impone ciertas y particulares especificidades que aconsejan separarse de esa interpretación, derivada, posiblemente, de la finalidad tuitiva y protectora de los intereses en este caso de los estafados.

Lo que es evidente, se dice, es que la interpretación que hace la sentencia, en cuya virtud el art. 34 LH no protege a quien ha intervenido en el contrato que se declara nulo, no es la que sigue la jurisprudencia de la Sala

de lo Civil (Sala 1ª) del Tribunal Supremo, que ha de ser observada para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico.

Resoluciones como la comentada ponen en cuestión el principio de seguridad jurídica y de uno de los mecanismos que para ello utiliza, como es el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Lo que se tutela no es a los estafados sino al tercero hipotecario, en los términos previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y como consecuencia el respeto al principio de seguridad jurídica que sostiene y justifica la institución registral.

No era esa además la doctrina del Tribunal. La sentencia de 19 de febrero de 2013, en interpretación del artículo 111 CP, «En el caso de bienes inmuebles los mismos son irreivindicables cuando han resultado finalmente adquiridos del titular registral de forma onerosa por terceros de buena fe que han inscrito posteriormente su título en el registro de la Propiedad (art. 34 LH)».

En el mismo sentido, la sentencia 30 de junio 2016, al disponer que «como la Ley Hipotecaria en el ámbito que ahora nos ocupa constituye una norma especial con respecto a lo que dispone el C. Civil (art. 1305) dada la materia específica que regula, todo apunta que el tercero de buena fe que adquiere el bien inmueble del transmitente que figura como titular en el Registro de la Propiedad ha de conservar su derecho frente a terceros propietarios que no aparecen tutelados por la inscripción registral». Para resolver finalmente el problema con base en la mala fe del tercer adquirente.

Y es que tanto el Código Penal, como la misma jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, tenían claro que, si los efectos del delito se trasladaban a terceros adquirentes de buena fe, se les protegía y se pasaba a la ejecución por sustitución.

Falta de certeza y previsión que ha sido corregida por la misma sala, de momento mediante acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 28 de febrero de 2018, sobre interpretación del artículo 34 LH, del siguiente tenor:

«Al amparo del art. 34 LH el adquirente de buena fe que confiado en los datos registrales inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, gozará de protección incluso en supuestos donde la nulidad del título proviene de un ilícito penal».

II. REGISTRO Y CATASTRO

1.-Registro. Calificación registral

1.1 El Registro se configura como una pieza básica del sistema de seguridad jurídica preventiva. Un instrumento que nació como medio para

dar publicidad a los hechos generadores de derechos reales y que en la actualidad se configura como una institución esencial del derecho inmobiliario registral que tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1 LH).

Los Registros dependen del Ministerio de Justicia y los asuntos a ellos referentes encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado, estando a cargo de los mismos un Registrador, que tiene la condición de funcionario público para todos los efectos legales (art. 274 LH), los cuales desempeñan su función calificadora de acuerdo con las leyes, y su actividad está directamente vinculada a la protección del tráfico jurídico inmobiliario que se produce a partir de la inscripción registral y de lo que la misma conlleva en cuanto a la publicidad (mediante el examen del propio asiento, por simple nota informativa o por certificación auténtica, el contenido del Registro); a la presunción de veracidad de los asientos y a la integridad de los mismos.

1.2. Calificar, en derecho hipotecario, nos dice Gómez Gállego⁵, es determinar si el acto o contrato (título tanto en sentido formal como en sentido material), presentado al Registro de la propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el Ordenamiento jurídico para su inscripción.

El Registrador al calificar no está vinculado, por el principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos⁶.

En tal sentido se ha manifestado la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013, al declarar: «la fundamental función calificadora del Registrador, está sujeta al art. 20 LH que exige al Registrador, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el Registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular

⁵ El recurso gubernativo contra la calificación de los registradores de la propiedad y mercantiles. CGPJ. 1999.

⁶ Resolución de 12 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (art. 20, párrafo séptimo)».

Siendo así, la eficacia que presta tiene que estar basada en una fuerte calificación por parte del Registrador, comprobando la legalidad de todo lo que quiere acceder al mismo, teniendo en cuenta que la calificación se hace también en beneficio de los terceros destinatarios y que, si los errores en la calificación se generalizasen, nadie confiaría en el Registro, como nadie mira para un reloj de pared que no funciona.

El Registrador, al frente del Registro de la Propiedad, es, como el Notario, responsable de la seguridad jurídica preventiva, de la protección de los derechos del titular registral salvaguardados jurisdiccionalmente (artículos 1, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria) y de los terceros que contratan confiados en los pronunciamientos registrales y de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la inscripción de sus derechos (artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria), lo que determina que el grado de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones sea importante y exigible a quienes se les confía una actividad acorde con sus conocimientos en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva que le competen.

1.3. Dos particularidades en cuanto al alcance de la calificación registral de los documentos administrativos y los judiciales.

(i) En cuanto a los primeros, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario dispone que: «La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro».

Corresponde al registrador, dice la RDGRN 2 de abril de 2018, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, «examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido –como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva– debe ser entendido el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, en congruencia con los artículos 1, 20 y 40 de la Ley Hipotecaria. Y como señaló la Re-

solución de 7 de septiembre de 1992, no ha de importar, para negar en su caso la inscripción, que los defectos puedan ser causa de anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho, pues al Registro sólo deben llegar actos plenamente válidos, máxime si la posible anulabilidad está establecida en interés y garantía del titular registral para evitar su indefensión»⁷.

(ii) En relación con la función calificadora que los registradores ejercen respecto de los documentos judiciales, nos dice el artículo 100 del mismo Reglamento, que «se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro».

En estos casos, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013, declara lo siguiente: el registrador «(...) debía tener en cuenta lo que dispone el art. 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, “no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga

⁷ Esta doctrina, nos dice la misma resolución, no supone desconocer que a la calificación de los actos y documentos administrativos, de modo coherente con su presunción de validez y eficacia –artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas– y la propia potestad administrativa de autotutela, con el alcance al que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, se le aplican también los efectos que señala el artículo 101 del Reglamento Hipotecario, cuyo párrafo primero establece que “La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento”. Ello resulta coherente con el artículo 106 de la Constitución que determina que sólo los jueces y tribunales pueden controlar la legalidad de la actuación administrativa, y por eso la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece en su artículo 2 que será esta jurisdicción la competente para entender de todas las cuestiones que se susciten en relación con la validez o legalidad de los actos o disposiciones de las corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas –cfr. también el artículo 64 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana–.

en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte”».

La sentencia 625/2017, de 21 de noviembre, del Tribunal Supremo (de Pleno), relativa a una Resolución de la DGRN, analiza la función del registrador en torno a los documentos judiciales y la posterior valoración de hechos que no pudieron tenerse en cuenta por el registrador y por la Dirección General. Declara lo siguiente: «(...) Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el art. 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el art. 100 RH. Conforme al art. 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el art. 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

1.4. Problema distinto es el efecto que tiene el transcurso del plazo de tres meses impuesto a la DGRN en el artículo 327, párrafo noveno, LH⁸ para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador; cuestión que había sido resuelta de manera discrepante por las audiencias provinciales⁹.

⁸ El artículo 327, párrafo noveno, LH, establece, respecto del recurso que puede interponerse ante la DGRN contra las calificaciones negativas del registrador, que «[l]a Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello hubiere lugar».

⁹ Algunas audiencias provinciales se han inclinado por admitir la validez de la resolución recaída extemporáneamente (entre otras, SAP Navarra 2 de diciembre de 2008,

La sentencia TS –Sala 1ª- (pleno) 887/2010, de 3 de enero de 2011, fija como doctrina jurisprudencial que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327, párrafo noveno, LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo, excluyendo la aplicación del régimen general del silencio administrativo sobre dichas resoluciones, para tener en cuenta las disposiciones específicas de la Ley Hipotecaria y la interpretación de sus preceptos con arreglo a los principios que rigen la función del Registro de la Propiedad¹⁰.

recurso 141/2007).

Se han fundado, esencialmente, en la consideración de la DGRN como órgano administrativo que resuelve mediante un procedimiento de esta naturaleza los recursos interpuestos contra las calificaciones negativas del registrador, por lo que consideran de aplicación los artículos 42 y 43 LRJyPAC.

Numerosas audiencias provinciales, en sentido contrario, se han inclinado por entender que la resolución de la DGRN recaída con posterioridad al momento en que debe entenderse producido el silencio negativo incurre en nulidad (entre otras, SSAP Madrid, 17 de mayo de 2010, recurso 184/2009; Las Palmas, 23 de diciembre de 2009, recurso 473/2006; Alicante, 9 de julio de 2009, recurso 208/2009; Málaga, 9 de octubre de 2008, recurso 240/2008; Valencia, 23 de abril de 2008, recurso 89/2008; Ciudad Real, 14 de abril de 2008, recurso 403/2007).

Se han fundado, esencialmente, en las particularidades de la función de calificación del registrador, que no permite calificarla sin más de acto administrativo ordinario; en el carácter específico del procedimiento regulado en la LH frente al régimen general del procedimiento administrativo; en el mandato expreso contenido en el artículo 327, párrafo noveno, LH; en la falta de remisión de la LH en materia de silencio administrativo a la LRJyPAC; en la falta de seguridad jurídica que genera la existencia de posibles resoluciones contradictorias; y en la naturaleza de los intereses afectados en los procedimientos registrales.

¹⁰ «El artículo 327 LH, como ha puesto de manifiesto este proceso, contiene remisiones concretas al régimen administrativo, pero no se advierte una remisión de esta naturaleza con respecto al silencio administrativo, sino que los efectos del silencio se regulan de manera específica... mientras la LH establece con claridad el mandato de que el recurso se entenderá desestimado por el transcurso de un determinado plazo, no haga remisión alguna a la LRJyPAC en cuanto a otros efectos del silencio.... La LRJyPAC no sigue, en efecto, principios que puedan considerarse generales en la regulación de esta institución, y de hecho estos han sido modificados de manera relevante por la Ley 4/1999... »

» Finalmente, resulta decisivo el hecho de que la posibilidad de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica. En efecto, el sistema registral está encaminado

1.5. Si el registrador inscribe bajo su responsabilidad (art. 18 LH), cualquier error en la calificación -por defecto o por exceso- deberá examinarse a la luz del Derecho Civil, no del Derecho Administrativo. La revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto (artículo 3.a] LJCA)¹¹.

Cuestión también distinta es si los registradores tienen o no legitimación para impugnar judicialmente las resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a lo dispuesto en el artículo 328-4 de la LH en la redacción dada por la reforma por Ley 24/2005, de 18 de noviembre, al disponer, en lo que aquí interesa, lo siguiente: «El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección

a la protección de derechos de carácter privado, que no son los propios del interés general a cuya consecución va dirigida la actividad administrativa. Mientras en la regulación general del silencio administrativo opera de manera prevalente, como ha subrayado la doctrina, la voluntad de favorecer al administrado frente al ejercicio de las potestades exorbitantes por parte de las Administraciones públicas en su actividad encaminada a la protección del interés general, en el ámbito registral predomina en este supuesto la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo y, en algunos casos, como ocurre en el caso examinado, con varios años de retraso respecto del momento en que debió decidirse el expediente.».

¹¹ Sentencia TS –Sala 1ª- (pleno) 887/2010, de 3 de enero de 2011: «Es cierto que la DGRN es un órgano administrativo y que sus resoluciones tienen naturaleza administrativa. Sin embargo, la inserción de estas en el ámbito de la función de calificación de los registradores de la Propiedad las dota de características muy especiales frente al régimen de la actividad administrativa, las cuales no solo se han mantenido, sino que se han acentuado en las sucesivas modificaciones de la LH. En la LH se establece la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas mediante las que se solicite la nulidad de las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la Propiedad. La resolución de la DGRN no es, en consecuencia, un acto administrativo abstracto; sino que tiene como presupuesto y objeto un acto de calificación del registrador, que no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho administrativo, y su consecuente jurídico es el examen de su legalidad por parte del orden jurisdiccional civil».

General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares».

El problema ha sido resuelto en la sentencia 622/2011, de 20 de septiembre (de Pleno de la Sala 1ª), reiterada por otras posteriores, en un asunto en el que había evidentes contradicciones en la solución del conflicto dado por las Audiencias provinciales, derivadas de carácter indeterminado que configura el presupuesto legitimador del artículo 328.4 de la Ley Hipotecaria (sin duda, lo menos indicado para dotar al sistema de la necesaria seguridad jurídica que precisa y exige el artículo 9.3 CE).

La sentencia establece como doctrina jurisprudencial que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar la resolución dictada por la DGRN siempre que este acredite o justifique su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario o se le exija responsabilidad civil, no en caso contrario¹².

¹² Dice lo siguiente: «La existencia de un interés legítimo suficiente como base de la legitimación surge con carácter extraordinario de la propia norma siempre que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda repercutir de modo efectivo y acreditado en la esfera jurídica del Registrador que la invoca por afectar a un derecho o interés del que sea titular, el cual no se identifica con el que resulta de la defensa de la legalidad o disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya protección se le encomienda, ni con un interés particular que le impediría calificar el título por incompatibilidad, según el artículo 102 del RH, sino con aspectos que deberán concretarse en la demanda normalmente vinculados a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si la nota de calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN. Se trata, por tanto, de una legitimación sustantiva que deriva de una norma especial, como es el artículo 328 de la LH, y que antes que contradecir lo expuesto en la Exposición de Motivos de la reforma de 2005, lo confirma desde el momento en que se aclara y concreta, de un lado, como regla, la imposibilidad de que el registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación, y mantiene y precisa, de otro, la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando resuelve recursos frente a la calificación, lo cual supone mantener aquellos otros aspectos que no tienen que ver con la defensa objetiva o abstracta de la legalidad sino, como aquí sucede, con el anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria que se dirige a la registradora demandante puesto que de no revisarse la causa que lo justifica en ningún caso vería tutelado su derecho en el expediente que se tramite».

2.-Catastro y Registro

2.1. Que el registro no puede funcionar sin el catastro es algo evidente. Solo con *él* es como puede conocerse y determinarse con precisión la finca que ha de inscribirse, conocer su extensión y el alcance del derecho inscrito, es, sencillamente, el punto de partida de del Registro y el gran libro de la propiedad territorial, que va a servir de base a la constitución del Registro con el que debe estar en concordancia íntima y en armonía absoluta¹³.

Muchos años ha tardado en hacerse realidad, y lo cierto es que los países que tienen bien organizado el registro, parten de una adecuada coordinación entre el Catastro y Registro como elemento fundamental para la gestión territorial. En la actualidad partimos de una regulación nueva: Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.

El Catastro Inmobiliario, dice el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, es un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales tal y como se definen en esta ley.

La información catastral, señala su artículo 2, estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos, a cuyo fin el Catastro Inmobiliario colaborará con las Administraciones públicas, los juzgados y tribunales y el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus respectivas funciones y competencias. Asimismo, estará a disposición de las políticas públicas y de los ciudadanos que requieran información sobre el territorio, en los términos previstos en el título VI; sin perjuicio de las competencias y funciones del Registro de la Propiedad y de los efectos jurídicos sustantivos derivados de la inscripción de los inmuebles en dicho registro.

Es muy importante para todos, para el ciudadano y la propia seguridad jurídica, que el registro ofrezca al que compra un inmueble la certeza que lo que adquiere en la realidad física es lo mismo que garantiza la inscripción registral, facilitando su identidad material y sus características físicas, económicas y jurídicas entre las que se encontrarán –artículo 3- la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso o destino, la clase de cultivo o aprovechamiento, la calidad de las construcciones, la representación gráfica, el valor catastral y el titular catastral, con su número de identificación fiscal o, en su caso, número de identidad de extranjero. Cuando los inmuebles

¹³ Calixto Valverde: “Tratado de Derecho Civil Español”. Año 1925.

estén coordinados con el Registro de la Propiedad se incorporará dicha circunstancia junto con su código registral.

Los procedimientos registrales establecidos van a procurar lo que hasta ahora no ha sido posible: la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, y como consecuencia una evidente desjudicialización de procedimientos que constituye uno de los objetivos principales de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y de la Ley 13/2015, de 24 de junio, regulándose en esta última los procedimientos que afectan al Registro de la Propiedad y atribuyendo competencia para la tramitación y resolución a los notarios y registradores de la propiedad¹⁴; procedimientos que están directamente vinculados a la determinación de la realidad física de las fincas, como son los de inmatriculación, deslindes, excesos o rectificaciones de cabida, a los que se refieren los artículos 198 y siguientes de la Ley Hipotecaria¹⁵.

2.2. No hay hasta la fecha constancia de la aplicación de esta normativa en los juzgados y tribunales, especialmente referida a las acciones declarativas y reivindicatorias de dominio, que son más afectadas posiblemente por la nueva normativa.

Hasta la fecha, la jurisprudencia, de forma reiterada, dado que el catastro histórico no estaba georreferenciado, venía declarando que la titularidad y los datos que publica el Catastro, u otro registro administrativo, no tienen eficacia en el orden civil para acreditar el dominio de las parcelas de que se trate y la certeza de la descripción física conducente a su identificación, de lo que constituyen un simple indicio, ya que el Catastro en ningún caso determina propiedades ni es un registro dirigido a reconocer o proteger situaciones jurídico privadas, sino un instrumento para el conocimiento de los datos de las fincas a efectos administrativos y fiscales, carente de fuerza probatoria por sí solo, ya que de otro modo se atribuiría al correspondiente organismo administrativo la facultad de definir el derecho de propiedad¹⁶.

¹⁴ RDGRN 8 de marzo 2018.

¹⁵ RDGRN 19 de octubre 2017: El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, disponiendo que el titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica.

¹⁶ Sentencias 23 diciembre 1999, 26 mayo 2000 y 21 marzo 2006, entre otras muchas.

La fe pública del Registro, se venía diciendo, asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas¹⁷. Por ello la presunción del art. 38 de la Ley Hipotecaria (principio de legitimación registral) y la norma del art. 34 de la misma Ley (protección del tercero hipotecario) se refieren a la titularidad sobre el derecho inscrito y no a los datos de hecho que figuran en la inscripción¹⁸.

2.3. Esta jurisprudencia queda obsoleta a partir de la Ley 13/2015 para que el registrador incorpore la descripción gráfica georreferenciada de las fincas registrales, utilizando como base la cartografía catastral. El efecto de inscribir la representación gráfica supone que alcanzada la coordinación gráfica del Registro con el Catastro e inscrita ésta en el Registro, se presumirá, con

¹⁷ Sentencias de 5 junio 2000, 6 julio 2002, 15 abril 2003 y 30 junio 2010.

¹⁸ STS 541/2017, de 4 de octubre: Como resume la sentencia 556/2011, de 13 de julio: «Esta Sala ha declarado con reiteración que la fe pública del Registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas (sentencias de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989; y, como más recientes, las de 5 junio 2000, 6 julio 2002, 15 abril 2003 y 30 junio 2010). Por ello la presunción del art. 38 de la Ley Hipotecaria (principio de legitimación registral) y la norma del art. 34 de la misma Ley (protección del tercero hipotecario) se refieren a la titularidad sobre el derecho inscrito y no a los datos de hecho que figuran en la inscripción. Baste citar al respecto la sentencia de esta sala 580/2000, de 5 de junio, la cual afirma que «el principio de legitimación registral así como el de fe pública, art. 34 de la Ley Hipotecaria, debe ser matizado ya que, siguiendo la doctrina de la sala primera del Tribunal Supremo, la fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968 y 3 de junio de 1989)».

«Como dijo la sentencia 928/2007, de 7 de septiembre, «la jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa. Sin embargo, sentencias como las de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006 también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia “de la negligencia del ignorante”». La concepción «ética» de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del Registro, ha sido confirmada por la sentencia de 12 de enero de 2015 (Rec. 967/2012)».

arreglo a lo dispuesto en el artículo 38 LH, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.

La representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real, facilita, de un lado, el conocimiento real de la finca, es decir se refuerza, y de otro, la inscripción a la que asocia una presunción de veracidad sobre la ubicación y delimitación geográfica, que va a ser determinante en los conflictos sobre declaración y reivindicación de derechos ya que a la manifestación de los interesados ante el notario que acceden al Registro en los términos que resultan de la escritura, el registrador va a tener a su disposición los datos que resultan de la realidad física de la finca.

Sin duda este juego de las presunciones va a reducir considerablemente el número de litigios declarativos o reivindicatorios de la propiedad inscrita. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, de 24 de junio: «La seguridad jurídica en las transmisiones es un importante valor añadido a la propiedad inmobiliaria, que evitará supuestos litigiosos y los costes, tanto económicos directos de todo contencioso, como los indirectos, derivados de las situaciones de pendencia, dotando al mercado inmobiliario de mayor transparencia». Confiamos en que acierte en sus previsiones.

Corolario lógico de lo expuesto es si una vez alcanzada esta coordinación entre ambas instituciones sería oportuno establecer la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad o si se prefiere hacerla constitutiva del derecho inscrito, de tal forma que el derecho exista desde que se inscribe en el Registro, desde la idea de la certeza de que nos proporciona datos hasta ahora inciertos, como es el de la identificación de la finca inscrita.

Sabemos que en nuestro derecho la inscripción no es obligatoria. La Ley hipotecaria no impone como regla general la obligación de inscribir, se limita a decir en su artículo 32 que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. La inscripción es por tanto voluntaria, pero sin duda conveniente por los muchos beneficios que se derivan de la misma como la mejor garantía de los derechos reales, de la seguridad frente a terceros que lo discuten y de una mayor seguridad y transparencia del tráfico inmobiliario, aparte las ventajas que en aspectos fiscales y evitación del fraude inmobiliario.

III. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CATASTRO

1. Dice el artículo 33 de la Constitución Española de 1978, en línea con otros textos fundamentales, lo siguiente:

«1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

Este reconocimiento de la Constitución al derecho a la propiedad privada se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir¹⁹.

La propiedad privada²⁰, «ha ocupado siempre –y sigue ocupando- un lugar central en el constitucionalismo, sencillamente porque entre los presupuestos en que éste se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada. Esta visión de la propiedad privada como condición necesaria, aunque no suficiente de la libertad ha de ser entendida tanto en sentido individual como colectivo. En sentido individual, la intangibilidad de la propiedad privada opera como una coraza frente a los caprichos del poder político. En sentido colectivo, la existencia de una amplia gama de bienes de propiedad privada hace posible las relaciones económicas al margen del poder político y, por consiguiente, permite diferenciar entre estado y sociedad civil. Allí donde no hay propiedad privada, la sociedad civil, incluso en sus aspectos extraeconómicos (asociativos, culturales, benéficos, etc.) carece de verdadera autonomía frente al Estado».

Podemos decir, sin equivocarnos, que el derecho de propiedad, como derecho fundamental, es un instrumento al servicio de los particulares y de los poderes públicos. Un instrumento que no siempre ha sido utilizado de una forma racional y limitada, que tiene y ha tenido una función social y económica importante que, como dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 9 de octubre de 2013, está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o convencionalmente (artículo 348), y que tiene como corolario lógico que cualquier limitación de la propiedad a una persona por acto o norma administrativa esté sujeta a una interpretación restrictiva y producirse en condiciones que garanticen la igualdad de todos en el ejercicio del derecho de propiedad²¹.

¹⁹ Sentencia TS 37/1987, de 26 de marzo.

²⁰ Luis María Díez-Picazo: "Sistema de derechos Fundamentales". 3ª Edición.

²¹ En orden a precisar su contenido, sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional

112/2006, de 5 de abril: «que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.

» Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ; ó 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, entre otras). Esa misma jurisprudencia ha destacado que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable. Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita “anular la utilidad meramente individual del derecho” o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar “las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho” -STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8 b) -.

» A este respecto ha de recordarse también que este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 CE, declarando en esencia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie

2. Limitaciones o prohibiciones.

A) En el ámbito de derecho privado, no es difícil identificar algunas limitaciones a la propiedad. La más importante, sin duda, es que la que resulta de la expropiación forzosa que en nuestro derecho se reconoce al Estado, las Comunidades Autónomas, la Provincia y el Municipio, en el marco de sus respectivas competencias.

(i) La expropiación o privación forzosa, que se halla implícito en el art. 33.3 CE, es una forma que tiene la administración para privar a los particulares de determinados bienes o derechos con significación económica y como tal se configura como la más importante limitación del derecho de propiedad en beneficio de los intereses sociales. Una privación que en ningún caso sea arbitraria si se hace con las garantías necesarias que resultan de la norma frente al poder expropiatorio reconocido a los poderes públicos:

Estas garantías son tres²²:

- 1) Un fin de utilidad pública o interés social, o causa expropriandi,
- 2) El derecho del expropiado a la correspondiente indemnización y
- 3) La realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

(ii) Más cuestionables son las llamadas expropiaciones legislativas en las que el legislador, ante la imposibilidad de alcanzar una determinada solución con los perjudicados, acuerda su expropiación mediante una ley singular. La constitucionalidad de este procedimiento está reconocida en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, respetando las garantías establecidas en el art. 33.3 CE²³, esto es, las expropiaciones legislativas deben responder a una finalidad de utilidad pública o interés social (causa expropriandi), deben garantizar la correspondiente indemnización y deben, por último, respetar lo dispuesto en las leyes.

(iii) Consecuencia de una expropiación bien hecha es la identificación de la finca expropiada a través de la descripción gráfica georreferenciada, que se exige obligatoriamente en los casos que impliquen una reordenación del territorio. La identificación de la finca a través de la descripción gráfica tiene especial relevancia en orden a aportar la necesaria seguridad en la extensión de la actividad administrativa expropiatoria y su adecuación a la realidad física, registral y catastral de las fincas mediante con el control

la indemnización correspondiente (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11)».

²² Por todas STC 48/2005, de 3 de marzo.

²³ Sentencias TC 166/1986, de 19 de diciembre; 48/2005, de 3 de marzo.

de la actividad administrativa y la adecuación a la realidad física, registral y catastral.

Vamos a conseguir con ello evitar las discrepancias hasta ahora existentes entre la superficie catastral y la registral con evidente perjuicio de los expropiados, que se ven privados de su propiedad sin constancia del derecho expropiado, ni de la superficie afectada. Es evidente que no se expropia algo virtual sino real.

Con esta coordinación se va a poner fin a los conflictos originados cuando la superficie catastral no coincidía con la registral y que podían dar lugar a actuaciones expropiatorias constitutivas de vía de hecho, exigiendo al expropiado accionar los mecanismos jurídicos en defensa de sus derechos legítimos. Resulta así indudable el avance que la reforma supone para la seguridad jurídica.

La incorporación de la descripción gráfica georreferenciada de la finca se impone como obligatoria únicamente en supuestos tasados, entre los que se incluyen con acierto las operaciones de expropiación forzosa que determinen una reordenación del territorio (artículo 9.2.b) LH), y aun cuando lo deseable hubiera sido la extensión a cualquier acto inscribible u operación registral en aras de alcanzar la plena coordinación.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Ley 13/2015 configura tal incorporación con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices»²⁴.

Como sostiene la Resolución de 2 de septiembre de 2016 de la DGRN, el artículo 9 debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación. Interpretarlo en sentido contrario conllevaría un régimen jurídico distinto en cuanto a la identificación gráfica de las mismas para la segregación frente a la división, siendo ambas operaciones registrales con idénticos requisitos tanto civiles como administrativos.

²⁴ DGRN, Resolución, 21-3-2018.

La novedad esencial que introduce la reforma estriba es que, conforme a este artículo 9 de la Ley Hipotecaria, la inscripción habrá de contener, necesariamente, entre otras circunstancias, «la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices».

Es decir, -Resolución, 18-9-2017- una vez en vigor la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la nueva regulación de los supuestos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física extrarregistral tiene siempre presente la necesidad de incluir la representación gráfica de la finca cuando se trata de inmatriculación de fincas o de rectificaciones descriptivas que suponen diferencias de superficie superiores al 10 % de la cabida inscrita (cfr. artículo 9.b) y 198 y siguientes de la Ley Hipotecaria). La inscripción que en su caso se practique deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y debe contener obligatoriamente la representación gráfica georreferenciada.

Así lo dispone igualmente el artículo 203 que señala que deberá aportarse, en todo caso, la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca o fincas objeto del expediente. Además, en caso de que el promotor manifieste que la representación gráfica catastral no coincide con la rectificación solicitada, deberá aportar representación gráfica georreferenciada alternativa de la misma.

En definitiva, la Ley 13/2015 constituye un notable avance hacia la completa coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, reflejando los datos gráficos de las fincas que permiten su correcta identificación, impidiendo expropiaciones constitutivas de vía de hecho por discrepancias en cuanto la superficie. Ahora será posible identificar sobre plano la situación, forma y superficie de la finca registral, superándose la situación anterior en que la mayoría de las fincas registrales se describían únicamente de manera literal.

B) No hay que confundir la expropiación con la incautación o privación singular expropiatoria del derecho de propiedad producida en aplicación de determinadas disposiciones normativas excepcionales sin la necesaria y adecuada compensación. Una y otra cosa es incompatible en el estado actual de un estado de derecho, a partir de la publicación de la CE en 1978.

Y a una situación excepcional, como es la incautación, ocasionada por una norma legislativa, los remedios para la reintegración de bienes y derechos habrá de producirse a través de medidas también excepcionales con el alcance que el Legislador considere oportuno, tanto respecto de los bienes recuperables como de los beneficiarios de esa concreta devolución, y bien mediante medidas de reparación integral, mediante la nulidad absoluta del

negocio jurídico que determinó el traslado de la propiedad del titular despojado a terceros, bien mediante el respeto a principios constitucionales para excluir a aquellas titularidades jurídicas que con anterioridad ya se hubieran consolidado legalmente en poder de terceras personas, tanto físicas como jurídicas, públicas o privadas, sin perjuicio de las compensaciones que procedan en favor de quien se vio privado ilegalmente de sus bienes.

Este segundo modelo es el que adopta la ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado, para restituir los bienes que fueron incautados a las Organizaciones Sindicales democráticas, como consecuencia de la guerra civil española, y que ha dado, y sigue dando, lugar a numerosas reclamaciones tanto en el orden administrativo como en el jurisdiccional, en aspectos que tienen que ver con los beneficiarios de la ley, con la prescripción de las acciones y usucapión.

Con la prescripción adquisitiva o usucapión para establecer, de un lado, un régimen especial para las acciones reales de que se trate que deberá tener como día inicial aquel en que tales acciones pudieron ejercitarse una vez que desapareció la situación concreta de excepcionalidad, en la medida que el interesado no tenía posibilidad de ejercitar la acción con anterioridad al establecimiento del régimen constitucional²⁵, e impedir, de otro, conforme a los artículos 441 y 444 del Código Civil una eventual adquisición del

²⁵ Sentencia TS –Sala 1ª- de 16 de noviembre de 1994: «el recurrente tenía imposibilitado el ejercicio, pero no prescrita la acción que le asistía, y que recobró plena eficacia a partir de la fecha de 29 de diciembre de 1978, en que se publicó la Constitución Española (Disposición Final), fecha que ha de tenerse en cuenta como el momento inicial desde el cual pudo ejercitarse la acción de recobro e indemnizatoria que esgrime en el pleito (artículo 1969 del Código Civil). La segunda - sentencia de 25 de enero de 2000 - en referencia a la incautación por el Estado del edificio en que se alojaba el «Casino de Artesanos de Muxía», y constatada la realidad de que el edificio no fue reintegrado a sus legítimos propietarios, afirma que «la cuestión estriba en determinar si la acción reivindicatoria pudo ser utilizada por los dueños del inmueble, no sólo en el ciclo de la guerra civil, sino después, durante la permanencia del régimen político instaurado en España»; para sostener posteriormente que «los dueños del inmueble objeto del debate tenían imposibilitado el ejercicio, pero no prescrita la acción que les asistía, y que recobró plena eficacia a partir del 29 de diciembre de 1978, en que se publicó la Constitución Española (Disposición final) -en cuyo artículo 33.3, por cierto, se establece que “nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”-, y España se constituyó en un Estado social y democrático de derecho, cuya fecha ha de tenerse en cuenta como el momento inicial desde el que pudo ejercitarse la acción de recobro esgrimida en el pleito».

dominio por el Estado en virtud del instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión al haber poseído por más de treinta años (artículo 1959 Código Civil), al no poder aceptarse que la posesión material del inmueble por el Estado en virtud de su incautación sea apta para adquirir por usucapión «pues se trató de una adquisición forzada y unilateral por su parte frente a la que no cabía oposición alguna y en consecuencia asimilable a la posesión adquirida de modo violento»²⁶.

Cartagena de Indias (Colombia). Mayo 2018.

²⁶ Sentencia TS –Sala 1ª- 193/2010, de 29 de marzo de 2010.

CONTRIBUCIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DEL SIGLO XXI

Juan Jorge Almonacid Sierra¹

INTRODUCCIÓN: CAMBIO DE PARADIGMA Y DEBER ÉTICO DE ADQUIRIR COMPETENCIAS TECNOLÓGICAS

En la era del ciberespacio y la economía digital, es imperioso aprovechar el potencial del Big Data y la Inteligencia Artificial que contribuya al avance efectivo de los modelos de gestión judicial y gubernamental mediante la elevación de los estándares de calidad, la optimización de la eficiencia operacional y, la disminución de la complejidad y costos de los servicios legales.

El adecuado aprovechamiento de las nuevas tecnologías cognitivas requiere un cambio de paradigma. Frente a los tradicionales servicios legales, lentos, caros e inseguros, se necesita mentes flexibles y decididas capaces de entender la imperiosa *responsabilidad social* y el impostergable *deber ético*, e incluso el interés económico y comercial, de adquirir las *competencias y habilidades tecnológicas* necesarias para proveer un actualizado consejo jurídico experto, una oportuna y eficaz representación legal y un rápido, eficiente, seguro y transparente servicio público de registro de la propiedad.

¹ Administrador financiero, abogado especializado en Derecho Privado-Económico, Magister y PhD en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, en donde es profesor asociado y ha sido distinguido con las menciones laureada y meritoria a sus tesis de pregrado, especialización y doctorado. Director del grupo de investigación Derecho y Economía: Comercio Silencioso de UNIJUS y del Observatorio de Derecho Inmobiliario Registral (ODIR), integrante del Instituto Colombiano de la Historia del Derecho, presidente y socio fundador de la firma Smart Law Tech, contacto: jjalmonacids@unal.edu.co.

OBJETIVO: IDENTIFICAR LAS BASES PARA UNA ADECUADA INTERACCIÓN ENTRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

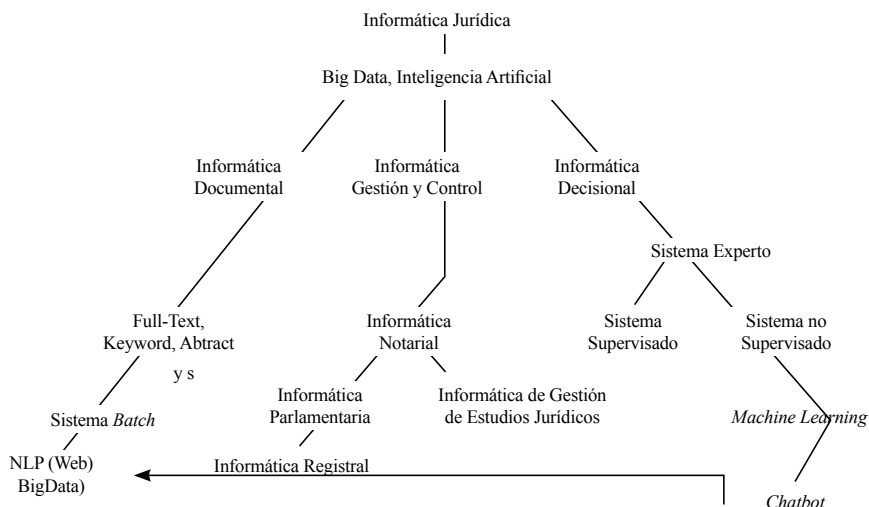
Esta ponencia tiene como objetivo básico identificar algunos atributos culturales, técnicos y jurídicos propios del Sistema de Registro de la Propiedad Inmobiliaria aptos para sacar el mayor provecho de los principales avances de la Inteligencia Jurídica Artificial. Para ello estableceré unas bases fundamentales dando respuesta a tres interrogantes:

- ¿Qué relación existe entre la Informática Jurídica y la Inteligencia Artificial y cómo se está usando esta última en el campo del Derecho?;
- ¿Qué experiencia ha dejado la incursión de la Informática Jurídica en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria? y;
- ¿Qué oportunidades de mejora existen en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria que puedan implementarse a través del uso de tecnologías cognitivas provenientes de la Inteligencia Artificial?

1. INFORMÁTICA JURÍDICA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

¿Qué relación existe entre la Informática Jurídica y la Inteligencia Artificial y cómo se está usando esta última en el campo del Derecho?

Componentes de la Informática Jurídica



Este acápite puede ser complementado con el siguiente texto: ALMONACID SIERRA, JUAN JORGE; CORONEL AVILA, YEISSON. Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. Revista Derecho Privado, Bogotá, No. 38, pp. 119-142, 2020.

¿Qué es la Informática Jurídica?

La informática jurídica es la ciencia interdisciplinaria que estudia la utilización óptima de los recursos informáticos (hardware y software) en el procesamiento lógico y automático de la información jurídica, insumo y soporte fundamental para la debida creación, interpretación, aplicación y aprendizaje del Derecho del Siglo XXI (Ríos, 1997, 55, 56, 57).

¿Qué es el Big Data?

Al igual que en las demás esferas de la vida humana, en el campo del Derecho se viene introduciendo sistemas de eficiente gestión y análisis de *macro datos* que superan los límites del software tradicional y exigen controlar las 5Vs del Big Data: volumen, variedad, velocidad, veracidad y valor del dato.

¿Qué es la Inteligencia Artificial?

La inteligencia artificial es la rama de la informática que trata de efectuar con máquinas tareas que realiza el ser humano aplicando cualquier tipo de razonamiento. Es una automatización de actividades vinculadas con procesos del pensamiento humano, tales como la toma de decisiones, la solución de problemas y el aprendizaje (Martínez, 2012, 828).

¿Cuáles son las ramas de la informática jurídica?

En la informática jurídica se distinguen tres grandes ramas: la informática jurídica documental, la informática jurídica de gestión y control y, la informática decisional o metadocumental, áreas en las que se vienen diseñando, desarrollado e implementado potentes motores de búsqueda, robustas bases documentales e innovadores instrumentos de gestión y decisión (Ríos, 1997, 57).

¿Qué es la informática documental?

Es el área más antigua de la informática jurídica y remonta sus orígenes al trabajo de John Horthy, quien comenzó a utilizar máquinas de cálculo matemático en trabajos lingüísticos para acceder de manera automatizada a la información legal (López, 2012, 1).

Actualmente, la informática jurídica documental abarca la búsqueda, almacenamiento, indexación, actualización, consulta y difusión rápida y atinada de *información jurídica* conformada por leyes, jurisprudencia, doctrina, actos administrativos, expedientes judiciales, registrales y notariales, convenios, contratos o cualquier otro documento con contenido jurídico relevante (Ríos, 1997, 57).

¿Qué métodos de búsqueda utiliza la informática documental?

Dado que el volumen del *corpus jurídico documental* creció y sigue expandiéndose continuamente, los métodos tradicionales de búsqueda se tornaron totalmente obsoletos para acceder a los múltiples bancos de datos jurídicos. Esta circunstancia propició el desarrollo de métodos como el *Full-Text*, el *Keywords* y *Abstract* que establecen una relación interactiva que posibilita que el usuario enfoque palabras para que la computadora realice la función de búsqueda expedita y acertada de información pertinente (López, 2012, 3).

El primer procedimiento de interrogación de bancos de datos jurídicos fue el sistema *Batch* que permite la búsqueda en archivos de textos de grupos o lotes de palabras ordenadas alfabéticamente y da como respuesta la dirección de los archivos específicos donde se puede obtener la información (López, 2012, 4).

Los aportes del sistema *Batch* se extendieron a los espacios multimedia e interactivos de los sistemas *on line* operados en Internet a través de sofisticados programas ejecutados con inteligencia artificial, específicamente de expertos legales artificiales (López, 2012, 4).

El sistema de inteligencia artificial basado en la nube que utilizando el *procesamiento del lenguaje natural* (PNL) ayuda a los abogados en la labor de hacer más eficiente la *investigación legal*, conocido como ROSS, comprende la intención de las preguntas, lee más de un millón de páginas de jurisprudencia por segundo y obtiene una respuesta precisa 61,46% NDCG más alto que la búsqueda en lenguaje natural y 127.8% NDCG más alto que la búsqueda booleana (Arruda, 2017, 444, 457).

¿Qué es la informática jurídica de gestión y control?

Esta rama de la informática jurídica, denominada también ofimática, se refiere a la automatización de procedimientos en las oficinas de los operadores jurídicos. Además de procesar información administrativa, provee herramientas auxiliares para las labores jurídicas que se desarrollan en tales despachos.

Se compone de programas mediante los que, inicialmente, se apoyó la realización de actos y gestiones jurídicas *operativas repetitivas* y que, posteriormente y poco a poco, vienen siendo aplicados en el desarrollo de actividades jurídico *adjetivas* o más calificadas como la confección automatizada de documentos, el control de casos, archivos, expedientes y notificaciones, la agenda de tareas y el cálculo de términos, impuestos y honorarios. (López, 2012, 4).

¿Qué es la informática decisional?

Es el área más compleja de la informática jurídica, puesto que tiene por objeto que la herramienta informática, por sí misma y soportada en Inteligencia Artificial como los sistemas expertos, brinde soluciones certeras a problemas jurídicos determinados, o al menos auxilie y apoye la *toma de decisiones* idóneas para resolver dichos problemas (Ríos, 1997, 62).

¿Qué es un sistema experto?

Un *sistema experto* está conformado por un conjunto de conocimientos especializados sistematizados en una base de datos bien estructurada; un sistema cognitivo, motor de inferencias lógicas o reglas de razonamiento que describen los métodos para tomar decisiones en un campo especializado y, una interface con un lenguaje capaz de poner en comunicación al usuario con el sistema (Ríos, 1997, 64).

¿Qué es el machine learning?

En lugar de utilizar un sistema informático con tareas pre-programadas, el *machine learning* es un sistema experto de creación no supervisado que permite a la máquina aprender automáticamente de la experiencia con base en los datos de entrada provistos, e interpretar, con una conjetura bien fundada, lo que quiere una persona sin que se le indique específicamente (Arruda, 2017, 444; Ospina, 2017, 1).

¿Qué es chatbot?

Actualmente estamos viendo la irrupción del *chatbot*, sistema automatizado apto no sólo para asesorar la atención comercial del cliente y la asistencia de sus trámites utilizando herramientas especialmente configuradas para comunicarse en *lenguaje natural* con el usuario (PNL), sino que tienen además, la capacidad de tomar decisiones con base en *modelos predictivos* de alta precisión estadística dados por técnicas de *machine learning* (Ospina, 2017, 1).

Asimismo, ya se anunció la posibilidad de *predecir* la corrupción pública a partir de *mapas auto-organizados* que es un tipo de *red neuronal artificial* entrenada para proporcionar un aprendizaje automático imitando las funciones del cerebro, reconociendo patrones y extrayendo un conjunto largo de datos sin un explícito entendimiento de las relaciones subyacentes (López-iturriaga y Sanz, 2017, 5).

¿Qué clase de relación hay entre el Derecho y la Informática?

La relación entre Derecho e Informática es *simbiótica*, no adversarial. La historia demuestra que la informática jurídica y la inteligencia artificial han sido *instrumentos* adecuados para que los juristas *perfeccionen* sus habilidades y presten un *mejor* servicio a la comunidad (Arruda, 2017, 444, 448).

Para desmitificar la histeria que rodea la defectuosa opinión de que la inteligencia artificial creará robots que reemplazarán a los abogados, John McCarthy, que fue quien acuñó la expresión “*inteligencia artificial*”, ha sugerido el término “*tecnologías cognitivas*” para estimular el enfoque en herramientas *específicas* y útiles que emergen del amplio campo de la Inteligencia Artificial, cuyo *uso práctico* en los servicios jurídicos posibilita que los abogados dediquen mayor tiempo a trabajos menos operativos y más intelectuales (Milis, 2016, 2).

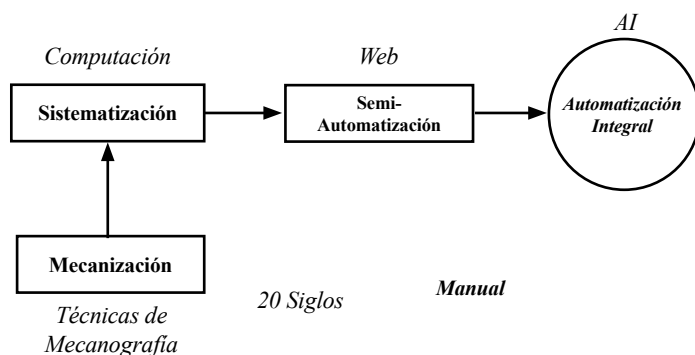
2. INFORMÁTICA JURÍDICA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

¿Qué experiencia ha dejado la incursión de la Informática Jurídica en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria?

El jurista guatemalteco Luís Pedro Alejandro Recasens Siches (1903-1977) sabiamente decía que el Derecho nace del estímulo de las *necesidades* propias de la vida social, entre ellas, la *urgencia de certeza y seguridad* (Caicedo, 2001, 2).

Por ello, no resulta extraño que desde su surgimiento, tal y como enseña el profesor Eduardo Caicedo Escobar, la *finalidad primordial* del Registro de la Propiedad Inmueble sea la *seguridad jurídica*, en pos de la cual, en más de una ocasión, el Derecho Inmobiliario se ha apoyado en la Informática Jurídica (Caicedo, 2001, 2).

Componentes de la Informática Jurídica



Atendiendo el estímulo de las necesidades a lo largo de su milenaria historia y buscando siempre la *seguridad* y la *celeridad* que demanda el comercio inmobiliario, el Registro de la Propiedad Inmueble lentamente se ha *modernizado* transitando de la manualización a la mecanización, sistematización y la semi-automatización parcial del procedimiento registral.

En Colombia, como en buena parte del mundo, durante la prolongada primera etapa de su desarrollo, el registro se llevó de manera manual y los escribanos de su puño y letra hicieron las inscripciones. La transcripción manual predominó hasta avanzado el siglo XX, cuando se empezó a utilizar la máquina de escribir para llevar algunos libros y la fotocopidora para expedir certificados (Caicedo, 2001, 239, 240).

La tercera etapa, que inició al finalizar el siglo XX, incorporó la microfilmación, la hoja de ruta electrónica para la radicación de los documentos, el computador y sus dispositivos periféricos como la impresora, el folio de matrícula inmobiliaria en medio magnético, el disco óptico, la semi-automatización de la liquidación de los derechos de registro y el sistema de imagen para la consulta inmediata de los documentos soporte (Caicedo, 2001, 240, 246, 248, 250).

Al inicio de la segunda década del siglo XXI, se habilitó la expedición del folio de matrícula inmobiliaria vía Internet, servicio que inmediatamente tuvo una gran acogida por los usuarios, tal y como lo ilustra la siguiente gráfica:



	2011	2012	2013
Web	648,351	1,243,737	2,411,164
Físico	6,996,361	6,484,682	4,877,871
Total	7,644,712	7,728,419	7,289,035

El éxito de la incorporación de las oportunidades que brinda la web es una prueba fehaciente de que con imaginación y decisión, a bajo costo y en un corto plazo, si es posible ofrecer un fortalecido servicio público de registro técnico para nacionales e inversionistas extranjeros, con la debida seguridad jurídica y eficacia sustantiva.

Registradores, notarios, abogados, usuarios del comercio inmobiliario y la comunidad en general hemos sido testigos de las ventajas y beneficios que ha traído la sinergia entre el Registro de la Propiedad Inmueble y la Informática Jurídica, vivencia directa a partir de la cual es posible concluir que la mayor *experiencia* que ha dejado esta unión es un lento, pero consistente, *cambio cultural* sobre la importancia de renovar la forma de hacer las cosas de cara a realizarlas mejor en un futuro próximo.

Sin lugar a dudas, este cambio cultural es el *mayor y mejor atributo* con que cuenta el Sistema de Registro de la Propiedad Inmobiliaria para afrontar su inaplazable cuarta etapa, la era de la *automatización* del procedimiento de registro, soportada en el uso de las tecnologías cognitivas provenientes de la Inteligencia Artificial.

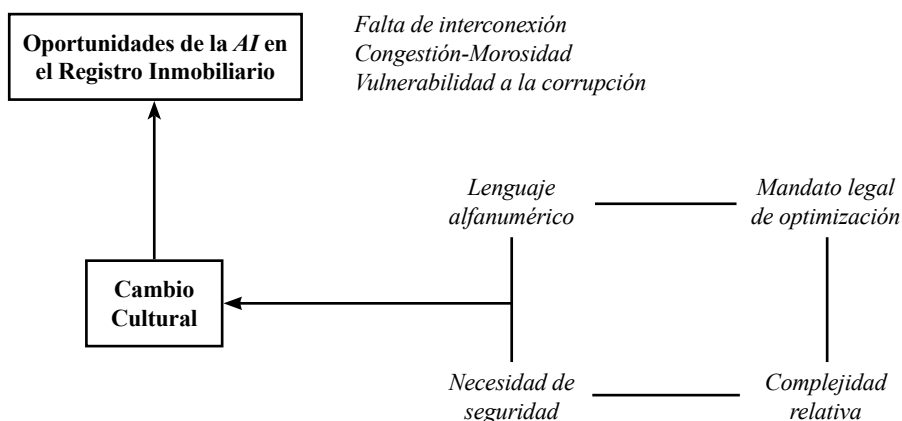
Este cambio cultural ha sido reforzado por el actualizado, categórico y explícito mandato legal colombiano que ordena emplear las *nuevas tecnologías* para el adecuado manejo de la información que garantice la seguridad, celeridad y eficacia en el proceso de registro (Art. 6, Ley 1579 de 2012).

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

¿Qué oportunidades de mejora existen en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria que puedan implementarse a través del uso de tecnologías cognitivas provenientes de la Inteligencia Artificial?

A pesar de los impulsos dados hacia su modernización, el Registro de la Propiedad Inmueble continúa evidenciando viejas y conocidas deficiencias estructurales que prolongan su *aislamiento* respecto de otros sistemas de información como el notarial, catastral y fiscal o tributario; que lo mantienen inmerso en la *congestión y morosidad* causadas por el constante incremento del tráfico inmobiliario, las reducidas y congeladas plantas de personal y la escasa y lenta actualización tecnológica y; por sobre todo, que lo hacen *vulnerable* ante el cáncer de la actividad gubernamental en el mundo: la *corrupción*.

Oportunidades y atributos del Sistema de Registro de Propiedad Inmobiliaria



En lugar de ampliar el término legal máximo para efectuar el proceso de registro, una adecuada política pública exige implementar sistemas que combinen los más recientes desarrollos de la informática documental, de gestión y control y decisional, aptos para acelerar el procedimiento de registro, especialmente en su *fase de calificación*, aplicando tecnologías cognitivas útiles y específicas que ayuden a controlar la *interpretación errónea* y la *calificación ilegal* y que faciliten la *interrelación eficaz* con las entidades intervinientes en el proceso de registro en las etapas previas y posteriores al mismo².

De otro lado, en Colombia lamentablemente seguimos presenciando graves actos de corrupción en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos. Esta cruda realidad exige a las autoridades competentes dar cabal e inmediato cumplimiento al mandato del Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos que ordena emplear las *nuevas tecnologías* para el adecuado manejo de la información que garantice la seguridad, celeridad y eficacia en el proceso de registro, tecnologías dentro las que sobresalen las modernas, potentes y útiles herramientas de la *informática de gestión y control* e incluso las mencionadas *redes neuronales artificiales* que ayudan a predecir la corrupción pública.

² Por ejemplo, las normas sobre la simplificación y automatización de los trámites de radicación de escrituras y la rectificación de linderos: Resolución conjunta No. 1732 del 21 de febrero de 2018, expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro y el Instituto Agustín Codazzi-IGAC y, el Decreto 1413 del 25 de agosto de 2017.

Actualmente, los avances de la Inteligencia Artificial pueden *automáticamente detectar* incongruencias, discordancias e inexactitudes cuantitativas y cualitativas e *impedir* registros que incumplan el procedimiento registral al romper la cadena del dominio, al infringir medidas de protección, gravámenes o limitaciones, al alterar sin el soporte idóneo el derecho real precedente inscrito, al desconocer los términos de caducidad de las anotaciones; etc.

Igualmente, la Inteligencia Artificial está en capacidad de garantizar elevados niveles de *control interno*, *auditoría externa* y *veeduría de los usuarios* y de la comunidad en general, instrumentos indispensables en la lucha efectiva contra la corrupción, tal y como lo reconoce expresamente el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, al establecer el derecho de los ciudadanos al acceso de los mecanismos virtuales de información, asistencia, asesoría, radicación de expedientes y seguimiento al trámite que complementen los servicios presenciales (Art. 36, Ley 1579 de 2012).

Dentro de los atributos técnicos del Sistema de Registro de la Propiedad Inmobiliaria, que permiten materializar las potencialidades de la Inteligencia Artificial, sobresalen su característico *lenguaje alfa numérico* y la *complejidad relativa* de las cuatro etapas que conforman el procedimiento administrativo especial de registro de la propiedad inmobiliaria.

CONCLUSIÓN: LA ERA DE LA AUTOMATIZACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA NO ESTÁ POR VENIR... ¡YA COMENZÓ!

En Smart Law Tech, SLT SAS, empresa que cofundé y presido, hemos diseñado y desarrollado a ProzessLaw, que es una innovadora metodología acoplada a tecnologías cognitivas web y móvil que recoge mejores prácticas para la gestión, auditoría y valuación de casos y procesos, aplicando altos estándares de seguridad de la información.

A partir de los indicados atributos técnicos del Sistema de Registro de la Propiedad Inmobiliaria, en cuestión de segundos, uno de los módulos de ProzessLaw autónomamente identifica un folio de matrícula inmobiliaria, lo analiza, genera el correspondiente informe y lo difunde entre sus destinatarios.

El informe, resultado del análisis, describe aspectos detallados como falsa tradición, relación y secuencia de propietarios, gravámenes, tenencia, alertas, conclusiones y recomendaciones, así como una calificación al inmueble a partir la ejecución de nuestra metodología de calificación de inmuebles.

Logros como este son los que me permiten concluir que, la cuarta etapa del desarrollo de Registro de la Propiedad Inmobiliaria, la era de la *automatización* del procedimiento de registro, no está por venir... ¡ya comenzó! Por consiguiente, lo que resta por establecer es cómo y cuándo vamos hacer parte de este cambio.

REFERENCIAS

- ALMONACID SIERRA, JUAN JORGE; CORONEL AVILA, YEISSON. Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, No. 38, pp. 119-142, 2020.
- ARRUDA, Andrew, An Ethical Obligation to Use Artificial Intelligence: An Examination of the Use of Artificial Intelligence in Law and the Model Rules of Professional Responsibility, Vol.40, *American Journal of Trial Advocacy*, 443 (2017).
- CABRERA, Romina Florencia, El Impacto de la Inteligencia Artificial en la Tarea Judicial, *Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos*, <http://procedimientospolicialesseguridadinfor.blogspot.com/2013/07/el-impacto-de-la-inteligencia.html>
- CAICEDO ESCOBAR, Eduardo, *Derecho Inmobiliario Registral, Registro de la Propiedad y Seguridad Jurídica*, segunda edición, Temis S.A., Bogotá, 2001.
- DICYT, Agencia Iberoamericana para la Difusión de la Ciencia y la Tecnología, 26 de enero de 2011, <http://www.dicyt.com/noticias/un-software-basado-en-inteligencia-artificial-es-capaz-de-clasificar-textos-juridicos>
- EL UNIVERSAL, Destituida e inhabilitada registradora de Cereté y 4 subalternos. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/monteria-y-sincelejo/local/destituida-e-inhabilitada-registradora-de-cerete-y-4-subalternos-123611> (20 de Junio del 2013).
- EL UNIVERSAL, Procuraduría inhabilita por 20 años a ex registradora de El Carmen de Bolívar. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/bolivar/procuraduria-inhabilita-por-20-anos-exregistradora-de-el-carmen-de-bolivar-87169> (12 de Agosto del 2012).
- GALINDO Fernando y LASALA Pilar, *Metodología para el desarrollo de sistemas jurídicos de inteligencia artificial*, Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, 1995.
- LÓPEZ DÍAZ, Julián Andrés, *Informática Jurídica*, viernes 25 de mayo de 2012, <http://informaticauis.blogspot.com.co/2012/05/que-es-la-informatica-juridica-origen-y.html>
- LÓPEZ-ITURRIAGA, Félix J. e PASTOR SANZ, Iván, Predicting Public Corruption with Neural Networks: An Analysis of Spanish Provinces, in *Social Indicators Research*, Universidad de Valladolid, November 2017.

- MARTÍNEZ BAHENA, Goretty Carolina, *La Inteligencia Artificial y su Aplicación al Campo del Derecho*, en Alegatos No 82, Universidad Tecnológica de México, México, 2012.
- MILIS, Michael, *Inteligencia Artificial en el Derecho: El estado del Juego 2016*, Thomson Reuters Legal Executive Institute.
- OSPINA DÍAZ, Natalia, *Inteligencia Artificial: Toma de Decisiones y Regulación, Ámbito Jurídico*, 12 de Octubre del 2017.
- PERRY, York, *Inteligencia artificial vence a escuadrón de abogados analizando contratos*, 26 de febrero de 2018, <https://www.fayerwayer.com/2018/02/inteligencia-artificial-abogados/>
- RCN RADIO. (25 de febrero de 2016). *Destituidos e inhabilitados por 15 años dos registradores de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Martín Meta*. Recuperado de <https://www.rcnradio.com/colombia/llanos/destituidos-e-inhabilitados-15-anos-dos-registradores-la-oficina-registro-instrumentos-publicos-san-martin-meta>
- RÍOS ESTAVILLO, Juan José, *Derecho e Informática en México, Informática Jurídica y Derecho de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.

IMPLICANCIAS DE UN CATASTRO NO OFICIAL EN EL PERÚ. ENTRE CATASTROS Y BASES GRÁFICAS

Karina Guevara

RESUMEN

La vinculación Catastro y Registro es una creación relativamente joven en el Perú que tiene por objeto unificar y estandarizar la información catastral de los diferentes entes generadores de Catastro para relacionarlas con el Registro de Predios. Por su parte, el Catastro de Predios viene a ser un inventario de predios, donde cada finca cuenta con código de asignación alfanumérico llamado código único catastral. Así, la coordinación Catastro-Registro se origina a partir de informes técnicos (los que tienen el carácter de vinculantes para el Registrador) donde se evalúa la coincidencia gráfica entre lo que arroja el ente generador de catastro y la base gráfica registral para descartar superposiciones y afectación a terceros. Por citar un ejemplo, para una independización de área, habilitación urbana o cualquier acto que implique modificación física del predio es el área de catastro quien debe dar su visto bueno previo al pronunciamiento del registrador para proceder a la inscripción del acto rogado.

El lograr la coordinación Catastro y Registro es un gran desafío pues se afronta varios obstáculos. La multiplicidad de entes generadores y administradores de catastro, distintos sistemas o métodos de medición, diferentes niveles de avance en materia catastral por parte de los entes generadores, carencia o deficiencia de información gráfica en los títulos inscritos, desactualización de la base gráfica registral y de las demás bases catastrales, inexistencia de una base gráfica registral oficial, falta de posicionamiento de la base gráfica sobre una cartografía básica oficial, descarte como criterio de calificación de la información obtenida a partir de plataformas informáticas libres, discrepancia entre la información técnica que brinda el Registro como publicidad (conflicto entre informe de catastro y certificado de búsqueda catastral), son algunos de ellos. El Registro frente a estas limitaciones ha cumplido una labor preponderante y para ello, por citar algunos casos ha

tenido que asumir los defectos de sus deficiencias y propiciar la inscripción frente a imposibilidades técnicas de la oficina de catastro sea por carencia o deficiencia de la documentación archivada, regular niveles razonables de rangos catastrales permitidos para la inscripción, asentar como acto o servicio registral la renuncia de área, asumir la superposición preexistente como defecto y no como obstáculo para la inscripción en actos secundarios, crear recientemente lineamientos para actualizar la base gráfica registral y llevar a cuentas el procedimiento de saneamiento catastral registral.

Pese a los esfuerzos, la desvinculación catastro registro continúa y por si fuera poco la brecha se alarga aún más, toda vez que por tratar de facilitar la inscripción se podría estar encubriendo una eventual superposición, no perdamos de vista que el Registro a través de su catastro no realiza tareas en campo; sin embargo, exige adecuación a su base gráfica, la cual como sentenciamos presenta serias dificultades. La base gráfica registral es meramente referencial, no obstante, cuando un expediente cuya documentación gráfica fue aprobada y visada por algún ente que genera el catastro de forma oficial llega al Registro, esta documentación es nuevamente evaluada por la oficina de Catastro que resaltamos es solo es referencial y no oficial y puede ser materia de observación básicamente por existencia de superposición o desplazamiento. Lo que ocurre es que el órgano de Catastro realiza una evaluación sobre la base referencial que posee y si el expediente no calza con la base del Registro es materia de denegatoria de inscripción. Esta nueva evaluación, desde mi punto de vista, distorsiona la labor del Catastro y por tanto pierde fuerza de oficial puesto que el Registro obliga al administrado a adecuarse a la información gráfica con la que cuenta.

Esto ocasionada que el registro publicite ficciones y no realidades, pues bajo la premisa de descartar superposición, el Registro valida información referencial o de plataforma informática. Lo que ocurre es que el Registro incentiva la ficción, pues obliga al administrado a adecuarse a una falsa realidad y este con el propósito de lograr la ansiada inscripción se somete al despropósito de un catastro no oficial y el círculo vicioso continúa, pues la realidad extrarregistral jamás calzará con la registral y por tanto no se logrará la vinculación Catastro y Registro.

El ideal es lograr la coincidencia gráfica entre el Registro y el Catastro, para ello se propone unificar los catastros bajo una entidad dependiente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos que genere, administre y conserve los datos. Debe existir un ente oficial generador de catastro donde la información que proporcione sea indubitable, pues el contar con varios entes generadores oficiales o legales distorsiona la llamada

oficialidad e incrementa la discrepancia y dispersión sin contar la diversidad de criterios de los operadores catastrales en cada entidad.

El catastro debe tener por función lograr una cartografía oficial y actualizada de los planos catastrales y contener una base de datos de su registro a fin de brindar información cartográfica catastral. Finalmente debe estar a cargo de la depuración de la información del Registro de propiedad en aras de coordinar la información gráfica y garantizar la libertad del tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica.

En cuanto a la operatividad, ambas instituciones consolidadas en una sola, debieran manejar un software que permita visualizar en tiempo real la base gráfica registral y la catastral. El Registrador en la calificación debe tener como herramienta el software de la base gráfica registral y la catastral, así la partida debiera publicitar también el plano georreferenciado del predio.

La inscripción de la actualización del plano con las medidas oficiales cuando se detecte desplazamiento o variación de medidas podrá efectuarse en dos etapas, una preliminar de anotación preventiva a la espera de oposición de colindantes afectados por las nuevas técnicas y una vez superada o descartada la oposición o sin mediar ella procederse a la inscripción definitiva del plano. La particularidad de este procedimiento radica en que estaría bajo la responsabilidad del Catastro quien es el ente generador del mismo y realizaría las tareas de campo y no del Registro como ocurre en el procedimiento de saneamiento catastral registral, donde el registrador no se constituye el predio y sin embargo es responsable del procedimiento.

En suma, la vinculación Catastro y Registro es hoy en día una tarea de gran envergadura, para lograrla se requiere conocer las deficiencias existentes y las implicancias técnicas y jurídicas que traen consigo el esquema adoptado por cada nación y sobretodo la diversidad de catastros existentes en el Perú, para a partir de ello trazarse desafíos y mejoras de cara la seguridad jurídica que es la misión del Registro, el intercambio seguro y fluido, interés de la economía y ciudades de desarrollo sostenible, uno de los objetivos para transformar el mundo.

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Los defectos o deficiencias del catastro, desde los entes generadores hasta aquellos que solo cumplen función administrativa o alguna función catastral, pasan por la falta de un catastro oficial o nacional, la coexistencia de múltiples entes generadores y administradores de catastro, inexistencia de una base gráfica oficial, inexistencia de documentación gráfica, por

carencia o insuficiencias de planos, desactualización del catastro pues no están en constante mantenimiento, la coexistencia de dos sistemas siendo el proceso de conversión del PSAD56 al WGS84 un evento lento y desarticulado, el proceso de levantamiento catastral aún no culmina puesto que existen territorios no catastrados o dicho en estricto pocas zonas íntegramente catastradas y la falta de base gráfica registral posicionada sobre una cartografía base oficial. Así lo señala también el RAS Programático-Planificación, Suelo Urbano y Oferta de la Vivienda¹ que elaboró el Grupo Banco Mundial para el MVCS donde se diagnosticó la política urbana, de planificación y de generación de suelo urbano, cuyo resumen entre otros es que No existen sistemas de información municipales que articulen la planificación con el desarrollo urbano. (Los sistemas de catastro son inexistentes o desactualizados. Cuando hay, usualmente se usan con fines de recaudación de impuestos) p 38

Estas circunstancias se originan debido a la falta de información oficial en determinados ámbitos, el territorio selvático por ejemplo, la inoperancia y dispersión de cartografía ya que son múltiples los entes que la originan y en su caso algunos no se encuentran operativos y en otros casos fuera de mantenimiento, sin contar que los entes generadores no tienen un sistema de comunicación activo entre ellos pues no se encuentran interconectados ocasionando que no puedan interoperar.

Esto ocasiona principalmente la superposición de cartografía catastral que desencadena en la dificultad para el saneamiento de los predios y por tanto explotar el valor económico que poseen, retrasando la circulación de bienes y riqueza.

IMPLICANCIAS DE CATASTROS Y BASES GRÁFICAS NO OFICIALES

Diversidad de Catastros

Los esquemas de organización del Catastro son múltiples, en algunos sistemas el catastro es un órgano administrativo independiente del Registro inmobiliario, como el caso español, En el caso peruano el catastro como ente generador también es independiente del Registro Inmobiliario y el dato característico es que coexisten varios entes con funciones catastrales, En el sistema costarricense por el contrario, el catastro es un órgano dependiente

¹ Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento Informe Nacional de Perú-Hábitat III Lima © 2016 recuperado de <http://www3.vivienda.gob.pe/popup/Informe-Nacional-HABITAT-III.pdf>.

del Registro Inmobiliario, así lo afirma la Ley de Catastro Nacional N° 6545.

En cuanto a los entes generadores de catastro, en España la Dirección General de Catastro ejerce a exclusividad la competencia catastral que implica la formación o generación, mantenimiento y difusión del catastro. En Costa Rica la ejecución y mantenimiento del Catastro, es función del Estado y su realización es potestad exclusiva del Catastro Nacional, así lo sanciona su ley de creación, sin perjuicio que pueda delegar funciones previa autorización.

En el Perú, coexisten varios organismos que administran el catastro tales como las municipalidades (196 provinciales, 1655 distritales y 2534 de centro poblados²), gobiernos regionales y cofopri que son entes generadores de Catastro, pero también existen los organismos que solo se encargan de la administración. En su conjunto los organismos que actualmente conforman el Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial son la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP, quien lo preside, Los gobiernos regionales y locales, el Instituto Geográfico Nacional – IGN, quien es el ente rector oficial de la cartografía, el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – INGEMMET, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales – SBN, el Organismo de la Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI, Ministerio de Cultura, El Instituto Catastral de Lima – ICL, el Ministerio de Agricultura y Riego – MINAGRI y el Ministerio del Ambiente. Como se aprecia son varias las entidades que generan o levantan catastro, las que pese a formar el llamado sistema integrado de catastro no tienen una comunicación en sí misma, pues tienen diferentes fuentes y datos. Esta variedad ocasiona que la información sobre los predios no siempre sea exacta y en ocasiones se encuentre duplicada o superpuesta deviniendo en inseguridad en las transacciones.

Solo con esta breve comparación advertimos varios modelos de catastro: (1) órgano independiente, (2) órgano dependiente, (3) un único ente generador y (4) múltiples entes generadores. Supuestos que permiten hacer las siguientes combinaciones: (1) un único ente generador dependiente del Registro Inmobiliario, (2) un único ente generador independiente del Registro Inmobiliario, (3) varios entes generadores dependientes del Registro Inmobiliario o (4) varios entes generadores independientes del Registro Inmobiliario.

Otros autores (Duran, Ignacio y Mirón, Jerónimo citados por Portillo, Angélica) clasifican a los modelos como de integración o unificación donde

² <https://www.inei.gob.pe>

el catastro y el registro funcionan bajo una misma entidad estatal, de colaboración donde ambas instituciones son independientes pero comparten la misma base de datos y el de coordinación, donde existe comunicación entre ambas instituciones independientes pues manejan base de datos diferentes. P 53

El escenario ideal es que exista un único ente generador de catastro, pues la diversificación en la administración ocasiona dispersión y obstaculiza el correcto desenvolvimiento del Catastro.

Base Gráfica Registral

La base gráfica Registral está constituida por la información técnica contenida en los títulos que han tenido acogida registral. La base registral no constituye propiamente un catastro, pues principalmente no genera catastro, no realiza trabajos de campo y no produce cartografía catastral.

El Registro hasta la fecha realiza tareas para adquirir bases gráficas confiables y oficiales de entidades públicas y privadas para la evaluación de la información y realiza ajustes a su base gráfica cada tanto que esta se modifica o se den las condiciones para adquirirla, pero mientras ello ocurre la realidad supera ampliamente al Registro, pues la cartografía o parcelación está en constante modificación que supera la actualización del Registro, toda vez que en su mayoría las ciudades crecen continuamente de forma informal sin parámetros de planificación y en otros el proceso burocrático para la adquisición de bases gráficas genera un retraso notable en la actualización.

Otro de los problemas de actualización de la base gráfica sucede a nivel interno, el reglamento de inscripciones del Registro de Predios indica que en cada modificación física de un predio inscrito o en una inmatriculación se debe cursar comunicación a la oficina de Catastro³. Esta labor, es titánica pues los actos modificatorios son numerosos y sobrecarga las labores administrativas del registro, lo que deviene en incumplimiento de esta tarea burocrática que desencadena en que la base gráfica se encuentre desactualizada. Esto aunado a que no se encuentra posicionada en una cartografía base, agrava la exactitud de los predios y por ende alarga la brecha hacia la ansiada seguridad jurídica. En la labor de vinculación entre ambos entes lo que se debe realizar es que automáticamente el sistema registral alerte a la

³ Artículo 11 del Reglamento de Predios: Inscritos los actos a que se refiere el primer párrafo, haya o no mediado informe técnico, se comunicará al área de Catastro a fin de que ésta actualice su base de datos.

oficina de catastro respecto de ese tipo actos inscritos a través del software operativo.

Por tanto, se debe desarrollar e implementar en los sistemas SARP (Sistema Automatizado del Registro de Predios) y SIR (Sistema Integrado Registral) el aplicativo para actualización de base gráfica para que con motivo de la inscripción, automáticamente se genere la alerta de modificación del predio en los actos que importen la incorporación de un predio al registro o su modificación física. Con ello la comunicación registro y oficina de catastro será simplificada, rápida, oportuna y automática con miras a la actualización de la base de datos, lo que reducirá además tiempo y recursos.

Por otro lado, cada zona registral tiene su propia área catastro pero no existe una base o soporte gráfico oficial de los predios inscritos, su ubicación y características lo que ocasiona a su vez que no exista comunicación entre las áreas catastrales internas del mismo Registro. La superintendencia de los Registros Públicos debe trazarse como objetivo con miras a lograr una vinculación catastro registro la creación o consolidación de una Base Gráfica Oficial.

Diversidad de Sistemas Georeferenciales

El sistema georeferencial permite ubicar de forma precisa a una finca a través de la altitud y latitud determinando su ubicación geográfica por medio de coordenadas y no a través de elementos topográficos como calle, camino, etc. No obstante el Perú confluyen dos sistemas siendo el datum oficial WGS84 desde el año 2011 donde mediante resolución jefatural N° 083-2011-IGN/OAJ/DGC del 03 de mayo del 2011 se dio por concluido el periodo de conversión finiquitando la licencia y uso del sistema PSAD56. La coexistencia de ambos sistemas genera discrepancias en la toma de medidas con el agravante de desplazamiento o superposición gráfica no obstante hallarse el predio geográficamente en el mismo lugar. Pese que la directiva indica que el sistema oficial es el WGS84 aún se levantan planos con el sistema PSAD56.

Otra dificultad es que la mayor parte de la información gráfica con la que cuenta el registro se encuentra en el sistema sudamericano PSAD 56 y de otro lado la información en el datum oficial con la que cuenta el Instituto Geográfico Nacional es poca. Ante esta eventualidad en una primera fase se optó por solicitar al administrado en todos los procedimientos de rectificación de áreas la información en ambos sistemas, luego mediante memorándum interno se estableció que solo sería factible solicitar ambas informaciones cuando se trata de procedimientos de saneamiento catastral y registral bajo lo normado por la Ley 28294, en los restantes no corresponde

solicitar información en el datum WGS84 (criterio sustentado en las resoluciones 1117-2016-SUNARP-TR-L de 01/06/2016, 2715-2015-SUNARP-TR-L de 31/12/2015)⁴

Cómo superar este escollo. Se debe agilizar el proceso de transformación de coordenadas PSAD56 a WGS84, mediante levantamientos catastrales masivos para la rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas como los que se realiza en predios rurales conforme los lineamientos fijados en la Resolución Ministerial N° 0111-2016-MINAGRI del 11 de marzo de 2016 donde en el supuesto de existir dentro de esta unidad territorial sujeta a levantamiento catastral predios inscritos bajo el Datum PSAD 56, el procedimiento de rectificación incluirá la nueva ubicación georeferenciada en el Datum WGS 84 a fin de evitar posibles superposiciones gráficas por el uso de distintos sistemas de referencia.

Así mismo se debe propiciar e incentivar la inscripción de actualización de datos de plano georreferenciado en coordenadas oficiales o de conversión de sistemas y en caso de discrepancia de áreas fuera del rango de tolerancias catastrales unificar el criterio a fin de que se califique como acto de rectificación por error de cálculo. El incentivo podría darse mediante beneficios en las tasas registrales.

Avance Catastral Municipal Diferenciado

No todas las municipalidades cuentan con oficinas de catastro y las que cuentan no tienen idéntico nivel de avance tecnológico y logístico. El Banco Mundial informa que Solo uno de cada cinco distritos del país cuenta con instrumentos de planificación urbana vigentes y sólo 8 distritos de los 530 distritos urbanos tienen un catastro completo y actualizado. Como resultado, la recaudación por impuesto predial es una de las más bajas de América Latina.⁵ Entre esos ocho distritos se encuentran los capitalinos: Miraflores, San Isidro, Surco, Los Olivos, entre otros.

Otra dificultad, es la Discrepancia de la información brindada por el mismo órgano municipal, se puede dar el caso que en algún momento el ente generador determinó que el predio se ubica en zona catastrada, luego emite certificados contradictorios señalando que el mismo predio se ubica en zona no catastrada, para citar un ejemplo el caso de la Municipalidad Distrital de

⁴ Recuperado de https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

⁵ World Bank. 2016. PERÚ El reto de crear un sistema de ciudades prósperas recuperado de <http://documents.worldbank.org/curated/en/169961476429848729/pdf/109081-BRI-P160939-Series-Per%C3%BA-Notas-de-Pol%C3%ADtica-2016-PUBLIC-Elretodecrearunsistemadeciudadesprósperas-SPANISH.pdf> p 3

Puente Piedra refiriéndose el predio los gallinazos. Este pronunciamiento contradictorio conlleva a que el procedimiento de incorporación del predio al Registro o en su saneamiento no se aplique correctamente los requisitos para el saneamiento, toda vez que los requisitos para zonas catastradas y no catastradas, son distintos.

Qué hacer frente a esta situación. Se requiere de un organismo técnico cuyo objetivo principal sea hacer catastro, generarlo, mantenerlo y administrarlo, pues las municipalidades tienen otras misiones y relegan a un segundo plano el quehacer catastral y en todo caso los fines municipales son más tributarios o fiscales que los jurídico-registrales.

Asimismo, es de vital importancia que el estado destine financiamiento para el desarrollo y mantenimiento del Catastro, pues según la Organización de los Estados Americanos⁶ un catastro moderno contribuye, entre otros, a mejorar la planificación urbana, se convierte en una herramienta para el desarrollo integral de las ciudades, consolida mercados de bienes raíces más estables y transparentes e incrementa la actividad económica a través de préstamos bancarios otorgados contra el título de propiedad.

Se requiere programar como política nacional - a mediano plazo- dentro del plan de crecimiento de la república el desarrollo del catastro a gran escala y la reestructuración de su organización, pues del plan nacional estratégico con mira al 2021 no existe un acápite destinado al catastro y su modernización, aun cuando se plantea como estrategia la formalización de la propiedad, aumentar la disponibilidad de suelo urbano, facilitar el desarrollo de proyectos inmobiliarios, entre otros⁷.

Es de indicar que recién con el D. Leg. 1288 se regula como de interés nacional el desarrollo del Catastro Multifinlatario viabilizado a través de una Infraestructura de Datos Espaciales de alcance nacional, bajo el liderazgo del Consejo Nacional de Catastro; no obstante nada se revela en cuanto a su reestructuración o unificación.

Desvinculación Catastro y Registro

Desde el modelo vigente a mi criterio no existe una verdadera coordinación catastro Registro, esto se verifica desde dos frentes, desde el titular

⁶ Recuperado de <http://portal.oas.org/Portal/Sector/SAP/DptodeModernizaci%C3%B3ndelEstadoyGobernabilidad/NPA/MuNetCatastro/tabid/839/language/es-CO/default.aspx>.

⁷ El plan bicentenario formulado en el año 2011 no plantea políticas para el desarrollo del catastro https://www.mef.gob.pe/contenidos/acerc_mins/doc_gestion/PlanBicentenarioversionfinal.pdf

y desde el predio. En cuanto al titular, el Registro publicita a un titular en tanto que el catastro puede referir a otro, así tenemos titulares catastrales y registrales, eso se verifica mejor en el procedimiento de saneamiento catastral registral donde el certificado emitido por el ente generador de catastro arroja a los colindantes catastrales los cuales significativas veces discrepa de los colindantes registrales, por ello la notificación se efectúa a ambos tipos de colindantes para salvaguardar los intereses de terceros potencialmente afectados. Esta discrepancia de titularidad ocurre porque el Registro no es obligatorio y porque ante las municipalidades el poseedor también es denominado titular catastral.

La otra perspectiva es la del predio que es quizá la más perjudicial. El ente que realiza las labores de campo levanta la información catastral e incluso determina que no existe superposición. Sin embargo, cuando llega al Registro, la realidad es distinta, pues es requisito inexorable que el polígono propuesto calce con la base gráfica del Registro. Si catastro determina superposición aunque en la realidad no funja tal circunstancia habrá que acudir previamente a un procedimiento de saneamiento. En este contexto el administrado se ve forzado a valerse de mecanismos para lograr la inscripción, en algunos casos modifica los planos para adecuarse a la base gráfica registral y en otros utiliza mecanismos más radicales como la renuncia de área. Esta última modalidad es una figura creada en sede registral con el propósito de hacer viable la inscripción y fue acordada mediante el CIX PLENO Sesión ordinaria modalidad presencial realizada los días 28 y 29 de agosto de 2013. Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de setiembre de 2013 cuya sumilla reza como sigue: “Es inscribible la cancelación de la inscripción del derecho de propiedad sobre todo el predio y su consiguiente desinmatriculación por renuncia de su titular, siempre que ello no afecte derechos de terceros.” Criterio adoptado en las Resoluciones N° 096-2007-SUNARP-TR-T del 02/05/2007 y N° 329- 2013-SUNARP-TR-A del 18/07/2013. Esta figura ha generado múltiples debates sobre el derecho de propiedad y la posibilidad de renuncia, pero como mecanismo registral sostengo que sería adecuado el desistimiento parcial de la rogatoria respecto de la parte afectada, sin pretender que dicha solicitud como mero pragmatismo solucione el problema que nos atañe: la deficiencia de la base gráfica. ¿Será esta la salida pese a que lo que publicita el Registro es un espejismo?

Procedimiento de Saneamiento Catastral Registral

Mediante la Ley N° 28294 ahora modificada por el D. Leg. 1288, se creó el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios, para ello se instauró el Sistema Nacional Integrado

de Información Catastral Predial, con la finalidad de regular la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país, así como vincular la información catastral con el Registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos; sin embargo, el objetivo hasta la fecha no se cumple pues la unificación de estándares aún no culmina.

El acto registral producto de la llamada vinculación Catastro-Registro es el procedimiento de saneamiento catastral registral. Contiene dos formas de saneamiento, ante la municipalidad mediante actas y ante el Registro. El primero de ellos no opera aún, pues en mi experiencia hasta la fecha no se conoce ningún procedimiento mediante el cual el saneamiento haya sido realizado o conducido por la municipalidad.

El saneamiento ante el Registro se da en dos etapas una de anotación preventiva y la otra de inscripción definitiva. La nota particular es que el procedimiento está a cargo del Registrador de Predios sobre quien recae la responsabilidad de las publicaciones y de la publicidad del procedimiento por medio de la anotación preventiva.

El problema. En sede registral los actos tendientes a la anotación preventiva del saneamiento catastral registral son en su mayoría rechazados en primera instancia, es en segunda instancia que se logra la anotación. Superada esta preliminar las oposiciones al saneamiento son múltiples y no en todos los casos la razón es la efectiva afectación al tercero sino la mera potencialidad de la afectación es que empuja al administrado a oponerse a este procedimiento. El trámite interno de notificación personal es largo, primero debe notificarse a cada uno los colindantes, luego a los titulares registrales, posteriormente se realiza la publicidad legal a través de las publicaciones en diarios y finalmente transcurrido el plazo de treinta días es que se puede solicitar la inscripción definitiva, el escollo radica en que en ese ínterin el plazo de vigencia de la anotación preventiva (80 días hábiles) caduca de forma inexorable lo que conlleva al fracaso del saneamiento.

Por otro lado, en los procedimientos de saneamiento como este, se podría estar generando duplicidad que de momento se mantiene oculta. Véase con la imposibilidad de determinar por deficiencia técnica si bien aplica el principio pro administrado, técnicamente podría estar encubriendo una duplicidad aún no detectada pero que a futuro puede devenir en duplicidad o superposición.

Otro gran problema es el estudio técnico, recordemos que se parte del presupuesto que este procedimiento está a cargo del Registrador público, no obstante este no se constituye al predio para hacer las respectivas verificaciones y la oficina de datos catastrales del Registro solo efectúa una labor

en gabinete. Entonces, se podría estar brindando un dato erróneo, pues la realidad es lo que arroja el ente generador de catastro; sin embargo, se exige se adecúe a un trabajo en gabinete y no de campo y por tanto distorsiona el procedimiento.

El procedimiento de saneamiento catastral registral es el procedimiento estrella de la llamada vinculación catastro registro, sin embargo, considero que no cumple su finalidad. Los otros procedimientos de rectificación de área (mutuo acuerdo, procedimiento notarial, error de cálculo, rectificación unilateral y rectificación vía judicial) son los más utilizados por el administrado. Además, pese que se con la inscripción definitiva se debe inscribir el Código Único Catastral este no se efectúa o publicita, sea por defecto o falta de rogación, así mismo, por desconocimiento o desidia no se inscribe por si solo el código único catastral (unidad alfanumérica del predio) aun cuando existe plena coincidencia con las áreas que publicita el Registro.

Carencia o Deficiencia de Documentación Gráfica

El Catastro y el Registro han evolucionado en distintos niveles pero se deben una a mutación constante dados los avances tecnológicos y las mejoras técnico-jurídicas, en algunos países el Catastro habrá alcanzado mayor evolución, mientras que en otros será el Registro. En el caso Peruano, es el Registro el órgano que ha logrado mayor avance y por tanto es él quien ha tenido que asumir o regular mecanismos para afrontar las deficiencias técnicas en aras del desarrollo. El Registro comenzó el proceso de incorporación de predios cuando no se pensaba en la importancia que el catastro devendría para la exactitud y precisión de ubicación geográfica. Es así que los archivos registrales contienen documentación gráfica deficiente como aquella basada en simples croquis e incluso nula donde se describe de forma literal al predio generando que no se pueda reconstruir el polígono y por ende descartar superposición. Frente a este flagelo el Registro no tuvo más opción que regular el supuesto de superposición preexiste o de duplicidad donde el juego de los principios registrales queda bloqueado y se deja de lado de aplicación de normas registrales y se regulan por el derecho común.

Es aquí donde la vinculación Catastro y Registro encuentra su principal escollo, toda vez que en las inscripciones que tienen documentos gráficos no georeferenciados o que carecen de ellos, no es factible aplicar las nuevas técnicas de medición. Ante esto, el Registro y el Catastro ceden flexibilizando la inscripción.

Informe Técnico de Cara al Certificado de Búsqueda Catastral

El certificado de búsqueda catastral que es aquél documento que constituye servicio de publicidad que brinda el Registro en mérito del informe del Área de Catastro, donde se certifica la existencia o no de superposición de áreas. Esta publicidad que emite el registro sucumbe ante la calificación registral en un procedimiento de saneamiento registral, de lo que se colige que no existe vinculación cuando menos interna entre el Registro Inmobiliario y su propia oficina de catastro o base gráfica registral, menos existirá entre el Registro y los demás entes administradores o generadores de catastro. La precisión de citar las siguientes resoluciones no tienen objeto verificar el documento que debe primar ante un conflicto de informes emitidos por la propia entidad sino precisar el conflicto interno de la oficina de Catastro sobre su propia base gráfica registral, dejando a salvo los casos en que entre la emisión del certificado y el informe emitido dentro del procedimiento registral haya variado la partida registral o se haya actualizado la base gráfica. 596-2017-SUNARP-TR-T de 15/12/2017, 382-2016-SUNARP-TR-T de 02/09/2016 y 550-2014-SUNARP-TR-L de 20/03/2014.

MECANISMOS APALEADORES

Indubio Pro Administrado

La imposibilidad técnica, del órgano de catastro dependiente del Registro, de determinar la superposición es un factor que coadyuva a un pronunciamiento favorable para la inscripción pues se parte del supuesto que los costos de incapacidad operativa, técnica o funcional del registro no pueden ser trasladados al administrado cuando este obró de forma diligente y colaboradora con la administración y suministró información gráfica para que catastro emita su informe. Es el Registro quien en este caso asume los costos por la generación de duplicidades e inexactitudes. La Resolución N° 067-2005-SUNARP-TR-T del 25 de abril de 2005 es una de los primeros pronunciamientos del Tribunal Registral donde se determina los alcances de la vinculación del informe de catastro al señalar que Los informes técnicos del área de catastro resultan vinculantes para las instancias registrales siempre que contengan pronunciamiento cierto acerca de la inscripción o no de un bien en el registro (...), Pero cuando el catastro simplemente se limita a señalar que no puede determinar la condición inscrita o no de un bien, no puede de ninguna manera ser vinculante pues simplemente no hay información cierta. Este criterio ha sido recogido en varios procedimientos y el de rectificación de áreas y lindes no ha sido la excepción (Véase a modo de jurisprudencia las resolucio-

nes N° 626-2016-SUNARP-TR-L de 27/10/2016, 084-2016-SUNARP-TR-L de 15/01/2016, 1028-2015-SUNARP-TR-L de 27/05/2015, 980-2015-SUNARP-TR-L de 20/05/2015, 1720-2014-SUNARP-TR-L de 11/09/2014, 1368-2014-SUNARP-TR-L de 23/07/2016, entre otras), siendo suficiente que se concluya que el predio materia de saneamiento se encuentra en la partida solicitada.

Tolerancias Catastrales

La tolerancia catastral en la medición de áreas de predios, es otro de los mecanismos empleados por el Registro para lograr la inscripción de títulos. El Catastro y el Registro tienen distintos objetivos y funciones, cada uno produce información trascendental para la gestión pública y la gobernanza de la tierra, ambas entidades deben un lograr un equilibrio para el logro de una buena gestión y determinar hasta qué punto es vital la precisión de datos para la gestión y políticas públicas. Por ello la precisión que brinda el Catastro es necesaria pero no absoluta y en este punto donde entra a tallar el Registro a través de las tolerancias o rangos catastrales estableciendo un rango razonable o aceptable en la diferencia de áreas, medidas o linderos de un mismo predio, puesto que los datos catastrales son importantes para la toma decisiones sobretodo en el marco de la gestión pública para proyectos de infraestructura y para la empresa privada a su vez, pero no se debe hacer uso ortodoxo de la precisión.

Plataformas Libres

Google Earth, por citar un ejemplo de plataforma libre, se ha convertido en base referencial para determinar la ubicación de los predios, así lo indica los considerandos de la resolución n° 039-2017.sunarp/DTR del 29 de diciembre del 2017, así mismo la misma directiva que dicta los lineamientos indica que cuando no se cuente con base gráfica autorizada o contando con ella existan vacíos o espacios dentro de ella se podrá hacer uso de plataformas informáticas de mapas⁸, softwares libres y otros para la ubicación referencial de los polígonos en evaluación; Sin embargo, en pronunciamiento reiterado la máxima instancia registral dispuso que el informe técnico solo puede basarse en información que obre archivada. Así lo señala también el propio reglamento de predios donde indica que el informe se realizará sobre la base de la información gráfica con la que cuente el área de catastro, actualizada a la fecha de emisión del informe técnico, bajo responsabilidad. La única información gráfica que puede ser tomada en cuenta por el área de

⁸ Constituidos por servicios informáticos gratuitos que brindan información cartográfica georeferenciada sobre fotografías aéreas o imágenes de satélite.

catastro para emitir sus informes es aquella referida a inscripciones existentes. Así, resulta proscrita toda información que no encuentre su fuente en un título calificado e inscrito (630-2016-SUNARP-TR-A de 27/10/2017, 308-2017- SUNARP-TR-A de 22/05/2017, 618-2016-SUNARP-TR-A de 26/10/2016. Esto muestra la realidad y la aspiración, la realidad es que el registro extraoficialmente utiliza herramientas externas y la aspiración radica en que solo debe fundarse en su base gráfica.

Desde mi perspectiva, para la calificación registral se debe estandarizar el criterio de la extracción de datos obtenidos a través de imágenes vía aérea o satélite, haciendo viable y oficial el uso de ortofotos con drones.

AMALGAMA CATASTRO Y REGISTRO: DESAFÍOS

El conocimiento del territorio a través de su cartografía es importante para poder tomar decisiones, establecer políticas públicas, planificar la urbe, afrontar desastres naturales⁹, generar recaudación a través de tributos, propiciar el crecimiento ordenado de las ciudades y con ello generar un desarrollo sostenible de ellas. El conocimiento del territorio se logra a través del Catastro, de un catastro con multiplicidad de fines, propósitos y también de beneficios. La problemática peruana dentro de los objetivos descritos es que coexisten varios catastros, todos oficiales y ninguno a la vez. Por otro lado, la cartografía de una misma zona o territorio se tiene traslapada varias veces o simplemente en otros espacios no se tiene (Amazonía)¹⁰, otro factor es la informalidad de la propiedad (invasiones y posesión informal), el crecimiento rápido y desorganizado de las ciudades. No siendo esto suficiente, la toma de decisiones tanto en la actividad privada como pública es en función a la información que brinda el Registro, lo que quiere decir que la base gráfica registral que no es un catastro marca la pauta dentro de un sin número de catastros que son entes generadores.

⁹ Entrevista a José Luis Quilcate Tirado, director del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal -COFOPRI-, con ocasión de comentar el avance del catastro de predios en zonas afectadas por el Niño Costero (273.000 predios, cita), que de los 2,5 millones de predios que el COFOPRI controla, el 80% no tienen hecha la formalización de la edificación. Es decir, el predio consta en el catastro, pero no lo que sobre el mismo se haya construido. Con lo que malamente se pueden evaluar los daños después de una catástrofe. Primer efecto negativo. ¿Por Qué Funcionan Mal El Catastro o Los Registros de La Propiedad? (Perú Y Colombia) Recuperado de <http://worldofficeforum.com/catastro-registros-propiedad-peru-colombia/>

¹⁰ Conclusiones de la conferencia de la OEA recuperado de <http://www.3reunioncatal-troyregistro2017.org.uy/esp/recursos/>

El propósito de la vinculación catastro registro, donde ambos constituyen entes administrativos encargados de la administración de las tierras sin que ello implique duplicidad de funciones y responsabilidades, debe ser la consolidación de la infraestructura de datos espaciales a través de IDES que se convierte en una herramienta para el desafío de lograr que los polígonos catastrales y registrales sean idénticos. Se debe lograr obtener una información sistematizada que sea confiable y segura, lograr registros y catastros vinculados e inteligentes a través de una plataforma única¹¹,¹², estandarizada, accesible e interoperable para lograr su fortalecimiento. Un buen catastro permitirá conectar las áreas rurales con las urbanas. El catastro debe tener vocación de continuidad y universalidad, se debe hacer esfuerzos para su mantenimiento y actualización al menor costo posible, sea a menor escala con el aporte del usuario actualizando los datos de su predio o en sus transacciones, mediante asociaciones público privadas (APP) o a gran escala mediante política estatal como el levantamiento catastral de áreas de terreno para formalización de propiedad. Se deben establecer políticas públicas respecto a la información gráfica y establecer qué dato podrá ser de libre acceso y cuál a través de pago de derechos.

La coordinación Registro y Catastro como se colige es importante para el ordenamiento territorial y el desarrollo y crecimiento sostenible de las ciudades.

De lo expresado, estamos convencidos que el Registro y el Catastro deben trabajar de forma coordinada bajo herramientas de interconexión que permitan vincular o intercambiar información de forma simultánea para el logro de sus propósitos¹³, primordialmente en el conocimiento y

¹¹ En el RAS Programático-Planificación, Suelo Urbano y Oferta de la Vivienda que elaboró el Grupo Banco Mundial para el MVCS se diagnosticó la política urbana, de planificación y de generación de suelo urbano, se determinó como desafío la (iii) implementación de una plataforma de información catastral única, como medio para la definición de posibilidades de inversión en áreas geográficas. P 75. Recuperado de Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento Informe Nacional de Perú- Hábitat III Lima © 2016 recuperado de <http://www3.vivienda.gob.pe/popup/Informe-Nacional-HABITAT-III.pdf>.

¹² El Consejo Nacional de Competitividad tiene como meta al 2018, contar con una plataforma de información catastral única. P 4 recuperado de <http://documents.worldbank.org/curated/en/169961476429848729/pdf/109081-BRI-P160939-Series-Per%C3%BA-Notas-de-Pol%C3%ADtica-2016-PUBLIC-Elretodecrearunsistemadeciudadesprspas-SPANISH.pdf>

¹³ Roca Sastre, Ramón- Roca Sastre, Luis. Derecho Hipotecario. “Las relaciones entre el registro y el catastro son, pues, de prestaciones recíprocas. Cada una de estas dos

ordenamiento del territorio bajo estándares óptimos de seguridad jurídica que permitan el intercambio comercial.

Se ha concluido en este y en un sin número de trabajos relacionados al tema^{14, 15, 16} que se requiere de un único catastro que genere, almacene, administre y mantenga los datos de los predios con finalidad de no dispersar la información, duplicarla, aumentar costos de transacción para el usuario, costos de implementación y mantenimiento para el estado.

En el caso Peruano, la pauta en el comercio de bienes y en la toma de decisiones está en función de lo que publicita o archiva el Registro; por ello, el catastro con función jurídica no puede ser abordado de forma aislada del Registro pues aquél constituye herramienta de este y por su parte el Registro no puede completar su función de protección a terceros si es que no cuenta con un soporte técnico como es el Catastro. Para el sistema peruano dentro de este contexto la Base Catastral Registral es que la determina finalmente la viabilidad de la operación en función del descubrimiento de la superposición.

instituciones conservan su autonomía en sus funciones específicas (...) Debiera existir, en consecuencia, una relación de interdependencia o de armonía funcional entre el Registro y el Catastro, y la regulación de esta armonía entre ambos institutos, sobre la base de aquellas prestaciones recíprocas en la llamada coordinación entre ambos". P 469

¹⁴ Portillo, M. "Desarrollar un único catastro y de alcance nacional bajo el modelo de gestión centralizado, altamente desconcentrado y con eficaces relaciones de coordinación y colaboración con entidades nacionales, subnacionales u otros agentes. P 163 (...) a través de un organismo autónomo de la administración central. P 164. Un catastro de alcance nacional que ejerza eficazmente su función jurídica, coadyuvaría a generar cartografía catastral sumamente útil para el desarrollo de la Base Gráfica Registral".

¹⁵ Álamo, P.- Morales, J.. "Dada la trascendencia de los catastros, lo ideal es que nuestro país marchemos hacia la creación de un sistema único de catastro, que pueda ser utilizado con fines de multipropósito. (...) podría ser administrado por alguna de las entidades líderes en la materia o en su defecto crear un organismo específico que se encargue de ello, algo así como una superintendencia nacional de catastro. P 184

¹⁶ Neyra, A. "Se hace necesario uniformizar no solo el catastro y sus métodos, sino la cartografía nacional en sí, bajo un ente que evalúe todas las formas y procesos de levantamiento de información y se encaje dentro de un registro cartográfico y bases de datos nacional, ya que en el Perú se registran serios desfases, y discordancias entre las bases y métodos cartográficos existentes que requieren ser normados. Citado por Gonzales, Gunther p 268

El escenario ideal sería que la base catastral registral y el Catastro (que debe ser único) coincidan a exactitud, que ambas instituciones publiciten polígonos idénticos como en el caso de las formalizaciones llevadas a cabo por la Cofopri y el Pett; sin embargo, para ello se requeriría que todos los predios se encuentren inscritos o cuando menos que la inscripción sea constitutiva, objetivo último que no es el propósito de este trabajo. Lo que aquí se pretende es poner en manifiesto las vicisitudes que afronta el Registro dentro del marco de la labor relacionada con el Catastro, demostrar que el catastro y el registro a través de su base gráfica registral no han llegado a la vinculación o coordinación deseada y que esa desvinculación trae serias consecuencias para el tráfico de bienes. En el afán del Registro por estar a la par con el catastro y cumplir a su vez la misión de inscripción de derechos de propiedad es que se ha agenciado de mecanismos que hagan posible el equilibrio entre ambos y por ello quizá en lugar de sanear los predios y derechos lo que se genera es un efecto apaleador hasta incentivador más no demoleedor de la duplicidad.

Como propuesta de solución, es lograr la fusión Catastro y Registro mediante una única institución que se encargue del Catastro que sea dependiente del Registro¹⁷ y tenga por funciones la creación, administración, registro y mantenimiento del catastro y archivo de planos. Un ensayo preliminar aunque insipiente de esta amalgama se puede apreciar con la experiencia del Registro Predial Urbano que utilizó como cartografía base la elaborada por la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal- COFOPRI respecto del saneamiento de predios ubicados en zonas populares (Lo mismo ocurrió con el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural- PETT para el Registro de Predios Rurales). La cartografía de ambos entes fue incorporada al Registro y constituye uno de los casos donde la base gráfica registral calzará con la del ente generador pues la función fue de un catastro jurídico¹⁸. En los otros supuestos (municipalidad y gobiernos regionales) no ocurre lo mismo. Téngase en cuenta además que en las experiencias citadas los predios no se hallaban inscritos por lo que incorporación fue viable y en los casos de predios inscritos el levantamiento fue masivo y por tanto la rectificación de áreas y linderos se llevó a cabo por el mismo ente formalizador que a su vez generaba catastro y el Registro

¹⁷ Grandchamp, Pierre – Posada, Hernando. “A lo largo de la obra hemos podido analizar las íntimas vinculaciones que existen entre el catastro y el registro; como en la etapa preparatoria deben marchar paralelas estas dos instituciones y cómo, en un futuro, deben fusionarse”. P 487.

¹⁸ Catastro Jurídico, porque incluye la fase saneamiento físico (levantamiento de la base cartográfica y de la base temática catastral) como de saneamiento legal (identificación del titular del derecho) con fines de inscripción. Álamo, Pedro- Morales, Juan- El Catastro y Los Registros de Propiedad Inmobiliaria. P 177.

finalmente se encargó de publicitar el resultado de aquella tarea. En este caso el catastro del Registro solo se ocupó de incorporar el levantamiento a su base gráfica. Ambas instituciones trabajaron y hasta el día de hoy laboran de la mano vinculados a una sola base gráfica para lograr la formalización de la propiedad. Considérese además que la Cofopri operativamente tiene funcionarios que laboran en la sede del registro para lograr la inscripción y la Sunarp y la Cofopri tienen celebrados convenios interinstitucionales para dotarse de información mutua para el logro de sus objetivos.

Cabe mencionar además, que el objeto inicial de la fusión RPI (Registro de propiedad inmueble) y RPU (Registro Predial Urbano) mostró como beneficio que el RPU contaba con una base geográfica que permitiría junto con el Catastro del registro de minería y el catastro del Proyecto especial de titulación de tierras y catastro rural-PETT el desarrollo de un catastro único de predios a nivel nacional. (Exposición de motivos del proyecto de ley de creación del Registro de predios e incorporación del RPU a la SUNARP).

El catastro debe tener por función lograr una cartografía oficial y actualizada de los planos catastrales y contener una base de datos de su registro a fin de brindar información cartográfica catastral. Finalmente debe estar a cargo de la depuración de la información del Registro de propiedad en aras de coordinar la información gráfica y garantizar la libertad del tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica.

En cuanto a la operatividad, ambas instituciones consolidadas en una sola, debieran manejar un software que permita visualizar en tiempo real la base gráfica registral y la catastral. El Registrador en la calificación debe tener como herramienta el software de la base gráfica registral y la catastral, así la partida debiera publicitar también el plano georreferenciado del predio.

La inscripción de la actualización del plano con las medidas oficiales cuando se detecte desplazamiento o variación de medidas podrá efectuarse en dos etapas, una preliminar de anotación preventiva a la espera de oposición de colindantes afectados por las nuevas técnicas y una vez superada o descartada la oposición o sin mediar ella procederse a la inscripción definitiva del plano. La particularidad de este procedimiento radica en que estaría bajo la responsabilidad del Catastro quien es el ente generador del mismo y realizaría las tareas de campo y no del Registro como ocurre en el procedimiento de saneamiento catastral registral, donde el registrador no se constituye el predio y sin embargo es responsable del procedimiento.

CONCLUSIONES

El Sistema Integrado de Catastro Nacional no tiene como propósito la dación de un catastro único, sino tiene por objeto integrar y unificar crite-

rios de estandarización, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro.

El Sistema Registral debe seguir siendo el declarativo, que el catastro esté seriamente vinculando al registro no desencadena que el registro se convierta en constitutivo, lo que busca finalmente es buscar exactitud predial.

El Catastro debe ser un órgano dependiente del Registro de Propiedad Inmueble para lograr los efectos jurídicos que proponemos y con función técnico registral. La mira es un Catastro único de finalidad múltiple sí, pero registralmente hablando con fines jurídicos.

La multiplicidad de catastros lo que generan es duplicidad, dispersión, inseguridad y sobre costos estatales. Mantener variedad de catastros es un costo duplicado para el estado, pues invierte en el establecimiento y mantenimiento de cada catastro. Véase el caso del Registro que tiene que adquirir cada cierto tiempo bases gráficas a costos millonarios. Mientras existan múltiples organismos que emiten catastros y otros tantos que lo administre la vinculación catastro registro es una utopía, pues no existe tal vinculación.

Existe desconexión o desvinculación entre catastros, cada organismo maneja o administra su propia base gráfica. Por más que se haya creado el ente que trata de uniformizar los estándares, el objetivo de coordinación entre ellos y entre el Registro, aún no se logra.

En la actualidad prima la labor en gabinete antes que el trabajo de campo. Por tanto el levantamiento catastral de un ente generador sucumbe ante la base gráfica registral, que no tiene el carácter de catastro oficial y no se encuentra actualizada.

La falta de una base gráfica Registral posicionada sobre una cartografía base induce a error en la ubicación de los polígonos y por ende informes técnicos erróneos.

El levantamiento catastral es un trabajo costoso, complejo y lento, no obstante una vez culminado se encuentra con la gran pared de la base gráfica registral que no coincide con ese levantamiento.

El instituto geodésico nacional, ente rector de la cartografía nacional, aún no ha elaborado la cartografía a escala catastral de los predios de todo el territorio nacional.

El gran objetivo de la vinculación es lograr perfecta coincidencia entre el titular registral y una finca con descripción exacta y sin afectación a terceros, se utiliza como mecanismo el procedimiento de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas, principalmente de aquellos iniciados por

parte del administrado, pues el estado se desbordaría el procedimiento de saneamiento a gran escala de todos los predios a nivel nacional.

Si el catastro de predios según la ley de coordinación catastro registro es el inventario físico de predios y que a cada uno de ellos se le asigna un código único catastral con referencia al titular del derecho de propiedad. Entonces no existe un catastro de predios, pues en su mayoría estos no cuentan con código único catastral y en caso contarlos no se encuentra debidamente publicitado. Esta problemática es más visible en los casos de propiedades en condominio donde al inscribirse las unidades inmobiliarias donde aún cuando los planos han sido sometidos a visado municipal no cuentan con asignación de código único catastral para el predio madre y los resultantes.

El Perú ha optado por la vinculación catastro registro, dejando de lado posiciones adversas que sostienen que no se requiere de un catastro sofisticado. Por tanto, o hacemos la tarea a gran escala creando un catastro oficial y fusionado con el Registro o desistimos de tal objetivo para el correcto funcionamiento y desempeño del sistema registral.

El objetivo debiera ser la unificación de la información catastral con la registral, con el fin que se pueda obtener en simultáneo la información tanto de titularidad (registral) como del predio (catastral) a través de una plataforma única.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álamo Hidalgo, Pedro- Morales Godo, Juan- *El Catastro y Los Registros de Propiedad Inmobiliaria*. Temas de derecho registral. Tomo IV, 2000. Cuarta ED. SUNARP. PP 179- 195
- Gonzales, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. 2 Ed. Jurista Editores. Lima- Perú. 2004
- Grandchamp, Pierre – Posada Cuellar, Hernando. *El catastro Nacional*. Tomo 2. Ed. Imprenta Nacional. Colombia, Bogotá. MCMXLII
- Portillo Flores, María Angélica. *El Catastro en el Perú: Estudio Teórico, Jurídico y de Gestión*. Ed. Palestra1º Ed. Lima 2009.
- Roca Sastre, Ramón Ma, Roca Sastre Muncunill. *Derecho Hipotecario*. Séptima Edición. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona- España. 1979

PÁGINAS Y ENLACES WEB CONSULTADOS

<http://documents.worldbank.org/curated/en/169961476429848729/pdf/109081-BRI-P160939-Series-Per%C3%BA-Notas-de-Pol%C3%ADtica-2016-PUBLIC-Elretodecrearunsistemadeciudadesprspervas-SPANISH.pdf> fecha de consulta 15 de Febrero del 2018

<http://worldofficeforum.com/catastro-registros-propiedad-peru-colombia/> fecha de consulta 28 de Febrero del 2018

<http://www.3reunioncatastroyregistro2017.org.uy/esp/recursos/> fecha de consulta 24 de marzo del 2018.

<http://www3.vivienda.gob.pe/popup/Informe-Nacional-HABITAT-III.pdf>. Fecha de consulta 18 de marzo del 2018 <http://portal.oas.org/Portal/Sector/SAP/DptodeModernizaci%C3%B3ndelEstadoyGobernabilidad/NPA/MuNetCatastro/tabid/839/language/es-CO/default.aspx>. Fecha de consulta 18 de marzo del 2018 <http://documents.worldbank.org/curated/en/169961476429848729/pdf/109081-BRI-P160939-Series-Per%C3%BA-Notas-de-Pol%C3%ADtica-2016-PUBLIC-El-retodecrearunsistemadeciudadespraderas-SPANISH.pdf> Fecha de consulta 18 de marzo del 2018

<http://www.3reunioncatastroyregistro2017.org.uy/esp/recursos/> Fecha de consulta 18 de marzo del 2018

<http://www.cnc.gob.pe/web/pagina.php?PID=1521> fecha de consulta 05 de marzo 2018 <https://www.sunarp.gob.pe/index.asp> última consulta 30 de enero del 2018 <https://www.sunarp.gob.pe/tribunal-registral.asp> última consulta 30 de enero del 2018 <https://www.inei.gob.pe> fecha de consulta 02 de febrero del 2018.

IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO LADM_COL EN LOS SISTEMAS REGISTRAL Y CATASTRAL

Lina Victoria Barón Cabrera

1. ANTECEDENTES

1.1. Generalidades sobre Colombia

Colombia es un país ubicado en la esquina noroeste de América del Sur, cuya la superficie total es de 2.070.408 km² repartidos en un área continental de 1.141.748 km² y un área marítima de 928.660 km² (IGAC, sf). Limita al este con Venezuela y Brasil, al sur con Perú y Ecuador y al noroeste con Panamá; y en cuanto a límites marítimos, colinda con Panamá, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Jamaica, Haití, República Dominicana y Venezuela en el mar Caribe, y con Panamá, Costa Rica y Ecuador en el océano Pacífico.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, 1991).

Lo anterior supone que el Estado de Derecho con énfasis en lo social, debe crear supuestos sociales de libertad igualitaria para sus ciudadanos, por lo tanto, las acciones estatales deben estar dirigidas a abolir la desigualdad social y de esta manera garantizar la dignidad humana.

Sin embargo, a lo largo de la historia colombiana se ha identificado una desigualdad social reflejada en los grandes desacuerdos relacionados con el aprovechamiento, usurpación, apropiación o invasiones indebidas de la tierra y concentración de la propiedad.

1.2. Historia del Conflicto en Colombia

Colombia ha vivido una larga historia de conflicto cuyas primeras expresiones se presentaron en la década de los 20 cuando el país recibió una gran cantidad de inversiones norteamericanas que influyeron en disputas por las formas de contratación y el acceso a la tierra. A comienzos de los años 30, el país presentaba un grave problema relacionado con la falta de legitimidad de la propiedad, lo que influía en que se reflejara esto en monopolización de las tierras y desorden en las formas de apropiación de las tierras públicas, llamadas en Colombia terrenos baldíos (FAJARDO, 2014).

En 1936, se expide la Ley 200 que intentó solucionar los conflictos presentados con la tierra, por un lado, pretendía formalizar la propiedad y para esto exigía la posesión y la explotación material para demostrar el dominio, y por otro lado para evitar el monopolio de la tierra se le exigía a los que se hacían llamar propietarios que demostraran las transferencias presentadas hasta el momento en que los predios habían salido del Estado.

El 9 de abril de 1948 asesinaron al líder político colombiano, Jorge Eliécer Gaitán, quien luchaba por una intervención Social del Estado, una reforma agraria y una reforma constitucional. El asesinato, entre otras cosas, ocasionó que en las áreas rurales los campesinos fueran expulsados de sus tierras y que se asesinaran de parte de la fuerza pública a los opositores del Gobierno de esa época, esto generó terror en el pueblo y fue la razón principal para que fueran creándose las guerrillas.

Durante los años 1953 a 1957 el país fue gobernado por el militar Gustavo Rojas Pinilla, quien desató una dictadura durante la cual se decretó una amnistía a la que se acogieron muchos guerrilleros, no obstante, algunos siguieron armados y contra ellos se lanzó una ofensiva que eliminó a muchos. Los guerrilleros sobrevivientes se movilizaron al sur del Tolima (Revista Semana, 2012).

Posterior a la dictadura mencionada anteriormente, el país fue gobernado por el Frente Nacional, una coalición de los dos partidos políticos de la época llamados liberal y conservador. En el año 1961 se expide la Ley 135 mediante la cual se estructura una reforma social agraria que buscaba prevenir la concentración de la propiedad, la dignificación de los trabajadores agrícolas, el retorno de las tierras a los asilados de la violencia, entre otros (OQUIST, Paul).

Mientras tanto, en las regiones donde los campesinos fueron maltratados, se fueron organizando grupos armados al margen de la ley, así en 1964 nacen Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC (EL TIEMPO,

2010), el Ejército de Liberación Nacional – ELN (EL PAIS, 2014) y en 1967 se constituye el Ejército Popular de Liberación – EPL (EPL, 2009).

El conflicto armado empezó a generar desplazamiento de la tierra y por ende colonización en territorios marginales, es así como los asentamientos se fueron dispersando y fue necesaria una mayor presencia Estatal, sin embargo, el Estado no dio abasto y en los territorios excluidos se empezó a presentar implantación de cultivos ilícitos.

El conflicto interno en Colombia persistió por más de cincuenta años debido a diferentes factores, no obstante, los principales se encuentran relacionados con la tierra. Durante muchos años se ha presentado exclusión en el acceso a la tierra, concentración de la propiedad, persecución de las organizaciones agrarias, sobre-explotación de mano de obra y el narcotráfico, presentado por el abandono del Estado en zonas marginales que generó la presencia de cultivos ilícitos.

Las huellas del conflicto en la sociedad colombiana se traducen en millones de víctimas fatales, desaparecidos, heridos, mutilados, retenidos y secuestrados.

1.3 Proceso de Paz

El primer intento de paz ocurrió durante el periodo presidencial de Andrés Pastrana (GOMEZ, 2009), en el año 1998, sin embargo, no funcionó porque se adelantaron unos diálogos de paz sin agenda, se despejaron 5 municipios de Colombia, sobre los cuales la guerrilla adquirió todo el control y las FARC no cumplió con los compromisos propuestos.

Posteriormente durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) la ofensiva militar del Estado llegó a su grado máximo logrando debilitar los grupos guerrilleros, los cuales terminaron reacomodándose militarmente. (CNMH, 2013)

El segundo y actual proceso de paz inició con el gobierno de Juan Manuel Santos a partir del 26 de agosto de 2012 se firma el Acuerdo General para iniciar las negociaciones en La Habana, Cuba (Revista Semana, 2012). El 18 de octubre de 2012 se informó el nombre de los negociadores en la apertura de la mesa de conversaciones en Oslo Noruega (Revista Semana, 2012) y finalmente el 19 de noviembre de 2012 el gobierno y las FARC empiezan a negociar en la Habana, Cuba para ponerle fin a la guerra (La Verdad Abierta, 2012).

El 26 de mayo de 2013 se logra el primer acuerdo en la Habana relacionado con tierras y desarrollo rural (SIERRA, 2013).

El 15 de junio de 2014 se llevaron a cabo elecciones presidenciales, en las cuales se reeligió al presidente Santos por su propuesta principal de la paz con las FARC, en ese momento se puso en conocimiento de los colombianos lo relacionado al adelanto de los acuerdos relacionado con temas del narcotráfico y cultivos ilícitos.

El proceso de paz fue suspendido dos veces, una vez en noviembre de 2014 por el secuestro de un general de la república (EL ESPECTADOR, 2014), y la segunda vez, durante abril y mayo de 2015 por el asesinato de once militares (EL TIEMPO, 2015) y a su vez ofensiva del gobierno que resultó en la muerte de veintiséis guerrilleros de las FARC (EL TIEMPO, 2015).

El 23 de junio de 2016 se firmó en La Habana la firma del Acuerdo para el Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo, y la Dejación de las Armas con las FARC (EL TIEMPO, 2016). Y posteriormente, el 24 de agosto de 2016 el Gobierno y las FARC terminan el acuerdo definitivo producto de cuatro años de conversaciones en la mesa de La Habana (CARACOL, 2016). Posteriormente, el 26 de septiembre de 2016 se firma el Acuerdo de Paz en la ciudad de Cartagena.

El Acuerdo de Paz se puso en consideración del pueblo colombiano mediante un mecanismo de participación ciudadana denominado plebiscito, el cual se llevó a cabo el 2 de octubre de 2016, con una abstención del 62.59% y una votación de 50.21% contra 49.78%, el NO gana al SI en el plebiscito.

Después del resultado del plebiscito el Gobierno solicitó a los representantes del NO, continuar con el proceso de Paz y conformar un pacto nacional de las fuerzas políticas a favor del acuerdo. Se adelantaron negociaciones con los representantes del NO y finalmente el 12 de noviembre se terminó un nuevo acuerdo de paz que integraba los cambios, sugerencias, aportes y precisiones solicitadas por diversos sectores de la sociedad. Finalmente, el 24 de noviembre de 2016 se firmó entre el gobierno nacional y las FARC el nuevo acuerdo de Paz.

El Nuevo Acuerdo fue refrendado por el Congreso de la República, que constituye la rama legislativa del poder pública, el cual está conformado por Senadores y Representantes a la Cámara. El día 29 de noviembre de 2016, con un total de 75 votos a favor y ninguno en contra el Senado aprobó el nuevo acuerdo (Noticias Caracol, 2016) y el 30 de noviembre de 2016 la Cámara de Representantes lo aprobó con un total de 13 a favor y ninguno en contra (EL HERALDO, 2016). Por lo anterior el nuevo acuerdo de la paz fue refrendado con un total de 205 votos a favor y ninguno en contra en el Congreso de la República.

1.4 El Acuerdo de Paz

El Acuerdo de la Paz contiene 6 puntos:

Punto 1 – Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral. La finalidad de este punto es crear condiciones de bienestar para los habitantes del campo. Se compone a su vez de cuatro asuntos:

- a. El acceso y uso de la tierra.
- b. La implementación de 10 Planes Nacionales cuyo objetivo es erradicar la pobreza extrema y disminuir la desigualdad.
- c. Crear un sistema especial para la garantía progresiva del derecho a la alimentación de la población rural.
- d. Implementar un Programa de Desarrollo con Enfoque Territorial para transformar las regiones marginadas por el Estado.

Punto 2 – Participación política: Apertura Democrática para Construir La Paz. La Construcción de la Paz requiere el fortalecimiento del pluralismo lo cual implica promover la participación ciudadana, por lo tanto, se acordó lo siguiente:

- a. Derechos y garantías para el ejercicio de la oposición política, lo cual pretende definir las garantías para los partidos y movimientos políticos de la oposición.
- b. Creación de un sistema de seguridad para el ejercicio de la policía.
- c. Mecanismos democráticos de participación ciudadana: lo cual implica garantías para los movimientos y organizaciones sociales y para la movilización y la protesta, participación ciudadana a través de medios de comunicación comunitarios; Garantías para la reconciliación, la convivencia, la tolerancia y la no estigmatización; Control y veeduría ciudadana; y Política para el fortalecimiento de la planeación democrática y participativa.
- d. Medidas efectivas para promover una mayor participación política.

Punto 3 – Fin del Conflicto, acuerdo sobre cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo (CFHBD) y Dejación de Armas (DA). En relación con este punto se establecieron unas reglas compuestas por 35 conductas que las partes no deben ejecutar, así mismo se estableció a la Organización de Naciones Unidas – ONU como tercero interviniente que monitoreará el cumplimiento de estas reglas definidas. También se garantizó que la ONU recibirá las armas de las FARC-EP a través de un proceso definido en el Acuerdo.

Por otro lado, el fin del conflicto implica una reincorporación de las FARC a la vida civil, en lo económico, lo social y lo político, de acuerdo con sus intereses. El proceso de la reincorporación se plantea integral, se hará con un enfoque diferencial bajo los principios de libertad individual y el libre ejercicio de los derechos individuales.

Punto 4 – Solución al Problema de las drogas ilícitas. Este punto se acordó bajo tres frentes:

- a. Crear un Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso ilícito (PNIS), poner en marcha los acuerdos de sustitución y no resiembra y adelantar un proceso de desminado y limpieza en las áreas donde se pueden encontrar minas antipersona y municiones sin explotar.
- b. Abordar el consumo de drogas ilícitas como un asunto de salud pública y con enfoque de derechos humanos, para esto se planteó crear un nuevo Programa Nacional de Intervención Integral frente al Consumo de Drogas ilícitas y poner en marcha un Sistema Nacional de Atención al Consumidor de Drogas ilícitas.
- c. Solución al fenómeno de producción y comercialización de narcóticos lo cual se hará con una lucha directa contra el narcotráfico.

Punto 5 – Acuerdo sobre las víctimas del conflicto. En este punto se concertó crear un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición que garantizara satisfacción de los derechos de las víctimas, seguridad jurídica y establecer los mecanismos del sistema necesarios para dar cumplimiento a los cometidos propuestos.

Punto 6 – Mecanismos de implementación y verificación. Se estableció la creación de una Comisión de implementación, seguimiento y verificación del Acuerdo Final de Paz, y de resolución de diferencias (CSVV) el cual aprobará el Plan Marco para la Implementación de los Acuerdos y se realizarán las reformas necesarias con el fin de darle cumplimiento a los Acuerdos.

1.5. Reforma Rural Integral, como el punto 1 del postconflicto

El Acuerdo de Paz determinó que el desarrollo rural integral es determinante para impulsar la integración de las regiones y el desarrollo social y económico del país. La transformación estructural del campo implica el uso adecuado de la tierra, estimular la formalización, restitución y distribución equitativa de la tierra.

Principios: Los principios que se tendrán en cuenta para implementar la reforma Rural Integral son Transformación estructural, Desarrollo Integral del campo, Igualdad y enfoque de género, Bienestar y buen vivir, Priorización, Integralidad, Restablecimiento, Regularización de la propiedad, Derecho a la alimentación, Participación, Beneficio, impacto y medición, Desarrollo sostenible, Presencia del Estado, Democratización del acceso y uso adecuado de la tierra.

Los principales compromisos en este punto son estimular el acceso y uso de la tierra mediante la creación de un fondo de tierras para campesinos sin tierra o con tierras insuficiente y llevar a cabo un plan masivo de formalización de la propiedad para aquellos que poseen u ocupan la tierra, pero no tienen títulos registrados.

Así mismo se establece la importancia de hacer una actualización y modernización del catastro rural y que el uso de la tierra concuerde con su vocación. Se solicita al Estado garantizar una protección a las áreas ambientales y crear una jurisdicción agraria para resolver los conflictos relacionados con la tierra.

Otro de los puntos importantes, es organizar Planes nacionales rurales para promover bienes y servicios públicos en materia de infraestructura y adecuación de tierras (vías terciarias, distritos de riego y drenaje, electrificación y conectividad a internet).

Y en general, garantizar los derechos de los campesinos particularmente el acceso a vivienda y agua potable, la educación, la salud, de seguridad social para los trabajadores del campo, promover la asistencia técnica, tecnológica e investigación, erradicación del hambre en el campo colombiano, acceso a crédito, estimular la productividad con el fin de fomentar la economía familiar y solidaria y la comercialización de los productos de los campesinos y realizar programas de desarrollo con enfoque territorial, con el fin de darle prioridad a las regiones más afectadas por el conflicto, en donde se presentan altos índices de pobreza, menos presencia del Estado y economía ilegal.

2. MARCO JURÍDICO ACTUAL

El artículo 104 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014–2018, «Todos por un nuevo país», estableció que el Gobierno Nacional promoverá la implementación de un catastro con enfoque multi-propósito, «[...] entendido como aquél que dispone información predial para contribuir a la seguridad jurídica del derecho de propiedad inmueble,

al fortalecimiento de los fiscos locales, al ordenamiento territorial y a la planeación social y económica».

Así mismo, el artículo 104 de la Ley 1753 de 2015 que Gobierno Nacional, a través del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) con el apoyo de los catastros descentralizados, podrá realizar las actividades necesarias para la formación y actualización catastral de manera gradual e integral, con fines adicionales a los fiscales señalados en la Ley 14 de 1983, logrando plena coherencia entre el catastro y el registro, mediante levantamientos por barrido predial masivo, [...] conforme con la metodología definida para el efecto.

El artículo 180 de la Ley 1753 de 2015 establece la creación de un Programa Nacional de Delegación de Competencias Diferenciadas, cuyo propósito es asegurar una prestación más eficiente de los bienes y servicios a cargo del Estado, y crear esquemas de distribución de competencias. Una de las competencias y funciones del nivel nacional susceptibles de delegación es la formación, actualización y conservación catastral, así como la implementación de catastros multipropósitos.

La definición de las normas técnicas y los estándares fueron fijados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) como norma general para el cumplimiento de las funciones catastrales, mediante documento denominado “Conceptualización y especificaciones para la operación del Catastro Multipropósito” versión 2.1, publicado para la ejecución de los pilotos de barrido predial masivo, dentro del marco de Catastro Multipropósito.

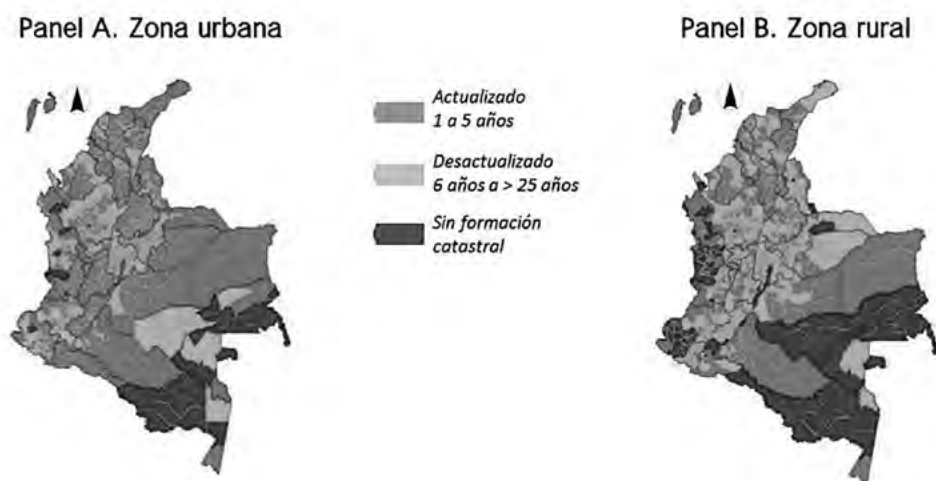
El CONPES 3859 de 2016 “Política para la adopción e implementación de un Catastro Multipropósito Rural-Urbano” determinó que la operación catastral estará a cargo de terceros, de las entidades territoriales a través de la delegación de competencias, o de los catastros descentralizados.

En cumplimiento del PND 2014-2018: Todos por un nuevo país, y en concordancia al documento CONPES 3859, donde se propone a una política para la conformación, implementación, y sostenimiento de un catastro multipropósito moderno, completo, confiable, consistente con el sistema de registro de la propiedad inmueble, integrado con los sistemas de planeación e información del territorio, y en concordancia con estándares internacionales, el país, ha puesto en marcha, una política que se ajuste al ordenamiento integral del territorio bajo la normatividad ISO 19152:2012 LADM, con la implementación del LADM COL.

3. PROBLEMÁTICA ACTUAL

En la actualidad el 28% del territorio nacional no cuenta con formación catastral, y el 63,9% del área formada tiene catastros desactualizados (CONPES, 2016).

Mapa 1. Estado de actualización y formación catastral por zona.



Fuente: DNP con base en información del IGAC con corte a enero 2015.

Ilustración de CONPES, 2016.

Actualmente, las instituciones que administran la Tierra no comparten la información y por ende los usuarios deben buscar lo que requieran en cada institución, lo que conlleva a que los esfuerzos se duplican y la información generada cada institución se contradice entre sí.

Por lo anterior, se hace necesario que bajo el principio de independencia legal, cada institución genere la información que le corresponde y que a su vez sea interoperable entre todas las entidades que administran la tierra. Esto genera seguridad jurídica porque los usuarios tienen acceso a la misma información y vamos construyendo que los predios identificados catastralmente tengan coherencia con la información jurídica que reposa en registro.

Consecuentemente, para que la información se pueda integrar y sea interoperable, se hace necesario que Colombia adopte los estándares internacionales para administración de tierras, dentro de los cuales se encuentra la norma ISO 19152, sobre el Modelo de Dominio de Administración de Tierras (LADM).

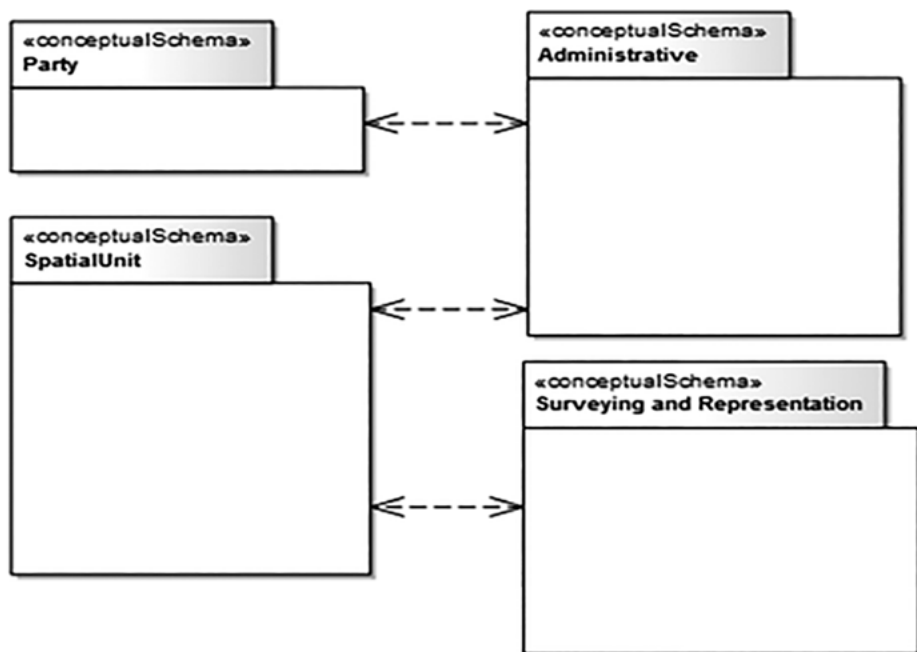
El LADM busca relacionar todos los atributos asociados a un predio de manera conceptual, de tal manera que es necesario unificar el vocabulario de las entidades que administran la tierra para que los datos generados por cada una de ellas sean integrados, interrelacionados e interoperables.

4. ISO 19152: 2012 LAND ADMINISTRATION DOMAIN MODEL – LADM

El Modelo LADM es un estándar internacional para la Administración de Territorio establecido en la norma ISO 19152:2012, está construido en UML, un lenguaje estándar para la modelización. Se trata de un modelo conceptual que define las clases y relaciones del ámbito de la Administración de Tierras. El modelo facilita la interoperabilidad y equilibra la balanza entre la oferta tecnológica y la demanda de servicios.

De acuerdo con lo dispuesto en la norma ISO 19152:2012, el Modelo LADM consta de tres paquetes y un subpaquete, todos relacionados como se muestra en la ilustración 1. Cada uno de ellos está conformado por clases que tienen algún grado de cohesión.

Visión general paquetes LADM.

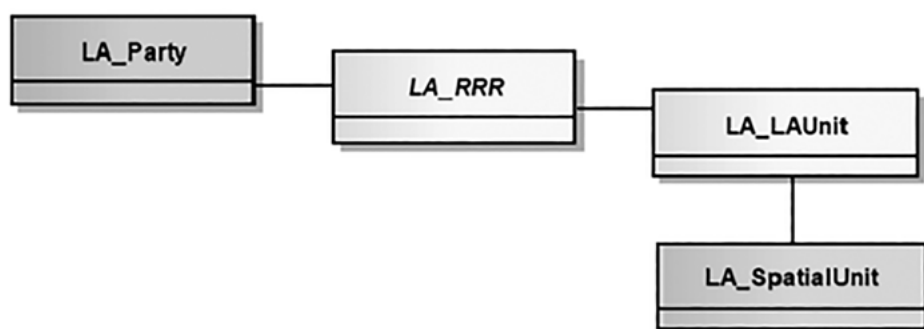


Fuente: Conceptualización y especificaciones para la operación del catastro multipropósito V. 2.1.

La representación del modelo LADM por lo general se hace en notación UML 2.1 y todas las clases de la ISO se nombran por el prefijo LA.

El núcleo del modelo LADM se fundamenta en cuatro clases básicas y en las relaciones que ellas mantienen, como se muestra en la ilustración 2. Por lo general el paquete de interesados (LA_Party) se muestra en color verde, las clases que pertenecen al paquete administrativo (LA_RRR y LA_BAUnit) en color amarillo, y la clase que pertenece al paquete de la unidad espacial (LA_SpatialUnit) en color azul.

Clases básicas del modelo LADM.



Fuente. ISO 19152:2012.

4.1 Paquete de interesados (Party Package)

En este paquete se describen todos los actores interesados o vinculados en algún proceso de administración de la tierra, como personas individuales o jurídicas; y grupos de interesados como las comunidades indígenas y afrodescendientes. Dentro de este existe una clase básica del modelo que es LA_Party.

Clase LA_Party: En esta clase se definen los partes interesados en el proceso de administración del territorio y la gestión de la información de los diferentes componentes: físico, jurídico y económico.

4.2 Paquete Administrativo (Administrative Package)

En este paquete se describen las clases básicas de los derechos, restricciones y responsabilidades [LA_RRR (por sus siglas en inglés)] que existen a nivel tanto de la tenencia de la tierra como de la administración y gestión de la información, basado en el principio de independencia legal.

Las clases de la unidad básica administrativa LA_BAUnit hacen referencia a los elementos que son objeto de derecho. Estas clases definen una

abstracción del objeto, se tenga o no una unidad espacial asociada; pues se parte del supuesto de que no toda la información espacial existe, pero que el objeto se puede describir y con el tiempo se podrá ir levantando y asociando la información geográfica del mismo.

4.2.1 Clase LA_RRR: Es una clase abstracta de la ISO19152 que tiene tres clases de especialización, LA_Right, LA_Restriccion y LA_Responsability respectivamente. En estas clases se deben registrar las características de RRR particulares para cada país basándose en la legislación existente.

4.2.2 Clase LA_BAUnit: Es la clase objeto de derecho, es decir, la clase donde el objeto se identifica de manera abstracta, porque puede o no tener una representación gráfica. No obstante, sí debe tener una relación con la clase LA_RRR, donde se define un mismo derecho homogéneo para toda la LA_BAUnit y así poder asociarlos a las clases de LA_Party.

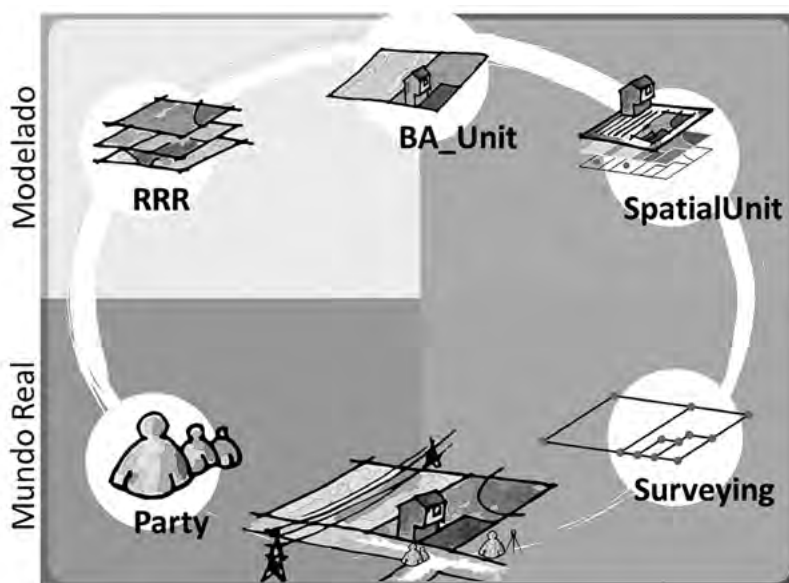
4.2.3 Clase especial LA_Source: Esta clase especial identifica la fuente, es decir se relacionan los documentos que alimentan los datos del paquete Administrativo o del subpaquete Topografía y Representación. Para el caso concreto de registro en esta clase se relacionan las escrituras públicas, actos administrativos, sentencias y otros documentos que constituyen la fuente de los derechos, restricciones, responsabilidades y atributos administrativos identificados.

4.3 Paquete Unidad Espacial (Spatial Unit Package)

Contiene la representación espacial de los elementos administrativos. En este se describe el componente geométrico de los BAUnit. Para el caso de los predios, se identifican los linderos y su relación con los colindantes.

4.3.1 Clase LA_SpatialUnit: LA_SpatialUnit es la clase central del paquete Espacial y conforma una de las cuatro clases básicas del modelo LADM. Está relacionado con el subpaquete de Topografía y Representación (Surveying and Representation), que es donde realmente se almacenan los datos geométricos. Entorno a esta clase se consolida la representación del elemento espacial, asociado a la realidad administrativa que está definida en el BAUnit. Para ello, se tiene en cuenta como unidad mínima de almacenamiento la geometría tipo punto, a partir de los cuales es posible reconstruir las geometrías tipo línea para definir los linderos.

4.4 Gráfico de la ubicación de las clases básicas según paquete



Fuente: Proyecto: “MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA”, del gobierno Suizo, a través de la Secretaría de Estado para Asuntos Económicos SECO.

V. PERFIL COLOMBIANO DE LA ISO19152:2012

El LADM encauza la implementación del Sistema Nacional de Gestión de Tierras (SNGT) y potencia la interoperabilidad de los datos entre todas las entidades involucradas.

Es importante tener en cuenta que cuando se crea un perfil nacional se deben contemplar los siguientes aspectos:

- Los niveles de conformidad de la norma.
- Cada uno de los objetos del contexto particular de un país. Cuando tienen una clase idéntica en el modelo deben ser contenidos en él.
- Se pueden crear clases especiales según la necesidad de cada perfil, para aquellos objetos que no están en el modelo.

Las autoridades de Catastro (IGAC) y Registro (SNR) con el apoyo del proyecto “Modernización de la Administración de Tierras de Colombia” de la Cooperación Suiza, con base en lo dispuesto en la norma ISO19152:2012,

han adelantado la adopción del modelo LADM y la definición de un perfil colombiano de la norma.

El perfil colombiano se ha desarrollado con un enfoque de modularidad, es decir que por el principio de independencia legal se ha organizado el modelo colombiano, por módulos coherentes con la responsabilidad de la información de cada una de las entidades, es por esto que se identifican módulos como el de Avalúos, Parques Nacionales, Ordenamiento Territorial, etc. En el componente de catastro y registro público de la propiedad, las instituciones han aprobado una última versión 2.2 de modelo Catastro – Registro, el cual constituye el eje central del proceso de administración de tierras y por ende el núcleo del modelo general.

En la definición del perfil colombiano se cumple con la conformidad del modelo según lo definido en la ISO19152:2012, aunque en el modelo UML se hace una reubicación de las clases según los paquetes a los que pertenecen.

6. RESULTADOS ESPERADOS CON LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO LADM CATASTRO REGISTRO EN COLOMBIA

6.1 Inventario de la totalidad de los predios de Colombia

Con la administración de la tierra en el postconflicto se pretende tener un inventario público, ordenado, de todos los datos relacionados con todos los objetos territoriales legales de Colombia (KAUFMANN, J., 1998). Cada uno de los predios debe estar identificado con un número único, que sea el mismo tanto para catastro como para registro de la propiedad, de tal manera que todos los predios, tanto públicos como privados, sean identificados con sus atributos correspondientes.

El inventario de los bienes debe relacionar por lo menos la información física (límites, área, ubicación, naturaleza), jurídica (derechos, restricciones y responsabilidades) y económica (valor comercial) de los inmuebles.

6.2 Intercambio de información

Todas las entidades públicas relacionadas con la administración de la tierra, podrán intercambiar e integrar sus propios datos con todas entre sí. Esto permitirá una real articulación estatal, puesto que cada una de las entidades recaudará la información que le corresponde y no tendrá que duplicar esfuerzos recogiendo otra información de la que es responsable otra entidad.

Con el intercambio de la información la prestación del servicio público será mejor, más eficiente y más efectiva. Los daos de la tierra podrán estar

integrados en una sola gran base de datos alimentada a su vez por cada uno de los responsables de la misma.

6.3 Seguridad Jurídica

La administración de la tierra contribuye a la seguridad jurídica del derecho de propiedad inmueble (PND, 2014). La Seguridad Jurídica significa que los ciudadanos y las entidades públicas tengan certeza frente a la existencia, ubicación, límite y área de los predios, y sobre todo certeza frente a los derechos y restricciones asociados a esos predios.

6.4 Alivio a la pobreza

La administración de la tierra permitirá que el Estado identifique aquellas regiones aisladas en las que falta presencia del Estado, hay altos índices de pobreza y falta prestación de servicios públicos domiciliarios, lo anterior con el fin de poner en marcha planes de desarrollo económico, seguridad alimentaria y nutrición para aliviar la pobreza (WILLIAMSON, 2014)

6.5 Formalización y regularización de la Tierra

En la administración de la tierra se relacionarán los derechos asociados a todos los predios, en este sentido se van a advertir las relaciones de informalidad cuando los derechos asociados sean de posesión o de ocupación. En Colombia se habla de posesión cuando se trata de un bien privado y de ocupación cuando hablamos de un bien baldío.

Una vez identificadas las relaciones de informalidad, el estado podrá poner marcha, en nombre de varias instituciones programas de formalización rural y urbana, adelantar los procesos de titulación y todas las herramientas requeridas para lograr la regularización de la propiedad.

Lo anterior permitirá que los colombianos accedan a la tierra, que los campesinos puedan acceder a crédito para incentivar el desarrollo del campo y que las transacciones entre las personas sean inscritas en el registro público de la propiedad.

6.6 Restitución de tierras

El fenómeno de desplazamiento y en particular el despojo y el abandono forzado de las tierras en Colombia, tiene diversas y graves consecuencias sobre las condiciones de vida de la población rural y sobre la actividad productiva del país, especialmente en el campo.

Las miles de víctimas que han tenido que desplazarse de su lugar de asentamiento, tenían en el momento del desplazamiento un vínculo o re-

lación jurídica o no jurídica con la tierra que forzosamente tuvieron que abandonar (FAO, 2005). Esto implica para las víctimas no solo un desarraigo cultural y familiar sino un detrimento o colapso económico y un riesgo latente de perder la propiedad y/o la posesión que ejercían sobre el inmueble abandonado.

La administración de tierras posibilitará para las víctimas del conflicto armado hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales. Así mismo regula lo concerniente a ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas ofreciendo herramientas para que estas reivindiquen su dignidad y asuman su plena ciudadanía; y contribuyendo a que nuestro país sea una Nación más justa y social.

La restitución se podrá hacer material o jurídica, la restitución material se presenta cuando no se ha perdido el vínculo jurídico con el inmueble, se presenta por inexistencia o nulidad de los actos jurídicos por medio de los cuales se transfirió el dominio (Ley 1448 de 2011).

7. CONCLUSIONES

- La política pública propone que todas las entidades que hicieren parte del sistema de información y gestión de tierras deben adoptar la norma LADM, ISO 19152. Por lo tanto, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC, la Superintendencia de Notariado y Registro – SNR, la Agencia Nacional de Tierras – ANT y el Departamento Nacional de Planeación – DNP, deberán incorporar el estándar LADM_COL en los procesos y procedimientos para la implementación del catastro multipropósito.
- El LADM es un modelo conceptual que pretende describir y estandarizar los sistemas existentes, y se centra en la parte de la administración del territorio que corresponde a los derechos, responsabilidades y restricciones que afectan la tierra y sus componentes geoespaciales.
- Las funciones de todo sistema de Administración del Territorio son mantener el contenido de las relaciones entre personas y tierras y proporcionar información a partir de los registros. El LADM propone organizar esta información a partir de cuatro paquetes relacionados con: 1. Interesados, 2. Unidades básicas administrativas, derechos, responsabilidades y restricciones, 3. Unidades espaciales y 4. Las fuentes de los datos espaciales y representaciones espaciales.

- Las entidades del Gobierno Nacional con el apoyo del Proyecto: “MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA”, del gobierno Suizo, a través de la Secretaría de Estado para Asuntos Económicos SECO, se ha desarrollado el perfil de la norma para Colombia, llamado LADM-COL.
- El LADM_COL está diseñado por modelos, parte de un modelo núcleo de Catastro Registro y sobre éste se desarrollan otros modelos extendidos que albergan la información de las otras entidades que administran la tierra.
- La implementación del LADM_COL en los sistemas registral y catastral permitirá que la interrelación e interoperabilidad entre estos sistemas de información facilite el conocimiento de la información inmobiliaria, lo cual es fundamental para el Estado en la toma de decisiones. Por otro lado, se contará con una información unificada y consistente en las entidades encargadas de la gestión inmobiliaria, sin que dicha información se repita por quien no es el responsable.
- La implementación del LADM_COL en los sistemas registral y catastral tendrá como resultados, los siguientes: mejorar la información consignada en las bases de datos del registro y el catastro, que funcionamiento de la infraestructura tecnológica sea apropiada para el intercambio de información, garantizar que los procesos de captura e intercambio de información sean comunes y estandarizados, que exista compatibilidad de atributos de información en las bases de datos del registro y el catastro y generar cultura del registro en los usuarios de la información registral y catastral, entre otros.

BIBLIOGRAFIA

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, (1991). Constitución política de Colombia, artículo 1. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- BEJARANO, J. (1985), “Campesinado, luchas agrarias e historia social en Colombia: notas para un balance historiográfico” en: González Casanova, Pablo (1985, coordinador), Historia política de los campesinos latinoamericanos, Siglo XXI Editores, México.
- CAMACHO A. (2003), El conflicto colombiano y su impacto en los países andinos, CESO-Universidad de Los Andes.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. (2013) Basta ya!. Colombia: memorias de guerra y dignidad. Informe general”, Presidencia de la República, Bogotá.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1936). Ley 200, publicada en el Diario Oficial 23388 de 21 de enero de 1937, Sobre régimen de tierras, Bogotá.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1961). Ley 135, publicada en el Diario Oficial No. 30.691 de 20 de diciembre de 1961, Sobre Reforma Social Agraria, Bogotá.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA (2011). Ley 1448, publicada en el Diario Oficial 48096 de junio 10 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
- PINEDA, V. et all (2015). Los 10 hitos de los diálogos. Centro Nacional de Memoria Histórica. Bogotá.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2015). Ley 1753, Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.
- CONPES 3859, 2016, Política para la adopción e implementación de un Catastro Multipropósito Rural-Urbano
- DIARIO EL PAIS (2016). Gobierno y Farc firmaron nuevo acuerdo de Paz en Bogotá. Consultado el 3 de abril de 2018 en: <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/gobierno-y-farc-firmaron-nuevo-acuerdo-de-paz-en-bogota.html>
- DIARIO EL PAIS, 2014. Conozca la historia del ELN, la guerrilla colombiana fundada por sacerdotes. Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/conozca-historia-eln-guerrilla-colombiana-fundada-por-sacerdotes>
- EL ESPECTADOR (2014). Secuestro del general Alzate, el hecho que tiene en crisis el proceso de paz. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/secuestro-del-general-alzate-el-hecho-tiene-tesis-el-p-articulo-528196>
- EL HERALDO (2016). Cámara aprobó 130 votos a 0 la refrendación del nuevo Acuerdo de Paz. Consultado el 3 de abril de 2018 en: <https://www.elheraldo.co/colombia/camara-aprobo-130-votos-0-la-refrendacion-del-nuevo-acuerdo-de-paz-307224>
- EL TIEMPO, 2010. Surgen las FARC 1964 1968. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4169176>
- EL TIEMPO (2015). Once militares muertos en el Cauca tras ataque de las Farc. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15572175>
- EL TIEMPO (2015). Confirman que 26 guerrilleros murieron en bombardeo a Farc en Cauca. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15798657>
- EL TIEMPO (2016). Ban Ki-moon y 5 presidentes, testigos de día histórico para el país. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16628265>

- EL TIEMPO (2016). Miembros de las Farc, bienvenidos a la Democracia. Consultado el 3 de abril de 2018 en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16712167>
- EPL, 2009. EPL creando un pensamiento revolucionario. Recuperado de: <http://epl-colombia.blogspot.com.co/>
- FAO, 2005. Access to rural land and land administration after violent conflicts pag 25. Recuperado de: <http://www.fao.org/3/a-y9354e.pdf>
- FAJARDO, D. (2014). Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana, Universidad Externado de Colombia.
- GOMEZ, J. (2009). Pastrana y su fracasado proceso de paz. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/jairo-gomez-pastrana-y-su-fracasado-proceso-de-paz/486233>
- IGAC – SNR. Conceptualización y especificaciones para la operación del Catastro Multipropósito. V.2.1., 2016.
- IGAC, (sf). Notas Geográficas, recuperado de: http://www2.igac.gov.co/ninos/faqs_user/faqs.jsp?id_categoria=2
- KAUFMANN, J. (1998). CATASTRO 2014, Una visión para un sistema catastral futura.
- LA VERDAD ABIERTA (2012). Lo que dicen los medios del Proceso de Paz, 22 de noviembre 2012. Consultado el 1 de abril de 2018 en: <https://verdadabierta.com/lo-que-dicen-los-medios-del-proceso-de-paz-22-de-noviembre-2012/>
- NOTICIAS CARACOL (2016). Gobierno y FARC llegaron a un Acuerdo Final: detalles de lo pactado. Consultado el 3 de abril de 2018 en: <https://noticias.caracoltv.com/acuerdo-final/gobierno-y-farc-llegaron-un-acuerdo-final-que-sigue>
- NOTICIAS CARACOL (2016). Senado Aprobó nuevo acuerdo de Paz con las FARC. Consultado el 3 de abril de 2018 en: <https://noticias.caracoltv.com/acuerdo-final/senado-aprobo-nuevo-acuerdo-de-paz-con-las-farc>
- OQUIST, Paul, (1978). Violencia, conflicto y política en Colombia, Instituto de Estudios Colombianos, Bogotá.
- REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL (2014). Elecciones presidenciales. Segunda vuelta – Junio 15 de 2014. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <https://www.colombia.com/elecciones/2014/presidenciales/resultados/segunda-vuelta/>
- REVISTA SEMANA, (2012). FARC confirmó los nombres de los negociadores. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/farc-confirmino-nombres-negociadores/264705-3>
- REVISTA SEMANA (2012). La historia de las FARC. Recuperado de: <http://www.semana.com/politica/articulo/la-historia-farc/268079-3>

- REVISTA SEMANA, (2012). Los posibles puntos de negociación entre el gobierno y las FARC. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-posibles-puntos-negociacion-entre-gobierno-farc/263798-3>
- SANTOS J. et all. (2016). Acuerdo final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera. Recuperado de: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- SIERRA A. (2013). El campo: primer acuerdo entre Gobierno y FARC. Consultado el 2 de abril de 2018 en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-campo-primer-acuerdo-entre-gobierno-farc/344564-3>
- WILLIAMSON, I., et all. (2014). Administración de la Tierra para un desarrollo sostenible. Recuperado de: http://vbn.aau.dk/files/209536788/LandAdministration_Spanish.pdf

BREVE BIOGRAFIA

Lina Victoria Barón estudió derecho en la Universidad Santo Tomás en Bogotá, tiene una especialización en derecho administrativo de la Universidad Nacional y otra en derecho tributario de la Pontificia Universidad Javeriana y un máster en planificación territorial y gestión ambiental en la Universitat de Barcelona. Ha trabajado en entidades públicas y privadas relacionadas con el derecho agrario, ambiental, urbanístico e inmobiliario. Actualmente, trabaja para la Superintendencia de Notariado y Registro (SNR) en la Delegada de protección, Restitución y Formalización de Tierras en el grupo de interrelación Registro Catastro.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA, PARA “GARANTIZAR” LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Luis Sánchez Cerna

*Candidato a Doctor en Derecho y Ciencias Políticas
Registrador Público¹*

RESUMEN: Este resumen constituye una síntesis de la ponencia que tiene como objetivo principal determinar la vulneración del derecho a la propiedad privada, para “garantizar” la publicidad registral, como único mecanismo de seguridad jurídica, para lo cual se ha revisado la literatura especializada y jurisprudencia relevante para los casos propuestos, sobre seguridad jurídica, publicidad registral, y propiedad privada.

El aporte de esta investigación, consiste en proponer criterios interpretativos alternativos. Se abordan los siguientes temas

1. El ejercicio del derecho de propiedad privada desde el ámbito interpretativo de La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el artículo 21.2 de la Convención.
2. La Prescripción adquisitiva de dominio, y su diferente tratamiento en sede registral, en este apartado la ponencia versa específicamente sobre los aspectos no resueltos, atendiendo a las diferentes circunstancias de las regulaciones sobre prescripción adquisitiva. Se analiza, si está debidamente justificada la diferencia de criterios establecido en sede registral, respecto a los efectos asignados a la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva bajo las normas de procedimientos no contenciosos, bajo competencia notarial, los casos de prescripción adquisitiva bajo los alcances de la legislación procesal civil y el derogado procedimiento administrativo de prescripción adquisitiva bajo el Decreto Legislativo N° 667, que estableció un procedimiento de prescripción adquisitiva administrativa.

Con la finalidad de determinar si es razonable o no extender el criterio de “correlacionar partidas registrales” cuando la anotación preventiva no se hizo en todas las partidas registrales. Tratamiento disímil que ha sido mayormente reclamado en sede notarial.

¹ Oficina Registra de Chiclayo. Zona Registral N° II – SUNARP – Perú.

3. La imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado, y su constitucionalidad democrática. Se analiza en este rubro los efectos de la nueva regulación en el ámbito constitucional y el ordenamiento legal.
4. La publicidad legal, el caso de las Comunidades Campesinas y Zonas de controversia. Se analiza los criterios y tratamiento en sede registral de los efectos de la publicidad establecida en la ley respecto a derechos o hechos, los cuales deben materializarse fuera del registro, es el caso de la titularidad de acciones en el libro matrícula de acciones, y la existencia de zonas de controversia en los casos de deslinde y titulación de las comunidades campesinas, que se anota en el plano de conjunto. Para lo cual se realiza un estudio previo de la evolución del tratamiento constitucional y legal del régimen de las tierras comunales en el Perú, y su situación actual.

Los métodos utilizados son el hermenéutico jurídico, comparativo, inductivo.

PALABRAS CLAVE: Seguridad jurídica, Registros de la propiedad, publicidad registral, propiedad privada.

SUMMARY: This summary is a synthesis of the paper whose main objective is to determine the violation of the right to private property, to “guarantee” the registration publicity, as the only legal security mechanism, for which the specialized literature and relevant jurisprudence has been reviewed. for the proposed cases, on legal security, registry advertising, and private property.

The contribution of this research consists in proposing alternative interpretive criteria. The following topics are addressed

1. The exercise of the right of private property from the interpretative scope of the Inter-American Court of Human Rights (CIDH) on article 21.2 of the Convention.
2. The Acquisition Prescription of domain, and its different treatment in registered office, in this section the paper deals specifically with the unresolved aspects, taking into account the different circumstances of the regulations on acquisitive prescription. It is analyzed, if the difference of criteria established in registered office is duly justified, with respect to the effects assigned to the declaration of property by acquisitive prescription under the rules of non-contentious procedures, under notarial competence, the cases of acquisitive prescription under the scope of the civil procedural legislation and the repealed administrative procedure of acquisitive prescription under the Legislative Decree N ° 667, which established a procedure of administrative acquisitive prescription In order to determine if it is reasonable or not to extend the criterion of “correlating registry items” when the preventive annotation was not made in all the registry items. Dissimilar treatment that has been mostly claimed in the notary.
3. The imprescriptibility of the property of private domain of the State, and its democratic constitutionality. The effects of the new regulation in the constitutional sphere and the legal system are analyzed in this area.
4. The legal advertising, the case of the Rural Communities and Zones of controversy. The criteria and treatment is analyzed in headquarters registral of the effects of the advertising established in the law with regard to rights or facts, which must

materialize out of the record, is the case of the ownership of actions in the book matriculation of actions, and the existence of zones of controversy in the cases of demarcation and qualifications of the rural communities, which is annotated in the plane of set. For which there is realized a previous study of the evolution of the constitutional and legal treatment of the regime of the communal lands in Peru, and his current situation.

KEY WORDS: Juridical Security, Records of the property, advertising registral, private property.

INTRODUCCIÓN

Democracia y Derecho, son conceptos o categorías que se relacionan en reciprocidad, de tal forma que una posibilita la otra, siendo que además las democracias actuales, no están aisladas, sino comparten en comunidad una serie de valores y principios “internacionales” (comunidad). En general se puede afirmar que se comparte con esa comunidad internacional, determinados valores, con sus matices, Libertad (autonomía y autodeterminación), la Ley que en este estado democrático es consecuencia de una voluntad general, la auto-realización, o proyecto de vida, ser feliz, para lo cual se requiere medios básicos (estado social, bien común).

El reto en materia de propiedad en su relación con el derecho registral es comprender que esa voluntad general contenida en la ley no se queda vacío de contenido, al asumir posiciones interpretativas extensivas del alcance del derecho registral a supuestos que tienen configuración extraregistral propia, pero que se vinculan con ella.

En este escenario, la justicia se implica con estos conceptos, (democracia y derecho), el valor justicia está positivado en nuestra Constitución, que ha establecido que “el bienestar general” se fundamenta en la justicia. (Art.44 de la Constitución). Siendo esto así, y ahorrándome la fundamentación correspondiente, este valor debe tener alcance práctico no solo en sede judicial sino también en todas las instituciones del Estado, lo cual incluye al derecho registral. (esto para algunos no es más que una aspiración).

1. LA PROPIEDAD PRIVADA

El Tribunal Constitucional peruano, sobre el derecho de propiedad a ha establecido en su jurisprudencia, que es “...un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y

democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporeal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico- social. De ahí que en el artículo 70.º de la Constitución se reconozca que el “derecho de propiedad es inviolable” y que el “Estado lo garantiza.” (EXP. N.º 03258-2010-PA/TC, 2018)

De tal forma que este derecho según el código civil peruano de 1984 “faculta” a su titular a ejercer sus atributos tanto internos como externos, implicando de esta forma la función que le asigna la constitución; esto es, que el uso de esta facultada por los ciudadanos, se ejerza en consonancia con el “bien común”.

La estructura, forma y contenido del derecho de propiedad ha variado de una configuración unitaria a una múltiple en relación a su función social que “...puede admitir en sus múltiples concreciones configuraciones muy diversas. La función social es, como lo ha destacado la doctrina italiana, la causa principal de ese pluralismo porque opera con variedad de técnicas y sobre una pluralidad de bienes. De allí que pueda hablarse de una variedad de “estatutos propietarios”. Esto, a su vez, presupone una pluralidad de “contenidos esenciales”. Hay que atender a la naturaleza del bien objeto del derecho para precisar el contenido esencial del derecho mismo.” (Avendaño Valdez, 1994) **Convención americana.** San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (OAS, 2018)²

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

La Constitución Peruana de 1993,

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago

² https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio

Derecho a la propiedad: STC 00012-2014-PI/TC, STC 07357-2013- PA/TC

2. SEGURIDAD JURÍDICA

Hablar de seguridad jurídica es hablar forzosamente de aspiraciones, que tienen como presupuesto valores y principios que orientan una sociedad en un tiempo determinado, de tal forma que cualquiera sea la acepción que asignemos a ésta categoría, su vinculación con la justicia no pasará desapercibida.

Hay formas de fracasar en la creación del derecho (Fuller, 1967), o de obtener inseguridad jurídica, para el sistema jurídico estadounidense se ha citado:

- a. Generalidad de las normas
- b. Promulgación
- c. Irretroactividad.
- d. Claridad
- e. Coherencia
- f. Posibilidad de cumplimiento
- g. Estabilidad, y
- h. Congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.

3. INTEGRACIÓN SISTÉMICA

Como vemos está pendiente, una integración de los sistemas institucionales que regulan y cautelar la propiedad con mecanismos alternos, que reconocen y han formalizado una solución legal al conflicto de tierras entre las comunidades.

Lo que no se esperaba es que, las institución registral no reconozca la solución legal extra registral. (como institución), aunque si la reconoce para el caso de las Sociedades, en las cuales la publicidad de la titularidad del capital no corresponde al Registro, sino al libro matrícula, o a otra entidad, ya no estatal sino privada, como Cavali, para el caso de acciones cotizadas.

O los casos de publicidad legal, claramente hoy día entendidos y aceptados como realidad extraregstral con clara incidencia en el registro, para el caso de bienes bajo los alcances de la legislación sobre patrimonio cultural de la nación, o las reservas.

Temas pendientes donde hay tensión:

3.1 Prescripción Adquisitiva seguida en sede notarial, y la Prescripción Adquisitiva que se reguló en el Derogado D.leg. 667

El D.Leg. 667, introdujo con fines de formalización, y en la época en que se tenía cierta concepción respecto al origen de la pobreza, se introdujo en el sistema jurídico peruano, la posibilidad de realizar La Prescripción adquisitiva de dominio, en sede Administrativa (regstral), estableciendo una serie de requisitos de publicidad diferenciado, respecto a la regulada actualmente en la legislación sobre procedimientos no contenciosos que se signe en sede notarial, en este apartado la ponencia versa específicamente sobre los aspectos no resueltos, atendiendo a las diferentes circunstancias de las regulaciones sobre prescripción adquisitiva. Establecer si la solución regstral, para eliminar del registro la duplicidad regstral, en un caso y mantenerlo en el otro, está justificado, La diferencia de tratamiento legal básicamente lo constituyen:

- a. El titular del saneamiento: En un caso el Estado y en el otro el Notario.
- b. Los requisitos de publicidad del procedimiento: mas enjundiosos en uno y mínimos en el otro.
- c. Acreditación de la explotación económica del predio, que era realizado en el procedimiento administrativo y no en el notarial. Esta era exigencia ineludible para dar término feliz al procedimiento.

Como quiera que la constitución ha establecido el principio de igualdad, si entendemos entonces, que la única razón para la diferencia de tratamiento se sustenta en la exigencia de las pluralidad de notificaciones. Si esto es así, entonces la solución pasa por “agregar”, estas exigencias adicionales, a fina de dar el mismo tratamiento: CORRELACIONAR. Está debidamente justificada la diferencia de criterios establecido en sede regstral, respecto a los efectos asignados a la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva bajo las normas de procedimientos no contenciosos, bajo competencia notarial, los casos de prescripción adquisitiva bajo los alcances de la legislación procesal civil y el derogado procedimiento administrativo de prescripción adquisitiva bajo el Decreto Legislativo N° 667, que estableció un procedimiento de prescripción adquisitiva administrativa.

Hay que tener en cuenta que correlacionar implica eliminar la duplicidad en mérito a un procedimiento en el cual no se citó al titular registral. La tensión está entonces en la previsión Constitucional referida al debido proceso, y derecho de defensa.

Con la finalidad de determinar si es razonable o no extender el criterio de “correlacionar partidas registrales” cuando la anotación preventiva no se hizo en todas las partidas registrales. Tratamiento disímil que ha sido mayormente reclamado en sede notarial. Considero que es necesario contar con previsión legal, o pronunciamiento judicial en el cual se citó al titular registral.

Estas posturas son disímiles son más relevantes cuando hay duplicidad de partidas (entiéndase dos o más inscripciones del mismo bien, a favor de diferentes titulares registrales). Las duplicidades son una realidad cada vez menos frecuente, pero en tanto exista por la innumerable cantidad de inscripciones que se realizaron antes de la vinculación del Catastro y registro, estas van haciéndose visibles, al actualizar la descripción del predio por ejemplo vía procedimientos de rectificación de áreas linderos o medidas perimétricas.

El obstáculo para que el Registro realice anotaciones en todas las partidas involucradas (incluidas las duplicadas) está contenido también en el artículo 2011 del Código Civil peruano y art. III del TP. Del TUO del RGRP, que recoge el principio de rogación.

Decisiones en Sede Registral: Tribunal Registral: Precedente vinculante en materia registral:

XXVII - XXVIII PLENO.- Sesión ordinaria realizada los días 21, 22 y 23 de noviembre de 2007.- Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 1 de marzo de 2008.

5.- RECTIFICACIONES DE DUPLICIDADES DE PREDIOS INSCRITOS EN VIRTUD DEL D.L.667

“Si un predio ya inscrito se inmatricula nuevamente a favor de distinto propietario en mérito al procedimiento de prescripción adquisitiva regulado por el Decreto Legislativo 667 sin que haya sido anotada la posesión en el primer folio ni se haya notificado efectivamente al titular registral, se produce un supuesto de inexactitud registral que no se resuelve mediante el procedimiento de cierre por duplicidad de partidas. En este caso, el Registrador eliminará la inexactitud correlacionando ambas partidas trasladando los asientos del folio más reciente al más antiguo, o deduciendo de la hoja matriz el área usucapida, siempre que no se perjudique el derecho de terceros”.

Criterio adoptado en las Resoluciones N° 089-2004-SUNARP-TR-T del 19 de mayo de 2004, N° 202-2003-SUNARP-TR-T y N° 167-2003- SUNARP-TR-T.

3.2 La imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado, y su constitucionalidad democrática

A partir de la vigencia de la ley 29618 (24-11-2010), Se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad, (Art.2) y se declara la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal. (art.2).

“Ley 29618.-

Artículo 1.- Presunción de la posesión del Estado respecto de los inmuebles de su propiedad

Se presume que el Estado es poseedor de todos los inmuebles de su propiedad.

Artículo 2.- Declaración de imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal

Declárase la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal.

(...)

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA.- Exclusión de los predios de las comunidades campesinas y nativas del país

La presente Ley no es de aplicación a los predios en propiedad, en posesión o en uso tradicional de las comunidades campesinas y nativas, los cuales se rigen por las leyes de la materia.”

Y ¿Los ciudadanos que aún no han iniciado el procedimiento de prescripción pero que han cumplido con los requisitos legales, pueden ser declarados propietarios sobre inmuebles del Estado?

Tanto en sede administrativa (Tribunal Registral), como en sede Judicial se ha llegado a la misma conclusión es posible, es decir puede declararse la prescripción adquisitiva de dominio, sobre bienes de dominio privado del Estado, si el poseedor, antes de la entrada en vigencia de la Ley ha cumplido con los requisitos para ello.

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL

Tercer tema Prescripción de bienes inmuebles del Estado

“Puede declararse la prescripción adquisitiva del dominio sobre bienes de dominio privado del Estado si es que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29618 el poseedor ya ha cumplido con los requisitos necesarios para acceder a la prescripción”.

Los fundamentos, son que según el art. 952 del Código Civil, estas sentencias son declarativas, y el principio de irretroactividad de las leyes, previsto en el artículo 103 de la Constitución.

La tensión se encuentra entre esta norma legal y el art. 2.2 de la Constitución que ha establecido en su texto normativo que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, igualdad de trato. Ver (Praeli, 1997)

En materia de igualdad el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias, relacionadas con el caso en análisis, veamos.

Inconstitucionalidad de la Ley 26599 (Castillo, 2016), Sentencia recaída en el Expediente 006-96-AI/TC (Publicada el 07-03-1997):

“(...) Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el *ius imperium*, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea éste el Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la seguridad jurídica.

De continuar vigente la Ley (...), daría lugar a que no exista una seguridad jurídica ya que vano sería accionar contra el Estado, que de ser vencido no se le podría ejecutar la sentencia por existir esta protección a su favor, esto daría lugar para pensar o creer, con fundamento, que la persona que entable demanda al Estado no tiene

derecho a una tutela jurisdiccional efectiva; y no habría una igualdad de condiciones, y se presentaría una credibilidad dudosa para el cumplimiento de las sentencias. El fin de un proceso es abstracto, es lograr la paz social en justicia ¿No sería así innecesario accionar contra el Estado para que cumpla con una obligación?. El Estado sí puede accionar contra una persona y de ser vencedor, puede ejecutar la sentencia, lo que no sucede si el Estado es el enjuiciado y vencido.”

Esto sucede porque en el texto constitucional “no existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, sino sólo una referencia al derecho a la igualdad ante la ley, que es una de sus manifestaciones; no existe una mención a la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una igualdad material, a favor de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad.” (Guerrero, 2005),

3.3 La publicidad extra registral, el caso de las Comunidades Campesinas y Zonas o áreas en controversia

El área en controversia es una calificación que ha realizado el legislador dentro del procedimiento de deslinde y titulación de tierras de las comunidades campesinas, a determinados predios, que se encuentran en posible conflicto de titularidades.

El área en controversia es aquella porción de territorio sobre el cual un colindante está en desacuerdo con la línea del lindero señalado por la comunidad, con el predio de su propiedad, que cuenta con títulos de su derecho y además inscritos en los registros públicos; hecho que se produce porque la comunidad no cuenta o carece de títulos de las tierras que poseen, o no hubiera conformidad entre el área real y la descrita en sus títulos.

Presupuesto fáctico

- a. Cuando las Comunidades Campesinas carecieren de títulos de las tierras que poseen,
- b. Cuando hubiere disconformidad entre el área real y la que indican sus títulos.
- c. Cuando los títulos fueren imprecisos en cuanto a sus linderos, medidas perimétricas o tierras superficiales que comprende dicho territorio.

Ver artículo 3 de la Ley 24657 (14-04-1987)

En estos casos La comunidad puede solicitar el levantamiento del plazo definitivo del territorio comunal (ver art.4 de la Ley)

Publicidad del área en controversia

La Dirección Regional Agraria, debe entenderse también la institución que haga sus veces, indicará las áreas en controversia en el plano de conjunto del territorio comunal, debe apreciarse que en el año 1987 no existía una Dirección General de Catastro, por lo cual se entendía que esta situación debía incorporarse también a la data catastral de la entidad que llevó el procedimiento de deslinde, de lo contrario en caso de extravío o destrucción del plano de conjunto, se llegaría al absurdo de tener que realizar un nuevo procedimiento de deslinde, en la realidad esto felizmente así ha sido comprendido. (Ver arts. 8 y 9 de la Ley 24657).

Lo afirmado en el párrafo anterior se corrobora también del contenido del art. 15 De la ley, por la cual se establece como requisito de admisibilidad de los procesos de títulos supletorios, o de deslinde de predios rústicos, la presentación como recaudo de la demanda de un certificado de que no es objeto de procedimiento de levantamiento del plano de conjunto, el cual puede estarse llevando por la Entidad Administrativa o en Sede Judicial o Arbitral, conforme lo establecido en los arts. 11,12 y 13 de la ley.

El texto normativo y la norma permiten concluir que este mecanismo de publicidad lo era para prevenir la posible pérdida del territorio comunal.

Sin embargo la segunda instancia registral ha entendido que aún cuando obre en los títulos archivados las áreas en controversia debidamente identificadas, (además de estar publicitadas en el plano de conjunto actualmente en el ente de catastro respectivo), ha entendido que esta situación no es oponible a terceros. Veamos:

Resolución: 491-2012-SUNARP-TR-T de 7/2/2012

Tema de Sumilla: EFECTOS DEL REGISTRO Los efectos materiales del registro (legitimación, fe pública registral y oponibilidad) se obtienen a partir de la información que obra en las partidas registrales y no en los títulos archivados.

Resolución: 495-2012-SUNARP-TR-T de 7/4/2012

Tema de Sumilla: EFECTOS DEL REGISTRO Los efectos materiales del registro (legitimación, fe pública registral y oponibilidad) se obtienen a partir de la información que obra en las partidas registrales y no en los títulos archivados.

En ambos pronunciamientos se trata de facilitar la incorporación de parte o de toda el área de controversia entre comunidades campesinas o entre estas y sus colindantes, a favor de terceros que generaron títulos traslativos

a su favor. De tal forma que la posible solución judicial, y el contenido normativo queda vaciado por la solución registral.

Finalidad de la publicidad del área en controversia

Como se ha explicado líneas atrás es caro para el Estado titular a una comunidad, porque prácticamente toda el área titulada se extrae del mercado, y las relaciones que al interior se producen no tienen los incentivos para generar riqueza en los términos del liberalismo que inspira el contenido económico de nuestra constitución vigente; y en la época que se edicto la norma el corte social de la constitución de 1979 hizo posible que se materializara en norma legal el procedimiento de deslinde que se comenta en éstas líneas.

Asimismo el alcance de este mecanismo de publicidad es erga omnes, para todos los casos que encajen los supuestos contemplados en los artículos antes citados.

En este sentido tampoco resultan atendibles los siguientes pronunciamientos de la segunda Instancia registral, con similar contenido a los antes citados:

Resolución: 607-2012-SUNARP-TR-T de 9/21/2012

Tema de Sumilla: EFECTOS DEL REGISTRO Los efectos materiales del registro (legitimación, fe pública registral y oponibilidad) se obtienen a partir de la información que obra en las partidas registrales y no en los títulos archivados.

Resolución: 611-2012-SUNARP-TR-T de 9/21/2012

Tema de Sumilla: EFECTOS DEL REGISTRO Los efectos materiales del registro (legitimación, fe pública registral y oponibilidad) se obtienen a partir de la información que obra en las partidas registrales y no en los títulos archivados.

De esta forma se ha vulnerado el derecho a la propiedad privada, de las comunidades campesinas en el intento de conformar su territorio comunal, y se ha “garantizado” la publicidad registral, en un caso en el cual el legislador solucionó manteniendo fuera del registro la publicidad del área en controversia.

Prelación de acreedores y publicidad del área en controversia

Personalmente considero que aun cuando en esto caso la interpretación y aplicación normativa ha fallado, aún quedará a las comunidades como

último recurso el contenido del art 1135 del Código Civil “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”, el cual ha establecido las reglas de prelación de acreedores de un bien inmueble, en este caso un predio que una comunidad aspira a incorporar a su territorio, toda vez que puede haberse vendido el bien para iniciar un procedimiento de inmatriculación ante el Registro toda vez que según los pronunciamientos del Tribunal Registral aún para el caso de los procedimientos de deslinde y titulación el mecanismo de publicidad establecido en aquellos no puede contraponerse con eficacia por no estar incorporado en una partida registral, según los pronunciamientos citados, en estas adquisiciones resulta innegable que no hay buena fe, toda vez que el adquirente conocía de la situación del predio ubicado en área de controversia. El inconveniente está en que este elemento sólo podrá ser evaluado en sede Judicial.

A COLABORAÇÃO ENTRE REGISTOS E CADASTROS. A INFORMAÇÃO CADASTRAL SIMPLIFICADA EM PORTUGAL NO BALCÃO ÚNICO DO PRÉDIO – BUPI. O PAPEL DO REGISTO PREDIAL PORTUGUÊS NA DEMARCAÇÃO DE IMÓVEIS

Luisa Clode

*Conservadora do Registo Predial no Funchal
Secretária Geral da Direcção da Associação Sindical dos Conservadores dos Registos*

I. INTRODUÇÃO

A agenda das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável do mundo em 2030¹, no âmbito do objectivo de acabar com a pobreza em todas as suas formas e lugares, reconhece a importância do direito aos recursos económicos nomeadamente à propriedade imobiliária, à herança, aos recursos naturais e à micro-finança².

A erradicação da pobreza passa pela produção e distribuição de riqueza, que depende da utilização responsável dos recursos económicos, os quais serão tanto mais eficazes quanto maior for a sua optimização em resultado da especialização dos agentes de produção. A especialização incrementa a produtividade, porém só é útil se os agentes económicos puderem transaccionar os seus recursos e se as *transacções*, ou o comércio de bens e serviços, onde se inclui o comércio de imóveis, puderem efectuar-se com segurança e a custos razoáveis³.

¹ <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>.

² Ponto 1.4. do objectivo 1 da referida agenda.

³ Benito Arruñada, “Sistemas de titulación de la propiedad” Palestra Editores, Lima,

Em 2012, a FAO -Food and Agriculture Organization -publicou Directrizes sobre o Governo Responsável da Propriedade (e posse)⁴ recomenda aos Estados o reconhecimento do direito de propriedade, bem como a adopção de medidas para que as transacções de imóveis sejam efectuadas de forma justa e transparente, devendo para isso implementar-se sistemas de registo fiáveis que, por um lado, providenciem informação acessível, com consequente redução de riscos e custos das transacções e que, por outro lado, constituam a base da defesa da propriedade e posse prevenindo a evicção arbitrária.

A mesma agenda das Nações Unidas para 2030, para construção da paz e de sociedades inclusivas, identifica a necessidade de promover o Estado de Direito a nível nacional e internacional, providenciando o acesso à justiça mediante a construção de instituições responsáveis a todos os níveis, nas quais se incluem as relativas ao registo de imóveis.⁵

O Estado de Direito está relacionado desde as suas origens com a democracia, a liberdade e a igualdade perante a Lei, mas também com o reconhecimento do direito à propriedade privada. A protecção da propriedade manifesta-se quando se criam instrumentos que tornam seguros e facilmente negociáveis os direitos que sobre ela incidem, podendo dizerse, como Nicolás Nogueroles, que “*nenhum Estado é moderno sem registo de propriedade e sem o direito de dispor livremente dos seus bens*”⁶.

No que aos imóveis diz respeito, recursos económicos por excelência, a contratação sobre os mesmos traduz-se na sua transmissão e oneração, estribada no conceito jurídico do direito privado de propriedade, construído doutrinariamente e com assento legal na maioria dos países desenvolvidos.

O território, juntamente com o povo e o poder político, integra o conceito mais elementar de Estado soberano⁷, reflectido no Tratado de Funcionamento da União Europeia⁸ que determina, em sede de aplicação do Direito Europeu, que “os tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros”.

Peru.

⁴ [Http://www.fao.org/tenure/voluntary-guidelines/en/](http://www.fao.org/tenure/voluntary-guidelines/en/).

⁵ Ponto 16.3. do objectivo 16 da mesma agenda.

⁶ Discurso de abertura do Congresso IPRA-CINDER em Santiago do Chile -2014.

⁷ Prof. Doutor Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, Coimbra Editora.

⁸ TFUE -Artigo 345º [http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt).

Por seu lado, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no elenco das liberdades fundamentais, reconhece que o direito de propriedade abrange a fruição e utilização dos bens legalmente adquiridos, tal como a faculdade de deles dispor em vida ou por morte⁹.

E a Constituição da República Portuguesa, para além de garantir a todos “o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte”, institui como tarefa fundamental do Estado “assegurar um correcto ordenamento do território”¹⁰.

Os direitos, de natureza pública ou privada, sobre o território devem encontrar-se legalmente definidos e suficientemente identificados de modo a serem respeitados, potenciando o valor económico da propriedade imobiliária. O registo da propriedade imobiliária, sob a égide do Estado, é um instrumento privilegiado na determinação e publicitação da situação jurídica dos imóveis¹¹, sustentando a confiança e permitindo a contratação imobiliária a custos aceitáveis.

Assim é em Portugal. O registo predial, um dos serviços integrados no Instituto dos Registos e do Notariado, sob tutela do Ministério da Justiça, tem como finalidade primeira “*dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário*”¹², segurança que há-de aferir-se pela medida dos efeitos atribuídos por lei ao assento registal, quer como elemento legitimador da contratação quer como meio de prova em juízo.

Portugal tem figurado entre os Estados Europeus que mais segurança garante à titularidade sobre imóveis assente no respectivo sistema registal de fôlio real, considerado um registo de direitos onde vigora o princípio da verdade e em que a titularidade é protegida pelos efeitos do registo.

O conhecimento efectivo do território, da localização e configuração dos imóveis em ligação com a respectiva titularidade, tem marcado a agenda nacional por faltar ainda um cadastro territorialmente esgotante. Saber “*quem*

⁹ CDFUE Artigo 17º. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

¹⁰ Artºs 62º e 9º al. e) da Constituição da Republica Portuguesa.

¹¹ Conclusões do Tema 2 do Congresso IPRA-CINDER de 2014: “O estado de Direito está intimamente ligado à segurança dos direitos de propriedade (...). Os sistemas registais, independentemente do respectivo modelo, baseiam-se no pressuposto de que o poder público é responsável pela protecção e efectivação do direito de propriedade (...). O registo é o instrumento do poder público para proteger os direitos de propriedade porque os faz seguros e facilita o processo da sua negociação.”

¹² Artº 1º do Cód. Registo Predial.

tem o quê”¹³ surge como um novo desafio na administração do território. A necessidade de ligação da informação constante das bases de dados cadastrais ou fiscais com os direitos, ónus e encargos publicitados no registo, levaram à implementação de recentes medidas legislativas, com a salvaguarda do papel distinto de cada instituição – por um lado, o das entidades que prosseguem a identificação e delimitação do solo numa perspectiva da sua finalidade tributária e económico-social, e, por outro lado, o do registo como garantia da existência do direito e tutela da confiança no âmbito da contratação privada.

II. PANORAMA LEGAL

No sistema registal português, a informação relativa à composição física dos imóveis, enquanto parcelas autonomizadas do território, provém da inscrição junto da administração fiscal, num pressuposto de facto (não de direito) de que o sujeito passivo do imposto é o proprietário. A declaração de um imóvel para efeitos fiscais é proveniente de um simples acto de vontade do suposto adquirente.

A informação fiscal relativa à composição física dos imóveis tem passado por diversas vicissitudes.

Em 1926/1927¹⁴ o Governo de Portugal decidiu proceder à organização do cadastro geométrico da propriedade rústica, incumbência a cargo do Ministério do Comércio e Indústria, com o objectivo de recolher informação e organizar a propriedade rural para efeitos de tributação. Em 1963 a informação coligida pelo cadastro geométrico foi integrada no Código da Contribuição Predial e do Imposto sobre a Indústria Agrícola¹⁵ e 50 anos depois da sua criação, em 1977¹⁶, passa a estar formalmente sob a égide do Ministério das Finanças por ser considerada a base da tributação da propriedade rústica, mantendo a função de recolha, identificação e confirmação dos limites da propriedade. Dez anos mais tarde, em 1987, o cadastro geomé-

¹³ “Who owns what”, no texto de Rumyana Tonchovska da UNFAO em trabalho apresentado em Madrid em Novembro de 2016 <https://workshopunece.registradores.org/files-and-presentations/?lang=en>.

¹⁴ Decreto n.º 11 859 de 07/07/1926 e n.º 14 162 de 26/08/1927 15 DL n.º 45 104, de 01/07/1963 16 DL n.º 27/77 de 20/01.

¹⁵ DL n.º 45 104, de 01/07/1963.

¹⁶ DL n.º 27/77 de 20/01.

trico retorna à tutela da Administração do Território¹⁷ e em 1994 passa a ter competência também em relação à propriedade urbana¹⁸.

Em 1995, o Governo, reconhecendo que *“a informação relativa aos cerca de 17 milhões de prédios, rústicos e urbanos, existentes no País encontra-se dispersa por diversos registos, organizados em função de objectivos distintos por serviços públicos diferentes”*, aprovou o Cadastro Predial¹⁹ com cariz multifuncional e com a atribuição a cada prédio, pela primeira vez, de um código numérico unívoco designado por NIP (número de identificação de prédio), mas mantendo em vigor a informação do anterior Cadastro Geométrico nas áreas por ele abrangidas. Pretendia-se alcançar uma harmonização entre a informação cadastral e registal, tendo aquela carácter provisório enquanto tal desiderato não fosse alcançado.

Reconhecendo a onerosidade, dificuldade e morosidade na execução do cadastro, sobretudo em zonas do território muito fragmentado, previu-se, pela primeira vez, a possibilidade de ser executado por outras entidades privadas, devidamente licenciadas.

Actualmente o cadastro (geométrico e predial) está integrado na administração directa do Estado, como parte da Direcção Geral do Território do Ministério do Ambiente, organismo público nacional ao qual incumbe prosseguir as políticas públicas de ordenamento do território, zelar pela consolidação do sistema de gestão territorial, desenvolver e difundir orientações que assegurem uma adequada organização, valorização e utilização do território nacional.²⁰

O resultado de setenta anos de trabalho de cadastro geométrico da propriedade é a sua implementação em cerca de 50% da área do território nacional, 128 dos 308 municípios portugueses, a maioria localizado nas regiões a sul do rio Tejo, onde a dimensão média das parcelas é maior. O resultado de mais de vinte anos de cadastro predial é a sua implementação em 6 outros municípios²¹, nos quais está ainda em curso a resolução das

¹⁷ DL n° 329/87 de 23/09 – art° 11°;

¹⁸ DL n° 74/94 de 05/03 – art° 2° n° 2 al. e) - *“Proceder, directa ou indirectamente, à execução do cadastro predial, rústico e urbano, e assegurar a sua conservação”*.

¹⁹ DL n° 172/95 de 18/07.

²⁰ [Http://www.dgterritorio.pt/a_dgt/natureza_e_missao/](http://www.dgterritorio.pt/a_dgt/natureza_e_missao/).

²¹ Loulé, Oliveira do Hospital, Paredes, Penafiel, Seia e Tavira, decorrendo os trabalhos no terreno em S. Brás de Alportel, segundo informação disponível em http://www.dgterritorio.pt/cadastro/cadastro_predial/.

reclamações apresentadas pelos cidadãos, relativas à caracterização provisória dos prédios.

Em 2007 nasceu o Sistema Nacional de Exploração e Gestão da Informação Cadastral (SiNErGIC)²² gizado como “*sistema de informação predial único que condense, de forma sistemática, a realidade factual da propriedade imobiliária com o registo predial, as inscrições matriciais e as informações cadastrais*” também sob orientação da Direcção Geral do Território, presentemente em execução nos mesmos 6 municípios em que vigora o regime do cadastro predial.

Em 2009 foi transposta para a ordem interna do Estado Português a directiva Inspire²³ com o objectivo de estabelecer uma infra-estrutura de informação geográfica na União Europeia para efeitos de políticas ambientais, determinando critérios comuns para recolha e partilha da informação geográfica. É então criado o Registo Nacional de Dados Geográficos, integrado no Sistema Nacional de Informação Geográfica (SNIG), que se encontra ainda em fase de desenvolvimento.

Para além das bases de dados referidas – cadastro geométrico, cadastro predial e registo nacional de dados geográficos da directiva Inspire – subsiste em grande parte do país a matriz predial rústica²⁴, sem qualquer base cartográfica, da competência exclusiva da autoridade tributária.

Em face desta realidade, a Fundação Francisco Manuel dos Santos²⁵ promoveu um estudo que resultou numa publicação de 2013²⁶ na qual é possível recolher-se, com interesse para o tema, os seguintes dados: 74% da população vive em cidades²⁷ (sobretudo no litoral) que correspondem a

²² DL n.º 224/2007 de 31/05. http://www.dgterritorio.pt/cadastro/cadastro_geometrico_da_propriedade_rustica_cgpr/.

²³ DL n.º 180/2009 de 7/08 alterado pelo DL n.º 84/2015 de 21/05 que transpõe a Directiva 2007/2/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 14/03/2007.

²⁴ Organizada nos termos do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis cujo art.º 12º as define como “registos de que constam, designadamente, a caracterização dos prédios, a localização e o seu valor patrimonial tributário, a identidade dos proprietários e, sendo caso disso, dos usufrutuários e superficiários. As inscrições matriciais só para efeitos tributários constituem presunção de propriedade” (sublinhado nosso).

²⁵ Cuja missão é “estudar, divulgar e debater a realidade portuguesa com liberdade e independência” <https://www.ffms.pt/>.

²⁶ “O Cadastro e a Propriedade Rústica em Portugal” de Rodrigo Sarmiento de Beires <https://www.ffms.pt/publicacoes/detalhe/777/o-cadastro-e-a-propriedade-rustica-em-portugal>.

²⁷ Sendo a media europeia de 75%.

cerca de 3% do território; o domínio publico²⁸, integrado por planos de água (rios e albufeiras e zonas húmidas e marginais), praias e margens, jazigos minerais, nascentes, e solo artificializado, vias férreas, estradas e ruas ocupa cerca de 3% do território; nos restantes 94%, permanece um país quase totalmente rústico, não necessariamente rural ou silvícola, já que, destes, cerca de 23% é composto por matos e incultos, muitos sem dono conhecido, 36% é terra arroteada para agricultura e pastagens, 38% são matas e 3% árvores dispersas e áreas ardidas.

Tendo por certo, por um lado, que a informação fiscal relativa aos prédios urbanos se encontra actualizada por força da avaliação geral determinada pela reforma da tributação do património imobiliário²⁹ e, por outro lado, que a área abrangida pelo cadastro geométrico abrange cerca de 50% do território, é fácil concluir que estará em falta cadastrar cerca de 47% do país. Ora, se a esta cifra deduzirmos o valor correspondente ao domínio público, bem como o relativo a terras sem dono conhecido³⁰, alcançaremos um valor aproximado de 25% do território nacional que será propriedade privada cuja configuração falta apurar.

O estudo da mencionada Fundação, reconhecendo a valia dos sistemas de informação geográfica, mas admitindo a morosidade da execução dos trabalhos de levantamento e recolha da informação, reflecte os custos da implementação do cadastro predial na totalidade do país, que se estimavam, à data, em 690 milhões de euros distribuídos por 15 anos, numa média de concretização em 20 concelhos por ano.³¹ Cerca de 80% deste valor corresponderá a aquisição de cartografia e dados cadastrais a que acresce a despesa relacionada com a sua conservação e actualização.

Posto isto, importa aferir, qual é, na realidade, a valia do cadastro predial para justificar o investimento quando, numa perspectiva economicista ime-

²⁸ Artº 84º da Constituição da República Portuguesa.

²⁹ Determinada pelo DL nº 287/2003, de 12/11 que aprovou nomeadamente o Código do Imposto Municipal sobre os Imóveis (IMI) e consignou o prazo de 10 anos para a avaliação dos imóveis urbanos.

³⁰ Valor que rondará 20% como referido no citado estudo da Fundação Francisco Manuel dos Santos com origem nas declarações de João Ferro, Secretário de Estado do Ordenamento do Território e das Cidades, por ocasião do lançamento do Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT) *in* revista *Ingenium*, Janeiro / Fevereiro de 2009.

³¹ Período insuficiente se tivermos em conta que no âmbito do cadastro predial, já com o SiNErGIC desde 2007, apenas estão cadastrados 6 concelhos, numero que se mantém em 2018.

diata, a receita fiscal do Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) relativa aos prédios rústicos, corresponde a menos de 0,01% do total das receitas fiscais.

Não hesitamos em afirmar que esse investimento se justifica, todavia, se aceitarmos que a valia do cadastro transcende a sua relevância fiscal! Na senda do estudo promovido pela Fundação Francisco Manuel dos Santos, assim será se o cadastro constituir, também, a base estrutural da gestão fundiária, porque identifica os prédios para efeitos de licenciamento de culturas e controle dos apoios aos investimentos agrícolas e silvícolas; e a base do ordenamento do território enquanto elemento estruturante de planos directores municipais, planos de pormenor e demais instrumentos, substituindo a cartografia parcelar que, a cada momento, as diversas entidades levam a cabo, economizando nos inerentes custos. A isto acresce, em relação aos particulares e à actividade económica, o conhecimento mais exacto acerca dos bens a transacionar, onerar ou executar, possibilitando a cada um “saber onde ficam as suas terras” ou os limites das suas propriedades para nelas concretizar projectos de edificações ou infra-estruturas.

III. A INFORMAÇÃO CADASTRAL SIMPLIFICADA NO BALCÃO ÚNICO DO PRÉDIO – BUPI -

Em 2016, o actual Governo de Portugal reconheceu as dificuldades dos processos de gestão e decisão de base territorial decorrentes da ineficiente conjugação de perspectivas e abordagens territoriais e a necessidade, extensiva aos processos de ordenamento do território, de associar o conhecimento do solo à questão da propriedade, tendo criado um grupo de trabalho com a missão de consolidar a produção, gestão e actualização de dados cadastrais de cujo relatório final consta um plano de acção que valoriza o cadastro e, em face da realidade portuguesa, abre caminho à informação cadastral simplificada que, validada, se converterá em cadastro³².

Em Agosto de 2017 legislou-se sobre o **sistema de informação cadastral simplificada**³³ associado a uma plataforma de interligação da informação imobiliária, designada por **Balcão Único do Prédio (BUPi)**, com o

³² Despacho n° 9389/2016 de 22/07-Relatório de Junho de 2017 disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e4a6c635639775a584a6e6457353059584d-7657456c4a53533979634445334d79313461576c704c544a68597931684c6e426b5a-673d3d&fich=rp173xiii-2ac-a.pdf&Inline=true>.

³³ Definida pelo grupo de trabalho como “conjunto de elementos que permitem localizar, identificar e caracterizar as unidades prediais obtidos a partir de conceitos, métodos e aplicações parcialmente similares aos utilizados para o cadastro predial”.

objectivo de estruturar uma nova forma de intercomunicabilidade da diferente informação com relevância imobiliária, em especial no que respeita aos prédios de natureza rústica³⁴. A lei criou 3 procedimentos distintos: **(i) o procedimento de representação gráfica georreferenciada; (ii) o procedimento especial de registo de prédio rústico e misto omisso; e (iii) o procedimento de identificação e registo de prédio sem dono conhecido**³⁵, todos interligados por intermédio da referida plataforma criada como balcão físico e virtual, sob responsabilidade do Instituto dos Registos e do Notariado. A plataforma do BUpi agrega a informação registal, matricial (ou fiscal) e georreferenciada mediante a atribuição de um *novo* número de identificação do prédio (abreviadamente NIP), uma vez confirmada a coincidência entre a informação registal e a matricial a que se associa a representação gráfica georreferenciada e outros elementos relativos à caracterização do prédio.

A plataforma vem de encontro às directrizes das Nações Unidas quando recomendam uma aproximação holística e sustentável que reconheça a importância da interconexão informativa relativamente às diferentes abordagens dos imóveis, numa tentativa de implementar uma administração *inteligente* dessa informação.

Como meio de conseguir alguma celeridade e, em simultâneo, economizar recursos no que à recolha de dados topográficos respeita³⁶, o novo regime (sem interferir com o cadastro geométrico da propriedade -de 1927-nem com o cadastro predial -de 1995 actualizado em 2007, que se mantém), vem permitir que a georreferenciação seja promovida, a par com as entidades públicas, pelos próprios interessados, contribuindo-se com apoio técnico e processos de registo gratuitos.

No âmbito territorial em que vigora a informação cadastral simplificada – 10 municípios em fase experimental -os registos definitivos de aquisição de imóveis passam a ter de ser instruídos com a representação gráfica georreferenciada (ou com a indicação da sua consulta na plataforma)³⁷, sendo igualmente possível, independentemente dos procedimentos instituídos, a

³⁴ Lei nº 78/2017 de 17/08 (regulamentada pelo Dec. Reg. nº 9-A/2017 de 3 de Nov), em vigor em fase experimental em 10 municípios, Pedrógão Grande, Castanheira de Pera, Figueiró dos Vinhos, Góis, Pampilhosa da Serra, Penela, Sertã, Caminha, Alfândega da Fé e Proença-a-Nova, todos na zona centro do país.

³⁵ Este ainda não regulamentado.

³⁶ Em linha com as ideias decorrentes do estudo acima referido da Fundação Francisco Manuel dos Santos

³⁷ Diferentemente do que sucede nos municípios onde vigora o Cadastro Predial, em que os actos notariais que envolvam alteração da área ou configuração dos prédios

pedido do interessado e em relação aos prédios descritos no registo, associar-lhes (por anotação) a representação georreferenciada.

Vejamos, então, cada um dos procedimentos agora instituídos no BUPi.

(i) A Representação gráfica georreferenciada visa o conhecimento da localização e configuração dos imóveis, demarcando-os dos seus confinantes. O interessado ou a entidade pública que pretenda proceder à delimitação de prédios rústicos ou mistos, poderá efectuá-la através de processos directos de medição ou de forma indirecta designadamente por recurso a fotointerpretação sobre os ortofotomapas disponíveis no BUPi. A delimitação (ou demarcação), em conformidade com as novas disposições legais, passa a poder ser efectuada sem necessidade imediata da participação do confinante³⁸ e, *em regra*, por intervenção de técnico habilitado “*mediante a representação cartográfica das extremas do prédio, unidas através de uma linha poligonal fechada*” sendo a georreferenciação validada sempre que³⁹

-cumpra as especificações técnicas que no continente são as definidas na European Terrestrial Reference System 1989 – PT-TM06/ETRS89⁴⁰;

-contenha os elementos relativos à localização, ao número do prédio na matriz ou no registo, o promotor, o interesse ou direito que a legitima, a identificação do proprietário, a data e método utilizado, respeitando o rigor topológico e a localização administrativa em consonância com a Carta Administrativa Oficial de Portugal em vigor⁴¹; e

não podem ser titulados sem que seja exibida a nova representação cartográfica com as coordenadas do prédio.

³⁸ Diferentemente do estatuído nos artºs 1353º e ss do Código Civil segundo os quais o proprietário pode obrigar o(s) dono(o) do(s) prédio(s) confinante(s) a concorrer(em) para a demarcação das extremas entre o seu prédio e o(s) dele(s). Também diferente da imposição directa do Regulamento do Cadastro Predial aos proprietários da obrigação de proceder à demarcação dos prédios, sob pena de a área não demarcada ser considerada *cadastro deferido* e não abrangida pelas operações de execução, o mesmo sucedendo com as situações de conflito de extremas -artºs 16º e 17º do DL n.º 172/95 de 18/0739 o mesmo sucedendo com as situações de conflito de extremas -artºs 16º e 17º do DL n.º 172/95 de 18/0739.

³⁹ Artºs 4º, 5º, 6º e 7º do Dec. Reg. nº 9-A/2017 de 03/11.

⁴⁰ As mesmas da Directiva Inspire, e para as regiões autónomas -PTRA08-UTM/ITRF93.

⁴¹ [Http://www.dgterritorio.pt/cartografia_e_geodesia/cartografia/carta_administrativa_oficial_de_portugal_caop/caop_em_vigor/](http://www.dgterritorio.pt/cartografia_e_geodesia/cartografia/carta_administrativa_oficial_de_portugal_caop/caop_em_vigor/).

-os acertos de extremas e confrontações da representação cartográfica não se sobreponham a bens de domínio público e, quando o imóvel confronte com outros prédios submetidos ao BUPi ou com elementos geográficos naturais ou artificiais, *sempre que possível*, respeite essas confrontações. A lei define o procedimento a adoptar nos casos de sobreposição, que abordaremos mais adiante.

Apenas a informação resultante da representação gráfica georreferenciada que seja validada por todos os proprietários confinantes assume a natureza de cadastro predial para todos os efeitos legais⁴².

Os técnicos acreditados, que reúnam os requisitos profissionais para procederem à representação gráfica georreferenciada, são registados na plataforma que os identifica e disponibiliza aos interessados. Para além dos técnicos habilitados nos termos do Regulamento do Cadastro Predial, o legislador optou por alargar a actividade a outros profissionais, estabelecendo que as entidades públicas, quando promotoras da georreferenciação, possam recorrer a “quaisquer pessoas habilitadas à realização de avaliações prediais no âmbito de procedimentos administrativos e fiscais legalmente previstos”. A isto acresce a possibilidade de dispensa de intervenção de técnico habilitado, sempre que o interessado disponha de documento da delimitação feito junto de qualquer entidade pública, desde que sejam fornecidos os elementos que completem os atributos agora exigidos⁴³.

Até Março de 2018, nos projectos piloto, os técnicos habilitados foram disponibilizados pelos municípios e, segundo nos foi possível apurar, têm vindo a efectuar a maioria da georreferenciação a pedido dos particulares, de forma indirecta sobre os ortofotomapas disponíveis no BUPi. As mais recentes notícias dão nota de terem sido celebrados protocolos para georreferenciação entre o Governo e outras organizações profissionais – Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, Ordem dos Engenheiros, Ordem dos Engenheiros Técnicos, Ordem dos Advogados e a Associação Nacional de Topógrafos.⁴⁴

⁴² Não obstante o relatório final do grupo de trabalho referido nota 34 considerar que “*não é suficiente a declaração dos confinantes como elemento bastante*” para esse fim, devendo manter-se como informação cadastral simplificada.

⁴³ Artº 10º da Lei 78/2017 de 17/08 e artº 13º do Dec. Reg. nº 9-A/2017 de 03/11.

⁴⁴ Em Janeiro de 2015 na ELRA, Fernando Mendez, numa abordagem do tema questiona a razão pela qual as únicas georreferenciações aceitáveis pelos registos são as provenientes do cadastro, não encontrando razão para que não possa aceitar-se cartografia de outra origem desde que respeitados os requisitos legais. “Impersonal Transactions” [https:// www.elra.eu/impersonal-transactions-and-registries-of-pro](https://www.elra.eu/impersonal-transactions-and-registries-of-pro)

Uma nota crítica: por um lado, cria-se uma avançada plataforma informática que permite a inter-conexão (validada pelas normas de protecção de dados pessoais) da informação das diversas entidades públicas intervenientes na área do imobiliário⁴⁵, mas, por outro lado, quando se trata de a preencher com a informação física, opta-se por aceitar a representação gráfica georreferenciada baseada na declaração de responsabilidade do proprietário com possibilidade de dispensa de técnico habilitado. Ou seja, do rigor exigido pelo Regulamento do Cadastro Predial⁴⁶ ter-se-á passado a uma *permissividade* que pode condicionar a efectiva correspondência com a realidade material ou interferir com direitos legalmente constituídos. A bem do projecto e da fiabilidade da informação acreditamos que em sede de validação se recuperarão exigentes critérios de georreferenciação com deveres de sigilo e responsabilidade.

Uma referência final à legitimidade para promover o procedimento de representação gráfica georreferenciada: podem promover o procedimento todos aqueles que figurem como titulares inscritos no registo predial ou detentores de “posição activa na matriz”, ou que tenham legitimidade para solicitar actos de registos, designados no conjunto por “interessados”; e ainda as entidades públicas competentes, desde logo, os municípios e freguesias, a Direcção Geral do Território, a Autoridade Tributária e Aduaneira e outras com competência territorial que promovam operações fundiárias na área do ordenamento do território, que o poderão fazer oficiosamente por meio de procedimento ainda a definir.⁴⁷

(ii) O procedimento especial de registo de prédio rústico e misto omissivo destina-se a promover o ingresso dos prédios ainda não descritos no registo predial desde que acompanhados da representação gráfica georreferenciada. Os serviços tributários transmitem à plataforma os prédios constantes da sua base de dados e, confirmada a omissão do imóvel

perty-rights/.

⁴⁵ Entidades definidas no artº 27º da Lei nº 78/2017 de 17/08 -Autoridade Tributária, Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., Direcção Geral do Território, Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P., Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas I.P. e Municípios.

⁴⁶ Artº 34º e seguintes do DL nº 172/95 que para além de exigir a aprovação dos técnicos por parte do Instituto Geográfico e Cadastral – agora Direcção Geral do Território -cujos trabalhos têm de ser aprovados por este Instituto, impõe dever de sigilo e responsabilização, o mesmo sucedendo com o SiNErGIC – artº 45º do DL nº 224/2007.

⁴⁷ Artº 6º da Lei 78/2017 de 17/08 e artº 12º do Dec. Reg. nº 9-A/2017 de 03/11

no registo⁴⁸, o titular fiscal é notificado/convidado por aqueles serviços para apresentar no Serviço de Registo os documentos comprovativos do seu direito, juntamente com a representação gráfica georreferenciada (obtida nos termos referidos e que pode já estar disponível na plataforma do BUPi). Apresentado o pedido e os documentos comprovativos do direito, a Conservatória do Registo Predial inicia o procedimento, apreciando a sua viabilidade e suprimindo, com a colaboração do interessado, eventuais deficiências. Na falta de documentos ou quando estes enfermem de irregularidades que não permitam uma inscrição definitiva, o interessado pode recorrer ao processo de justificação⁴⁹, invocando e provando, se for o caso, a aquisição por usucapião.

Trata-se, em síntese, de um procedimento no âmbito dos princípios e regras gerais do registo, com a particularidade de vir acompanhado da representação georreferenciada que será anotada à descrição do imóvel, e com o qual se pretende que ingresse no registo um numero assinalável de prédios até agora não descritos, identificando-se os respectivos proprietários. Note-se ainda, que, no caso de divergência de área entre o título e a matriz, prevalecerá a área da georreferenciação agora instituída, considerada a correcta⁵⁰.

O resultado será a atribuição do **numero de identificação predial – NIP** – sempre que confirmada a *“coincidência entre a informação constante das bases de dados das descrições prediais do Instituto dos Registos e do Notariado e das bases de dados que contém as inscrições matriciais da Autoridade Tributária e Aduaneira”*⁵¹, número que corresponderá à descrição predial -conceito jurídico civilístico de prédio -podendo incluir diversos artigos de matriz e ao qual fica associado a representação georreferenciada⁵². O NIP é um identificador sequencial e sem significado lógico⁵³.

⁴⁸ À partida, uma tarefa relativamente simples já que o sistema registal é de fôlio real e existem índices por artigo matricial, mas dificultada pelas sucessivas alterações matriciais feitas por razões tributárias e sem correspondência com anteriores inscrições.

⁴⁹ Previsto nos artºs 116º e seguintes do Cod. Reg. Predial.

⁵⁰ Artº 16º da Lei nº 78/2017 de 17/08.

⁵¹ Artº 22º nº 1 do Dec. Reg. nº 9-A/2017 de 03/11.

⁵² Tanto quanto nos foi possível aferir, e não obstante o ingresso no registo de novos prédios com georreferenciação ter vindo a mostrar procura por parte dos particulares, até a presente data ainda não têm sido atribuídos NIPs, presumindo-se que estará em falta alguma “afinação” tecnológica, já que essa atribuição se encontra concebida como um automatismo.

⁵³ Ao contrário do que sucede no âmbito do cadastro predial nos termos do qual a se-

(iii) O procedimento de identificação e registo de prédio sem dono conhecido

As coisas imóveis sem dono conhecido consideram-se património do Estado⁵⁴, o que traduz a consagração dos poderes de soberania sobre todo o território. A mesma soberania manifesta-se quando o nosso ordenamento jurídico, em matéria sucessória, estabelece a devolução da herança ao Estado na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis⁵⁵ o que se processa mediante o reconhecimento judicial e declaração de herança vaga para o Estado, com citação de interessados incertos⁵⁶. Em Portugal, os imóveis não são susceptíveis de aquisição por ocupação porque, rigorosamente, não se podem considerar abandonados⁵⁷, podendo, contudo, ser adquiridos por usucapião.

Ora, concebendo-se os imóveis sem dono conhecido como propriedade do Estado, impõe-se uma referência ao regime jurídico dos imóveis do domínio público e privado do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais que estabelece deveres de coordenação, de gestão patrimonial e de informação, designadamente para efeitos de inventário, mediante a concretização de um programa que permita a *“compatibilização, informação recíproca e actualização entre as bases de dados respeitantes aos recursos patrimoniais públicos”* designado por “Sistema de Informação dos Imóveis do Estado”⁵⁸ e⁵⁹.

quência dos Algarismos que compõem o NIP têm um significado próprio identificando entre outros elementos, a zona, as folhas cadastrais e a propriedade indivisa -Portaria nº 1192/95, de 02/10.

⁵⁴ Artº 1345º do Código Civil.

⁵⁵ Artºs 2133º nº 1 al. e) e 2152 e ss. do Código Civil.

⁵⁶ Artºs 2155º do Código Civil e 938º e seguintes do Código do Processo Civil.

⁵⁷ Código Civil anotado, Vol. III, p. 175, Pires de Lima e Antunes Varela, Coimbra Editora

⁵⁸ DL nº 280/2007 e 07/08 <http://www.dgtf.pt/patrimonio-imobiliario/relatorios/siiesistema-de-informacao-dos-imeveis-do-estado> A inventariação a que se refere o artigo 114º deste diploma permanece desatualizada como, aliás, consta do parecer do Tribunal de Contas à Conta Geral do Estado de 2016, segundo o qual naquele ano apenas figuravam pouco mais de 15 mil prédios como edificado e 5 mil como terrenos, disponível em http://www.tcontas.pt/pt/actos/parecer-cge/2016/04_ParteB_CGE.pdf.

⁵⁹ Duas breves notas que não desenvolvemos por extravasarem o propósito deste trabalho: (i) uma relativa à existência da “Bolsa de Terras” (<http://www.bolsanacional-deterras.pt/quem.php>), criada pela Lei nº 62/2012 de 10/12, assente nos princípios da universalidade e voluntariedade, cujo objectivo passa pela recolha de informação de

Os imóveis no *domínio privado do Estado*, demais entidades de direito público ou institutos públicos são inscritos no registo predial mediante a apresentação dos documentos comprovativos do direito, ou por procedimento de justificação administrativa quando os documentos não existam ou não forem localizados ou ainda por procedimento extraordinário de regularização jurídico-registal de bens imóveis⁶⁰ que corre igualmente nos serviços de registo.

Provavelmente muitos dos prédios sem dono conhecido que, como inicialmente se disse, ascendem a cerca de 20% do território nacional, sendo propriedade do Estado, poderão ser regularizados, melhor dizendo, registados a favor do Estado, apesar da revogação do anterior procedimento de reconhecimento dos imóveis nessa situação⁶¹, impondo-se mesmo essa obrigação às entidades públicas como contributo, a par com o dos particulares, para o conhecimento efectivo da realidade territorial do país⁶².

A finalidade da execução do cadastro predial ou da, agora criada, informação cadastral simplificada, é uma tripla correspondência entre uma inscrição para efeitos tributários (um artigo de matriz), um registo de direitos e encargos com natureza e efeitos jurídicos (um número de descrição predial) e um prédio demarcado geo-espacialmente no terreno. Reforça-se essa correspondência com a atribuição do NIP -número de identificação predial⁶³. A partir dessa correspondência, cada uma das entidades públicas

modo a facilitar o acesso à terra através da sua melhor identificação e promoção da oferta, abrangendo não só prédios de particulares, mas também de entidades públicas e sem dono conhecido; (ii) outra relativa aos baldios, regulados pela Lei nº 75/2017 de 17/08, que são terrenos possuídos e geridos por comunidades locais de acordo com os usos e costumes, utilizados por regra para apascentação de gados, recolha de lenhas e de matos, de culturas e de caça, dispersos por todo o país e muitas vezes de difícil delimitação, mas inscritos na matriz predial ou na cadastral em nome da comunidade local, sendo incumbência governamental organizar uma plataforma electrónica nacional que os identifique, os quais terão ligação ao BUPi indirectamente através da respectiva identificação fiscal.

⁶⁰ Regulado pelo DL nº 21/2017 de 25/05.

⁶¹ A Lei nº 152/2015 de 14/09 foi revogada pela Lei nº 78/2017 de 17/08.

⁶² Num país eminentemente católico como o nosso, atrevemo-nos a afirmar que a inventariação/regularização do património da igreja, cujos números desconhecemos, provavelmente também contribuiria para o bom conhecimento da realidade territorial em muitos municípios.

⁶³ No cadastro predial a caracterização geoespacial é confirmada em termos oficiais na

a quem compete disponibilizar informação na plataforma BUPi pode associar ao NIP outra informação sobre o imóvel – nomeadamente, valores patrimoniais para fins de tributação (pelos serviços fiscais); acesso a direitos de propriedade, ónus e servidões, entre outros (pelos serviços de registo predial); explorações agrícolas para efeitos de gestão das ajudas no âmbito da Política Agrícola Comum e atribuição dos subsídios do Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (pelo Instituto Financeiro da Agricultura e Pescas, IP -IFAP⁶⁴); zonas de intervenção florestal para efeitos de conservação da natureza e biodiversidade e gestão de habitats florestais (pelo Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas, I.P.⁶⁵); e outros dados de gestão urbanística por parte dos municípios.

A harmonização da informação relevante sobre os elementos de identificação dos prédios vai resultar, subsequentemente à atribuição do NIP, da interoperabilidade dos dados detidos pelas demais entidades envolvidas na plataforma⁶⁶ cuja partilha se fará com referência àquele NIP e se concretiza através de protocolo que define as categorias dos titulares e dos dados, bem como o acesso, a comunicação e o respectivo tratamento no respeito da legislação sobre protecção de dados. Ou seja, os dados estão interligados, mas continuarão a ser tratados autonomamente, como, aliás, o propósito da sua recolha e de cada entidade que os gere, assim o determina.

É a função social da propriedade, o imóvel nas suas múltiplas vertentes, que sairá valorizada, na medida em que toda esta informação é conformação do direito de propriedade, é situação jurídica do prédio, é relevante no âmbito das transacções imobiliárias e é ainda consolidação da segurança jurídica, facilitação do intercâmbio dos bens e do crédito com suas garantias⁶⁷.

DGT mas o mesmo não sucede no âmbito do BUPi.

⁶⁴ Instituto a quem incumbe a gestão do Sistema de Identificação Parcelar (SIP), conhecido simplesmente por “Parcelário Agrícola” Portaria n.º 58/2017 de 6/02” http://www.ifap.minagricultura.pt/portal/page/portal/ifap_publico que em Janeiro de 2017, segundo o Ministro da Agricultura, cobre uma área de cerca de 5 milhões de hectares, correspondentes a quase metade da superfície do território continental.

⁶⁵ Instituto regulado pelo DLº 135/2012 29/06 a quem incumbe propor e assegurar a execução das políticas de conservação da natureza e das florestas, visando a sua conservação e utilização sustentável bem como garantir o funcionamento do “Sistema Nacional de Informação dos Recursos Florestais” e do “Inventário Florestal Nacional” <http://www2.icnf.pt/portal/icnf>.

⁶⁶ Artº 27º da Lei nº 78/2017 de 17/08.

⁶⁷ Madalena Teixeira, membro do Conselho Consultivo do IRN, I.P. em estudo entregue à Assembleia da República, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a->

IV. A APRECIACÃO DA LEGALIDADE NA DESCRIÇÃO DO IMÓVEL

Temos por certo que a informação relativa à identificação dos imóveis deve ser criada, mantida e actualizada de forma fidedigna, para que se inscrevam os direitos e encargos em relação ao objecto certo. No plano económico é essencial a concordância entre a realidade material e a registal; a correcta delimitação do objecto do tráfico jurídico através da descrição tem uma importância capital nos sistemas de fólio real, pois é ali que reside o suporte dos direitos inscritos. Segundo Jorge Blanco Urzáiz⁶⁸ o cadastro, ou a representação gráfica georreferenciada, terá utilidade na medida em que se conseguir a coincidência entre a realidade física, a registal e a cadastral. A exactidão na composição do imóvel contribui para a segurança do conteúdo do direito de propriedade, contribui para evitar a violação de normas urbanísticas e, na optica registal contribui para evitar a duplicação de descrições. O comércio imobiliário do sec. XXI, em que dominam as transacções impessoais⁶⁹, para além de exigir certeza quanto ao direito do transmitente e à (in)existência de ónus, demanda mais rigor na identificação dos imóveis.

As directizes da FAO, já referidas neste trabalho, determinam igualmente que os Estados devem assegurar que todos possam registar os seus direitos, implementando meios de interligar a informação com as parcelas físicas de modo que a indexação permita identificar direitos sobrepostos ou em conflito.

Todavia, o conteúdo da descrição de um imóvel no registo, seja na forma narrativa utilizada em Portugal⁷⁰, seja em moldes cartográficos ou georreferenciados utilizados na maior parte dos países da Europa, não beneficia

4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6444515530765247396a-6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938785a575a6d4d47566c4d53316a5a6d4e6d4c545131596a-63744f4751304f4330324d446c6c5a6a55305a444e6a5a4759756347526d&fich=1e-f0ee1-cfcf-45b7-8d48609ef54d3cdf.pdf&Inline=true.

⁶⁸ “The Coordination between the property registry and the Cadastre in the aftermath of Law 13/2015 in Spain” trabalho apresentado em Madrid em Novembro de 2016. <https://workshop-unece.registradores.org/files-and-presentations/?lang=en>.

⁶⁹ <https://www.elra.eu/impersonal-transactions-and-registries-of-property-rights/> Fernando Mendez.

⁷⁰ A descrição tem por fim a identificação física – localização, área e composição económica – destino ou finalidade do imóvel -e fiscal – referencia à inscrição matricial dos prédios (Artº 79º do Cod. Registo Predial).

de presunção de verdade⁷¹. A doutrina e a jurisprudência portuguesas têm considerado que a presunção de verdade que enforma o nosso sistema registal⁷², não abrange os elementos da descrição⁷³.

Ao apreciar a legalidade dos actos sujeitos a registo, compete ao Conservador português, além do mais, verificar “*especialmente a identidade do prédio*”⁷⁴, a qual, à partida, se limitará à harmonização do título com a descrição registal e a inscrição matricial (ou o pedido de rectificação ou alteração desta), quanto à localização, à área e ao artigo da matriz⁷⁵.

A verificação “da identidade do prédio” há-de cumprir-se relativamente (i) à própria existência e autonomia do imóvel, (ii) à confirmação da (in) existência de sobreposições ou duplicações de descrições e à (iii) efectiva intervenção do proprietário para que possa efectuar-se a abertura, alteração ou rectificação na configuração ou composição do prédio.

⁷¹ De acordo com a informação recolhida em trabalho da ELRA de 2017 com a participação de 23 países, ainda não publicado, a grande maioria dos sistemas de registo europeus disponibiliza informação gráfica (e alguns também georreferenciada) dos imóveis, sendo o nosso país juntamente com a Grécia, uma parte do território Italiano e a Bélgica (com sistema de fôlio pessoal) os que utilizam exclusivamente a descrição literal.

⁷² Vertida no artº 7º do Cod. Registo Predial.

⁷³ Entre outros Ac. STJ 082672 de 01/10/1999, Ac. STJ 01A1139 de 17/10/2000, Ac. STJ 03A2572 de 28/01/3003 e Ac. 809/10.7.TBLMG.C1.S1 disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

⁷⁴ Artº 68º do Cod. Registo Predial.

⁷⁵ Artº 28º do Cod. Registo Predial. Contudo, haverá dispensa de harmonização das áreas nos limites das percentagens de 20 %, nos prédios rústicos não submetidos ao cadastro geométrico, 5 %, nos prédios rústicos submetidos ao cadastro geométrico e 10 %, nos prédios urbanos ou terrenos para construção (artº 28-A). E, se a divergência ultrapassar aquelas percentagens, a área da descrição pode ainda ser rectificada quando se invoque erro de medição: na matriz cadastral comprovado com base na informação cadastral donde conste a respectiva rectificação e em declaração que confirme que a configuração geométrica do prédio não sofreu alteração; e, na matriz não cadastral, mediante apresentação, juntamente com a declaração de não alteração da configuração do imóvel, da respectiva planta elaborada por técnico habilitado ou da mesma planta do prédio com a declaração dos confinantes de que não ocorreu alteração na configuração do prédio (artigo 28º-C). Segundo a doutrina do IRN, I.P. esta norma encerra uma espécie de dispensa de qualificação (ou da obrigação especial de verificar a identidade do prédio), quanto ao invocado erro, posição que tem sido alvo de sérias críticas por potenciar a contratação informal e a violação de regras urbanísticas, exponenciando o risco de duplicação de descrições.

Vejamos. (i) Os direitos reais existem e exercem-se sobre coisas determinadas, não permitindo a Lei a sua existência relativamente a coisas futuras ou indeterminadas⁷⁶. Assim também, sempre que se registam factos relativos a imóveis susceptíveis de direitos e obrigações próprios, há que aferir da sua existência e autonomia. Nas palavras de recente acórdão do STJ “*se a presunção gerada pela inscrição da aquisição do direito no registo abrange apenas os factos jurídicos inscritos e não também os elementos de identificação física, económica e fiscal dos prédios, tal presunção não pode deixar de se estender à (crucial) existência do próprio prédio objecto do direito, ainda que não à respectiva área, sob pena de se presumir o direito sobre coisa nenhuma*”⁷⁷ e⁷⁸. Ora, não estabelecendo a lei registal critério para aferir da existência jurídica do imóvel, vai socorrer-se da lei fiscal que impõe aos proprietários a obrigação de inscrever ou alterar os imóveis para fins tributários e que, por essa via, indirectamente *fornece* ao registo o *indício* da respectiva existência jurídica para o comércio privado, e que o Conservador deve cuidar de confirmar em sede de qualificação.

(ii) Quanto à verificação de (in)existência de sobreposições ou duplicações, a ausência de uma base cartográfica que abranja todo o território e o facto de a existente estar em parte desactualizada, a que acresce a falta de correspondência nas alterações de matrizes prediais, dificultam a tarefa dos registos⁷⁹. Traduzindo-se o direito de propriedade num poder exclusivo que incide sobre a totalidade do objecto, os elementos integrantes da coisa hão-de ter um destino jurídico unitário o qual, por sua natureza, exclui a convivência de direitos conflitantes. Nos casos de sobreposição, a consequência da incerteza gerada em

⁷⁶ Arº 408º do Código Civil.

⁷⁷ Ac. do STJ 120/14.4T8EPS.G1 de 19/09/2017 disponível em <http://www.dgsi.pt/>

⁷⁸ B. Arruñada em “The Law of Impersonal Transactions: Meaning and Difficulties” disponível em <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/6056/1187.pdf?sequence=1>, refere o exemplo do mercado de compra de veículos usados que reconduz às denominadas “*personal transactions*” porque baseado na confiança e conhecimento pessoal do vendedor e do modo como o veículo foi conservado, mas, diremos nós, tanto em sede de transacções pessoais como impessoais, será sempre necessário aferir, ao menos, que o veículo exista, que a sua fabricação e características mínimas de identificação estejam cumpridas.

⁷⁹ Sem esquecer os factos que, com relativa facilidade, permitem a abertura de novas descrições, desde logo a habilitação de herdeiros ou as escrituras notariais de justificação com invocação de usucapião. Para mais desenvolvimentos do tema da duplicação de descrições a propósito do acórdão do STJ 1/2017, vide https://ascr.pt/system/jobs/documents/000/000/019/original/I_Congresso_de_Direito_Imobiliario_-_Duplicacao_o_de_Descricao.pdf?1513635901.

torno do objecto será a respectiva insusceptibilidade de relações jurídicas reais válidas, no sentido da sua eficácia *erga omnes* e prevalência. As inscrições de direitos ou encargos sobre aquele objecto ou as que subsequentemente forem pedidas não podem ficar incólumes, como se sobre o mesmo pudesse, afinal, constituir-se validamente direitos reais conflituantes.

Fragilizada a identificação física do imóvel por sobreposição, contaminadas ficam as inscrições de direitos ou encargos existentes e as que venham a existir não poderão ingressar em definitivo no registo. O papel dos registos em sede de controle da legalidade da descrição no que concerne à não sobreposição dos prédios, há-de passar pela *conformação* da realidade registal com a realidade material disponibilizada a montante por peritos qualificados, com recurso a meios tecnológicos validados nos termos da Lei⁸⁰, como já referido.

A nova plataforma do BUPi será, nesta matéria, tanto mais útil para o comércio jurídico quanto mais fiáveis forem os dados georreferenciados que ali identifiquem e delimitem os prédios, impedindo nomeadamente a validação de representações gráficas de imóveis que possam sobrepor-se quer aos bens do domínio público quer a outras representações já validadas⁸¹, evitando a duplicação e os conflitos daí decorrentes⁸².

(iii) Ao Conservador compete ainda aferir da legitimidade daquele que requer a abertura de uma nova descrição, a sua alteração ou rectificação⁸³, no pressuposto de que a composição e a configuração do imóvel registado não será definida ou alterada sem o consentimento do seu titular. No entanto, em face da possibilidade de delimitação sem intervenção imediata do confinante, agora instituída pela informação cadastral simplificada, a questão passará por determinar em que medida uma alteração da descrição efectuada pelo titular de um prédio afectará a configuração de outro imóvel confinante (e ainda não georreferenciado), sendo certo que a representação gráfica georreferenciada apenas assumirá a natureza de cadastro se validada por todos os proprietários confinantes. É, precisamente para este ponto que o novo regime jurídico do cadastro simplificado propõe medidas que analisamos de seguida.

⁸⁰ A propósito vide Prof. Maria del Carmen Luque Jiménez “Rectificación de superficie e identificación de la finca registral” – Congresso IPRA-CINDER 2014, que refere o “exceso de cabida” e a “doble inmatriculación”.

⁸¹ Artº 5º nº 4 da Lei nº 78/2017 de 17/08.

⁸² Em caso de sobreposição de polígonos a representação gráfica georreferenciada é apresentada pelo respectivo centróide e não pode ser usada como meio de prova nem para invocação de usucapião, até a resolução do conflito – artº 7º Dec. Reg. nº 9-A/2017 de 3/11.

⁸³ O que se encontra consignado nos artºs 36º e 38º do Cod. Registo Predial.

V. PAPEL DO REGISTO PREDIAL NA DEMARCAÇÃO DOS IMÓVEIS

O papel do Registo Predial na segurança das transacções imobiliárias, pela confiança que a informação *depurada* incute nos agentes económicos, tem sido demonstrado em estudos diversos, que realçam as suas potencialidades no âmbito da prevenção de conflitos⁸⁴.

A delimitação dos imóveis sobre os quais se registam os direitos de propriedade, enquanto elemento definidor do objecto mediato da relação jurídica, pode e deve ter outro enfoque. A distinção entre a demarcação de prédios e a reivindicação da área de terreno em eventual discussão, passa pelo facto de nesta última estar em causa a própria aquisição e naquela a extensão do prédio *possuído* sem colocar em causa o conteúdo do direito real⁸⁵. A doutrina do IRN, I.P. vem defendendo a irregistrabilidade da acção de demarcação exactamente por não estar em causa o reconhecimento do direito de propriedade nem os títulos da sua aquisição, mas antes a extensão desse direito, o que deve ser solucionado em sede de processo de rectificação de registo⁸⁶.

Vejamos. As directrizes da FAO de 2012 a que nos temos vindo a referir ao longo deste trabalho, abordam, com nova amplitude, a questão da resolução de conflitos sobre propriedade recomendando a implementação de efectivos meios imparciais, a custos aceitáveis, para resolução de disputas sobre imóveis, incluindo meios alternativos de resolução de conflitos de propriedade, em especial os relativos à demarcação, de modo a solucioná-los, preferencialmente, numa fase preliminar, desde que garantido o direito a recurso judicial⁸⁷.

A Constituição da República Portuguesa⁸⁸ prevê a institucionalização de “*instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos*”.

⁸⁴ Entre outros, Carlos Peña, “¿Para qué sirven los registros?” Congresso IPRA-CINDER 2014.

⁸⁵ Ac. STJ de 26/09/2000 disponível em www.pgdlisboa.pt e Ac. Tribunal da Relação de Guimarães 980/05-2 de 01/06/2005 disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁶ Proc. nº R.P. 179/2000 DSJ-CT e nº R.P. 10/2007 DSJ-CT disponíveis em www.irn.mj.pt. Já Fernando Mendez entende que os limites ou a demarcação das propriedades não deixam de ser conceitos jurídicos na medida em que conformam o conteúdo do direito de propriedade, considerando-os, por isso, uma incumbência registal - <https://www.elra.eu/property-rights-boundaries-and-legal-transactions-musings-on-the-land-registry-and-some-of-the-challenges-it-faces/>.

⁸⁷ FAO – Directrizes de 2012 ponto 21.

⁸⁸ Artº 202º nº 4.

A preparação jurídica dos Conservadores, aliada a dispersão geográfica dos serviços registais em todo o território nacional, tem fundamentado a sucessiva atribuição de competências do foro judicial, relacionadas com rectificações de factos ou direitos publicitados respeitantes a imóveis, que, de certa forma, expandem e alargam o âmbito de actuação dos registos, na definição prévia e subsequente do direito sobre os imóveis.

No ano de 2001⁸⁹, a estratégia de desjudicialização operou a transferência de competências em processos registais dos tribunais judiciais para os Conservadores de Registo, numa óptica de simplificação processual, aproveitamento de actos e proximidade da decisão, garantindo-se a possibilidade de recurso.

O registo da mera posse passou a ser efectuado em vista de decisão final proferida em processo de justificação, nos termos da lei registal⁹⁰. O processo de justificação destinado a obtenção de documento para prova do direito do adquirente, tanto para primeira inscrição como para reatamento do trato sucessivo passa a ser instruído e decidido pelo Conservador⁹¹, o mesmo sucedendo com os processos destinados ao cancelamento de quaisquer ónus ou encargos, quando não seja possível obter documento comprovativo da sua extinção.

Em matéria de rectificação de irregularidades registais, os processos passam a ser igualmente instruídos e decididos pelo Conservador, mesmo quando estejam em causa direitos de terceiros e não exista acordo⁹², ressalvadas as situações de nulidade dos registos por falsidade do título, por resultar incerteza acerca dos sujeitos ou do objecto da relação jurídica ou por falta de apresentação.

As inexactidões registais por desconformidade com o título que lhe serviu de base ou por deficiências provenientes desse título que não sejam causa de nulidade são todas decididas pelo Conservador. O mesmo se passa com os processos destinados à expurgação de registos indevidamente lavrados que sejam nulos por terem por base título insuficiente.

No que à descrição do prédio diz respeito, efectuada com base na declaração do interessado e na informação fornecida ao registo seja pelo cadastro, pelas finanças ou agora por via da informação cadastral simplificada, importa aferir dos poderes do Conservador quanto a possíveis inexactidões / nulidades, dando por assente que a respectiva abertura, suas alterações ou rectificações são actos de registo, susceptíveis de enfermar de deficiências.

⁸⁹ DL n.º 273/2001 de 13/10.

⁹⁰ Artº 1295º do Cod. Civil.

⁹¹ Artº 116º e ss do Cod. Reg. Predial.

⁹² Artº 120º e ss do Cod. Reg. Predial.

A inexactidão da descrição pode advir de ter sido lavrada em desconformidade com o título – por exemplo o título refere um imóvel de 1.000m² e por lapso ficou mencionada a área de 10.000 m² – ou devido a deficiência do título de que não resulte incerteza acerca do objecto – por exemplo o herdeiro declarou que o imóvel pertencente ao *de cuius* era o artigo 45 quando na realidade é o 54 – ou ainda por ter por base título insuficiente – por exemplo a actualização da descrição foi efectuada sem intervenção de todos os proprietários. Em todas as situações, haverá um poder/dever do Conservador de corrigir a inexactidão.

Acrescem os casos de sobreposição/duplicação total ou parcial de descrições, em relação aos quais já defendemos a rectificação na Conservatória, uma vez assegurada a intervenção de todos os interessados e a possibilidade de recurso, pois julgamos que da irregularidade não resulta “incerteza acerca do objecto da relação jurídica”⁹³ a que o facto registado se refere. Qualquer que seja o enquadramento, é ao Conservador, antes de mais, que compete corrigir a inexactidão⁹⁴, como propugnado pelo IRN em 2002⁹⁵ pois “*no processo de rectificação o Conservador passa a ter uma função jurisdicional*” e “*a decisão que venha a proferir é uma verdadeira decisão jurisdicional, dotada de autoridade e da força vinculativa de que gozam as sentenças judiciais*”.

No que toca à demarcação e delimitação, certo é que os serviços de registo, em especial os da localização dos imóveis, estribados em informação validada a montante, são as instituições mais vocacionadas para a sua resolução, garantido o contraditório, fixando a definição do *conteúdo/extensão* do direito de propriedade e harmonizando a realidade material com a registal.

⁹³ Dada a omissão legal da definição de “incerteza acerca do objecto da relação jurídica”, a doutrina do IRN tem defendido que ela existirá quando a omissão ou inexactidão dá a entender “que o objecto da relação jurídica é outro”, ou seja, sempre que, por via da deficiência, não possa sequer conhecer-se o objecto, sendo por tal forma grave que a sua rectificação envolveria a sua identidade essencial – um outro objecto - Proc.º R.P. 61/2016 STJSR-CC e R.P. 236/2003 DSJ-CT disponíveis em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina>. Nestas circunstâncias a rectificação não poderá ser solucionada em sede de processo de rectificação.

⁹⁴ No mesmo sentido o Parecer nº 73/96 da procuradoria Geral da República, publicado na II série do Diário da República nº 268 de 20/11/2000 no qual pode ler-se que as situações anómalas, como as de duplicação de descrições, “devem estar admitidas à possibilidade de rectificação nos mesmos termos das inexactidões do registo”, sendo que “o processo de rectificação parece particularmente adequado à solução das anomalias”, não só porque pode “ser oficiosamente promovido pelo Conservador” mas também “por prever a intervenção de todos os interessados cujos direitos possam ser afectados, e, a rectificação judicial, caso se mostre necessária por falta de consentimento ou acordo”.

⁹⁵ Proc.º R.P. 145/2002 DSJ-CT disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina>.

Reportamo-nos à sobreposição/duplicação de imóveis, porque, nesta matéria, o cadastro simplificado é inovador, na medida em que vem regulamentar os casos em que uma georreferenciação se sobrepõe a outra já existente ou a bens do domínio público. Em situações de litígio emergente da sobreposição de polígonos a representação gráfica dos prédios em causa será apresentada na plataforma pelos respectivos centróides até a resolução do conflito.

Após a submissão da representação georreferenciada e quando se verifique a sobreposição de polígonos entre prédios confinantes, numa primeira fase, a lei prevê um ajuste automático se o maior intervalo entre as linhas poligonais sobrepostas for inferior a um metro, dividindo a parcela em litígio em partes iguais, em sintonia, aliás, com o já previsto no código civil⁹⁶ em sede de conflitos de demarcação. O ajuste automático operará ao nível da georreferenciação e terá tradução registal assim que os proprietários dos prédios envolvidos o requeiram, cumprindo-se os princípios registais da instância e da legitimidade.

Se a sobreposição ultrapassar os pressupostos do ajuste automático, está previsto um procedimento de composição administrativa de interesses com garantia do direito de oposição, a tramitar nos serviços de registo⁹⁷. Os promotores e os técnicos habilitados de cada georreferenciação em conflito são notificados pelos serviços de registo (através da plataforma) para procederem às correcções necessárias, podendo, então, qualquer dos interessados solicitar a constituição de uma comissão administrativa de composição de interesses que lhes possibilitará a formação de um acordo relativamente à sobreposição⁹⁸. A comissão, podendo funcionar com apenas 3 membros, integrará um representante da Autoridade Tributária, um da Direcção Geral do Território, um do Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, um do Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas e um do Município, sendo presidida pelo Conservador. No âmbito da comissão, realiza-se uma audiência oral de todos os envolvidos com vista a um acordo para subsequente rectificação das representações georreferenciadas. Na falta de acordo, extingue-se o procedimento e as partes são remetidas para arbitragem, em que devem ser nomeados árbitros os Conservadores dos Registos, ou para os meios jurisdicionais.

Está, assim, criado um mecanismo extrajudicial de composição de interesses na resolução de conflitos de demarcação, validado perante uma autoridade pública – o Conservador – em função dos interesses das partes, numa fase preliminar e com possibilidade de recurso judicial.

⁹⁶ Artº 1354º.

⁹⁷ Artº 7º da Lei nº 78/2017 de 17/08.

⁹⁸ Tal como sucede com os processos de rectificação de registo, parece-nos que o pedido de composição de interesses também deve ser averbado à descrição de cada um dos imóveis envolvidos, ainda que para isso possa ser necessária uma alteração legislativa.

VI. CONCLUSÕES

1. O conhecimento efectivo da realidade material dos imóveis, públicos ou privados, que compõem o território do país, traduzido em informação fiável disponível para várias finalidades é, sem dúvida, uma mais valia tanto no desenvolvimento de políticas agrícolas e florestais, como no ordenamento do território ou na contratação imobiliária privada. A certeza quanto ao objecto do direito de propriedade, à sua composição e conformação será tanto mais útil quanto mais impessoais forem as transacções.
2. Desde há quase 100 anos, o cadastro, ou melhor dizendo a informação exaustiva e organizada do território nacional, tem sido uma preocupação em Portugal, com reflexo na actual Constituição que institui como tarefa fundamental do Estado “assegurar um correcto ordenamento do território”. Há, porém, que reconhecer, à parte do cadastro geométrico da propriedade, a insuficiência dos resultados alcançados, que se traduziram na necessidade de organização de outras bases de dados de identificação predial distintas, cujos âmbitos de actuação não colidem, seja por se aplicarem em diferentes partes do território nacional, seja por se destinarem a finalidades distintas: - a matriz predial, - o cadastro geométrico da propriedade rustica (CGPR), - o cadastro predial (SNIG/SINERGIC), - o Registo Nacional de Dados Geográficos (directiva Inspire), - o Sistema de Identificação Parcelar (SIP), - o Inventário dos Imóveis do Estado (SIIE), entre outras, à margem, ainda, da cartografia autárquica e própria de entidades com competência no ordenamento do território. E tudo isto apenas com ligação indirecta ao registo predial.
3. A utilidade da interconexão da informação é indiscutível, mas reveste alguma complexidade já que o conceito de prédio não é unívoco⁹⁹, tal como são distintas as finalidades que presidem à recolha de dados imobiliários por parte dos diferentes intervenientes, que se devem respeitar.

Acreditamos que a nova plataforma do BUPi pode desenvolver uma multiplicidade de ligações parciais ou cruzadas, estruturando uma *rede de ligações* indexada ao registo predial por meio de uma georeferenciação efectivamente validada que aproveite o manancial de dados com que outros organismos envolvidos podem contribuir, numa partilha inteligente e protegida da informação.

⁹⁹ Basta pensar num imóvel de natureza mista no registo predial, que em termos fiscais corresponderá a 2 artigos por ser distinta a tributação das partes urbana e rústica; ou que a parte rústica desse imóvel juntamente com o prédio confinante objecto de arrendamento rural constitui uma outra unidade para efeitos do parcelário agrícola.

4. Em sede de georreferenciação agora instituída e realizada por diferentes entidades, cuja actuação e responsabilização carece ser regulamentada, a nova plataforma terá sucesso na medida em que a respectiva validação consiga, de forma responsável e com a tutela do Estado, evitar a sobreposição de polígonos com vista a impedir o conflito de direitos de propriedade, recorrendo a mecanismos tecnológicos hoje disponíveis a custos acessíveis. Atrevemo-nos a afirmar que se este desiderato não for alcançado, o sucesso do sistema de informação cadastral simplificada pode ficar comprometido.

Num sistema ideal haveria uma coincidência total entre a realidade material e a registal, com o efectivo conhecimento das parcelas territoriais associado ao direito de propriedade. Sem hesitar em reconhecer os benefícios de um cadastro multifuncional de carácter nacional, impõe-se uma ponderação custo/benefício, seja na óptica do erário público seja na dos particulares. A concentração de 75% da população nas áreas urbanas que correspondem a 3% do país, onde o comércio imobiliário tem maior incidência e onde a demarcação dos imóveis, porque evidente, é menos sujeita a conflito, ajudarão a decidir acerca dos valores a despendar no cadastro da propriedade rústica.

Certo é que ao Estado também compete inventariar o seu património seja do domínio público ou do privado, procedendo ao registo de propriedade dos imóveis que lhe pertencem, inclusive os denominados “sem dono conhecido”. A identificação destes imóveis é fundamental para impedir as sobreposições e o conflito de direitos.

5. Aos serviços de registo e seus profissionais cabe, em nome do Estado, a responsabilidade exclusiva de verificar a legalidade, de qualificar, assegurando que os direitos e encargos que incidem sobre os imóveis, uma vez depurados, sejam oponíveis a terceiros e protegidos pelos efeitos do assento registal, cumprindo o seu papel na justiça preventiva. As novas competências transferidas do foro judicial expandem a actuação dos registos da definição prévia para a definição subsequente do direito sobre os imóveis, conformando, de forma célere e segura, o conteúdo e extensão do direito de propriedade e solucionando conflitos numa fase preliminar, de forma isenta e com possibilidade de recurso.

Nas palavras de Fernando Mendez, o imobiliário e a correspondente organização constituem matérias muito sensíveis, já que, afinal, “*os seres humanos estão condenados a viver no mesmo planeta*”.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO DE CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES EN CHILE

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau

*Profesor de Derecho Civil y Director del Magíster en Derecho Registral e Inmobiliario
Universidad Central de Chile*

Santiago Zárate González

*Profesor de Derecho Civil y de Derecho Romano
Universidad Central de Chile*

ABSTRACT: The denomination of “Real Estate Conservator” derives from the French law, which, since the year 1693, has been calling this official “Conservator of Mortgages”. In the present work the legal nature of the position of Real Estate Conservator will be analyzed, which will allow us to explain the reasons that our legislator took into consideration to adopt the private management system of his office and other features that make him an official enough “*sui generis*” in Chilean legislation. This will force us to carry out a historical review of two stages in the history of the Indian State, and of the old Spanish legislation on notaries. In studying the evolution of Chilean legislation, we will have the opportunity to appreciate how he went from being a notary public to a minister of faith and then to an auxiliary official of the administration of justice. Finally, after pronouncing ourselves in favor of the private management system of the registry offices, we will propose those improvements that seem urgent and essential in the matter: a) creation of a Notary and Registry Office; b) fusion of existing cadastres; c) creation of a unique mechanism of access to the Registry of virtual character, and d) deep modification of the system of appointment of notaries and conservators.

I. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia se analizará la naturaleza jurídica del cargo de Conservador de Bienes Raíces, lo que nos permitirá explicar los motivos que tuvo en consideración nuestro legislador para adoptar el sistema de gestión privada de su oficio y otros rasgos que lo hacen ser un funcionario bastante “*sui generis*” en la legislación chilena; ello, nos obligará a efectuar una revisión histórica de los conceptos de “*oficio*” y “*oficina*”, como dos etapas en la historia del Estado indiano, y de la antigua legislación española sobre escribanos.

La denominación de “*Conservador de Bienes Raíces*” deriva del derecho francés, el que, desde el año 1693, viene llamando a este funcionario “*Conservador de las Hipotecas*”¹.

En Chile, antes de la dictación del Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes Raíces de fecha 24 de junio de 1857 (también, “*Reglamento de 1857*”), existían los “*oficios o contadurías de hipotecas*” a cargo de un “*escribano*” o “*tenedor del registro*”, luego denominado “*contador de hipotecas*”, con raíces en la legislación española aplicada en Chile desde 1793²; para después pasar, desde el 20 de mayo de 1848, a unas “*oficinas de registro de hipotecas, censos y naves*”, claramente basadas en esa misma legislación, pero por mandato esta vez de una ley patria sobre prelación de créditos de 31 de octubre de 1845³. Con posterioridad a dicha ley, se dictará una nueva ley sobre prelación de créditos el 25 de octubre de 1854, la cual no modificó el sistema que ya se encontraba en régimen.

Más tarde, en el proyecto de Código Civil de 1853 aparecerá por primera vez el nombre de “*Conservador de Bienes Raíces*”, en su artículo 826: “*Se podrá también efectuar la tradición de las heredades i casas, registrando la escritura pública de enajenación en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces i firmando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus apoderados*”.

Será en el Reglamento de 1857 (artículo 7°) donde se le denominará finalmente “*Conservador*” al nuevo funcionario (el que, sin pertenecer al Poder Judicial o al estamento general del Estado), se le conferirán todas las facultades y se le establecerán los deberes necesarios para ejercer su cargo (artículos 7° a 12). Así fue hasta la dictación, el 15 de octubre de 1875, de la “*Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia de Chile*”, ley que en sus artículos 371 a 377 pasó a reglamentar el cargo de Conservador de Bienes Raíces, en el título XIX “*De los Conservadores*”,

¹ Véase el Edicto de Colbert promulgado ese año en que se utiliza la denominación “*Conservateur des hypothèques*”.

² En 1793, mediante bando de la Real Audiencia de Santiago, se ordenó la aplicación de la Real Pragmática de Carlos III de fecha 31 de enero de 1768, relativa al registro de hipotecas, censos y naves.

³ El artículo 24 de la ley de 1845 disponía lo siguiente: “*Se autoriza al Gobierno para dictar las reglas a que deba sujetarse la inscripción o registro de las hipotecas especiales de bienes raíces o de naves i la inscripción de censos*”, en ANGUIA, RICARDO; *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901* (Santiago, 1902), p. 473. Respecto al Reglamento de 1848, véase BL 16 (Santiago, 1848), pp. 164-168.

derogando de paso la regulación anterior contenida en el Reglamento de 1857, en lo pertinente⁴.

Esta ley de 1875 definió a los “*Conservadores*” como “*ministros de fe encargados del registro conservatorio de bienes raíces [...]*”, noción que da a entender que entre la entrada en vigencia del Reglamento de 1857 (1° de enero de 1859) y el 15 de octubre de 1875, se pasó de estimar al Conservador como un funcionario “*sui generis*”, asimilado en sus funciones al de escribano de los actos privados (que en esta misma ley de 1875, pasarán a llamarse propiamente “*notarios*”), a ser un “*ministro de fe*”, esto es, un sujeto que ejerce la función de dar fe del contenido y validez de los registros a su cargo⁵.

Esta situación se mantendrá así hasta el 15 de junio de 1943, fecha en la que se promulga el Código Orgánico de Tribunales (también “*COT*”) mediante Ley N° 7.421, actual cuerpo regulatorio del funcionario Conservador de Bienes Raíces, en los artículos 446 a 452 del párrafo 8° “*Los Conservadores*”, del título XI “*Los Auxiliares de la Administración de Justicia*”.

En virtud de esta última modificación, aún vigente, el Conservador no dejó ser considerado un ministro de fe. Recordemos que el cargo fue homologado al de escribano (a la usanza de la legislación tanto española como chilena previa a la dictación del Reglamento de 1857), para luego pasar a ser un funcionario “*a cargo*” del Registro Conservatorio (y del Registro de Comercio también), en calidad de “*ministro de fe*” (1875). En 1943 pasará a formar parte de un grupo de funcionarios identificados bajo la denominación genérica de “*auxiliares de la administración de justicia*”.

Finalmente, en esta ponencia, luego de pronunciarnos, por los argumentos que se expondrán más adelante, a favor del sistema de gestión privada de los oficios registrales, propondremos aquellas mejoras que nos parecen urgentes y esenciales en la materia.

⁴ Esta ley fue fruto del trabajo realizado por Francisco Vargas Fontecilla en 1874. Véase VERA, ROBUSTIANO; *Lei de organización i atribuciones de los tribunales, arreglada y anotada* (Santiago, 1889). También BALLESTEROS, MANUEL EGI-DIO; *Comentarios de la ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile* (Santiago, 1890). RISOPATRÓN, CARLOS; *Ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile, y comentarios ordenados con el objeto de hacer más fácil su estudio* (Santiago, 1900).

⁵ Sobre la función registral, véase LÓPEZ MEDEL, JESÚS; *Naturaleza de la función registral*, en RCDI 540 (Madrid, 1980), pp. 1079-1126.

II. OFICIO Y OFICINA, DOS ETAPAS DE LA HISTORIA DEL ESTADO INDIANO

Un trabajo que arroja mucha claridad acerca de la distinción entre “oficio” y “oficina” es el de BRAVO LIRA, profesor de Historia del Derecho y miembro de la Academia de Historia de la Universidad de Chile. Según este profesor, “[...] el oficio y la oficina caracterizan dos grandes etapas dentro de la historia del Estado indiano. Durante la primera, que abarca en términos generales los siglos XVI y XVII, el gobernante no dispone sino de oficios para ejercer su poder.

Sobre esta base se distribuye la competencia en los distintos ramos que abarca el gobierno temporal”⁶.

“Que el oficio sea una institución permanente significa ante todo que se mantiene jurídicamente idéntica, no obstante la sucesión de sus titulares. A cada oficio corresponde una competencia que con las obligaciones y derechos consiguientes se transmite inalterada de un titular a otro. En este sentido los oficios se asemejan a las magistraturas romanas”⁷.

La segunda etapa que el mismo profesor distingue comienza en el siglo XVIII y es aquella en que “el gobernante cuenta con un complejo cada vez más vasto y consistente de oficinas para ejercer el poder”⁸. Cobra forma “el empleado de oficina u oficial administrativo, cada vez más distinto al antiguo titular de un oficio. Según su posición dentro de la jerarquía interna, se desdobra en dos variantes: superior o subordinado”⁹.

Por último, resulta interesante la siguiente conclusión de BRAVO LIRA, quien al referirse a los oficios de escribanos señala: “[...] cabe apuntar que la estabilidad de la fe pública está cada vez más ligada de lo que a primera vista pudiera parecer a esta configuración de las antiguas escribanías y de los actuales notarías como un oficio público. En cuanto el escribano o notario nunca ha sido un funcionario público, se ha evitado que las escribanías o notarías fueren absorbidas por el Estado y transformadas en

⁶ BRAVO LIRA, BERNARDINO (1989). Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo (1ª edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 239.

⁷ Ibídem, p. 223. “En realidad, todo lo que los autores escriben sobre obligaciones y deberes, derechos y preeminencias de cada oficial o ministro, solo se entiende si se considera al oficio mismo como una institución, con un régimen jurídico propio, cualquiera que fuere la persona de su titular”; ibídem, p. 224.

⁸ Ibídem, p. 239.

⁹ Ibídem, p. 238.

oficinas estatales, con lo cual habría corrido serio peligro la independencia de los ministros de fe pública respecto del Gobierno"¹⁰.

MARTIN ILLANES, actual Presidente de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile A.G., también, encuentra plenamente justificada la independencia de notarios y conservadores respecto de la Administración del Estado. Citando a Sergio Rodríguez Garcés, señala que *"el hecho que la organización del notariado chileno sea asimilada al Poder Judicial estriba en que cuando se ideó y difundió la teoría de Montesquieu, sobre la organización de los poderes públicos, a este poder fe dante del Estado, había que situarlo en alguna parte, en alguno de los tres poderes"*¹¹. *"En el legislativo no era posible por la naturaleza tan disímil de la función"* y *"[...] en el Poder Ejecutivo, era total y absolutamente inconveniente, ya que se trata de un funcionario independiente que ejerce una función y respecto de la cual es el ideal que pueda hacerlo, incluso, frente al poder administrador"*. *"Entonces lo adecuado era el Poder Judicial"*¹².

Asimismo, explica que *"El notario certifica hechos. Pre constituye pruebas y actúa de manera preventiva al litigio. Es la actuación que muchas veces antecede a la del juez. En este sentido, lo aseverado o certificado por el notario puede incidir directamente en el resultado de un determinado juicio o, derechamente, prevenirlo"*.

*"Lo lógico era, entonces, dejar a notarios y conservadores dentro de la esfera del Poder Judicial, como un lugar propicio para desarrollar sus funciones muy cercanas a las labores propias de la judicatura y que garantiza, además, su independencia"*¹³.

¹⁰ Ibídem, p. 271. *"Hay en esto una manifiesta analogía con los ministros de la justicia. Tampoco los jueces podrían convertirse en funcionarios, sin que por ese hecho se viera seriamente menoscabada la independencia de la Judicatura. En ambos casos ha sido históricamente el oficio una eficaz salvaguarda institucional de la independencia de cada función. Ni la jurisdicción ni la fe pública están seguras en manos de funcionarios cuya naturaleza consiste precisamente en obrar bajo dependencia disciplinaria de un superior jerárquico. La historia del Derecho nos presenta, pues, al notariado como una de las instituciones más antiguas de Chile"*; ibídem, p. 272. *"[...] Valdivia funda la ciudad de Santiago el 12 de febrero de 1541, designa a los miembros de su cabildo el 7 de marzo siguiente y ese mismo día nombra al primer escribano público y del concejo y cabildo de Santiago. El agraciado fue Luis de Cartagena, quien tomó posesión de su oficio el 14 de marzo de 1541"*; ibídem, p. 268.

¹¹ MARTIN ILLANES, ALFREDO (2103). Reforma al notariado. Ciclos de charlas. Santiago, Chile: Colegio de Abogados de Chile A.G., p.p. 5 y 6.

¹² Ibídem, p. 6.

¹³ Ibídem, p. 7.

III. ANTIGUA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE ESCRIBANOS

En la legislación española de fines del siglo XVIII, la figura del escribano cumplía una función de carácter múltiple; por un lado, era el custodio de la fe pública en los actos jurídicos que particulares celebraban entre sí, como es el caso de contratos de compraventa, de mandato y otros documentos requirentes de su intervención y, por otro, creados que fueron en 1768 los oficios de hipotecas por Real Pragmática de Carlos III, el monarca dispuso que los mismos fueren servidos por un escribano de ayuntamiento. Se trataba de un oficio en el amplio sentido de la palabra, de modo que no era remunerado por el tesoro del rey, sino que se cobraba un estipendio fijo o variable por actuación, sistema que encontramos regulado tanto en las Siete Partidas de Alfonso X, como en la Novísima Recopilación de Leyes de España de 1805¹⁴.

La figura del escribano podía tener muchas formas en aquella legislación, desde servicios personales al monarca de turno (escribanos de cámara y de recámara), pasando por aquellos dedicados a dar fe de actos suscritos entre particulares (que luego serán los notarios) y, de llevar libros de protocolo notarial y del registro en casos muy puntuales (escribanos de ayuntamiento). Los había en vastos territorios y también en pequeñas comarcas que necesitaren, por la fuerza de los contratos comerciales, de algún personaje que diere fe de los mismos.

El escribano no era un funcionario público, sino un particular que ejercía una función pública otorgada como un privilegio por los reyes españoles¹⁵. De hecho, el nombramiento se hacía entre aquellos letrados que luego de una examinación exhaustiva dieran muestras de conocimiento y habilidad para el cargo, regla que no siempre era respetada, ya que en definitiva era el monarca quien decidía el nombramiento, tomando en especial consideración la extensión territorial donde se necesitare establecerlos (generalmente eran las cabezas de partido) y cuestiones financieras propias de la realeza. En efecto, ante la escasez económica por la que pasaba normalmente la Corona, hubo de vender los oficios al mejor postor, así como también había ocurrido anteriormente con los títulos nobiliarios

¹⁴ El tema de los escribanos se encuentra tratado en la Partida II, mientras que en la *Novísima*, el tema es tratado en los libros VII y X.

¹⁵ De hecho, pertenecía el escribano al estamento seglar, según nos refiere GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO; MONTALBÁN, JUAN MANUEL; *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales* I (Madrid, 1855), p. 180.

y otros privilegios regios. Estos cargos eran considerados vendibles conforme a la legislación vigente en el siglo XVII¹⁶. SOLÓRZANO PEREIRA se refería así al tema: “*En los oficios que no tienen en sí derechamente administración de justicia, ha sido el punto de sus ventas más disputado, y como los aprietos y necesidades de dinero suelen ser tantos en los reyes, tiénese ya por más corriente opinión, que los puedan vender para salir de ellos*”¹⁷.

Con la dictación de los primeros códigos en el primer tercio del siglo XIX (Francia, Austria y algunos cantones suizos y estados italianos), la legislación española se quedó un poco atrás. No obstante el retraso, y tras varios intentos fallidos, en 1851 la Comisión de Legislación de 1843 (representada en la Sección Civil de 1846), dio a luz un proyecto más completo de Código Civil español, el cual sin ver la luz como norma positiva, quedó plasmado en un documento que luego serviría de base a la dictación tanto de la Ley Hipotecaria española de 1861 (también, “LHE”), como a la del propio Código Civil de 1889. Este proyecto, además, fue publicado en 1852 como obra literaria por uno de sus redactores, Florencio García Goyena, bajo el título de “*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*”, en 1852.

En dicho cuerpo literario se contempla la figura del “*tenedor del registro*”, oficio que emulaba al escribano de la legislación antigua, pero ahora relacionada con el registro público de inmuebles. La idea de Antón de Luzuriaga era que el funcionario fuere público y remunerado por el Estado, pues de esa manera se controlaban las posibles fisuras de la fe pública: “*Nuestro proyecto ha escogido con lo más expedito, y también como más seguro, el método de confiar en cada distrito estas funciones importantes a un oficial público especial y exclusivamente creado para este objeto*”¹⁸. Recordemos así mismo, que este proyecto planteaba la necesidad de que la inscripción en dicho registro tuviere un carácter constitutivo, propio de los sistemas germanos; criterio que lamentablemente para los españoles no prosperó en la discusión posterior de la LHE.

¹⁶ DOUGNAC R., ANTONIO; *El escribanato de Santiago de Chile a través de sus visitas en el siglo XVIII*, en REHJ 19 (Valparaíso, 1997), p. 53: Rec. Cast. 4, 25; RLI 8, 20, 1.

¹⁷ SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE; *Política Indiana* VI (Madrid, 1648) XIII, p. 994.

¹⁸ GARCÍA GOYENA, FLORENCIO; *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* II (Madrid, 1852) IV, p. 235.

IV. EL CONSERVADOR ES UN MINISTRO DE FE AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A CARGO DE UN OFICIO, DEL “REGISTRO CONSERVATORIO DE BIENES RAÍCES”

Según hemos señalado, ya en España en 1851 se plantea la necesidad de que el tenedor del registro fuere un funcionario público, como medida de seguridad y certeza jurídica, calidad que no le fue otorgada a nuestro Conservador en el Reglamento de 1857, pues el oficio de Conservador se homologa al de escribano, de lo cual dan cuenta varias normas de ese cuerpo legal (artículos 6º, 7º, 10 y 99, entre otros). Antes, el Reglamento de 1848 había denominado al funcionario, en su artículo 16, “*anotador de hipotecas*”¹⁹.

Nuestro sistema comenzó su marcha el 1º de enero de 1859, en mérito de varios contratiempos operativos que determinaron la demora de su entrada en vigencia. De hecho, hubo de dictarse un Decreto Supremo en 1858 para que se pudiese dar arranque al sistema, y para que el oficio del Conservador de Santiago (último en establecerse), pudiese iniciar sus actividades²⁰. El aspecto principal de la demora era el relativo a los aranceles, ya que los mismos no alcanzaban a generar los ingresos que permitieran mantener el sistema, de modo que, en aquel tiempo, nadie quería ser Conservador.

Pues bien, a partir de esta figura un tanto “*sui generis*”, que era nombrada por el Presidente de la República de entre postulantes que tuvieran un conocimiento del oficio de escribano, más un examen de tales conocimientos²¹ (requisito que no obstante podía ser omitido por el Presidente, según reza en el artículo 7º inciso final del Reglamento de 1857); se produce una mixtura compartida entre el oficio de escribano y el de Conservador que resistirá hasta 1875 cuando se dicte la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, y en la cual el otrora funcionario “*sui generis*” homologado al oficio de escribano, pasa a ser un “*ministro de fe pública*”.

La alocución “*ministro de fe*” que pertenece al lenguaje propio del notariado, proviene de la tradición notarial latina, de modo que no se trata más que de una extensión en términos de concepto de la función pública de los notarios, llamados así en Chile a partir de la mencionada ley de 1875. Los conservadores son, por lo tanto, custodios de la fe pública, de modo

¹⁹ *Reglamento sobre inscripción o registro de hipotecas y de censos*, en BL 16 (Santiago, 1848), pp. 164-168.

²⁰ Véase el Decreto Supremo de fecha 28 de agosto de 1858, en BL 26 (Santiago, 1858) 8, pp. 421-424.

²¹ DOUGNAC R., ANTONIO; cit. (nº 2), p. 54.

que todos los actos propios de los registros a su cargo poseen un halo de legitimidad que, obviamente, le es entregado por ley a los mismos.

Pues bien, ¿de qué legislación extrae nuestro legislador esta denominación? Como dijimos, en principio, aquello proviene de la regulación del notariado, de modo que sus fuentes son tan antiguas y diversas como, por ejemplo, lo son las contempladas en la legislación española de la *Novísima* (Libros VII y X), que es el texto más cercano a nosotros en el tiempo, aplicado en Chile hasta la instalación del notariado chileno en 1875, o de las *Partidas*, como también ya dijimos (Partida II).

El problema que se suscita se refiere a esta calidad sobreviniente de “*ministro de fe*”, que se emparenta con el significado equívoco que posee el término hasta hoy. En efecto, los propios conceptos de “*fe*”, el de “*fe pública*” y de “*lo público*” son hoy en día términos equívocos, esto es, que a la unidad del término se le atribuyen dos o más significados, distintos, de manera tal que es necesario acotarlos para los efectos de su entendimiento.

GUERRA ARAYA, hablando del derecho consular, define “*ministro de fe pública*” como un funcionario público, y en tal sentido “*se entiende por tal al funcionario público, debidamente autorizado, encargado de dar fe de que los documentos otorgados ante él o por otras Reparticiones u otros funcionarios, cumplen con los requisitos de existencia y validez exigidos por la ley, válidos por tanto, para ser presentados en juicio, en actos jurídicos no contenciosos o ante terceros*”²².

No obstante ser el concepto omnicomprendivo de las actividades propias de un notario público, introduce un elemento que hace de la definición algo demasiado amplio, pues parte de la base de que el “*ministro de fe*” es un “*funcionario público*”, es decir, un empleado del Estado, remunerado por éste, cuestión que escapa a la realidad del notariado y, también, al de los conservadores. PANTOJA BAUZÁ señala en este sentido claramente que “*la expresión funcionario público no tiene en el Derecho Administrativo chileno una acepción definida que la sitúe como un concepto unívoco en el campo del Derecho y, por lo mismo, generalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. En la práctica, la representación intelectual que se forma de ella la ciudadanía corresponde a la del empleado público, y es éste en verdad el sentido y alcance más difundidos que tiene la expresión*”²³. De este modo, se puede apreciar que el notario (y por extensión el Con-

²² GUERRA ARAYA, JONÁS; *Prontuario de derecho consular chileno* (Santiago, imprenta Chile, 1948), p. 95.

²³ PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO; *Los funcionarios públicos como sujetos de derecho, en Curso de derecho administrativo* (Santiago, 2008), p. 2. También SUAZO

servador), dentro de esta óptica tendría que ser considerado un “*empleado público*”, noción que es lejana al de “*ministro de fe*” que la ley de 1875 se encargó de atribuirle.

Según SEPÚLVEDA LARROUCAU, “*Se afirma por un número importante de autores que tales funcionarios (aquellos que la ley reconoce como aptos para otorgar fe pública) necesariamente deben tener el carácter de públicos, es decir, nombrados por el Estado, y que sus actos de registro originan documentos públicos. En consecuencia, el acto de registro sería un acto público administrativo*”²⁴. Luego, manifiesta que coincide “*con don Fernando Fueyo Laneri en que no conforman plenamente tales limitaciones o restricciones en cuanto al funcionario – que ha de ser una persona pública – o en cuanto al documento resultante, que será necesariamente público, o en cuanto al registro correspondiente, que será invariablemente público, y que, por fin, el acto de registro sea siempre una acto público administrativo. [...] la esencia de la fe pública no está unida invariablemente a los factores limitantes señalados recién. Este mismo autor agrega que hay un sinnúmero de registros privados que llevan funcionarios privados – si bien considerados y tutelados por ley – que producen, a mi juicio fe pública. El Registro de Accionistas de la Sociedad Anónima encabezaría una nómina que no podría ser inferior a 30 registros, todos ellos privados*”. “*De todo lo expuesto podemos concluir que, dado que la finalidad de la fe pública es producir erga omnes confianza, seguridad y convicción de que lo afirmado por una determinada persona es efectivo, es decir, dar seguridad jurídica; se hace necesario que el estado establezca un sistema efectivo que permita la elección de personas idóneas para otorgarla, ya sean funcionarios públicos o privados*”²⁵.

Para COUTURE, por otro lado, ya el concepto de “*fe pública*” permite sostener la imposibilidad práctica de estimar a los notarios como funcionarios públicos. La distinción entre fe pública y la fe notarial está dada por los actos realizados por los funcionarios públicos en general, y por los notarios, en particular²⁶. Mientras los funcionarios públicos realizan la mayor parte de sus actividades dentro de la mínima esfera de atribuciones que les otorga el principio de legalidad, los notarios reducen su actuar al mundo

ÁLVAREZ, MAURICIO; *Derecho administrativo* (Valparaíso, 2008).

²⁴ SEPÚLVEDA LARROUCAU, MARCO ANTONIO (2002). Estudio de títulos de inmuebles. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, p.p. 35 y 36.

²⁵ *Ibidem*, p.p. 36 y 37.

²⁶ COUTURE, EDUARDO J.; *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial* (Montevideo, 1954), p. 17 ss.

de la contratación privada y a aquellos actos públicos en que el Estado se pone al mismo nivel que los privados. De esta forma, el concepto debe necesariamente aislarse, abstraerse para determinar si por extensión el cargo de Conservador, tras la reforma de 1875, continuó siendo “*sui generis*” o si evolucionó hacia el derecho administrativo.

Pensamos que siguió teniendo caracteres especiales referidos al notariado, pues es la costilla a partir de la cual se moldeó su estructura. En otras palabras, el hecho de que el Conservador fuera considerado un ministro de fe no lo convirtió en un funcionario o empleado público o del Estado, sino que se mantuvo en la misma situación anterior, como un oficio (ya no vendible por cierto como antaño), intentando darle el legislador de 1875 una calidad distinta a partir de su función. Es decir, al definirlo como un ministro de fe, la ley lo hizo desde la función y no desde su naturaleza jurídica, la cual siguió siendo la misma, a nuestro entender²⁷.

En 1940, Luis Varas y Víctor García publican un trabajo relativo a la ley de 1875²⁸, en el cual realizan un completo análisis de la misma, planteando la necesidad de modificarla en su totalidad con la finalidad de actualizarla conforme al desarrollo del moderno derecho procesal.

El 14 de junio de 1944, en oficio remitido al Ministro de Justicia de la época, Oscar Gajardo V., el entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Arturo Alessandri Rodríguez, dio cuenta del trabajo realizado por la Comisión formada por juristas de dicha casa de estudios, designados por él en virtud del mandato contenido en Decreto Supremo de fecha 19 de agosto de 1942, por el cual el Presidente Juan Antonio Ríos encomienda revisar la ley de 1875 y proponer, en definitiva, un nuevo cuerpo legal al Congreso mediante la técnica codificadora, norma que vino a complementar un anteproyecto presentado el año anterior por Fernando Alessandri Rodríguez

Mediante Decreto Supremo de fecha 15 de junio de 1943, que contenía tanto el oficio de la Universidad de Chile, ya aludido, como el mensaje del Presidente Ríos, se disponía lo siguiente²⁹: “*En uso de la facultad que confiere al Presidente de la República el artículo 32 de la Ley N° 7.200, de 18 de julio de 1942, y teniendo presente el oficio del Decano de la Facultad*

²⁷ BRAVO LIRA, BERNARDINO; *La institución notarial en Chile. Notas sobre su origen y configuración jurídica*, en RD PUCV 2 (Valparaíso, 1978), pp. 63-72.

²⁸ VARAS GÓMEZ, LUIS; GARCÍA GARZENA, VÍCTOR; *Lei de organización i atribuciones de los tribunales, de 15 de octubre de 1875 y las disposiciones que la modifican y complementan* (Santiago, 1940).

²⁹ Véase bajo el título “MENSAJE CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES”, en

de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, de fecha 14 del mes en curso, DECRETO: 1°. Téngase por texto definitivo del Código Orgánico de Tribunales el adjunto al oficio referido”.

En el trabajo de Varas y García, complementado por los aportes de Patricio Aylwin, Secretario de la Comisión, en materia arbitral, se consignaba la idea de que tanto los notarios como los conservadores seguirían siendo considerados ministros de fe, lo que definiría su importante función; sin embargo, recibirían la denominación genérica de “*auxiliares de la administración de justicia*” en conjunto con otros funcionarios de la esfera judicial, con lo cual nos planteamos la problemática de revisar conforme a cuales fuentes se propuso este cambio.

De hecho, la definición legal de notarios y conservadores parte diciendo que son ministros de fe, con lo cual no se opera un cambio sustantivo sino solo nominal y genérico, pues, tanto los unos como los otros, pasan a formar parte de un estamento auxiliar compuesto de otros sujetos procesales (receptores, procuradores del número, fiscales judiciales, archiveros, abogados, etcétera), pero en calidad de auxiliares.

La cuestión ahora se encuentra referida a lo que debemos entender por auxiliares de la administración de justicia. Por de pronto, en otros sistemas jurídicos, como el español, existen los llamados “*oficiales de la administración de justicia*”, como también los “*auxiliares de la administración de justicia*”, distinguiéndose entre ellos solo por la función realizada y por su nombre, por cierto. Así, mientras los primeros realizan labores cercanas e inmediatas al trabajo de los secretarios de juzgado, o de los mismos jueces (como es el caso de los “*agentes de la administración de justicia o alguaciles*” como se les denominaba antaño)³⁰, los segundos realizan actos en los que su presencia y conocimiento son requeridos para la existencia y validez de actos celebrados entre privados, particularmente en lo que se refiere a notarios y conservadores.

Hacia mediados del siglo XIX, GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN hablaban de “*agentes que auxilian la acción de la autoridad judicial*”, denominando “*agentes del poder judicial*” al grupo de funcionarios subalternos que asistían la labor de jueces y demás estamentos judiciales: “*Tanto para la íntegra conservación y custodia de los autos judiciales, como para poder llevarlos a efecto, necesitan los jueces agentes subalternos que estén*

sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional: www.leychile.cl/N?i=1080095&f=1943-06-14&p=.

³⁰ GUERRA VIDAL, JAVIER DANIEL; *El agente judicial en la administración de justicia española*, en *BIMJ* 1874 (Madrid, 2000), p. 2578.

*revestidos del carácter público que exige la naturaleza de las funciones que se les confían. Estos agentes son, principalmente, los escribanos, los relatores, los cancilleres-registradores, los tasadores y otros dependientes de inferior escala*³¹. Señala JIMENO BULNES que “*se aglutinan categorías tan dispares como los escribanos, los relatores, los cancilleres-registradores, los tasadores y otros dependientes de inferior escala*”³².

En este escalafón se encontraban los escribanos que podían ser de varios tipos y con diferentes funciones, según su cercanía con los secretarios o jueces, o con los asuntos entre privados, ejerciendo la fe pública y debiendo cumplir como ya hemos señalado antes con ciertos requisitos para ejercer esas funciones: “*del mismo modo que en los jueces, se requiere autorización pública, ciencia, competencia e imparcialidad*”.

La autorización pública dice relación con la necesidad de investir al funcionario de la autoridad (y potestad) necesaria para realizar su función. Es decir, la autorización es la que le confiere esa competencia e imparcialidad, propias del quehacer judicial. Hablamos pues del acto de nombramiento que no es otra cosa que una reminiscencia del acto de “*investidura*”, que incluso nuestra Constitución Política contempla en la actualidad para revestir de validez y legitimidad no solo al cargo, sino, también el actuar de todo agente que realice actividades en el ámbito público³³.

Con fecha 15 de octubre de 1870, se dicta en España una nueva norma denominada Ley Orgánica del Poder Judicial, la que contempló una doble clasificación de funcionarios auxiliares bajo el concepto genérico de “*auxiliares de los juzgados y tribunales*”³⁴, noción en la que se englobaba a un estamento de funcionarios “*constituido por Secretarios, Archiveros judiciales y Oficiales de Sala (u Oficiales de Escribanía en los Juzgados) y, por otra, de nuevo, el de los subalternos de Juzgados y Tribunales, que comprende porteros, alguaciles, mozos de estrados y mozos de oficio*”,

³¹ GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO; MONTALBÁN, JUAN MANUEL; cit. (nº 15), pp. 178 ss. La ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 contempla justamente a estos funcionarios subalternos en los artículos 107 ss.

³² JIMENO BULNES, MAR; *Los nuevos cuerpos al servicio de la administración de justicia*, en *Revista Jurídica de Castilla y León* 9 (Valladolid, 2006), p. 151.

³³ Véanse los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de República de Chile. Con todo, la investidura es un acto sacramental muy antiguo que implica que todo aquel que ostente un cargo u oficio público, para los efectos de que sus actos tengan validez deben previamente encontrarse investidos. El vocablo proviene de la acción de vestir que era representada en la actualidad por un manto.

³⁴ JIMENO BULNES, MAR; cit. (nº 32), p. 152.

cuestión que se emparenta bastante con nuestra legislación a partir de 1943, la cual como hemos señalado con anterioridad, asume la existencia de esta serie de funcionarios que cumplen funciones de apoyo a la labor judicial, algunos con más cercanía a secretarios y jueces que otros, pero sin un trato sistemático.

En 1943, el personal subalterno del que se hablaba en las leyes españolas mencionadas, por Real Decreto de 25 de septiembre, se equiparará al de alguaciles o agentes judiciales, considerándose los peyorativamente “*empleados de servicios puramente materiales (mozos)*”³⁵, según la legislación procesal civil española de 1881³⁶.

El nombramiento de esos funcionarios ha estado siempre revestido de ciertas formalidades que, no obstante haber sido en alguna época vendido, reafirman la tendencia jurídica a revestir los actos más importantes de la vida en sociedad, de un halo de legitimidad necesario para hacer imperar el estado de derecho. Así, entonces, es claro que la función de custodios de la fe pública hace necesaria la investidura legal (otrora real) de estos funcionarios, los cuales siguen siendo satélites orbitando el sistema judicial, sin poseer para nada la naturaleza jurídica de funcionarios públicos.

En nuestro país, esa investidura o sistema de nombramiento ha sido entregado a los estamentos públicos en los cuales reside el poder del Estado; así, por ejemplo, los notarios son nombrados por el Presidente de la República. Sin embargo, en realidad participan de este proceso dos estamentos públicos: la Corte de Apelaciones respectiva³⁷, la que presenta una propuesta en forma de terna al Ministerio de Justicia, cuyo ministro, mediante Decreto Supremo hará el nombramiento “*por el Presidente*” (en nombre del mismo). Para los efectos de elegir de entre los postulantes, se ha seguido el mismo criterio de selección que hayamos otrora y contemporáneamente en la legislación española, tantas veces aludida, y que refiere al cumplimiento de estándares de ciencia y experiencia previa, para nada estrictos en nuestro país, conservando con todo el Presidente de la República la facultad de nombrarlos directamente. En el caso de los conservadores sucede lo mismo.

Como se ha podido apreciar, la Historia nos enseña que el funcionario Conservador de Bienes Raíces guarda todavía esa esencia extravagante de funcionario “*sui generis*”, que investido por las potestades públicas, es el

³⁵ Ibídem, p. 154.

³⁶ Véase “*Ley de Enjuiciamiento Civil*”, promulgada por Real Decreto de fecha 3 de febrero de 1881, en *Gaceta de Madrid*” (BOE) 36 (Madrid, 1881).

³⁷ Según las reglas del territorio donde se asentará el notario a nombrar.

custodio de la fe pública registral, es decir, de aquella función destinada a revestir de legitimidad y validez los actos jurídicos celebrados por privados, y que relacionan su actuar también con la administración de justicia por mandato de la ley (del COT).

V. LA GESTIÓN PRIVADA DEL OFICIO CONSERVATORIO DE BIENES RAÍCES

Nuestros conservadores de bienes raíces deben ser abogados y no reciben remuneración del Estado, sino que funcionan como cualquier empresa privada, es decir, todos los gastos de instalación y funcionamiento de sus oficios son de su cargo, los ingresos son de su propiedad, las relaciones laborales con las personas que trabajan para ellos se rigen por las normas del Código del Trabajo³⁸ y son personalmente responsables por los daños y perjuicios que ocasionen en el ejercicio de sus funciones (artículos 8° y 96 a 98 del Reglamento). Respecto de esto último BARROS BOURIE señala que, *“tratándose de funciones públicas ejercidas privadamente con independencia de la organización jerárquica del Estado, no se cumple el presupuesto para que su actuación comprometa la responsabilidad pública, porque no se satisface el requisito de que el daño pueda ser atribuido a la Administración, como es la inserción del daño en una organización”*³⁹.

No obstante lo anterior, al tratarse de una actividad monopólica de servicio público, se encuentra sumamente regulada; así, por ejemplo, se fijan mediante decreto supremo los aranceles a cobrar por las distintas actuaciones registrales.

Son fiscalizados por ministros de cortes de apelación o jueces de letras, según el caso, lo que la experiencia ha demostrado no ser un buen mecanismo.

A lo largo de esta ponencia hemos tenido la oportunidad de revisar la evolución histórica del oficio del Conservador de Bienes Raíces y las razones de su adscripción, al igual que los notarios, al Poder Judicial en calidad de ministros de fe auxiliares de la administración de justicia. Sin embargo, este trabajo se encontraría incompleto si no nos formuláramos la pregunta acerca de la conveniencia de mantener el sistema de gestión privada del

³⁸ Artículo 1° inciso 4° del Código del Trabajo: *“Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este Código”*.

³⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE (2012). Tratado de la responsabilidad civil extracontractual (1ª edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 500.

Registro; más aún, si en Chile existen opiniones, incluso de personas que han ocupado cargos públicos y de académicos, en orden a que sería mejor traspasar las funciones de los conservadores a un servicio público de la Administración del Estado.

Nos parece que tal medida significaría un franco retroceso, por las siguientes razones:

- 1.- Se trata de un sistema de gestión por el cual optó nuestro legislador desde un inicio, es decir, se encuentra plenamente incorporado en nuestra cultura jurídica, lo que, sumado a los importantes beneficios que le ha reportado a Chile su sistema registral inmobiliario, obliga a ser muy cuidadosos en esta materia.
- 2.- Hay toda una experiencia acumulada a través de los años en los respectivos oficios en relación con las particularidades de cada territorio jurisdiccional, lo que es muy relevante para la función de calificación registral.
- 3.- Evidentemente, este sistema de gestión ha significado un gran ahorro de costos para el Estado de Chile.
- 4.- Hasta la fecha ha garantizado la independencia de los conservadores frente a la Administración del Estado. El Registro, al ser en Chile un pilar fundamental dentro de la organización de la propiedad inmueble, no debe ni puede encontrarse expuesto a las influencias políticas del gobierno de turno.

Por otra parte, los documentos administrativos tampoco escapan ni pueden escapar al principio de legalidad. Su falta o deficiente calificación, al igual como ocurriría con cualquier otro título, puede acarrear nefastas consecuencias para los titulares de derechos reales y a terceros. No se logra divisar ningún privilegio respecto de estos documentos para los efectos de su ingreso al Registro. De no ser así, se caería en la más flagrante arbitrariedad.

- 5.- Mientras no se introduzcan reformas profundas destinadas a hacer más eficiente y expedita la Administración del Estado, solo se traduciría en una contribución al aumento sostenido, y no necesariamente justificado, de funcionarios pagados con cargo al erario de la Nación que ha venido experimentando nuestro país, sumado a todos los inconvenientes y cuestionamientos que se presentan en Chile y en el extranjero respecto a la eficiente administración de los recursos públicos.

- 6.- Actualmente, al menos en Chile, un sistema de gestión pública del Registro no está en condiciones de asegurar mejoras sustanciales en los estándares de agilidad y seguridad en el tráfico jurídico. Hechos públicos y notorios así lo demuestran.

VI. PROPUESTAS DE MEJORA AL ACTUAL SISTEMA DE GESTIÓN PRIVADA DEL REGISTRO

Lo expuesto en el capítulo anterior, en caso alguno, significa que en nuestro país se deba seguir esperando una reforma al actual sistema notarial y registral destinada a ofrecer mayor dinamismo, eficiencia y seguridad en el tráfico jurídico.

En aquello que dice relación con la gestión del Registro, nos parece que los pilares sobre los cuales debe erigirse el nuevo sistema, son los siguientes:

1.- Creación de una Dirección del Notariado y del Registro

Hoy en día existen muy buenas experiencias en relación con la existencia de sistemas de control estatal de la actividad de notarios y registradores (también de archiveros judiciales). Encomiables son los de Paraguay y por cierto de España, aunque en este último caso, y por razones que nos cuesta comprender del todo, sus dictámenes no tienen fuerza vinculante, de modo que tanto notarios como registradores no tienen la obligación de acatar sus normas. En el caso paraguayo, en cambio, los dictámenes de la Dirección General son vinculantes, de modo que el control de los actos de escribanos y registradores es eficaz.

El establecimiento de un ente público controlador de estas actividades le confiere legitimidad a las mismas, otorgándoles la validez necesaria a los actos en el sentido de constituir actos de fe pública, pues tanto notarios como conservadores siguen siendo ministros de fe pública; sus custodios, aspecto que no debiera cambiar por razones de suyo plausibles: la validez de los actos se encuentra fuera de la esfera del mercado, como mecanismo de asignación de recursos. Lo que sí se debe hacer es liberar de trámites innecesarios a ciertos actos⁴⁰.

⁴⁰ De hecho, en la Teoría General de la Administración, ya el matrimonio Gilbreth (Frank y Lilian) denunciaba a principios del siglo XX, que en los procesos productivos, existían muchos actos o tareas inútiles, que en nada aportaban al proceso mismo y que más importaban un obstáculo para la eficiencia técnica del mismo. Véase ROBBINS P., STEPHEN; COULTER, MARY; *Administración* (trad. José Francisco

La creación, por tanto, de una Dirección General no solo debe contemplar una estructura para supervigilar las actividades, sino la posibilidad de controlarlas efectivamente y de crear una normativa que oriente las mismas, de carácter vinculante tanto para notarios como para conservadores. Este sistema no obsta a la existencia de la actividad gremial. Lo importante es que existan procedimientos distintos a los actualmente contemplados en nuestra legislación que permitan, por una parte, fiscalizar adecuadamente a notarios y conservadores y, por otra, reclamar de la conducta del notario o conservador que incumpla con sus funciones.

Incluso, vemos con buenos ojos que este ente especializado pueda servir de primera instancia frente a las reclamaciones de una calificación denegatoria de una inscripción (hoy en día debe recurrirse al juez de letras en lo civil), manteniéndose la posibilidad de impugnar esta resolución (en este caso administrativa) ante la respectiva corte de apelaciones. A este respecto queda abierta la interrogante acerca de la conveniencia de que el Conservador, también, se le faculte para impugnar tal resolución.

Es absolutamente necesario que la Dirección General sea encabezada por un letrado con sólidos conocimientos en el ámbito notarial, registral e inmobiliario; acreditados a través de un procedimiento objetivo y transparente.

2.- Fusión de los catastros existentes

La fusión catastral se advierte como una necesidad hoy en día, ya que al asumirse que el sistema registral se basara en el parágrafo 431 del ABGB, se omitió por los codificadores el hecho de que se requería un catastro de los inmuebles existentes en el país, lo que recién vino a plantearse con posterioridad en Chile⁴¹.

Es posible que el redactor del Reglamento haya obviado esta posibilidad debido a la inexistencia de un ente como el que se propone crear (una Dirección General), como también de recursos financieros dispuestos al efecto. Como sea, el Registro nació con una singular cojera.

Por ello, deben suprimirse los catastros existentes, y crear uno solo a cargo de la Dirección General. Podrá discutirse la mantención de un catastro separado para el Ejército, pero no se advierte una razón tan poderosa para ello. El mismo deberá determinar también un solo sistema de ubicación

Javier Dávila Martínez, México, 2005), p. 29.

⁴¹ Existen tres catastros en nuestro país: el del Servicio de Impuestos Internos, el del Ministerio de Bienes Nacionales y el del Instituto Geográfico Militar.

espacial a fin de evitar problemas al momento de singularizar los inmuebles que accedan a él.

3.- Creación de un mecanismo único de acceso al registro de carácter virtual

Instamos por la creación de un mecanismo único de acceso al registro de carácter virtual, sin que para ello sea necesario distinguir entre el folio real o el personal, ello por cuanto la plataforma virtual reemplazaría al Registro de papel, disminuyendo con ello costos altísimos de conservación.

Hoy en Chile, coexiste un sistema de registro virtual con otro de papel para el caso de la constitución de sociedades, el cual ha tenido buenos resultados. La cuestión es que el inmueble se encuentre determinado en el catastro de tal manera que sea perfectamente ubicable en los términos descritos en el pilar anterior referido al catastro. Así, la diferencia entre el folio real y el personal deja de tener importancia ya que con el uso de plataformas virtuales la información es completa. De hecho, el uso de planos geo referenciados ha venido a facilitar la labor de ubicación y singularización de los bienes raíces.

4.- Profunda modificación del sistema de nombramiento de notarios y conservadores

El actual sistema de nombramiento resulta impresentable ante la ciudadanía, ya que se ha traducido en la concesión de privilegios innmerecidos y nepotismo. No es tolerable que en pleno siglo XXI ello no ocurra a través de un sistema transparente y basado únicamente en los méritos del postulante, es decir, con pleno respeto al principio de igualdad ante la ley.

Resulta evidente que quien debe ocupar el cargo es el mejor postulante, eliminándose la confección de ternas, fuente fecunda de nominaciones innmerecidas. También, resulta obvio que el respectivo procedimiento de nombramiento debería encontrarse a cargo de la Dirección General del Notariado y del Registro que hemos propuesto.

BREVE ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA EN MATERIA DE COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO

María Álvarez

1. ORIGEN Y FINALIDAD DEL CATASTRO Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Catastro y Registro de la Propiedad son dos instituciones que aun a pesar de coincidir en su objeto surgen de manera separada responden a una naturaleza distinta.

El Catastro tal y como lo conocemos hoy en día se implanta en 1906 mediante la Ley de 30 de Marzo de Catastro Topográfico y Parcelario.¹

El Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario 1/2004 de 5 de marzo, que constituye la regulación actual, lo define en su artículo primero como un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales tal y como se definen en esta ley sin perjuicio de lo previsto en los regímenes forales especiales vigentes en el País Vasco y Navarra (que gozan en España de un régimen impositivo distinto).

La descripción catastral de los bienes inmuebles incluye sus características físicas, jurídicas y económicas, entre las que se encuentran su localización, referencia catastral, superficie, uso, cultivo, representación gráfica, valor catastral y titular catastral.

¹ Existen precedentes importantes en los siglos XVIII y XIX como los trabajos topográficos del Marques de la Ensenada o Los amillaramentos que consistían en relaciones numeradas y por orden alfabético de primeros apellidos de todos los propietarios de un municipio, en las que se recogían sus bienes y rentas, recibiendo su nombre de la expresión en millares de los valores y servían de base a la contribución territorial.

La unidad básica sobre la que opera el catastro es el la “parcela catastral” a la que se le asigna una referencia catastral, que es el identificador oficial y obligatorio de los bienes inmuebles. Consiste en un código alfanumérico que es asignado por el Catastro de manera que todo inmueble debe tener una única referencia catastral que permita situarlo inequívocamente en la cartografía catastral. Está compuesta de veinte caracteres.

Por otro lado el Registro de la Propiedad se crea por la ley de 1861, en un momento convulso desde el punto de vista político y legislativo pues no había consenso sobre la manera de codificar el derecho privado, por lo que se recurre a la aprobación de leyes especiales, la primera la Ley Hipotecaria de 5 de febrero de 1861 que instaura un sistema de folio real de inspiración germánica (a pesar de que luego el Código Civil tenga una influencia claramente francesa) y por tanto abre un folio a cada finca en la figurarán todos los titulares y cargas.

Dice el artículo primero de la Ley Hipotecaria que “ *El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.*” Y el 243 recoge establece claramente el sistema de folio real sobre el que descansan los principios hipotecarios fundamentales del sistema registral español, como son los de legitimación, fe pública, tracto sucesivo o prioridad: “*El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos.*”

La unidad básica sobre la que se organiza el registro es la finca registral a la que se le atribuye un numero de finca en relación con cada municipio situado en la demarcación del Registro.

La diferencia fundamental entre ambas instituciones es su finalidad así mientras el catastro tiene un objetivo principalmente fiscal, el Registro tiene un objetivo estrictamente civil o inmobiliario que persigue la protección de los derechos.

Según sostiene José Manuel García García² “el punto de conexión entre ambas instituciones lo constituye la finca registral y la parcela catastral, ya que la finca registral es objeto de dominio y demás derechos reales inmobiliarios susceptibles de trafico jurídico civil (aspecto registral, que tiene como base del sistema la finca y el folio real) y la parcela catastral es el

² GARCIA GARCIA, José Manuel, “ La finca Registral y el Catastro “.Thompson Reuters 2016in.

objeto de la institución catastral que permite la identificación y localización sobre el terreno con medición de carácter oficial, para el reparto tributario de la riqueza territorial, por lo que si coinciden la finca registral y la parcela catastral, la coordinación habrá llegado a su máxima expresión.”

2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

La ley 13/2015 modifica sustancialmente en materia de coordinación de fincas, tanto la Ley Hipotecaria, como el Texto Refundido de la ley del Catastro Inmobiliario y obliga a las Direcciones Generales de Catastro y de los Registros y del Notariado a coordinarse en esta materia.

Y así establece el artículo 10.6 de la Ley Hipotecaria tras la reforma, que “ *Con el fin de asegurar el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, así como la interoperabilidad entre sus sistemas de información, mediante resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, se regularán:*

- a) La forma, contenido, plazos y requisitos del suministro mutuo de información que sea relevante para el cumplimiento de las funciones respectivas.*
- b) Las características y funcionalidades del sistema de intercambio de información, así como del servicio de identificación y representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral.*
- c) Los requisitos que deben cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa que se aporte al Registro de la Propiedad en los supuestos legalmente previstos.*

No podemos olvidar que España es miembro de la Unión Europea y que se ve afectada por la legislación que emana de las Instituciones Europeas. En este punto debemos traer a colación la Directiva 2007/2/ del Parlamento y del Consejo de 14 de marzo de 2007, conocida como Directiva INSPIRE (Infrastructure for Spatial Information in Europe) que establece las reglas generales para el establecimiento de una Infraestructura de Información Espacial en la Comunidad Europea basada en las Infraestructuras de los Estados miembros que va a determinar los formatos de intercambio de información entre las distintas administraciones.

En cumplimiento de todo lo anterior se dicta la Resolución Conjunta de 29 de octubre de 2015 por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propie-

dad³ mediante un sistema de intercambio de información por vía telemática, utilizando firma electrónica y estableciendo normas especiales para comunicar a Catastro todas las operaciones que pueden suponer un cambio de titularidad sobre todo o parte de las fincas así como los requisitos para admitir una base gráfica alternativa.

Finalmente, la Dirección General de los Registros y del notariado dictó el 3 de noviembre de 2015 una Resolución Circular indicando el modo concreto de reflejar todas las novedades legislativas en los asientos del registro.

3. JUSTIFICACIÓN DE DESCRIBIR GRÁFICAMENTE LAS FINCAS

“La principal crítica que tradicionalmente se hacía al sistema registral en España es la falta de un adecuado soporte físico de las titularidades inscritas”⁴ y ello porque aun describiendo las fincas de manera ajustada a la legislación hipotecaria⁵ resultaba imposible su localización lo que unido a que la descripción literaria de las fincas se hacía fundamentalmente mediante declaraciones de los interesados, daba lugar en la práctica a dobles inmatriculaciones en todo o en parte de la finca, que debían resolverse en ultimo termino mediante el correspondiente pleito.

A fin de evitar que con la sola la descripción literaria de una finca no se pudiera identificar físicamente la finca, se han ido introduciendo distintos mecanismos, como la incorporación entre los datos descriptivos de la finca de las referencias catastrales y sobre todo desde la ley de 30 de Diciembre de 1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se busca

³ Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad. BOE» núm. 260, de 30 de octubre de 2015.

⁴ GOMEZ GALLIGO, Javier, “Regulación Normativa de la facultad y deber del Registrador de la Propiedad de disponer de Bases Gráficas en su función calificadoras”

⁵ Art 51.2 Reglamento Hipotecario aprobado mediante decreto de 14 de febrero de 1947. “La situación de las fincas rústicas se determinará expresando el término municipal, pago o partido o cualquier otro nombre con que sea conocido el lugar en que se hallaren; sus linderos por los cuatro puntos cardinales; la naturaleza de las fincas colindantes; y cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba, como el nombre propio si lo tuviere. En los supuestos legalmente exigibles se hará constar la referencia catastral del inmueble.”

la correspondencia de las fincas registrales y catastrales exigiendo que para inmatricular se acompañe una certificación catastral descriptiva y gráfica.

Para salvar estos problemas de identificación de fincas, la ley 13/2015 de 24 de junio de reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la ley de Catastro introduce como un elemento más de la descripción de la finca, que se añade a la descripción literaria, una representación gráfica de la finca georreferenciada que será con carácter general la base grafica catastral.

Así lo recoge el art 10 de la Ley Hipotecaria tras la reforma de la ley 13/ 2015: “La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad”

4. MECANISMOS DE COORDINACIÓN

a) El Código Registral Único

Con arreglo al sistema tradicional cada finca abre un folio regisral y se le da un número correlativo de finca en relación a las del municipio donde radican, y dado que en un mismo registro puede haber varios municipios, se podrían producir errores de identificación.

Una de las novedades que introduce la ley 13/2015 es la creación de un código de identificación de fincas cuya utilización se determina en la Instrucción Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015⁶.

“Se utilizará como código registral único de finca contemplado en el artículo 9 y otros de la Ley Hipotecaria, el actual sistema de identificador único de finca registral diseñado por el Colegio de Registradores y utilizado en los registros de la propiedad y será aplicable tanto a las fincas registrales preexistentes al 1 de noviembre de 2015 como a las que abran folio real a partir de dicha fecha, incluidas las participaciones indivisas que determinen la apertura de folio registral...”

“ Los registradores de la propiedad harán constar el código registral único de finca en el folio real de la misma, así como en toda forma de publicidad registral relativa a cada finca. Cuando se practique un asiento

⁶ Resolución- Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria, operada por la Ley 13/2015 de 24 de junio.

respecto una finca ya inmatriculada los registradores de la propiedad harán constar por nota marginal la asignación del código registral único de finca. En la nota de despacho se incluirá en todo caso el código registral único que corresponde a la finca.

“Las autoridades públicas y los particulares, cuando soliciten la práctica de algún asiento registral o la expedición de publicidad formal respecto de alguna finca ya inmatriculada, podrán facilitar como dato identificativo suficiente de ésta su respectivo código registral único de finca.”

b) Incorporación a la descripción literaria de la finca, descripción gráfica georreferenciada de la misma

¿Qué es una base gráfica?: La Base Gráfica concebida en un sentido amplio, no es ni más ni menos, que la traducción a un lenguaje geográfico determinado de la descripción literaria registral contenida en los libros del Registro de la Propiedad de la finca correspondiente.

La base gráfica a los efectos del Registro puede ser Catastral o alternativa:

- a) Catastral: El legislador establece como regla general en el artículo 10 de la Ley Hipotecaria que la base de la representación gráfica de las fincas catastrales es la cartografía catastral. **Es la única admisible para inmatriculaciones.**
- b) Alternativa: tiene que cumplir una serie de requisitos técnicos para poder ser previamente validada por el Catastro. No se admite para supuestos de inmatriculación en la que las bases deberán ser necesariamente catastrales. Se admite para parcelaciones, reparcelaciones, segregaciones, divisiones, agregaciones, segregaciones o deslinde que suponga reorganización de terrenos.

En ambos casos la representación gráfica que se incorpore al Registro deberá estar **georreferenciada**.

La incorporación de la base gráfica como elemento que debe acompañarse a la descripción literaria de la finca se introduce por la ley 13/2015 en el art 9b) de la Ley Hipotecaria:

“Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si

constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

Asimismo, dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199. Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa.”

Por tanto debemos distinguir:

a) Supuestos de inscripción obligatoria (art 9LH): si no se aporta la base gráfica constituye defecto que impide la inscripción. Son todos aquellos que supuestos en los que se abren historiales registrales, bien porque las fincas acceden por primera vez al registro, bien porque se produce una reorganización de terrenos:

- Inmatriculación
- Reparcelación
- Concentración parcelaria
- Agrupación, segregación, División, Agregación
- Expropiación Forzosa, deslinde, si suponen reorganización de terrenos.

El legislador se asegura de este modo, que los nuevos historiales registrales que se abran en lo sucesivo, incorporen la representación gráfica de la finca.

b) Supuestos de inscripción potestativa(art 199 LH)

- En cualquier momento el titular del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la finca mediante la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica.
- Con ocasión de alguna operación registral o simplemente instando la incorporación de la base gráfica.
- Hay que notificar a los titulares registrales del dominio si no hubieran iniciado el procedimiento, y a los colindantes.

- Si el titular manifiesta que la descripción de su finca no coincide con la descripción catastral, deberá aportar, además, una representación gráfica y georreferenciada.

Hay normas especiales en deslinde de costas, de patrimonio natural y carreteras.

La principal innovación que introduce la ley 13/2015 es que la base gráfica, deberá ser objeto de calificación por el Registrador, y una vez calificada, y coordinada con Catastro en su caso, queda incorporada al folio registral, como complemento a la descripción, y el principio de legitimación se extiende también a la descripción de la finca (art 38 de la Ley Hipotecaria).

Art 10. 5 Ley Hipotecaria. “ *Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.* ”

Por tanto a modo de resumen, el título presentado con la descripción grafica de la finca deberá ser objeto de una doble calificación:

- 1- Que el documento se pueda inscribir por reunir todos los requisitos de validez y capacidad exigidos por la ley.
- 2- Calificación de la base gráfica, que coincida con la descripción literaria, se refiera a la misma porción de territorio, no invada otra base grafica inscrita ni el dominio público y no existan diferencias de cabida superiores al 10/100 (salvo el caso de imatriculación que no se admiten diferencias de superficie).

Si la calificación de la base gráfica es negativa pero se trata de supuestos de incorporación no obligatoria de la base gráfica, se denegara la inscripción de la base grafica pero se inscribirá el título con la descripción literaria de la finca.

Si se trata de supuestos de incorporación obligatoria de la base gráfica, y la calificación de esta es negativa, no podrá despacharse el documento.

ANEXO

5. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA INCORPORACIÓN DE LA BASE GRAFICA AL ASIENTO REGISTRAL

Primero. georreferenciación de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas.

La Resolución³ conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, de fecha 26 de octubre de 2015, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad (en adelante, la Resolución conjunta), establece en su apartado segundo, número 3, letra b) que “La Dirección General del Catastro, a través de su Sede Electrónica, proporcionará a los registradores de la propiedad los siguientes servicios: (...) Obtención de certificaciones catastrales descriptivas y gráficas que incluyan las coordenadas georreferenciadas de los vértices de las parcelas catastrales”.

En cumplimiento de la citada resolución, la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro ha habilitado un servicio de descarga de las referidas coordenadas al que se accede por medio del CSV expresada en la propia certificación descriptiva y gráfica.

Si se aportara una certificación catastral descriptiva y gráfica para su inscripción en el Registro, emitida cuando no estaba aún operativo dicho servicio, el registrador podrá solicitar y obtener para el mismo inmueble y con la misma referencia catastral la certificación catastral descriptiva y gráfica con la lista de coordenadas geográficas de los vértices del inmueble catastral a que se refiere el párrafo primero de este apartado.

Segundo: Sobre el ámbito de aplicación y la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria

- a. Para que el registrador inicie el procedimiento del artículo 199 deberá constar la **petición** en tal sentido **del presentante o interesado**. Se entenderá solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore.
- b. Cada una de las incidencias relevantes que se produzcan durante la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199 de la

Ley, tales como el inicio y conclusión de su tramitación, así como la remisión y recepción de notificaciones o edictos, comparecencias, alegaciones, acuerdos, etc., se documentarán debidamente mediante **sucesivas diligencias** firmadas por el registrador con valor de certificación. El completo expediente así formado quedará archivado en el registro, debidamente relacionado con el asiento de presentación, y en su caso, con la inscripción practicada. Las **notificaciones personales** que el registrador haya de efectuar se realizarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria.

Las **notificaciones efectuadas a los colindantes registrales** se harán constar por nota al margen de la finca correspondiente, así como la oposición formulada por sus titulares, en su caso.

- c. Cuando la inscripción de la representación geográfica y lista de coordenadas **no sea preceptiva**, sino potestativa, y se solicite en el mismo título en el que se formalice una transmisión o gravamen del inmueble, las vicisitudes del procedimiento de inscripción de aquéllas **no deberán dilatar la inscripción**, si procediere, de éstas últimas.
- d. Si llegados los **quince últimos días** de vigencia del asiento de presentación no se hubiera culminado todavía la tramitación íntegra del procedimiento, y ante la imposibilidad de practicar la inscripción, el registrador tomará la **anotación preventiva** prevista en el artículo 42.9 de la ley hipotecaria. Si finalizado el procedimiento el Registrador acuerda la práctica del asiento solicitado, una vez extendido, con la prioridad derivada del asiento de presentación inicial, quedará sin efecto la citada anotación. Si resuelve suspender o denegar la inscripción, el Registrador lo hará constar mediante nota al margen de la anotación practicada.

Tercero: Modo material de inscribir e incorporar al folio real la representación georreferenciada de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices

- a. La **inscripción de la representación georreferenciada** de la finca, cuando así proceda tras la calificación registral, se practicará del siguiente modo:
 - Una vez **obtenida la representación**, a partir de certificación catastral descriptiva y gráfica presentada o de la representación alternativa, con su previa validación técnica catastral, o, a falta de tal validación técnica, del archivo electrónico con formato GML y contenido previsto en la Resolución conjunta, el registrador extraerá las coordenadas de los vértices de la finca y le adicionará como

metadatos la identificación del asiento de presentación y el código de finca registral, **generando un archivo electrónico**, también en formato GML, **que firmará** con su certificado reconocido de firma electrónica.

En el **acta de inscripción** en el folio real el registrador incluirá la expresión formal de que inscribe la representación gráfica y lista de coordenadas que constan en el referido archivo electrónico con indicación del **Código Seguro de Verificación (CSV)** del mismo, generado en el anterior procedimiento de firma, con el fin de relacionar la descripción de la finca contenida en el folio real con la representación gráfica incorporada al archivo GML firmado por el registrador.

Dicho archivo se almacenará en los servidores locales del Registro y también se remitirá, junto a su código seguro de verificación, al correspondiente **portal de servicios registrales** geográficos del Colegio de Registradores, el cual velará para que el almacenamiento de dichos archivos electrónicos centralizados se ajuste a los requisitos del Esquema Nacional de Seguridad.

- El Colegio de Registradores pondrá a disposición de sus colegiados los medios técnicos necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente.
- b. Excepcionalmente, en aquellos registros de la propiedad en que a fecha 1 de noviembre de 2015 **no se disponga de medios técnicos** para el cumplimiento de lo dispuesto en la letra a) de este apartado, si el registrador califica favorablemente la representación geográfica y lista de coordenadas correspondientes a una determinada finca, generará un archivo electrónico en formato PDF que las contenga junto con el Código de Finca Registral, que firmará con su certificado reconocido de firma electrónica, y en el acta de inscripción hará constar que inscribe la representación gráfica y lista de coordenadas que constan en el referido archivo, expresando su código seguro de verificación.

ON INDEFEASIBILITY OF NORDIC TITLE REGISTRATION

Matti Ilmari Niemi

XXI World Congress of Registration Law

2nd - 4th May, 2018

Cartagena de Indias, Colombia

Superintendencia de Notariado y Registro of Colombia

International Property Registry Association (IPRA-CINDER)

1. INTRODUCTION

Nordic title registration is a combination of, on the one hand, influence of German land registration system adopted in Germany at the end of 19th century as a part of new German Civil Code¹ and, on the other hand, historical traditions of each Nordic Country and certain established principles of Nordic civil law.

Nordic registration systems relating to land and water areas have been divided into two parts. Registration has been divided even at the organizational level for a long time. The distinction is similar to German system, but nevertheless, the Nordic systems have developed independently as uninterrupted series of historical processes.

Traditionally, there have been two independent and different registers in each Nordic country. One is the register of titles and other interests (rights), that is, land register (proprietary register) and the other is the real estate register (property register, cadastre). There are and have been differences in details in Nordic countries, and there have often been even many registers on both sides at the same time with varying names. For a long time, land registers were local registers maintained by local courts. Land registration was a part of jurisdiction.

Here, the focus is laid on land registration, that is, registration of interests, and more precisely, titles. In practice, a title refers to ownership of a

¹ Bürgerliches Gesetzbuch, 18.08.1896, BGB, which became effective on January 1, 1900.

piece of real estate. In Nordic countries in the frames of title registration, registration is understood as registration of acquisitions.

Nordic land registers bear public faith, that is, trustworthiness in the legal sense.

Accordingly, registered titles are indefeasible. A land register with public faith is a significant factor in a society bearing legal certainty and presuppositions of efficient economy. On the other hand, public faith and indefeasibility are not adopted in an absolute or strong sense but, instead, in a weak sense.

Public faith and indefeasibility appear in the sections of Nordic land registration acts regulating acquisitive prescription as the principal rules. On the other hand, as indications of the weak sense of indefeasibility, there are many significant exceptions and, as a rule, good faith of a conveyee is adopted as a precondition of prescription.

2. ON THE HISTORY OF NORDIC TITLE REGISTRATION

Nordic Countries, Denmark, Norway, Sweden, Finland and Iceland have adopted the continental legal system. On the other hand, Nordic legal systems compose a specific group in the continental Europe with its unique features. There are, naturally, differences between Nordic Countries as well.

It is justified to say that there are two Nordic subgroups. Denmark, Norway and Iceland compose a subgroup and Sweden and Finland another. Often, Danish legislation has been the source of influence as far as Norway and Iceland are concerned. In the same way, Swedish legislation has been an important model for Finland. In addition, Sweden and Finland share a long common legal history.

Nordic countries have exercised co-operation in statute drafting in the area of civil law, especially before the time of the memberships in the European Union. For its part, co-operation as well as academic discussions have reinforced the unity of Nordic legal culture.

There are many common features in the land laws of all Nordic Countries and in the history of them. The strong development of German civil law during the 19th century engendered a paragon for Nordic Countries. Plan for and later the adopted system of German land registration and especially the German land register (*Grundbuch*) founded on the principle of public faith was an important model for Nordic Countries.

In the sixth General Nordic Jurist Conference (sjette nordiske Juristmøde) in 1888 in Kristiania (later Oslo) Norwegian legal scholar *Francis Hagerup* made a proposal for land register equipped with public faith (public trustworthiness). The proposal was like the German model. The idea of adopting the German system as such, however, did not prove to be popular in Nordic Countries. Instead, a solution uniting the idea of land register supplied with public faith and certain established principles of Nordic civil law enjoyed large support. For instance, it was the leading idea in the book *Tinglysning* written by Danish legal scholar *Ernst Møller*.²

It was not, however, until the year 1926 when a new Nordic land registration system was introduced and adopted in Denmark.³ In practice, it was created by Danish legal scholar *Frederick Vinding Kruse*. In a large scale, the German model was followed but, on the other hand, united with certain principles of Nordic civil law. That after, the Danish system acted as a paragon for other Nordic Countries. Norway soon adopted (1935) a registration system very similar to the Danish one.⁴

The progress in Sweden and Finland proved to be, however, much slower. The biggest problem was the lack of comprehensive, updated and trustworthy registers. Unlike the Danish and Norwegian models, a slow and gradual progress was adopted.

There is a long common history of Swedish and Finnish real estate registers, that is, cadastres. Their intention was not, however, to show interests directed to the parcels, that is, pieces of real estate. Originally, they were serving the interests of the Nordic states as tax collectors. Later, they created the foundation of the system of pieces of real estates in each Nordic Country.

In a sense, there was even a long history of “Swedish land registration”, in the proper sense, that is, interest booking, as well. It was, however, for a long time, a part of the procedure of local courts without any real registers. Acquisitions of pieces of real estates as well as certain other interests were booked in judgement books chronologically. There were no catalogues. The legal origin of such “land registration” lies in the formal requirements of conveyances of real property and redemption based on inheritance right.⁵

² Land Registration, in Danish, Gad, 1897.

³ Tinglysningsloven (lov nr. 111 af 31.3.1926), Danish Land Registration Act.

⁴ Lov om tinglysing (lov-1935-06-07-2), Norwegian Land Registration Act.

⁵ See Jan Eric Almquist, *Den Svenska Fastighetsrättens historia* (The History of Swedish Land Law, in Swedish), fourth edition, Stockholm 1949, pp. 80 and Gerhard

In Sweden and Finland, it was found necessary to create first sufficiently comprehensive and updated registers supplied with trustworthiness in the factual sense before adopting registers with public faith, that is, equipped with immediate legal effects.

In Sweden, collecting unit-based interest registers, that is, land registers (*fastighetsböcker*) started already after the year 1875 when degrees on title and mortgage registration (*inskrivning*) were enacted.⁶ The traditional paperback judgement books were replaced by catalogues with insert sheets after the registration reform in 1932.⁷ A comprehensive reform of land law took place as the new Swedish Land Code was carried into effect.⁸ At the same time, state administration decided to replace catalogues by a national digital land register. The transform of the registers was completed in 1995. After implementation of the legislation given in the year 2000, Swedish land register has been a section (*inskrivningsdel*) of the Real Estate Register (Real Property Register, *Fastighetsregistret*).⁹

In Finland, a large reform of title registration (*lainhuudatus*) did not take place until the year 1930.¹⁰ In addition, general obligation to register real property acquisitions, that is, titles was adopted in the year. The local registers were still maintained by local courts alongside the judgement books and they were provisional and unofficial until to the adoption of the current digital Title and Mortgage register in 1987.¹¹ During that time,

Hafström, *Den svenska fastighetsrättens historia* (The History of Swedish Land Law, in Swedish), fourth edition, Juridiska föreningen i Lund, Lund 1970, pp. 21 and p. 45. See also Matti Ilmari Niemi, *Maakaaren järjestelmä I* (The System of the Code of Real Estate I, in Finnish), second renewed edition, Talentum, Helsinki 2016, pp. 51 and Matti Ilmari Niemi, *Maakaaren järjestelmä II* (The System of the Code of Real Estate, in Finnish), second edition, SanomaPro, Helsinki 2012, pp. 147.

⁶ Förordningen (1875: 42 s. 1) angående lagfart å fång till fast egendom, Förordningen (1875:42 s. 12) angående inteckning i fast egendom and Förordningen (1875:42 s. 35) angående särskilda protokoll över lagfarter, inteckningar och andra ärenden.

⁷ Lagen (1932:170) med särskilda bestämmelser om handläggning av inskrivningsärenden.

⁸ Jordabalk (1970:994). The act took effect on 1st January, 1972.

⁹ Lag (2000:224) om fastighetsregister and lag (2000:226) om ändring i jordabalken. Today, the name of Danish land register is "*tingbogen*" (see Danish Land Registration Act § 7.1) and the name of Norwegian land register is "*grunnboken*" (see Norwegian Land Registration Act § 4.1.

¹⁰ Laki lainhuudatuksesta ja kiinteistösaannon moittimisajasta 28.2.1930/86.

¹¹ Laki lainhuuto- ja kiinnitysrekisteristä 27.3.1987/353.

official decisions appeared still in the judgement books. The adoption of the national and centralized digital register was completed until to the year 1995, that is, the same year when the new Finnish Code of Real Estate was enacted.¹² In the new code Title and Mortgage Register was equipped with public faith.¹³ The last step in progress is the adoption of electronic, that is, digital conveyancing of real property in 2013.¹⁴

Accordingly, in Finland, first local, paper-based and insert sheet title registers were established after the year 1930. That after, unit-based title registers were gradually created beside the traditional judgement books. Registers were accumulated gradually as people registered their acquisitions with the help of the general title registration obligation. A similar process took place, as far as mortgage registers were concerned. This process lasted until to the year 1995.

During that period, a sufficiently comprehensive, updated and trustworthy national register in the digital form was created. They were the main preconditions of adopting Title and Mortgage Register equipped with public faith (trustworthiness in the legal sense).

Public faith appears, in the first place, in the Finnish Code of Real Estate as the sections regulating effects of title registration, especially as sections on acquisitive prescription.

3. SOME BASIC PRINCIPLES OF NORDIC TITLE REGISTRATION

The influence of certain established principles of Nordic civil law on title registration is discernible in the legislation on title registration. Historically, nevertheless, the point of departure was adopting a land register similar to German law.

According to the German paragon, title registration, that is, in practice, registration of ownerships, instead of deeds was chosen in the Nordic countries.¹⁵ Even historically the proper sense of interest booking (*tinglysning*

¹² Maakaari 12.4.1995/540. The act took effect on 1st January, 1997.

¹³ HE 1994:120 (Finnish Government Bill on the New Code of Real Estate), p. 1 and 22.

¹⁴ Finnish Statutes 4.2.2011/96-99 and statutes 23.8.2013/622-624. See Matti Ilmari Niemi, Electronic Conveyancing of Real Property, in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 20-53, pp. 20.

¹⁵ See Jaap Zevenbergen, *Systems of Land Registration*, Netherlands Geodetic Com-

in Danish and Norwegian, *lagfart* in Swedish and *lainhuudatus* in Finnish) was the registration of acquisitions instead of documents.¹⁶ As a matter of fact, for a long time in the Nordic history, no documents were required or used. Instead, as a rule, a conveyance was made orally as a part of court proceeding. Accordingly, the object of Nordic title registration is the acquisition of ownership. The objects of acquisitions and ownerships were provided by well-developed cadastres.

Strong difference between personal obligations (*pactum in personam*) and property rights (*pactum in rem*) adopted in the German civil law has not been adopted in Nordic Countries. The strong difference appears as the three-stage process of a conveyance of a piece of real estate. The first step is a contract, for instance, a sale (*Kaufvertrag*) between a vendor and a purchaser. The contract creates personal obligations. The second step is the separate conveyance of ownership, that is, title (*Auflassung*) from the vendor to the purchaser founded on the obligation of the vendor. The third step is title registration (*Eintragung*).¹⁷ A similar three-stage process is adopted in English legal system as the conventional procedure of a sale of a piece of real estate.

In Nordic Countries, instead, difference between personal obligations and property rights is adopted in a weak sense. There are only two steps in the process of ownership transfer: conveyance of a piece of real estate and registration. No visible difference or different legal acts or documents

mission, Delft 2002, p. 48.

¹⁶ In each Nordic Country, land registration is understood as registration of rights. Therefore, title registration refers to registration of ownership acquisitions of real property. See Danish Land Registration Act § 1.1, Swedish Land Code 20:1.1 and Finnish Code of Real Estate 11:1.1. In a confusing way, Norwegian Land Registration Acts uses the wording “Tinglysing av dokumenter”, that is, registration of documents, for instance, deeds. See Norwegian Land Registration Act § 1.1.

¹⁷ According to the English law, the first step is contract, most often as exchange of contracts, the second step is handing over deed by a vendor (conveyance of ownership) and the third step is title registration. From the viewpoint of registration and transfer of ownership, the contract is not, however, a necessary step. A sale can be performed by handing over the deed. See Judith-Anne MacKenzie and Mary Phillips, *Textbook on Land Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 49, Elizabeth Cooke, *Land Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 40, 44, 74 and pp. 81 and Peter Sparkes, *A New Land Law*, second edition, Hart Publishing, Oxford 2003, pp. 98, p. 125 and pp. 136. The prevailing European way to transfer pieces of real estate is the three-stage process. Peter Sparkes, *European Land Law*, Hart Publishing 2007, p. 300.

are made indicating the contract and conveyance of ownership. Only one legal act is made, a sale or another conveyance containing both the personal obligations of the parties and the conveyance of ownership. An obligation document, for instance, a sale contract is, at the same time, a deed.¹⁸ Both elements of a conveyance are included in a sale contract.¹⁹

Accordingly, the Nordic laws do not recognize different acts as creating personal obligations and a conveyance of ownership founded on the obligations.²⁰

¹⁸ See Niemi 2017, p. 33.

¹⁹ Despite the emphasized significance of the sale contract in the process of ownership transfer, Nordic countries have adopted very different form regulations on a sale contract of a piece of real estate.

In Denmark, there are no rules on the form of a sale contract. Even an oral contract is valid and binding. Instead of specific rules on real property, general rules of obligations are applied. In addition, title registration is not compulsory. In practice, however, sale contracts are made in written or digital form. Registration requires, as a rule, digital form. Aftaleloven (Contracts Act) § 1-9a and Tinglysningsloven § 1 and § 7. See Kristina Siig and Lone Hansen, Case 3, Denmark, in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 145.

Similar rules are applied in Norway. No peremptory form rules are adopted. A valid and binding sale contract of a piece of real estate can be oral. Title registration requires written form or a court judgement. Digital conveyances are not yet adopted in Norway. Lov om avhending av fast eigenom (Sale of Real Property Act) § 4-2. See Kåre Lilleholt, Case 3, Norway, in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 146.

In Sweden, peremptory form rules are adopted. A valid and binding sale contract shall be written and signed by its parties. Land registration is compulsory. Use of witnesses is not compulsory but the lack of two witnesses delays land registration. Sweden, like Denmark and Norway, does not have any notarial system as far as a conveyance of real property is concerned. Digital conveyances are not yet adopted in Sweden. Jordabalk (Swedish Land Code) 4:1.1, 20:1.1, 20:6.1/2, 20:7.1/1 and 20:8. See Jori Munukka, cases 2 and 3, Sweden, in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 116 and 143.

Finland has adopted the strictest form rules. A valid and binding sale contract of a piece of real estate shall be written and signed by its parties and, in addition, by a notary or made digitally. Title registration is compulsory. Digital (electronic) conveyances have been used since 2013. Maakaari (Finnish Code of Real Estate) 2:1.1, 2:1.2 and 11:1.1. See Niemi 2017, p. 21 and case 3, Finland, p. 141.

²⁰ There is, nevertheless a difference between “köpekontrakt”, that is, a sale contract,

Moreover, the German principle of abstraction, that is, a conveyance of ownership is independent from its cause, that is, personal obligations, is not adopted in Nordic legal systems.²¹

In Germany, title registration is dispositive by its nature. Registration completes a transfer of ownership of a piece of real estate and establishes the ownership of a conveyee.²² Even the separate conveyance is not sufficient in creating ownership of a conveyee. In addition to a contract and a conveyance, a purchaser needs title registration to be treated as the legal owner of the piece of real estate as the object of the sale. A holder of a registered title is treated, as a rule, as the legal owner.²³ It is a strong legal presumption (*Gesetzliche Vermutung*). Dispositive registration is adopted in England as well.²⁴ A conveyance of a piece of real estate is not valid until the conveyee has registered her or his acquisition.

In Nordic Countries, as well, a holder of registered title is treated, as a rule, as the legal owner. Legal presumption is the proper concept here, too. On the other hand, the presumption is weaker as far as Nordic legal systems are concerned and it is functioning in fewer relations.

In Nordic Countries, title registration is protective by its nature. Ownership of a conveyee is not established or made valid with the help of

and “köpebrevet”, that is, a sale letter, adopted in Sweden as a popular procedure and acknowledged by the Swedish land code. This difference indicates, rather, a conditional sale than difference between personal obligations and property rights. The difference documents appear in the frames of a sale, that is, a contract, containing both personal obligations and a conveyance of a piece of real estate. See Jordabalk 4:1.2, 4:2, 4:5, 4:6 and 4:14. A similar practice as the use of “betinged skøde”, that is conditional sale, and “endelig” or “ubetinged skøde”, that is, unconditional sale is adopted in Denmark.

²¹ According to the principle of abstraction, a conveyance of ownership of a piece of real estate produces effects even if the sale contract, accompanying personal obligations, proves to be invalid. See Luz M. Martínez Velencoso, *The Land Register in European Law: A comparative and Economic Analysis*, in in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 3-19, p. 8.

²² BGB § 311b/1 and § 873.

²³ BGB § 891.

²⁴ According to English law, in the case of unregistered land, if the requirement of registration is not complied with, the transfer becomes void at law, and in the case of registered land, if a disposition of registered estate is required to be completed by registration, it does not operate at law until the relevant registration requirements are met. Land Registration Act 2002 7 (1) and 27 (1).

registration. Instead, protective registration has certain legal effects on the position of the conveyee.

Protective title registration strengthens the position of a conveyee as an owner in certain relations with third persons. Validity of a conveyance does not depend on registration, and the legal title is transferred to the conveyee through the conveyance, in practice, with the help and in the form of a sale contract. Between a vendor and a purchaser, ownership of a piece of real estate is transferred by a sale contract.

Instead, between the purchaser and certain third persons, the acquisition of the purchaser can be defective. It is possible that a third person has a better right to the piece of real estate. In this case, the third person can claim the piece of real estate. On the other hand, registration can protect a conveyee against such a third person. Registration can be a fact and legal reason protecting a conveyee in relation to the third person. In other words, on the ground of registration a conveyee can win the dispute with the third person otherwise decided in favor of the third person.²⁵

As a conclusion, according to Nordic legal thinking, a transfer of ownership takes place, as a rule and for the most part of it, at the stage of and in the form of making a conveyance contract, for instance, a sale. In practice, a purchaser is treated as an owner on the ground of and immediately after making a sale contract as a conveyance. This is the case especially in the relation between a conveyor and a conveyee. On the other hand, there are legal effects connected with the transfer of possession or title registration or both as legal facts, as well. This is the case especially in the relation between a conveyee and third persons. In Nordic legal thinking, the aspiration has not been to concentrate the effects of ownership transfer into one stage or into one moment.²⁶

4. ON THE LEGAL EFFECTS OF TITLE REGISTRATION

According to *Vinding Kruse*, it is not reasonable to strain too much on a land register or connect legal effects only to final registration, that is, a final registration decision as an entry in a register. In many respects, legal

²⁵ See Niemi 2017, p. 27, and more closely about Finnish law, Niemi 2012, pp. 308.

²⁶ *Simo Zitting, Omistajanvaihdoksesta* (On the Transfer of Ownership, in Finnish), *Suomalainen lakimiesyhdistys*, Vammala 1951, p. 4 and pp. 102 and *Näkökohtia pohjoismaisesta kehityksestä kirjaamisoikeuden alalla* (Aspects of Nordic Progress in the Field of Land Registration, in Finnish), in *Juhlajulkaisu T.M. Kivimäki 1886-5/6-1956*, *Suomalainen lakimiesyhdistys*, Vammala 1956, p. 511-526, p. 515.

effects can be connected to a contract, transfer of possession or other stages of registration in a justified way. Traditionally, different legal effects have been connected to different stages of transfer of ownership in Nordic Countries. Accordingly, different aspects and stages of transfer and different legal relations between persons can be and must be regulated and considered separately.²⁷ This is the legal analysis as the Nordic approach.

The ideas of Vinding Kruse have come true in Nordic legislation. Contract is the most important step in the process of ownership transfer as far as a sale and other conveyances are concerned. It is not only a combination of personal obligations but bear effects in the relations with third persons, for instance, in relation to creditors. Therefore, it has effects with the nature of property law. In certain relations, a contract generates transfer of ownership. A similar effect is connected to possession and delivery of possession. For instance, a holder of possession over a piece of real estate is the protected person as far as unlawful interference with possession is concerned.

Acquisitive prescription is put into practice in the form of legal effects of title registration in Nordic legal systems.²⁸ In many cases, it is the matter of confirmed title registration, that is, entry in a register as the final decision. On the other hand, in some cases, prescriptive effect is connected with an application for registration.

²⁷ Frederick Vinding Kruse, *Ejendomsretten (Ownership)*, third edition, Gad, København 1951, II p. 915 and 917.

²⁸ Nordic acquisitive prescription functioning as effects of title registration in favour of a conventional conveyee can be compared with adverse possession recognized as an established form of acquisitive prescription in many European Countries. In the case of proper adverse possession, squatter's possession has adverse effect on the owner of a piece of land, that is, the person who has the last acquisition of the piece of land. The adverse effect of possession is possible even if the title of the owner is registered, like in the case of English law before the force entrance of the Land Registration Act 2002. There is no conveyance of ownership, for instance, a sale. Instead, an acquisition and a transfer of ownership from the owner to the squatter take place on the basis of possession and law. See Peter Sparkes and Sonia Martín Santisteban, *Comparative Remarks on Case 8*, in Sonia Martín Santisteban and Peter Sparkes (eds.), *Protection of Immovables in European Legal Systems*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, pp. 328.

The concept "acquisitive prescription" is understood here in a broad sense. It does not refer only to method of acquiring property by meeting certain requirements of continuous possession which is the conventional way in defining the concept in English tracing back to the traditions of the common law or merely to adverse possession.

One feature of Nordic title registration, worth of attention, is the emphasis on the good faith of a conveyee. It is the specific feature of the legal effects of title registration in the relation between a conveyee and third persons. Good faith often appears as a precondition of legal effect, especially in the cases of prescription, as a necessary but not as a sufficient condition. The role, significance and effect of good faith of a conveyee appear in the prescription rules.

Demand for good faith of a conveyee complements registration investigation. Investigation is a guarantee against registration of invalid acquisitions but its effect is not a good one. Many reasons for invalidity do not appear in the documents as subject of investigation or information available to register authority. According to the demand, a conveyee aware of a reason for invalidity is not protected with the help of the effect of title registration.

On the other hand, good faith of a conveyee is presumed. It is the job of the person appealing to bad faith to prove the bad faith of a conveyee. In practice, bad faith means that the conveyee has known the reason for invalidity or she or he should have questioned validity or effectiveness of the right of the conveyor.

The principles of indefeasibility and public faith (public trustworthiness) are adopted in the Nordic systems of land registration but, however, in a relative and weak sense. In the regulation on acquisitive prescription, indefeasibility appears as the main rules protecting a conveyee who has trusted in registered title of a conveyor. Relativity and weakness appears as preconditions of prescription and as certain exceptions.

For instance, a conveyee of a piece of real estate who has been acting in a good faith is protected despite invalidity or inefficiency of conveyor's title if conveyor's title was registered. Protection takes place, in the first place, as granting the title of the conveyee.

Protection is not provided, however, in this form in certain exceptional cases, for instance, in a case of forgery.²⁹ These kinds of reasons are called here strong reasons for invalidity. In such a case, the person who is appealing to a strong reason for invalidity, that is, the rightful titleholder, is protected. Normally, the rightful titleholder is a predecessor of the conveyor.

On the other hand, in a case of strong reason for invalidity, a conveyee acting in good faith is, nevertheless, protected in the form of secondary

²⁹ Tinglysningsloven § 27.1 (Denmark), Lov om tinglysning § 27 (Norway). 1, Jordabalk 18:1.1 (Sweden) and Maakaari 13:4.1 and 13:5 (Finland).

protection, that is, with the help of liability for damages of a register authority, that is, a state.³⁰

Both the positive and negative warranty as the dimensions of indefeasibility of registered titles and as indications of public faith of land registers appear in the Nordic prescription rules. They are the subjects of closer examination in the following chapters. Positive warranty guarantees the validity of registered titles, and negative warranty guarantees the lack of unregistered rights. Here, the focus is laid down on the positive warranty and the legal position of a conveyee of a piece of real estate.

5. DEFERRED ACQUISITIVE PRESCRIPTION

Acquisitive prescription is instantiated in the forms of deferred and immediate prescriptions in the Nordic legal systems. They appear as legal effects of title registration. Effects take place as protection of a conveyee.

Registration remedies the acquisition of a conveyee and erases the effect of invalidity of the last acquisition or a previous acquisition in the chain of acquisitions. Prescription effect can be connected to title registration of a conveyee or a conveyor or both. In some cases prescription requires possession of the piece of real estate as the object or acquisition for a certain time period. The time period as a precondition of prescription indicates the delay. In most cases, prescription requires good faith of the conveyee.

In Finnish and Swedish legal history, deferred prescription united with title registration is an old institution. It is the original way to carry out the legal effects of title registration. Its historical source lies, on the one hand, in the redemption based on inheritance right and, on the other hand, in the prescription containing possession for three years.³¹

In Sweden and Finland, the course of development has been from deferred to immediate prescription. Possession of a piece of real estate for a certain time period together or without the demand of good faith of a conveyee was the main precondition of prescription for a long time. Much later, immediate prescription together with the demand of good faith of a conveyee became the main form of prescription. Its adoption indicates adoption of a land register equipped with public faith. Today, immediate

³⁰ Tinglysningsloven § 31, Lov om tinglysning § 35, Jordabalk 18:4 and Maakaari 13:7.1.

³¹ Hafström 1970, pp. 21, pp. 40 and pp. 54.

prescription is in the primary position and deferred prescription in the secondary position.

It is a specific feature of Nordic acquisitive prescription that possession has a remedial effect on a transferee, most often, a purchaser of a sale of a piece of real estate.³² Sufficiently long-lasting possession of a transferee together with her or his title registration has erased the effect of invalidity of the last acquisition or inefficiency caused by a previous acquisition in the chain of acquisitions.

According to Swedish law, a transferee's continuous and long-lasting possession of a piece of real estate together with title registration can establish permanent ownership of a piece of real estate (*häv*d). If a person has registered her or his title instead of the rightful titleholder, and that after, the person has possessed the piece of real estate 20 years as an owner without any claim carried on by the rightful titleholder, the person has got the permanent title. In this case, there is no requirement of good faith, and the acquisition document can even be forged.³³ On the other hand, a conventional transfer of ownership must take place despite its invalidity because title registration is needed.

Despite the common legal history and uniform legislation of Sweden and Finland, there has never been such regulation on prescription in Finland. Instead, there is another version of deferred prescription near the previous one adopted in Finland. It is called protection of enjoyment (*määräaikainen nautinta*).

A person whose title to a piece of real estate has been registered and who thereafter has possessed the piece for ten years may keep the piece, if she or he at the time of acquisition did not know nor should have known that the piece had been taken from the rightful titleholder. If no action for a better right to the piece of real estate is brought during this time, the rightful titleholder shall forfeit his right to demand the return of the piece.³⁴

In addition, if the piece of real estate has been conveyed during the time period to another person she or he may appeal to the registration of title

³² Compare with the effect of adverse possession. See the footnote 28.

³³ Jordabalk (The Swedish Land Code) 16:1.1. See E.P. Björkdahl and M. Brattström, Case 8, Sweden, in Sonia Martín Santisteban and Peter Sparkes (eds.), *Protection of Immovables in European Legal Systems*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, p. 328.

³⁴ Maakaari 13:10.1. See Niemi 2012, pp. 354 and Jokela-Kartio-Ojanen 2010, pp. 332.

and possession of the conveyor and the good faith of himself or one of the previous titleholders at the time of acquisition.³⁵

In the frames of this form of prescription, title registration, possession for ten years and good faith of a transferee (“did not know nor should have known”) after the invalid acquisition are needed as the preconditions of the prescription.

Prescription as protection of enjoyment means protection of long-lasting possession of a piece of real estate. On the other hand, the subject of protection must be a person having a registered acquisition of the piece of real estate.

In addition to relations between third parties, protection of enjoyment is applicable even between parties of a transfer, that is, even between a vendor and a purchaser when the reason for invalidity is involved in their sale contract. Expression “taken from the rightful owner” refers to a certain kind of defect involved in the last or in an earlier transfer in the chain of transfers. The defect is a reason for invalidity.

Protection of enjoyment is applied even in the cases of so-called strong reasons for invalidity, that is, all kinds of reasons for invalidity will do, both weak and strong reasons. Strong reasons are cases of forgery, grave duress and when title registration has taken place by mistake or if the entry in the register is not based on a decision of the register authority.³⁶ Weak reasons are other reasons for invalidity, such as slight duress or treated as incompatible with honor and good faith.³⁷ For instance blackmailing is such a weak reason.

On the other hand, prescription and protection of a purchaser who has herself or himself caused the invalidity is not possible. Such a person cannot have good faith.

The legal effect of title registration based on a set period of time, 20 or 10 years, described above, bear the deferred effect of registration. The period of the possession time starting at the moment of registration is the essential issue of the regulation. The effect as prescription takes place at the closing date of the period. It is the crucial feature of the protection of enjoyment.

³⁵ Maakaari 13:10.2.

³⁶ Maakaari 13:5. See HE 1994:120, p. 93 and Niemi 2012, pp. 354.

³⁷ See Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista (Finnish Contracts Act, 13.6.1929/228) 29 § and 33 §.

Protection of enjoyment is not an indication of public faith of land register. It is not founded on trust of a conveyee in a registered title. That is, the regulation is not founded on registered title of a conveyor as a legal fact and as a precondition of the prescription. Instead, title registration remedies and strengthens the position of a conveyee who has registered her or his title. In this weak sense, it is possible to talk about infeasibility of a registered title. At the same time, the regulation encourages and rewards conveyees to apply for title registration by improving their position but, however, with a long delay.

Similar regulation on protection of enjoyment has been adopted in Sweden as well.³⁸

Denmark and Norway have adopted an interesting version of deferred prescription. It is very near the immediate prescription in the proper sense. The delay has been adopted in a very weak sense. A conveyee can trust the validity of a registered title of a conveyor but prescription presupposes, nevertheless and in addition to title registration of the conveyor, title registration of the conveyee as well.³⁹ Good faith of the transferee is required as well. After conveyee's title registration the rightful titleholder shall forfeit his right to demand the return of the piece of real estate founded on invalidity or inefficiency of conveyor's title.

The main point of the Danish and Norwegian regulation is to protect the trust of the conveyee on the registered title of the conveyor, and the main function of the regulation is to indicate the public faith of the register. The main issue is the indefeasibility of land register and, as the secondary aspect, the regulation remedies the position of the conveyee with the help of her or his title registration. Nevertheless, as an additional requirement and as a short delay of prescription, even title registration of the conveyee is required.⁴⁰ No doubt, the regulation encourages and rewards conveyees to apply title regulation without delay.

³⁸ Jordabalk 16:1.2 and 3.

³⁹ Tinglysningsloven § 27.1 and Lov om tinglysning § 27.1. Nevertheless, forgery and other strong reasons of invalidity appear here as exceptions. In the cases of strong reasons for invalidity, protection of a conveyee is not provided. See Kristina Siig and Lone Hansen, Case 1, Denmark, in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 90 and Kåre Lilleholt, Case 1, Norway, in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 91.

⁴⁰ Moreover, as an interesting detail and as an additional requirement, it is postulated

6. IMMEDIATE ACQUISITIVE PRESCRIPTION

Today, as indications of land registers equipped with public faith (public trustworthiness), rules on immediate acquisitive prescription are the primary forms of legal effects of title registration in Sweden and Finland. Therefore, in practice, the protection of enjoyment is the secondary form of title registration's legal effect in the cases of material reasons for invalidity. A conveyee of a piece of real estate appeals to it only if immediate legal effect of registration is excluded.

In addition to protection of enjoyment, Finnish law contains rules of immediate legal effect of title registration. According to it, legal effect of title registration takes place at the moment of acquisition, that is, without waiting for the out running of a possession time period or conveyee's title registration. It bears legal protection to a conveyee who has trusted in title registration of a conveyor.

An acquisition of a piece of real estate based on a conveyance shall be permanent even if the conveyor was not the rightful titleholder of the piece due to a defect in his acquisition or that of a previous titleholder, if the title of the conveyor was registered at the time of acquisition and the conveyee, at that time, did not know nor should have known that the conveyor was not the rightful titleholder.⁴¹

Preconditions of immediate prescription, that is, the immediate legal effect of title registration and immediate legal protection of a conveyee are conveyance, that is, a certain kind of transfer of ownership, for instance a sale, registered title of a conveyor and the good faith of a conveyee. Immediate prescription is not possible, however, in the cases of strong reason for invalidity, for instance forgery.⁴²

The reason for invalidity cannot be involved in the last conveyance, that is, conveyee's acquisition. Instead, the reason for invalidity must be involved in the acquisition of the conveyor or one of her or his predecessors. In other words, registration of title must take place despite the reason for invalidity and that after the reason has appeared. Even weak reason

in the Norwegian land registration act that a conveyee shall have been acting in good faith when her or his title was registered. Lov om tinglysing § 27.1.

⁴¹ Maakaari 13:4.1. Niemi 2012, pp. 334, Jokela-Kartio-Ojanen 2010, pp. 320 and J. Tepora, L. Kartio, R. Koulu and H. Lindfors, *Kiinteistön kauppa, muu luovutus ja kirjaus* (Sale of a Piece of Real Estate, Another Conveyance and Registration), Talentum, Helsinki 2010, pp. 551.

⁴² Maakaari 13:5.

for invalidity involved in the acquisition of the last conveyee appealing to her or his good faith and title registration of the last conveyor prevents immediate legal effect of registration.⁴³ On the other hand, a conveyee can appeal to the fulfilment of the preconditions of the immediate legal effect of registration taken place in favor of his predecessor.

Immediate prescription appears, nevertheless, as an exception with certain preconditions. The principal rule is an enforcement of the rightful titleholder's right and claim as well as return of possession of the piece of land to the rightful titleholder (*vindication*). The point of departure is the principle *prior tempore potior jure*. The rightful titleholder of the piece of land may demand that the acquisition of the conveyee will be voided because of a defect encumbering the acquisition of the conveyor and that the piece of land be returned to the rightful titleholder.⁴⁴

Immediate prescription and protection of a conveyee indicates public trustworthiness of Finnish Title and Mortgage Register. There is a positive as well as a negative warranty as crucial dimensions of title registration. Registered titles are indefeasible in this sense and with the restrictions appearing as the preconditions of the immediate prescription as well as exceptions.

Accordingly, immediate prescription takes place, but indefeasibility of registered titles is adopted here in a relative and deferred sense.

Immediate prescription takes place in the relation between a conveyee and a rightful titleholder, that is, a predecessor of the conveyor, but not in the relation between a conveyee and a conveyor. In addition, a registered title holder cannot perform as a holder of an absolute title. As a rule, title registration shall not preclude the consideration of a dispute over title to a piece of land or the validity of an acquisition in a trial.⁴⁵ Exceptions are provided by the rules on acquisitive prescription.

⁴³ Certain weak reasons for invalidity can be remedied between the parties of the invalid contract on the grounds of the good faith of the parties. The reason for invalidity can be caused by a third person. This effect of good faith is not, however, an effect of title registration. Instead, it is imposed in the Finnish Contracts Act (Laki varallisuus-*soikeudellisista oikeustoimista*). See 29-31 § and 33 §. If a reason for invalidity has remedied already on the ground of Contracts Act there is no reason anymore to be remedied by the effect of title registration. Accordingly, remedying on the ground of Contracts Act is primary in relation to prescription founded on registration.

⁴⁴ Maakaari 3:1.1.

⁴⁵ Maakaari 13:2.

Immediate prescription in favor of a transferee is justified by trustworthiness of the land register and the positive warranty provided by it. Therefore, title registration of the conveyer is a precondition for immediate prescription, but title registration of the conveyee is not needed in Sweden and Finland. In Denmark and Norway, in the way explained above, even the title registration of a conveyee is required.⁴⁶

It is worth of notice that Finnish regulation over immediate prescription is founded on guaranteeing the title of a conveyee having good faith and founded on public faith of Title and Mortgage Register. The positive warranty of the register takes place, in the first place, in the form of granting the title of a conveyee. It is not, in the first place, put into effect in the form of money compensation. In other words, it is not a form of insurance provided by the State of Finland as the register authority.

On the other hand, and as the secondary dimension of prescription regulation, a rightful owner is entitled to money compensation from the state funds when immediate prescription takes place in favor of a conveyee.⁴⁷ In addition, a conveyee who loses his right to the piece of real estate by virtue of strong reason of invalidity shall have the right to due compensation from state funds if the other preconditions for immediate prescription are fulfilled.⁴⁸ This is an indication of the positive warranty provided by the Finnish land register as well. Similar rules on liability of damages of a state has adopted in other Nordic Countries as well.⁴⁹

Similar immediate prescription and protection of a conveyee can take place in a case of double conveyancing. Here again the natural principal rule is the priority of the first conveyee, that is, the principle *prior tempore potior jure* is applied: if the same piece of land is conveyed to two conveyees the former acquisition shall prevail.⁵⁰ Nevertheless, the later conveyance shall take precedence if title registration to it is first applied for and the conveyee, at the time of acquisition, did not know nor should

⁴⁶ See the end of the previous chapter. Public faith of Danish and Norwegian land registers are little bit weaker than the Swedish and Finnish ones because of the immediate prescription adopted in Sweden and Finland. In the case of immediate prescription, title registration of a conveyee is not required. Instead, the effect of public faith takes place at the moment of acquisition, in other words, immediately.

⁴⁷ Maakaari 13:7.1.

⁴⁸ Maakaari 3:7.2.

⁴⁹ Sweden (Jordabalk 18:4), in Denmark (Tinglysningsloven § 31) and Norway (Lov om tinglysning § 35).

⁵⁰ Maakaari 3:6.1.

have known of the previous conveyance. If registrations of title to several acquisitions are applied for on the same day, the earliest conveyance shall take precedence.⁵¹

The immediate prescription and protection of the later conveyee in the case of double conveyancing is not, however, founded on positive warranty or public trustworthiness of Title and Mortgage Register. This is the case even if both of the competing conveyees or either of them has trusted in registered title of the conveyor. Instead, prescription is founded on activity and passivity in registration of the competing conveyees and good faith of the later conveyee at the moment of her or his acquisition. It can be seen as an application of negative warranty of land register as well. The regulation encourages conveyees to apply title regulation without delay and rewards for it. On the other hand, a true competition in registration can take place.

Similar regulation of immediate effect of title registration has been adopted in Sweden even before in Finland, both in relations to the previous, that is, the rightful titleholder and between competing conveyees.⁵²

In addition, in Finland, effect of title registration in the form of a special kind of immediate prescription and protection of a conveyee take place in the case of form defect of an acquisition document, for instance, sale contract. No claim regarding a defect of form in the deed of acquisition shall be made after a registration of title based on it has been completed or the application for one has been left in abeyance.⁵³ This is applied to all kinds of acquisitions of pieces of real estate in addition to conveyances, and there is no demand for good faith of a conveyee.⁵⁴ In practice, the form defect has to be invisible or it has to be ignored in the registration investigation. Accordingly, registration of a conveyee's title remedies all form defects of acquisition documents, both form defects of the last acquisition document, that is, conveyee's acquisition document, as well as the previous ones in the chain of acquisitions. In this restricted sense and case both prescription and indefeasibility of registered titles takes place immediately.

⁵¹ Maakaari 113:3.1.

⁵² Jordabalk 17:1, 17:2, 18:1.1 and 18:3. See Jori Munukka, cases 1, Sweden, in *Transfer of Immovables in European Private Law*, edited by Luz M. Martínez Velencoso, Saki Bailey and Andrea Pradi, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 88.

⁵³ Maakaari 13:1.

⁵⁴ HE 1994:120, p. 88. On the other hand, even the conveyee is prevented to appeal to a form defect. Accordingly, remedying of the form defect can take place in favor of the conveyor as well.

7. CONCLUSIONS

Principle of indefeasibility of registered titles is adopted in Nordic countries in a specific way. It is different from, for instance, German and English law and from the registration systems based on the ideas of sir *Robert Richard Torrens*.⁵⁵

The legal effects of Nordic title registration, founded on public faith of land registers, take place in the form of rules regulating acquisitive prescription. They bear indefeasibility of titles in the weak and relative sense. In Nordic Countries, prescription is protection of a conveyee having good faith and who trusts in land register. Protection is provided and granted to an honest and careful person.

Nevertheless, there are significant exceptions. For instance, in the cases of forgery, prescription is excluded. Why is it important that principle of indefeasibility is not applied in the cases of forgery? There are certain reasons for invalidity, like forgery, against which an owner of piece of real estate is totally defenceless. In these cases, exceptions to the principle of indefeasibility are justified.

On the other hand, a conveyee even in the case of forgery can have been acting in good faith. A forger can be a predecessor of the conveyee. Therefore, it is justified to grant the conveyee money compensation as the secondary indication of the principle of indefeasibility.

⁵⁵ See, for instance, E.A. Francis, *The Law and Practice relating to Torrens Title in Australasia*, volume 1, Butterworths, Sydney, Melbourne, Brisbane 1972, pp. 3 and Thomas W. Mapp, *Torrens' Elusive Title*, Alberta Law Review, Edmonton 1978, pp. 59.

AVANCES QUE REFORMAN LA INSCRIPCIÓN DE LOS AIRES EN EL REGISTRO DE PREDIOS DEL PERÚ

Miguel A. Torres¹

*Abogado de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)
Lima – Perú*

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo mostrar los avances normativos que ha tenido el Perú respecto a la inscripción de “los Aires” en el Registro de Propiedad Inmueble.

Para ello, hemos empezado exponiendo la realidad actual de nuestras ciudades, en las cuales se aprecia la necesidad de los habitantes por adquirir una vivienda, lo que lleva a muchos de ellos a comprar las azoteas de los edificios y allí poder levantar sus respectivos hogares.

La primera situación que hemos esclarecido es que al hablar de “azoteas” estamos hablando de los “aires” de la edificación, siendo que ambos términos significan lo mismo; una segunda situación se enmarcó en determinar que los aires adquiridos constituyen una propiedad en sí y no sólo representan un derecho a edificar, y que por tal motivo pueden ser independizados registralmente como cualquier inmueble; sin embargo, también existe la posibilidad de registrar una reserva de aires sin independización, en la cual los aires quedan inscritos en la partida registral del edificio pero con calidad de área exclusiva.

Se ha podido llegar a dichas conclusiones mediante el estudio de las leyes que regulan la materia, como son: el Código Civil, la Ley N° 27157, la Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, así como el criterio establecido en el CXLIX Pleno del Tribunal Registral.

Finalmente, hemos pasado a explicar la técnica registral utilizada por la SUNARP, para inscribir la independización y la reserva de los aires conforme lo dispuesto por las leyes de la materia.

La importancia del presente trabajo radica en haber tocado un tema novedoso y poco estudiado a la vez, el cual se encuentra latente en la realidad social de nuestros pueblos, y que por tanto merece de toda nuestra atención.

ABSTRACT: The present work has the purpose to show the advantage of law developed in Peru about the register of “the airs” at Property Registration. For that, we have started to

¹ TORRES MEJIA, Miguel Angel. Abogado de la Gerencia de Propiedad Inmueble de la SUNARP, especialista en Derecho Registral Inmobiliario.

talk the reality in our cities, in where we see the necessity from the people it buy a house. That follows to most of the people to buy rooftop from the buildings and there be able to build their houses. The first topic we have be clear that talking about “the rooftops”, we talk about “the air” of the building. Being the meaning of both terms the same. In the same situation, that shows the air that are bought property itself and it doesn’t mean the right to build, in that way can be independent in Public Registry how several buildings. By the way it also exists the possibility of register a reserve if air without independent, in that case the air are registered in the Registry document of the building, but as an exclusive area. It could be possible to have conclusions through the study of law to rule the matter, like: Civil Code, Law N° 27157, rule about Exclusive and Common Law Regime, and the rule established in CXLIX Registry Jury Colleague. Finally, it explains the registry technique used at SUNARP to register the independence and reserve to the air according to rule of the law about the matter. The importance of the present work focuses on have been touch the new topic and a bit studied at the same time, that in fact touches the social reality in our cities, and in that way, it deserves our attention.

1. SITUACIÓN ACTUAL

En la actualidad nos encontramos ante un Siglo XXI prometedor, en el cual se vienen realizando grandes descubrimientos científicos, así como también impresionantes avances tecnológicos a beneficio de la humanidad, a tal punto que hoy la tecnología prácticamente ha unido al mundo entero, eliminado el aislamiento y las fronteras que existían entre los países; sin embargo, todos los avances obtenidos se tornan insuficientes ante una necesidad que se acentúa cada día más en una población mundial que aumenta aceleradamente. A ésta necesidad moderna la llamamos: vivienda.

Podemos ver que las principales ciudades de los países latinoamericanos, se encuentran pobladas de forma masiva, lo que ha ocasionado que los nuevos habitantes tengan serias dificultades para adquirir viviendas, las cuales en número resultan ser insuficientes para cubrir la gran demanda.



Es por ello, que en los últimos veinte años, podemos ser testigos de la construcción de edificios multifamiliares de gran altura, destinados a albergar a distintas familias en departamentos independizados, los cuales se encuentran distribuidos uno encima de otro de forma vertical, ya que por lo expresado en los párrafos anteriores, se ha tornado muy difícil encontrar y adquirir un terreno donde se pueda construir una casa unifamiliar.

Ahora bien, el costo de los departamentos suele ser elevado, motivo por el cual solo los habitantes con mayores ingresos económicos pueden adquirirlos, mientras que otro grupo opta por alquilarlos; sin embargo, la urgente necesidad por obtener una propiedad, ha generado que otra parte de la población ponga todo su interés en adquirir el último nivel de aquellos edificios, donde ya no existe construcción, y al cual se le llama de manera coloquial: “Aires de la edificación” (en adelante Aires). Estos aires tienen un precio mucho menor al de un departamento por obvias razones, principalmente las referidas a la inexistencia de una edificación y la falta de instalación de servicios básicos.

Es importante señalar que la necesidad de la población por tener un lugar donde vivir, ha generado que la compra y venta de los aires se vuelva una práctica muy recurrente, siendo el comprador el mayor beneficiado, ya que por un precio menor logra adquirir un inmueble sin construcción, en el cual posteriormente edificará un módulo de vivienda, y cuyo costo por la edificación posiblemente será menor al costo de un departamento.

Es así que la compra venta de los aires se ha convertido en una nueva forma de transferencia de propiedad, la cual en un inicio no había sido lo suficientemente explorada y tratada por la legislación peruana. Es por ello, que para brindar seguridad jurídica a la propiedad sobre los aires, se tuvo que perfeccionar la legislación sobre la materia, por medio de la expedición de leyes especiales, reglamentos y acuerdos plenarios que han sido exitosamente aplicados por los operadores del Registro de Propiedad Inmueble de la SUNARP.²

2. BASE NORMATIVA

Debemos señalar que en el Perú no existe una definición jurídica de los “Aires”, sin embargo, sí se ha normado respecto a ellos. Por tanto, a continuación procederemos a exponer las normas que regulan su existencia en el ámbito jurídico, así como la técnica registral utilizada para su inscripción.

² La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) fue creada con la Ley 26366 que entró en vigencia el 17/10/1994.

*** Código Civil**

El Código Civil³, en su artículo 954° del Libro de Derechos Reales, establece lo siguiente: *“La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho”*.

El Código Civil al hablar del “sobresuelo”, está haciendo referencia al dominio que se ostenta respecto a los aires de un inmueble, enfocándolos como el derecho del propietario a construir de manera vertical sobre el suelo hasta la altura que considere necesaria.

Por tanto, el Código Civil, como ley de carácter general, ha dado una aproximación de la existencia legal de los aires, sin embargo, para obtener mayores precisiones, se tuvieron que emitir leyes especiales que permitieran diferenciar a los aires del denominado derecho a construir, esto es, regular a los aires como el espacio que existe encima del techo final de la construcción y no únicamente tomarlos como una facultad o derecho a edificar.

*** Ley N° 27157**

La Ley N° 27157⁴ (en adelante la Ley), fue creada para normar el trámite de regularización de aquellas edificaciones construidas o demolidas antes del 21/07/1999 sin la licencia municipal de conformidad de obra, con la finalidad de obtener el reconocimiento legal y la inscripción de dichas edificaciones en el registro público; asimismo, regula el procedimiento para la constitución del Reglamento Interno en los edificios multifamiliares.

La Ley señala que el Reglamento Interno solo se podrá constituir en aquellas edificaciones multifamiliares donde coexistan bienes de propiedad exclusiva (llamados también Secciones Inmobiliarias) y bienes de propiedad común, supuesto que calza perfectamente con los edificios multifamiliares que comentamos al inicio del presente trabajo, los cuales están compuestos de departamentos y áreas comunes, y cuyos aires son de gran interés por los habitantes carentes de vivienda.

Para mejor comprensión, debemos entender al “Reglamento Interno” como el negocio jurídico con el cual se confirma que un edificio se encuen-

³ Promulgado el 24 de julio de 1984, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 25 de julio de 1984 y vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

⁴ Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20/07/1999.

tra en situación de propiedad exclusiva y propiedad común; siendo que en su contenido se encontrará la regulación de las áreas exclusivas (*departamentos con áreas y perímetros debidamente delimitados*), así como las reglas de conducta y convivencia de todos los propietarios, seguida de los deberes que tienen respecto al cuidado de las áreas de propiedad común (*hall de ingreso, escaleras de acceso, pasadizos, pozos de luz, etc.*).



Pues bien, la Ley en su artículo 40° inciso h), establece que dentro de los bienes de propiedad común se encuentran las azoteas, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan clausulas en contrario. Entiéndase que al hablar de “azoteas” estamos refiriéndonos a los “aires”, en concordancia con el criterio establecido en el CXLIX Pleno del Tribunal Registral⁵, que en su acuerdo N° 1 establece lo siguiente:

“En la legislación peruana son conceptos equivalentes azotea o aires, sin perjuicio de lo que al respecto señale el reglamento interno”.

⁵ Realizado en sesión extraordinaria modalidad no presencial los días 02 y 03 de mayo del 2016.

En ese sentido, podemos entender que los aires son bienes de propiedad común siempre y cuando no hayan sido regulados como áreas de propiedad exclusiva en el reglamento interno.



Como vemos, la Ley N° 27157 nos aproximó a la realidad que planteamos al inicio del presente trabajo, que está referida al interés que tienen los habitantes de las grandes metrópolis, de poder adquirir los aires de los edificios multifamiliares, sin embargo, ésta Ley establece como primera regla que los aires tienen naturaleza común, y como segunda regla la salvedad de que el Reglamento Interno señale lo contrario. En ese sentido, si estuviéramos ante unos aires de naturaleza común, estos serían intransferibles y por tanto no podrían venderse, salvo que la junta de propietarios del edificio apruebe por mayoría calificada la desafectación de dichos aires de propiedad común a propiedad exclusiva, lo cual conllevaría necesariamente la modificación del reglamento interno, incluyendo a los aires en la lista de secciones de propiedad exclusiva y otorgándole su respectivo porcentaje de participación sobre los bienes comunes.

Ello nos permite concluir que la Ley ya identificó a los aires como un bien y no como un derecho a construir (como hasta antes se entendía del

Código Civil), sin embargo, le da la calidad de bien común, lo cual dificulta su independización y transferencia.

*** *Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común***

Con la finalidad de establecer criterios para la calificación e inscripción del Reglamento Interno sujeto al régimen de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común regulado en la Ley N°27157, se aprobó la Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común⁶.

Es así, que en su numeral 5.9 se extendió los alcances de los aires entendidos como bienes de propiedad exclusiva, al sostener que: *“La inscripción de las unidades de propiedad exclusiva pueden extenderse al área techada y al espacio vacío que corresponda a la planta que se encuentre, según la proyección vertical y hasta los límites del perímetro.”*

El numeral precitado señala que en el supuesto que los aires tengan la calidad de unidad de propiedad exclusiva, su propietario tendrá el derecho de construir nuevos pisos siempre y cuando esté establecido expresamente en el reglamento interno y, en caso no esté establecido, haya podido obtener previamente la aprobación de la junta de propietarios. Lo que la Directiva quiere esclarecer es que si en un Reglamento Interno se establece que los aires tienen la calidad de área exclusiva, su propietario puede construir sobre ellos una edificación de varios niveles, hasta donde se lo permitan los parámetros urbanísticos establecidos por el ente municipal. Y esto viene a ser una ventaja para el comprador que adquiere los aires de un edificio, toda vez que puede construir un departamento de varios niveles⁷ a diferencia de los ya construidos, que por lo general son de un nivel o máximo dos.

*** *Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios***

Ya en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios⁸, es donde se establecen dos supuestos referidos a los aires como sección de propiedad exclusiva, así como las técnicas que deben utilizar los registradores para la inscripción de los aires en ambos supuestos.

Los supuestos constan en su artículo 63°, de la siguiente manera:

⁶ Aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340 -2008-SUNARP/SN del 23 de diciembre del 2008, y publicada el 26 de diciembre del 2008 en el Diario Oficial El Peruano.

⁷ Entiéndase por niveles al número de pisos en sentido vertical.

⁸ Aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP-S/N, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20/07/1999.

“... Cuando en el reglamento interno se establezca la reserva de aires de la edificación, ésta podrá independizarse como sección de dominio exclusivo siempre que se le asigne porcentaje de participación de los bienes comunes. En este caso la independización procederá, siempre que cuente con área proyectada de acceso. (Primer supuesto)”

El Reglamento Interno puede establecer reserva de aires sin independización, en cuyo caso esta circunstancia consta en el asiento específico correspondiente a la partida registral del predio matriz, o de otra vinculada.” (Segundo supuesto)

En el primer supuesto, se establece que para la independización de los aires como sección exclusiva, es requisito indispensable que exista un área proyectada de acceso, esto quiere decir que en el plano de independización se debe graficar la existencia de una zona en la que se proyecte la construcción de una futura escalera de llegada a dichos aires. Lo más adecuado sería que al momento de la independización de los aires ya exista físicamente una escalera de llegada, sin embargo, el artículo 63° no lo establece como requisito de procedencia. Asimismo, se establece que los aires independizados contarán con porcentaje de participación sobre los bienes comunes, tal cual lo tienen las demás secciones inmobiliarias; esto quiere decir que los aires dejan de formar parte de las áreas comunes y pasan a ser una sección exclusiva independiente, por cuanto serán independizados en una nueva partida registral, distinta a la partida matriz.



En el segundo supuesto, a diferencia del primero, se establece que se puede reservar los aires pero sin independizarlos de la partida matriz, para ello, dicha reserva deberá constar en el Reglamento Interno mediante cláusula adicional, donde se defina el área de los aires que son materia de reserva y a favor de quién se realiza. Asimismo, la reserva de aires sin independización no cuenta con porcentaje de participación sobre los bienes comunes, quedando inscrita en la partida matriz como un área exclusiva a favor de un propietario específico.

3. TÉCNICA REGISTRAL UTILIZADA PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS AIRES

En los Registros Públicos del Perú, se inscriben los inmuebles en partidas electrónicas, bajo el sistema del folio real; esto quiere decir que por cada inmueble se deberá aperturar una partida independiente, en la cual se inscribirán los actos declarativos, de disposición, de gravamen, cargas y demás actos realizados sobre el inmueble.

En el caso de la independización de los aires, y en mérito a lo establecido en todas las leyes estudiadas, el Registrador podrá emplear dos modalidades de inscripción según lo solicitado por el propietario.

La primera modalidad permite que se independicen los aires en una partida electrónica nueva, como si se estuviera independizando un terreno sin construcción, una casa o departamento, con la diferencia que dichos aires contarán con un porcentaje de participación sobre los bienes comunes que quedaron inscritos en la partida matriz de la cual antes formaban parte.

La segunda modalidad permite inscribir a los aires como área exclusiva dentro de la partida matriz; esto quiere decir que el registrador inscribirá en la partida matriz la reserva de los aires, más no independizará los mismos, y por tal motivo no se les otorgará porcentajes de participación sobre los bienes comunes.

Estando a que por lo general la reserva de aires se otorga a favor de una sección exclusiva, el registrador también deberá inscribir dicha reserva en la partida independizada de la sección favorecida.

4. CONCLUSIONES

La expedición de las normas destinadas a regular la inscripción de los aires, así como la técnica registral utilizada para dicho fin, no es más que un claro ejemplo de lo que se puede lograr cuando se ha desarrollado un plan gubernamental a largo plazo que tiene como metas específicas actualizar

y modernizar el Registro de Propiedad Inmueble, y de esta forma hacerle frente a una actividad inmobiliaria que ha evolucionado en el Perú. En ese sentido, invocamos a que se realicen mayores estudios respecto a la propiedad de los aires, que en algunos casos son conceptualizados erróneamente como un elemento gaseoso, y por ello no los consideran como un bien jurídicamente tutelado, lo cual resulta ser falso por los fundamentos que hemos expuesto a lo largo de éste trabajo.

LAND TITLE REGISTRATION AS A GLOBAL MODEL – IN SEARCH OF A HISTORY AND PHILOSOPHY FOR THE REGISTRATION OF PRIVATE PROPERTY IN LAND

Professor Murray Raff

University of Canberra, Australia

ABSTRACT

Land title registration is today the dominant model of land title administration and it continues to extend itself, following the dynamics of internationalization, and encouraged by international agencies. However, in many jurisdictions land title registration is treated as no more than a technical recording system to be ‘bolted on’ to an existing property law jurisprudence of the legal system in question. It is rarely asked whether land title registration has a history and philosophy of its own.

In this paper I will trace the spread of land title registration into continental European, Australian and English models of land title registration. I will explain how it demonstrates a fundamental philosophy of responsibility with respect to land title. This philosophy is consistent with principles of sustainable development which are today the international norm. It is a realistic approach in light of the potential for digital land title registries and community planning information to be connected to GIS technologies as tools in sustainable management of land based resources.

INTRODUCTION

Land title registration is globally the dominant system for land title administration. Three major models have been tremendously influential internationally: (i) the German system, (ii) the English system and (iii) the Australian Torrens system. These systems share many fundamental attributes. Most fundamentally, these systems established a responsibility to

a register ownership, estates and interests in land. Fulfilment of this responsibility contributes to the immense benefit that we enjoy in the broader community: secure recognition of the validity of the registered ownership, estate or interest for the individual and secure land markets for the broader community, easy access to capital and connection to vast information conveniently organized on the basis of the identity of the land. The responsibility is *passively* enforced. Fulfilment brings these tremendous benefits but neglect of the responsibility puts the individual at risk of total or partial loss of the proprietary interest involved. The sharing of fundamental attributes between the three systems, and their international dissemination, contributes to the identification of an international model of land title registration of which they important examples. The sharing of fundamental attributes between the three systems is not surprising when we consider that they are historically connected. One is led to ask whether the responsibility implicit in these systems of property law has deeper and broader significance.

Does land title registration bring with it principles that have broader implications or is it simply a 'bolt-on' recording system that leaves completely intact the property law system that adopts it? The world is very much in need of a principle of responsibility in respect of title to and the use of property. Common law systems conventionally point to the "sole and despotic dominion" of William Blackstone to demonstrate that the individual is free to do whatever he wants with what he owns,¹ however, a lot has changed since Blackstone wrote, including the genders of those we anticipate to hold property in a common law system.² In civil law systems analogous use is made of the expression *usus*, *fructus* and *abusus* attributed to the Glossators, however van Erp and Akkermans point out that translation of *abusus* as a right of abuse or wanton destruction is a misunderstanding of the Roman word *abuti* only expressed the idea of alienation not *destruction*.³ Regardless of these debates, does the introduction of land title registration modify these conceptions of property as a right without responsibility in any case?

¹ WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (15th edn, 1809) Book II, Chapter 1, 2.

² I have questioned the interpretation that has been made of Blackstone's famous passage: Murray Raff *Toward an Ecologically Sustainable Property Concept in: 3 MODERN STUDIES IN PROPERTY LAW* (Elizabeth Cooke ed., 2005) 65-88; *id.* *Environmental Obligations and the Western Liberal Concept of Property* 22 MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW (1998) 657-692.

³ SJEF VAN ERP & BRAM AKKERMANS, CASES, MATERIALS AND TEXT ON NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL PROPERTY LAW 214-225 (2012).

Why should we identify a special responsibility in the use of property? Don't we all have a duty simply as citizens⁴ to act responsibly? Property extends human capacity. Property provides the tools for the implementation of human will. Without this extension of our capabilities the human animal has limited capacity to perform the simplest physical tasks, such as digging a hole in the ground or making bread. Property is a tool of human creativity, as a paint brush allows an artist to control the application of paint. On the other side, without property we would not have an island of plastic waste the size of Belgium circulating at the vortex of currents in the Pacific Ocean, the leakage of radiation from the Fukushima nuclear power plant. Just as we are capable of far more destruction and injury when we drive a car without adequate concentration than when we walk without proper attention, our duty of care in the use of property must be express and clear.

It is undesirable from the perspective of international policy to tolerate a conception of property without responsibility at the heart of jurisprudence. The international community and society at large have identified an urgent need for environmental considerations to be integrated into decision making at all levels and for the integrity of ecosystems to be maintained.⁵ Should this not include the decision making of the private landowner? A jurisprudence that approaches these questions with the presumption that one who holds property is entitled to use it in the most arbitrary and destructive ways imaginable undermines the effectiveness of environmental planning and protection legislation. Since the 18th century not only has our destructive power increased but we have also developed sophisticated systems of administrative law. We would not tolerate a presumption that public power may be exercised in the most arbitrary and destructive ways imaginable. How can we tolerate such a presumption in the exercise of proprietary power over resources that should last long beyond a single lifetime.⁶ Such a presumption might be appropriate with respect to powers of exclusion or the power of alienation, however, with respect to the physical use of pro-

⁴ W. N. R. Lucy & C. Mitchell, *Replacing Private Property: The Case for Stewardship* 55 CAMBRIDGE LAW JOURNAL 566 (1996).

⁵ Rio Declaration on Environment and Development, in Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3–14 June 1992, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) – see generally S.P. JOHNSON, *THE EARTH SUMMIT: THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (UNCED)* (1993) – and United Nations Sustainable Development Goals adopted 25th September 2015: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>>.

⁶ Ownership and freehold estates in fee simple are unlimited in duration.

perty, and especially land, there must be a presumption that the proprietor will at least act reasonably and responsibly in light of the characteristics of the property in question. A law that requires proprietors to do this does not extinguish the proprietors' rights, it formalises their responsibilities.

A lightening rod for these issues may be found in the critical question of protecting the habitats of vulnerable species on private land. Article 8 of the Biodiversity Convention⁷ requires the parties to strive for *in situ* conservation of indigenous species in the ecosystems in which they evolved. They must:

- (d) Promote the protection of ecosystems, natural habitats and the maintenance of viable populations of species in natural surroundings:
- (f) Rehabilitate and restore degraded ecosystems and promote the recovery of threatened species, ...
- (i) Endeavour to provide the conditions needed for compatibility between present uses and the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components:

It is clear from the red list of the International Union for the Conservation of Nature that the international community is not succeeding in this.⁸ In Australia the iconic native marsupial, the koala⁹ is seriously at risk of extinction in identifiable areas through land clearing and forestry.¹⁰ The-

⁷ Rio di Janeiro, 5th June 1992.

⁸ For an informative depiction of the international situation, see the IUCN red list – Smithsonian Magazine – Guardian graphic at: <https://www.google.com.au/imgres?imgurl=http://blogs.smithsonianmag.com/smartnews/files/2012/09/bubbles.png&imgrefurl=https://www.smithsonianmag.com/smart-news/extinction-rates-are-biased-and-much-worse-than-you-thought-24290026/&h=643&w=941&tbnid=C105xhsIp1WPxM:&tbnh=143&tbnw=210&usg=__nWmpgDPbkdo0tg0k3Mje-D5ts1cc%3D&vet=10ahUKEwiq847FluDaAhXLwrwKHx9TBncQ9QEIKzAA..i&docid=VqMVVcvJXuHX3M&client=firefox-b-ab&sa=X&ved=0ahUKEwiq847FluDaAhXLwrwKHx9TBncQ9QEIKzAA> (accessed 30.04.2018).

⁹ For the happy iconic image: <https://www.google.com.au/search?q=&client=firefox-b-ab&tbnm=isch&tbs=rimg:Cdr1OdMWMoSI1ji1MFj4C9QgRWyeJv9cWKct-feqo60wYELwIJt8dRpYDzvEuFtSdRINAJrSD3wnwgCod1YY-55ppYioSCBUwW-PgL1CBFEXxlA2XFAGAKhIJbJ4m_11xYpy0RpHGRmRmgRyoqEg196qjrTB-gQvBGORbbdIUf3sioSCQgm3x1GlgPOEfk9bAEBbxr8KhIJ8S4W1J1GU0AR0XZ-V2H3worEqEgkmtIPfCfCAKhEy25fnivk2oCoSCR3Vhj7nmmlEifzo9Mb7aBh6&tbo=u&sa=X&ved=2ahUKEwjl8eewmeDaAhUIV7wKHYdcAcwQ9C96BAGBEB-g&biw=1280&bih=584&dpr=1.5#imgsrc=sAv0B95XZbRi4M:>>.

¹⁰ <https://www.theage.com.au/national/victoria/vicforests-apologises-for-dead-koa->

re has been concern about the survival of the koala since the 1890s and it was the first species to gain legislative protection in some states as early as the 1920s. Protection of its habitat is has not however succeeded in stemming its incremental destruction, project by project, as planning decision makers and appeal tribunals read narrowly the laws and regulations that should ensure protection on private land in favor of the ‘sole and despotic dominion’ interpretation. These protections should be read with their full voice. The owners of the land have acquired a koala habitat and should act responsibly in relation to it.

Does the history and philosophy of the basic mechanism of the law of property in land, the land title registration system, provide the juristic material that requires responsible proprietorship?

IDENTIFYING LEGAL CHARACTERISTICS OF LAND TITLE REGISTRATION

Coing described the 19th century trend across Europe toward greater certainty of title,¹¹ which historically paralleled defeudalization processes in many jurisdictions.¹² The first major initiative that spread widely was the mortgage book registration system. In common law systems this reform process was mirrored by deeds registration reforms.

The second major initiative was the development and dissemination of land title registration, often connected to the adoption of land information cadasters, which continues today. The following characteristics may from a legal perspective be identified¹³ in the emergent international model of land title registration:

1. A public register of rights over land that may be asserted against third parties, which is organized around the identity of land parcels in which the rights are held (‘real folio system’) and linked to a system for physical identification of the land parcels themselves, such as a cadaster map or other description.

la-continues-logging-threatened-possum-area-20170701-gx2mwr.html.

¹¹ HELMUT COING, 2 *EUROPÄISCHES PRIVATRECHT*, chp 7 (1989).

¹² For an overview of defeudalization in France, Germany, England and Russia see Murray Raff & Anna Taitlin, *A Comparative Perspective on the Concept of Ownership in Russian law: From the Svod Zakonov to the 1994 Civil Code*, 41 *REVIEW OF CENTRAL & EAST EUROPEAN LAW* 263, 270-316 (2016).

¹³ MURRAY RAFF, *PRIVATE PROPERTY AND ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY – A COMPARATIVE STUDY OF GERMAN REAL PROPERTY LAW* (2003) 12-16.

2. Registration of an interest in the land is best evidence that the registered party is legally entitled to it (property vests when the right is registered – the constitutive nature of registered title) but those who do not register their interests risk loss of priority to another who has registered in good faith.
3. Parties relying on the register are protected against challenges to the accuracy of the register.
4. A remedy is provided to honest parties who lose their interests in land through operation of the register.

The emergence and convergence of this model coincides with historical movement to demand for dynamic security of title, an evolution from static conceptions of security of title, as explained by Pamela O'Connor.¹⁴ One might describe the international model of land title registration as an international 'circulating model' which is now so widely spread that it is difficult confidently to trace reception of it from system to system; we shall nevertheless attempt that below.

INTERNATIONAL DISSEMINATION OF LAND TITLE REGISTRATION MODELS

The characteristics identified above are shared by the Australian Torrens, the German and the English land title registration systems. These systems have been adopted in many parts of the world.

Soon after the Torrens system was first legislated in South Australia in 1858 it spread quickly to the rest of Australia and onward to many other parts of the former British Empire. It has been adopted¹⁵ in:

- many parts of the Asia-Pacific region; including New Zealand, Fiji, Sarawak, Malaysia, Brunei, Vanuatu and Papua-New Guinea,
- Africa; including Kenya, Uganda, Congo, Ivory Coast, Guinea, Senegal, Sudan, Morocco and Tunisia,
- the Caribbean; including Trinidad-Tobago, Jamaica, Dominican Republic and Belize,

¹⁴ Pamela O'Connor, *Registration of Title in England and Australia: A Theoretical and Comparative Analysis*, in 2 MODERN STUDIES IN PROPERTY LAW (Elizabeth Cooke ed. 2003) 81, 84-86.

¹⁵ This study of the spread of the Torrens system builds on the work of S. ROWTON SIMPSON, *LAND LAW AND REGISTRATION* (1976) 77.

- in most parts of Canada; Dominion of Canada, Alberta, British Columbia, Manitoba, and Saskatchewan,
- in some parts of the United States; California, Colorado, Georgia, Massachusetts, Minnesota, Nebraska, New York, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oregon, South Dakota, Virginia and Washington, and
- in Syria.

German styles of land title registration operate in Germany, Austria, Switzerland, Hungary, the Alsace-Lorraine area of France, Poland, Czech Republic, Slovakia, Croatia and Slovenia, South Korea, Taiwan,¹⁶ Illinois¹⁷ and Greece.¹⁸ The People's Republic of China has also adopted a land title registration model that may be characterized as a German system.¹⁹

The English land title registration system has been adopted in England and Wales, Northern Ireland and the Irish Republic, in some parts of Canada, specifically Nova Scotia and Ontario, in some parts of Africa, in Nigeria and Tanzania, and in the Leeward Islands.²⁰

Hong Kong is exploring conversion from an English deeds registration system to a land title registration model.²¹ India is also moving in this direction.²²

¹⁶ *Id.*

¹⁷ SIMPSON *id.* classified the Illinois system as one of the US Torrens systems, however it has also been described to the author as developed in reflection directly on the German system.

¹⁸ E. Eleftheriadou, *Griechenland*, in 3 SACHENRECHT IN EUROPA 7, 51 note 213 (Christian von Bar ed., 2000).

¹⁹ Adopted at the 5th Session of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on the 16th March 2007, taking effect on the 1st October 2007. Promulgated by Order of the President of the People's Republic of China No 62. Accessible in English at www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/general/property-rights-law-of-the-peoples-republic-of-china.html (accessed 21.10.2011). See also MARTIN THÜMMEL, *BODENORDNUNG UND IMMOBILIENRECHT IN DER VOLKSREPUBLIK CHINA* 86-92 (1995); CAO PEI, *REAL ESTATE LAW IN CHINA* 120 (1998); and XIAOYAN BAUMANN, *DAS NEUE CHINESISCHE SACHENRECHT* (2006).

²⁰ SIMPSON *supra* note 16.

²¹ Symposium *Implementation of Title Registration System in Overseas Countries: What Lessons Can Hong Kong Learn?* convened by Dr. Richard Wu, Faculty of Law, University of Hong Kong, 23 September 2011.

²² Rita Sinha, *Moving Towards Clear Land Titles in India: Potential Benefits, A Road-Map and Remaining Challenges*, paper presented at FIG – World Bank Conference, *Land Governance in Support of the Millennium Development Goals*, Washington DC,

It is a simple observation that a very significant proportion of the world's population already lives under a land title registration model in the Torrens, German or English styles.

The remarkable similarity of the basic legal structural characteristics of the land title registration models, outlined above, is explained by the historical convergence of the models into a single international model of land title registration with variations.

GERMAN LEGAL CIRCLES

Within German legal circles, Saxony legislated for a comprehensive land title registration system in 1843.²³ Austria produced an early draft of a law for full land title registration in 1824, taken further in a new law in Hungary in 1855 and in Austria in 1871.²⁴ Ultimately with greater influence, however, was legal development in Prussia from the mortgage book legislation of 1784²⁵ to the comprehensive land title registration legislation of 1872.²⁶

Earlier origins in the development of the Prussian and in turn the modern German land title registration systems have been identified by Buchholz in the system of land title registration employed since the middle ages in the Hanseatic cities of northern Europe.²⁷ Coing also accepted that the law of

9-10 March 2009, available at www.fig.net/pub/fig_wb_2009/papers/country/country_sinha.pdf (accessed 21.10.2011) - Rita Sinha was Secretary of the Department of Land Resources in the Ministry of Rural Development, India.

²³ COING *supra* note 12, vol. II, 230.

²⁴ See *id.*, 231.

²⁵ Allgemeine Hypotheken-Ordnung für die gesammten Königlichen Staaten 1784 [Mortgage-Book Statute 1784], available at <<https://digital.ub.uni-potsdam.de/content/titleinfo/123392>>: CHRISTIAN F. KOCH, ALLGEMEINE HYPOTHEKEN-ORDNUNG FÜR DIE GESAMMTEN KÖNIGLICHEN STAATEN 5 note4 (1856) available at <http://opacplus.bsb-muenchen.de/title/BV007069677/ft/bsb10554304?page=5>. Koch ascribed the first Prussian initiatives in respect of the establishment of a Mortgage Book and cadaster to legislation of 1704: *id.*, 1 note 1 ff.

²⁶ Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten [EEG], 5 May 1872, in Gesetz-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten [G S Pr St] 433–45, and Grundbuch-Ordnung [GBO Prussia], 5 May 1872, in G S Pr St, 446–72.

²⁷ Stephan Buchholz, *Die Quellen des deutschen Immobilienrechts im 19. Jahrhundert* 7 IUS COMMUNE 250, 266–7 (1978). Waldecker also appears to have held the view that the property law of the Hanseatic cities was formative of German law in fundamental respects: LUDWIG WALDECKER, DIE KRIEGSENTEIGNUNG DER BUNDESRAVSVERORDNUNG VOM 24. JUNI 1915 – EIN AUFTAKT ZU KOMMENDEN DINGEN 147 (1919).

Mecklenburg had been highly influential in development of the Prussian land title registration system, which in turn strongly influenced the system embodied in the German Civil Code [*das bürgerliche Gesetzbuch*] and Land Title Register Statute [*die Grundbuchordnung*]:

From the legal principles followed in Mecklenburg and the principles of Prussian law that followed them the real property law and the mortgage law of the German Civil Code of 1900 were developed.²⁸

The laws and administrative approaches developed by the member cities of the Hanseatic league were shared at regular conferences and no doubt in the course of other communications.²⁹ In the Mecklenburg of today, five of the seven largest cities of were formerly Hanseatic cities.³⁰ All of the Hanseatic cities of Mecklenburg apart from Wismar received the Laws of [Hanseatic] Lübeck between 1218 and 1292. Prussia itself had enveloped former Hanseatic cities as it developed:³¹ sixty-two Prussian cities were formerly Hanseatic cities, including Berlin-Cölln.³² Greater research is deserved on the question, however the conclusion is justified that the Hanseatic style of land title registration would have been widespread among these cities if not universal.³³ The pervasiveness of the idea of land title registration on the basis of public books is demonstrated by the almost reflexive approach to its adoption in the course of drafting the German Civil Code: when the work commenced there were four different land title systems applying in different parts of Germany; essentially (i) a Roman law based system, (ii) a French system, (iii) mortgage-book systems, and (iv) full land title registration systems. Land title registration systems were enjoyed by twice as many residents of Germany as the first three combined. In 1875 it was decided to adopt a national land title registration system and the issue was

²⁸ COING, *supra* note 12, vol. II, 233; see also 228, 238, 243.

²⁹ For an overview of Hanseatic domestic laws and administration in the context of Hamburg, see RAFF, *supra* note 14, chp. 2.

³⁰ Rostock, Stralsund, Greifswald, Wismar and Güstrow; the exceptions were Schwerin and Neubrandenburg. Additionally, smaller Mecklenburg cities Anklam, Wolgast and Demmin were formerly Hanseatic cities.

³¹ On the rise of Prussia generally see CHRISTOPHER CLARK, *IRON KINGDOM: THE RISE AND DOWNFALL OF PRUSSIA 1600-1947* (2007).

³² Assessed at the census of 1905. The status of cities as Hanseatic cities has been taken from those listed in 1 *DIE HANSE – LEBENSWIRKLICHKEIT UND MYTHOS* (Jörgen Bracker ed., 1989) 682.

³³ Even the small Hanseatic city of Stade maintained a set of City Books in the usual Hanseatic style, including the registration of estates and interests in land, at least from 1286: ‘Das älteste Stader Stadtbuch’ in Bracker, *id.*, vol 2, 52, 2.11.

not questioned again by a drafting committee or by critics.³⁴ It was not doubted that a unified codification of real property law could be achieved only on the basis of public register books³⁵ and full implementation of registration and publicity principles. This would guarantee legal certainty for land transactions.³⁶ It is thus clear that the Prussian system and German system that followed it were in large measure inspired by the historical system that preceded it. The legislation implementing the German Civil Code passed through both Houses of the German Parliament in 1896. The first legislation establishing a national German land title registration system first took effect on 24 March 1897,³⁷ in advance of the German Civil Code, which took effect on 1st January 1900.³⁸

AUSTRALIAN TORRENS SYSTEM

The reform group that in 1857 and 1858 achieved passage of the first Torrens system legislation through the first elected Parliament of the colony of South Australia was led by an Irish immigrant, Robert Torrens. Torrens had been elected to the Parliament on a platform of reforming the English real property law and deeds conveyancing that applied in the colony, which was considered to give rise to unacceptable levels of fraud and legal expense in conveyancing. Torrens pressed the Real Property Bill through the popular chamber of the Parliament of South Australia, the Legislative Assembly, while another member of the reform group, Anthony Forster, pressed it through the Legislative Council. A less well-known member of the reform group was Dr juris Ulrich Hübbe, formerly a Hamburg property lawyer, who immigrated to Adelaide in 1842 following the large German Lutheran groups that had settled in South Australia. Hübbe's advice was very influential in development of the Torrens reform.³⁹ By this means the reform

³⁴ WERNER SCHUBERT, *DIE ENTSTEHUNG DER VORSCHRIFTEN DES BGBs ÜBER BESITZ UND EIGENTUMSÜBERTRAGUNG* 99 and 118 (1966).

³⁵ 3 DEUTSCHLAND, *MOTIVE ZU DEM ENTWURF EINES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES FÜR DAS DEUTSCHE REICH* 16 (2d. ed., 1896).

³⁶ *Id.* 20.

³⁷ Grundbuchordnung (Land Title Register Statute) 24.3.1897 RGBL. 139 [GBO] current to 18.7.2017.

³⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code) 18.8.1896 RGBL. 195 [BGB] current to 20.7.2017.

³⁹ RAFF, *supra* note 14, chp. 1, and *id.*, *Torrens, Hübbe, Stewardship and the Globalisation of Property Law Systems* 30 ADELAIDE LAW REVIEW 245 (2009); ANTONIO ESPOSITO, *DIE ENTSTEHUNG DES AUSTRALISCHEN GRUNDSTÜCKSREGISTERRECHTS (TORRENSSYSTEM) – EINE REZEPTION HAMBURGER PARTIKULARRECHTS?!* (2005) and *id.*, *A New Look at Anthony Forster's Contribution to Development of the Torrens System*

process received significant input stemming from the Hamburg-Hanseatic land title registration system.⁴⁰

ENGLISH LAND TITLE REGISTRATION

Development of the first English system of land title registration was the subject of a series of parliamentary inquiries in the 19th century,⁴¹ in the course of which the Prussian and other contemporary European models of registration were considered, culminating in the Land Registration Act 1925.⁴² Mr. Cooper's contribution to the 1830 *Second Report by the Commissioners appointed to Inquire into the Law of England respecting Real Property* took a progressive international approach.⁴³ Cooper examined systems then in force in Bavaria, Prussia, Norway, Italy and Sweden, offering translations of Bavarian provisions.⁴⁴ This was an era when comparative law was very much alive. In 1832 Professor Mittermaier admired this comparative work of the British.⁴⁵ This was also the era when the 'continuous

33 *University of Western Australia Law Review* 251 (2007); Horst Lücke, *Ulrich Hübbe and the Torrens System: Hübbe's German Background, his Life in Australia and his Contribution to the Creation of the Torrens System* 30 *Adelaide Law Review* 213 (2009); STANLEY ROBINSON, TRANSFER OF LAND IN VICTORIA Chp. 1 (1978); David St. Leger Kelly, *Huebbe, Ulrich (1805–1892)*, in 4 AUSTRALIAN DICTIONARY OF BIOGRAPHY (Douglas Henry Pike et al. eds., 1972) 1851–1890 D-J. Greg Taylor recently renewed his solitary opposition to recognition of a Hamburg-Hanseatic connection in Greg Taylor, *Cancel that Hamburger (the Torrens System was not German)* 23 AUSTRALIAN PROPERTY L.J. 167 (2015).

⁴⁰ For a detailed account of the Hamburg-Hanseatic land title registration system see EUCHAR SCHALK, EINFÜHRUNG IN DIE GESCHICHTE DES LIEGENSCHAFTSRECHTES DER FREIEN UND HANSESTADT HAMBURG – EINE DARSTELLUNG DES HAMBURGISCHEN GRUNDSTÜCKSRECHTES BIS ZUR REICHSRECHTLICHEN VEREINHEITLICHUNG (1931) and RAFF (2003) *supra* note 14, Chp 2.

⁴¹ For an overview, see 15 WILLIAM HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW 182–192 (1965); RAFF (2003) *supra* note 40, at 47–54.

⁴² Land Registration Act 1925 U.K. Acts 15 Geo. V. Cap. 21 [hereinafter LRA 1925-UK].

⁴³ Great Britain, *Second Report to His Majesty by the Commissioners appointed to Inquire into the Law of England respecting Real Property*, House of Commons, XI British Sessional Papers 18, 19 and 33 (1830).

⁴⁴ *Id.* Appendix V, 440–75.

⁴⁵ Mittermaier, *Englische Verhandlungen über Einführung von Grund- und Hypothekenbüchern* 4 KRITISCHE ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT UND GESETZGEBUNG DES AUSLANDES 235, 237, 258–259 (1832), available at <<http://www.dlib-zs.mpiert.mpg.de/mj/kleioc/0010/exec/series/%222084752-x%22>> I am very grateful to Prof. Horst

and apparent' easements of the rule in *Wheeldon v Burrows* were borrowed from "les servitudes continues et apparentes" of art. 690 of the French Civil Code.⁴⁶ Coing has drawn attention to the interest of European property law reformers generally in comparative approaches to the development of Mortgage Book systems and land title registration.⁴⁷

The Prussian registration system was revisited in the British inquiries by Mr. Ludlow in his contribution to the *First Report of the Registration and Conveyancing Commission* of 1850.⁴⁸ Although Ludlow's analysis was far less complimentary than Cooper's had been,⁴⁹ he nevertheless analyzed the Prussian system in detail, drawing equivalence between the Prussian concept of good faith acquisition and the English equitable doctrine of notice.⁵⁰ The comparative work of Cooper and Ludlow probably contributed to recognition of the distinction between the registration of deeds and the registration of title, which was achieved in the next parliamentary inquiry that followed. A Select Committee of the House of Commons recommended adoption of "... a scheme for the registration of 'Title,' or of 'Legal Ownership,' ..." ⁵¹ rather than registration of deeds and suggested further pursuit of

Lücke for personal communication of this reference. See generally, Lücke *supra* note 40.

⁴⁶ A. W. B. Simpson, *The Rule in Wheeldon v. Burrows and the Code Civile* 83 L.Q.R. 240-247 (1967).

⁴⁷ Coing, *supra* note 12, Chp. 7 generally, and with reference to the British inquiry of 1830, at 230.

⁴⁸ Great Britain, *First Report of the Registration and Conveyancing Commission*, British Sessional Papers, 1850, Vol XXXII, 1.

⁴⁹ Ludlow *id.*, 224.

⁵⁰ *Id.* 226; citing Part I Title X § 7 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 1794 (General Prussian Code). The General Prussian Code is available with excellent introduction and notes in HANS HATTENHAUER & GÜNTHER BERNERT, ALL-GEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREUSSISCHEN STAATEN VON 1794 (2nd edn. 1994). A digitalised version is now available through the website of the Preußischer Kulturbesitz of the Staatsbibliothek zu Berlin at <<http://digital.staatsbibliothek-berlin.de/suche?queryString=PPN646281224>> (accessed 6 April 2018). Electronic text of the General Prussian Code is available at: <<http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR1fuerdiepreussischenStaaten1794teil1.htm>> and <<http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR2fuerdiepreussischenStaaten1794Teil2.htm>> (accessed 6 April 2018).

⁵¹ Great Britain, *Report from the Select Committee on the Registration of Assurances Bill* (House of Commons, 5 August 1853) British Sessional Papers, 1852-53, vol. XXXVI, 397, iii - iv. The report illustrated these concepts with a scheme proposed by Mr W S Cookson for the recording simply of legal title: *id.*, Minutes of Evidence (21 June 1853), 1, Question 6. Mr Cookson's scheme later proved to be most influential.

this idea through the appointment of another inquiry.⁵² In this way the 19th century British inquiries were influenced in a formative way by the Prussian Mortgage Book system.⁵³ The first British legislation to enact registration of land title, in contrast to the registration of deeds, dates from 1862.⁵⁴

The reasons generally advanced for the lack of success of the Land Registry Act 1862 are that registration was not compulsory and the standard that it required for proof of title was too high to be achieved generally by a system based on deeds.⁵⁵ This issue of quality of title was tackled in the Land Transfer Act 1875 by introducing three categories of title: absolute, possessory and qualified title.⁵⁶ The Act did not however make registration compulsory and few titles were registered.⁵⁷ The Land Transfer Act 1897 introduced a power to declare that in specified districts conversion to land title registration would be compulsory when land was sold⁵⁸ and this was done with respect to the County of London.⁵⁹ It also created an indemnity scheme for losses suffered through errors and omissions made in the register and entries procured by fraud or mistake which could not be rectified.⁶⁰

In the course of these reforms, international comparison was taken up again by the ‘pioneer’ of the English land title registration, Charles Fortescue-Brickdale,⁶¹ who preferred the Prussian system over the Torrens system as a source of inspiration:

⁵² A. W. B. SIMPSON, *A HISTORY OF THE LAND LAW* 281 (2d. ed. 1986).

⁵³ Esposito (2005) and (2007) *supra* note 40; Raff (2003) *supra* note 40.

⁵⁴ Land Registry Act 1862 U.K. Acts 25 & 26 Victoria Ch. 53 [hereinafter LRA 1862-UK], also known as ‘Lord Westbury’s Act’: CHARLES FORTESCUE-BRICKDALE & WILLIAM ROBERT SHELDON, *THE LAND TRANSFER ACTS 1875 AND 1897* 129 note* (1899) available at <https://archive.org/details/landtransferacts00fort>.

⁵⁵ CHARLES HARPUM ET AL., *MEGARRY & WADE ON THE LAW OF REAL PROPERTY* 130 note94 (8th ed. 2012) [hereinafter MEGARRY & WADE]. Section 5 of the LRA 1862-UK, *supra* note 55, required that in order for a title to be accepted for registration under the new system, and thus become ‘indefeasible’ it had to appear to be one that a Court of Equity would hold to be a “valid marketable title”.

⁵⁶ Land Transfer Act 1875 ss. 6-10, U.K. Acts 38 & 39 Victoria Ch. 87 [hereinafter LTA 1875-UK]; FORTESCUE-BRICKDALE & SHELDON, *supra* note 55.

⁵⁷ MEGARRY & WADE, *supra* note 56, 130.

⁵⁸ Land Transfer Act s. 20, 1897 U.K. Acts 60 & 61 Victoria Ch. 65 [hereinafter LTA 1897-UK].

⁵⁹ MEGARRY & WADE, *supra* note 56, 130; FORTESCUE-BRICKDALE & SHELDON, *supra* note 55, 50-51, 515-518.

⁶⁰ Ss. 7 and 21 LTA 1897-UK, *supra* note 59.

⁶¹ Charles Fortescue-Brickdale, *Registration of Title in Prussia* 4 L.Q.R. 63 (1888).

The population affected by the system [in Germany and Austria-Hungary] amounts to 95 millions, whereas the population of Australasia ... is only 5½ millions. The general conditions also combine in many ways to render this Central European system the most useful and general model for study and imitation.⁶²

The law underpinning land title registration was consolidated in the Land Registration Act 1925; a crucial element of the great 1925 reforms of English property law.⁶³ Since 1925 the English model has been replacing traditional English common law deeds conveyancing and deed registration systems on a continuing basis. Its more extensive compulsory registration provisions allowed extension of the system area by area.⁶⁴ These areas were progressively extended until December 1990 when all of England and Wales became subject to the process of compulsory conversion to land title registration.⁶⁵

The communication that one would expect, in light of the commentaries referred to above,⁶⁶ between the Prussian and English systems may also be tested by examining three significant aspects of the systems for similarities. When we review:

- (i) modification of the conventional English doctrine of notice and Prussian doctrine of good faith acquisition for the purpose of land title registration,
- (ii) the divisions of the land title register, and

According to Ruoff, Fortescue-Brickdale was “the pioneer of effectual registration of title in [England]”: THEODORE RUOFF, *AN ENGLISHMAN LOOKS AT THE TORRENS SYSTEM* 66 (1957). See also Louis Charlebois, *Creating Land Registration Systems for Developing Countries* (1999) AMICUS CURIAE 8.

⁶² CHARLES FORTESCUE-BRICKDALE, *METHODS OF LAND TRANSFER – EIGHT LECTURES* 129–30 (1914). The text of this paragraph closely follows the first paragraph of Brickdale’s article published in 1888, *supra* note 62.

⁶³ *Supra* note 43.

⁶⁴ Ss. 120–125 LRA 1925-UK, *supra* note 43; MEGARRY & WADE, *supra* note 56, 130.

⁶⁵ MEGARRY & WADE, *supra* note 56, 131. In 2012 it was estimated that around 60% of the land area of England and Wales had been brought under land title registration – the land that remained unregistered was generally rural: *id.* 147 §7-001.

⁶⁶ A more detailed and comprehensive review of the extent to which the three English studies of the Prussian land title registration system, made by (i) Mr. Cooper (1830), *supra* note 44, (ii) Mr. Ludlow (1850), *supra* note 49, and (iii) Mr. Fortescue-Brickdale (1888), *supra* notes 62 and 63, are reflected in the English model of land title registration is unfortunately beyond the scope of this paper and will be the subject of a separate publication.

(iii) instruments that may be noted in the register.

We find that the 19th century English and Prussian land title registration systems reflected each other to a remarkable extent.

In conclusion to this point, we have seen that the German, Australian Torrens and English styles of land title registration share similar origins and became prominent in similar timeframes. We have seen that with respect to the Prussian and English systems the most important English contributor to the emergence of land title registration, Fortescue-Brickdale, recommended that the Prussian system was ideal “for study and imitation.”⁶⁷ This advice added to the observations of Cooper and Ludlow made in the course of the British Parliamentary inquiries. Comparison of three important aspects of the Prussian and English systems, (i) modification of the effects of notice and good faith acquisition, (ii) the physical layout of the register in divisions, and (iii) instruments and notations for notification of unregistered interests, we can conclude that the Prussian and English systems pursued similar solutions. These conclusions suggest strongly that the advice of the important English contributors, such as Fortescue-Brickdale,⁶⁸ resonated in characteristics of the system that emerged. The evidence is thus very persuasive that the English and Prussian systems emerged together and the original historical model behind them, as with the Torrens system was the land title registration system adopted in the Hanseatic cities of northern Europe.

HANSEATIC ORIGINS OF LAND TITLE REGISTRATION

The Hanseatic League was a union of trading cities founded in the 12th century that numbered at various times between 50 and 200 cities in the Baltic and North Sea regions and declined in the 17th century. The reasons for its decline include recognition and growing power of the nation state following 1648 and the increase in Dutch that followed development of the joint stock trading company. At a formal level the league continued until the 19th century, reduced to its three continuing members, Lübeck, Hamburg and Bremen. A defining characteristic of a Hanseatic *free city* was the conferral of special privileges, a very high level of self-government by an elected city council and excision from the feudal hinterland and its laws.⁶⁹ The cities thus made city codes or adopted them from other cities. The

⁶⁷ FORTESCUE-BRICKDALE, see *supra* text accompanying note 63.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Feudal law was compended in the *Sachsenspiegel* [Mirror of the Saxons]: see generally DER SASSEN SPEYGHEL – SACHSENSPIEGEL – RECHT – ALLTAG (Egbert Koolman et al. eds. 2nd edn, 1995).

Laws of Lübeck were a popular source of inspiration and imitation. The port cities also engaged with Roman law earlier than the official reception of Roman law into the German principalities of the Holy Roman Empire in 1495.⁷⁰ With freedom from feudal constraints at a very early stage the Hanseatic cities developed centuries of experience in both pan-continental mercantile trade and relatively autonomous city administration, described by Ebel as the ‘greenhouse of the modern administrative state’.⁷¹ No doubt the success of these developments and the legal infrastructure that supported them was in a large part attributable to the sharing of information that took place within the structure of the Hanseatic League.

The Hanseatic land title systems emerged from public symbolic transactions with land under Saxon law. When writing became current in city administrations these ceremonies were recorded⁷² and later developed into a public judicial procedure, the *Verlassung* [today, *Auflassung*], of which records were made and compiled with a thoroughness and practicality that progressed as administrative methods expanded. These consistently reliable records in the City Books⁷³ were thus accorded a superior evidentiary status and became a more complete description of the contemporaneous estates and proprietary interests in and legal claims to each land parcel as the centuries passed. In Hamburg the earliest surviving legal encapsulation of the basic principles are found in the Hamburg City Code of 1270.⁷⁴ The conveyance of ownership of land by this means served the purpose of identifying the person responsible for the property, as well as entitled to its benefits, such the maintenance of flood dykes on the property.⁷⁵

⁷⁰ § 3 Reichskammergerichtsordnung of 1495. GERHARD KÖBLER, *DEUTSCHE RECHTSGESCHICHTE – EIN SYSTEMATISCHER GRUNDRIS* 155–6 (1990).

⁷¹ WILHELM EBEL, *LÜBISCHES RECHT* (1971), quoted from Antjekathrin Graßmann, *Die städtische Verwaltung*, in Bracker, *supra* note 33, vol. 1, 350, 360.

⁷² Grassmann, *id.*, 355–356.

⁷³ *Das Stadtbuch – liber civitatis – der stat bok.*

⁷⁴ Code of 1270 I.6: “So we sin Erve verkofft, de schall dem andern dat uplaten vor dem Rade, und up deme Huse, ... und scall id *darmede scriven laten in der Stadt Erve-Bock*, ... id en were id also, dat de Man buten Landes were, de wedder dat Gud to rechte sprecken mogte, *unde mogte he dat bewysen, so en hadde he sine Klage nicht verloren.*” Source of text: CHRISTIAN ANDERSON *HAMBURGISCHES PRIVATRECHT* (1787) vol. 1, ‘Die Statuten von den Jahren 1270, 1276, 1292 und 1497’.

⁷⁵ See generally, Judgment of 18 December 1968, German Constitutional Court [BVerfG], Hamburg Dyke Case 22 *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* [NJW] 309 (1969).

The medieval concept of entitlement to land, *die rechte Gewere*, still required discussion by Baumeister in the 19th century.⁷⁶ In medieval times in Hamburg the concept approximated the English concept of *seisin*, as the best right to possession, and was obtained after holding the object for a year and a day.⁷⁷ Schalk considered the concept to be the source of relativity in the German concept of property, and traces of it remain in the idea of *social context*.⁷⁸ This stemmed from relationships with others who held proprietary interests in the same thing, and the right of self-help as a right as well as a responsibility to protect the land. In this sense the public recognition of *Gewere* was an entrusting of the appointed ‘owner’.⁷⁹ Although the reception of Roman Law appeared to have led to a *total* concept of ownership,⁸⁰ in Hamburg this did not bring a right to make use of the thing beyond its relative capacity. Baumeister concluded that in contrast simply to possession, *Gewere* or *Were* meant the right of *peaceful* possession. This right was protected by criminal law that punished those who disturbed the peace of a house even if those in occupation of it did not own it. Related to this was the second concept of *Were* – the factual power over a thing. The same concept applied to one’s relationship to children in *der Were* – that is, in one’s care and custody.⁸¹ Baumeister thus explained that by his day *Gewere* was essentially the concept of possession, and the Roman Law concerned with acquisition of possession applied to it,⁸² in contrast to former times when it had to be assigned in public ceremony [*die Auflassung*]. Baumeister’s view

⁷⁶ HERMANN BAUMEISTER, DAS PRIVATRECHT DER FREIEN UND HANSESTADT HAMBURG vol. 1, 103–105 (1856).

⁷⁷ This was also the case with the *Sachsenspiegel*, *supra* note 70, Book II Art 44.

⁷⁸ Schalk, *supra* note 41, unpublished part of the manuscript of the text, 187–95. Schalk connected this principle to § 153 *Weimar Constitution* of 1919, discussed in text below, ???.

⁷⁹ *Id.*, unpublished manuscript, 190.

⁸⁰ Söllner advanced the view that certainly under ancient Roman law before the Twelve Tables the Roman conception of possession was more analogous to *die Gewährung* or ‘care and custody’ than the total concept generally attributed to Roman law: Alfred Söllner, *Der Erwerb vom Nichtberechtigten in Europäisches Rechtsdenken*, in *GESCHICHTE UND GEGENWART – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* vol I, 363, 369–371 (Norbert Horn ed., 1982). Simshäuser pointed out that in the time of the late republic and classical Roman law private property was considered to be held in a social context: Wilhelm Simshäuser, *Sozialbindungen des spätrepublikanisch-klassischen römischen Privateigentums*, in *id.* 329.

⁸¹ Modern German: *der/das Gewahrsam* – safe keeping, care, control, custody.

⁸² Baumeister, *supra* note 77, vol. 1, 106.

that 'care and custody' related to possession by no means excludes Schalk's view that the responsibilities implicit in it also pervaded ownership, one right of which is possession of the thing.

In Hamburg until 1868⁸³ forms for the ownership of land were classified as Estates.⁸⁴ The concept of *das Erbe*,⁸⁵ as in Saxon law, meant not only a deceased estate as today, but also the tangible object of ownership in land,⁸⁶ and the object of limited proprietary rights over land, as well as the juristically analogous interests such as 'entitlements' and 'public proprietary permissions'.⁸⁷ In Hamburg the different types of Estate were distinguished according to permissible use of the relevant land, such as *Brauerben* [brewery estate], *Backerben* [bakery estate], *Wohnerben* [residential estate], *Buden* [market stalls], *Ställe* [stables], *Mühlen* [mills], *Schmiede* [smith's shops], *Speicher* [warehouses] and so forth.⁸⁸ These classifications were attributed with planning and environmental intentions, such as protection of groundwater and containment of sources of fire.⁸⁹

By the end of the 17th century in Hamburg the system had undergone a legal reform of 1618 and land title administration reforms led by Gerhard Kelpke. Until these reforms, transactions had been recorded in the City Books in chronological order:

1. the Minutes of Real Transactions [*das Verlassungsprotocoll*],

⁸³ In 1868 Hamburg property law was amended in order to align it with the Prussian system that was to emerge in 1872: see text *supra* following note 27. At this point the latest enactment of the Hamburg system was the *Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken für Stadt und Gebiet mit Ausnahme des Amtes Bergedorf* [Hamburg G HypG], 4 December 1868.

⁸⁴ Baumeister, *supra* note 77, vol. 1, 100–2; Schalk, *supra* note 41, 87–93.

⁸⁵ In Middle High German [Mittelhochdeutsch] the noun was feminine – *die Erbe*.

⁸⁶ According to Baumeister, this was the true meaning of *Erb und Eigen* ['estate and interest'] in the City Law of 1270, IX, 11, Art 5, S. I, 17: Baumeister, *supra* note 77, vol. 1, 101 note 11.

⁸⁷ *Gerechtigkeiten* and *Ämter*.

⁸⁸ M. SCHLÜTER, VON DENEN ERBEN IN HAMBURG, ALLEN FREMDEN UND EINHEIMISCHEN EIGENTÜMERN I.1.12.5 (1698); CHRISTIAN ANDERSON, ANLEITUNG FÜR DIEJENIGEN, WELCHE SICH ODER ANDERN IN HAMBURG ODER IN DEM HAMBURGISCHEN GEBIETE GRUNDSTÜCKE ODER DARIN VERSICHERTE GELDER ZUSCHREIBEN LASSEN WOLLEN 25ff (1810); Baumeister, *supra* note 77, vol. 1, 100–1; Schalk, *supra* note 41, 88–93.

⁸⁹ See Raff, *supra* note 14, 86–89

2. the Estates Book [*das Erbebuch* called *das Grundbuch* after 1868], and
3. the Rentcharge Book [*das Rentebuch*].⁹⁰

The reforms in Hamburg introduced individual certificates of title for each parcel of land, compiled in the new Main Book [*Hauptbuch*], which Kelpke first initiated in 1657. It might be that this innovation had already been made in some other Hanseatic cities – Gdansk [Danzig] and Köln are possible contenders in this⁹¹ – and disseminated through communications of the League. The Main Book was originally considered to be an index of the chronological entries it became the starting point for title searches with such reliability that its volumes were directly carried over as the Hamburg land title register [*Grundbuch*] upon establishment of the German federal system at the start of the 20th century.

A fundamental and immanent attribute of a land title registration in the Hamburg-Hanseatic model and its civil law concepts of estates and proprietary interests is that the system is pervaded by a principle of responsibility: first, the responsibility to register estates and interests in order to obtain recognition of them at law and protection of them through public institutions. The registration of estates and interests in land ensured certainty for wider society in transactions with land and thus this civil law responsibility implicit in the concept of real property under a system of title by registration is properly described as a social responsibility. Other aspects of the Hamburg real property system that denoted social responsibility included the civil law classification of estates and related real interests according to planning and environmental considerations and paramount interests in favor of inheritance and rural neighbors. These were manifestations of a deeper underlying civil law maxim of the land title registration model; that its concept of property is implicitly socially embedded and is pervaded by responsibility. This was made clear by Baumeister when discussing another manifestation of the maxim in the Hamburg system; the property law responsibilities to neighbors.⁹² *Responsible proprietorship* was a principle that pervaded the system.

PHILOSOPHY OF PROPERTY AND LAND TITLE REGISTRATION

⁹⁰ Baumeister, *supra* note 77, vol. 1, 198. See also Schalk, *supra* note 41, 41–61.

⁹¹ Clemens Stewing, *Geschichte des Grundbuches* 97 RECHTSPFLEGER 445, 446 (1989).

⁹² ‘Neighbour rights’ – *das Nachbarrecht* – see Baumeister, *supra* note 91, vol. 1, 138.

It can no longer be doubted that the civil law institution of private property is embedded in a social context. A valid proprietary interest is a source of social protection against dealings with the object of property undertaken by third parties who have no connection with the proprietor: the public courts of law will come to the aid of the proprietor whose interests are put at risk. The theoretical question of why within the structures of the civil law the proprietor is able to call for the social protection of his or her interests has a range of answers. In the Belgian and French property law systems a proprietor's interest is owed respect by other members of society, who have no other legal relationship with the proprietor, when the proprietor has made the existence of the interest widely known through a legitimate act of *publicity*.⁹³ In this context it is easy to see that the proprietor has reciprocal responsibilities to society that should be recognized by the civil law. Another aspect of this is the *numerus clausus* or restricted list of proprietary interests that legal systems are prepared to recognize and protect against other members of society who have no other legal relationship with the proprietor.⁹⁴ The legal paradigm of private property is thus socially embedded at the deepest level.

Land title registration may be seen as a form of publicity and thus a factor in the social embeddedness of private property. However, additionally, land title registration brings with it strong positive responsibilities for the proprietor of interests in land within the system. Land title registration achieves significant social benefits: it underpins the security of land markets and financial securities over land by largely correcting the information asymmetry of the owner, who knows everything about the advantages and disadvantages of the land and its title, and those who transact with him or her, who initially at least know next to nothing, thus creating active rather than passive security and introducing a dynamism to transactions in view of their dependability.⁹⁵ At the heart of land title registration is a responsibility to register one's ownership and interests in land. The performance of this responsibility is enforced passively by the system. One who observes the responsibility and registers gains a title to the relevant interest that is ge-

⁹³ Erwin Beysen, *Belgien*, in CHRISTIAN VON BAR, *SACHENRECHT IN EUROPA* vol. 4, 7, 34 (2000) and *id.*, *Frankreich* in *id.*, vol. 4, 177, 201.

⁹⁴ This is found also in Common Law: *Hill v. Tupper* [1861–73] All ER Rep 696. The greater flexibility in Equity for parties to transactions to tailor interests with proprietary qualities should not be exaggerated. Such interests are regarded as proprietary only so far as a compulsive remedy may be awarded to protect them, and then are enforceable only against third parties who have or should have had notice of them.

⁹⁵ See O'Connor, *supra* note 15.

nerally beyond challenge. One who fails to observe the responsibility risks loss of the relevant interest to another who has observed the responsibility to register. The responsibility of registering one's ownership and interests in land is thus a social responsibility that is inherent in the form of property acquired in a land title registration system.

It follows from our historical explorations above that the prototype for the modern German, English and Torrens land title registration systems emerged in legal systems that recognized social and environmental responsibilities with respect to land. We will now consider approaches of legal philosophers in the modern natural law tradition to the responsibilities that pervade property.

Modern natural law emerged in the Enlightenment and underpinned the great liberal revolutions in the United States and France.⁹⁶ Hugo Grotius (1583-1645) was its first and greatest exponent, largely through the influence of his treatise *The Law of War and Peace*.⁹⁷ In the steps of Grotius the natural law tradition moved ever further from justification in divine sources toward secularization.⁹⁸ Many relevant strands of Grotius' work were brought together by Christian Thomasius (1655-1728) in his preface to the first German edition.⁹⁹ Thomasius explained that natural law was no longer a jurisprudence to which positive law should merely correspond but the true source of the civil law itself.¹⁰⁰ It exists in 'the nature of the thing' itself,¹⁰¹ from which it is to be derived through critical reason.¹⁰² In the course of the

⁹⁶ For a brief overview of classical natural law, in contrast to modern natural law, see Raff, *supra* note 14, 122-126.

⁹⁷ Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis* (Walter Schätzel trans. & ed., 1950). This edition is based on the first German edition of 1707 with the famous Preface by Christian Thomasius, which was translated from the Paris edition of 1625. Grotius fled Holland for Hamburg in April 1632 and lived for three years in exile in Germany before his appointment as Swedish Ambassador in Paris. He died in the Hanseatic City of Rostock *en route* to Lübeck.

⁹⁸ MARTIN LIPP, *DIE BEDEUTUNG DES NATURRECHTS FÜR DIE AUSBILDUNG DER ALLGEMEINEN LEHREN DES DEUTSCHEN PRIVATRECHTS* (1980), Berlin, 134.

⁹⁹ Thomasius, *supra*, note 98. Thomasius was the undisputed doyen of the German early Enlightenment: Klaus Luig, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius*, in Horn, *supra* note 81, vol I, 177, 178 (1982).

¹⁰⁰ Thomasius, *supra* note 98, Preface to Grotius § 15.

¹⁰¹ *Id.*, §§ 15 & 40.

¹⁰² Lipp, *supra* note 99, 136.

Enlightenment the conception of *reason* itself changed with transformation in the methods of the natural sciences, mathematics and geometry.¹⁰³ Indeed, Thomasius explained that the method of Grotius' work was modelled on that of the mathematicians.¹⁰⁴ *Sociability* was the first principle of a modern Natural Law so ascertained, from which all deserving the name 'law' could be derived.¹⁰⁵ Although this principle might appear human centred, it does not follow that Grotius had removed nature from the equation. Indeed, nature's status as the source of natural law was emphasized – the mother of natural law is nature herself, and God created nature.¹⁰⁶ Human abilities not otherwise shared in nature, such as speech and reason, are as much a source of enduring responsibility as they are of law. That present generations have natural law responsibilities to future generations is implicit in Thomasius' observation, no doubt shared by Grotius, that citizens and nations prejudice their long term advantage and that of their progeny when for short term gain they breach the civil law and the law of nature.¹⁰⁷

The influence of the natural law theories of Samuel Pufendorf (1632–1694) reached the drafting of the United States Constitution,¹⁰⁸ the Prussian General Code,¹⁰⁹ the German Civil Code and the statements of civil rights found in the Weimar Constitution of 1919 and the post-war Bonn Constitution of 1949.¹¹⁰ Most distinctive among Pufendorf's theories is his articulation of natural law derived from the social responsibilities and duties that humans owe to each other. Pufendorf identified the sources of natural law as nature, revealed in light of human reason, positive law¹¹¹ and divine revelation. As with Grotius, for Pufendorf the social life of humans is the first necessity and thus the legitimacy of a principle of natural law may be tested with human reason beside the highest aim, the continued existence of

¹⁰³ *Id.*, 130–3.

¹⁰⁴ Thomasius, *supra* note 98, Preface to Grotius § 58.

¹⁰⁵ *Id.* §§ 7 and 8; Lipp, *supra* note 99, 141 note 41.

¹⁰⁶ Thomasius, *supra*, § 16.

¹⁰⁷ *Id.*, § 18.

¹⁰⁸ John Wise, the author of works that underlay the Virginian Bill of Rights of 12 June 1776 and thence the US Bill of Rights, described Pufendorf as 'chief guide and spokesman': ALBRECHT RANDELZHOFFER, *DIE PFLICHTENLEHRE BEI SAMUEL VON PUFENDORF* 7–8 (1983).

¹⁰⁹ *General Prussian Code*, *supra* note 51.

¹¹⁰ Randelzhofer, *supra* note 109, 9–10.

¹¹¹ In the sense that the 'practice of nations' in making positive laws reveals an underlying principle.

human society and the citizen's peaceful co-existence within it.¹¹² All other natural law principles, rights and responsibilities may be derived from this fundamental observation, which follows in reason from the essential fact of human vulnerability¹¹³ and the divine command to love one's neighbour.¹¹⁴ These fundamental observations lead to the duty not to cause injury to another.¹¹⁵ Indeed, so far as our own interests are not unduly sacrificed, we are obliged to advance the interests of others,¹¹⁶ to do good deeds for them and to accept with true gratitude those done by them for us.¹¹⁷

For Pufendorf, natural law did not require an institution of private property; it is a human conception devised to maintain peaceful coexistence in society and to deal in an orderly way with the shortage of resources that developed with increasing human population.¹¹⁸ For this reason things over which private property cannot be exercised, such as the light and warmth of the sun, the air, flowing water, the high seas and so forth, remain in nature but not as the common property of humans. Pufendorf's conception of private ownership was:

Ownership is the right by virtue of which someone is entitled to a thing in its totality in such a manner that it cannot simultaneously belong to another. It follows that we may deal with our property at our discretion and exclude all from every use or misuse of it, unless someone has acquired a particular right from us by agreement. Nevertheless, in a governed community it is generally not the case that property is unlimited. More often it is, either through governmental authority or through particular arrangements, provided to humans with particular limitations.¹¹⁹

This is remarkably consonant with the text that emerged in § 903 of the German Civil Code with respect to the powers of the owner of property.

¹¹² SAMUEL PUFENDORF, *ÜBER DIE PFLICHT DES MENSCHEN UND DES BÜRGERNACH DEM GESETZ DER NATUR* (Klaus Luig trans. & ed., 1994) 12–13 (Introduction), 48 (Book 1, Ch. 3, § 9) and 50 (Book 1, Ch. 3, § 13).

¹¹³ *Id.*, 47–8 (Book 1, Ch. 3, § 7).

¹¹⁴ *Id.*, 17–18 (Introduction).

¹¹⁵ *Id.*, 72 (Book 1, Ch. 6, § 2).

¹¹⁶ *Id.*, 82 (Book 1, Ch. 8, § 1).

¹¹⁷ *Id.*, 83–85 (Book 1, Ch. 8, §§ 5–8).

¹¹⁸ *Id.*, 105 (Book 1, Ch. 12, § 2). Denzer, H (1972) *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*. CH Beck, Munich, 153. On this point Pufendorf was in line with Grotius and his contemporaries, in contrast to the view of Locke (1632–1704) that private property is a natural law right: Medick, H (1973) *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 77.

¹¹⁹ Pufendorf (1994), *supra* note 113, 106 (Book 1, Ch. 12, § 3).

The recurrent idea that natural law rights and responsibilities are determined by the ‘nature of the thing’ also appears in Pufendorf’s work as well. Natural law principles are to be recognized by all in nature and thus the “individual duties that natural law imposes on humans are best distinguished by means of the types of objects to which they refer.”¹²⁰ Humans internalize and learn to recognize natural law from birth, in the way they learn their mother languages. Practical examples are found in Pufendorf’s work. For example, whether growth in a thing belongs to the owner of the thing or to the person through whose work and care it has occurred,¹²¹ and the different levels of care required in particular situations,¹²² are to be determined in view of the ‘nature of the thing’ in the light of reason.

Pufendorf identified three principal duties that follow from human introduction of the institution of private property: (i) to allow others to enjoy their property in peace, (ii) to return things that belong to others, and (iii) to make restitution of profits made from property to which one is not entitled. He derived a further seven yet more specific subsidiary principles from the fact of property and its acquisition.¹²³ It is an aspect of the duty to preserve oneself that one may use the property of others in emergency.¹²⁴ These duties found by Pufendorf to stem from property must be understood in light of the more general responsibilities that follow from the human condition and the use of wealth and resources. For Pufendorf it was essential that everyone must learn something, according to ability and position, so that no one will senselessly burden the Earth.¹²⁵ Those who are satisfied to live just on what they have inherited, or what they have found, or to live on the industriousness of others and make no provision for their descendants, were in Pufendorf’s eyes “dust and useless burdens on the Earth.”¹²⁶ It is better to give what we no longer want to someone who can make use of it than to destroy it.¹²⁷

The discretion vested in us with respect to our property¹²⁸ is to be exercised responsibly, like all other human discretions. Humans have free choice of action so far as there is no law requiring them in the situation to act

¹²⁰ *Id.*, 49–50 (Book 1, Ch. 3, §§ 12–13).

¹²¹ *Id.*, 108 (Book 1, Ch. 12, § 7).

¹²² *Id.*, 59 (Book 1, Ch. 6, § 9).

¹²³ *Id.*, 114–15 (Book 1, Ch. 13, §§ 1–10).

¹²⁴ *Id.*, 67–71 (Book 1, Ch. 5, §§ 18–24).

¹²⁵ *Id.*, 59 (Book 1, Ch. 5, § 2).

¹²⁶ *Id.*, 82 (Book 1, Ch. 8, § 2).

¹²⁷ *Id.*, 83 (Book 1, Ch. 8, § 4).

¹²⁸ See text *supra* at note 120.

otherwise,¹²⁹ but this does not mean that they may conduct themselves with unlimited discretion because they are to be good and useful members of human society and because of their duty to God.¹³⁰ Since unbridled and extreme passions lead to the confusion of society and great damage to every individual, everyone must strive so far as possible to keep reins on their emotions.¹³¹ Humans must take responsibility for the consequences of the actions and inactions of which they are the authors.¹³² The most effective law is one that brings an advantage, an incentive, to the person whose freedom of action it seeks to limit.¹³³

Pufendorf's views of human powers over nature are to be understood in this context. The human body has been created in a way that requires external objects for nutrition and for protection:

For these reasons, with certainty, it follows the will of He who alone guides the universe that humans cultivate the other creatures for their own use, even when thereby they destroy many. This applies with respect not only to the plant kingdom and other insensitive objects that are destroyed, but also to innocent animals. Although they die in pain, it is not a sin when humans kill and consume them for their nutrition.¹³⁴

Pufendorf was not referring to the destruction of entire species when he referred to the destruction of many creatures. He was referring to domesticated life forms raised by humans. Even in this respect the tone of Pufendorf's writing suggests a matter-of-fact acceptance of something he otherwise found unpalatable. In the natural law, in any case, God is the highest owner of all things and humans have only a common 'use right' over the things found in Creation. The institution of private property is a human arrangement, at best merely condoned at the higher level.¹³⁵ Pufendorf referred in the harshest terms to those who burden the Earth by taking from it and prejudicing the rights of future generations.¹³⁶ Clearly his respect for nature was very high; in its own right, as the emanation of the divine and as the connecting point between law and the divine. Nature is the seat of natural law. In addition, acknowledgement of the interconnection and interdependence of humans, nature and the universe is implicit in his description

¹²⁹ Pufendorf (1994), *supra* note 113, 42 (Book 1, Ch. 2, § 11).

¹³⁰ *Id.*, 50 (Book 1, Ch. 3, § 13).

¹³¹ *Id.*, 60 (Book 1, Ch. 5, § 3).

¹³² *Id.*, 12–13 (Introduction).

¹³³ *Id.*, 41 (Book 1, Ch. 2, § 8).

¹³⁴ *Id.*, 105 (Book 1, Ch. 12, § 1).

¹³⁵ MALTE DIESSELHORST, ZUM VERMÖGENSRECHTSSYSTEM SAMUEL PUFENDORFS 28 (1976).

¹³⁶ See text *supra* at note 127.

of Creation as a 'mechanism' – nature and the miraculous harmony of the world are proof to Pufendorf of the very existence of God.¹³⁷

The natural law theory of Christian von Wolff (1679–1754) strongly resembles that of Pufendorf, particularly in its system of civil duties. In continuation of the trend initiated by Grotius, Wolff took natural law a step further away from its historical connection to theology¹³⁸ by devising a complex logical system for the derivation of natural law norms from the nature of the world, its natural order and the things in it. When God created the world in one divine act He impressed it with all of its natural laws, physical and moral, and consequently human affairs are to be ordered in harmony with nature. The movements of the human body and soul are governed by laws just as the paths of the planets are.¹³⁹ The method for deriving all natural laws from the nature of the world, including those juristic, is to follow similar rational syllogisms involving investigation of the elements of things and mathematical calculation. One of Wolff's unique innovations was to bring an investigation of the nature and essence of the human situation, the elements of human existence and consciousness into the scientific deduction of the nature and the essence of the things involved in a particular question. In this way Wolff's natural law jurisprudence emerged as a metaphysic. In consequence, one might easily be drawn to focus narrowly on Wolff's metaphysical analysis of the human condition, the soul and powers of self-determination, but ultimately one must return to his basic proposition that when humans organise their affairs in congruence with natural law they stand in harmony with themselves, nature and the totality of Creation.¹⁴⁰ Human powers of self-determination are not to be exercised arbitrarily but toward the perfection of the entire world.¹⁴¹ Through his sophisticated conceptual analysis Wolff justified a jurisprudence of duties and rights that was consistent with the modern natural law philosophy of the Age of Reason, the binding force of which followed ultimately from nature herself.¹⁴² Our duties to others extend to future generations.¹⁴³ One should not waste what is exhaustible.¹⁴⁴

¹³⁷ Pufendorf (1994), *supra* note 113, 51–4 (Book 1, Ch. 4, §§ 2–5).

¹³⁸ BENEDICT WINIGER, *DAS RATIONALE PFLICHTENRECHT CHRISTIAN WOLFFS* 306 (1992).

¹³⁹ *Id.*, 95–6 and 103.

¹⁴⁰ *Id.*, 111, 179, 182.

¹⁴¹ *Id.*, 192–193.

¹⁴² *Id.*, 179.

¹⁴³ *Id.*, 201–202.

¹⁴⁴ Klaus Luig, *Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von*

Wolff conceived rights as the moral capacity to act. Nature does not provide for property, so those with a right of property transact with the *moral capacity* to execute actions made possible by their property.¹⁴⁵ Rights of property serve the duty to oneself at the same time as one's duty to the community.¹⁴⁶ Human powers are not to be exercised arbitrarily,¹⁴⁷ and a *moral capacity* is one that leads to action that is *correct* with respect to the nature and essence of humans and of things.¹⁴⁸ Freedom exists where there is no rule to restrict it. One is free when one exercises one's powers of self-determination in accordance with the rules of reason within nature's order. In other words, every freedom is limited by the constraints of nature. Because nature drives us to pursue our destiny and the perfection of the world, for Wolff there was no contradiction between duty and freedom within the constraints of nature.¹⁴⁹

A natural law built around duties and responsibilities did not find exact reflection in the more pragmatic mirrors offered by the European natural law codifications of the 18th and 19th centuries.¹⁵⁰ Although the duties derived by Pufendorf and Wolff were remarkably consistent with Roman law, that body of law was constructed around rights and rights became the main structural feature of the new codes. With regard to the General Prussian Code of 1794,¹⁵¹ however, the substantive influence of modern natural law and the principle of civil responsibility following from it remained great.

The drafting of the General Prussian Code of 1794 was first initiated in 1714¹⁵² by Friedrich Wilhelm I (1688–1740). The project languished until it was taken up with enthusiasm by his successor Friedrich the Great (1712–1786), who in the style of the Enlightenment was the embodiment of the philosopher-king.¹⁵³ His objectives were to rationalize a myriad of laws

Christian Wolff, in RÖMISCHES RECHT, NATURRECHT, NATIONALES RECHT (Klaus Luig ed., 1998) 259, 261 and 275.

¹⁴⁵ *Id.*, 263.

¹⁴⁶ *Id.*, 274.

¹⁴⁷ Winiger (1992), *supra* note 139, 192–193; Luig (1998), *supra* note 145, 278.

¹⁴⁸ Winiger, *id.*, 206–207.

¹⁴⁹ *Id.*, 286–8.

¹⁵⁰ *Id.*, 293.

¹⁵¹ *General Prussian Code*, *supra* note 51.

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ Friedrich the Great had musical skills as well. A fugue conceived by the king was completed by JS Bach as 'Musikalisches Opfer' (BWV 1079).

applying in different provinces, in order to achieve legal certainty and to enlighten his subjects. Progress was made when Friedrich commissioned Carmer,¹⁵⁴ assisted by Svarez and Klein, to undertake the task. Friedrich was impressed by the French natural law political philosopher Montesquieu¹⁵⁵ but his assistants had been educated by protégés of Christian Wolff.¹⁵⁶ They were also well acquainted with the work of other philosophers of the era, including Hobbes, Locke and Leibniz,¹⁵⁷ just as the works of Grotius and Pufendorf were still influential in France in the 1780s.¹⁵⁸ Friedrich the Great did not live to see the Code completed and the accession of Friedrich Wilhelm II (1744–1797) allowed reactionary forces the opportunity to force a reconsideration of the project. Ultimately this brought only minor changes to the draft Code.¹⁵⁹

Friedrich the Great had directed that the confused sources of law be brought into concordance with so much of Roman Law that would remain relevant under a natural law code, so that it would govern the state like clockwork.¹⁶⁰ The General Prussian Code did not emerge in the precise format of Wolff's philosophy of duties and responsibilities, but rather in a general format resembling the rights approach of Roman law. Many reasons for this have been advanced, including political acceptability¹⁶¹ and the impracticality of codifying the unlimited range of duties that theoretically could be derived according to Wolff's methodology.¹⁶² However, one finds statements of civil duty at important points in the General Prussian Code. Prominently placed in the first paragraph of the General Principles of the Law we find that "... every member of the state is endutied to support the

¹⁵⁴ Johann Heinrich Casimir Graf von Carmer, 1721–1801.

¹⁵⁵ See CHARLES-LOUIS MONTESQUIEU, *THE SPIRIT OF THE LAWS* (1949, originally published in 1748).

¹⁵⁶ Hattenhauer & Bernert, *supra* note 51, Hattenhauer's Introduction at 7–8; Winiger, *supra* note 139, 304.

¹⁵⁷ Klein published discursive works dealing with many related issues: see Ernst Ferdinand Klein, *Freyheit und Eigenthum*, Achtes Gespräch, and Über die Natur der bürgerlichen Gesellschaft, in *id.*, FREYHEIT UND EIGENTHUM 162 and 64 respectively ((1977 facsimile edition, originally published in 1790).

¹⁵⁸ Marcel Thomann, *Revolution der Gesellschaft durch Naturrecht?* in *REVOLUTION, REFORM, RESTAURATION – FORMEN DER VERÄNDERUNG VON RECHT UND GESELLSCHAFT* (Heinz Mohnhaupt ed., special edition of *IUS COMMUNE* no. 37, 1988) 37, 37–8.

¹⁵⁹ Hattenhauer & Bernert, *supra* note 51, 12–19.

¹⁶⁰ *Id.*, 2.

¹⁶¹ *Id.*, 21–2.

¹⁶² Winiger, *supra* note 139, 292 and 300–6.

good and the security of the community according to his rank and capacity.”¹⁶³

The provisions of the General Prussian Code concerning property set out a balance between rights held and wider responsibilities owed. Additionally, private property rights were subject to limitations stemming from the nature of the thing in question. At the most general level, the rights of full ownership were the right to possess, use and surrender the thing.¹⁶⁴ The right to use the thing extended to all advantages *that the thing affords*, but so far as the law did not otherwise provide the owner did not have to account to others for use made of it.¹⁶⁵ On the other hand, no one was to misuse their property to the offence or injury of others; misuse being judged by the nature of it.¹⁶⁶ The state could nevertheless limit the citizen’s private property rights in order to avert considerable damage to others or to the state itself. If the interest in prevention of damage considerably outweighed disadvantage to the owner, the owner was to be indemnified for losses.¹⁶⁷

One might observe that there could be no disadvantage to the owner if the limitation on use of the property prescribed by the state was implicit in the nature of the property itself. This interpretation is confirmed by the paragraphs of the Code that follow the requirement for indemnity. The state could prohibit the destruction of a thing, the conservation of which had a considerable influence on the common good.¹⁶⁸ Statues and heritage could not be destroyed.¹⁶⁹ Buildings that faced streets or public places had to be maintained, and if not the authorities could sell them to ensure it.¹⁷⁰ These principles were also applicable to any urban building destroyed by fire or other misfortune¹⁷¹ and also to other important assets in remoter regions.¹⁷² Bees by their very nature do not respond to human principles of personal property but swarm and join with other swarms in new habitats from which few would dare to remove them in the name of private property alone; so special principles were included for bees.¹⁷³ Similarly, the principles appli-

¹⁶³ *General Prussian Code*, supra note 51, Introduction, § 73.

¹⁶⁴ *Id.*, Title 8, § 9.

¹⁶⁵ *Id.*, Title 8, §§ 12–13.

¹⁶⁶ *Id.*, §§ 27–28.

¹⁶⁷ *Id.*, §§ 29–31.

¹⁶⁸ *Id.*, §§ 33 & 34.

¹⁶⁹ *Id.*, § 35.

¹⁷⁰ *Id.*, §§ 36–57.

¹⁷¹ *Id.*, § 58.

¹⁷² *Id.*, §§ 60 et seq.

¹⁷³ *Id.*, Title 9, §§ 118–126. § 124 provides for change of rights over escaped swarms.

cable to the acquisition of land differed from those applicable to movable property. In order to gain a proprietary right over land a procedure had to be completed before a judge and registered in the Mortgage Book. The registered proprietor was to be regarded as the true proprietor in transactions with third parties.¹⁷⁴ As seen in all of the modern natural law jurisprudence surveyed, the ‘nature of the thing’ was thus determinative of many legal responsibilities and rights attached to property by the General Prussian Code.

The influence of the General Prussian Code is difficult to assess. It appears that after 1814 the Code Napoléon and the French Declaration of Civil Rights became the most influential natural law and liberal legislative models, particularly at the provincial level in Germany when it was decided to pursue rationalization of legal sources through codification.¹⁷⁵ Nevertheless, provisions of the General Prussian Code held great importance in the deliberations of drafting committees of the German Civil Code.

It is widely accepted that the work of the Pandectan scholars in the Roman law group of the Historical School, foremost Savigny (1779-1861) and Windscheid (1817-1892), greatly influenced the first published draft of the German Civil Code. However, the attitudes of Savigny and Windscheid to natural law were complex and sophisticated. In the scholastic tradition Roman law had long been regarded as the written emanation, the *ratio scripta*, of the natural law. Lipp concluded that a substantive distinction between the position of the Historical School and the precepts of natural law is questionable.¹⁷⁶ Savigny connected Roman law to a divine origin of human intellectual development as well as to German legal heritage, objecting to the “hollow abstractions of a *putative* natural law” removed from the needs of a practical world.¹⁷⁷ This was not necessarily an objection to natural law itself. Frequently Savigny asked whether legal phenomena accorded with nature¹⁷⁸ and sought justification in the essence of the thing or issue involved. Indeed, at the heart of his system Savigny found symmetry between the fundamental basis of the institutions of the civil law and that of legal relationships – they all stem from the ‘essence of the matter’.¹⁷⁹ I have examined this connection

¹⁷⁴ General Prussian Code, *supra* note 51, Title 10, §§ 6 & 7.

¹⁷⁵ Barbara Dölemeyer, *Einflüsse von ALR, Code civil und ABGB auf Kodifikationsdiskussionen und -projekte in Deutschland*, 1978 IUS COMMUNE 7, 179.

¹⁷⁶ Lipp, *supra* note 99, 46.

¹⁷⁷ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *SYSTEM DES HEUTIGEN RÖMISCHEN RECHTS* vol. VII, Prologue, vi–viii (1840-1849) (my emphasis).

¹⁷⁸ For example, *id.*, vol. I, Prologue, xx, xxv, xlii, Book I, 29, 31.

¹⁷⁹ *Id.*, Book I, 9–11 – ‘das Wesen der Sache’.

elsewhere and will merely repeat that one cannot conclude Savigny belonged squarely within the natural law tradition, however the work of authors who went before him, including Wolff, clearly formed important departure points for him and their influence may be found in his work.¹⁸⁰

Windscheid's work also resonated important points made by earlier natural law thinkers. Material things serve the satisfaction of human needs and the achievement of human ambitions. The appropriate legal form for this is that form which recognizes the *will* of the relevant individual or individuals to the exclusion of other individuals. If legitimate individual will seizes upon the thing in the totality of its connections, then the relationship to it is designated the right of ownership. However, the natural qualities of some things determine that they are not appropriate objects of exclusive individual human will, such as air, the sea and the coast. The distinction between waters appropriate for private use and those that remain in common use is again determined by nature. Some things in private ownership might nevertheless be dedicated to common use, such as streets, paths and bridges.¹⁸¹ The important test is the totality of the connections of the object of private property.

The right of ownership means for the individual, and according to law, that the relevant thing is his or her own. This means that the owner's will is decisive with respect to the totality of the thing's connections. Thus, the owner may deal with the thing as he or she will and others may deal with the thing only according to the will of the owner. By virtue of the concept of ownership particular powers vest in the owner, such as the power to use the thing and to profit from it. However, ownership is not just the sum of these powers. It is the manifestation of these powers because otherwise, if one of them were absent, the right of ownership might fail and this is not the case. In concept, ownership is thus unlimited but for Windscheid too, ownership has limitations. If a relevant connection of the thing is absent, then the will of the owner is commensurately modified; the connection is not present in the totality upon which the individual's will may legitimately seize. The right remains that of ownership because the individual's will remains decisive for the thing in the totality of those connections that do exist and it justifies "conceivable" powers over the thing:

[The individual] does not cease to be proprietor because the fact remains that he retains a right which, as such, makes his will decisive for the

¹⁸⁰ Helmut Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft* 8 IUS COMMUNE 9, 20–1 (1979); Raff (2003), *supra* note 14, 134–135.

¹⁸¹ BERNHARD WINDSCHEID, *LEHRBUCH DES PANDEKTENRECHTS* vol. I, 1–6, §§ 1–2 (7th edn., 1891, first published in 1862).

thing in the totality of its connections and which is ample justification for any *conceivable* power over the thing.¹⁸²

All of the acts referred to by Windscheid as capable of removing one of the connections of the thing are all legal acts, but the same logic is applicable to facts about the thing that restrict its viable uses as well as to laws that might express or ‘concretize’ such restrictions. The owner retains powers that are “conceivable”, no doubt by the rational or reasonable man in the concrete situation. This is consistent with Windscheid’s frequent return to the nature of the particular thing or land parcel as decisive of relevant rights and powers.¹⁸³ Windscheid grouped the legal limitations of ownership into two – those resting on a general rule of law and those resting on a right acquired by a third party.¹⁸⁴ His exploration of those limitations resting on a law encompassed mainly restrictions arising in view of neighboring land uses. Again, the determinant of the extent of rights and responsibilities was the nature of the relevant land.¹⁸⁵

Inconsiderate implementation of the consequences of the property concept is impossible without creating substantial injustice. No positive law can avoid breaking off this or that aspect of these consequences, so that the proprietor may not in this or that connection deal with the thing or prevent the dealings of another in this or that connection. The legal relations existing in view of such limitation of ownership differ from one individual case to the next.¹⁸⁶

Windscheid thus also saw the powers of the owner as relative to the nature of the thing in question, considered in its context. The social context of the thing thus led to rights and responsibilities in respect of it.

Two further 19th century schools of thought also recognized responsibilities in property, or at least limitations of powers determined by the nature of the property and its context. First was the modernist sociological perspective embracing the influential work of Rudolf von Ihering, in whose book *Der Zweck im Recht* we find this famous passage:

The individual interest of the owner already requires that he make orderly use of his property, which at the same time corresponds to the interests of society. This circumstance alone is the reason why society makes so few demands on private property... It is thus not true that the idea of ownership

¹⁸² *Id.*, vol I, 492, § 167 (my emphasis).

¹⁸³ *Id.*, vol I, 490–3, § 167.

¹⁸⁴ *Id.*, vol I, 493, § 167.

¹⁸⁵ *Id.*, vol I, 497, § 169; 501, § 169.

¹⁸⁶ *Id.*, vol I, 495, § 169.

would lock within itself an absolute power of disposition. Ownership in such a form cannot be tolerated by society and has never been tolerated.¹⁸⁷

Second we have the leader of the Germanist group of the Historical School, Otto von Gierke, who wrote:

When the concept of ownership is considered in isolation it cannot be viewed as an unlimited right of dominion. Only in comparison with the other rights of property can it be described as unlimited. If on the other hand it is to be measured beside the illusion of absolute power, it carries limitations within its very concept today as well. It confers not arbitrary power but power bound by right... The power of the owner to deal with the thing at pleasure is today narrowed through extensive limitations of free consumption, and in part virtually eliminated. Here the continuation of the German legal idea reveals itself – ownership is pervaded by responsibilities.¹⁸⁸

In the *Kreuzberg Monument Decision*¹⁸⁹ the Full Bench of the Superior Administrative Court in Berlin concluded that a regulation, issued to control the height of building in order to preserve the view of the Kreuzberg monument¹⁹⁰ from the city and the view of the city from the monument, was valid although there was no legislative basis for the powers it asserted. The court referred to the constitutional inviolability of private property rights and acknowledged that some public measures ‘for the advantage of a common existence’¹⁹¹ had to be tolerated by citizens as both constitutional and uncompensatable. The court thus acknowledged social responsibility immanent in property.

Particularly in light of the principle discussed, and later cases and literature, the power of the owner in § 903 German Civil Code should be interpreted as a “discretion” not an arbitrary pleasure.¹⁹²

In the 20th century the idea that property inheres responsibilities as well as rights has also found legal expression in constitutional provisions. First, Art. 153 of Germany’s progressive Weimar Constitution of 1919¹⁹³ provi-

¹⁸⁷ RUDOLF VON IHERING, *DER ZWECK IM RECHT* 519 (3rd edn. 1893).

¹⁸⁸ OTTO VON GIERKE, *DEUTSCHES PRIVATRECHT* vol II, 364–5 (1905).

¹⁸⁹ (1882) 9 ProVG 353 reproduced in (1985) 100 DVBl 219.

¹⁹⁰ Constructed to commemorate victory in the war of liberation from Napoleon, *der Freiheitskrieg* [Freedom War].

¹⁹¹ ‘... zum Besten des gemeinen Wesens’.

¹⁹² Explored in depth in Raff (2003), *supra* note 13.

¹⁹³ On the Weimar Constitution see generally GERHARD ANSCHÜTZ, *DIE VERFASSUNG DES DEUTSCHEN REICHS VOM 11. AUGUST 1919 – EIN KOMMENTAR FÜR WISSENSCHAFT UND PRAXIS* (1921). As an example of progressive aspects of the Weimar Constitution, see

ded protection for property, while at the same time, in its third paragraph recognizing responsibilities arising from property:

Property brings responsibilities. Its use shall at the same time be of service to the common good.¹⁹⁴

Thus it was recognized constitutionally that the dynamics of private property operate in a social context.

The recognition in the Weimar Constitution that responsibilities as well as rights are implicit in the concept of property was reproduced into Art 14(2) of Germany's Bonn Constitution of 1949:¹⁹⁵

Property brings responsibilities. Its use shall at the same time serve the common good.

This provision was interpreted with direct relevance to property in land by the German Supreme Court¹⁹⁶ in the *Measures of the Housing Department Case*.¹⁹⁷ The court examined the question of whether emergency housing orders were expropriations requiring compensation. Many of the housing orders had been made after suspension of the Weimar Constitution in 1933 and before the Bonn Constitution took effect in 1949. The court found the protection of property is a principle that transcends positive legal text [übergesetzlich] and thus the orders made in the interim period could be tested against a general abstract principle of protection that also happened to find textual expression in the two constitutions.¹⁹⁸ The court analyzed the natural law property concept in detail, including both its protection and limitations placed upon the object by its social and environmental context, relative to the 'nature of the thing'.¹⁹⁹ It concluded that in the catastrophe of World War II the emergency orders would have been constitutionally

the achievement of women's electoral rights at the Federal level in Article 17. An electronic text of the Weimar Constitution is available at: <<http://www.verfassungen.de/de/de19-33/verf19-i.htm>> (accessed 10.4.2018). The commentary of Anschütz on this article is also very interesting.

¹⁹⁴ "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste."

¹⁹⁵ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1): "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen."

¹⁹⁶ Bundesgerichtshof [BGH].

¹⁹⁷ *Measures of the Housing Department Case* BGHZ 6, 270 (1952).

¹⁹⁸ *Id.*, 275.

¹⁹⁹ *Supra*, 278–80. Note the court's discussion at 278 of the *General Prussian Code*, *supra* note 51.

valid expressions of the concern that socially responsible proprietors would have shown for others and not expropriations, had the orders not suffered other legal defects. This and similar decisions heralded a post World War II renaissance of modern natural law.²⁰⁰ Many commentators see such a firm relationship between private property and the need for the use of it to contribute to the common good that Art 14(2) is superfluous, or an expression of a deeper natural law principle of which Art 14(2) is just one expression.

The responsibility to the common good in Art. 14(2) was first held to include an environmental responsibility in the leading decision of the German Supreme Court in the *Cathedral of Beech Trees Case*.²⁰¹ The court held that the content of the environmental responsibility depended in turn upon the *environmental context* of the relevant property. The plaintiff owned a farm where a centuries old grove of beech and oak trees stood, popularly known in the locality as the Cathedral of Beeches. The trees were first designated for protection in 1925 and thus the owner was prohibited by legislation from felling them. After 1945 the owner sought removal of the trees from the protected list without success. He then sought compensation, arguing that the preservation order amounted to an expropriation of property for which compensation had to be paid. The court found that the natural features and landscape of the land imposed a social responsibility on the owner to preserve the trees, even in the absence of legal regulation, as a reasonable and economically oriented owner of that land, with the common good in mind, would recognize. Therefore, the preservation order was not an expropriation of property – it merely formalized an existing responsibility. A limitation of property rights is acceptable when it expresses inherent limitations of the property which stem from the general nature of its existence. The natural features of property that make it worthy of preservation are an example of such inherent limitations. Legislation or administrative action requiring its preservation is then not an interference with the owner's power of disposition but instead a concrete expression of the responsibility that burdens the property in view of its particular situation.

The limit lies at the point where the conservation merits of the property would appear in the concrete situation to the owner, as a rational economically thinking person, when acquiring it as an economic asset with economic intentions or pursuing such intentions in relation to it.²⁰²

²⁰⁰ See for example, *Socialist Imperial Party Dissolution Case* BVerfGE 2, 1, 12 (1952) and *Economic Planning Case* BVerfGE 4, 7 (1954).

²⁰¹ *Buchendomurteil* (1957) DVBl 861, (1957) DÖV 669.

²⁰² Above n. 201, at (1957) DVBl 861–2.

The court concluded that preservation of the trees lay within the inherent situation of the property. The legal limitation of the plaintiff's use of the land was one of which a rational and reasonable owner with consideration to the particular situation would be mindful.²⁰³ The basic tests, such as the compensation threshold and the relevance of the "rational economically thinking person", have been adjusted in later cases but the basic approach has been applied for the protection of groundwater resources²⁰⁴ and in a civil law context for the protection of threatened species in a created habitat on private land.²⁰⁵

In conclusion on this point, the German Supreme Court expressed the principle of responsibility in the *Acquisition of Heritage Case*:

The content and limitations of property are prescribed in legislation (Art 14.1.2 of the German *Constitution*). Within the framework of legislation each parcel of land is to be denoted by its position and nature, and its location in its environment, that is, its "situation". The owner must take this situation into consideration in the exercise of discretions in view of the social responsibilities of property (Art 14.2 of the German *Constitution*). One particular factual aspect of the situation of the property that can bring social responsibility to prominence is that the land features buildings deserving protection within current conceptions of heritage law or has beneath its surface archaeologically or historically valuable cultural heritage, which could be evaluated as treasures when they are revealed...²⁰⁶

CONCLUSION

Land title registration systems on the Australian Torrens, German and English models have been adopted in many parts of the world. The fundamental similarities between the systems suggest that they are examples of an international model of land title registration. We can anticipate that the international model of land title registration will continue to spread. There are many reasons for this. Foremost, the on-going development and adoption internationally of advanced ICT in the administration of land title

²⁰³ Ibid, 862.

²⁰⁴ Judgment of the German Constitutional Court in the Gravel Extraction Case 1 (Nassaukiesungsbeschluss) 58 BVERFGE 300 (1981) and Gravel Extraction Case 2 14 AGRARRECHT 281 (1984).

²⁰⁵ Decision of the German Supreme Court for Civil Cases Frog Decision (Frösche Urteil) 120 BGHZ 239, 255 (1992).

²⁰⁶ *Acquisition of Heritage Case* (judgment of 17 December 1992) BGHZ 121, 73, 78-80.

registers, and the broader land information cadasters that support them, is a major contributor to this international convergence. The availability and capacities of international ICT influence the design of national legal frameworks intended to support the systems adopted.²⁰⁷ Much of the energy behind these innovations emanates from the surveying profession, which maintains remarkable international networks and regularly convenes dynamic discussions about these developments.²⁰⁸ Organizing information about land around the identity of the land itself, which is the defining feature of the real folio system, appears to be the method of choice when exploiting digital technologies. Utilizing digital technologies and providing a high level of security for international capital markets, real estate markets and land development investments,²⁰⁹ the internationalization of land title registration is a clear example of dynamic international convergence of law.

Land title registration model brings significant advantages in the administration of land and to the certainty and simplicity of private transactions with land title, whether the use of mortgages to secure credit, sale and transfer of title or any of the many private law transactions entered by individuals with respect to assets in land. Land title registration achieves this essentially by recasting the information dissymmetry that has existed between parties to transactions in other land title systems. The legal title holder knows a great deal more about any defects in the quality of the title than other parties to the transaction. Land title registration recasts this information dissymmetry by limiting the range of information that is relevant to the quality of the title, with very limited exception, to that revealed publicly on the land title register. This essential information is publicized and its reliability guaranteed by certifying transactions that are conducted in

²⁰⁷ Stig Enemark, *The Land Management Paradigm for Sustainable Development*, in SUSTAINABILITY AND LAND ADMINISTRATION SYSTEMS (Ian Williamson et al. eds., 2006) 17.

²⁰⁸ *Id.* See generally the website of the International Federation of Surveyors [FIG]: www.fig.net. The rapid spread of Smart-Phone technologies potentially allows village communities to use the GPS in their smart phones to map their holdings and upload the information directly to a central digital cadaster. On the potential of smart-phones in agriculture see, for example: WORLD BANK, ICT IN AGRICULTURE: CONNECTING SMALLHOLDERS TO KNOWLEDGE, NETWORKS, AND INSTITUTIONS (2017) available at https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/27526?CID=AGR_TT_agriculture_EN_EXT.

²⁰⁹ On the importance of secure land title for these economic functions see Peter Limmer, *Property Transactions and Certainty of Title Transfer* 9 EUROPEAN REVIEW OF CONTRACT LAW 387 (2013); *id.*, *Standortvorteil Rechtssicherheit: Vorsorgende Rechtspflege durch Gerichte und Notare*, in RECHT IM WANDEL EUROPÄISCHER UND DEUTSCHER RECHTSPOLITIK 449-459 (Bettina Limperg et al. eds., 2015).

accordance with it and in turn registered so that the new information about the title is then presented to others, facilitating their secure transactions.

Land title registration will continue to extend further internationally, not least because United Nations Capacity Building Guidelines simply assume that land title registration systems will be adopted, the World Bank also prefers land title registration, and the International Monetary Fund [IMF] generally requires that land law reforms be introduced as a facet of structural adjustment, leading to favored consideration of land title registration systems.²¹⁰

Frequently land title registration has been regarded as merely a “bolt-on” recording system that leaves a field of substantive property law substantially untouched. We have seen that has a distinct history and philosophy. It is a system that requires responsibility in the exercise of human powers. The responsibility to register is one element of a broader philosophy of responsibility in the use of resources.

Social responsibility is not static – it is shaped in part by the needs of society which change from time to time. The international community and society at large have identified an urgent need for environmental considerations to be integrated into decision making at all levels.²¹¹ The principle of *responsible proprietorship* at the heart of a system of land title registration should thus juristically embraces also an environmental responsibility in the private law legal powers to deal with such estates and interests.

²¹⁰ A glance through relevant papers presented at the World Bank 17th *Land and Poverty Conference*, ‘Scaling up Responsible Land Governance’ March 14–18 2016, Washington DC, is persuasive in this regard: available at www.worldbank.org/en/events/2015/07/20/land-and-poverty-conference-2016-scaling-up-responsible-land-governance. Otherwise: UN – ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, LAND ADMINISTRATION GUIDELINES – WITH SPECIAL REFERENCE TO COUNTRIES IN TRANSITION ECE/HBP/96 (1996) 15–18; Joanna Slater, *Thailand Sets an Example – Land-Titling Initiatives Lead to Cheaper and Longer-Term Loans*, FAR EASTERN ECONOMIC REVIEW, 9 May 2002 at 40; Frank F.K. Byamugisha, *The Effects of Land Registration on Financial Development and Economic Growth: A Theoretical and Conceptual Framework*, 2240 WORLD BANK POLICY RESEARCH WORKING PAPERS (1999); DAVID LEA, MELANESIAN LAND TENURE IN A CONTEMPORARY AND PHILOSOPHICAL CONTEXT 75 (1997).

²¹¹ Rio Declaration on Environment and Development, *supra* note 5.

LOS BENEFICIOS DEL CATASTRO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Nilton Paredes López

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el uso de las tecnologías de la información en todos los campos del conocimiento y las administraciones gubernamentales, han tenido un desarrollo profundo y elevado; sobre todo cuando se trata de administración de tierras y de la propiedad, realizando un aporte significativo al desarrollo sostenido en cada país.

Ya lo mencionaba Hernando de Soto en el libro “El Misterio del Capital”, en la que elabora una conclusión en su estudio de por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo y su respuesta fue que existe una gran valla que impide al resto del mundo a beneficiarse del capitalismo que es la incapacidad de producir capital y reconoce a la fuente de ese capital a los derechos de propiedad.

En tal sentido el catastro en el registro de la propiedad, hace un aporte muy importante en temas de seguridad jurídica, modernidad y eficiencia, en uno de los registros más importantes el cual es el registro de la propiedad inmueble o de predios, de este uno de sus principales fines es la seguridad en el tráfico inmobiliario cuya esencia es poder conocer con el menor coste y menor tiempo posible los derechos de propiedad y cualesquiera otros derechos reales que puedan estar constituidos sobre un inmueble.

Pero en la historia antigua del registro de la propiedad inmueble, que tiene más de un siglo de existencia, siempre fue un campo de trabajo de los hombres de derecho (abogados, notarios, jueces, etc.) y no de ingenieros o arquitectos u otras especialidades; hoy en día los trabajos de los grupos multidisciplinarios son los que más evolucionan, dando un avance significativo en cualquier institución, la necesidad de brindar mayor seguridad jurídica y corregir errores (duplicidades de inscripción y superposiciones) hacen de que éste registro tenga la necesidad de evolucionar con la ayuda del catastro, ya que en su concepción inicial no se contaba con medios (hardware y software), ni técnicas cartográficas precisas y económicas para

obligar a todos los usuarios a presentar una correcta ubicación de las parcelas que se pretendían inscribir.

II. ANTECEDENTE

2.1 El Registro de la Propiedad

“El registro de la propiedad nace, tal y como hoy lo conocemos, a mediados del siglo XIX para dar respuesta a las exigencias del mercado y del tráfico inmobiliario, el cual se veía restringido por la inseguridad existente en la época, al no poder acudir a ningún mecanismo que eliminara el riesgo en los intercambios, debido a la falta de certeza sobre quien afirmaba ser propietario del inmueble lo fuera realmente y si este se encontraba gravado por alguna carga que pudiera permanecer oculta a los ojos del adquirente”. (Frias, César 2003)

2.2 El Catastro

El catastro en el Perú, España y la mayoría de países nace con una finalidad fiscal (tributaria), teniendo como *objetivo el cobro de la recaudación, recién con la dación de la Ley 28294 tiene de manera oficial un carácter multipropósito “el inventario físico de los predios orientado a un uso multipropósito ... con referencia al titular o titulares del derecho de propiedad del predio ... El catastro comprende información gráfica, con las coordenadas de los vértices de los linderos de predios, en el sistema de referencia geodésica oficial vigente, y un banco de datos alfanuméricos con la información de los derechos registrados”.* (art. 14 de la Ley 28294) (Ministerio de Justicia 2004)

Pero este catastro ha ido evolucionando de tal manera que: *“El catastro ha visto surgir en los últimos años la necesidad de que la información que contiene sea utilizada para otras muchas actividades, tanto públicas como privadas, evolucionando hasta convertirse en lo que es hoy una gran infraestructura de información territorial”.* (Miranda Hita 2003).

Además debemos entender al catastro como un sistema de información geográfica SIG, entendiéndose como tal a *“un sistema de hardware, software, datos y usuarios que permite capturar, almacenar, desplegar, cartografiar, analizar, etc., información geográfica y con ello ayudar a la toma de decisiones”* (Bosque 1997).

2.3 Necesidad de relacionarse

Como bien se mencionó en párrafo anterior, la finalidad del registro es brindar la seguridad jurídica para contribuir al tráfico inmobiliario; pero el registro de propiedad inmueble, se ha visto afectado por problemas de doble

inmatriculación o superposición de áreas, así como la falta de asignación de cargas a las inscripciones efectuadas (por ejemplo inscripciones en zonas de reserva natural protegida, zonas arqueológicas, en concesiones mineras inscritas, etc.), esto como lo hemos visto es consecuencia de la concepción inicial en que no se consideraba el tema de ubicación precisa y exacta de los inmuebles en el espacio.

Y aunque la inscripción de los inmuebles fueron hechos en su gran mayoría con planos adjuntos al expediente de inscripción, éstos solo pasaron a ser un documento más en el archivo físico registral, no teniéndolos en cuenta cuando se realizaban segundos actos o inscripción de colindantes a fin de ver si se superponían o no con otros.

Además era evidente de que el registrador sólo califica los documentos que le son adjuntados al expediente; pero qué pasa con aquellas demarcaciones territoriales que tienen un efecto administrativo sobre los inmuebles y pasan a constituir cargas al inmueble (Parques Naturales, Zonas arqueológicas, franjas marginales, concesiones, etc.), ellas no podían ser vistas por los registradores (abogados) y definir en cuantos metros o hectáreas cuadradas se superponían ni determinar las coordenadas precisas, ni la porción del terreno que se superpone.

Sobre lo dicho se ha escrito que *“Lo que verdaderamente necesita (el registro de la propiedad) es que las fincas (inmuebles), tengan una representación gráfica que permita una perfecta identificación de las mismas, mediante la definición, también gráfica, de sus linderos, de su superficie, y ubicación en el territorio a través de las coordenadas geográficas de cada uno de los puntos que definen su perímetro, para que pueda conocerse de forma indubitada cual es el lugar que las fincas ocupan dentro del territorio y su relación con las demás”* (Frías, Requejón 2003)

Frente a éste contexto hoy en día vemos diversos intentos de relacionar el catastro con el registro de la propiedad inmueble, a través del Código Único Catastro – CUC en el caso peruano *“El registrador de predios verifica a través de la calificación registral, la asignación del código único catastral e inscribe”* (art. 17 de la Ley N° 28294 21-07-2004) (Ministerio de Justicia 2004) y la referencia catastral en el caso español *“La referencia catastral de los bienes inmuebles deberá figurar en los instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas y en los ...Asimismo, se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos”* (art. 38 de Real decreto Legislativo 1/2004) (Ministerio de Hacienda 2004)

2.4 Problemas existentes

Existe hoy en día diversos problemas entre los cuales, el de mayor discusión es que las unidades inmobiliarias son distintas en ambos organismos, ya que por ejemplo en un solo predio registral (hacienda, predio, fundo, parcela, etc.), pueden coincidir o tener varias unidades catastrales, entendiéndose como unidad catastral a aquel que tiene independencia física susceptible de ser independizada e inscrita en el registro de la propiedad (casas, terrenos, tiendas comerciales, parques, etc.).

Otro ejemplo es la aprobación de una habilitación urbana compuesta por lotes, vías, parques y demás áreas de aporte, de unos propietarios que aunque viven en la zona, con casas de distinta configuración a la habilitación que se pretenden inscribir, desean remodelar y llegar a la formalidad, este proyecto de habilitación urbana llega al registro de la propiedad, mediante la aprobación urbanística de la municipalidad competente, colegio de ingenieros y demás organismos, con lo cual se inscribe dando nacimiento a nuevas partidas registrales, por cada uno de los lotes y áreas de aporte. Esto en el catastro no puede existir ya que el catastro se basa en la realidad física de los inmuebles para su levantamiento catastral, por cuanto el registro de la propiedad tendrá una configuración de inmuebles distinta a la del catastro.

Un caso especial es cuando el predio inscrito aparece como un solo inmueble pero al transcurrir de los años se ha configurado un gran número de viviendas en todo su ámbito, mientras que los propietarios originales no regularicen su situación en el registro de la propiedad (petición de parte), éste permanece tal cual se inscribió (el registro no es obligatorio en Perú y en muchos países), pero en el catastro son tantas unidades catastrales como inmuebles exista.

2.5 Situación actual del catastro y el registro de la propiedad en Europa y América Latina

2.5.1 Caso de Europa

Existen países en Europa en que el catastro y el Registro de la Propiedad son una única institución desde hace más de 20 años y 11 los países en que se han unificado el catastro y el registro de la propiedad, de los cuales 3 de ellos aún están en proceso y otros tienen planes de fusión, pero en la mayoría de los casos estos comparten una misma base de datos, con lo que vemos *“la necesidad del registro de la propiedad de disponer de una base cartográfica como elemento imprescindible para reforzar su actividad registral”* (Durán Boo, Velasco Martín-Varés 2007).

Podemos afirmar entonces, que en la Unión Europea existe una tendencia muy fuerte a que el registro de la propiedad y el catastro trabajen como una sola institución, debido a la necesidad antes mencionada.

2.5.1 Caso América Latina

Existen varias formas de la administración del catastro y el registro de la propiedad, entre ellos se encuentran: *“El que mantiene a catastros y registro, trabajando en paralelo, como lo hace Guatemala, Nicaragua y Panamá; y el que implanta procesos orientados a estrechar los lazos de ambas instituciones, como Honduras, Costa Rica y El Salvador”* (Erba 2008)

También se tiene aquellos que tienen proyectos para relacionar la información como Paraguay con el PROCAR (Programa de Catastro Registral) y en el caso de Colombia con el proyecto ICARE (Integración de Catastro y Registro)

En los países de Argentina, Brasil, México y Venezuela, tienen instituciones que establecen pautas a nivel nacional, pero al ser países federales, tienen la potestad de emitir normas catastrales en cada uno de sus estados. Para el caso de México se muestran los siguientes ejemplos: Ley de Catastro del Estado de Aguas Calientes, Ley Catastral y Registral del Estado de Sonora, Ley del Catastro del Estado de México; por cuanto la realidad es por estados y no por país.

En cuanto a Ecuador, Bolivia, Chile y Uruguay no existe una relación directa entre el catastro y el registro de la propiedad.

2.5.3 El Catastro en el Perú

En el Perú se tienen diversas entidades que realizan catastro según sus necesidades (Catastro Rural, Urbano, Minero, etc.), debido a las normas legales que las crean y diversidad de instituciones que nacieron con fines específicos (COFOPRI, PTRT3, INGEMET, etc.), lo que en muchos casos han traído como consecuencia el doble esfuerzo de tiempo y recursos para un mismo fin. A continuación se ha hecho una clasificación del catastro en base a los siguientes aspectos:

Catastro Registral o Jurídico

El Catastro Registral, Jurídico o el “Catastro del Registro de Predios” como se le conoce en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, organismo dependiente del Ministerio de Justicia, creado por la Ley N° 26366.

La SUNARP en el año 2003 incorporo en todas sus oficinas a nivel nacional, áreas de catastro, con el fin de calificación de expedientes técnicos y construcción de una Base Gráfica Registral que sirvieran para los fines de seguridad jurídica.

Ya en su libro “El Catastro en Latinoamérica y el Caribe” Diego Erba nos decía lo siguiente:

“El catastro registral comprende el catastro jurídico de los predios inscritos en los ámbitos rural, urbano o minero, las áreas correspondientes a las restricciones que obran sobre las parcelas como: áreas naturales protegidas, áreas de patrimonio cultural, centros históricos, parques nacionales, zonas arqueológicas, ríos (restricción respecto a las fajas marginales), entre otras.” (Erba 2008)

A continuación se puede apreciar el catastro registral y el uso de la información vectorial y raster; su base cartográfica es construida en base a la cartografía de otras instituciones (principalmente entidades generadoras de catastro) y sobre ella se adicionan los inmuebles inscritos. En la imagen vemos que los linderos de los inmuebles inscritos coinciden, con los linderos vistos en la ortofoto, ya que este catastro trata de tender a que la realidad física, coincida con la realidad jurídica.

Imagen 1: Catastro Registral



Fuente: Catastro de la Zona Registral N° X – Sede Cusco

También, se tiene la Ley 28294 Ley que Crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el registro de Predios, por cuanto existe una norma con rango de Ley para que el Catastro

generado por las entidades generadoras de catastro (municipalidades, COFOPRI, INACC, etc.), y el Registro de Propiedad se vinculen mediante el Código Único Catastral, con el fin también de regular la integración y unificación de estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro del país.

III. BENEFICIOS

El Catastro le puede dar al registro algo que no puede verse a simple vista, ni leyendo el título archivado, los expedientes materia de inscripción, ni las normas registrales y es que el catastro maneja una fuente de información territorial que las cruza con las inscripciones dando un panorama global y la situación territorial y las posibles afectaciones del predio materia de análisis con realidades extraregistrales (río, zonas arqueológicas, zonas de riesgo, delimitación de centros históricos, zonas de playa, concesiones mineras, áreas naturales protegidas, etc.), pero que son necesarias conocer y tener en cuenta cuando se inscribe o modifica un bien inmueble (rectificaciones de área).

Por otro lado el uso del mosaico de predios inscritos sirve para proteger las inscripciones ya efectuadas con otras que se pretenda inscribir, por cuanto una inscripción de un inmueble no debe afectar a otro (por superposición o duplicidad), por cuanto está demostrado que el catastro evita de manera eficiente que siga existiendo superposición de inmuebles inscritos o duplicidades de inscripción.

Además es un medio efectivo de la publicidad registral, debido a que el comprador antes de hacer efectiva la compra de un terreno, puede acudir al registro y por medio de una búsqueda catastral puede saber si el inmueble que pretende inscribir está siendo afectado por ejemplo con un área natural protegida, de tal manera que él puede ser consiente que si compra el terreno al ser un área natural protegida no le será posible construir ya que la norma no permite que pierda su condición natural (sin construcciones).

IV. RESULTADOS DEL BENEFICIO

4.1 Veracidad y fuentes de datos

Los casos presentados en el presente documento son reales, para los cuales se ha tomado como referencia al Registro de la Propiedad del Perú:

- Base gráfica – alfanumérica de la Zona Registral N° X – Sede Cusco.
- Normatividad vigente.

- Partidas registrales inscritas.

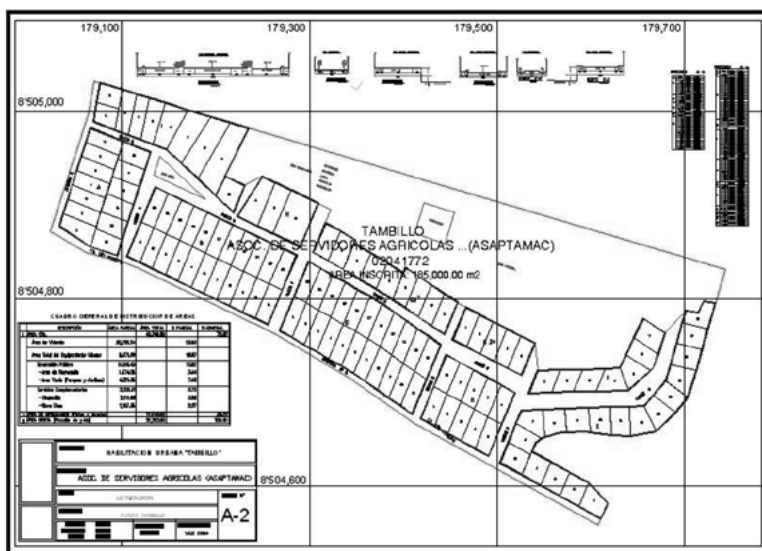
4.2 Descripción de los análisis efectuados

Los análisis presentados son elaborados en base a los trabajos efectuados en la Zona Registral N° X – Sede Cusco (Registro de Propiedad del Perú), donde se pretende analizar la necesidad de un trabajo técnico en base al catastro.

4.2.1 Habitación urbana en zona arqueológica

Una asociación de servidores agrícolas con un terreno inscrito en la partida 02041772 solicitó al registro de la propiedad la inscripción de su habitación urbana, denominada “Tambillo”. En el análisis registral se verifica el derecho inscrito y los requisitos pertinentes, presentándose el plano respectivo como el siguiente:

Imagen 2: Plano de Habitación Urbana de Tambillo



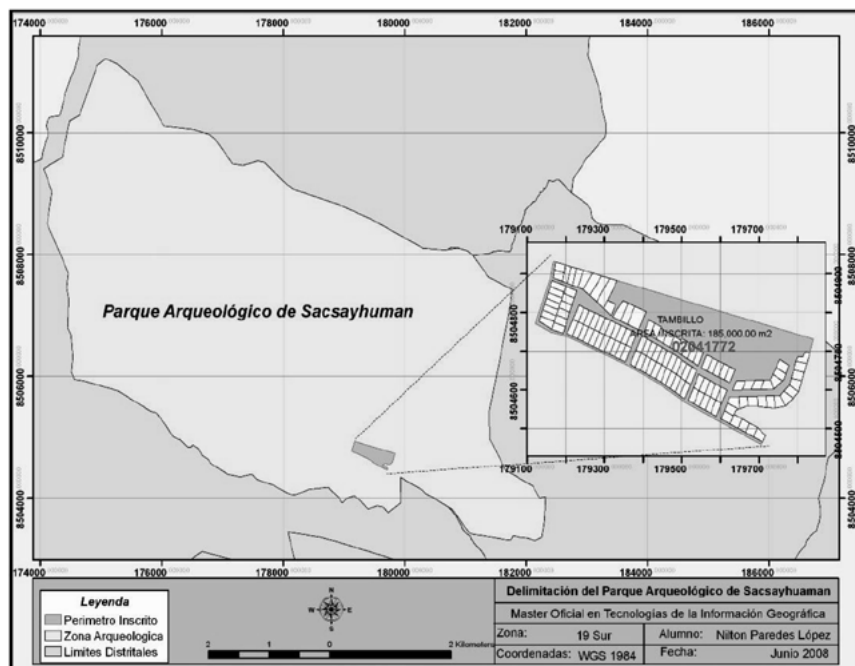
Fuente: Elaboración propia

La inscripción se efectúa debido a que el análisis registral sólo toma en cuenta los requisitos legales y el análisis de los antecedentes registrales mediante una consulta a una base alfanumérica, pero en el análisis catastral se encuentra lo que se verifica en el siguiente plano:

Lo que no se encuentra en el expediente ni en los planos presentados, ni en la base de datos alfanumérica es que dicho terreno se encuentra dentro del Parque Arqueológico de Sacsayhuaman y según el art. 4 de la Norma

GH. 010, capítulo I del Reglamento de edificaciones, “*Las habilitaciones urbanas podrán ejecutarse en todo el territorio nacional, con excepción de las zonas identificadas como: a) De interés arqueológico, histórico y patrimonio cultural*” (Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción 2006).

Imagen 3: Ubicación de la habitación urbana en la base gráfica catastral



Fuente: Catastro de la Zona Registral N° X – Sede Cusco

Otro aspecto que escapa a la calificación registral es que debido a que el registro en el Perú es potestativo, no todas las zonas arqueológicas o de reserva natural protegida, se encuentran inscritas, existiendo muchas aún en proceso de inscripción; pero éste hecho no enerva su condición de ser considerados patrimonio cultural de la nación; y éstos no puede ser detectado al consultar únicamente el sistema alfanumérico de los inmuebles inscritos.

Para el catastro, esto no pasa por alto ya que utiliza una base gráfica donde se encuentra los datos catastrales de los inmuebles inscritos y todo aquello que repercute en el tráfico inmobiliario como las áreas naturales protegidas, las concesiones mineras, ríos, delimitación de los centros históricos, parques arqueológicos, vías, etc.

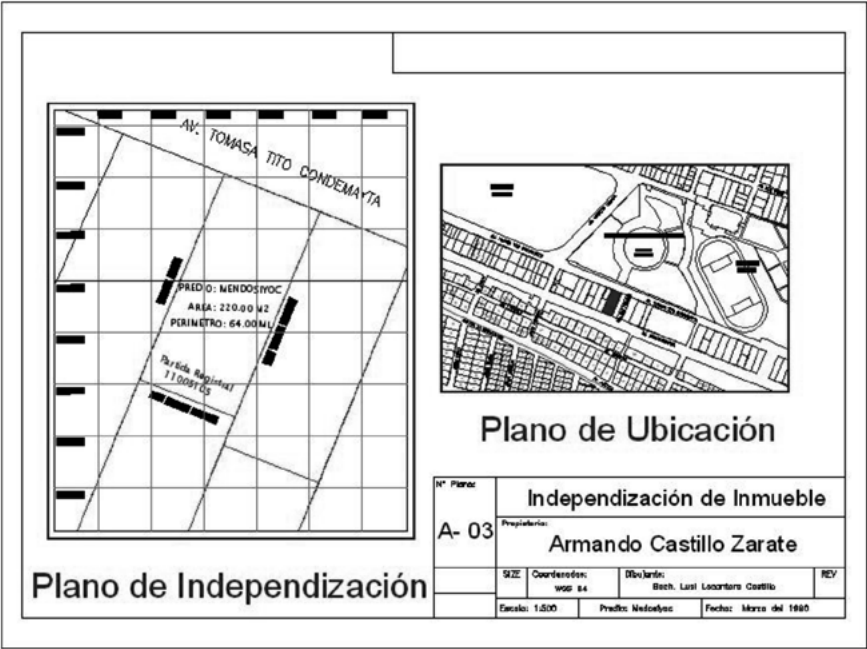
Y como vemos en el gráfico anterior, dicha habitación urbana se encuentra dentro del área del Parque Arqueológico de Sacsayhuamán y en base a la norma antes mencionada, ésta no debería estar inscrita.

4.2.2 Duplicidad de Inscripción

Al fallecer el propietario de un inmueble de 940.00 m2, los 4 hijos forman la Sucesión Mendoza Torres y deciden independizar y vender el inmueble en 4 partes, dos de ellas de 250.00 m2 y las otras dos de 220.00 m2. Los expedientes de independización y venta se presentan e inscriben en el registro de la propiedad, conforme van siendo vendidos los terrenos. A continuación se presentan un plano tipo para efectuar la independización mencionada:

Conforme se puede ver en el plano siguiente, fue elaborado en base a coordenadas, una ubicación general y nombre de colindantes en su mayoría de casos era Suc. Mendoza Torres, ya que el predio se había dividido en 4 y en cada documento se le coloca un nombre a cada predio (hecho habitual en Cusco y otras partes del país). La calificación registral verifica el derecho de los propietarios, que estaban en correcto orden, así como los demás requisitos.

Imagen 4: Plano de Ubicación e Independización de un inmueble de 250.00 m2 en coordenadas UTM



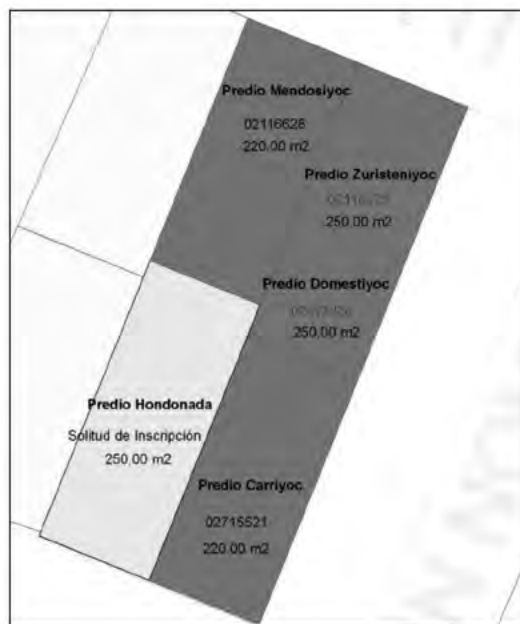
Fuente: Elaboración propia

En la partida matriz se van mencionado las áreas remanentes conforme se van presentando las independizaciones, la primera área a independizar fue de 250.00 m2 con lo que, en una anotación especial se menciona que el predio matriz queda reducido a 690.00 m2 y así sucesivamente hasta que el área remanente llega a cero con la cuarta inscripción.

Luego de ello se presenta una quinta solicitud de independización por un nuevo propietario que adquiere la propiedad a través de la mencionada sucesión, a lo que la calificación registral le menciona que no es procedente realizar la inscripción ya que toda el área que pertenecía a la sucesión ya estaba inscrita y cada uno de los 4 inmuebles tenía propietario nuevo, evidentemente este hecho ocasionó al propietario de dicho inmueble una gran sorpresa, indignación, gastos y pérdida de tiempo.

Lo que no ocurrió en la calificación registral fue la elaboración de una cartografía catastral que ubicara los inmuebles conforme se iban inscribiendo; en el análisis catastral se ubicó los inmuebles en la cartografía en base a los planos que tenían coordenadas, empezando por la matriz hasta cada uno de los inmuebles independizados conforme se ve en el siguiente gráfico:

Imagen 5: Ubicación de los inmuebles



Fuente: Catastro de la Zona Registral N° X – Sede Cusco

El color azul indica los inmuebles inscritos y el color marrón claro señala el inmueble al que le fue negada la inscripción por el registro de la propiedad; pero conforme se aprecia el predio denominado Zuresteniyoc y el predio Domestiyoc, se encontraban en la misma posición ambos ya inscritos, con lo cual se determinó que existía duplicidad de inscripción entre éstos dos inmuebles; y el inmueble al que le fue negada su inscripción tenía total derecho a inscribir (los nombres de predios y otros no son verdaderos a fin de no vulnerar datos confidenciales).

4.2.3 Inscripción en Faja Marginal

Cuando se han realizado diversas inscripciones en el registro de la propiedad, los planos adjuntos presentaban poco o nada, la realidad que rodea al inmueble en cuestión, es así que se encuentran inscritos diversos inmuebles, donde los planos no presentaban, o se presentaban distorsionados los ríos circundantes, éste hecho era imposible de ver en el momento de la calificación registral. Un ejemplo de esto son los inmuebles inscrito dentro de las fajas marginales ya que según la normativa se menciona en el art. 1 del Decreto Supremo 12-94-AG los siguiente: *“Declárese áreas intangibles los cauces, riberas y fajas marginales de los ríos, arroyos, lagos, lagunas y vasos de almacenamiento; quedando prohibido su uso para fines agrícolas y asentamiento humano”* (Ministerio de Agricultura 1994).

En la siguiente imagen del catastro registral, podemos ver lo anteriormente mencionado:

Imagen 6: Habilitación Urbana de la Asoc. Vivienda Santa Lucila al borde del río



Fuente: Catastro de la Zona registral N° X – Sede Cusco

En este caso como en los anteriores, lo que no puede ver la calificación registral son aquellas cosas que de una u otra manera limitan o se configuran con cargas en los inmuebles; vemos el caso de la habilitación urbana de Santa Lucía (límite de línea roja) que colinda con el río Huatanay (línea color cyan), cuando esto por norma está prohibido, en este caso se debió dejar libre una faja marginal, de al menos 10 metros.

4.2.4 Superposición de Inmuebles

Los casos de superposición, son en realidad, los más frecuentes que las duplicidades de inscripción, pero la detección de éste hecho es más difícil, ya que para determinar las afectaciones (área y límites superpuestos) se debe realizar un trabajo técnico de mucha precisión por cuanto estos suelen finalizar en instancias judiciales.

Para este caso se presenta dos habilitaciones urbanas inscritas en diferentes tiempos cuyos planos se pueden ver a continuación:

Imagen 7: Habilitación Urbana de la A.P.V. La Pradera



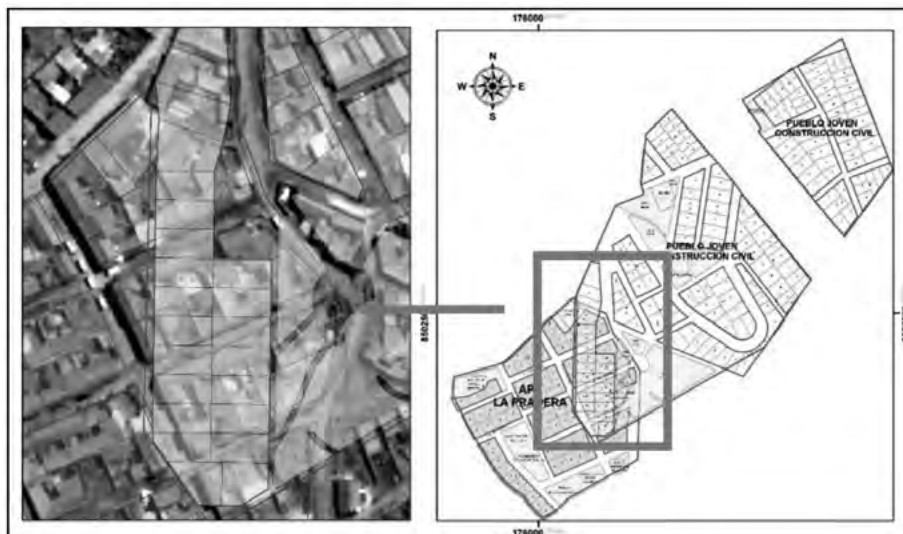
Fuente: Catastro de la Zona registral N° X
– Sede Cusco

Imagen 8: Pueblo Joven Construcción Civil



Fuente: Catastro de la Zona registral
N° X – Sede Cusco

Revisando los expedientes de manera individual como ocurre en una calificación registral, no se puede detectar si el predio se superpone a otro ya inscrito, o si su configuración es acorde con la realidad física, este hecho solo se puede analizar con el catastro, ya que entre otras cosas, también utiliza las ortofotos, o imágenes satelitales, como se presenta en el siguiente plano:

Imagen 09: Superposición de las dos habilitaciones urbanas

Fuente: Catastro de la Zona registral N° X – Sede Cusco

Como se aprecia ambas habilitaciones urbanas se encuentran superpuestas, también se aprecia que en el lugar de la superposición la configuración urbanística, no es igual y con la ayuda de una ortofoto se puede determinar en el lugar de la superposición, quien hace ocupación adecuada del suelo, siendo en este caso los lotes de color azul, mientras que en los lotes de color amarillo, la disposición no se encuentra distribuido de acuerdo a lo que existe físicamente.

4.2.5 Búsqueda Catastral

Las búsqueda como en todo sistema alfanumérico puede ser rápido y eficiente, si se consulta el código exacto de lo que se busca, o si las inscripciones efectuadas, tienen bien ingresados los datos de dirección del inmueble; el sistema alfanumérico no puede determinar ante la pregunta de un usuario si se encuentra inscrito un área de terreno en un sitio rústico, rural (donde no hay dirección, ni se sabe quien es el propietario) o con un dato de ubicación antiguo, o tal vez un perímetro donde estén comprendidas 4 manzanas o más.

Para ello una base catastral se presenta como la mejor opción de búsqueda, con la versatilidad de salidas de información en planos temáticos o por medio de reportes que nos pueden llevar a realizar de un trabajo tedioso,

a un trabajo simple, ágil y eficiente. Con el uso de la cartografía que contienen, accidentes geográficos como los ríos, lagunas, quebradas, nevados, carreteras, coordenadas, etc., y las imágenes satelitales u ortofotos, donde además sobre todo ello, aparecen los inmuebles inscritos, podemos determinar fácilmente si existe una o varias inscripciones, teniendo en cuenta que la publicidad registral es uno de los pilares del registro de la propiedad.

4.2.6 Análisis de los tipos de catastro

Como se ha podido comprender en el punto 2.4. (problemas existentes), el registro de la propiedad inmueble es un registro de derechos, con lo cual es posible que se inscriba algo que todavía no existe físicamente pero si jurídica o administrativamente (inscripción de un proyecto de habilitación urbana, licencia de construcción e independización o inscripción de aires), donde el inmueble tiene una configuración distinta a la parcela o unidad catastral ya que esta última es un fiel reflejo de lo que existe en la realidad tangible (datos tomados de campo), por cuanto el catastro tradicional, no se ajusta a los inmuebles en el registro de la propiedad.

En el caso del catastro con fines jurídicos, cuyo fin es la inscripción en el registro de la propiedad, mediante saneamiento físico legal de los inmuebles, se ajusta más a lo necesitado por el registro de la propiedad ya que éste, hace coincidir la realidad física con la realidad jurídica, mediante técnicas de remodelación o es más fácil aun cuando hace levantamiento de zonas que no se encuentran inscritas, con lo cual el catastro físico es entregado al registro para su inscripción, siendo la realidad física y jurídica la misma.

Pero en el caso de estos catastro de tipo jurídico tienen la desventaja de no ser una sola institución la encargada de levantar información; cada institución hace su propio catastro como en el caso de COFOPRI e INGEMMET, si bien es cierto COFOPRI se encarga del catastro urbano y rural, éste no trabaja en todo el territorio de la nación, sino únicamente, en aquellas zonas consideradas como asentamientos humanos y demás posesiones u ocupaciones informales, ya que en los principales centros poblados de cada departamento del país, los municipios son los que realizan sus propios catastros.

Esto conlleva a reconocer que ante la diversidad de instituciones que realizan catastro, con diversos fines y metodologías, el registro de la propiedad necesita un catastro que englobe toda la información territorial posible ya que las peticiones de inscripciones también llegan al registro por medio de los propietarios particulares, que necesitan realizar alguna inscripción.

Para el registro de la propiedad es muy útil un catastro actualizado como lo debería ser cualquier catastro, pero además es necesario el catastro de todos los inmuebles inscritos (desde la primera inscripción hasta la última, así éstos no hayan sufrido modificación registral desde hace muchos años), con el fin de tener completo, todo el catastro jurídico, sea ésta o no, la realidad física, ya que ante un conflicto de tierras, prima ante los juzgados el derecho inscrito; de no ser así se correría el riesgo de certificar que un inmueble no esta inscrito cuando en realidad si lo está.

4.3 Descripción e interpretación de los resultados obtenidos

Como se ha podido ver a través del presente documento, el catastro se convierte en una necesidad primordial para los fines del registro de la propiedad inmueble, debido a que en ella se contempla muchas circunstancias especiales que no pueden ser vistas fácilmente por un sistema alfanumérico o por miles de expedientes aun en formato papel, además que el catastro también contienen muchos aspectos de información territorial (ríos, áreas de patrimonio, reservas naturales protegidas, vías, etc.), que son necesarios para definir circunstancias especiales que se definen con cargas o limitaciones que debe saberse en el tráfico jurídico.

También se ha podido comprobar que:

- Ninguno de los catastros antes mencionados, nos da el inventario espacial de todos los inmuebles inscritos desde el nacimiento del registro de la propiedad.
- No existe una única institución que realice el levantamiento catastral a nivel nacional en el Perú, pero si una norma general La Ley 28294 Ley del Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios (Ley 28294), cuya meta es “Al año 2021, el Perú debe contar con un Sistema Único Nacional de Información Catastral Integrado y en Operación” (Gisell Alviteres, 2011)

Por cuanto es de entenderse que sólo el catastro registral es el más idóneo para el registro de la propiedad, por sus múltiples beneficios, considerando que siempre debe tenderse a que los inmuebles que se registran deben ser acordes con la realidad física.

Siendo uno de los pilares del registro de la propiedad, la seguridad jurídica, es indudable como lo hemos podido ver que el beneficio del catastro dentro del Registro de la Propiedad, puede brindar una mayor seguridad, mediante la delimitación espacial de los inmuebles, las coordenadas de cada uno de sus vértices, la delimitación real de sus linderos y su relación con otros inmuebles inscritos o las cargas antes mencionadas, lo que hace que,

en el registro de la propiedad tengan certidumbre de los inmuebles que en ella se encuentran inscritos.

“Solo la certeza sobre la propiedad de los inmuebles y la libertad de las cargas constituidas sobre los mismos permite el desarrollo del crédito territorial. Solamente la seguridad de que quien constituye la hipoteca es el dueño de la finca que la soporta y que está es el gravamen preferente sobre la misma, permite a las entidades de crédito conceder préstamos hipotecarios a los intereses más bajos que los ordinarios, por que descuenta el riesgo, lo que facilita el acceso al crédito de un mayor número de personas, lo que a su vez produce un mayor desarrollo del mercado, un mayor progreso en definitiva.” (Frías, Requejón 2003)

V. DISCUSIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS

5.1. Conclusiones

Como se ha argumentado, el catastro en el Registro de la Propiedad es necesario desarrollarlo, ya que la delimitación de los inmuebles sobre una base cartográfica define y distingue de manera exclusiva y excluyente, la extensión objetiva del derecho del propietario, sobre cada inmueble, de esta manera no habrá duplicidades, superposiciones y cada inmueble inscrito, tendrá sus cargas respectivas.

Existe una fuerte tendencia a que el catastro sea incluido en el registro de la propiedad, tanto en Europa como en América Latina, ya sea por fusión, integración o relación.

La fusión entre el catastro tradicional (de fines fiscales) y el registro de la propiedad, no es posible ya que las unidades catastrales (el hecho físico) no es lo mismo que los predios registrales (hecho jurídico), siendo esto, el motivo por que algunos países como el caso de España aún no se hayan integrado.

Sólo el catastro registral es el idóneo para que el registro de la propiedad posea una base confiable de lo que tiene registrado y así poder ayudar a su mejor desempeño y fiabilidad de los servicios que en ella se dan a los ciudadanos, lo cual repercute en la economía del país.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARRIO, J., 30 Noviembre del 2007, 2007-last update, “Catastro y registro, dos sistemas destinados a entenderse” [Homepage of Tecnología Inmobiliaria], [On-

- line]. Available: <http://www.tecnologiainmobiliaria.net/2007/11/catastro-y-registro-dos-sistemas.html> [Mayo/15, 2008].
- COFOPRI**, 23 Junio 2008, 2008-last update, “Funciones del COFOPRI” [Homepage of COFOPRI]. [Online]. Available: www.cofopri.gob.pe [Junio, 2008].
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**, 2003. “Ley 27972 Orgánica de Municipalidades”. Norma Legal edn. Lima - Perú: Perú.
- DURÁN BOO**, I. and **VELASCO MARTÍN-VARÉS**, A., 2007. “La Relación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad en los países de la Unión Europea” 1. *Si*, **I**(1), pp. 7.
- ERBA**, D.A., 2008. “El Catastro Territorial en America Latina y el Caribe”. I edn. EEUU: Lincoln Institute of Land Police.
- FRÍAS**, C. and **REQUEJÓ**, J., 2003. “La Información Gráfica como Soporte de la Seguridad Jurídica”. *Si*, **I**(1), pp. 1-8.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA**, 2000. “Organización y Funciones del PETT”. Norma Legal edn. Lima - Perú: Perú.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA**, 1994. “Declaran áreas intangibles los cauces, riberas y fajas marginales de los rios, arroyos, lagos, lagunas y vasos de almacenamiento”. Norma Legal edn. Lima - Perú: Perú.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, 2003. “Reglamento de Organización y Funciones del INACC”. Norma - Legal edn. Lima - Perú: Perú.
- MINISTERIO DE HACIENDA**, 2004. “Real Decreto Legislativo 1/2004 Ley de Catastro Inmobiliario”. Norma Legal edn. España: España.
- MINISTERIO DE JUSTICIA**, 2004. “Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios”. Norma Legal edn. Perú: Perú.
- MINISTERIO DE TRANSPORTE, COMUNICACIONES, VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN**, 2006. “Reglamento Nacional de Edificaciones”. Norma Legal edn. Lima - Perú: Perú.
- MIRANDA HITTA**, J., 2003. “La Ley del Catastro Inmobiliario I”. *Si*, **I**, pp. 7.
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS - SUNARP**, 2008. “Reglamento de Inscripción del Registro de Predios”. Norma legal edn. Perú: Perú.
- CHUVIECO SALINERO**, EMILIO, 2007 “Teledetección ambiental”, 3ª ed. España 586 pp. **BOSQUE SENDRA**, JOAQUIN. 1997: “Sistemas de información geográfica”. Madrid, Ediciones Rialp, 2ª edición corregida, 451 p.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA**, 2004 “Ley 28294 Ley del Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios”

REGISTRO INMOBILIARIO ¿ACTO CIVIL, ADMINISTRATIVO O MIXTO?

Omar Cipagauta Mateus

Presentada al XXI Congreso Mundial de Derecho Registral

RESUMEN: Tema 2c: ¿Cómo reformar los registros de la Propiedad? La organización de los registros para el Siglo XXI debate sobre la gestión privada o pública de los registros de la propiedad.

En el desarrollo jurídico, son pocas las instituciones que tienen tanta relación con todas las ramas del derecho, dentro de este escaso grupo se destaca el Registro inmobiliario, que, irónicamente y en contraste con otras especialidades jurídicas, tiene un desarrollo bastante pobre e incipiente siendo un acto jurídico con un amplio espectro de eficacia material, pero con un pobre sustento teórico, además de un desarrollo jurídico pobre y una prácticamente nula fuente jurisprudencial, este desconocimiento en materia del registro es tal, que aún en Colombia no se cuenta con un instrumento doctrinal claro que dé cuenta de la naturaleza del acto registral.

El acto registral, la acción del registro puede definirse como “una instauración jurídica fundada en la certidumbre escrita del curso legal de unos activos que son metódicamente registrados” (Bouckaert, 2010). Es decir, puede entenderse como el acto de control de legalidad de determinado negocio jurídico, así, el estamento más evidente es el del acto registral dentro de los derechos sobre los bienes; todos los derechos reales en Colombia demandan para su cesión de la compañía del título y modo, sea esté último solemne o no (Art. 756 C.C.): la mera escritura pública por sí sola no constituye mera prueba del dominio, necesitan del control de buena fe que hace el registrador para el perfeccionamiento de a tradición, para de esta manera delimitar su existencia y su alcance, por tanto podría decirse que es un acto meramente de carácter civil, sin embargo, el funcionario que realiza tal actuación es un funcionario público, que manifiesta la voluntad de la administración de perfeccionar el negocio jurídico, así, según la corte constitucional, en sentencia T-945 de 2009 El acto administrativo, ha sido definido como “La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” podría afirmarse que se está efectuando un acto administrativo.

Por otro lado, el acto registral también funciona como un elemento procesal en todas las ramas de la jurisdicción ordinaria en Colombia, por ejemplo, el auto de un juez que declara un bien fuera del comercio tiene que ser registrado, pues la única forma que el acto se revista como legal es a través de su puesta de manera positiva en el registro, quedando constancia en el certificado de libertad y tradición del bien inmueble. En este sentido el registro solamente cumple con la voluntad del juez, es decir, no existe una refrendación entre partes privadas o personas naturales o jurídicas distintas al estado, (es decir no es una relación de carácter civil) pero tampoco hay una intervención de la

voluntad de la administración propiamente dicha pues se está frente al cumplimiento de una orden judicial, así que existiría el debate de si estamos frente a un hecho administrativo, es decir una serie de sucesos provenientes de la administración que, aunque producen una consecuencia jurídica sobre un bien inmueble, no traen sumergida una empresa previa de ejecutarla; o frente a una operación administrativa, una serie de sucesos de realización, que se enmarcan en aquellas acciones originarias, en este caso de la rama judicial, que se exteriorizan como derivación de un fallo interlocutorio tomado por el juez a través de un auto (Rodríguez, 2011).

En Colombia, el tratamiento que se ha dado al acto registral no ha sido uniforme a través del tiempo, hasta entrado el siglo XXI su naturaleza fue de carácter civil, sin embargo, con la constitucionalización del derecho, las disposiciones de la corte constitucional y la entrada en vigencia del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo la naturaleza del acto registral ha empezado a ser de carácter administrativo, dejando un espacio jurídicamente difuso para su comprensión jurídica.

Ante este panorama doctrinalmente caótico, legalmente desprovisto y jurisprudencialmente corto cabe preguntarse como un ejercicio de razonamiento jurídico válido ¿cuál es la naturaleza jurídica de los actos registrales en Colombia?

La hipótesis de esta reflexión jurídica es que el derecho registral tiene características mixtas entre el derecho civil y el derecho administrativo, pues, es un control de legalidad sobre los negocios jurídicos, es decir es un acto de la administración y por tanto es parte del derecho administrativo, sin embargo, es también el instrumento del perfeccionamiento de las tradiciones, es decir culmina con un requisito de los negocios jurídicos entre privados y por tanto posee características del derecho civil, en ese sentido es un acto con características mixtas y por tanto no es posible determinarlo de manera absoluta dentro del derecho civil o dentro del derecho administrativo.

Dado que la naturaleza del acto registral en Colombia es difusa, ante la escasa doctrina colombiana con respecto a este tema jurídico, el poco avance normativo y el escaso margen jurisprudencial se hace difícil la determinación de su naturaleza, lo que no permite situarlo dentro de una rama particular del derecho.

Dentro de las teorías de la naturaleza del acto registral en Iberoamérica es posible consignar que las que consideran una naturaleza de carácter civil del acto registral, dentro de la dogmática española esta tesis es bastante fuerte, así por ejemplo para De Reina (2012, pág. 49) 'los Registros inmobiliarios se originaron para favorecer el tráfico jurídico; señaladamente, para fomentar la confianza de los agentes económicos en la propiedad raíz como adecuado respaldo de las operaciones de financiación que entablaran con sus respectivos dueños (...)’ haciendo hincapié en su necesidad ‘se suscitó en relación con los inmuebles por la sencilla razón de que, en su ámbito, la posesión, si bien puede operar como signo externo de titularidad, y por tanto de oponibilidad del derecho que se alegue, no es concluyente. La regla, universalmente reconocida, de que la posesión de buena fe equivale al título sirve para la presentación del poseedor como auténtico propietario (...)’ Así es como el establecimiento de un aparato institucional de publicidad vendría a remediar las consecuencias negativas de una y otra circunstancia. Ése sería el fundamento primigenio del Registro de la Propiedad: mitigar los riesgos y fraudes de la contratación inmobiliaria remitiendo a la información que sus libros proporcionan.’ (de Reina, 2012, pág. 52)

Por su parte, para Avendaño (1956, pág. 50) "la legitimación no es suficiente y, por lo tanto, se sanciona el principio de la fe pública del registro. Quien adquirió, de buena fe, da quien aparece como dueño en el registro, a título oneroso, e inscribe el derecho adquirido, está protegido erga omnes. No importa que el enajenante no fuera en verdad dueño. Pudo haber vendido antes su derecho. Pero si esta transferencia no consta del registro, la posterior que se inscribe y que se verificó a título oneroso, mantiene todo su valor."

Por otro lado, para Caicedo, la naturaleza de los actos registrales es mixta y en consecuencia no puede establecerse un único origen ni una única fuente "En el Derecho registral coexisten normas de Derecho Público y de Derecho Privado. En efecto, los principios y normas del derecho administrativo regulan la organización registral como organismo estatal, o por lo menos paraestatal en aquellos países donde el Estado delega a instituciones, organismos o centros la tarea de cooperar en el ámbito del derecho registral, sin que por ello sean organismos de la administración pública." (Caicedo, 2001)

Siendo el objetivo de este trabajo determinar la naturaleza del acto registral desde el derecho civil y el derecho administrativo tanto doctrinal como jurisprudencialmente para establecer sus características y, en consecuencia, dilucidar las características propias del acto registral en Colombia se hace necesario seguir una serie de pasos que conduzcan de forma fiable al descubrimiento de una respuesta razonada al problema jurídico que representa la naturaleza del acto registral.

SUMMARY: Topic 2c: How to reform Property records? The organization of records for the 21st century discusses the private or public management of property records.

In the legal development, there are few institutions that have so much relationship with all branches of law, within this limited group is the Real Estate Register, which, ironically and in contrast to other legal specialties, has a rather poor and incipient development being a legal act with a broad spectrum of material effectiveness, but with a poor theoretical support, in addition to poor legal development and practically no jurisprudential source, this lack of knowledge regarding registration is such that even in Colombia there is no instrument doctrinal clear that gives account of the nature of the registry act.

The registration act, the action of the registration can be defined as "a legal establishment based on the written certainty of the legal course of assets that are methodically registered" (Bouckaert, 2010). That is, it can be understood as the act of control of legality of a certain legal business, thus, the most obvious statement is that of the registration act within the rights over the goods; all the real rights in Colombia demand for their cession of the company of the title and manner, whether it is solemn or not (Art. 756 CC): the mere public deed by itself does not constitute mere proof of the domain, they need the control of good faith made by the registrar for the perfection of the tradition, in order to delimit its existence and its scope, therefore it could be said that it is a purely civil act, however, the official who performs such action is a public official, that manifests the will of the administration to perfect the legal business, thus, according to the constitutional court, in sentence T-945 of 2009 The administrative act has been defined as 'The declaration of will, of judgment, of knowledge or of desire made by the administration in the exercise of an administrative authority other than the regulatory power', it could be affirmed that an administrative act is being carried out.

On the other hand, the registration act also functions as a procedural element in all branches of the ordinary jurisdiction in Colombia, for example, the order of a judge declaring

a good outside the trade has to be registered, as the only way that the act is reviewed as legal is through its placement in a positive manner in the registry, being recorded in the certificate of freedom and tradition of real estate. In this sense, the registration only complies with the will of the judge, that is, there is no endorsement between private parties or natural or legal persons other than the state, (that is, it is not a civil relation) but neither is there an intervention by the the will of the administration proper because it is faced with the fulfillment of a judicial order, so there would be a debate about whether we are dealing with an administrative event, that is, a series of events from the administration that, although they produce a legal consequence on a real property, they do not bring a company previously submerged to execute it; or in front of an administrative operation, a series of events of realization, that are framed in those original actions, in this case of the judicial branch, that are externalized as derivation of an interlocutory ruling taken by the judge through an auto (Rodríguez, 2011).

In Colombia, the treatment that has been given to the registration act has not been uniform over time, until the 21st century, its nature was of a civil nature, however, with the constitutionalization of the law, the provisions of the constitutional court and the entry into force of the new code of administrative procedure and administrative litigation the nature of the registration act has begun to be of an administrative nature, leaving a legally diffuse space for legal understanding.

Faced with this doctrinally chaotic, legally devoid and jurisprudentially short landscape, it is worth asking as a valid legal reasoning exercise, what is the legal nature of the registration acts in Colombia?

The hypothesis of this legal reflection is that the registration law has mixed characteristics between civil law and administrative law, then, it is a control of legality over legal business, it is an act of the administration and therefore is part of the law administrative, however, is also the instrument of the improvement of traditions, it culminates with a requirement of legal business between private and therefore has characteristics of civil law, in that sense is an act with mixed characteristics and therefore is not possible to determine it absolutely within civil law or within administrative law.

Given that the nature of the registration act in Colombia is diffuse, given the lack of Colombian doctrine regarding this legal issue, the little regulatory progress and the limited jurisprudential margin, it is difficult to determine its nature, which does not allow it to be placed within a particular branch of law.

LA HISTORIA DEL USO DE DOCUMENTOS DE REGISTRO EN ROMA

Para entender la naturaleza del registro se hace necesario entender la naturaleza misma del acto de entrega de las cosas, estudiar la evolución del registro inmobiliario sin analizar las sustancia ontológica que le precede resulta en un análisis etéreo, para entender el origen del registro es importante revisarlo paralelamente con las formas de entrega de las cosas, que para occidente arrancan en Roma, cuna del derecho europeo -en sus

justas proporciones históricas- y que permiten el análisis de la institución (Sosa Ried, 2003).

Como es sabido ya, En el derecho romano clásico, las *res Mancipi*, tenían un sistema de transferencia solemne que implicaba que fuese conocido por los órganos civiles, (Sosa Ried, 2003) para poder tener en cuenta a quien se cobraban los impuestos, esta forma era la *mancipatio* o la *in iure cessio*, si se trataba de cosas menos importantes o más pequeñas se transfería su dominio mediante una forma no tan solemne ya que no existía la necesidad explícita de comunicación a los órganos civiles, por tratarse de cosas insignificantes sobre las que la *lex romana* no contemplaba ninguna clase de gravamen y por tanto, no era un acto urgente determinar la pertenencia de la cosa. Tal como es evidenciable, la categoría del bien, su onerosidad y su importancia económica resulta determinante a la hora de establecer la forma de transferencia del bien en Roma (Álvarez Suarez, 1948).

De todos modos, en el decurso del derecho romano clásico, una serie de factores determinaron la decadencia de las formas solemnes de transferencia. Especialmente importante parece haber sido, en este sentido, la protección que concedió el pretor a las adquisiciones de *res Mancipi* realizadas por simple *traditio* (Álvarez Suarez, 1948). Pese a todo, y debido, probablemente, al conocido tradicionalismo jurídico de los romanos, las formas solemnes orales no desaparecieron propiamente sino hasta una época posterior (Sosa Ried, 2003).

Esta distinción y la necesidad de establecer la propiedad de los bienes frente a los ciudadanos trajo como consecuencia directa que se extendiese el uso de documentos donde hubiese actas de registro para demostrar el traspaso de la propiedad de un ciudadano a otro (Álvarez Suarez, 1948), así las cosas, los documentos escritos fueron tomando plena relevancia en Roma y de forma progresiva se fue imponiendo por encima del uso de la oralidad, toda vez que brindaba la garantía *probatoria*, más allá del hecho de la testificación y garantizaba la tenencia de un soporte material de la propiedad. Este cambio estuvo antecedido por una serie de hechos y rupturas en la costumbre mercantil, iniciadas desde la república romana, denominadas *scriptura* y evidentes tanto en elementos jurídicos formales como en varios elementos procedimentales (Polo, 2003).

EL CENSO

Durante la república el censo permanece prácticamente inalterado, es más adelante, mediante la *lex Iulia municipalis* que se establecieron una serie de reglas sobre el censo en las villas fuera de la ciudad de Roma (Sosa Ried, 2003).

Más adelante, debido a la expansión del imperio Romano, se hizo necesario mejorar el registro demográfico, y en consecuencia mejorar las técnicas con las que se realizaba el Censo en Roma, teniendo en cuenta principalmente la cantidad de fundos y provincias a lo largo de tres continentes, lo que significaba un nuevo reto administrativo y Aritmético. Así las cosas, es como Augusto realiza el censo planeado años atrás por Julio Cesar. Una nueva etapa en el censo romano aparece con Diocleciano, quien, en un intento de mantener en orden las finanzas del imperio y realizar un control fiscal más efectivo transforma el censo (Voci, 1987).

Desde los orígenes mismos de la República Romana, resultó determinante para las finanzas del funcionamiento del estado un sistema de impuestos, que, era cobrado a los hombres libres y que era determinado, no de otro modo que, a través del censo, pues éste permitía conocer -con cierta exactitud- la cantidad de población en Roma y de esta forma saber cuántos impuestos iban a ser cobrados y, en consecuencia, cuál era el presupuesto del estado. El registro municipal en la venta inmobiliaria.

El registro de bienes de la *insinuatio* tiene antecedentes en el inicio del cobro de nuevos impuestos, pues servía para llevar un control fiscal más fuerte sobre la propiedad. El emperador Valentiniano II estableció el cobro de un impuesto sobre las ventas denominado *siliquaticum* (Riccobono, Baviera, & Arangio-Ruiz, 1982). Este impuesto era un cobro adicional que se establecía además del censo y recaía tanto para los bienes muebles, como para los inmuebles. Para el cobro del impuesto sobre los inmuebles se exigió su *insinuación* en los roles municipales. El pago de dicho impuesto resultaba determinante para el perfeccionamiento del negocio jurídico, dado que la ausencia de éste se tomaba como un indicio negativo y en consecuencia la venta era nula (Kaïla, 1927).

EL RÉGIMEN FEUDAL

Luego de las invasiones bárbaras en el imperio romano de occidente, y su posterior caída, la evolución de la propiedad y el registro se va a producir impulsada por el nuevo orden cristiano y el temor de las invasiones vikingas, además de la amenaza de las hordas Húngaras, y el avance musulmán del califato omeya (Cordero, 2008).

En Europa, se va a producir de forma más o menos pareja el fenómeno del feudalismo, Según Cordero el poder político se presenta como una estructura de dominación basada en lazos personales, es decir, como una entidad o complejo de poder cuyos fines comienzan y acaban en sí mismos, sin que exista ninguna pretensión de conformar la vida social o colectiva.

EL AVANCE HISTÓRICO EN EL DERECHO ALEMÁN

El renacer de las figuras de la escrituración y registro surge nuevamente en el renacimiento de la mano de las nuevas relaciones modernas del derecho alemán.

El derecho alemán posee una trascendental importancia en el desarrollo de los sistemas registrales modernos, de casi todo el mundo occidental, pues el avance del imperio Romano-Germánico y la adopción de las figuras ya vistas provenientes del derecho romano y la adopción del derecho de Justiniano en el que se contenían todas las figuras del imperio permitieron el rescate del sistema, olvidado durante la edad media (Posada, 1983, pág. 110).

En este se pueden diferenciar claramente tres periodos: Uno primitivo, que, existiendo la clara división entre propiedades muebles y propiedades inmuebles exigía formas diferentes de transmitir la propiedad en cada uno de estos.

HISTORIA DEL DERECHO REGISTRAL EN COLOMBIA

En Colombia es posible Ubicar la historia del derecho registral moderno con el decreto 1250 de 1970, apelado Estatuto Registral, que le dio un carácter jurídico de oficial a todas las oficinas de registro de instrumentos públicos, que se encontraban ejecutando sus funciones bajo el cobijo de Ley 34 del 5 de marzo de 1887, y de las disposiciones establecidas en los artículos 2637 y siguientes del Código Civil (Ministerio de Justicia, 2012).

Luego del trámite de sanción presidencial, entra en vigencia la nueva Ley del Estatuto Registral el 3 de octubre de 2012, como una herramienta que permite ampliar la seguridad jurídica en torno al registro. Con la Ley 1579 del 1 de octubre de 2012, por un lado, se pretendió agilizar los procesos de registro haciendo uso de nuevas tecnologías que permitieran mayor publicidad y celeridad en el registro y crea un mecanismo innovador de folios de matrícula inmobiliaria para predios baldíos (Ministerio de Justicia, 2012).

EL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO. ANTECEDENTES, CLASIFICACIÓN, ALCANCES Y PRINCIPIOS QUE LO ORIENTAN

No obstante la jurisprudencia consolidada y actual de las Altas Cortes en torno al tema de la prueba del dominio sobre bienes inmuebles, un análisis

profundo de los antecedentes, características, finalidades y alcances del Sistema de Registro Inmobiliario en Colombia, permite llegar a la conclusión de que el sólo aporte del Certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos, resulta suficiente para acreditar la propiedad sobre el bien inmueble objeto de debate. 2

Antecedentes.

Como lo explica Valencia Zea, en la actualidad, los ordenamientos jurídicos de los pueblos civilizados han sometido la constitución y transmisión de la propiedad inmueble a un régimen de solemnidad y publicidad, presupuestos que a lo largo del tiempo han evolucionado, al punto que se destina para estos efectos un conjunto de instituciones y normas jurídicas, cada una con finalidades y alcances específicos que permiten concluir acerca de la importancia para la seguridad jurídica en relación con la constitución y transmisión de derechos reales sobre los bienes raíces y su publicidad frente a la comunidad en general⁵⁵. La idea de la existencia de este régimen especial tuvo su origen en los tiempos antiguos, con la única finalidad de dotar de medidas de publicidad a la propiedad inmueble y de sus gravámenes. Se perseguía que los demás tuvieran conocimiento de quién era el propietario, con el propósito de generar confianza y seguridad en las transacciones y se protegiera el crédito hipotecario. A partir del siglo XII, en algunas ciudades se estableció la costumbre de llevar libros en los cuales se dejaba constancia escrita de los negocios jurídicos dispositivos que recaían en inmuebles, circunstancia que adquirió gran importancia con el tiempo y poco a poco se convirtió en inscripción registral y llegó a constituir la única forma de probar la adquisición de la propiedad del inmueble o la constitución de derechos reales sobre el mismo.

CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE REGISTRO INMOBILIARIO

A partir de los anteriores principios, en especial del valor que se le atribuye a la inscripción, los sistemas de registro pueden clasificarse en plenos y menos plenos y atendiendo al mecanismo del registro existen sistemas de folio real para cada finca o transcripción o simple asiento registral llevados en orden cronológico. i) Los sistemas plenos de registro. Se caracterizan por dar un valor sustantivo a la inscripción en el sentido de que la propiedad y demás derechos reales en inmuebles se adquieren y constituyen por la inscripción. En general, en todos aquellos ordenamientos en los cuales se sienta la regla de que el contrato de enajenación sólo tiene la función de crear obligaciones entre las partes, pero no la de transmitir la propiedad o dar vida a otro derecho inmobiliario, pueden organizar un sistema pleno

de registro dando valor sustantivo a la inscripción, puesto que al no poder crearse por contrato estos derechos, se constituirán entonces por el mecanismo de registro o inscripción de folios reales o en libros especiales.

SISTEMAS MENOS PLENOS DE REGISTRO

Son aquellos en los cuales la propiedad inmueble y sus gravámenes se adquieren directamente por el contrato, siendo la inscripción una solemnidad destinada únicamente a dotar de publicidad frente a los demás, el respectivo contrato y la nueva adquisición del inmueble.

LOS PRINCIPALES SISTEMAS TÉCNICOS DE REGISTRO INMOBILIARIO

En la actualidad existen dos sistemas principales -los cuales, según la doctrina, se advierte que fueron el origen del sistema actual de registro inmobiliario en Colombia-, respecto de cuyo alcance se considera que cuentan con los requisitos que debe tener un sistema técnico o completo de registro inmobiliario; a) valor sustantivo de la inscripción; b) la inscripción se hace en folios reales; c) reconocen la aplicabilidad de ciertos principios registrales.

EL SISTEMA ALEMÁN

En este sistema los funcionarios del registro pueden admitir o rechazar una inscripción según se ajuste, o no, a la ley o a los supuestos esenciales de hecho. Lo anterior se reconoce como el principio de legalidad consistente en que el registrador sólo autoriza las inscripciones permitidas por la ley; para ello se le otorga una función calificadora del material que se le presenta.

En este sentido la función calificadora se extiende a verificar la existencia de una declaración válida de transmisión de la propiedad o del establecimiento del gravamen y a la comprobación de que quien emite esa declaración de voluntad es titular registral del derecho transmitido o gravado. En cuanto al aspecto formal, a cada inmueble se destina en el registro una hoja registral propia, el cual recibe el nombre de folio real.

EL SISTEMA SUIZO

La principal diferencia con el sistema alemán consiste en que tal como ocurre en el derecho colombiano, resulta necesario presentar el título jurí-

dico que sirve de fundamento para la transmisión del derecho, mientras que en el sistema alemán sólo debe presentarse el consentimiento de la persona que autoriza esa transmisión. En este orden de ideas para la inscripción se requiere la acreditación de los siguientes supuestos: a) la legitimación del título de la propiedad; b) la legitimación para disponer, en el sentido de que el registrador debe calificar los títulos y la inscripción en virtud de la cual dispone el tradente. Por su parte, el registro está dotado de fe pública, en cuya virtud quien adquiere la propiedad u otro derecho real apoyando jurídico, lo cual implica la existencia y validez de un contrato idóneo de transferencia su buena fe en una inscripción en el registro, será mantenido en su adquisición.

LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL REGISTRO INMOBILIARIO

Según la doctrina un sistema de registro inmobiliario debe estar gobernado por los siguientes principios orientadores. Es la regla que ordena que el Registrador debe hacer las inscripciones según el orden en que le sean solicitadas, de manera que no se puedan alterar los turnos. Indica que el Registrador debe examinar y calificar tanto el documento –título- como el respectivo folio registral y sólo cuando la inscripción se ajuste a la ley, debe autorizarla. Principio de publicidad, el cual se refiere a que el registro debe ser público, es decir, conocido por los demás, al tiempo que indica que cada inscripción es exacta y en ella puede confiar quien pretenda adquirir la propiedad de quien aparece regularmente inscrito.

Consiste en presumir que el derecho inscrito existe en favor de quien aparece anunciado como tal y el cancelado se encuentra extinguido. La fe pública del registro, que pretende proteger a la persona que adquiere con fundamento en una inscripción, en caso de que por error u otro motivo el derecho hubiere sido mal inscrito o no perteneciera al titular registral. Si bien la Ley 1579 de 2012 no resulta aplicable al presente asunto, comoquiera que se expidió con posterioridad a los hechos que le dieron origen, en especial al momento en que se expidió el certificado de tradición y libertad, por medio de la cual la demandante pretende probar el derecho de dominio respecto del inmueble objeto de su demanda, al tiempo que las normas que regulan el mérito probatorio del registro son idénticas a aquellas que estaban contenidas en el Decreto-ley 1250 de 1970, lo cierto es que para la Sala resulta de la mayor importancia hacer referencia expresa a los preceptos normativos previstos en dicha Ley, comoquiera que reflejan el estado actual de la legislación y la voluntad e intención actual del legislador en relación con los parámetros, principios y procedimientos que deben estar presentes en el registro de instrumentos públicos. El Estatuto de Registro de Instru-

mentos Públicos, contenido en el Decreto-ley 1250 de 1970, fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 8ª de 1969.

El artículo 1º del mencionado Decreto-ley, define el Registro de Instrumentos Públicos como un servicio del Estado que se prestará por funcionarios públicos para los fines y con los efectos consagrados en las leyes. El artículo 2º, define que está sujeto a registro, todo “acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario”, así como todo acto, contrato o providencia que disponga la cancelación de las anteriores inscripciones –Principio de especialidad-. Ahora bien el artículo 5 del Decreto-ley 1250 dispone que la matrícula es un folio destinado a un bien inmueble determinado y se distinguirá con un código o complejo numeral indicativo del orden interno de cada oficina y de la sucesión en que se vaya sentando –Sistema de Folio Real-. En cuanto al modo de hacer el registro, los artículos 22 y siguientes del mencionado Decreto-ley, prevén que el proceso se compone de la radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado ésta, trámite que deberá surtir en 3 días hábiles.

La radicación consiste en la recepción del título o documento en la oficina de registro con la indicación de la fecha y hora de recibo, número de orden sucesivo anual, naturaleza del título, fecha, oficina y lugar de origen –Principio de prioridad registral-. La calificación hace referencia a que una vez se ha hecho la radicación, el documento pasa a la sección jurídica de la oficina para su examen y calificación. “De conformidad con el artículo 37, “si la inscripción del título no fuera legalmente admisible, así se indicará en la columna sexta del Libro Radicador, se dejará copia del título en el archivo de la oficina y el ejemplar correspondiente se devolverá al interesado bajo recibo –Principio de legalidad-. La inscripción consiste en la anotación en el folio, siguiendo con rigor el orden de radicación del resultado de la calificación Cumplida la inscripción, de ello se dejará constancia tanto en el ejemplar del título que se debe devolver al interesado, como en la copia destinada al archivo de la oficina.

Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro. “ Por regla general ningún título o instrumento sujeto a

registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquél”. La Ley 1579, por su parte, en términos generales prevé igual procedimiento, con la diferencia de que introduce los medios electrónicos para efectos de la radicación del documento o título y para el desarrollo de la totalidad del trámite del registro (artículos 14 y 15). De igual forma fortalece y hace más explícita la labor de calificación del instrumento, al tiempo que le otorga al Registrador especiales facultades para inadmitir y suspender a prevención y de manera temporal el trámite de registro (artículos 16, 18 y 19).

Como se observa, el Sistema de Registro Inmobiliario contenido en el entonces vigente Decreto-ley 1250 de 1970 y con mayor ahínco en la Ley 1579 de 2012, incorpora los principios que actualmente orientan y fundamentan un Sistema Técnico de Registro, circunstancia de gran importancia puesto que permite entender, de una mejor manera, los alcances que la inscripción de un título constitutivo de un derecho real sobre un bien inmueble supone en el ordenamiento colombiano. “No debe perderse de vista que precisamente el sistema de registro de la propiedad inmobiliaria es un servicio público a cargo del Estado cuyo propósito consiste precisamente en otorgar seguridad jurídica para la comercialización y disposición de esta clase de bienes, a efectos de lo cual resulta fundamental la publicidad de todas aquellas situaciones que puedan incidir en el efectivo ejercicio de los derechos reales que sobre éstos recaigan, pues solo de este modo resulta verdaderamente eficaz dicha institución.

De acuerdo con la corte suprema, „el registro se reputa siempre exacto en beneficio del adquirente que contrató confiado en el contenido de los asientos, y lo protege de manera absoluta en su adquisición, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en la ley. La fe pública registral es la seguridad absoluta dada a todo aquel que adquiere el dominio o un derecho real del titular inscrito, de que su transferente era dueño o titular de los derechos correspondientes en los mismos términos que resulten de los asientos y subsana o convalida los defectos de titularidad, en caso de que por inexactitud del registro no lo fuera verdaderamente o tuviera su derecho limitado por causas que no resulten del mismo registro” Esta eficacia derivada de la publicidad registral se crea por el Estado en orden a garantizar el interés general, tanto en la seguridad jurídica como en la seguridad del tráfico jurídico. Es así cómo cada folio de matrícula inmobiliaria, asignado a un bien inmueble determinado, que se distingue “con un código o complejo numeral indicativo del orden interno de cada oficina y de la sucesión en que se vaya sentando”, según lo establece el artículo 5 del Decreto Ley 1250 de 1970, se gobierna por el principio de legalidad o calificación registral, según el cual el Registrador tiene la función de confrontar los títulos con

el ordenamiento jurídico y si advierte disconformidad, no puede autorizar su otorgamiento e inscripción -arts.

“Además, al tenor de lo dispuesto por el artículo 27 *Ibídem*, la inscripción debe hacerse “siguiendo con todo rigor el orden de radicación, con anotación en el folio, en las correspondientes secciones o columnas, distinguida con el número que al título le haya correspondido en el orden del Diario Radicador y la indicación del año con sus dos cifras terminales. De manera que, la existencia de una deficiente anotación en cuanto atañe a la descripción del predio, como su cabida y linderos, así como la concurrencia con otro folio simultáneo sobre el mismo predio o, en general, cualquier anomalía que se presente en este punto y que lleve a generar confusiones en terceros de buena fe, configura evidentemente una actuación irregular, que puede ser constitutiva de una falla del servicio.

Así las cosas, el registro está concebido también para darle publicidad a los actos jurídicos que se produzcan respecto de los bienes inmuebles y para que los mismos sean oponibles frente a terceros

EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS COMO UN SERVICIO DEL ESTADO

De conformidad con el artículo 1° del Decreto-ley 1250 de 1970 y el artículo 1° de la Ley 1579 de 2012, el Registro de Instrumentos Públicos es un servicio del Estado, prestado por funcionarios públicos, clasificación que denota, sin duda alguna, consecuencias y efectos jurídicos trascendentales para determinar, a su vez, el alcance del ejercicio de la actividad registral. Ciertamente, como servicio público, el Registro de Instrumentos Públicos es una actividad organizada, dirigida a satisfacer las necesidades de interés general de forma regular y continua por parte del Estado de manera directa, específicamente en cuanto corresponde a las necesidades encaminadas a garantizar la seguridad jurídica y la legalidad –en los términos de las competencias asignadas- en relación con los derechos reales que se constituyan, declaren, aclaren, adjudiquen, modifiquen, limiten, graven o extingan en relación con los bienes raíces. Ahora bien, dado que este servicio es prestado por servidores públicos, puede concluirse que el cumplimiento de los fines del sistema de registro se cumple a través del ejercicio de la función pública –entendida como toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines- y de la función administrativa, la cual, también, está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, según los dictados del artículo 209 constitucional. De ahí que los procedimientos que se efectúen en cumplimiento del referido servicio público de registro sean actuaciones administrativas que

concluyen a través de típicos actos administrativos como ejercicio legítimo de poder de la Administración Pública que se traduce, principalmente, en la presunción de legalidad de tales actos, la obligatoriedad intrínseca de los mismos y la capacidad para que la Administración ejecute por sí misma tales actuaciones.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PUBLICIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO EN COLOMBIA ALCANCES DEL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Como se ha expuesto, dentro del conjunto de competencias asignadas por la Constitución y la ley a las diferentes autoridades administrativas, a los Registradores de Instrumentos Públicos se les asignó la importantísima labor de ejecutar el servicio público del Registro de Instrumentos Públicos, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en relación con las circunstancias que puedan alterar el derecho de dominio y los demás derechos reales que recaigan sobre los bienes inmuebles y, como lo ha dicho la jurisprudencia, para velar por la seguridad jurídica en la comercialización y disposición de esta clase de bienes. Para el cumplimiento de estos fines se le han asignado unas competencias específicas que deben, por su puesto, cumplirse con estricto rigor, con fundamento en los principios que orientan el sistema registral y la función administrativa en la cual se enmarca. Uno de los principios que debe guiar la actividad registral es, naturalmente, el de la legalidad, el cual, se reitera, consiste en la exigencia impuesta al registrador de examinar y calificar tanto el título que se le pone de presente como el mismo folio registral sobre el cual recae el respectivo inmueble, de manera que sólo cuando observe que la inscripción se ajuste a la ley, debe autorizarla, de lo contrario deberá negarla.

Hecha la radicación, el documento pasará a la sección jurídica de la oficina para su examen y calificación. “Si la inscripción del título no fuera legalmente admisible, así se indicará en la columna sexta del Libro Radiador, se dejará copia del título en el archivo de la oficina y el ejemplar correspondiente se devolverá al interesado bajo recibo”. No procederá la inscripción de documentos que transfieran el dominio u otro derecho real, sino está plenamente identificado el inmueble por su número de matrícula inmobiliaria, nomenclatura o nombre, linderos, área en el Sistema Métrico Decimal y los intervinientes por su documento de identidad. En tratándose de segregaciones o de ventas parciales deberán identificarse el predio de mayor extensión así como el área restante, con excepción de las entidades públicas que manejan programas de titulación predial.

También se verificará el pago de los emolumentos correspondientes por concepto de los derechos e impuesto de registro. El registro del instrumento público del cual pudiere exigirse el cumplimiento de una obligación, solo se podrá cumplir con la primera copia de la escritura pública que presta mérito ejecutivo o con la copia sustitutiva de la misma en caso de pérdida, expedida conforme a los lineamientos consagrados en el artículo 81 del Decreto-ley 960 de 1970, salvo que las normas procesales vigente concedan mérito ejecutivo a cualquier copia, con independencia de que fuese la primera o no. En los eventos en que al efectuarse la calificación de un documento proveniente de autoridad judicial o administrativa con funciones judiciales se encuentre que no se ajusta a derecho de acuerdo a la normatividad vigente, se suspenderá el trámite de registro y se informará al funcionario respectivo para que resuelva si acepta lo expresado por la oficina o se ratifica en su decisión. En el evento de recibir ratificación, se procederá a su registro dejando en la anotación la constancia pertinente.

La suspensión se ordenará mediante acto administrativo motivado de cúmplase, contra lo cual no procederá recurso alguno, vencido el término sin que se hubiere radicado la prohibición judicial se reanudará el trámite del registro. Si en la calificación del título o documento no se dan los presupuestos legales para ordenar su inscripción, se procederá a inadmitirlo, elaborando una nota devolutiva que señalará claramente los hechos y fundamentos de derecho que dieron origen a la devolución, informando los recursos que proceden conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, o de la norma que lo adicione o modifique. “Se dejará copia del título devuelto junto con copia de la nota devolutiva con la constancia de notificación, con destino al archivo de la Oficina de Registro”.

Como es posible verificar de las anteriores líneas, el acto resulta en una conjunción de voluntades civiles con un componente plenamente administrativo, fruto del cual el registro se produce.

RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

Las altas cortes han tomado también posición a cerca de la naturaleza del acto de registro, para la corte constitucional, la naturaleza del acto es eminentemente público y como tal, un acto cuyas características son principalmente administrativas:

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

SENTENCIA C-185 DE 2003

M.P Eduardo Montealegre

Lynett 4 de marzo de 2003

Para la Corte, el principio de publicidad a la vez que informa la función registral, caracteriza de manera especial el tipo de información que la misma maneja. **En efecto, los datos objeto de registro son por definición datos de naturaleza pública**, lo cual implica que prima facie no deban existir restricciones que mengüen la posibilidad de que los mismos sean difundidos sin mayores limitaciones, circulen libremente o sean conservados en las bases de datos oficiales.

La función registral, que se materializa en la publicidad ordenada de la información sobre la situación jurídica de los inmuebles, es apenas un instrumento que permite la racionalidad del manejo de cierta información pública que es de vital importancia para la seguridad en el tráfico de la riqueza inmobiliaria. Este carácter instrumental está determinado por una repetición de la publicidad de los actos y de la información en que consiste el registro.

En efecto, la publicidad de los actos y de la información contenida en ellos está determinada por la naturaleza y las condiciones jurídicas (formas jurídicas) de que dependen la existencia y la validez de los actos objeto de registro, y no por su inclusión o figuración efectiva en los folios de matrícula inmobiliaria respectivos. En otras palabras, la publicidad de tales actos está determinada desde su origen mismo, ya que este tipo de actos sólo pueden existir en el mundo jurídico bajo la forma y los procedimientos de las providencias judiciales o bajo la forma y el protocolo de las escrituras públicas, que como bien se sabe son de **carácter público**.

Ahora, el reconocimiento de la naturaleza pública de los datos contenidos en escrituras públicas y en providencias judiciales, que serán posteriormente objeto de inscripción en el respectivo folio de matrícula en la oficina de instrumentos públicos, no implica de manera alguna que tales datos pierdan su naturaleza de datos personales, en tanto son reveladores de realidades patrimoniales concretas que pueden ser fácilmente asociadas al nombre de una persona.

RECONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EL CONSEJO DE ESTADO

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la forma en que debe acreditarse el derecho de dominio en los procesos judiciales que adelanta esta Jurisdicción, para efectos de probar la legitimación en la causa

por activa, ha dicho que resulta indispensable el aporte al expediente de los medios probatorios a través de los cuales se demuestre la existencia del título y el modo, documentos necesarios, según el ordenamiento, para la adquisición del mencionado derecho real. Al respecto ha manifestado: “Ahora bien, tal como lo tiene suficientemente establecido la jurisprudencia de la Sala, para la acreditación de los derechos reales sobre bienes inmuebles, es decir la propiedad³², se requiere, de manera indispensable, la aportación del título y el modo, dualidad inescindible que debe comprobarse en los procesos judiciales en los cuales se pretenda hacer valer algún derecho real derivado de la propiedad raíz. El primero de los elementos referidos —el título— 33 está constituido por cualquiera de las fuentes de las obligaciones, en tanto que el segundo —el modo— podrá corresponder a cualquiera de las formas previstas para el efecto por el legislador, como aquellas que recoge el artículo 673 del Código Civil³⁴, esto es la ocupación, la accesión, la tradición, la sujeción y la prescripción. Debe tenerse en cuenta que, conforme lo dispone el artículo 749 del Código Civil, “si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”; a su vez, los artículos 1857 y 756 de la misma obra establecen, en su orden, que la venta de los bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley “mientras no se ha otorgado escritura pública” —haciendo referencia al título—, y que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa “por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos” —en relación con el modo—.

La tradición, como modo de adquirir el dominio de un bien inmueble, se efectúa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 756 del Código Civil, “por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos”. En armonía con esta disposición, el artículo 2 del Decreto-Ley 1250 de 1970 señala que está sujeto a registro todo “acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario”. Así las cosas, la tradición de los derechos reales constituidos sobre inmuebles se realiza mediante la inscripción del título correspondiente en la oficina de registro de instrumentos públicos. La Sala ha señalado que ante la no acreditación de alguno de los elementos enunciados, esto es, el título o el modo, mediante los documentos exigidos por la ley para el efecto, se entenderá que la propiedad no se encuentra acreditada³⁶. En otras palabras, para que una persona sea tenida como propietaria o titular de derechos reales sobre bienes inmuebles debe exhibir título y modo, es decir, la escritura pública o cualquier otro medio idóneo que tenga la virtualidad de disponer, enajenar, afectar o

mutar derechos reales sobre una cosa inmueble más la correspondiente inscripción de dicho título en el registro inmobiliario. En este caso, el título de propiedad sobre el bien inmueble que dio lugar al asunto que se debate se entenderá acreditado –según la referencia que se observa en el folio de matrícula inmobiliaria aportado válidamente al proceso–, con la escritura pública de compraventa número 693 elevada el 2 de octubre de 1989 –aportada, claro está, en original o en copia auténtica–, más el modo correspondiente que en el sub lite se materializó con la inscripción de aquél título en la oficina de instrumentos públicos, pues de lo contrario se impone concluir que quien dijo ser el propietario de un inmueble no lo es o no lo demostró para efectos de decidir el proceso judicial sometido a conocimiento de esta Jurisdicción.

Ahora bien, para efectuar la tradición efectiva de un bien inmueble, se requiere la inscripción de la escritura pública (título) en la respectiva oficina de registro de instrumentos públicos, condición obligatoria sin la cual no se entiende configurada en su totalidad la prueba de la propiedad. Al respecto, la Sala tiene por establecido: “De conformidad con el artículo 756 del Código Civil, la tradición de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos, lo cual significa, que si el título no se registra no se transmite el derecho (art. 756 C.C.). “En este orden de ideas, el titular del derecho de dominio de un bien inmueble es quien aparece inscrito como tal en la oficina de registro de instrumentos públicos del círculo correspondiente, como lo dispone el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos (decreto ley 1250 de 1970), que regula las inscripciones en la matrícula inmobiliaria y tiene como objeto -el registro-, servir de medio de transmisión de la propiedad inmueble y de constitución de los derechos reales desmembrados de la misma, como de las limitaciones que se le impongan y de dar publicidad a la titularidad de los derechos reales inmobiliarios y a las limitaciones que los afecten. La propiedad y demás derechos reales en bienes inmuebles, solo existen y se transmiten mediante la inscripción en la matrícula inmobiliaria.⁴³ “Por tanto, la publicidad que se le da al titular o titulares del derecho de dominio y a la situación jurídica en que se encuentra determinado inmueble mediante el registro, es oponible a terceros”⁴⁴. En casos similares⁴⁵, la Sala ha señalado, respecto a la condición de propietario de un inmueble, lo siguiente: “Para la cabal comprensión de la cuestión parece necesario recordar que el Código Civil Colombiano adoptó en materia de la adquisición y transmisión de los derechos reales el sistema del título y el modo cuyo antecedente histórico debe encontrarse en la “traditio” romana, pero cuya elaboración doctrinaria suele atribuirse a los expositores de la edad media, quienes la extendieron a los demás derechos reales, amén de que, apoyándose en los conceptos escolásticos de la causa próxima y la causa remota, concibieron los conceptos de título y modo para identificar dos fenómenos disímiles aunque estrechamente ligados por una relación de causalidad: mediante el título el interesado ad-

quiere la mera posibilidad de que la transferencia del derecho se produzca, es decir que se erige en condición necesaria para que ese traspaso, apenas latente, se haga efectivo; en cambio, como la tradición concretaba o hacía efectiva esa transmisión, se le denominó como el modo. “De suerte que en el ordenamiento patrio, el título no transfiere por sí mismo el dominio, por supuesto que éste únicamente genera para el acreedor el derecho a obtener la propiedad del bien que constituya el objeto de la prestación y para el deudor el deber de hacer la tradición prometida, tradición que deviene, entonces, como aquella convención que hace efectiva la transferencia debida mediante la entrega que del bien hace el dueño al acreedor, “habiendo por una parte facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo” (art. 740 ejusdem), definición a la que restaría solamente añadirle que por mandato del artículo 756 ibidem, si de inmuebles se trata, aquella se efectúa por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos”.

RECONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En la misma línea que el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, al ocuparse de la prueba del dominio por parte de quien ejerce la acción reivindicatoria, ha expresado: “1. Título y modo son dos conceptos claramente diferenciados en el ordenamiento jurídico patrio, que no pueden ser confundidos so capa de la complementariedad que existe entre ellos. El primero, a no dudarlo, cumple la función de servir de fuente de obligaciones, por lo que, desde la perspectiva del acreedor, únicamente lo hace titular de derechos personales. De él es ejemplo elocuente el contrato (art. 1495 C.C.). El segundo, por el contrario, guarda relación con los mecanismos establecidos en la ley para adquirir un derecho real, entre los que se cuenta la ocupación, la accesión, la tradición, la usucapión y la sucesión por causa de muerte (art. 673 ib.). De allí, entonces, que el simple título —en Colombia— no afecte derecho real alguno, por ejemplo, la propiedad, pues apenas si genera, en el caso de los llamados títulos traslaticios (inc. 3º, art. 765 C.C.), la obligación de hacer dueño al acreedor, por el modo de la tradición (arts. 740, 654 y 756, ib.). Pero éste, a su turno, tampoco se basta para demostrar el dominio sobre una cosa, dado que la propiedad requiere la conjunción de uno y otro, al punto que el artículo 745 del Código Civil establece que “Para que valga la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.” Sobre este particular ha expresado la Sala que el “título no dice sino que un sujeto se obligó; que restringió su libertad en la medida que hoy está sujeto a una determinada actitud, que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa. El que contrata, es cierto, simplemente es un contratante; hay que suponer que allí necesaria-

mente surgieron obligaciones, pues que el contrato es por antonomasia, bien pudiera decirse, la gran fábrica de las obligaciones. Hasta ese momento para nada se ha rozado el concepto del derecho real; porque para que éste brote o simplemente mude, es menester que ocurra algo más que el simple título: en términos concisos, que quien resultó obligado por ese título, cumpla; esto es, extinga la obligación. Así, el vendedor, el mero contratante, no hace que el dominio se radique desde ya en cabeza del comprador, porque hasta allí no han realizado más que el simple título. Ese algo más, que de menos se echa, es que el vendedor cumpla la obligación de transferir el dominio; lo que acontecido válidamente, toma el nombre de tradición, que es precisamente el modo que hasta entonces se echaba de menos. Por manera que solamente cuando a la realización del título se suma la del modo, prodúcense ahí sí consecuencias jurídicas en punto de los derechos reales. El propietario anterior, quien entre tanto era apenas vendedor, al realizar el modo de la tradición, deja de serlo, porque tal derecho real de dominio se ubica entonces en cabeza del adquirente, quien, correlativamente, en el entretanto, no fue más que un mero comprador o simple contratante” (cas. civ. de. 20 junio de 2000. Cfme: Sentencias Nos. 031 de 6 de mayo/98; 084 de 29 de septiembre/98; 020 de 9 de junio/99 y 029 de julio 29/99).

2. Desde esta perspectiva, fácilmente se comprende que para acreditar la propiedad sea necesaria la prueba idónea del respectivo título, aparejada de la constancia –o certificación– de haberse materializado el correspondiente modo. No el uno o el otro, sino los dos, pues cada cual da fe de fenómenos jurídicos diferentes, lo que se hace más incontestable cuando ambos son solemnes, como acontece tratándose de inmuebles, dado que la prueba de haberse hecho la tradición no da cuenta del título, que necesariamente debe constar en escritura pública (inc. 2, art. 1857 C.C. y 12 Dec. 960/70), ni la exhibición de dicho instrumento público, sin registrar, puede acreditar aquel modo, que reclama la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (art. 756 C.C. y 2º Dec. 1250/70). Por eso el artículo 265 del C.P.C., establece que “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad”, norma que se complementa con lo previsto en los artículos 256 del C.P.C. y 43 del Decreto 1250 de 1970, el último de los cuales precisa que “Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina...”.

Y es que la inscripción de un título traslativo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, no puede, ni por asomo, servir de prueba del mismo título –menos aún si este consiste o se traduce en un contrato solemne–, como quiera que una cosa es acreditar la existencia de la obligación de dar, y otra bien distinta demostrar que el deudor cumplió con su deber de pres-

tación. La certificación que expida el registrador, en el sentido de haberse tomado nota en el respectivo folio de matrícula de un negocio jurídico que haya implicado la “traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces” (num. 1, art. 2º, Decreto 1250 de 1970), únicamente demuestra, en el caso de la transferencia del derecho de propiedad, que operó la tradición, pero nada más. En palabras del legislador, tales certificaciones, como es propio de un registro que – en lo fundamental- cumple funciones de tradición y de publicidad (XLV, pág. 335), ilustran “sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro” (art. 54, Dec. 1250/70), pero no suplen la prueba de los actos y contratos que se mencionen en ellas. Por eso la Corte, de tiempo atrás, ha doctrinado para el caso de las acciones reivindicatorias, que “Es obvio que para hurgar el pasado... se imponga, además con necesidad absoluta, el allegamiento de los títulos contentivos de los negocios jurídicos mismos, para ver de establecer su contenido, sus alcances, efectos, reservas por las que hayan pasado los contratantes, circunstancias estas que bien pueden incidir en la condición verus domino en los eslabones de la cadena; y bien es verdad que son cosas todas que ni se barruntan con su sola referencia en el certificado del registrador. Este es idóneo, hase dicho, a comprobar „las sucesivas tradiciones de un inmueble, los gravámenes que sobre él pesan y su situación jurídica, como embargos, demandas, etc., pero por sí mismos no demuestran la existencia de los actos jurídicos a que ellos se refieren y teniendo en cuenta el modo como se han las inscripciones en el Registro, en éstas no quedan ni pueden quedar registradas todas las modalidades y circunstancias de una negociación, en la forma en que las partes las expresan en la escritura pública que otorgan ante el Notario” (cas. civ. De 19 de mayo de 1947)” (Se subraya; sent. de 9 de diciembre de 1999; exp.: 5352).

El acto registral es de carácter meramente civil	♦ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL STC5201-2016 ♦ Radicado 85001-22-08-003-2015-00235-01 M.P Luis Armando Tolosa Villabona ♦ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL STC14854-2015 Radicado 11001-02-04-000-2015-01274-01 M.P Ariel Salazar Ramírez ♦ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SENTENCIA T-047 DE 2005 Referencia: expediente T-968154 M.P Clara Inés Vargas Hernández ♦ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SENTENCIA C-185 DE 2003 M.P Eduardo Montealegre Lynett 4 de marzo de 2003	El acto registral es una figura que atañe a una función pública, que no es propiamente un acto administrativo pero que no constituye un hecho civil.

	♦ CONCEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA Sentencia nº 76001-23-31-000-1996-05208-01(23128) Sentencia de Unificación Jurisprudencial Referencia: expediente T-968154 M.P Mauricio Fajardo Gómez	

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Suarez, U. (1948). Los orígenes de la contratación escrita. Anales de la Academia Matritense del Notariado, 4 y ss.
- Avendaño, J. (1956). El registro del derecho Inmobiliario. Derecho PUCP, 49-53.
- Bouckaert, B. (2010). Title systems and recordation. Nueva York: Property.
- Caicedo, E. (2001). Derecho inmobiliario y Registrsl, registro de la propiedad inmueble. Bogotá: Temis.
- Cordero, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 345 - 385.
- De Reina, G. (2012). El derecho Inmobiliario y El registro de la Propiedad. La Notaría, 49- 60.
- Kaïla. (1927). L'unité foncière en droit romain. Exposé récapitulatif et critique. Paris.
- Ministerio de Justicia. (3 de octubre de 2012). Obtenido de TRANSFORMACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA REGISTRAL EN COLOMBIA: <http://www.min-justicia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/275/TRANSFORMACION%3%93N-HIST%3%93RICA-DEL-SISTEMA-REGISTRAL-EN-COLOMBIA.aspx>
- Polo, F. S. (2003). Derecho Romano. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- Posada, J. (1983). El registro inmobiliario. Medellín: Pontifica Universidad Bolivariana.
- Riccobono, S., Baviera, G., & Arangio-Ruiz, V. (1982). Fontes iuris Romani antejustiniani. Florencia: Barbèra.
- Rodriguez, L. (2011). Derecho Administrativo. Bogotá: Temis.
- Sosa Ried, M. d. (2003). la “Insinuatio” y la “Traditio” inmobiliaria en el derecho Romano postclásico. Revista de Estudios Jurídicos, 55-89.
- Voci, P. (1987). Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano. Ivra, 87 - 100.

REGISTRATION OF A 3D VISUALISATION IN THE PUBLIC LAND REGISTER OF THE NETHERLANDS CADASTRE, LAND REGISTRY AND MAPPING AGENCY (‘LAND REGISTRY’)

B.H.J. Roes, LL.M.

Chief registrar of the Cadastre, Land Registry and Mapping Agency

MOTIVE

In recent decades a growing number of building technologies have been applied, in which the different elements of buildings are not connected to each other in a straightforward way but appear to be interwoven with each other in an ingenious manner. Examples include the De Rotterdam building in Rotterdam and the Arnhem Central station building.

These are architectural masterpieces that then also need to be given a legal context. The result is that more and more three-dimensional situations are described in notarial deeds, in which real rights are combined in order to award rights to persons in spaces located above and below each other.¹

The transparency of these constructions in the BRK (Key Register Cadastre) represents a considerable challenge here.

The tasks of the Land Registry (Article 3 of the Land Registry Act) include maintaining public land registers and maintaining and updating the BRK. The public land registers are based on Article 3:16 of the Dutch Civil

¹ In this regard, see also H.D. Ploeger: *Modern Vastgoed: de vastgoedjurist in de eenentwintigste eeuw*, WPNR 2009/6781 and A. Mes: ‘*Juridische aspecten van de invoering van een driedimensionaal kadaster in Nederland*’, WPNR 2012 / 6951.

Code². These are registers in which facts that are important for the legal status of registered property are recorded.

The public land registers contain source documents: notarial deeds and also reports, court rulings, government decisions and other important documents.

The third party protection provisions of Articles 3:23 to 3:26 of the Dutch Civil Code continually refer to these public land registers and not to the BRK referred to below. The BRK acts as a gateway to the public land registers by providing access to the unique numbers of the source documents.

The BRK is a register based on cadastral parcels. The BRK contains both the administrative section and the cadastral map. This register of cadastral parcels ensures that it is possible to adequately determine the object to which the ownership or other real rights relate. As soon as the legal status of a part of the parcel changes, this part of the parcel must be specified again: the specialization principle. In practice, this means that the land surveyor of the Land Registry invites parties to indicate a new boundary to him. The land surveyor measures this designated boundary and the new features of the parcel will then be applied in the BRK. This is encoded in Article 6 of the Land Registry Decree.

The cadastral parcels are 2-dimensional. Registering rights with a third dimension therefore represents a challenge in advance. As a result of the application of the specialization principle involving a combination of rights, if the object of a building right, for example, extends further horizontally than the underlying right, at ground level³ this is expressed through the formation of a separate cadastral parcel. Such a parcel is very often a small 'postage stamp parcel'. In complexes where many rights are combined, this leads to a substantial number of 'postage stamp parcels' which in themselves lead in turn to a non-transparent situation on the cadastral map.

One of the consequences of this is that the BRK presents such a fragmented situation that it is difficult to grasp the actual size of the objects to which the rights established in the notarial deed relate. The BRK shows only the contour at ground level, in combination with all registered rights on that parcel and does not provide any further clarification. The built or installed reality is badly needed in such a situation in order to understand

² In fact: the public registers do not only consist of land registers, but also of registers for ships and airplanes.

³ Ground level is the level at the borderline between the underground and the open air.

the legal status that the BRK represents. The legal status will probably still be sufficiently clear between the parties concerned, but does this also apply if a new buyer or financier becomes involved? Or is there a risk that they will withdraw because of the limited transparency of their future rights?

Another problem is that the automated system on which the BRK is operated has a technical system limitation with regard to combining rights on the same parcel. This is possible only to a limited extent. Fortunately, the BRK will in all probability be upgraded this year, and this problem will then become a thing of the past.

A number of cases are known in which registrars of the Cadastre, Land Registry and Mapping Agency have resorted to placing texts in the BRK in order to provide further indications of the legal status and increase the trust of third parties who consult the register. One example of this is the area of the Oosterdoks island in Amsterdam, but other cases are also known.

RESEARCH IN PRACTICE

Some years ago, the Land Registry commissioned Delft University of Technology (Ploeger/Stoter) to investigate whether the transparency of rights in three- dimensional situations could be improved. The principle here was that the possibilities within the existing regulations should be considered. Delft University of Technology recommended working with the registration of a 3D PDF file attached to the notarial deed, which would provide a visualisation of the objects (or better said, the volume of the objects) to which the various rights relate. On the basis of this 3D PDF file, a note could be made in the BRK. In response to this recommendation, tests were conducted with such files, with positive results. But would it also be possible to implement this in practice?

The first challenge was to find a project involving a combination of rights, in which stakeholders would see the added value of a 3D registration. This project was found in Delft, where the municipal authority was working on the development of the railway zone. There was an old railway line that ran straight through the city on a viaduct.

This was replaced by an underground railway tunnel. The new railway station with shops and bicycle parking and a new city hall would also be realised in the railway zone. In addition to Delft municipal authority, NS (the Dutch Railways Organisation) and Railinfratrust with their tradename ProRail (the Organisation maintaining the Railways Infrastructure) were involved in this project.

In the start-up phase of the project, the added value of 3D visualisation was explained to the parties. They reacted with enthusiasm, but also set a clear condition: the 3D registration could not be allowed to hamper the progress of the project. A solution had to be chosen that would meet this condition. A firm of civil-law notaries then had to be found that was willing to cooperate with this novelty and to provide for the registration. The Houthoff law firm and firm of civil-law notaries in Amsterdam was found to be willing to do this.

In legal terms, the project was designed to establish 5 building rights, in addition to the ownership. The volumes of these 6 rights (including the ownership) would therefore have to be shown in the 3D visualisation. These rights involved the following (accompanied by the name of the right-holder):

- 1 Ownership; parcels in the railway zone and city hall (Delft municipal authority)
- 2 Building right for railway tunnel (Railinfratrust B.V.)
- 3 Building right for travellers' area (Railinfratrust B.V.)
- 4 Building right for the station hall (NS Vastgoed B.V.)
- 5 Building right for the lift and stairway (NS Vastgoed B.V.)
- 6 Building right for installations (NS Vastgoed B.V.)

Because the land registrars are legally responsible for the public land registers and BRK, their consent for the registering of a 3D file was crucial. After some deliberations, they decided that they would register the 3D file and application in the public land registers and BRK, provided that the following conditions were met:

- The visualised rights in 3D must be fully consistent with the legal relationship in 2D, as shown by the BRK.

The purpose of the 3D file must be to create clarity, not to cause discrepancies. For that reason it is essential that it is consistent with the 2D registration.

- Ideally, registration of the 3D visualisation can take place at the same time as the deed in which the legal structure is established, but can also take place additionally. There are no objections to the object of the rights being shown in an additional deed with a 'more detailed visualisation'. The grounds for registration of this additional deed lie in Article 3:17(1)(a) of the Dutch Civil Code. This Article provides that legal actions (...) that are important for that legal status in any other way qualify for registration. This criterion will be met if the

parties have agreed a further elucidation of the object of the previous legal action. It is also important for registration that the additional deed refers to the unique number of the document of previous registration (Article 19 of the Land Registry Act).

- A 3D complex (a collection of parcels) to which the 3D visualisation applies is defined, with a clear outer boundary.

The parcels to which the 3D visualisation relates will be indicated as a separate collection of parcels with a 3D complex number. This registration method is similar to that in the situation where the set of parcels of land for a division of apartment rights is assigned a joint complex indication.

There must also be no lack of transparency regarding the adjoining parcels. Where part of a parcel should fall within the 3D complex, this must be split off. This ensures that where the 3D visualisation is applicable and where it is not, is transparent. The outer boundary of the 3D complex will therefore always have to be measured.

- The 3D visualisation is not intended for the visualisation of personal rights or economic ownership, but is limited solely to real rights. The public registers are not intended for the registration of personal rights. See also Article 3:17(2) of the Dutch Civil Code in that regard.

The imposition of this condition assures the topicality value of the file to be registered. The file will then be able to lose such topicality value only through a document registered in the public land registers, which are publicly accessible for viewing.

- *All* real rights in a 3D complex must be visualised. It is not possible to exclude certain real rights within a 3D complex from visualisation. The idea here was that the 3D file could be used to generate a full overview of real rights and that no search task would be created in which the BRK would have to be compared with the 3D file in order to see which rights are and are not visualised. A nuance can also be added here that this must concern real rights that are registered in the BRK. Servitudes however are not registered in the BRK and therefore need not necessarily be included in the visualisation (although they may be).

By agreement with the civil-law notary, a choice was made to establish the various rights first and to register the further visualisation at a later stage with an additional deed. The original establishment of rights and the preceding measurement of parcels therefore took place in the conventional way. This was not the most ideal option in terms of registration, since

fragmentation of cadastral parcels nevertheless now arose within the 3D complex. But in view of all the interests and the condition concerning the progress of the project, it was the optimal solution in this case. Only after this was complete could the civil-law notary draw up an additional deed with the addition of a 3D PDF file.

Naturally, one of the most important questions is what, precisely, is the legal value of such a 3D file? Would it be binding for the determination of what has been transferred and delivered legally? Or should the file be used for further guidance only? In that case, a comparison suggests itself with the conventional 2D situation, in which a drawing is attached to the deed. This drawing forms part of the registered document and therefore usually co-determines the intentions of the parties. The third party protection provisions of Articles 3:23 to 3:26 of the Dutch Civil Code also apply to this drawing. However, the drawing can never have greater value than that shown by the drawing itself.⁴ A drawing without exact measurements and actually observable objects can only have a sketchy significance, for the guidance of the parties. It cannot be used to deduce the precise location of a boundary. This situation differs only if a drawing is registered with exact measurements.

In this case, it was agreed that a 3D file can more or less be regarded as such a sketch, but then in 3D form. It served purely for the guidance of parties and could not imply any private-law restriction of the building rights of the owner. This was explicitly stated by the parties in the notarial deed. It was also stated that if the representation of the 3D file were to differ from the description of the rights in the previous deed of establishment, the description in the previous deed of establishment would take precedence.

The land registrars also determined that it was not necessary for the land surveyor to measure exact boundaries in 3D. This would only complicate the situation and has no sense regarding the “sketchy” purpose of the file.

To register, it is sufficient that there is a consent of the land registrar. A concept of the notarial deed and the 3D file have to be sent to the land registrar in advance. The land registrar is then able to judge in advance whether deed and file will be registered.

The 3D representation was produced by the architect that designed the project.⁵ He made use of the 3D design drawings (in 3D CAD) that he

⁴ See also R. Roes: ‘*Meten is weten*’, WPNR 2008/6750.

⁵ See also in this regard: H.D. Ploeger, J.E. Stoter, R. Roes, E. Van der Riet, ‘*Eerste 3D-registratie in Nederlands Kadaster*’, Geo-info 2016-5.

had already produced and the 2D drawings that were registered with the deeds of establishment. On the basis of these, he presented the volumes representing the scope of the individual rights. Finally, he presented these in 3D PDF files.

In the production of the 3D file, it was found that questions arose that would not normally need to be addressed. For example, there were 2D drawings showing a revolving door. This did not rise as high as the ceiling. Because a 3D visualisation was produced, the question suddenly arose of who owned the space above the revolving door. After all, the entire 3D visualisation had to be covered by all volumes. No gaps could arise. If no building rights applied, the conclusion would have to be that the relevant space formed part of the volume representing the ownership.

Consequently, an explicit choice had to be made regarding who owned the space above the revolving door.

Another question that was raised was how the building rights relating to technical installations, lifts and stairways should be presented. Should this presentation be limited to the physical object, or should the volume necessary for the normal exercise of the right (walking up and down the stairway) also be presented with the physical object? This explicitly does not concern the question of whether a building right can be established for a volume. It concerns the question of what the *presentation* of a building right that concerns a 'work' (formulation of Article 5:101 of the Dutch Civil Code) should be. Ultimately, in the interests of clear identifiability of the building rights, a choice was made to present the physical object including the volume.

When the 3D visualisation was produced, the file together with a concept of the notarial deed was sent to the land registrar. The land registrar accepted it and took the 3D file on deposit and gave the file a deposit number. The registration of the additional deed then took place, in which the civil-law notary made a reference to the deposit number assigned by the land registrar. The deed and the deposit number were then jointly registered on 21 March 2016.

In order to make it clear in the BRK that a 3D visualisation was involved, an object note was added to the relevant cadastral parcels, reading: 'Object involved with the 3D complex designation 3D2016001'.

The rights were assigned an index number. 1 stands for ownership and the indices 2 to 6 for the individual building rights. A note was added with the right to which index 1 was assigned, stating '3D presentation present,

3D201601 index 1'. A similar note stating the relevant indices was also shown with the other rights.

The indices registered in the BRK correspond with the indices referred to in the deed and in the 3D visualisation attached to the deed. The individual volumes in the 3D visualisation can be shown both per individual index and in combination.

EVALUATION AND LESSONS LEARNED

Following the consultation, an evaluation of the registration took place with a group of stakeholders from the worlds of research, notarial practice and the Land Registry.

On this basis, a number of 'lessons learned' were formulated:

- The 3D registration should form part of the registration process from the start, in order to avoid the risk of discrepancies arising between the 2D drawings and the 3D file. Coordinating the 3D file with the 2D drawings required a considerable investment of time in the project.
- The 3D file offers a better way of complying with the specialization principle than conventional measurement of 'postage-stamp parcels' within complexes. The current cadastral regulations do make measurement of these parcels mandatory, but this may be changed in due course, so that these measurements are not required where a 3D visualisation is available. If the costs of the drawing are less than the measurement costs, a financial benefit for the client could also arise.
- The 3D file is a good 3D model. But this is not enough to facilitate full transparency. The main issue is also to realise a good user interface. For follow-up projects, a better user interface is needed than that used in Delft. This better user interface must ensure that those who view the file can move intuitively through the model, without first needing knowledge of the system.
- Implementing changes from a 3D CAD design to a 3D PDF file is too laborious. A standardised workflow is needed in order to be able to implement last-minute changes quickly. This is a condition for being able to register a 3D file at the same time as the establishment of rights.

There are also a number of other research questions:

- Should it be possible to view the 3D presentation separately on the cadastral map? And if so, what would this then mean for the legal value of the drawing? With the current registration, the 3D file had a similar legal value to that of a sketch without precise measurements.

To what extent does this fit with a presentation on the cadastral map (which contains a general location of parcels without precise measurements)? Would it then gain the value of a provisional drawn cadastral boundary? And would verification then take place afterwards, in order to make the details precise?

- To what extent can the 3D visualisation be a further realisation of the specialization principle? What would this mean for verification of the 3D file? Is verification necessary to ensure that precise measurements are present, or is the general presentation sufficient to generate transparency? After all, one could also wonder what the value of the precise measurements and boundaries is of the postage stamp parcels within complexes.
- Should all real rights be visualised in a complex, or is this a matter of free choice for the civil-law notary?
- Could the registration of a 3D file be made compulsory for certain combinations of rights? Or should this remain at the discretion of the parties?
- What if new real rights were established on a parcel forming part of a 3D complex? Can updating of the 3D file then be made compulsory, or can the 3D file be regarded as a snapshot for which rights may arise later, in addition to the 3D file?

The visibility on the cadastral map must also be taken into consideration with this question. With a visible visualisation on the cadastral map, it is obvious that the latest complete situation must be shown.

CLOSING REMARKS

Although the phenomenon of 3D registration was for a long time confined to an academic exercise, an actual registration of a 3D file has now also taken place in practice. This provided insight, but also raised new research questions. These should be answered before a broad roll-out of 3D registration can take place.

One of the most important lessons learned for the Land Registry is that a better user interface is needed before a new registration can be made. Work is currently in progress on this user interface. The Land Registry will be able to perform new pilots as soon as it becomes available.

Also more standardisation is needed in order to be able to implement last-minute changes from a 3D CAD design to a 3D PDF file. It would be best if there could not only be a standardized process, but also a standardized method, approved by the Land Registrar, at which the 3D CAD

design can be converted to a 3D PDF file. It would give stakeholders the opportunity to implement last-minute changes more quickly

In addition, other interesting developments can be seen in the 3D field in related domains. The growing interest in spatial planning above and below ground has now led different municipal authorities to develop 3D environs visions and 3D environs plans. In the coming years, registration and viewing of 3D environs documents must also be supported in the context of the Environment and Planning Act. Benefits can probably be achieved if it becomes possible to make a link in 3D between 3D registration in the public land registers/BRK and the 3D environs file. In this way, various developments could reinforce each other, ultimately offering viewers of the public registers and BRK a perfect service.

LA INFORMATIZACIÓN Y DESPAPELIZACIÓN COMO VEHÍCULO HACIA UNA EXITOSA VINCULACIÓN ENTRE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y LOS ORGANISMOS CATASTRALES

Cristina Noemí Armella y Sebastián E. Sabene

Universidad Notarial Argentina

XXI Congreso Mundial de Derecho Registral

Centro Internacional de Derecho Registral (IPRA-CINDER)

Cartagena de Indias (Colombia), 2 al 4 de Mayo de 2018

I. INTRODUCCIÓN

La función registral y la función catastral constituyen verdaderos servicios públicos. Con independencia del ordenamiento jurídico registral de cada Estado y del diagrama sobre la base del cual se organice la prestación del servicio, es preciso tener claro que estamos en presencia de dos funciones públicas que se colocan frente a la figura de un usuario.

En la moderna concepción del servicio público, la Administración Pública ha cedido su protagonismo al usuario, poniendo énfasis en la eficiencia, la agilidad y la reducción de costos, fundamentalmente cuando la función pública se encuentra íntimamente ligada al tráfico negocial de inmuebles.

En esta Ponencia, abordaremos dos ejes temáticos: a) los **mecanismos de coordinación** entre los registros de la propiedad y los catastros al servicio de la seguridad jurídica; y b) la imperiosa **canalización informática** de ellos.

En todo su desarrollo, la perspectiva se ubicará en la necesidad de concretar la prestación del servicio público de modo tal que resulte temporal y económicamente posible y conveniente para los usuarios.

II. LA COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN ENTRE

LA FUNCIÓN REGISTRAL Y LA FUNCIÓN CATASTRAL

La distinción entre la *función registral* y la *función catastral* es nítida.

La primera – generalmente ejercida por un ente que integra el organigrama estatal, enmarcado en alguno de los Ministerios que integran el Poder Ejecutivo Nacional o local, de acuerdo a la organización registral de cada Estado – cumple una función puramente jurídica, cual es la de inscribir y dar publicidad a las situaciones jurídicas registrables, de conformidad con lo normado por el ordenamiento vigente.

La segunda, por su parte, se revela mediante el funcionamiento de un registro de carácter físico, que tiene por finalidad tomar razón del estado de hecho de los inmuebles, a partir de la recolección de datos que servirán, en gran medida, a los registros inmobiliarios para conocer la conformación física de los inmuebles.

La apuntada nitidez en el deslinde de estas funciones registrales no impide identificar que comparten su objeto: el *inmueble*, cuyo conocimiento, a partir de la coordinación de los datos que el Estado conoce del mismo, es la apoyatura fundamental para mejorar, paso a paso, la construcción y andamiaje de la seguridad jurídica en el mercado inmobiliario.

Ésta última – valor jurídico universal que debe ser cuidadosamente resguardado – constituye el destino común hacia el cual deben dirigir sus esfuerzos las entidades que asuman, en sus respectivas órbitas, el ejercicio de la función catastral y la función registral.

a.- Organización de la función registral y la función catastral en la República Argentina

La vinculación entre ambas funciones se organiza en cada país a partir de la valoración de distintas variables, tales como sus normas constitucionales, su geografía, su realidad social, cultural, económica y política.

En el caso de la República Argentina, ambas funciones se ubican dentro del organigrama estatal, ciertamente teñido por nuestro sistema federal, pues el territorio de nuestro país se divide en veinticuatro demarcaciones territoriales – veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – en función de las siguientes características:

- a.- Existencia de una *norma nacional* que declara los principios rectores;
- b.- Existencia de *normas locales* (de alcance provincial) que reglamentan tales principios en cada demarcación;

c.- *Ejercicio de la función registral y la función catastral por entidades de carácter local (provincial)*

d.- *Agrupación de las entidades locales en Consejos Federales;*

Abordaremos cada uno de estos elementos seguidamente.

a.1.- Las normas nacionales

Tanto la función registral como la función catastral tienen un marco normativo nacional, que pronuncia los principios registrales y los principios catastrales que deben observarse en la prestación de estos servicios públicos a nivel local.

La función registral se encuentra legislada en la Ley Nacional N° 17.801, sancionada el 28 de Junio de 1968 y vigente desde el 1° de Julio de ese mismo año.

Por su parte, la función catastral actualmente halla su norma nacional en la Ley N° 26.209, sancionada el 20 de Diciembre de 2006, habiendo iniciado su vigencia el día 26 de Enero de 2007.

De esto se colige que, sin perjuicio del carácter local de los registros inmobiliarios y los registros catastrales, en ambas funciones públicas existe *una norma única y nacional que debe respetarse y aplicarse en un marco de prolija constitucionalidad*.

a.2.- Las normas locales

Se desprende de las mismas normas nacionales la existencia de normas locales que reglamentan el funcionamiento de los registros inmobiliarios y los registros catastrales, con debido apego a la norma nacional correspondiente.

Ello permite legislar con otra especificidad cuestiones sustanciales y procedimentales, en franca recepción de las distintas realidades que se presentan en cada demarcación, permitiendo – en el caso de la función registral – que las legislaciones locales puedan señalar el carácter registrable de ciertos documentos, que no tendrán esta calidad en otras demarcaciones¹.

¹ El artículo 2°, inciso “c”, de la Ley Nacional N° 17.801, en su texto reformado por la Ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación), dispone que: “*De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: (...) c) Los establecidos por otras*

De ese modo, actualmente en la República Argentina, rigen – además de las dos leyes nacionales mencionadas – veinticuatro leyes registrales y veinticuatro leyes catastrales.

a.3.- Registros inmobiliarios y registros catastrales locales

Las leyes nacionales de registro inmobiliario y de catastro contemplan el ejercicio de estas funciones públicas por *entidades de carácter local*.

Así, el artículo 1º de la Ley Nacional Nº 17.801 establece que “*quedarán sujetos al régimen de la presente ley los registros de la propiedad inmueble existentes en cada provincia y en la CAPITAL FEDERAL*²”.

Por su parte, el artículo 1º de la Ley Nacional Nº 26.209 proclama que “*los catastros de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son los organismos administradores de los datos correspondientes a objetos territoriales y registros públicos de los datos concernientes a objetos territoriales legales de derecho público y privado de su jurisdicción*”.

La inexistencia de un registro inmobiliario nacional o de un organismo catastral con tal alcance obedece fundamentalmente a nuestra inmensa extensión geográfica, que impediría concentrar en un solo órgano el desarrollo de cada una de estas funciones públicas.

En algunas demarcaciones territoriales – v.gr. Provincia de Santa Fe, Provincia de Mendoza, Provincia de Entre Ríos, entre otras – subsisten distintos registros inmobiliarios dentro de una misma Provincia en virtud de leyes provinciales que así lo disponen, coincidiendo, en algunos casos, con las Circunscripciones en que se dividen los Colegios Notariales locales.

Se resalta, en suma, que nuestro modelo registral y catastral es de *gestión descentralizada*, es decir, hay tantos catastros y registros inmobiliarios como Estados locales existen, encontrándose estas funciones públicas a cargo de la Administración local.

a.4.- Agrupación en Consejos Federales

La multiplicidad de registros inmobiliarios y organismos catastrales en la República Argentina, aunque obedezca a nuestro sistema federal, presenta inconvenientes y desafíos que es preciso asumir ante este fenómeno, pues debe equilibrarse la natural y subjetiva diversidad de criterios con los

leyes nacionales o provinciales”.

² Esta demarcación corresponde a la actual Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir de la reforma constitucional de 1994.

mandatos de la legislación nacional que deben cumplirse con apego a la Constitución Nacional.

Es por ello que asumen un preponderante rol dos organismos federales: el Consejo Federal de Registros de la Propiedad Inmueble, creado por la Ley Nacional N° 26.387³; y el Consejo Federal del Catastro, contemplado en el artículo 15 de la Ley Nacional N° 26.209.

Cada uno de ellos se integra con los Directores de los registros y catastros locales, respectivamente, y tienen por objeto la agrupación de ellos con la finalidad de unificar criterios y buscar puntos de homogeneidad en medio de la heterogénea realidad que presenta el tráfico inmobiliario en las distintas demarcaciones argentinas.

Sendos Consejos Federales llevan a cabo, con distinta periodicidad, Reuniones Nacionales de Directores, en cuyo seno se proclaman Recomendaciones para los organismos locales, manifestando con notable frecuencia su constante preocupación y ocupación en mejorar la vinculación entre los registros inmobiliarios y los catastros locales.

b.- La vinculación entre Catastro y Registro en la República Argentina

Sobre la base de la breve explicación del panorama registral y catastral en nuestro país que hemos expuesto en el apartado anterior, es fácil advertir que la vinculación entre los registros inmobiliarios y los catastros, se da en diferente medida – y con diversos modelos – en las distintas Provincias que componen el territorio de nuestro país.

Enfocada la cuestión desde el derecho comparado, se afirma que existen distintos modelos de vinculación entre la función registral y la función catastral, a saber:

b.1.- Modelo de integración.

Se caracteriza por la fusión de las funciones registral y catastral, que se desarrollan bajo una misma Dirección, practicando las anotaciones o inscripciones sobre el mismo soporte (folio, cédula, etc.) o sobre soportes diferentes (folio real para las inscripciones atinentes a la función registra; y cédula o folio catastral para las inscripciones concernientes a la función catastral).

Por supuesto, presenta como ventaja el instantáneo y efectivo conocimiento de las mutaciones registrales y catastrales, de modo que no es

³ Arg. art. 41 bis, Ley Nacional N° 17.801.

posible que exista un dato catastral que el registrador desconozca; ni un dato registral que escape al conocimiento del Organismo Catastral, pues ambos están integrados en un solo organismo, o como órganos bajo una misma Dirección.

El modelo de integración se observa en algunas Provincias del Noroeste de la República Argentina, v.gr., Provincia de Salta y Provincia de Jujuy.

La compatibilidad o incompatibilidad del modelo de integración depende del régimen de constitución o transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, del carácter declarativo o constitutivo que tengan los registros inmobiliarios y de la unicidad o multiplicidad de folios que se utilicen.

Pensamos que en regímenes jurídicos como el argentino – en el cual la adquisición derivada por acto entre vivos de derechos reales sobre inmuebles se produce extrarregistralmente con *título suficiente* (acto jurídico idóneo para servir de causa a la transmisión o constitución del derecho real, instrumentado en escritura pública en atención a la seguridad que aporta la función notarial en el tráfico inmobiliario) y *modo suficiente* (consistente en la tradición del inmueble, para aquellos derechos reales que se ejercen por la posesión)⁴; accediendo luego el título al Registro de la Propiedad Inmueble, no con la finalidad de producir la transmisión del derecho real sino con el objeto de *mejorar la oponibilidad frente a terceros interesados y de buena fe*⁵ – la elección del modelo de integración registral y catastral debe ser cuidadosamente aplicado para evitar que la práctica registral y catastral contravengan disposiciones nacionales.

Afirmamos que es recomendable que, en tales supuestos, el organismo que tenga a su cargo el ejercicio de ambas funciones (registral y catastral) no sólo las organice en distintas divisiones o departamentos, sino que cada una de ellas dé publicidad a las situaciones jurídicas o de hecho correspondientes, trabajando sobre distintos folios, pues de lo contrario una mutación parcelaria podría generar la apertura de un nuevo Folio Real con la sola registración del plano de mensura, situación que, en el derecho argentino, no es jurídicamente posible, pues el dominio de un inmueble no puede modificarse sino con arreglo a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, es decir, con título y modo suficientes.

b.2.- Modelo de colaboración.

Este segundo modelo se caracteriza por la coexistencia de dos órganos distintos – por una parte, el Registro de la Propiedad Inmueble; y por la

⁴ Arg. art. 1892, Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994).

⁵ Arg. art. 1893, Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994).

otra, la Dirección de Catastro correspondiente – que trabajan sobre una misma base de datos.

Se reitera lo manifestado en el apartado anterior en torno a la cautela con que debe aplicarse también este modelo cuando el registro es declarativo, para evitar que cambie la situación registral sin previa instrumentación en sede notarial, cuando la legislación nacional así lo establece.

La utilización de una misma base de datos, de la mano de la comprometida informatización a la que haremos referencia *ut infra*, permite que el registrador conozca datos catastrales, y que los catastro conozcan datos registrales, sin necesidad de que la inscripción en uno de ellos impacte necesariamente con el mismo carácter en el otro.

Este modelo presenta notables bondades, en tanto no se confunda esa única base de datos con la diversidad de folios que corresponden a los registros inmobiliarios y a los catastros.

b.3.- Modelo de coordinación.

En este tercer modelo, no sólo las funciones públicas que abordamos se encuentran en manos de distintos órganos estatales, sino que cada uno de ellos se nutre de una base de datos diferente. Es el modelo seguido en la mayor parte de las Provincias argentinas.

Aquí, al menos estáticamente, se presenta una división total, frente a la cual debemos extremar esfuerzos para garantizar mecanismos de coordinación que eviten que datos catastrales de interés del registrador resulten desconocidos por éste último, y viceversa.

En atención a la heterogeneidad que brota del carácter local de los registros inmobiliarios y catastros argentinos, no todas las provincias han logrado, a la fecha, idéntico avance en esta cuestión, sin perjuicio de lo cual, en diferentes ámbitos académicos han existido pronunciamientos doctrinarios conjuntos encaminados hacia el mejoramiento de los mecanismos de coordinación existentes.

Nos permitimos distinguir, entre ellos, lo debatido y concluido en el seno del XIX Congreso Nacional de Derecho Registral, que ha tenido lugar los días 5 y 6 de Octubre en la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, evento académico organizado por el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina, cuya Comisión N° 2 abordó el tema que aquí nos ocupa, en un intenso debate que enlazó a Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, Directores de Catastros, notarios, abogados, miembros del Poder Judicial y agrimensores, demostrando sus distintos enfoques y confirmando que *la diversidad no es sinónimo de incompatibilidad*.

Se ha concluido entonces que *“la seguridad jurídica en la dinámica de los derechos reales exige actualmente una adecuada y actualizada coordinación entre el Registro de la Propiedad Inmueble y el Catastro Territorial”*.

Seguidamente, se ha valorado la reunión de esfuerzos e incumbencias de los distintos sectores involucrados a tenor de la siguiente Conclusión: *“En el sistema de publicidad de Derechos Reales argentino, ejemplo en el mundo entero, confluyen esfuerzos de la actividad pública y privada de una manera armoniosa y eficaz. El agrimensor (sector privado) determina los límites y representa con planos los objetos de los derechos reales que se ejercen por la posesión. El Catastro (sector público) publicita mediante el certificado catastral esos objetos. El Notario (sector público y privado) interviene en el nacimiento, modificación, transferencia y extinción de los derechos reales inmobiliarios autorizando las escrituras públicas necesarias para ello. Y el Registro Inmobiliario (sector público) publicita los documentos portantes de los derechos reales”*.

En los apartados siguientes, expondremos los principales mecanismos de coordinación que existen en algunas demarcaciones argentinas a fin de garantizar el cruzamiento de datos indispensables para que el servicio registral y el servicio catastral se presenten adecuadamente y con eficiencia, en beneficio del tráfico jurídico de inmuebles.

c.- Comunicación de planos registrados al Registro de la Propiedad Inmueble

La registración de los documentos planimétricos que proyectan mutaciones parcelarias – que sólo producirán el efecto perseguido cuando sean protocolizadas en una escritura pública portante de un acto que sirva de causa a la constitución, transmisión, declaración o modificación de un derecho real sobre el o los inmueble/s involucrado/s – es competencia de los Organismos Catastrales locales, de modo que, en la República Argentina, aun cuando los registros inmobiliarios tomen contacto con los planos sobre cuya base se modificó el objeto de derecho por escritura pública, no es a ellos a quienes incumbe darles publicidad.

Sin embargo, en los modelos de coordinación – como el que predomina en Argentina – si el Organismo Catastral se limita a registrar el plano de mensura sin cursar ninguna comunicación al Registro de la Propiedad Inmueble, fácil es advertir que ello ocasionará un desacuerdo entre la situación catastral y registral del mismo inmueble. Se trata de una anomalía que debe ser prevenida a través de algún sistema de coordinación que garantice que los registros inmobiliarios entren en conocimiento de los planos que se aprueban y registran en relación con los inmuebles matriculados.

En Argentina, ha adquirido particular relevancia la experiencia de la Provincia de Buenos Aires, luego seguida por otras demarcaciones, por cuanto dispuso localmente que toda registración de un plano de mensura por parte de la Dirección de Catastro debe ser comunicado al Registro de la Propiedad Inmueble para que éste último le dé publicidad indirecta a la nueva planimetría en la/s matrícula/s involucrada/s.

A fuerza de ser reiterativos, remarcamos que la publicidad del plano que se produce en el registro inmobiliario es una publicidad indirecta, pues no es posible conocer el contenido del plano sino sólo los datos necesarios para luego consultarlo ante el Organismo Catastral a través de alguno de los medios de publicidad formal.

Esa publicidad indirecta se materializa con la confección de la llamada “*nota de plano*”, que es una breve anotación practicada en el rubro destinado a la designación del inmueble que contiene: a) la leyenda “plano de mensura”; b) el número o característica de plano; c) la fecha de aprobación; d) las parcelas comprendidas; e) las parcelas originadas; y f) las inscripciones que afecta.

Debemos recordar que, en virtud de nuestro sistema registral declarativo, la mencionada nota de plano no ha producido aún ninguna mutación parcelaria, del mismo modo que la matrícula conserva vigencia. En suma, el inmueble aún no se ha modificado.

Sin embargo, la nota de plano produce los siguientes efectos⁶:

- a.- Para el titular dominial, ya desde su registración en Catastro importa una restricción a disponer de acuerdo a plano, y no de acuerdo al título vigente⁷.
- b.- Para los terceros interesados y de buena fe, importa una publicidad noticia, impactando en su buena fe.
- c.- Para el notario autorizante del acto, es un indicador que incide en el ejercicio de su función, ya que deberá conocer que –cuando existe la nota de plano– no podrá autorizar una escritura pública continente de un acto dispositivo sino de conformidad con la mutación parcelaria que el plano representa.

La experiencia ha arrojado un resultado positivo, si se advierte que este tipo de mutaciones, que inciden en el catastro gráfico, es decir, en la con-

⁶ SABENE, Sebastián E., *Registro Catastral*, p. 127 y ss.

⁷ Sin perjuicio de ello, hay demarcaciones en que, aun en tal circunstancia, se permite la disposición de acuerdo a título, asumiendo el adquirente la restricción.

formación de la parcela con sus elementos esenciales y complementarios, se publicitan en catastro, con adecuado impacto en la matrícula registral.

Posteriormente, cuando se ruegue la inscripción del título portante del acto constitutivo, traslativo, modificatorio o declarativo de derecho real sobre dicho inmueble, que haya protocolizado el plano registrado en Catastro y comunicado al registro inmobiliario, se producirá la cancelación de la matrícula originaria y la apertura de la/s nueva/s matrícula/s, dando reflejo registral al nacimiento del nuevo objeto de derecho.

d.- Contralor de la subsistencia del estado parcelario del inmueble con carácter previo a la constitución o transmisión de derechos reales

Hasta aquí nos hemos referido, en todo momento, a cuestiones propias del catastro gráfico, es decir, de aquella perspectiva del derecho catastral que pone el acento en el inmueble por naturaleza, en el suelo, de modo que cualquier modificación en el fraccionamiento o englobamiento del suelo requiere la previa confección, aprobación y registración de un plano de mensura.

Mas paralelamente, interesan a los Organismos Catastrales las cuestiones atinentes al catastro parcelario, es decir, a las accesiones físicas que se incorporan al suelo con carácter permanente, pues ellas aumentan el valor del inmueble y deben ser conocidas por los catastros, considerando que una de las finalidades que éstos persiguen es el conocimiento de la riqueza territorial.

La modificación del estado constructivo del inmueble se produce fácticamente, existiendo diversas vías para que el Estado tome conocimiento de ellas, a saber:

- a.- la comunicación voluntaria por parte del titular de dominio o los condóminos;
- b.- la denuncia de terceros que ponen el hecho en conocimiento del Organismo Catastral local;
- c.- los sistemas de fotografía aérea o satelital;
- d.- la obligación de verificar la subsistencia del estado parcelario con carácter previo a la constitución o transmisión de derechos reales.

Nos detenemos en este último caso, pues exige una función coordinada entre el Organismo Catastral, el Registro de la Propiedad Inmueble y el notario.

Todo notario deberá tener a la vista, antes de autorizar una escritura pública que contenga un acto de constitución o transmisión de derechos reales inmobiliarios, el pertinente certificado catastral que, a su vez, no

será expedido si el estado parcelario ha vencido y no se ha confeccionado nueva cédula catastral⁸. Es oportuno indicar que los plazos de vigencia de los estados parcelarios deben ser fijados por las leyes provinciales⁹.

La apuntada verificación se lleva a cabo mediante la contratación de los servicios de un agrimensor – profesional liberal, matriculado y colegiado, con título universitario de grado e incumbencia en el área de la agrimensura o topografía – que se constituirá en el inmueble y practicará las mediciones técnicas pertinentes a fin de conocer si el estado constructivo de la parcela que luce en la cédula catastral inscripta en Catastro, coincide con la situación de hecho, o si ha sufrido alteraciones. Del mismo modo, verificará los elementos esenciales de la parcela (ubicación georreferenciada, límites y medidas).

En caso de coincidencia, el agrimensor efectuará un informe técnico dando cuenta de esta circunstancia ante el Organismo Catastral, procediendo éste último, a petición del notario, a expedir el Certificado Catastral pertinente para que la operación inmobiliaria pueda concretarse.

Si se advierten alteraciones no denunciadas ante Catastro, será menester la confección de una nueva cédula catastral y su inscripción en el Organismo Catastral, para que luego se proceda a la expedición del referido certificado.

De este modo, el Estado se garantiza el conocimiento de las eventuales mejoras que acceden al suelo, formando un todo con el inmueble, en ocasión de circular los bienes en el tráfico negocial.

e.- Presentación del Certificado Catastral en ocasión de rogar la inscripción registral de la escritura pública

La coordinación entre la función registral y la función catastral, en lo concerniente al catastro parcelario, no sólo se advierte en los actos preescriturarios que acaecen en una etapa anterior a la celebración del negocio jurídico, sino que también se comprueban en la fase post-escrituraria, específicamente en ocasión de rogar la inscripción del título en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La Ley Nacional de Catastro, en la República Argentina, impone la necesidad de acompañar, junto con la documentación correspondiente, el Certificado Catastral pertinente¹⁰, cerrando de este modo todo el circuito de coordinación que inició su trazo en la etapa precontractual.

⁸ Arg. art. 12, Ley Nacional N° 26.209

⁹ Arg. art. 9°, Ley Nacional N° 26.209

¹⁰ Arg. art. 13, Ley Nacional N° 26.209.

Como conclusión parcial de este primer eje temático, con independencia del modelo de vinculación entre la función registral y la función catastral, debe erigirse como un compromiso de los distintos sectores profesionales y funcionales involucrados, la continua búsqueda de la optimización de la coordinación entre ellas.

En el segundo eje temático, de estrecha vinculación con este tópico, abordaremos la informatización y modernización de los Registros de la Propiedad Inmueble, con especial referencia a las comunicaciones internas entre ellos y los Organismos Catastrales.

III. INFORMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

La **informatización** de los registros, estrechamente vinculada a la **des-papelización** de los trámites registrales y a la implementación de herramientas tecnológicas adecuadas no solamente es ineludible para la gestión y funcionamiento internos de los registros de la propiedad, sino también para fortalecer la vinculación entre éstos y los organismos catastrales, pues resulta necesario que la función registral y la función catastral se desarrollen con **equilibrio y comunicación** para permitir una fluida y exitosa circulación de los bienes.

En el ya mencionado XIX Congreso Nacional de Derecho Registral, en Argentina, se concluyó que *“la tecnología disponible actualmente facilita notablemente el anhelo de complementariedad y colaboración entre el registro inmobiliario y el catastral, especialmente el avance y desarrollo exponencial de las TIC (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones)”*.

Organizaremos nuestra exposición, ocupándonos primeramente de la informatización de los registros de la propiedad y los catastros por separado, para luego detenernos en la implementación de nuevas tecnologías para facilitar la vinculación entre ambos.

a.- Informatización de los registros de la propiedad inmueble. La situación en la República Argentina

La implementación y optimización de las herramientas tecnológicas en la prestación de servicios públicos es la clave fundamental para mejorar su rendimiento y calidad.

En ese orden de ideas, la informatización de los registros de la propiedad inmueble es un tema que ocupa a los Congresos y eventos nacionales e internacionales, colocando a los Estados en el actual desafío de modernizar la institución resguardando debidamente la seguridad jurídica.

En la República Argentina, en atención al mencionado sistema federal, los diversos Registros de la Propiedad Inmueble, de alcance local, han desarrollado distinto grado de modernización e informatización.

Puede indicarse como tendencia la implementación de la *minuta electrónica*, que ha permitido informatizar el instrumento en el cual se vuelca la rogación de inscripción del documento registrable, insuflando una cierta agilidad a las inscripciones registrales. Sin embargo, la mera informatización de la rogación no logra despapelizar, por cuanto esa minuta electrónica debe ser impresa y presentada junto con el documento registrable, materializándose, con expresión cartular, la petición de registración.

Por tal motivo, hoy se centra el debate en la procedencia, o no, de informatizar el documento registrable.

Sin anticipar conclusiones, proponemos dividir el estado de debate actual, según se trate de documentos judiciales o notariales.

a.1.- Informatización en la inscripción de documentos de origen judicial

Desde hace algunos años, se advierten puntuales intentos de acercamiento a la implementación de avances tecnológicos en el funcionamiento de los sistemas informáticos de los Poderes Judiciales locales, que van desde el deber procesal que tiene la parte de enviar al sistema web los escritos y documentos ya acompañados en soporte papel, scaneados en formato “pdf” para ser alojados y publicitados en el sitio web del Poder Judicial, permitiendo una visualización informática casi completa del expediente (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); hasta la utilización de la firma digital para la presentación de escritos y otros documentos judiciales, en franco reemplazo a la presentación del escrito en soporte papel, sin perjuicio que el escrito – con el cargo electrónico correspondiente – sea impreso y glosado al expediente por el órgano judicial (Provincia de Buenos Aires).

En lo atinente a los avances tecnológicos vinculados a la inscripción registral de documentos judiciales informáticos, tomamos como ejemplo la situación de la Provincia de Buenos Aires, por las particularidades que presenta su situación informática actual en atención a la implementación de la firma digital por parte de los funcionarios judiciales y de los letrados actuantes.

El 06/08/2012 se celebró un Acuerdo de Colaboración y Comunicación Tecnológica entre la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad, a los fines de avanzar en la utilización de recursos informáticos para optimizar el servicio registral.

A partir de ello, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por Resolución N° 2757/2012 dispuso la realización de una prueba piloto para la inscripción de medidas cautelares, su modificación, reinscripción y levantamiento, provenientes del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 14 del Departamento Judicial La Plata; esta prueba piloto luego se amplió a otros Juzgados.

La implementación tecnológica implica:

- a.- El envío del oficio y/o testimonio judicial electrónicos con firma digital del Secretario del órgano jurisdiccional;
- b.- Inexigibilidad de folio de seguridad, por cuanto el sistema informático garantiza la autenticidad del documento registrable;
- c.- Aprobación de modelos únicos de oficios y testimonios que se utilizarán tanto en su soporte electrónico como en soporte papel;
- d.- Comunicación electrónica del resultado de la calificación registral (nota de registración definitiva o provisional, adjuntando el volante de observaciones en este último caso);
- e.- Ingreso electrónico del formulario subsanatorio, adicionando el original.

Actualmente, se transita un proceso paulatino de incorporación de otros juzgados y de bienes situados en distintos partidos de la Provincia de Buenos Aires al empleo del oficio electrónico con desplazamiento del oficio en soporte papel.

Las positivas experiencias arrojadas en la implementación de estos recursos tornan aconsejable su utilización traduciéndose en una simplificación y optimización del servicio registral y el servicio judicial en beneficio de los operadores jurídicos y de los particulares.

Con vistas a la proyección nacional en este camino de modernización del servicio público en sus distintas áreas, pueden señalarse como aspectos a considerar:

- a.- La instrumentación judicial electrónica a partir de la incorporación de la firma digital del funcionario judicial autorizante del documento registrable;
- b.- La comunicación electrónica a partir de sitios web seguros que minimicen riesgos que comprometan la seguridad en el acceso virtual del documento al ente registral;
- c.- La aplicación de un procedimiento virtual que, en el marco de las seguridades pretendidas, sea susceptible de desplazar paulatinamente

los distintos mecanismos locales de constatación de autenticidad de los documentos judiciales registrables;

d.- Comunicación electrónica de la calificación registral;

e.- Reingreso del documento subsanatorio por vía electrónica.

Sin embargo, debe advertirse que la aplicación de este procedimiento informático *no desplaza la existencia del expediente judicial en soporte papel*. Simplemente informatiza la expedición del oficio judicial que contiene la manda inscriptoria y todo el trámite de registración. Pero el expediente, con sus medios probatorios glosados y las distintas piezas que lo componen, continúa teniendo soporte material.

a.2.- Informatización en la inscripción de documentos de origen notarial

Las escrituras públicas autorizadas por el notario en ejercicio de su función, como así también las actas notariales (éstas últimas, en los supuestos en que excepcionalmente constituyen un documento registrable), son de *facción protocolar*.

El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro notarial, erigiéndose como el soporte material de la matriz de la escritura pública. Esos folios móviles, una vez utilizados, conforman el protocolo anual que posteriormente se encuaderna en tomos.

Se advierte en la doctrina argentina que el Código Civil y Comercial de la Nación ha hecho un distingo apropiado entre los vocablos “protocolo” y “registro”, pues mientras éste último *“es la abstracción jurídica por medio de la cual se identifica la actividad estatal que inviste al escribano público de la potestad de dar fe, el protocolo es una realidad física, compuesta de un soporte papel que hace a la matricidad de las escrituras públicas que en él se escriban y de los documentos que allí se inserten”*¹¹.

Con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha planteado, en el ámbito doctrinario argentino, con qué alcance se ha incorporado el instrumento electrónico.

En términos generales, su artículo 286 reconoce que la expresión escrita puede tener lugar por instrumento público o instrumento particular, pudiendo constar en cualquier soporte *“siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”*.

¹¹ ARMELLA, Cristina Noemí. En: CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (Coord.). Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Tomo I, comentario al art. 300, pág. 764.

Se completa esta norma con la segunda parte del artículo 288, por cuanto dispone, en relación con la firma, que *“en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”*.

La amplitud que se advierte en la regulación de los instrumentos en el derecho positivo argentino cede, en cierta medida, frente a la regulación específica de las escrituras públicas, especie concreta y principal de los instrumentos públicos.

Dispone el artículo 299 del mencionado Código que *“la escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos”*. Es claro y conocido que la escritura pública no puede existir sin formar parte del protocolo notarial.

Éste último es regulado en el artículo 300, norma que proclama que el protocolo notarial *“se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario”*, exigiendo ciertamente que el protocolo tenga soporte papel.

Por consiguiente, afirmamos que los segmentos reproducidos de los artículos 286 y 288 del Código Civil y Comercial de la Nación no resultan aplicables a las escrituras públicas, pues en relación a éstas privan las normas especiales: los artículos 299 y 300.

Ello no obstaculiza la posibilidad de digitalizar la copia o testimonio, que es el instrumento que, en definitiva, ingresará al registro con la rogación de inscripción. Debe atenderse que el artículo 308 del Código, al legislar la expedición de copias o testimonios, dispone que *“este instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales”*.

Se concluye que, por aplicación de los artículos 286, 288 y 308, es jurídicamente posible, en la República Argentina, la expedición de copias o testimonios en soporte electrónico.

Actualmente, el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desarrolla un proyecto de digitalización de primeros o ulteriores testimonios, que constituye el puntapié inicial para informatizar el trámite de inscripción registral de los documentos notariales, pues ello, sumado a la implementación de la minuta electrónica, permitirá el ingreso del documento y la rogación por vía informática, con la consecuente adquisición de la prioridad registral.

Concluimos, entonces, que la aplicación de un procedimiento registral informático es posible en la República Argentina, sin que ello se vea ener-

vado por la existencia y subsistencia de un protocolo notarial en soporte papel.

a.3.- La informatización como medio idóneo para combatir el ingreso de documentos apócrifos a los registros de la propiedad

Del mismo modo, la utilización de los sistemas informáticos determina en la actualidad un impacto más abarcativo que el señalado, por cuanto permite, v.gr., fortalecer el control de autenticidad de los documentos judiciales que acceden al Registro a través de la implementación de procedimientos alternativos.

En esa tesitura, la reciente Disposición Técnico Registral N° 6/2017 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires responde, frente a la reiterada presentación de documentos registrables ficticios de origen judicial, estableciendo un procedimiento obligatorio de verificación de la existencia del expediente judicial en el sistema informático de la SC-JBA (Mesa de Entradas Virtual – MEV). Cuando exista concordancia, el registrador estampará un sello que se aprueba como Anexo de la DTR. En caso de discordancia, procederá a la inscripción o anotación provisionales en los términos del artículo 9, inciso “b” de la ley 17.801. Se exceptúan los documentos judiciales provenientes de determinados fueros cuyo acceso virtual no es posible o es restringido.

IV. INFORMATIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS CATASTRALES

La informatización de los registros de la propiedad inmueble debe ir acompañada de una correcta modernización de los Organismos Catastrales, pues ya hemos señalado la relevancia que tiene la vinculación entre ambos y de poco serviría que exista una marcada disparidad entre ellos, en lo que a este asunto se refiere. Se trata del tránsito hacia la seguridad jurídica: su éxito sólo puede lograrse andando a la par.

Con independencia de los modernos mecanismos de los que se valen los catastros para los relevamientos territoriales que permiten al Estado conocer positivamente la composición del riqueza económica del país para legislar, sobre su base, el derecho tributario, adoptar decisiones políticas y económicas, gestionar emprendimientos y desarrollos urbanísticos o el regular el uso y aprovechamiento del suelo, los Organismos Catastrales deben modernizar sus registros y reglamentar los procedimientos administrativos que en ellos se desarrollan economizando tiempo y dinero, para que los bondadosos contralores preescriturarios no se transformen en enemigos de la realidad inmobiliaria.

Es éste un aspecto de central importancia actual en la República Argentina, pues de cara al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, normas como las contenidas en sus artículos 1883 y 2116, contemplan la parte materialmente determinada de la cosa como objeto de derecho real.

Se vuelve necesario, entonces, identificar la representación gráfica que resulte eficiente para determinar la fracción de terreno sobre la cual recaerá el derecho real de que se trate, lo que adquiere particular relevancia en lo que al derecho real de superficie se refiere.

Sin involucrarnos, en esta ocasión, en la cuestión de fondo, advertimos que las distintas posturas que puedan adoptarse frente a este interrogante guardan estrecha relación con la modernización de los registros inmobiliarios y los catastros.

Así, mientras una postura sostiene que el plano de mensura debidamente inscripto en el Organismo Catastral es la vía adecuada para determinar la fracción de un inmueble que será objeto de un derecho real, aunque con esta determinación no necesariamente se esté subdividiendo el suelo; otra corriente de pensamiento encuentra en este procedimiento un enemigo de las exigencias ágiles y vertiginosas del mercado inmobiliario actual.

En este segundo sentido, se indica que la exigencia de un plano con inscripción registral en el Organismo Catastral implicará mayores costos y un tiempo incompatible con las necesidades de los particulares, en una perspectiva que se apoya y defiende la *agilidad negocial* como valor supremo en el derecho inmobiliario actual.

Mas, frente a ello, cabe resaltar que de poco sirve tal agilidad cuando no se construye el derecho sobre una plataforma sólida y segura como es la que debe aportar un plano de mensura. Se enfatiza ciertamente, entonces, la seguridad jurídica como elemento axiológico universal.

Afirmamos que la agilidad negocial y la seguridad jurídica no son valores incompatibles. Reconocen puntos en común y el correcto uso de las herramientas tecnológicas permite reducir su aparente distancia, en busca de procedimientos de aprobación y registración planimétricas que se desarrollen sobre una plataforma completamente informática que descomprima las exigencias burocráticas y pueda adaptarse a los retos del mercado actual.

V. INFORMATIZACIÓN EN LA VINCULACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE Y EL ORGANISMO CATASTRAL. ¿BLOCKCHAIN?

Enfocados en la temática vinculada a la necesaria reforma de los registros de la propiedad, puntualizando en su indispensable **informatización** y en la **vinculación de estos registros con los organismos catastrales**,

resaltamos la vital trascendencia de un correcto engranaje de estos factores para contribuir a un óptimo servicio registral y, con él, a la siempre anhelada **seguridad jurídica**.

Sostenemos, sin hesitaciones, que la adecuada vinculación entre la función catastral y la función registral, exige una **canalización informática**.

La tendencia mundial actual, explícitamente encaminada hacia la consagración de un **catastro multifinanciado**, debe compaginarse con la necesidad jurídica de conocer con certeza la **demarcación objetiva del inmueble** para que éste pueda ser objeto de derechos reales. Es una prerrogativa del adquirente – **usuario del servicio notarial, catastral y registral** – que integra la sustancia de su derecho de propiedad, de jerarquía constitucional.

Frente a la evolución de los catastros, a la experiencia de países que han optimizado la utilización de recursos tecnológicos para la actualización de su planimetría, y de cara a la llamada *democratización del dato*, que actualmente fluye en la gestión catastral de numerosos países, es imprescindible el hallazgo de puntos comunes para componer con armonía la coordinación entre la función registral y la función catastral.

En una era declaradamente tecnológica, el intercambio de datos entre los registros de la propiedad y los organismos catastrales **debe conducirse por vía informática**, despapelizando también los distintos mecanismos de coordinación entre ambas entidades. Ello no solamente economiza dinero sino también se adapta a las exigencias temporales de los particulares, pues como operadores jurídicos, debemos lograr que las herramientas de seguridad, contempladas en beneficio de sus derechos, no se transformen en enemigas del negocio o emprendimiento inmobiliario, sino que lo acompañen y sostengan con efectividad.

En suma, el fortalecimiento de la coordinación entre la función registral y la función catastral hoy tiene su sendero marcado en la informatización y modernización de los registros.

Frente a esta idea, cabe preguntarse si el blockchain puede concebirse como una tecnología adecuada para coordinar a los registros de la propiedad con los catastros.

El blockchain es una “cadena de bloques” o base de datos distribuida, diseñada para evitar su modificación una vez que un dato ha sido publicado usando un sellado de tiempo confiable y enlazado con el bloque anterior. La característica es que los distintos “bloques” tendrán acceso a los datos cargados por todos los demás integrantes de esta cadena en forma prácticamente instantánea, y con la seguridad de no permitir su alteración.

En concreto, los datos son almacenados, transmitidos y confirmados, formando una base de seguridad que se presenta como una sólida alternativa para la modernización de los registros inmobiliarios y los catastros.

El acceso instantáneo a los datos cargados puede marcar un lúcido sendero a los Estados que, por su extensión territorial, tienen la función catastral y registral descentralizada, pues ello permitirá que cualquier registro o catastro visualice los datos registrados en los demás Registros y Organismos Catastrales del sistema.

Más aún, permite alcanzar un mejor resultado en la vinculación entre la función catastral y la función registral, evitando discordancias entre los datos inscriptos en ambos registros.

Debemos puntualizar que, en el marco del presente Congreso, enfocamos la viabilidad del blockchain en el servicio registral y el servicio catastral, pero de ningún modo pensamos que la implementación de esta tecnología pueda desplazar al notario, pues la potestad de dar fe que el ordenamiento jurídico ha depositado en él, unida a su asesoramiento e intermediación con sus requirentes, no permiten hallar en un sistema informático a un sustituto de aquél.

Estados como Honduras, la República de Georgia, Suecia y el Reino Unido, entre otros, han elegido, con distintas particularidades, esta tecnología para gestionar sus registros inmobiliarios. En nuestra opinión, han marcado el inicio de un camino que hoy demuestra una interesante alternativa para modernizar los registros de la propiedad y los catastros mediante la implementación de tecnología que responde a las exigencias de vinculación entre ambas funciones.

VI. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo expuesto, se concluye que:

- a.- La función registral y la función catastral se distinguen con claridad. La primera publicita situaciones jurídicas registrables de acuerdo con lo normado en el ordenamiento vigente. La segunda, por su parte, tiene por finalidad tomar razón y publicitar el estado de hecho de los inmuebles, a partir de la recolección de datos que servirán, en gran medida, a los registros inmobiliarios para conocer la conformación física de los inmuebles;
- b.- El conocimiento de la situación jurídica y física del inmueble – objeto compartido por sendas funciones públicas - es la apoyatura fun-

damental para mejorar la construcción y andamiaje de la seguridad jurídica en el mercado inmobiliario;

- c.- En los Estados que adopten un modelo de gestión descentralizada en materia registral y catastral, es de vital importancia la agrupación de las entidades locales en un órgano de carácter nacional que promueva la unificación de criterios a fin de atemperar la multiplicidad de criterios de aplicación de las normas registrales y catastrales;
- d.- En los Estados – nacionales o locales – en que la vinculación entre la función registral y la función catastral se concrete con adscripción a los modelos de integración o colaboración, se considera recomendable que el registro de la propiedad y el registro catastral utilicen distintos Folios o Legajos a fin de evitar que la toma de razón en uno de ellos produzca la mutación de la situación registral en el otro, en los casos en que la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles exige intervención notarial;
- e.- En los Estados – nacionales o locales – en que la vinculación entre la función registral y la función catastral se concreta con adscripción al modelo de coordinación, es indispensable extremar esfuerzos para garantizar mecanismos que prevengan que datos catastrales de interés del registrador resulten desconocidos por éste último, y viceversa;
- f.- Se considera recomendable que el registro catastral comunique los planos aprobados e inscriptos, al registro de la propiedad inmueble a fin de que éste les dé publicidad indirecta en la/s matrícula/s comprendida/s. Se considera correcta la técnica inscriptoria de nota de plano en el rubro de la matrícula destinado a la designación del inmueble;
- g.- El procedimiento de verificación de subsistencia del estado parcelario con carácter previo al otorgamiento de actos que sirvan de causa a la constitución, transmisión, modificación o declaración de derechos reales sobre inmuebles contribuye a la seguridad jurídica, por cuanto permite a los contratantes conocer con certeza el estado de hecho del inmueble y las eventuales diferencias entre éste y lo que resulta de los títulos inscriptos en el registro de la propiedad inmueble;
- h.- La *informatización* de los registros, es ineludible para la gestión y funcionamiento internos de los registros de la propiedad, así como para fortalecer la vinculación entre éstos y los organismos catastrales;
- i.- La informatización del procedimiento inscriptorio no debe desplazar el soporte papel de la expresión original del documento registrable cuando la legislación sustantiva exige expresamente ese soporte;

- j.- Específicamente, en documentos registrables de origen notarial, es jurídicamente posible y recomendable la informatización del testimonio como puntapié inicial para informatizar el trámite registral; mas, en los Estados en que el protocolo notarial se forma con folios en soporte papel, no es jurídicamente viable la implementación de un protocolo electrónico;
- k.- Los registros catastrales deben modernizarse y reglamentar los procedimientos administrativos que en ellos se desarrollan economizando tiempo y dinero, para que los bondadosos contralores preescriturarios no se transformen en enemigos de la realidad inmobiliaria;
- l.- El correcto uso de las herramientas tecnológicas permite reducir la aparente diversidad entre la agilidad negocial y la seguridad jurídica, en busca de procedimientos de aprobación y registración planimétricas que se desarrollen sobre una plataforma completamente informática que descomprima las exigencias burocráticas y pueda adaptarse a los retos del mercado actual;
- m.- Se afirma que el “blockchain” es una tecnología que, sobre la base del acceso instantáneo a los datos cargados por los distintos “bloques” y la garantía de su inalterabilidad, es susceptible de aportar utilidad a la unificación de datos en Estados que adoptan un modelo de gestión descentralizada; y a una adecuada vinculación entre la función registral y la función catastral.
- n.- La viabilidad del “blockchain” apuntada en la Conclusión anterior, no desplaza ni disminuye la relevancia de la función notarial en el tráfico negocial, pues la potestad de dar fe que el ordenamiento jurídico ha depositado en el notario, unida a su asesoramiento e intermediación con sus requirentes, no permiten hallar en un sistema informático a un sustituto de aquél.
- o.- Si se proclama, con toda seguridad, que “*el dato es el petróleo del Siglo XXI*”, es inexcusable que los distintos sectores que intervienen en la circulación de bienes inmuebles, asuman la responsabilidad de conocerlo, organizarlo, coordinarlo, registrarlo, proporcionarlo y conservarlo, con claridad y eficiencia.

Dra. Cristina Noemí Armella y Mg. Sebastián E. Sabene

PRESENTATION SUMMARY

- a.- The function of both cadastral and land registration can be clearly distinguished. While land registration serves as publicity of the regis-

tered land's legal status, in compliance with the applicable law; the function of cadastral registration is to acknowledge and give notice of the current state of real property, through the gathering of data which will prove useful, mainly, for land registries to obtain information as to the physical conformation of said property.

- b.- Knowing the property's legal and physical status – purpose which is shared by both registration systems – is the essential basis required to improve the construction and the structure of legal security in the land market.
- c.- In those States which adopt a decentralized registration and cadastral model, grouping local entities in a single national office, which promotes a unified criterion so as to moderate the multiplicity of criteria regarding the application of provisions related to cadastral and land registration, is of paramount importance.
- d.- In those States –national or local – in which the connection between land and cadastral registration is materialized through integral or collaborative models, it is highly recommendable that the land registry and cadastre office use different Pages or Files so as to avoid that the registry entry in either of them causes a mutation in the status registered in the other; in cases in which the creation or transfer of property rights over real estate demands the intervention of a notary public.
- e.- In those States – national or local – in which the connection between land and cadastral registration is materialized through a coordination model, it is essential to maximize efforts so as to guarantee mechanisms which prevent cadastral data of interest for the registrar from being unknown for said registrar; and vice versa.
- f.- It is recommendable that the cadastre office informs the land registry as to the maps which have been approved and registered, so that the registry is able to provide indirect publicity of said maps in the corresponding parcel ID number/s. Making note on the map under the heading of parcel ID number, provided for property designation, is considered a proper registering technique.
- g.- The proceedings for verification of the parcel's state's conservation, which are carried out prior to the granting of acts which may create, transfer, modify or declare property rights over real estate contribute to legal security, as they allow the contracting parties to know with certainty which is the factual status of the property and the possible

differences between this status and the one resulting from the titles registered in the land registry;

- h.- The registries' computerization is inevitable for the internal management and functioning of land registries, in order to strengthen the connection between the said registries and cadastral offices;
- i.- The computerization of the registering procedure must not replace the paper format of the original expression of the document to be registered when substantive law expressly requires said format;
- j.- Particularly in the case of documents of notarial origin which must be registered, it is both legally possible and, also, recommendable that the certified copy is computerized as a kick-start towards the computerization of the whole registration process. In those States in which the notary's protocol is composed by files in paper format, it is legally impossible to implement an electronic protocol;
- k.- Cadastral registries should be updated and the administrative proceedings developed therein should be regulated, so as to save time and money, and in order to prevent the auditing carried out prior to the granting of the title deed from becoming an enemy of real property market's reality;
- l.- Proper use of technological tools allows reducing the apparent diversity between business agility and legal security; in search for proceedings for approval and mapping registration which are to be developed on a fully computerized platform that decompresses bureaucratic demands and which is able to adapt to the challenges of nowadays' market;
- m.- It is said that blockchain technology is a system which, based on instant access to data that has been uploaded by the different blocks and on the guarantee of its inalterability, is likely to be useful for data unification in those States which adopt a decentralized management model and for a proper connection between both land and cadastral registrations' functions.
- n.- The abovementioned viability of blockchain technology does not replace notaries' function or relevance in real estate transactions; as the power to certify which they have been granted by the legal system, as well as the counseling and closeness to the interested party, make it impossible to find a replacement for them in a software system.
- o.- If it is stated with certainty that "*data is petroleum of the 21st century*", it cannot be denied that the different sectors intervening in property trading assume the responsibility of knowing, organizing,

coordinating, registering, providing and keeping said data with clarity and efficiency.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMELLA, Cristina. En: CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (Coord.). *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015. Tomo I. Comentarios a los arts. 299 a 319.
- ARMELLA, Cristina (Dir.). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
- ARMELLA, Cristina (Dir.); ESPER, Mariano (Coord.). *Summa notarial, registral e inmobiliaria*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- BUERES, Alberto (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.
- CAUSSE, Jorge Raúl. “Ley Nacional de Catastro”, LL 2007-B-1143. CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho Registral*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
- KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2016.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “*Curso introductorio al Derecho Registral*”, Zavallía, Buenos Aires, 1983.
- MARINELLI, Luis César, *Las implicancias planimétricas de los planos en la actividad notarial, catastral y registral*, Buenos Aires, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, 2004.
- PORTILLO FLORES, Angélica María, “El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión”, Editorial Palestra, Lima, 2009.
- SABENE, Sebastián E. (Dir.). *Derecho registral. Una perspectiva multidisciplinaria*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017.
- SABENE, Sebastián E. *Registro catastral*. Editorial Zavallía, Buenos Aires, 2013.

¿CÓMO REFORMAR LOS REGISTRO DE LA PROPIEDAD?

Segundo Évole Zurita

LA COLABORACIÓN ENTRE REGISTROS Y CATASTROS

El Registro de la Propiedad de Guayaquil fue el primer registro en el Ecuador y uno de los pioneros en Latinoamérica en ingresar a un proceso de modernización y sistematización de sus servicios, para brindar seguridad jurídica y agilidad en la entrega de los trámites a los usuarios.

A partir del mes de marzo del año 1998, fecha en la cual arrancó la reforma del Registro de la Propiedad de Guayaquil, cabe destacar un hecho muy importante, la cooperación y trabajo en conjunto con el Departamento de Catastro de la I. Municipalidad de Guayaquil, por lo cual, se diseñó *la Conexión Informática entre el Catastro Municipal y el Registro de la Propiedad, que es única en el Ecuador* y que actualmente se ha perfeccionado con la entrega de los trámites inscritos y catastrados vía web.

Esta colaboración entre el Registro - Catastro ha logrado innumerables beneficios tanto para el Registro, como para el Municipio y especialmente para la ciudadanía.

1. Beneficios para el **REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE GUAYAQUIL:**

- Al Registro de la Propiedad le ha permitido la creación de la Matrícula y de la Cédula Inmobiliaria Registral Municipal – CIRM, de cada uno de los inmuebles existentes en la ciudad de Guayaquil.

La Matrícula Inmobiliaria, concentra en un solo documento toda la información jurídica de un inmueble más la información física del mismo, que se obtiene con la conexión Registro-Catastro, (código catastral, linderos, medias y áreas) que tiene validez legal una vez que esta información se incorpora a la matrícula o cédula inmobiliarias.

La Cédula Inmobiliaria, es de fácil lectura y comprensión para todos los usuarios, la misma que contiene los últimos datos registrados determinando claramente la titularidad de dominio, los gravámenes

e impedimentos vigentes y la descripción del inmueble más la **información catastral**.

Nos estamos acercando a la meta, esto es, que cada inmueble de Guayaquil tenga su matrícula o cédula inmobiliaria, actualmente tenemos:

CÉDULAS INMOBILIARIAS: 63617

Detalle		Cantidad	%
Matrículas Inmobiliarias:		463,857	87.22
Depuradas:	396,941		74.64
No depuradas:	66,916		12.58
Fichas Registrales:		50,301	9.46
Total de Folios Reales:		514,158	96.68

Todo lo cual ha permitido a los usuarios registrales obtener un certificado de manera inmediata, en menos de 15 minutos, que es el tiempo que transcurre desde la búsqueda, impresión hasta la firma y entrega del documento.

- Con la interconexión registro-catastro se vincula al inmueble con el **código catastral** que le corresponde; este código, está formado por el sector de la ciudad donde está ubicado, número de manzana, número de solar, división si la hubiere, la parroquia sea rural o urbana. En caso de ser una alícuota de propiedad horizontal se complementa con el piso donde ésta situado y con el número de local, departamento, oficina, parqueo, etc.
- Evitar la duplicidad de inscripciones de transferencia de dominio de un inmueble determinado.

Cumplir con el principio de Exactitud Registral, pues al contarse con la interconexión catastro registro se pueden verificar los linderos y medidas del predio, las coordenadas georreferenciales determinados por los técnicos del Catastro, unida a la información registral tomada directamente de los Libros.

- Impedir la inscripción de títulos de dominio o sentencias sobre áreas de uso público.
- Unificar la forma de identificar al inmueble.
- Además, previa a la inscripción de las **demandas o sentencias** de prescripción adquisitiva de dominio, de nulidad, amparo posesorio o cualquier otra resolución judicial también se requiere la información catastral.

- Además, la Conexión Informática Catastro-Registro le permite al Registro de la Propiedad **verificar la autenticidad** de los recibos de pago de impuestos municipales que gravan al inmueble y al acto o contrato que se va a inscribir y que se encuentran incorporados al trámite que se califica previo a la inscripción, esto es, pago del impuesto predial, alcabalas, contribución especial por mejoras y plusvalía.
- Finalmente, sin lesionar la autonomía de ambas instituciones, la Conexión Informática Catastro-Registro, ha convertido al Catastro en el Departamento Técnico del Registro y al Registro en el Departamento Jurídico del Catastro Municipal.

Además, se verifican los siguientes **DATOS TÉCNICOS**:

- La **existencia física** del inmueble, con sus linderos, medidas, coordenadas y área que le corresponden.
- Si se encuentra edificado o es solar vacío.
- Si el predio es urbano o rural
- Se determina quién aparece en la ficha catastral como titular de dominio o poseedor del inmueble.
- Cuál es el número de código catastral que le corresponde al inmueble.
- Si el predio es urbano, se indica desde qué fecha fue incorporado dentro de la circunscripción urbana.
- Si es posible la división o fraccionamiento del solar.
- En caso de ser un inmueble sometido al Régimen de Propiedad Horizontal, **se verifica la alícuota de condominio** que le corresponde.

2. Beneficios para la **MUNICIPALIDAD DE GUAYAQUIL**:

- La Conexión Informática Catastro-Registro le ha permitido al catastro guayaquileño ser el único en el país en tener un registro de contribuyentes absoluta y totalmente actualizado.
- Se ha constituido en una importante herramienta para el Programa Municipal de formalización o regularización de la tenencia de la tierra en las aéreas urbano-marginales.
- Fundamentalmente, ha impedido al acaparamiento y la especulación de la tierra en dichas áreas.
- Actualizar la realidad física y jurídica de los predios urbanos y rurales.
- Se ha constituido en herramienta para suministrar información oportuna contribuyendo a la eficaz utilización de recursos internos y ex-

ternos que permitan orientar las actividades y coadyuvar a la eficiente y eficaz toma de decisiones en las gestiones municipales.

- Sirve para controlar el cumplimiento del Plan Regulador y de la Normativa Urbanística.

3.- Beneficios para **LA CIUDADANIA**:

- Seguridad jurídica y transparencia en los procesos de inscripción.
- Agilidad en los trámites municipales y registrales.
- Todo aquello se conjuga con el desarrollo de la actividad inmobiliaria y el progreso urbanístico de la ciudad; y,
- Es, además un elemento de aporte importante para la planificación e instrumentación de los programas de vivienda de interés social.
- Todo aquello se conjuga con desarrollo de la actividad inmobiliaria y el progreso urbanístico de la ciudad.

COMO SE REALIZA LA CONEXIÓN REGISTRO CATASTRO

eMAS@GYE 4.2.46.0

Archivo

Usuario: Funcionario Registro (registro2) Fecha de Sistema: 2018-04-10

Estación: RPG11_14 Fecha de Proceso:

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

CONSULTA DE PREDIOS REG

CAT60001 - registro1

Guayaquil

Sector	Manzana	Lote	División	Phv	Phh	Número	Año	Zona PU	Zona	Parroquia
0	0	0	0	0	0	1				

Buscar

INFORMACIÓN GENERAL

Dirección:		Número:		Propiedad:	
Hoja Catastral:	0	Tipo:		Acera:	
Estado Solar:	0	Uso Solar:		Prop/Pos:	
Arrendado:		Contrato:		Año Vigencia:	
Fec.Inicio Contrato:		Fec.Final Con.:		Fec.Insp.Final:	
		Reg.Arriendo Munic.:		Permiso Const.:	

Anexo	# Pisos	Área Const.	Alcúota

No.	Cédula/RUC	Nombre

DATOS ESCRITURA

Notaría:	
Cantón:	
Fec.Escritura:	
Núm. Folio:	

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Se efectúa la conexión con el Departamento de Catastro, **ingresando el código catastral que le pertenece al predio**, se verifica si se trata del mismo, se marca el número de código e se importa la información de catastro que se añade a la Matrícula Inmobiliaria y sale impresa en los certificados que se emite.

ANSBOE42.63

Activo

Usuario: Funcionario Registro (sgn2) Fecha de Sistema: 27/04/13
Estación: RPS11_14 Fecha de Proceso:

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Sector: 61 Manzana: 387 Lote: 15 División: 0 Piv: 0 Ph: 0 Número: 1 Año: 2013 Zona PU: 53 Zona: 8 Parroquia: TARIQUE Ciudadela: COOP. JACQUES DEL SALUDO

INFORMACIÓN GENERAL

Dirección: CALLE REVOLUCION Número: 531 Propiedad: PARTICULAR

Hoja Catastral: 0 Tipo: FERRINO Acera: DERECHO Esg/Mod: MEDIANO Uso Edif: S/N

Estado Solar: VUENO BusSolar: NO INDICA EL USO Prop/Pos: PROPIETARIO Propietario Solar: PARTICULAR Nombre Poseedor: S/N

Arrendado: NO Contrato: Año Vigencia: 0 Fec.Insc.Final: 05/02/2004

Fec.Inicio Contrato: Fec.Final Con.: Reg.Arrendo Munic.: 0 Permiso Const.: 0

Año: # Pisos: Área Const.: Alcantarilla:

DATOS ESCRITURA

Notario: VIOESMA Form: BREVETAR

Cantón: GUAYAS Área Lev: 110.65

Fec.Escritura: 17/03/01 Área Esc: 110.65

Núm.Folio: 11807-11808 Frente Lev: 7.67

No.Reg.Prop: 1408 Fondo Lev: 14.75

Núm.Repertorio: 2405 Frente Esc: 7.67

Fec.Insc.R.P.: 16/02/12 Fondo Esc: 14.75

Área Construc.: 0.00 Frente 2: 0.00

Área Solar: 0.00 Frente 3: 0.00

Frente 4: 0.00

Total: 7.67

LINDEROS Y MENSURAS

Lindero	Medida	Medida
Lindero Norte	50.40 15	Medida 14.75
Lindero Sur	50.40 14	Medida 14.75
Lindero Este	50.40 9	Medida 7.50
Lindero Oeste	CALLE REVOLUCION	Medida 7.67

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA DEL PREDIO

Pavimentación	NO	Red Telefónica	NO
Alumbrado	SI	Aceras	NO
Alcantarillado	NO	Borrillo	NO
Agua Potable	NO	Estado Edif.	BUEO

Archivo Nuevo Transmisión Cancelar

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

INGRESO DEL CODIGO CATASTRAL Y C.U.I.C.

eMAS@GYE 4.2.46.0

Archivo: Usuario: Funcionario Registro (registro2) Fecha de Sistema: 2018-04-10
 Estación: RPG11_14 Fecha de Proceso:

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PR...

INFORMACIÓN GENERAL

Dirección:	CALLE VEHICULAR	Número:	S/N
Hoja Catastral:	0	Tipo:	URBANO
Estado Solar:	VACIO	UsoSolar:	NO INDICA EL USO
Arrendado:	NO	Contrato:	
Fec.Inicio Contrato:		Fec.Final Con.:	
		Año Vigencia:	0
		Reg.Arriendo Munic.:	0

Anexo	# Pisos	Area Const.	Alc. cuota
4			

No.	Cédula/RUC	Nombre
2	1712437134	HORTENCIA MARILU INTRIAGO CANTILLO

LINDEROS Y MENSURAS

Lindero	Medida
Lindero Norte: SOLAR 16	14.29
Lindero Sur: SOLAR 14	14.75
Lindero Este: SOLAR 9	7.90
Lindero Oeste: CALLE VEHICULAR	7.67

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA DEL PREDIO

Pavimentación	Red Telefónica
NO	NO
Alumbrado: SI	Aceras: NO
Alcantarillado: NO	Bordillo: NO
Agua Potable: NO	Estado Edif.: BUENO

DATOS

Notaría
 Cantón:
 Fec.Esc.
 Núm.Fol.
 No.Reg.
 Num.Re.
 Fec.Inse.
 Area Co.
 Area So.

eMAS@gye COPYRIGHT © 2018 M. I. Municipalidad de Guayaquil.

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

VERIFICACION DE DATOS TECNICOS

eMAS@GYE 4.2.46.0

Archivo Usuario: Funcionario Registro (registro2) Fecha de Sistema: 2018-04-10
Estación: RPG11_14 Fecha de Proceso:

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOS DE LA PROPIEDAD

Año	Zona PU	Zona	Parroquia	Ciudadela
2013	S/I	B	TARQUI	COOP. JARDINES DEL SALADO

S/N Propiedad: PARTICULAR

OESTE Esq/Med: MEDIANERO Uso Edif: S/N

PROPIETARIO Propietario Solar: PARTICULAR Nombre Posesionario:

encia: 0 Fec.Insp.Final: 26/02/2004

endo Munic.: 0 Permiso Const.: 0

DATOS ESCRITURA		FORMA SOLAR	
Notaría:	VIGESTIMA	Forma:	IRREGULAR
Cantón:	GUAYAQUIL	Área Lev.	110.65
Fec.Escritura:	1/1/0001	Área Esc.	110.65
Núm.Folio:	31807-31808	Frente Lev.	7.67
No.Reg.Prop:	14088	Fondo Lev.	14.75
Num.Repertorio	24205	Frente Esc.	7.67
Fec.Insc.R.P.	9/3/2012	Fondo Esc.	14.75
Área Construc.	0.00	Frente 2	0.00
Área Solar	0.00	Frente 3	0.00
		Frente 4	0.00
		Total	7.67

Archivos | Muestra | Transmite | Cancela

CAT60001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOS DE LA PROPIEDAD

Como indique anteriormente, se verifican los **pagos de impuestos acorde con el acto o contrato que se va a inscribir**, ingresamos nuevamente al módulo de consultas del Sistema de Recaudaciones de la I. Municipalidad de Guayaquil para revisar el C.U.I.C (comprobante único de ingreso a caja) que es número que conocen solo los funcionarios del registro y que consta en el recibo de pago que se va a examinar, lo que permite tener la seguridad de que los pagos de impuestos que se adjuntan sean originales y si hubiere alguna irregularidad inmediatamente se comunica al usuario y a Catastro.

CONSULTA SISTEMA DE RECAUDACIÓN

eMAS@GYE 4.2.46.0

Archivo

Usuario: Funcionario Registro (regisr2) Fecha de Sistema: 2018-04-10
Estación: RPGT1_14 Fecha de Proceso:

SMR00115: CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SISTEMA DE RECAUDACIÓN
CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SMR00115 - WZargos Guayaquil, 10 de abril de 2018 Ayuda

Parámetros

Tipo Consulta: Culo Sector: Manzana: Lote: División: Phv: Phh: Número: Buscar

Rustico: Cic: Cedula/RUC:

CIC: Total: Fecha: Usuario: Nombre:

23126872	\$ 5.73	07/02/2018	JESPLUCO	INTRIAGO CANTILLO HORTENCIA MARIJU

Nuevo Archivo Cancelar

CAT50001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPI... SMR00115: CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUS...

CONSULTA DE PAGO DEL IMPUESTO PREDIAL

eMAS@GYE 4.2.46.0

Archivo

Usuario: Funcionario Registro (regisr2) Fecha de Sistema: 2018-04-10
Estación: RPGT1_14 Fecha de Proceso:

SMR00115: CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SISTEMA DE RECAUDACIÓN
CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SMR00115 - WZargos Guayaquil, 10 de abril de 2018 Ayuda

Parámetros

Tipo Consulta: Culo Sector: Manzana: Lote: División: Phv: Phh: Número: Buscar

Rustico: Cic: Cedula/RUC:

CIC: Total: Fecha: Usuario: Nombre:

Nuevo Archivo Cancelar

CAT50001: CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPI... SMR00115: CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALA...

CONSULTA DE PAGO DEL IMPUESTO DE ALCABALAS

eMAS@GYE 4.2.46.0

Archivo

Usuario: Funcionario Registro (registro2) Fecha de Sistema: 2018-04-10
Estación: RPG11_14 Fecha de Proceso:

SMR00115: CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SISTEMA DE RECAUDACIÓN
CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SMR00115 - Wvargas Guayaquil, 10 de abril de 2018 Ayuda

Parámetros

Tipo Consulta: Sector: Manzana: Lote: División: Phv: Phh: Número: **Buscar**

Rustico: Cic: Cedula/RUC:

CIC	Total	Fecha	Usuario	Nombre
▶ 23155545	\$ 100.27	21/02/2018	ANDTAGGC	HORTENCIA MARILU INTRIAGO CANTILLO

Nuevo Archivo Cancelar

CAT60001 CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPI... SMR00115 CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUS...

CONSULTA DE PAGO DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA

eMAS@GYE 4.2.46.0

Archivo

Usuario: Funcionario Registro (registro2) Fecha de Sistema: 2018-04-10
Estación: RPG11_14 Fecha de Proceso:

SMR00115: CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SISTEMA DE RECAUDACIÓN
CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUSVALIA

SMR00115 - Wvargas Guayaquil, 10 de abril de 2018 Ayuda

Parámetros

Tipo Consulta: Sector: Manzana: Lote: División: Phv: Phh: Número: **Buscar**

Rustico: Cic: Cedula/RUC:

CIC	Total	Fecha	Usuario	Nombre
▶ 23206839	\$ 19.00	14/03/2018	JESPLUCO	WALTER ENRIQUE VEINTIMILLA RAMIREZ

Nuevo Archivo Cancelar

CAT60001 CONSULTA DE PREDIOS REGISTRADOR DE LA PROPI... SMR00115 CONSULTA DE PAGOS PREDIOS, ALCABALAS Y PLUS...

CÚAL ES NUESTRA MISIÓN

El Registro de la Propiedad de Guayaquil y el Catastro Municipal unidos por el progreso y desarrollo urbanístico de Guayaquil, han permitido transparentar la tenencia de la tierra en el cantón, otorgando seguridad jurídica inmobiliaria al momento que nuestros usuarios compran o venden propiedades ya sean estas urbanas o rurales.

Este apoyo ha permitido plasmar tanto en la matrícula como en la cédula inmobiliaria la información catastral de un predio, consiguiendo que el único beneficiado sea el usuario, porque se verifican las dos realidades, tanto la física que es aportada por el Departamento de Catastro de la Municipalidad de Guayaquil como la jurídica por parte del Registro de la Propiedad.

Actualmente el usuario retira su trámite del Registro y ya lo lleva inscrito y vía on line, se realiza el catastro automático del inmueble a nombre del nuevo propietario.

Pero lo más importante es concretar un apoyo amplio, transparente, eficiente y eficaz en el ejercicio de las competencias del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil en cuanto al Registro de la Propiedad y a su sistema público.

PERO EL PROGRESO NO SE DETIENE, CONTINUAMOS CON NUEVOS PROYECTOS

El Registro de la Propiedad de Guayaquil, abocado a la innovación constante, ha querido apostar siempre por ser un registro seguro, confiable y valioso para la ciudadanía.

Por este motivo, el reto que nos planteamos ahora, nuestros siguientes pasos, será la transformación a un registro electrónico manteniendo la esencia de un Registro de Derechos con Técnica de Folio Real, que es lo que nos define.

A nivel mundial se observa la tendencia creciente de la administración electrónica que proporciona grandes ventajas intrínsecas:

- La tendencia a minimizar el uso de papel, con el consiguiente ahorro de costes económicos y ambientales.
- La implantación de sistemas electrónicos, siempre y cuando estén unidos a una buena reingeniería de procesos reporta grandes beneficios en cuanto a la eficiencia y eficacia de la institución.

¿QUÉ QUEREMOS OBTENER?

- Contar con un portal de tramitación electrónica que permita al usuario liquidar sus trámites e incluso presentarlos, al igual que recibir los documentos electrónicos por este medio.
- Agilizar los procesos de recepción de la documentación
- Agilizar los procesos de despacho de la documentación
- Establecer sistemas de control de la actividad registral
- Incrementar la seguridad jurídica en el registro
- Tener estricto control de los principios registrales por la herramienta informática
- Contar con único repositorio documental en base de datos.
- Servicios telemáticos: Contaremos con un portal de tramitación electrónica que permita al usuario liquidar sus trámites e incluso presentarlos telemáticamente, al igual que recibir los documentos electrónicos por este medio.
- Estructura organizativa y profesionalización de los funcionarios, lo que permitirá conformar un equipo de especialistas de élite, con conocimientos técnicos y jurídicos profundos.

CONCLUSIONES

- La conexión registro catastro ha demostrado ser de gran utilidad para las dos instituciones, que se ha traducido en un servicio ágil moderno y seguro para los usuarios
- Esto implica mucha comunicación y sensibilización tanto a nivel interno como externo, con todas las figuras vinculadas con el registro: notarios, abogados, bancos y otras instituciones afines al quehacer registral.
- En definitiva, la colaboración entre Registro y Catastro es de gran ayuda para realizar la actividad registral, complementándose y ofreciendo al usuario eficiencia en el servicio.

THE TWILIGHT ZONE: EN LOS LÍMITES DE LA REALIDAD EN LA IDENTIFICACIÓN DE LOS TITULARES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. EL REGISTRO EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES

Sergio Saavedra
Registradores de España
Ipura - cinder
XXI Congreso Internacional
Cartagena de Indias, Colombia
Mayo de 2018

1. INTRODUCCIÓN

El modelo de registro de la propiedad que ha triunfado en España y en gran parte del mundo es el de registro de derechos. En él las titularidades son inscritas de manera ordenada después de que los documentos en los que se instrumentan los negocios jurídicos hayan sido calificados por el registrador superando un exhaustivo examen de legalidad formal y material. Nace en el s.XIX por una serie de circunstancias muy concretas que obligan a los Estados a buscar una solución a los nuevos problemas que en aquella época surgen como consecuencia de la generalización del tráfico de bienes inmuebles¹. La clave del éxito de este modelo se encuentra en la protección que se dispensa al adquirente que registra y, por tanto, que está dispuesto a hacer públicas sus transacciones, frente a aquel que prefiere permanecer en la clandestinidad². Ello trae como resultado que se multipliquen a partir de entonces las transacciones inmobiliarias a través del registro y la riqueza, a escala microeconómica, empieza a ser movida por el desarrollo imparable del crédito territorial. Como consecuencia de ello, la titulización e inscrip-

¹ MMARTÍNEZ, F. *El sistema español de registro inmobiliario*. Thompson. (2012)

² MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. *Estado, propiedad y mercado*. RCDI. 708. Madrid 2008

ción de los derechos sobre los bienes raíces, que antes era excepcional, se convierte en la regla general y el registro en pieza clave de ello. Algo semejante ocurrirá más tarde con los registros mercantiles, en el que se toma constancia de las personas que operan en el tráfico y sus circunstancias, a fin de garantizar la seguridad del tráfico. En ambos casos se coloca al frente de él a un funcionario público independiente y con la debida cualificación que examine los documentos presentados y revise que se cumplen todos los requisitos formales y materiales que la legislación impone. No pasará mucho tiempo hasta que los responsables de la administración de los estados se den cuenta de los registros jurídicos pueden utilizarse también para garantizar el cumplimiento de la normativa general. Así es cómo el sistema de registros ha trascendido con creces la finalidad para la que se creó, que era inicialmente proporcionar seguridad al tráfico inmobiliario, en un caso y proporcionar certidumbre acerca de las personas que intervienen en los negocios, en el otro. Ejemplos muy salientes de ello son la garantía de cumplimiento de los procesos judiciales y las obligaciones fiscales y, más recientemente, el control y vigilancia de las operaciones que puedan encubrir blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

2. BLANQUEO DE CAPITALES EN EL SECTOR INMOBILIARIO

William Kidd asesinó a cientos de personas a quienes robó sin compasión sus posesiones. Enterró sus tesoros bajo tierra, en islas paraíso que juzgó perfectas para mantenerlos a salvo de la justicia hasta que llegara el momento de gozar de ellos. Ese momento nunca llegó: la colaboración entre naciones y la traición de sus enemigos sirvieron para llevarle ante los tribunales de Su Majestad, condenarlo y ejecutarlo en 1701. Kidd fue ahorcado dos veces, acaso porque una no fuera bastante para hacerle pagar por todas sus fechorías. Se cree que sólo murió una vez, aunque esta es una cuestión que los relatos de su vida y suplicio no aclaran del todo.

(Caleido. Vida y muertes del Capitán Kidd)

Blanqueo de capitales es el procedimiento mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas son reciclados al circuito normal, es decir, al sistema económico y financiero oficial, de tal forma que pueda incorporarse a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita y tributariamente correcta. En la práctica, el reciclaje de activos -término utilizado por la doctrina italiana- no es tanto una actividad como todo un proceso que implica una sucesión de operaciones puntuales encadenadas a través de las cuales se oculta la ilegalidad de la procedencia de los fondos, para otorgarles esa apariencia de legitimidad perseguida. Tal

vez por ello las definiciones legales suelen ser más exhaustivas, enumerando las actividades que pueden incluirse dentro de esta categoría y suelen agotar además cualquier posibilidad de interpretación excluyente matizando qué se entiende por bienes procedentes de una actividad delictiva: todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública³. Por otra parte, en épocas recientes se da tratamiento idéntico o paralelo a lo que, en realidad, es una actividad distinta que se desea atajar por los mismos medios: la financiación del terrorismo. Este es definido como el suministro, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal.

En el proceso de blanqueo se pueden identificar tres fases o etapas bien diferenciadas⁴: colocación, que consiste en introducir los activos en el sistema financiero; encubrimiento, que es la realización de una serie de transacciones financieras más o menos complejas que separen el activo de su origen, de modo suficiente como para borrar todo rastro y complicar el seguimiento de las operaciones

por parte de las autoridades; e integración o retorno de los activos blanqueados desde el sector de la economía en el que se transformaron a otro sector diferente, ahora con apariencia de legitimidad. El procedimiento utilizado para blanquear dinero en el sector inmobiliario es en esencia el siguiente⁵: con fondos procedentes de actividades ilícitas se adquieren inmuebles o complejos inmobiliarios a precio de mercado, pero comprador y vendedor acuerdan hacer figurar en el contrato de compraventa solamente una parte del precio real. La diferencia entre el precio real que es objeto de entrega y el que figura nominalmente en el contrato es el dinero reciclado para el tráfico. Los tributos se liquidan de acuerdo con el precio aparente y el transmitente adquiere una cantidad de dinero de manera oficial y otra

³ Artículo 1 de la Ley española de Blanqueo de Capitales de 28 de abril de 2010.

⁴ Manual de Procedimiento del CRAB. Colegio de Registradores de España.

⁵ FERRO VEIGA, JM. *Propiedad inmobiliaria, blanqueo de capital y crimen organizado*. JM. ECU, Alicante (2012).

cantidad en dinero sucio o “B”, de manera que se sigue una doble contabilidad por lo que las operaciones de blanqueo suelen también implicar delitos contra la Hacienda Pública. Pero el daño causado por el blanqueo no se agota ahí ya que el empleo de grandes cantidades de capital en las inversiones inmobiliarias que se realizan con el fin de blanquear activos supone, a mayores, una fuente importantísima de ganancias que pueden considerarse en teoría lícitas y legítimas. Es decir, el dinero sucio se blanquea invirtiéndolo en actividades de alta rentabilidad, generando dinero legal. Esto supone que los efectos negativos del delito se magnifican, ya que los beneficios generados se destinan de vuelta a alimentar el ciclo financiero del crimen organizado internacional⁶.

En los informes elaborados por numerosas agencias y organismos nacionales e internacionales de lucha contra el blanqueo de capitales se señala al mercado inmobiliario como un sector particularmente propicio para ello. Y ello por diferentes razones que pueden agruparse en tres grandes grupos⁷ en razón de:

- a) Quiénes intervienen en el negocio: sujetos dotados de apariencia de titularidad siendo, en realidad, solo intermediarios. No siempre quien comparece prestando consentimiento y con el poder para gestionar y realizar negocios jurídicos sobre el bien es el verdadero titular del mismo. La intervención se ampara con frecuencia bajo la forma de figuras jurídicas muy diversas, como fórmulas de titularidad compartida (ideal, espacial o temporalmente) entre varias personas físicas o jurídicas y hasta entre entidades de personalidad jurídica compleja o difusa. Los intermediarios asumen el papel de gestor de los intereses de otros, los representan ante las entidades de crédito y ante otros terceros y participan activamente en la ejecución de las operaciones por su cuenta. No se limitan a asesorar o a aconsejar a sus clientes sino que, en muchos casos, son los verdaderos arquitectos o ingenieros de la estructura jurídica o financiera con la que se persigue alcanzar el ocultamiento del origen de los fondos.
- b) Qué es objeto de negocio: inmuebles o conjuntos inmobiliarios de alto valor y sujeto a las fluctuaciones constantes de mercado y a la coyuntura política y económica de los países en los que se encuentran. Son tan sustanciales las diferencias de valoración en periodos breves de tiempo, que resulta enormemente difícil encontrar un sentido a la

⁶ PELÁEZ MARTOS, JM. *Fraude fiscal, blanqueo de capitales y corrupción en el sector inmobiliario*. CISSPRAXIS. Valencia. (2009).

⁷ PELAEZ MARTOS, JM. (Op Cit)

desproporción entre la valoración oficial de un bien practicada por la Hacienda Pública y el valor real de mercado de ese mismo bien.

- c) Cómo se formaliza: los negocios de blanqueamiento sobre bienes inmuebles se caracterizan por su complejidad fiscal, lo que los hace propicios para el juego de las interpretaciones y para que los asesores encuentren la manera de despistar a las autoridades que tratan de averiguar el hecho imponible disimulado y la verdadera actividad original generadora de los fondos. La utilización generalizada de los paraísos fiscales como sede de residencia de las entidades que las realizan, complica aún más fiscalidad de estas operaciones y dificulta enormemente su seguimiento.

La manera en la que los estados tratan la cuestión es variable y ha ido evolucionando con el paso del tiempo. Hasta mediados de los años 80 las legislaciones nacionales rara vez daban tratamiento individualizado a la materia, limitándose a dictar normas dispersas dirigidas, sobre todo, a tratar los aspectos fiscales del problema. Es a partir de la penúltima década del siglo pasado cuando se produce un exagerado aumento en las actividades de narcotráfico, con el desequilibrio que trae consigo para el sistema financiero. Ello se ve agravado por un profundo cambio en la operativa bancaria motivado por la entrada en juego de las nuevas tecnologías. Las anotaciones en cuenta bancaria implican que ya no sea necesario que las personas se trasladen físicamente de un país a otro para realizar las operaciones. Basta ordenar transferencias sucesivas que no implican el desplazamiento físico del dinero sino que se representan mediante meros apuntes electrónicos en las cuentas, con lo que aumenta la fluidez de las transacciones y con ello se hace casi imposible para las autoridades estatales seguir el rastro a los activos. Los estados toman individual y colectivamente consciencia del problema y comprenden que solo será eficaz la lucha contra el blanqueo si se adoptan medidas de actuación internacional para darle solución.

Como consecuencia de esta preocupación, en 1989 nace el GAFI⁸ cuyo objetivo es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, la financiación del terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva y otras amenazas semejantes. Funciona elaborando una serie de

⁸ Siglas en español del Grupo de Acción Financiera Internacional, o FATF *Financial Action Task Force in Money Laundering*. El número de países miembros ha crecido desde los 16 con los que originalmente se fundó hasta los 34 actuales y cuenta hoy, además, con la participación de 2 organizaciones regionales (Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo y la Comisión Europea), 8 miembros asociados y

recomendaciones llamadas a ser seguidas por los estados en sus respectivas legislaciones. Sus 40 recomendaciones originales del año 1990 fueron una iniciativa para combatir los usos indebidos de los sistemas financieros por parte de personas que lavaban el dinero del tráfico ilícito de drogas. Tras las revisiones de 1996, 2001 y 2003 estas recomendaciones especiales han sido avaladas por más de 180 países y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos.

La Unión Europea percibe pronto la necesidad de implementar medidas para proteger el mercado financiero comunitario, lo que se plasma en las diferentes directivas que se han venido aprobando en materia de control de las actividades financieras entre estados, que afecta directamente a los estados miembro e indirectamente a los terceros estados que contratan con aquéllos. Teniendo presente que establecer barreras aduaneras es contrario a la razón de ser misma de la organización advierte, sin embargo, del peligro que la libre circulación de capitales tiene también para el tráfico, ya que es herramienta que facilita enormemente las actividades de quienes blanquean activos y financian el terrorismo. En estos términos, se persigue encontrar el justo equilibrio entre la protección de la sociedad y la estabilidad del sistema, dentro del espacio financiero integrado.

La Primera Directiva 91/308/CEE del Consejo definía el blanqueo de capitales por referencia a los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes e imponía obligaciones exclusivamente al sector financiero. La Segunda Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo amplió el ámbito de aplicación de aquélla⁹, tanto desde el punto de vista de los delitos cubiertos como de las profesiones y actividades reguladas. Pero esta normativa se ve afectada en junio de 2003 por la tercera revisión de las recomendaciones del GAFI para incluir la financiación del terrorismo e introducir requisitos más detallados en lo que respecta a la identificación y verificación de la identidad de los clientes y a las situaciones en las cuales la existencia de un mayor riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Estos cambios se reflejaron en la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que deroga la Directiva 91/308/CEE y en la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, que establece disposiciones de aplicación de la anterior en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos

25 organizaciones internacionales como observadores, entre las que pueden citarse algunas de la importancia del Fondo Monetario Internacional, la ONU y el Banco Mundial.

⁹ Se basa en la Acción común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998 21 de diciembre. de 1998 y la Acción común 98/733/JAI.

simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada. Finalmente la Cuarta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2015/849, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, supone el estándar actual al que deben acomodarse las legislaciones europeas, aunque la trasposición de la misma se ha visto afectado por las diferentes propuestas de modificación que han desembocado en la firma de lo que será la Quinta Directiva, norma que aún no ha visto la luz pero cuyo texto transaccional ha sido ya definitivamente aprobado por la Resolución del Parlamento 2016/208.

La normativa actual coloca al sistema de registros jurídicos, es decir, registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, en una posición de extraordinaria importancia en materia de control y vigilancia de las operaciones que puedan encubrir blanqueo de capitales. Los registradores de la propiedad, en cuanto cumplen una misión de *gate keeper* vigilando la legalidad de la negociación inmobiliaria, vienen buscando y proponiendo desde hace muchos años mecanismos para luchar contra el blanqueo de capitales, muchos de los cuales vienen incorporándose a la legislación de los distintos estados europeos a través de progresiva trasposición de las directivas comunitarias.

3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DEL BLANQUEO DE CAPITALS. EL CRAB

No era la pólvora de las culebrinas españolas; no eran los jueces de la Metrópoli; no era la sogá ni el paseo por la quilla: lo que Tia Dalma y Los Señores Piratas más temían era la garra del cangrejo.
(Crabs. Leyenda de Davy Jones y los Piratas del Caribe)

Puesto que, como hemos visto, el sector inmobiliario es particularmente vulnerable a las operaciones de blanqueamiento y que para negociar en él los operadores se valen con mucha frecuencia de diversas figuras societarias, el sistema de registros públicos se revela como una de las estructuras jurídicas básicas en un sistema integral de prevención contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales. Los registros de la propiedad y mercantiles cuentan con la mejor y más completa información en los ámbitos inmobiliario y societario, la cual está además inmediatamente disponible por procedimientos de interconexión remota para administración y usuarios. Además, el ciclo de producción e intercambio de bienes inmuebles consiste en un heterogéneo conjunto de actividades y los registros de la propiedad y

mercantiles se encuentran presentes en las tres fases por las que atraviesa: planeamiento, gestión y ejecución¹⁰.

La labor que los registradores desempeñan en la vigilancia y control de las operaciones que pueden encubrir blanqueo puede desdoblarse en dos grandes vías que estudiaremos por separado: la más importante consiste en cumplir con el deber de identificación de las entidades que intervienen en el mercado financiero y de sus titulares reales; la segunda es servir como sujetos informadores, obligados a colaborar con las autoridades en la detección de supuestos sospechosos que se desarrolla frecuentemente a través de organismos creados al efecto para facilitar el flujo de comunicación. Un ejemplo muy interesante de ello es el caso de los registros españoles y el CRAB.

En efecto, en España la actividad de vigilancia y detección de casos sospechosos se canaliza a través del órgano centralizado de prevención, el Centro Registral Antiblanqueo o CRAB¹¹. Es la vía por la los registradores españoles mantienen la necesaria comunicación con las autoridades judiciales, policiales y administrativas, responsables de la prevención y represión del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, especialmente con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales, SEPBLAC, dependiente de la secretaría de Estado de Economía. Aunque el registro y la vigilancia calificadora del registrador constituyen una eficaz arma disuasoria respecto de operaciones poco transparentes, en muchos casos las operaciones de blanqueo no pueden permanecer en la oscuridad y se arriesgan a acceder al registro y es entonces cuando entra en juego todo el procedimiento.

Su mecanismo es el siguiente: detectada una operación sospechosa de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo en cualquier registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles, el registrador la comunica al CRAB utilizando el formulario diseñado al efecto y cuidando siempre de la exactitud y suficiencia de la información facilitada. Para que los registradores puedan dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones se les facilita un listado de supuestos indiciarios que faciliten la detección de los casos de blanqueo. La lista original de la comisión ha sido, además, matizada y

¹⁰ VALERO FERNÁNDEZ, J.A. *Soluciones registrales para la prevención del fraude fiscal y el blanqueo de capitales en el sector inmobiliario*. RT OL (2007).

¹¹ Dotado de carta de naturaleza mediante la aprobación de la Orden Ministerial 2.402/2015, de 11 de noviembre, de creación del Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

depurada por el propio SEPBLAC y es objeto de permanente revisión ya que la ingeniería jurídica y financiera de que se sirven las organizaciones criminales está en constante búsqueda de nuevos procedimientos de engaño. Para mayor eficiencia, los supuestos indiciarios están dados de alta en los programas informáticos de gestión, de manera que en el momento de despacho registral de una operación en la que concurre alguno de ellos el sistema informático avisa al registrador para que éste evalúe el caso y pueda así tomar la decisión de remitirlos o no al CRAB. El registrador puede y debe, en cualquier caso, comunicar al CRAB cualquier otro caso de que tenga conocimiento que pueda encubrir blanqueo, aunque no esté específicamente recogido en el catálogo de supuestos indiciarios.

Entre las actividades incluidas en la relación de operaciones susceptibles de estar relacionadas con el blanqueo de capitales se incluyen las siguientes:

- Aquéllas en que, por la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los sujetos que participan en la relación o negocio jurídico no se corresponda con su actividad o antecedentes operativos.
- Cuando una misma cuenta, sin causa que lo justifique, venga siendo abonada mediante ingresos en efectivo por un número elevado de personas o reciba múltiples ingresos en efectivo de la misma persona.
- Pluralidad de transferencias realizadas por varios ordenantes a un mismo beneficiario en el exterior, o por un único ordenante en el exterior a varios beneficiarios en España, sin que se aprecie relación alguna de negocio entre los intervinientes.
- Movimientos con origen o destino en territorios o países de riesgo.
- Transferencias en que no se contenga la identidad del ordenante o el número de la cuenta origen de la transferencia. (Si bien deberá de cumplirse el art 254.3 LH y 177RN para no cerrar el Registro de la Propiedad al título relativo al negocio o acto jurídico de transcendencia real).
- Operativa con agentes que, por su naturaleza, volumen, cuantía, zona geográfica u otras características de las operaciones, difieran significativamente de las usuales u ordinarias del sector o de las propias del sujeto obligado.
- Las que determine la Comisión del Prevención del Blanqueo de Capitales, que deben de ser publicadas o comunicadas a los sujetos

obligados por medio de sus asociaciones profesionales u organizaciones profesionales.

Otros indicios que el registrador debe de tener en cuenta en su calificación se refieren, no al aspecto objetivo de la operación, sino al subjetivo de la persona que lo realiza o al país de origen o destino de la operación, según las listas existentes de paraísos fiscales o de países colaboradores con actividades delictivas. Para hacernos una idea del volumen de trabajo del CRAB, en el año 2016 se analizaron 15.986 comunicaciones alarma emitidas desde los registros de la propiedad, mercantiles o de bienes muebles. De las mismas, 667 se consideraron lo suficientemente sólidas como para abrir un expediente de investigación, remitiéndose finalmente 225 de ellas al SEPBLAC. El volumen de alarmas se mantuvo en 2017 en la cifra de 15.433 de las cuales 578 abrieron expediente y el número de expedientes finalmente enviados al Servicio Ejecutivo de la Comisión fue de 180¹².

4. IDENTIFICACIÓN DE ENTIDAD Y TITULAR REAL

PIRATA EMBOZADO: [aceptando el desafío en duelo] Allí iré.

JUAN: No faltaré, pero ha de descubrirse primero. Podré matarle o morir, pero sabiendo quién es.

(José Zorrilla. Caín, pirata)

...los personajes de la pequeña mansión empezaron a beber y a charlar. Luego [Madame] se dio cuenta del espectáculo que se desarrollaba ante sus ojos, como en un pequeño teatro de guiñol, solo que aquí los personajes o muñequitos no los movía nadie. Estupefacta y llena de terror siguió presenciando aquello y por más que quiso gritar no pudo. (...) Era como si la mano invisible de quien manipulaba los muñecos de la casita también la manipulara a ella.

(Andrés Zanetti. Cuentos de Terror)

Aunque la función de colaboración con las autoridades en la persecución de las operaciones sospechosas de blanqueo -cumpliendo con su condición de sujetos obligados- es de enorme importancia, sin duda el ámbito en el que los registradores desempeñan un papel clave y de incalculable valor es el de la identificación de la entidad que actúa en las operaciones financieras y en el descubrimiento de quién es el titular real de las mismas. La primera exigencia queda cubierta a través de la emisión por los registros mercantiles del código de identificación de la entidad mercantil o LEI. La segunda

¹² Memorias del CRAB de los años 2016 y 2017.

mediante el registro de la titularidad de las acciones o participaciones en la constitución de las compañías o en la transmisión de los títulos. Si es necesario acudir a estos mecanismos de transparencia es porque la personas jurídicas actúan bajo esa ficción de personalidad jurídica propia que les es esencial. Lo cierto es que en el momento histórico en que nos encontramos se aprecia una tendencia muy intensa en favor de la limitación del instituto de la personalidad jurídica para desentramar las opacas estructuras bajo las que frecuentemente se esconden quienes pretenden reciclar los activos obtenidos mediante actividades delictivas. El verdadero reto para jurisprudencia y legisladores es saber mantener el delicado equilibrio entre transparencia y seguridad jurídica mercantil, para cumplir con las exigencias de vigilancia sin por ello afectar al funcionamiento normal de los mercados.

4.1 Persona y personalidad. En los límites de la realidad

Si hay una nota que verdaderamente es esencial y característica de las sociedades de capital es la de su personalidad jurídica propia. Lo que esto quiere decir es que pueden ser titulares de derechos y de obligaciones, en realidad independientes de los derechos y responsabilidades de los socios que la integran. ¿Pero quién o qué es persona?

Como es sabido, el término persona tiene origen en el vocablo latino *persona* del verbo resonar, *personare*, los cuales a su vez probablemente provinieran del etrusco *phersu*, que significa “la máscara del actor”, de donde procede además la expresión teatral *personaje*¹³. La máscara de los actores de la época clásica tenía un orificio a la altura de la boca y daba a la voz un sonido penetrante y vibrante. Un mecanismo de amplificación que propiciaba que el papel del actor se escuchara en todo el teatro. Y es que en Grecia, además de la acepción teatral, se acuñó la filosófica de expresar a través de ella la singularidad de cada individuo de la especie humana, por contraposición al concepto filosófico de naturaleza humana que expresa lo supuestamente común que hay en todos ellos. En realidad el propio origen etimológico de la expresión nos da una pista de lo que se pretende nombrar con este vocablo, ya que es una interesante metáfora del hecho de que todos somos actores en este gran teatro que es la vida.

Por distintos avatares, en la Edad Media se acaba generalizando la utilización de esa ficción de personalidad jurídica para entidades que no son estrictamente individuos de la especie humana. En concreto, las necesidades del tráfico mercantil en el norte de Europa acabarán inventando un ente capaz de funcionar autónomamente en el mercado y de generar relaciones

¹³ WALDE, A. *Diccionario de Etimología Latina*.

contractuales complejas. Hoy se le conoce genéricamente como la sociedad de capital. La razón concreta de su nacimiento a principios del siglo XVII en Europa es la de organizar los caros y azarosos viajes por mar a larga distancia. Suele señalarse a la Compañía Holandesa de las Indias Orientales de 1602¹⁴ como la primera entidad a la que se dota de personalidad jurídica propia, independiente de la de los socios¹⁵. Por vía de esta ficción las sociedades se convierten en un *capital con categoría de persona jurídica*¹⁶ lo supone que las entidades que se crean son verdaderamente sujetos de derecho, con su propio nombre, domicilio, capacidad para concertar sus propias relaciones jurídicas, contratar, y obligarse, siendo ella y no el socio el centro de imputación de las obligaciones. Ahora bien: ¿hasta qué punto esta separación entre la personalidad de los socios y la de la sociedad es un blindaje hermético y opaco, una cortina de acero cerrada e impenetrable? ...y, ¿en el caso de las sociedades que realizan actividades delictivas de cualquier clase- un espacio tenebroso y oscuro en el que nadie osa adentrarse?

The Twilight Zone es el título de una serie televisiva de gran repercusión en Estados Unidos emitida con interrupciones en las décadas de los 60, 70 y 80. En cada sesión se proyectaban varios episodios con relatos de fantasía, terror, ciencia ficción o fenómenos sobrenaturales en los que los personajes se desenvolvían a través de un verdadero mundo de tinieblas en el que no era posible distinguir lo real de lo irreal y en los que el horror venía a sorprendernos de la manera más insospechada. En España se tradujo la serie como “En los Límites de la Realidad” en alusión a la dificultad de distinguir lo real de lo irreal ante la actitud sobrenatural y la horrible personalidad de los entes fantasmagóricos que actuaban en esa zona difusa en la que nos encontrábamos sumergidos gracias a la magia de los guionistas. Aunque parezca sorprendente, las sociedades de capital que actúan en el tortuoso mundo del blanqueo de capital tienen muchas similitudes con estos fantasmas televisivos de la dimensión desconocida. No son sino un monstruoso *Frankenstein* diseñado por la ingeniería genética, jurídica y delictiva de sus creadores y actúan en el tráfico como un robot, un ente que parece disponer de autonomía para adoptar sus propias decisiones, las cuales no solo no se ajustan a los estándares de la moralidad humana aceptable, si no que son totalmente contrarias a la legalidad. No es fácil actuar contra un ente así para corregir sus comportamientos antisociales, como tampoco lo es casti-

¹⁴ Traducción libre al español de la *Vereenigde Oostindische Compagnie*.

¹⁵ SEOANE SPIEGELBERG, JL. *Levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil*.

¹⁶ Garrigues, J. *Curso de Derecho Mercantil*.

gar a un monstruo, a un autómatas, a un robot¹⁷. Pero es evidente que entre ellos y las personas que lo programan o manipulan para que realicen actos delictivos existe un vínculo, lo mismo que existe un vínculo entre sociedad y sus socios, de modo que siempre es teóricamente posible profundizar en su sustrato para exigir responsabilidad a los verdaderos titulares de las personas jurídicas por los daños causados por unos y otras.

El intencionado anonimato de la sociedad capitalista, cuya extraordinaria utilidad para la negociación mercantil está fuera de toda duda es también, en realidad, un mecanismo de ocultación de la verdadera personalidad jurídica de los socios que manejan el devenir de la entidad. Y de la misma manera que sirve a la finalidad lícita y legítima de diferenciar los patrimonios para funcionar con eficiencia en el mercado, es en ocasiones empleado para conseguir objetivos contrarios a la legalidad como pueden ser el incumplimiento por parte de los socios de las obligaciones legales o contractuales y evadir responsabilidades patrimoniales de cualquier clase, incluyendo las fiscales utilizando, según resulte conveniente, la personalidad de la sociedad o la suya propia, intercambiándola a su antojo y superponiendo una y otra vez nuevas sociedades y filiales con el fin de dotar de opacidad al entramado. Y, lo que es aún más grave, bajo la pantalla protectora de este mecanismo, los verdaderos titulares de las sociedades pueden realizar con impunidad actividades delictivas de terribles consecuencias para la sociedad: tráfico de drogas o de personas, comercio de órganos o financiación del terrorismo, entre otros. A esto se conoce como el abuso de la personalidad jurídica, que no es sino una manifestación más del fraude de ley, entendido como la utilización de normas jurídicas válidas y legítimas para producir un resultado antijurídico, no querido o rechazado expresamente por el Derecho. Resulta evidente que el ordenamiento jurídico debe reaccionar ante ello, y lo hace por dos vías, una indirecta y otra directa: la primera es penetrar en el sustrato societario o levantar el velo de la sociedad; la segunda identificar al verdadero titular de las personas jurídicas.

4.2 La doctrina del levantamiento del velo societario

Levantar el velo es correr el telón del teatro, para que los actores, personajes o personas que mueven los hilos del guión, que actúan por medio de otros, queden por fin al descubierto y puedan ser responsabilizados por sus comportamientos antijurídicos. La jurisprudencia norteamericana del s. XIX¹⁸ fue la primera en reaccionar ante tales abusos, elaborando en dis-

¹⁷ Informe del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2016 con recomendaciones a la Comisión de normas de Derecho Civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

¹⁸ “*Bank of the United States vs Deveaux*”, de 1809 del Juez Marshall.

tintos fallos la doctrina del *disregard of the legal entity* y la del *piercing the corporate veil*¹⁹ o *lifting the veil* expresión, esta última, que ha hecho fortuna en la doctrina y jurisprudencia europeas. Ocurre este abuso cuando se utiliza la persona jurídica para burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros²⁰. En estos casos, si resulta evidente que la estructura formal de la persona jurídica se utiliza como mecanismo de fraude, el juez puede penetrar en el hermetismo societario o *descorrer el velo* de las personas jurídicas, para evitar que mediante esa *mere façade* se produzca el resultado contrario a Derecho²¹.

La jurisprudencia española utilizó la llamada *doctrina de terceros*²² hasta la conocida sentencia de 28 de mayo de 1984 en la que habla por primera vez de penetrar en lo más profundo de la entidad para descubrir quién se esconde tras la apariencia exterior. La formulación ha ido matizándose por nuestro alto tribunal en cuanto a sus causas, variantes y requisitos a lo largo de numerosas sentencias²³ y pronunciamientos similares se dan en otros países de Iberoamérica²⁴. Pero puede decirse que la utilización jurisprudencial de esta doctrina en nuestro país y fuera de él es la consecuencia de la dificultad de promulgar una norma clara en derecho positivo por el que se establezca algún tipo de limitación al uso de la ficción de la personalidad jurídica²⁵.

Algunos países de Iberoamérica, han incorporado²⁶ o intentado incorporar²⁷ esta doctrina a sus respectivas legislaciones nacionales pero se han encontrado con la dificultad de hacerlo sin por ello menoscabar el modelo mercantil de sociedades de capital. En el plano doctrinal hay autores que

¹⁹ CHENG, Thomas K. *Form and Substance of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*.

²⁰ SERICK, R “Rechtform und Realität juristischen Personem”.

²¹ DE ANGEL YAGÜEZ, R. *La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia*. Madrid. Civitas (2017).

²² SSTs de 7 de junio de 1927, 8 de octubre de 1929 o 12 de diciembre de 1950.

²³ En las SSTs de 28 de enero de 2005 y 3 de abril de 2009, se añade que esta doctrina es una manera de descubrir y reprimir el dolo o abuso cometido es su caso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, y poniendo coto al fraude.

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 7 de septiembre de 2004.

²⁵ JOSÉ HURTADO COBLES. *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier (2008).

²⁶ Argentina L. de Sociedades Comerciales de 1972/Uruguay L. de Sociedades de 1989.

²⁷ México en 2002; Venezuela en 1989; Perú en 1984; y Panamá en 2004.

proponen su sustitución o su incorporación a conceptos jurídicos ya existentes²⁸ y otros que advierten de los efectos negativos de su utilización desproporcionada²⁹. Existe un consenso generalizado en doctrina y jurisprudencia en afirmar que la aplicación de tal doctrina ha de hacerse con suma cautela, ya que pone en conflicto el delicado equilibrio entre justicia y seguridad jurídica. Ignorar sin el debido cuidado la diferenciación entre la personalidad jurídica propia del ente social y la de los socios arrojaría como consecuencia la quiebra de la limitación de responsabilidad de los socios con respecto a las deudas sociales lo que podría llevar a menoscabo del derecho societario el cual se ha erigido, no lo olvidemos en un instrumento básico de la economía.

4.3 La identificación de la entidad. El código lei

Las operaciones de blanqueo de capitales y financiación de terrorismo se realizan, en muchos casos por entidades mercantiles en cuya constitución concurren circunstancias muy especiales. Los organismos que luchan contra el blanqueo buscan desde siempre mecanismos de identificación de las entidades y de sus verdaderos titulares. Para lo primero se utiliza el llamado código de identificación legal de la entidad LEI

El Identificador de Entidad Jurídica es un código global y único que se utiliza para identificar a las personas jurídicas que son parte en las transacciones financieras en todo el mundo y para cumplir con los requisitos de información en los mercados financieros. El objetivo final es mejorar la gestión de los riesgos del mercado y es una consecuencia de las dificultades evidenciadas durante la crisis bursátil de 2008 para conocer y evaluar adecuadamente las interdependencias de riesgo existentes en los mercados financieros globales³⁰. Consiste en un código alfanumérico unívoco basado

²⁸ Teoría de la interpretación finalista de las normas de KÜBLER, de la extensión de la responsabilidad de PAZ ARES o de los grupos de casos, BOLDÓ RODA.

²⁹ GIRÓN TENA. J. *Curso de Derecho Mercantil*, Valladolid (1952)

³⁰ El Sistema Global de identificación de la entidad, por sus siglas en inglés GLEIS, *Global Legal Entity Identifier System*, previsto por el Reglamento (UE) n°648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, es en realidad un sistema internacional con toda una organización federal y guiado por la Fundación Global sin ánimo de lucro designada como Unidad Operativa Central. Para la supervisión del sistema se ha creado la *Regulatory Oversight Committee* (ROC), integrado por medio centenar de reguladores financieros de todo el mundo y una gran variedad de organizaciones del sector público. Entre otras importantes funciones, se encarga de designar los organismos que a nivel local van a ser responsables de asignar y renovar los códigos. Existe además una *Central Operating Unit* (COU), que gestiona el

en un estándar mundial único, permanente, consistente y portable por cada entidad. El LEI se asigna por las unidades operativas locales³¹ y contiene información básica de la entidad, es decir, su nombre oficial y su domicilio, tanto legal como el real de la sede principal de la entidad; su país de origen y la región de jurisdicción legal; su forma social; su número en el registro de entidades y nombre del registro; y por supuesto el código numérico asignado que contiene un prefijo indicativo del LOU que lo ha asignado, junto con algunos datos relativos al mismo, como su fecha de asignación inicial, renovación o actualización de datos y, en su caso, fecha y motivo de terminación del LEI.

Todas las personas jurídicas que participan en los mercados financieros deberán facilitar su LEI a las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito que ejecuten transacciones sobre instrumentos financieros para que éstas puedan identificarles antes de ejecutar las operaciones. Si el cliente no facilita su LEI, no se podrán ejecutar las operaciones instruidas. Hablamos de bancos y compañías financieras y entidades que emiten acciones, deuda o valores para otras estructuras de capital así como las que coticen en bolsa o que comercien acciones o deuda. En concreto medios de inversión, incluyendo fondos de inversión, fondos de pensiones y medios de inversión alternativos constituidos como entidades corporativas o acuerdos de inversión colectiva, como fondos paraguas, fondos de cobertura, capital de riesgo, entre otros. También entidades bajo la supervisión de un regulador financiero y sus afiliadas y sociedades carteras y las entidades de contrapartida para transacciones financieras. No, en cambio, a entes privados, personas físicas ni sucursales, aunque sí a las filiales.

La razón por la que el LEI es una herramienta de enorme importancia para la lucha contra el blanqueo es que en su asignación se realiza una actuación de investigación y comprobación por parte de la unidad de asignación en la que se verifica desde la forma de la entidad hasta su correcta constitución y existencia con arreglo a la ley reguladora. Las entidades

sistema bajo la supervisión de aquél y es la responsable de la aplicación de normas uniformes a nivel mundial y de coordinar y supervisar las acciones de las *Local Operating Units* (LOU) y sus interrelaciones. Estas últimas son las encargadas de implantar el LEI a nivel local, proporcionando el código identificador a las entidades que lo soliciten y actúan de actuar como registro de la información de referencia que acompaña a dicho código.

³¹ Hay una treintena de Unidades Operativas Locales en el mundo. Entre ellas se encuentra el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España y otras dos en el resto de Iberoamérica: el Banco Central de la Nación Argentina y la entidad GS1 de México.

susceptibles de operar en el mercado sin el atributo de la personalidad jurídica de acuerdo con su ley aplicable tales como fideicomisos, fondos y organismos de inversión, se entienden regularmente constituidas cuando se acredite su existencia previo cumplimiento de las exigencias legales para su fundación. La LOU comprueba la información aportada o certificada y en sede de calificación, realizará los procesos de validación necesarios mediante la consulta de las bases de datos públicas debiendo examinar los datos obrantes en el Registro Mercantil y en demás registros públicos de personas jurídicas y entidades asimiladas, como los de fundaciones, asociaciones, cooperativas, estatales, regionales o internacionales, acudiendo si es preciso, para ello, a los mecanismos de interconexión que tiene a su disposición.

4.4 La identificación del titular real

La identificación del titular real de las personas jurídicas es una aspiración muy antigua de la doctrina hipotecarista de muchos estados. En esencia consiste en averiguar la titularidad de acciones o participaciones en las sociedades de capital. En el caso de las asociaciones, fundaciones, cooperativas y otras entidades distintas con personalidad jurídica quién sean los integrantes. Y para las entidades sin personalidad que operan en los mercados quién ejerce el verdadero control. Quién tiene la facultad de decisión con respecto a ellos y quién resulta beneficiado en último término por su actividad. En este sentido, puede calificarse de mecanismo legal, directo y natural, podríamos decir, frente a la fórmula del levantamiento del velo societario que se debe calificar de indirecta, jurisprudencial y excepcional.

La forma ideal de identificar a los socios en el caso de las sociedades capitalistas es la inscripción de la titularidad de las acciones o participaciones en el Registro Mercantil, cuestión que en la mayor parte de los países de Europa ha sufrido una tortuosa evolución legislativa motivada por las imposiciones de la normativa supranacional en la materia³². Aunque no fuera para descubrir el entramado de las empresas que operan realizando

³² El caso español lo explica y analiza GARCÍA VALDECASAS, desde la primera ley que en España reguló la sociedad de responsabilidad limitada, la de 17 de julio de 1953, hasta la creación del Registro de Bienes Muebles por RD 1828/1999 de 3 de Diciembre pasando por toda la reforma de 1989 dirigida a adaptar la legislación española en materia de sociedades a la normativa de la CEE. Explica este autor la polémica generada por las resoluciones contradictorias de la Dirección General de los Registros y del Notariado en de 12 de Julio de 2002 y de 29 de enero de 2003 a favor y en contra respectivamente de la inscripción en aquel de las participaciones sociales.

operaciones ilícitas, identificar al titular de cualquier persona jurídica es de por sí necesario para hacer más seguro el tráfico mercantil, permite a los socios utilizar las participaciones como medio para obtener crédito y dota de medios a los acreedores para perseguir por vía judicial o administrativa el patrimonio de aquellos. Pero la razón fundamental de que este deber de identificar a la entidad misma y a quién sea en realidad su titular se haya convertido en una auténtica prioridad para el legislador europeo desde hace muchos años es sin duda la necesidad de conseguir un alto grado de transparencia en los mercados financieros y luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación y otras irregularidades financieras.

En consecuencia, los legisladores de las distintas naciones que integran la Unión Europea vienen incorporando normas que ayuden a esta identificación³³. Esta firme y constante evolución hacia la constancia de la titularidad de las acciones y participaciones en los registros mercantiles centrales para Europa se produce con la Cuarta Directiva sobre blanqueo, cuyos artículos 30 y 31 establecen la obligación de identificar al titular real, señalando que los estados miembros se asegurarán de que la información sobre la titularidad real se conserve en un registro central, por ejemplo un registro mercantil o un registro de sociedades o en un registro público. La información sobre la titularidad real contenida en esta base de datos podrá ser consultada de conformidad con los sistemas nacionales. Además obliga a los estados a exigir que la información conservada en el registro central sea suficiente, exacta y actual y los estados velarán por que toda la información sobre la titularidad real esté en todos los casos a disposición de autoridades y entidades obligadas así como toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo, que tendrán acceso, como mínimo, al nombre y apellidos, mes y año de nacimiento, la nacionalidad y el país de residencia del titular real, así como a la naturaleza y alcance de la participación real. Por lo que se refiere a los fideicomisos los estados miembros requerirán que los fideicomisarios de un fideicomiso explícito sujeto a su legislación obtengan y mantengan información suficiente, exacta y actualizada sobre la titularidad real en relación con el fideicomiso. Los estados miembros deben conservar esa información en registro central que

³³ Un ejemplo interesante para España viene constituido por la Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales en la que se establece que los cambios de socios se inscribirán en el Registro Mercantil. Pese a su poca relevancia cuantitativa, es muy significativo desde el punto de vista teórico, ya que corrige la tendencia negativa implantada por la reforma de la legislación europea en materia de sociedades de finales de los años 80.

garantizará el acceso en tiempo oportuno y sin restricción de las autoridades competentes y las unidades de inteligencia financiera.

Es evidente que la aspiración del legislador europeo y la lógica de las reformas operadas en las directivas anteriores apuntan a los registros mercantiles como los organismos destinados a cumplir esta función. Para confirmar esto basta repasar la exposición de motivos del texto definitivo de lo que pronto será la Quinta Directiva que contiene la importante matización de la exigencia de interconexión entre los registros nacionales. No solo el contenido ha de ser completo y exacto, sino que la interconexión debe ser segura y eficiente. Se ha encargado a la Comisión que elabore un informe, que deberá presentarse a más tardar en junio de 2019, en el que se evalúen las condiciones y especificaciones técnicas y su procedimiento. Esa interconexión, se afirma, permitirá a las autoridades competentes, las UIF y las entidades obligadas identificar a los titulares reales con mayor eficacia y facilidad y aumentará los requisitos de transparencia aplicables a las sociedades y los fideicomisos. Además, posibilitará el acceso público a la información sobre la titularidad real en toda la UE. En suma, el nuevo planteamiento sobre transparencia societaria y acceso a la información sobre la titularidad real incide en todos los aspectos que actualmente configuran el régimen de información sobre la titularidad real: qué se registra, dónde, a qué agentes se concede acceso a la información y cómo debe articularse la interrelación entre los registros nacionales.

La interconexión entre registros se lleva a cabo a través del sistema BRIS de la Plataforma Central Europea³⁴. El sistema permite la comunicación electrónica entre los registros mercantiles de los diferentes países de la UE. Funciona mediante la creación de una base de datos de las entidades que se recoge en un índice central europeo con los datos generales mínimos de los distintos tipos de entidades mercantiles, es decir: dominación social, forma legal, domicilio social, registro, código identificador social.

Resulta evidente que la Quinta directiva, en cuanto recoge con rotundidad la exigencia de que la constancia de la titularidad real tenga lugar mediante registros centrales interconectados, relega a una función muy limitada y de carácter meramente auxiliar a la bases de datos elaboradas por entidades financieras o la base de datos sobre titularidades reales creada

³⁴ Por sus siglas en inglés *Business Registers Interconnexion System* es una iniciativa de la Comisión Europea que tiene su origen en la Directiva 2012/17/UE y en el Reglamento (UE) 2015/884. La Plataforma Central Europea se establece por la Directiva 2017/1132/EU. En cuanto a España, algunos aspectos jurídicos y técnicos son desarrollados mediante la Instrucción DGRN 09/05/2017.

por el notariado español, que venía ya considerándose por la generalidad de la doctrina³⁵ por incompleta e insuficiente al no reflejar transmisiones verificadas por documentos públicos administrativos o judiciales ni las transmisiones otorgadas ante notario extranjero.

La propuesta pretende evitar la ocultación de fondos a gran escala que puede restar eficacia a la lucha contra la delincuencia financiera, y aumentar la transparencia societaria, de modo que los titulares reales de las empresas u otras estructuras jurídicas no puedan esconderse tras identidades no desveladas. Por eso se ha propuesto la revisión de la Cuarta Directiva, de modo coherente con las Resoluciones 2199(2015) y 2253(2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en las que se reclamó medidas que cortaran a los grupos terroristas todo acceso a las instituciones financieras internacionales. Y con la reclamación hecha por el G20 al GAFI de que presente propuestas iniciales de mejora de la aplicación de las normas internacionales en materia de transparencia, incluidas las relativas a la disponibilidad y el intercambio internacional de información sobre la titularidad real.

Además, ante la necesidad de establecer un sistema coherente y uniforme de registro de la información sobre la titularidad real de todos los fideicomisos creados en la Unión y tras barajar las distintas posibilidades se ha optado por establecer un registro sujeto a la jurisdicción correspondiente al centro de efectiva administración de los mismos, por considerarse la más beneficiosa e inequívoca y también la menos engorrosa y la más fácil de aplicar por los Estados miembros.

La trasposición de la Cuarta y la Quinta directiva están obligando a la adaptación de las legislaciones nacionales que se está haciendo gradualmente y con bastante dificultad debido a la existencia de diversos sistemas de registro de titularidades. Los sistemas del norte de Europa, de corte anglosajona, contemplan un tipo societario único: la *Limited Liability Company* y no distingue, a la hora de hablar de shares entre acciones y participaciones sociales. La diferencia entre estas sociedades se encuentra en que para las *public LLC* se prevé que las *shares* estén abiertas en general al público, mientras que las *private LLC* no tienen este carácter abierto. En cualquier caso tienen la obligación de depositar las *shares* en un *Centre of Securities Depository*, o de llevar un libro registro en la propia sociedad que habrá de estar permanentemente actualizado y cumpliendo ciertos requisitos de publicidad, disponibilidad y precisión y siempre están sujetos inspección

³⁵ PRIETO, I. *Contra argumentos al informe notarial de bases de datos notarial del artículo 9.6 Reglamento de Blanqueo de 2014*. Centro Registral Antiblanqueo Madrid. (2017).

por las autoridades. En cambio, los sistemas de corte germánico siguen la tendencia de exigir que cualquier cambio que se produzca en la titularidad de las participaciones sociales tenga un reflejo inmediato en el registro mercantil con la finalidad de tener publicidad en todo caso de quienes sean los socios que integran las sociedades de responsabilidad limitada. En Europa hay tres regímenes de publicidad de la titularidad de las participaciones sociales de las sociedades³⁶:

- A) Casos en que se exige únicamente que la sociedad lleve internamente un control de los titulares de las participaciones, de modo que se elabora un libro registro de socios que estará disponible únicamente para los socios o titulares de derechos sobre las participaciones.
- B) Casos en que el control se lleva a cabo mediante un libro de socios de la sociedad pero accesible para todo el que tenga interés legítimo en consultarlo, sea socio o no, y debiendo estar en todo caso disponible para su examen por las autoridades públicas.
- C) Casos en los que en todo caso se exige el depósito del registro de socios en una institución externa, registro mercantil o similar sin perjuicio de que sea también llevado por la propia sociedad.
- D) Casos en los que en todo caso la identidad de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada tiene que tener reflejo en el registro mercantil, con carácter obligatorio.

A nuestro juicio, las exigencias impuestas por la Cuarta y Quinta directiva van a obligar a modificar la legislación de los estados miembros para hacer accesible la información del registro de titularidades reales, a los registros mercantiles, centralizándola y haciéndola inmediatamente accesible a usuarios particulares y a las autoridades mediante el sistema estandarizado de interconexión. Además deberá incluir todos los tipos de entidades dotadas de personalidad jurídica, no sólo las mercantiles, y algunas otras sin ella pero con capacidad para funcionar en el tráfico.

Hito de gran importancia viene constituido por la Directiva del Parlamento y el Consejo de 23 de marzo de 2017 prevista las sociedades cuyas acciones están admitidas a cotización en un mercado regulado que esté situado u opere en un estado miembro. La norma incide en la exigencia de transparencia al facilitar la comunicación directa de la sociedad con los accionistas, como requisito básico para facilitar el ejercicio de los derechos

³⁶ VVAA. *Inscripción de las participaciones sociales en el Registro Mercantil y titularidad real de las sociedades*. Comité de estudios de la vocalía de RRII del Colegio de Registradores de España.

de aquéllos y lograr así su implicación a largo plazo y establecer un deber de identificación de los accionistas y la información referida a nombre y datos de contacto y código de identificación de entidad jurídica; número de acciones de las que es titular; categoría o clase de las acciones o la fecha a partir de la cual se es titular de ellas. Esta directiva ha obligado a modificar la normativa española en materia de cuentas consolidadas de la entidad³⁷, de manera que todas las sociedades obligadas a depositar cuentas, salvo las que coticen en un mercado regulado, deben incorporar a los nuevos modelos que se presenten un formulario de identificación de titular real que viene a dar cumplimiento a las exigencias establecidas por la Cuarta Directiva. La directiva de 2017 ha obligado también a revisar el concepto de “control” del titular real a los efectos de la titularidad real indirecta. De la normativa de cuentas consolidadas se infiere que existe control cuando una sociedad, se encuentre en relación con otra en situación de poseer o poder disponer de la mayoría de los derechos de voto o bien de poder nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

La titularidad legal o formal puede o no coincidir con la titularidad real o material. En el caso de que la titularidad real sea distinta de la titularidad legal, los deberes de información afectan a ambas titularidades y a este respecto debe tenerse en cuenta que para la mayor parte de las legislaciones europeas tiene la consideración de titular real la persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que a través de acuerdos o disposiciones estatutarias o por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica.

En conclusión³⁸, la inscripción de la titularidad real en los registros mercantiles, una vez superadas las dificultades que puedan existir en la transposición de las directivas supondrá que las titularidades inscritas gocen de la protección que brinda el sistema registral: legitimación, inoponibilidad, prioridad, tracto sucesivo, fe pública y publicidad. Los efectos jurídicos derivados de la inscripción posibilitarán que el titular pueda aumentar su capacidad financiera mediante la obtención de créditos garantizados con la propiedad indubitada de sus títulos societarios. Los servicios de Seguridad

³⁷ Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación introduce como novedad, un nuevo formulario en el que debe manifestarse la llamada identificación del titular real de la sociedad.

³⁸ MASA BURGOS, JM. *Situación de la Legislación Europea sobre la identificación del titular real de las personas jurídicas*. CRAB. Colegio de Registradores. (2017)

del Estado tendrán un instrumento fiable que posibilitará una mayor eficacia en la persecución de las actividades que encubren blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

5. LA PUGNA ENTRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

Padre, nunca olvidé tus consejos: beber poco oírlo todo. Y he oído, padre. Historias espeluznantes de boca de capitanes y pilotos (...) mas no revelaré la identidad de un solo hombre de mi tripulación o me caerá la marca negra. Y entonces nada podré hacer para eludir un terrible destino.
(Saladares *Las Mujeres de Niamelac*)

En materia de identificación del titular real e identificación de la entidad nos movemos siempre en un delicado equilibrio entre seguridad y justicia, entre información y confidencialidad. La búsqueda de la máxima transparencia es una necesidad de los estados, tanto como la preservación de la intimidad empresarial y personal es un derecho de los particulares. De manera que los depositarios de la información, en concreto los registros jurídicos, se encuentran ante el deber de informar y el deber de callar³⁹. ¿Cómo se cuadra este círculo?

Es cierto que la lucha contra la corrupción sólo es eficaz si se facilita el intercambio de información entre estados, unidades de información, autoridades públicas de distintos niveles de la administración y eventualmente de los sujetos interesados en conocer el estado de las personas jurídicas. Estos mecanismos deben ser rápidos, ágiles y seguros y garantizar el acceso en breves periodos de espera. Para ello se establecen cauces de intercomunicación como el previsto para los registros mercantiles europeos a través del sistema BRIS a que ya nos hemos referido. Exigencia de la legislación europea es que este sistema esté a cargo de una autoridad que garantice el filtro de la información de acuerdo con el principio de proporcionalidad e interés legítimo, así como evitar la manipulación y televaciado de la información depositada, o la creación de registros paralelos desactualizados e incontrolables. En España esta autoridad será el registrador mercantil.

³⁹ CASTILLO VAZQUEZ, I. *Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal*. Citado por MADALENA TEIXEIRA en *La información contenida en el registro de la propiedad electrónico: datos personales. Obtención, uso y limitaciones de acuerdo con la privacidad en la legislación portuguesa*. XX CINDER.

A los registros puede accederse en remoto y solicitar la información por medios telemáticos. Esa solicitud telemática en modelos como el FLEI⁴⁰ español, es en realidad un acceso directo e inmediato. Si quien consulta es una autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio y cargo, cuyo interés se presume en atención a su condición, el acceso se realizará sin necesidad de intermediación por parte del registrador. Dicho sujeto deberá identificarse con su firma electrónica reconocida y será él mismo responsable de que la consulta se efectúa amparada en el cumplimiento estricto de las funciones que le atribuye la legislación vigente.

La Cuarta Directiva establece además unas complejas previsiones que chocan en principio con el deber de preservación de la privacidad y con el derecho de los particulares de ser informados en todo caso del tratamiento que se da a los datos por ellos proporcionados. Esto es necesario para asegurar el resultado de las actuaciones policiales y son una demostración de que en la pugna entre la intimidad y la seguridad del estado en la vigilancia de las operaciones de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, se da prevalencia a la ésta última.

Las entidades obligadas y sus directivos y empleados no revelarán al cliente afectado ni a terceros que se está transmitiendo, se transmitirá o se ha transmitido información ni que está realizándose o puede realizarse un análisis sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo ya que ello podría frustrar el resultado de las investigaciones. Pero esas excepciones a la normativa general sobre protección de datos tienen una razón de ser muy específica, de modo que los datos proporcionados serán tratados por las entidades obligadas exclusivamente a efectos de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y nunca para otras finalidades distintas o incompatibles, como por ejemplo las comerciales. Las entidades obligadas deben facilitar a los nuevos clientes la información sobre ello antes de entablar una relación de negocios o de efectuar una transacción ocasional. Dicha información contendrá en particular un aviso general sobre las obligaciones legales de las entidades obligadas por la Directiva con respecto al tratamiento de datos personales a efectos de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. A estos efectos cada administración dispondrá de un registro electrónico general, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, orga-

⁴⁰ El Fichero de Localización de Entidades Inscritas es el servicio de información mercantil interactiva es la fórmula de publicidad electrónica desarrollada por el Colegio de Registradores para poner a disposición de los usuarios la consulta de información sobre entidades inscritas en los Registros Mercantiles.

nismo público, ente vinculado o dependiente a éstos. También se podrán anotar en el mismo, la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares. Los registros electrónicos de todas y cada una de las administraciones, deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros⁴¹.

Por esta razón a la hora de regular el funcionamiento del CRAB español se prevé la comunicación que los registros hacen de aquellas operaciones sospechosas de encubrir blanqueo de capitales, no constituye violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, y no implica para registradores o sus empleados ningún tipo de responsabilidad⁴².

Por su parte, la Propuesta de Quinta Directiva establece que las medidas implementadas deben garantizar la proporcionalidad en cuanto a los regímenes de transparencia de la información sobre los titulares reales de personas jurídicas. Por lo tanto, el análisis exhaustivo de las peticiones legítimas de los activistas y las ONG, la necesidad de asegurar una mayor transparencia en las relaciones de negocios y las normas jurídicas aplicables en este ámbito, especialmente las relativas a la protección de la privacidad y los datos personales, exigen establecer una nítida distinción entre las categorías de personas jurídicas que se dedican a la administración de fideicomisos como negocio, con fines de lucro, y otras categorías de personas jurídicas. Se considera legítimo y proporcionado otorgar acceso público a un conjunto limitado de datos sobre los titulares reales de la primera categoría de personas jurídicas, mientras que la información sobre la titularidad real de la segunda categoría debe darse únicamente a conocer a las personas y organizaciones que demuestren un interés legítimo.

Y además se ha realizado un cuidadoso estudio acerca del régimen de publicidad y transparencia de los registros de titularidad real de las personas jurídicas. La Cuarta Directiva ya establece obligaciones en lo que se refiere a la identificación de los titulares reales de las personas y estructuras jurídicas y a la conservación de dicha información y niveles diferenciados de acceso a la misma. Con el fin de registrar mejor esa información y de ampliar el acceso a la misma, la evaluación de impacto examinó una serie de opciones entre las cuales se optó por exigir a los Estados miembros que

⁴¹ Artículos 39 y ss. de la Cuarta Directiva

⁴² MANUAL DE PROCEDIMIENTO del CRAB, Colegio de Registradores de España.

divulguen, mediante un registro, la información sobre la titularidad real de las sociedades, los fideicomisos empresariales y otras estructuras similares, manteniendo la necesidad de demostrar un interés legítimo para acceder a esa información respecto de los fideicomisos y otras estructuras jurídicas de carácter no societario, por ser la alternativa más apropiada desde la perspectiva de los costes, las repercusiones y la legitimidad.

Es por ello que las medidas propuestas incluyen disposiciones legales para dar una respuesta adecuada a los riesgos relacionados con los delitos financieros, las amenazas terroristas en plena evolución y la necesidad de una mayor transparencia. Si bien tienen como objetivo último proteger el sistema financiero, también es consciente de que con ello pueden crearse obstáculos innecesarios al funcionamiento de los pagos y de los mercados financieros que afecten a los ciudadanos y empresas comunes y corrientes, respetuosos de la ley, y con esta finalidad se intenta guardar el necesario equilibrio entre la necesidad de aumentar la seguridad con la de proteger los derechos fundamentales, incluidas la protección de datos y las libertades económicas. Se pretende, en todo caso, no perder de vista la importancia de los derechos, las libertades y los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, como el respeto de la vida privada y familiar, a la protección de datos de carácter personal y la libertad de empresa⁴³, esencia misma de nuestra convivencia en sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi. Pamplona. (2006)
- CASTILLO VAZQUEZ, I. *Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal*. Foro, Nueva época, núm. 6/2007. Citado por MADALENA TEIXEIRA en *La información contenida en el registro de la propiedad electrónico: datos personales. Obtención, uso y limitaciones de acuerdo con la privacidad en la legislación portuguesa*. XX CINDER. (2016)
- CHENG T.K., *Form and Substance of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil*. Mississippi Law Journal, Vol. 80, No. 2, (2010)
- FERRO VEIGA, JM. ECU, *Propiedad Inmobiliaria. Blanqueo de Capital y crimen organizado*. Alicante (2012)
- GARCÍA VALDECASAS, José Ángel. *Transmisión de las participaciones sociales: su posible inscripción en el Registro Mercantil o de Bienes Muebles*. Blog Notarios y Registradores. (2005)

⁴³ Artículos 7, 8 y 16 respectivamente de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

- GARCIA VALDECASAS JA. *Estudio sobre los artículos 30 y 31 de la Directiva 849/2015*. Colegio de Registradores de España (2017)
- GARRIGUES, J. *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid. (1976)
- GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades Anónimas*. Valladolid. (1952),
- HURTADO COBLES, J. *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier (2008).
- KUBLER, F. *Derecho de sociedades*, Fundación Cultural del Notariado (2001)
- MARTÍNEZ, F. *El sistema español de registro inmobiliario*. Thompson. (2012)
- MASA BURGOS, JM. *Situación de la Legislación Europea sobre la identificación del titular real de las personas jurídicas*. Centro Registral Antiblanqueo. Colegio de Registradores. Madrid. (2017)
- MASA BURGOS, JM. *La identificación de los dueños de las sociedades en la prevención del blanqueo de capitales*. Centro Registral Antiblanqueo. Colegio de Registradores. Madrid. (2017)
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. *Estado, propiedad y mercado*. RCDI 708 Madrid (2008)
- PELAEZ MARTOS, JM. *Fraude Fiscal Blanqueo de capitales y corrupción en el sector inmobiliario*. CISSPRAXIS Valencia (2009)
- PELAEZ MARTOS, JM. *Blanqueo de Capitales*. CISS Valencia (2010)
- PRIETO, I. *Contra argumentos al informe notarial de bases de datos notarial del artículo 9.6 Reglamento de Blanqueo de 2014*. Centro Registral Antiblanqueo Madrid. (2017)
- SEOANE SPIEGELBERG, JL. *El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la responsabilidad civil*. Revista AEAERCS nº 42. Madrid (2012)
- SERICK, R. *Forma jurídica y realidad de las personas jurídicas*. Mohr (1980)
- VALERO FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Soluciones registrales para la prevención del fraude fiscal y el blanqueo de capitales en el sector inmobiliario*. Suplemento número 4 de la Revista Tributaria publicada por el Servicio de Coordinación de Oficinas Liquidadoras del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. (2007).
- WALDE, A. *Diccionario de etimología latina*. Carl Winter. Universitätsverlag, (1965)
- VVAA. *Inscripción de las participaciones sociales en el Registro Mercantil y titularidad real de las sociedades*. Comisión de Estudios de la Vocalía de RRII. Colegio de Registradores. (2018). Con colaboraciones de María Álvarez García-Rovés, Iratxe Gallego Solabarrieta, Enrique Maside Páramo, José Blas Pau de Echave-Sustaeta y Guillermo Palao Moreno.
- Memorias del CRAB de los años 2016 y 2017. Colegio de Registradores de España.

O SISTEMA DE NULIDADES E A PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ NO BRASIL

Ticiany Gedeon Maciel Palácio¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a análise das nulidades e seus requisitos no sistema registral brasileiro e os casos em que estas não podem ser opostas por determinação legal. Far-se-á a desmistificação do conceito e da função da usucapião tabular, apresentando soluções para o fortalecimento da proteção de terceiros no Brasil, na condução a um sistema registral mais seguro. Apresentar-se-ão experiências de outros países utilizadores de *facti specie* complexa para tratar da proteção do terceiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito predial brasileiro. Nulidades. Proteção do terceiro de boa-fé. Usucapião. *Facti specie*. Avanços legais. 13097/2015 E 13.465/2017.

ABSTRACT: O presente artigo tem por escopo a análise das nulidades e seus requisitos no sistema registral brasileiro e os casos em que estas não podem ser opostas por determinação legal. Far-se-á a desmistificação do conceito e da função da usucapião tabular, apresentando soluções para o fortalecimento da proteção de terceiros no Brasil, na condução a um sistema registral mais seguro. Apresentar-se-ão experiências de outros países utilizadores de *facti specie* complexa para tratar da proteção do terceiro.

KEY WORDS: Registry system. Nullities. Third party good faith protection in brazil. Week protection. Need to strengthening by legal means. Gained already advances. Law number 13.097/2015 And 13.465/2017. *Facti specie*.

INTRODUÇÃO

Meditando sobre as possibilidades de medir-se o grau de segurança jurídica que um determinado sistema registral confere aos detentores de direitos de propriedade, recordei-me imediatamente da afirmação de Mônica Jardim, segundo a qual nem sempre o sistema constitutivo confere forte

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma. Especialista em Direito Registral e Notarial pela Universidade Anhanguera. MBA em Gestão do Poder Judiciário. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível de São José de Ribamar – Tribuna de Justiça do Maranhão. Professora na Escola da Magistratura do Maranhão em cursos de Registro Imobiliário.

proteção jurídica às pessoas que adquirem direitos reais, utilizando, como exemplo, o sistema Espanhol que, apesar de declarativo, concede forte proteção a terceiros, frente às nulidades que possam vir a surgir no título ou no próprio registro.

De fato, o instrumento que tem servido para medir a segurança jurídica de um sistema, tem sido a proteção legal conferida aos terceiros de boa-fé. Até que ponto sua propriedade gozará de proteção frente a fraudes, simulações, atos dolosos ou erros? Quais os requisitos exigidos por lei para tal reconhecimento? Existe norma expressa para tal proteção ou esta decorre de entendimento jurisprudencial? Quais as certezas que os usuários dos serviços registrais possuem diante das possibilidades de falhas registrais ou materiais do negócio jurídico?

Pensando sobre esse tema, dentro do sistema registral imobiliário brasileiro, vejo com clareza a fraca proteção por ele concedida aos terceiros de boa-fé, posto que não há norma expressa sobre a matéria, e a proteção, que timidamente existe, ainda é fruto de forte divergência entre os Tribunais pátrios.

É de se reconhecer, entretanto, que houve avanços, principalmente quanto ao fortalecimento do princípio da concentração dos atos nas matrículas, declarado de forma objetiva no art. 54 da Lei 13.097/2015, bem como com o advento da Lei 13.465/2017, que desburocratizou a regularização fundiária, buscando-se, com isso, cadastrar-se, finalmente, todas as terras brasileiras.

Contudo, ainda existem gargalos que permitem interpretações jurisprudenciais diferentes para a mesma situação, o que, com algum tempo, pode vir a ser pacificado em decorrência do recente sistema de precedentes criado pelo Novo Código de Processo Civil. Por outro lado, quanto tempo se aguardará até que ocorra tal unificação de entendimentos? Qual será o custo da insegurança jurídica causada pela fraca proteção dos terceiros no Brasil, principalmente frente a crise atualmente vivenciada?

Sem dúvida alguma, o caminho mais curto para aumentar-se a proteção é a criação de *facti species* de proteção de terceiros em situações em que a legislação brasileira ainda não cuidou, como é o caso das nulidades materiais, ou nulidades oblíquas, assim denominadas por Serpa Lopes² como aquelas nulidades no título que atingem o registro, pelo princípio da causalidade, aqui reinante.

² LOPES, Miguel Maria de Serpa - **Tratado dos Registros Públicos**. 6.^a ed. Vol. IV. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1927. P. 325.

Não se tem mais dúvidas de que um sistema de forte proteção a terceiros é capaz de garantir a um país em crise econômica a possibilidade de fazer circular riquezas com segurança, na medida em que se gerará um clima de confiança mundial aos investidores, diminuindo-se os riscos de perda de investimentos, haja vista que, onde os riscos são menores, maior o crescimento econômico. Para tanto, a primeira tarefa brasileira é cadastrar suas terras. Na realidade, grande parte das terras brasileiras ainda não estão registradas e, portanto, não são contabilizadas como ativos para o país, nem tampouco circulam, havendo grande perda de capital, fruto de um histórico descaso com a matéria, algo que deve ser corrigido com urgência.

Vale ressaltar que um dos objetivos das Nações Unidas para a agenda 2030 consiste em fomentar o desenvolvimento de países subdesenvolvidos, e o fortalecimento do sistema registral apresenta-se como um caminho para o alcance de tais objetivos, tal como já indicado pela Diretriz da Comissão da Administração do Território das Nações Unidas, devido ao apelo econômico e social que envolve o tema.

Neste artigo, como visto, intenta-se apresentar os caminhos já alcançados pela legislação brasileira na busca por um sistema registral fortalecido, bem como apresentar soluções em busca de se conferir maior proteção ao terceiro de boa-fé.

1. AS NULIDADES NO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO E O CASO DA INOPONIBILIDADE PREVISTA NO ART. 214, §5º, DA LEI N. 6.015/73

O sistema de nulidades dos atos jurídicos no Brasil encontra inspiração na teoria clássica das nulidades e, sendo assim, quando presente uma nulidade de pleno direito no negócio jurídico que fundou um registro, *a priori*, não se admitiria a aquisição desse direito real, uma vez que, de acordo com o princípio da causalidade, adotado pelo sistema brasileiro, a nulidade existente no título que fundou a transferência imobiliária alcança também o seu respectivo registro.

Os problemas inerentes à teoria das nulidades dos atos jurídicos, nos planos da existência, validade e eficácia, quer sejam absolutas ou relativas, evidenciam-se do mesmo modo no registro imobiliário, “devendo seus reflexos serem estendidos aos atos de publicidade imobiliária, ou seja, a necessidade de categorizar-se com exatidão os casos classificáveis em cada uma das modalidades de invalidade o ato publicitário”.³

³ Idem- **Op. cit.** p. 324.

Interessante notar que, apesar da necessidade de se efetuar um registro para que haja a transmissão da propriedade, exigência essa inerente ao sistema constitutivo, este pode vir a ser cancelado em decorrência de nulidade detectada tanto no título que fundou o registro e no qual se encontra declarado o negócio jurídico, quanto no aspecto formal do próprio registro. Isso gera incertezas e inseguranças no tráfego imobiliário.

Nessa perspectiva, vale recordar a lição de Serpa Lopes, acerca da classificação de nulidades no sistema registral, sob o ponto de vista de sua origem, dividindo-o em nulidade exclusivamente formal, nulidade mista, alcançando o título e o registro, invalidando-os conjuntamente, e a nulidade do título causal ou oblíqua, que se refere à nulidade do título que atinge indiretamente o registro.

A nulidade exclusivamente formal é aquela que afronta princípios registrais e diz respeito à ausência de seus elementos essenciais, configurando, na maioria das vezes, uma responsabilidade do Estado e dos Oficiais de Registro responsáveis pela inscrição. Já a nulidade oblíqua é aquela referente ao título que fundou o registro, ou seja, a escritura pública, podendo decorrer também de erro, dolo, fraude ou simulação, causando a nulidade do registro.

Com efeito, os registros imobiliários podem ser analisados sob dois aspectos: formal e a material. Haverá, nesse sentido, inexistência do registro quando faltarem ao ato os seus pressupostos materiais indispensáveis à sua própria existência. Exemplo de ato inexistente é aquele feito por pessoa que não se encontra investida de autoridade para tanto e os casos de registros sem assinatura.

As nulidades de pleno direito são absolutas e referem-se a atos essenciais, não tendo a lei, entretanto, mencionado o conceito de atos essenciais, deixando esta tarefa ao julgador. As nulidades formais, por sua vez, são inerentes ao conteúdo do registro, desligado totalmente do título, e estão descritas no art. 176 da Lei. n. 6.015/73.

As nulidades mistas são as referentes à incapacidade absoluta do transmitente, defeitos de forma, como o uso de instrumento particular e não a escritura pública, ausência de assinatura do tabelião, das partes e suas testemunhas no título, ou mesmo quando o objeto da transmissão é bem inalienável. Já as nulidades oblíquas são todas aquelas modalidades dos vícios de consentimento que se referem ao título, não podendo ser apreciadas pelo Oficial de registro.

Ocorre que, em alguns casos, quando tais nulidades são detectadas, o imóvel já foi objeto de outras transmissões imobiliárias, não se encontran-

do mais na propriedade de terceiros de boa-fé que, confiantes nos serviços extrajudiciais de registro público, investem em imóveis e negócios sem conhecimento das falhas havidas em transmissões anteriores.

Para tais casos, alguns sistemas contam com previsão de exceções à declaração de nulidade expressamente definidas em lei, que consistem na chamada inoponibilidade de nulidade, posto que o legislador, consciente do desequilíbrio que tal situação causa ao sistema de transmissões de imóveis, busca instrumentos que levem a um equilíbrio entre direito de propriedade e a proteção do terceiro de boa-fé, sempre com vistas aos critérios legais previamente estabelecidos, de modo a alcançar segurança jurídica.

Foi exatamente neste sentido que, no Código Civil de 1966, o legislador Português inovou com a inclusão do art. 291, criando uma proteção ao terceiro de boa-fé nas aquisições *a non domino*, ou seja, estabeleceu uma inoponibilidade de nulidade para os casos em que os requisitos ali previstos fossem presentes, quais sejam, aquisição de boa-fé, onerosa, anterior ao registro de ação judiciária e após o prazo de três anos do registro de transmissão no qual foi detectada a falha material no negócio jurídico, já que transmitiu bem que não pertencia de fato ao transmitente.

A inoponibilidade de segunda dimensão, como define Maria Clara Sotomayor⁴ refere-se a nulidades mistas ou oblíquas, nos termos preconizados por Serpa Lopes, já explicitados. Além desta inoponibilidade, em Portugal também existe na legislação registral,

exemplo de aquisição tabular por meio de inoponibilidade de nulidade de cunho registral, encontrando-se prevista no art. 17, n. 2, do Código Registral, expondo os requisitos que devem estar presentes para a inoponibilidade da mesma.

Na verdade, outras legislações europeias também assim protegem o terceiro de boa-fé, tal como a Itália, no art. 2.652, n.6, do Código Civil, na França ocorre por meio da jurisprudência e na Espanha, encontra proteção no próprio sistema, por meio da Lei Hipotecária, no seu art. 35.

No Brasil, apesar de não haver norma semelhante à portuguesa, italiana ou a espanhola, já existe vasta jurisprudência nos Tribunais Superiores a defender os terceiros de boa-fé em situações que não tinham como ter conhecimento, em razão da inexistência de informação registrada na matrícula

⁴ SOTTOMAYOR, Santiago de Sousa de Pereira Clara Maria - **Invalidade e registro. A proteção do terceiro adquirente de boa fé**. Coimbra: Almedina, 2010. pág. 303. ISBN 978-972-40-4231-2.

do imóvel, daí a importância da observância do princípio da concentração dos atos na matrícula.

Também é correto afirmar que o art. 214, §5º, da Lei 6.015/73, acrescentada somente em 2004 consiste em causa de inoponibilidade de nulidade formal, quando presentes os requisitos da usucapião, quais sejam, posse de dez anos, boa-fé e justo título. Assim, caso se verifique um registro que tenha descumprido o princípio da especialidade, da unicidade, ou mesmo da continuidade, há dez anos desse registro nulo, verificada a boa-fé, mister que tal nulidade não seja declarada, convalidando-se os registros que vieram após o registro nulo, podendo-se retificar eventuais falhas menores ou mesmo nulidades de requisitos essenciais advindas desse registro nulo, para proteger-se o terceiro de boa-fé.

Vale ressaltar que, quando se fala de usucapião no art. 214, § 5º da Lei 6.015/73, não está a se falar de um outro tipo de usucapião, mas sim a utilização dos mesmos requisitos da usucapião para garantir uma inoponibilidade da nulidade. Poderia o legislador ter escolhido requisitos diferentes, tais como o fez o legislador de Portugal, o italiano e o espanhol, mas escolheu os mesmos da usucapião, sem que tenha definido qual dos sete tipos de usucapião estava a se referir.

Bem, como o legislador nada disse a esse respeito, deduz-se que deve ser uma usucapião em que o registro demonstra-se necessário para sua efetivação, já que é este que se pretende convalidar. Com tais características tem-se a usucapião ordinária do art. 1.242 do Código Civil, podendo o prazo ser reduzido para cinco anos, caso a pessoa já utilize o bem para moradia ou fins comerciais, nos termos do art. 1.242, parágrafo único do Código Civil.

2. OUTROS CASOS DE INOPONIBILIDADES DE NULIDADES ADVINDAS DO SISTEMA REGISTRAL CONSTITUTIVO BRASILEIRO

Nos casos de dupla alienação, ou seja, quando uma pessoa vende para duas pessoas diferentes um mesmo bem, o fato da segunda pessoa que adquiriu o direito real ter registrado primeiro, torna esta venda/aquisição *a domino* e isso se coaduna perfeitamente com o sistema constitutivo brasileiro, posto que somente com o registro é que se transmite a propriedade, conforme art. 1.245 do Código Civil. Diferentemente disso ocorre nos sistemas onde vige o princípio do consensualismo, posto que o registro, nestes casos, tem efeito meramente declarativo e o negócio jurídico efetua a transferência do direito real, este é o caso do sistema Português e do Francês e assim foi o Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

No Brasil, desde 1916, muito natural que se afirme a regra da inoponibilidade dos atos não registrados e da nulidade ou anulação do negócio jurídico ao terceiro de boa-fé que registra a sua aquisição, antes do registro da ação de nulidade ou anulação de negócio jurídico anterior. Isto se deve ao fato de que o princípio da concentração determina que tudo que se deve saber sobre o imóvel deve constar na sua matrícula, a fim de que tais elementos possam vir a ser oponíveis a terceiros que, ao adquirir o imóvel, tinham como saber de tais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos.

Nesse caso, sendo pleiteada a nulidade ou anulação do negócio jurídico que fundou registro, sem que haja registro da respectiva ação na matrícula do imóvel que se pretende ver anulada a transmissão a *non domino* e isso venha prejudicar terceiro de boa-fé, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil tem decidido pela proteção do terceiro. Contudo, melhor seria se a lei trouxesse critérios expressos para garantia do terceiro de boa-fé, a fim de que fossem aplicados desde os juízos de primeira instância, buscando melhoria na segurança jurídica das transmissões imobiliárias e evitando-se, desse modo, decisões díspares.

Na verdade, a proteção do terceiro de boa-fé que tenha adquirido com base em inscrição anterior aparentemente correta, com o efetivo registro da transmissão, ficaria indene de sofrer reivindicatória desde muito tempo, como exemplificado no acórdão que se utilizou do atual art. 879 do Código Civil de 2002.⁵

É bem verdade que, pelo atual sistema de precedentes, a tendência será alcançar-se unidade nas decisões de primeiro grau, mas o aperfeiçoamento do sistema legal registral ganharia em muito ao estabelecer uma *facti specie complexa* nos moldes preconizados pela legislação portuguesa, italiana, espanhol, bem como ganharia o país com o aumento da segurança jurídica, trazendo confiança aos investidores que tivessem interesse em estabelecerem-se no país.

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DAS NULIDADES COMO TENDÊNCIA MUNDIAL SUBSTITUINDO A TEORIA CLÁSSICA

Existe uma tendência mundial pela flexibilização dos efeitos das nulidades, na sua compreensão clássica, ou seja, no entendimento de que, caso se esteja diante de uma nulidade absoluta, de pleno direito, esta não seria

⁵ Acórdão Tribunal de Belo Horizonte, de 27 de abril de 1939, in *Revista Forense*, vol. 79, pág. 300.

passível de confirmação (restauração da vontade viciada pela própria pessoa que manifestou a vontade) ou ratificação (intervenção de uma vontade até então estranha ao negócio que veio integrar a vontade que não operou efeitos). Isto porque, por vezes, seria possível que um ato tido por absolutamente nulo pudesse ser convalidado, sendo muito melhor para as partes que assim ocorra.

A teoria clássica das nulidades adota a possibilidade de confirmação somente quanto a atos anuláveis, jamais aos atos absolutamente nulos; contra a teoria clássica insurgem-se os finalistas, ou seja, os juristas que concebem as nulidades com base na finalidade do instituto.

O maior expoente dos finalistas é Japiot, que defende “que toda nulidade, comportando o direito de crítica, é suscetível de confirmação, podendo, todo indivíduo, em princípio, dispor livremente de seus direitos”⁶. Contudo, conforme afirmado por Serpa Lopes o direito brasileiro não deu guarida à teoria finalista, tendo adotado a teoria clássica das nulidades. Assim, a ratificação da vontade referente a um negócio jurídico somente pode ocorrer com o refazimento completo do ato jurídico imobiliário⁷.

Assim, se um menor de 14 anos vende um imóvel, ao atingir a maioridade não pode ele revalidar o ato, mas deverá outorgar nova escritura de compra e venda. A escritura primitiva é absolutamente nula e deve ser cancelada, bem como substituída pela nova escritura na qual a legitimidade surge sem vício. Desse modo, o ato anulável pode ser ratificado pelas partes tornando os terceiros de boa-fé protegidos, não se podendo dizer o mesmo do ato nulo, nos termos do art. 172 do CC de 2002, o que leva ao caminho da possibilidade de se cancelar transmissões, mesmo estando o terceiro adquirente de boa-fé. Aqui está o ponto nodal da questão, o prejuízo para a proteção do terceiro.

O Código Civil brasileiro estatui que as nulidades absolutas não podem ser supridas pelo juiz, nos termos do artigo 168 e nem podem ser confirmadas ou convalidadas pelo decurso do tempo, nos termos do artigo 169 mesmo diploma. Contudo, desde há muito, doutrinadores especialistas da envergadura de Serpa Lopes defendiam a possibilidade de se confirmar atos absolutamente nulos, quando estes atingirem terceiros de boa-fé que não tinham como saber das nulidades que foram arguidas após a transmissão imobiliária.

⁶ SOTTOMAYOR, Santiago de Sousa de Pereira Clara Maria - **Invalidade e registro. A proteção do terceiro adquirente de boa fé**. Coimbra: Almedina, 2010. pág. 144 ISBN 978-972-40-4231-2.

⁷ Idem – **Ibidem**

As causas de anulabilidade do registro podem ser supridas ou confirmadas por meio do procedimento previsto no artigo 213, I, da Lei 6.015/1973, através da qual se permite ao registrador, a retificação, de ofício, de dados como o estado civil da pessoa, correção quanto ao endereço do titular registral, erros quanto à numeração de um logradouro, dentre outros.

4. AS NORMAS PROTETIVAS DO TERCEIRO DE BOA-FÉ E SUA APLICABILIDADE PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Neste capítulo tenta-se trazer à baila a forma como os legisladores, doutrinadores e julgadores brasileiros encaram a proteção do terceiro de boa-fé quando este adquire imóvel de pessoa que não possuía legitimidade para vendê-lo (aquisição *a non domino*). Este tema guarda íntima relação com as nulidades, já que a aquisição *a non domino* é nula de pleno direito pelo sistema de nulidades clássico adotado no Brasil.

Dentre os julgados pesquisados, verifica-se que existem casos em que o terceiro de boa-fé não recebe qualquer proteção, mesmo possuindo registro por muito tempo e sem qualquer notícia na matrícula sobre discussão jurídica sendo travada nos Tribunais. Por outro lado, existem casos em que o terceiro ganha proteção, mesmo tendo sido noticiado de ação judicial em que se reclama a propriedade, o que demonstra a contradição entre julgados e insegurança quanto como se julga a matéria no país. Verifica-se, também largo uso da teoria da aparência nesses julgados, sem se indicar quais os critérios objetivos adotados para se convalidar situação que ela denotava ou mesmo sem mencionar o quesito comum nesses casos, a boa-fé.

A título de exemplo, tem-se julgado do Amazonas⁸ em que foi utilizado o art. 879 do CC para manter uma aquisição imobiliária não registrada e na qual o proprietário registrário aciona o terceiro pela nulidade de procuração que fundou a aquisição⁹. Tratava-se de uma mera posse do terceiro, mesmo assim ganhou *status* de propriedade, a despeito da falta de registro.

⁸ FIGUEIREDO- Pessoa Graças das Marias – relat. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com n.º 020650297.2011.8.04.0001, de 17 de nov.de 2014. [Em linha]. [Consult. 22. Julho. 2016]. Disponívelem: <http://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1022295&cdForo=0&v1Captch a=hvQXV.dem>.

⁹ FIGUEIREDO- Pessoa Graças das Marias – relat. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com n.º 020650297.2011.8.04.0001, de 17 de nov. de 2014. [Em linha]. [Consult. 22. Julho. 2016]. Disponívelem:<http://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1022295&cdForo=0&v1Captch a=hvQXV.dem>.

Silvio Venosa¹⁰, desde 1934, criticava a redação confusa do antigo art. 968 do CC de 1916, que permaneceu sem retoques no atual Código Civil de 2002, no art. 879, com a finalidade de prever as hipóteses e consequências das aquisições de boa-fé ou de má-fé por terceiros adquirentes ou por partes.

Para melhor esclarecer, o doutrinador considera que “o *accipiens* alienou coisa que não era sua, a *non domino*. Por consequência, ao obedecer regra geral do direito de sequência, o *solvens* teria direito de reivindicar o bem do terceiro adquirente. Agindo também o terceiro com boa-fé, resguarda a lei, mais uma vez, a aparência no direito, considerando válida a alienação, já que o terceiro em nada colaborou para o erro do *solvens*, não tendo ocorrido, igualmente, má-fé do *accipiens*. Trata-se de mais um dispositivo em que o legislador visa proteger e dar estabilidade às relações jurídicas, dando valor à aparência.”¹¹

Do que disse Silvio Venosa¹², verifica-se, nitidamente, que, quando o credor transmite o bem imóvel a terceiro de forma gratuita, o devedor que foi levado a erro e realizou pagamento indevido passa a ter direito de reivindicação do bem imóvel. Já quando o terceiro age de má-fé, sabendo que o pagamento é indevido e, desse modo, estaria adquirindo um imóvel *a non domino*, o devedor prejudicado pode reivindicar o imóvel, mesmo tendo o terceiro de má-fé adquirido a título oneroso.

Por fim, Silvio Venosa destaca que no caso de o credor estar de má-fé, o que irá determinar a aplicação da norma será a má-fé ou boa-fé do terceiro. No primeiro caso, havendo má-fé, o devedor poderá reivindicar o imóvel do terceiro; em caso de boa-fé do terceiro, este permanecerá com o imóvel, em face da teoria da aparência e o credor deverá entregar o valor que recebeu pela transferência imobiliária ao devedor, bem como indenização por perdas e danos devido a sua malícia.

Clovis Beviláqua¹³ resumiu a norma dizendo que o devedor somente poderá reivindicar o imóvel no caso deste ainda estar em poder do credor; no caso deste ter transferido a título gratuito, ou no caso de má-fé do terceiro adquirente. Quanto à questão referente à aplicabilidade deste comando

¹⁰ VENOSA, Silvio – Direito Civil V: Obrigações e Contratos, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 237/240, ISBN 978-85-224-7564-3.

¹¹ Idem - **Op. Cit.** p. 247.

¹² Idem - **Ibidem**.

¹³ BEVILAQUA, Clovis – **Código Civil Comentado**. Vol IV, [sl]: Francisco Alves, 1934. p. 130 332

somente aos casos de pagamento indevido ou se este pode se aplicar a todos os casos de aquisições *a non domino*, a doutrina brasileira é divergente, sendo que a maioria afirma que somente deve esta ser aplicada aos casos de pagamento indevido.

Silvio Venosa, conduz o entendimento de que, nos casos de aquisições *a non domino* por terceiros de boa-fé, deve prevalecer sempre a aparência do direito. Assim, seguindo a análise da interpretação do art. 879 do CC de 2002, entende-se da leitura do caput do mesmo que, adquirente de boa-fé, em sucessão ao credor, teria o direito de permanecer com o imóvel. Na verdade, Silvio Venosa afirma que além do art. 879, há outros dispositivos no Código Civil brasileiro que demonstram a sua adesão à teoria da confiança e à teoria da aparência, prestigiando a boa fé. Dentre as normas, algumas merecem ser citadas, tais como, o art. 1827, 1828, 1554, art. 1420, §1º, art. 1.268, §1º, art. 180 e 181 todos do Código Civil de 2002.

Zeno Veloso¹⁴, com muita lucidez, fala sobre a necessidade de se proteger terceiros de boa-fé no Brasil, destacando a falta de legislação sobre a matéria, o que coloca o magistrado na árdua tarefa de realizar essa proteção sem o manejo seguro de norma expressa. Vejamos o que diz Zeno Veloso, *in litteris*:

Deve ser louvado o magistério de Serpa Lopes, acudindo terceiros de boa-fé, que não podem suportar, de modo absoluto, sem atenuações, os impactos dos efeitos retro-operantes da nulidade ou da anulação de negócios jurídicos, em decorrência dos quais esses terceiros adquiriram direitos, e este aspecto não tem sido abordado por muitos outros autores, antigos e modernos, na doutrina brasileira, sendo, a nosso ver, um dos pontos nevrálgicos da chamada teoria das nulidades, carecendo de um tratamento legislativo.¹⁵

Mais adiante, Zeno Veloso afirma que a proteção do terceiro de boa-fé visa atender aos reclamos daquelas “pessoas sérias e diligentes que empregaram as suas economias para a conclusão de negócios, sem saber que a relação jurídica que lhes estava sendo transmitida, aparentemente robusta, sadia e boa era deficiente, precária, trazia vício de origem”.

Em seguida, o autor traz normas de proteção dos terceiros do direito comparado, demonstrando que na Itália, em Portugal e na Argentina existem normas mais claras sobre a matéria. Com muita sagacidade, Zeno Ve-

¹⁴ VELOSO, Zeno – **Invalidade do negócio jurídico – anulabilidade e nulidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Delrey, 2005. ISBN 85-7308-776-5. p. 342.

¹⁵ Idem - **Ibidem**.

loso defende a flexibilização do princípio da retroatividade dos efeitos da nulidade e anulabilidade em nome da segurança jurídica, mas sustenta que a defesa do terceiro de boa-fé (possível somente quanto ao subadquirente posterior ao primeiro, já que em relação a este deve ser dada preferência ao direito do proprietário) deve se dar por meio da teoria da aparência, ponto em que discordamos do ilustre doutrinador, conforme defenderemos a seguir.

Sugeriu também, diante da omissão legislativa que fosse inserido um parágrafo único ao art. 182 do CC com a seguinte redação: “A declaração de nulidade que não decorra de incapacidade absoluta ou anulação do negócio jurídico não prejudica os direitos adquiridos, a título oneroso, por terceiro de boa-fé.” Denota-se da sugestão de Zeno Veloso que não se prevê como marco de publicidade, acerca da nulidade existente, a publicidade da ação de nulidade na matrícula do imóvel como ocorre no art. 291 do Código Civil Português e o art. 2.642, n. 6 do Código Civil Italiano.

Isso aperfeiçoaria ainda mais a proteção do terceiro, utilizando o princípio da concentração das informações acerca de um imóvel em sua matrícula, como já prevê o art. 54 da Lei 13.097/2015. Denota-se que a sugestão de Zeno Veloso abarca somente a proteção, em geral, dos terceiros de boa-fé, deixando de prever as situações específicas de proteção de terceiros nas aquisições *a non domino*, muito comuns no Brasil e que, conforme já demonstrado, têm sido enfrentadas de diversas formas no Brasil, com diferentes interpretações, o que causa insegurança jurídica.

Por este motivo é que deixar a proteção de terceiros nas aquisições *a non domino* para a seara da interpretação judicial pode apresentar inconvenientes e perigos. A norma sempre apresenta maior segurança aos cidadãos do que a liberdade ampla de interpretação, posto que nem sempre essa é realizada de forma a ser feita a correta leitura do sistema constitucional, do sistema registral imobiliário, do direito civil, causando injustiças e falta de credibilidade ao sistema.

Diante disso, é ainda insuficiente a modificação sugerida por Zeno Veloso, não servindo para garantir interpretação unitária sobre a matéria. É fundamental aliá-la à necessária proteção, também, do proprietário prejudicado, tendo em vista que o Brasil adotou um sistema causal, constitutivo, devendo as escolhas legislativas pautarem-se nestes parâmetros legais sistêmicos para que a norma guarde coerência com o todo.

Por fim, vale lembrar que o art. 1.268, §1º, do CC Brasileiro consagra uma exceção dos efeitos da nulidade de negócios jurídicos referentes a imóveis e consistentes em vendas de coisa alheia que é revalidada, quando verificada a aquisição posterior do bem pelo alienante *a non domino*.

4.1 Teoria da aparência e princípio da boa-fé como fundamentos da aquisição imobiliária a non domino no Brasil – estudo de precedentes

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 62308/SP, da relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, em 1999¹⁶, consagrou que “a venda de bem imóvel, feita por procurador a quem não foram outorgados poderes para realizar o negócio, apresenta vício insanável, não sendo possível prestigiar a boa-fé daquele que, em venda sucessiva, adquire o imóvel de pessoa em cujo nome o imóvel foi registrado”. Esse entendimento tem sido flexibilizado, como se verá a seguir.

Neste mesmo sentido, entende Zeno Veloso¹⁷ que afirma: “em qualquer das hipóteses, a venda de coisa alheia é inexistente em face de seu *verus domino*. O negócio celebrado entre vendedor e comprador não atinge, não envolve, não obriga o proprietário; a seu respeito, é *res inter alios acta*, sendo a ele inoponível o contrato.” Neste caso, de venda de coisa alheia, a única exceção que o sistema fornece é a prevista no art. 1.268, §1º, do CC, que trata do adquirente de boa-fé e da aquisição do imóvel pelo alienante. O domínio superveniente do alienante dá uma eficácia posterior ao negócio, operando *ex tunc*.

Outra situação é a criação de uma norma específica para tratar da aquisição por terceiro de boa-fé, como ocorreu em Portugal. A *facti-species* complexa consagrada no art. 291 do Código Civil Português estabelece que não será o contrato nulo que criará uma nova situação por meio do efeito translativo, mas, sim, um fato jurídico novo, com elementos legais próprios que instrumentalizarão a aquisição por terceiro de boa-fé.

No Brasil, diferente do que está previsto em Portugal, na Espanha e na Itália, adota-se por meio de julgados a teoria da aparência para admitir proteção ao terceiro de boa-fé ou para justificar a permanência da propriedade. Na teoria da aparência, admite-se a possibilidade de se considerar existente um contrato nulo de pleno direito, nos moldes do art. 168 do CC, o que gera uma incoerência no sistema civilista brasileiro.

¹⁶ RIBEIRO, Eduardo - relat. **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com n.º 114.415**, de 12 de novembro de 1997. [Em linha]. Brasília: [Consult. 22. Julho. 2016]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700445976&dt_publicacao=16-02-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF.

¹⁷ VELOSO, Zeno – **Invalidade do negócio jurídico – anulabilidade e nulidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Delrey, 2005. ISBN 85-7308-776-5. p. 216.

Ou seja, por meio de uma ficção (dar validade a um contrato nulo), criam-se contradições internas insuperáveis ao sistema. Por isso o uso da teoria da aparência é considerado antiquado pela doutrina europeia, já que não soluciona o problema de se estar a conceder eficácia a um contrato sem validade ou inexistente (Zeno Veloso).

Assim é que a teoria da aparência não tem respondido de forma satisfatória às complexas demandas que envolvem as aquisições *a non domino* realizadas pelos terceiros de boa-fé, por criar uma ficção, e não dar critérios específicos e claros para a configuração da aquisição tabular. Por tais motivos é que o legislador Português, o Espanhol e o Italiano preferiram criar normas especiais para tratar da matéria.

Defendendo o uso da teoria da aparência, encontramos ainda o doutrinador e juiz Luiz Fabiano de Corrêa¹⁸ que afirma que esta aparência deve ser reflexo de fatos objetivos e não fruto da subjetividade de quem a invoca na busca de uma proteção jurídica. Resumidamente, deve existir a aquisição de uma coisa alheia da qual o comprador não tinha conhecimento acerca da invalidade intrínseca no negócio jurídico referente à legitimidade do transmitente.

Ainda dentro do exposto por Fabiano Correa, o segundo pressuposto para aplicação da teoria da aparência seria a imputabilidade da aparência de direito ao terceiro. Contudo, o desenvolvimento da sua teoria a respeito da necessidade de se imputar ao terceiro, por meio de quaisquer das teorias de natureza penal (quais sejam, teoria da causalidade, da culpa e do risco), não parecem ajudar na aplicação da teoria da aparência. Antes mesmo, confundem, deixando o autor de tentar solucionar os maiores problemas da teoria da aparência, como a sua amplitude e falta de clareza.

Essa descrição serve para demonstrar ainda mais a imprecisão da teoria da aparência defendida pelo autor, segundo o qual haverá casos em que a imputabilidade ocorrerá por uma teoria e em outros casos por outra, causalidade, culpa ou risco; o que confirma a inadequação da teoria da aparência para pacificação social nesses casos, dentro do critério de justiça e segurança jurídica, pela falta de critérios claros e objetivos, dando margens a um julgamento ora tendencioso para a proteção demasiada do proprietário ora para o terceiro.

Contudo, a forma como a teoria da aparência vem sendo aplicada no Brasil em nada contribuem para a solidificação do conceito de terceiros de

¹⁸ CORREA, Luiz Fabiano - **A Proteção da Boa-fé nas Aquisições patrimoniais**. São Paulo: Interelex, 2001. p. 386.

boa-fé nas aquisições *a non domino*, uma vez que, pela própria dinâmica dos negócios, exigem-se soluções equilibradas e que protejam o direito dos terceiros de boa-fé, a segurança dos negócios e os interesses do titular do direito.

Diante disso, é forçoso reconhecer que apesar da teoria da aparência não constar de forma ampla no interesse dos discursos doutrinários mais profundos, ela tem sido utilizada no Brasil para justificar aquisições *a non domino* por terceiros, ou ainda, para deixar de reconhecê-las quando se deveria, tudo isso de forma assistemática e sem critérios, servindo a teoria para qualquer fim legal, de acordo com o entendimento subjetivo do julgador, o que gera insegurança e falhas no sistema.

Desta feita, diante da análise jurisprudencial apontada no subitem anterior, denota-se que a ausência de legislação específica tem levado os julgadores brasileiros a utilizarem a teoria da aparência para legitimar situações referentes a aquisições *a non domino* que, pela doutrina clássica das nulidades, seriam consideradas nulas, até porque outra solução não poderia ser dada pelo julgador a não ser declarar nulo o negócio jurídico realizado por aquele que não tinha legitimidade para fazê-lo, prejudicando o terceiro que confiou nos registros tabulares que afirmavam o contrário.

Ao contrário, em Portugal, por exemplo, a aquisição tabular ocorre dentro de um sistema de inoponibilidade da nulidade, nos termos preconizados no art. 290º, n. 2 do Código Civil Português, bem como a inoponibilidade de nulidade prevista no art. 17º, n. 2 do CRP e o art. 5º, n. 4 do CRP, por meio de *facti-species* autônomas e nas quais são expressos os critérios legais para sua configuração, entre tais critérios o contrato nulo consiste em um dos requisitos para a configuração da forma de aquisição *sui generis*.

Neste caso, o precedente do Tribunal de Justiça do estado do Amazonas¹⁹ decide a favor da adjudicação do imóvel pela requerente/apelada com base na teoria da aparência e no princípio da boa-fé, dando validade a um negócio jurídico nulo, posto que feito por pessoa ilegítima e a despeito da existência de um registro público válido em nome de pessoa diferente daquela que constava no título, a procuração.

Seria o caso de aquisição da propriedade pela usucapião, já que a autora já estava na posse no imóvel por muitos anos, cabendo a usucapião extraor-

¹⁹ FIGUEIREDO, Pessoa Graças das Marias relat. - **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com n.º 020650297.2011.8.04.0001, de 17 de nov. de 2014.** [Em linha]. [Consult. 22. Julho. 2016]. Disponível em: <http://consultasaj.tjam.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1022295&cdForo=0&vlCaptcha=hvQXV>.

dinária, mas não de dar validade a um contrato nulo, contrariando expressa letra da lei. O caso citado acima comprova o uso da teoria da aparência para considerar válido um negócio nulo - a despeito da parte sequer ter realizado o registro.

Assim, no julgado alhures, por meio da teoria da aparência, criou-se a ficção de que o negócio foi legítimo e sem nulidades, isto porque assim aparentava ao então adquirente, conforme salientado na ementa do julgado. Novamente, a solução para o terceiro disponível pelo sistema legal brasileiro seria a usucapião, ou seja, a aquisição que se opera devido à posse prolongada do bem, caso esta fosse existente.

Por outro lado, em julgados recentes, em 2018, já se nota que o Superior Tribunal de Justiça tem feito adequada interpretação de situações de nulidade do negócio jurídico, levando-se em consideração a transmissão para terceiro de boa-fé. Ao cotejar os elementos trazidos, a Quarta e a Terceira Turmas têm reconhecido o direito de terceiros de boa-fé quando estes adquirem imóveis de pessoas que tinham companheiros em união estável, sem anuência deste, com base na ausência

de informação sobre a união estável na matrícula do imóvel, dando destaque valorativo ao princípio da concentração, elevado novamente a princípio essencial no art. 54 da Lei 13.097/2015²⁰.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça têm acertadamente flexibilizado a nulidade de pleno direito decorrente de letra expressa da lei, como é o caso de alienação de imóvel sem consentimento de cônjuge ou companheiro, *ex vi* do art. 1.647, I, combinado com o art. 1.725 do Código Civil, norma que tem por escopo a proteção do patrimônio familiar.

A análise feita por ambos os julgados resultou na conclusão de que nenhuma providência jurídica foi adotada no sentido de publicitar a existência da união estável, o que afronta o princípio da concentração, não podendo, desse modo o terceiro de boa-fé vir a perder o direito real adquirido. É bem verdade que, para tanto, os Ministros julgadores tiveram que empreender um esforço interpretativo para resguardar a proteção de terceiros e do

²⁰ GUIMARÃES, Lázaro relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, AgInt no Recurso Especial n. 1.251.971-SC**. Quarta Turma, julgado em 06 de fevereiro de 2018. [Em linha]. [Consult. 13. Marc. 2018]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22L%C1ZARO+GUIMAR%-C3ES++%28DESEM+BARGADOR+C>.

BELLIZZE, Marco Aurélio relat. **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.592.072 – PR**. Terceira Turma, julgado em 21/11/2017. [Em Linha]. [Consult. 13. Març. 2018]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1592072&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR.

próprio sistema registral, dando segurança jurídica no trato imobiliário, o que poderia ter uma aplicação direta mais tranquila, caso existisse norma prevendo tal situação, em uma *facti specie* complexa própria, como existe em Portugal por exemplo. Contudo, a ausência desta norma não impede que a proteção venha sendo dada pelo Judiciário por meio de seus julgados.

Assim, em situações em que nos deparamos com nulidades de pleno direito, nulidades relativas ou mesmo irregularidades, deve-se analisar o caso com vistas ao sistema registral, seus princípios e a necessidade premente de se garantir segurança jurídica nas relações de transmissão imobiliária, às vezes declarando inoponibilidade de nulidades legais, caso o terceiro de boa-fé não tivesse como saber daquela nulidade. Um sistema sem qualquer segurança ao terceiro de boa-fé é nefasto para economia e segurança jurídica do país, não trazendo o clima de confiança tão necessário às relações comerciais e empresariais de um Estado Liberal- Social.

4.2 A usucapião tabular brasileira enquanto modo de convalidação de registro nulo. Seria este o melhor meio? Breve estudo da facti specie complexa adotada em Portugal, no art. 291 Do cc

A usucapião tabular brasileira também surgiria como um meio de sanar o defeito do registro imobiliário, mas devido às outras características expostas na norma, principalmente a antecipada declaração de nulidade, impede-se sobremaneira o uso desta norma. Os sistemas declarativos tendem a limitar a usucapião abreviada aos casos em que as partes obtiveram um registro, é o que acontece no italiano.

O art. 1.159 do CC italiano prevê a possibilidade de aquisição originária daquele que adquire um imóvel ou direito real de gozo de boa-fé através de título idôneo, sem registro imobiliário, mas somente registro de notas. Esse título não pode ter nulidades e nem vícios de forma e deve estar registrado em conservatório de notas, desde que a posse dure 10 anos, prazo este que deve ser contado a partir do registro do ato aquisitivo.

Interessante notar a grande diferença entre o sistema italiano e o francês, dois países pertencentes ao sistema declarativo. Na França não há necessidade de registro do justo título da usucapião (art. 2272 e segs do CC francês). Assim, a autonomia da usucapião é entendida em grau máximo, pois tanto doutrina quanto jurisprudência consideram pacífico que o registro não é necessário para que se opere a prescrição abreviada.

Mônica Jardim²¹ destaca que: “a transcrição apenas é condição de eficácia em face de terceiros e que o verdadeiro titular de direito real, embora estranho ao negócio concluído entre o alienante *a non domino* e o adqui-

²¹ Idem – **Op. Cit.** p. 78.

rente ao possuidor, não é terceiro, mas parte interessada na aquisição do direito mediante o exercício da posse continuada”²².

Já o Código Civil Espanhol de 1889, ainda em vigor, também pertencente ao sistema declarativo, prevê uma usucapião ordinária com os requisitos da posse de boa fé e justo título, estando previsto no art. 1952. Segundo esta usucapião, o título deve ter aptidão legal para efetuar a transferência, caso o transmitente seja mesmo o proprietário. O que a usucapião ordinária vem suprir é a falta do direito na esfera jurídica do transmitente.²³

O justo título não tem de ser registrado e o prazo de posse varia de dez a vinte anos em função da presença ou ausência do proprietário em solo espanhol. Existe ainda a prescrição aquisitiva segundo o registro presente na Ley Hipotecária espanhola, em seu art. 35, segundo a qual os efeitos da prescrição aquisitiva em favor do titular inscrito, será justo título, a inscrição registral e se presumirá possuidor, aquele que possui imóvel de forma pública, pacífica, ininterrupta e de boa fé, durante o tempo de vigência do assento e dos seus antecessores de quem traga causa.

Nesse caso a inscrição é equiparada a um justo título e deve ser considerada independentemente do negócio jurídico a que se refere como hábil para gerar usucapião. A inscrição assume o lugar do justo título e introduz uma exceção à regra prevista no art. 1.954 do CC espanhol, segundo o qual justo título deve ser provado e nunca presumido. A finalidade da norma descrita é permitir que o titular registral adquirente a *non domino* não protegido pelo art. 34 da lei hipotecária consolide de uma forma mais célere a aquisição do direito através da usucapião ordinária ou extraordinária, ou facilitar a prova da usucapião ordinária.

A Lei hipotecária mencionada consagra a fé pública registral na Espanha. O Brasil andou na contramão dessa tendência de facilitar a prova da usucapião no art. 1.242, parágrafo único, ao exigir o cancelamento prévio do registro tido por nulo, por amor à teoria clássica das nulidades. E também fechando os olhos para as possibilidades encontradas pelos sistemas apresentados para solucionar esse problema, já mencionado no capítulo referente às nulidades, como, por exemplo, uma regra de inoponibilidade de nulidade, gerando exceção ao princípio da retroatividade dos efeitos da nulidade.

²² JARDIM, Mónica – **Efeitos Substantivos do Registo Predial – Terceiros para Efeitos de Registo**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 890

²³ Idem – **Op. Cit.** p. 79.

Vale ressaltar, ainda, que a inoponibilidade da nulidade prevista no art. 214, §5º da Lei 6.015/73, a lei de registros públicos brasileira, trata de nulidades no registro, nulidades formais e equipara-se à inoponibilidade prevista no art. 17, n.2 da CRP portuguesa. Assim é que o art. 214 da Lei 6.015/73 preconiza: “As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta” e o §5º revela que: “a nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel”. O citado art. 17, n. 1 da CRP diz: “A nulidade do registro só pode ser invocada depois de declarada por decisão judicial com trânsito em julgado”.

O n. 2 do mesmo comando normativo complementa: “A declaração de nulidade do registro não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa-fé, e o registro dos correspondentes factos for anterior ao registro da ação de nulidade.” Ora, verifica-se de forma clara que ambos os artigos tratam da declaração de nulidade do registro, nulidades de pleno direito verificadas pela ausência de requisitos essenciais do registro e não do título.

Ocorre que a norma brasileira exige a presença dos requisitos da usucapião, sem indicar qual das modalidades de usucapião está a se referir, o que possibilita a aplicação de qualquer uma das modalidades existentes na legislação brasileira e a norma portuguesa exige a ausência de registro da ação de nulidade do registro eventualmente proposta e que os direitos reais tenham sido adquiridos de forma onerosa, sendo que a boa-fé é presumida, o que torna a norma portuguesa mais precisa que a brasileira.

Sobre a natureza da usucapião tabular prevista no art. 1.242, parágrafo único, do Código Civil de 2002, escreve Antonio Lotti tratar-se de modalidade de saneamento de vícios constantes no título, capazes de impedir uma legal transferência imobiliária. Contudo, como já salientamos no capítulo referente às diversas doutrinas utilizadas no direito comparado sobre a aquisição a *non domino* por terceiro de boa-fé que confiou nos serviços extrajudiciais prediais, a técnica de buscar uma forma de sanear o vício traz em si problemas para o sistema, posto que cria ficções para solucionar o problema da concepção da nulidade no sistema Brasileiro, criando um mecanismo para tornar válido o que é sabidamente inválido.

A respeito, veja-se a tese de Antonio Lotti, *in verbis*: “O chamado usucapião tabular não é um suporte fático novo de usucapião e sim atípico mecanismo de convalidação de negócio jurídico translativo de domínio mal resolvido ou na dicção legal, nulo de pleno direito”. É de certa forma, o resgate da percepção passada do instituto do usucapião, onde preponderava o entendimento de que a função mais relevante da prescrição aquisitiva era

a de sanar vícios do modo de adquirir. Como ponderava Lafayete, a prescrição aquisitiva, na maioria dos casos, em vez de pressuposto, um modo legítimo de aquisição é, ao contrário, destinada a sanar vícios do modo preexistente, insuficiente por algum motivo para operar a transferência do domínio.

Pois bem, a doutrina da publicidade sanante, que parece ser a que mais se adequa à situação colocada pela usucapião tabular brasileira, segundo a concepção de Antonio Lotti²⁴, consiste na permissão da aquisição pelo terceiro de boa-fé do imóvel adquirido *a non domino* quando verificada a inércia do verdadeiro titular em impugnar o negócio jurídico inválido. Ora, a usucapião tabular prevê um prazo de cinco anos, o que faz com que essa se adéque à doutrina em comento.

A exigência do registro atribui a ele a função de publicidade sanante dos vícios contidos no ato translativo, com legitimação deficiente pelo transmitente, devendo-se ainda verificar a exigência dos requisitos da boa-fé do terceiro e da posse do imóvel para fins de moradia ou fins comerciais.

Apesar disso, permanece a crítica que se faz à adoção desta modalidade de aquisição por terceiro de boa-fé de bens alheios, em face de dar ao contrato nulo a eficácia de conferir ao adquirente o poder de dispor de um direito que não possui. O registro passa a tornar válido o que era nulo de pleno direito, em face da formação de um registro que também deveria ser cancelado em razão da nulidade do título.

A publicidade sanante atribui legitimidade para quem não a possui. Isso é diferente do que ocorre na *facti-species complexa*, na qual o contrato nulo consiste apenas em um dos requisitos legais previstos para a ocorrência de uma aquisição imobiliária, que, se defende, seja de natureza *sui generis*, por ter características de aquisição derivada e originária, conforme já debatido.

Assim, nesse caso, não se torna válido o que é nulo; o contrato permanece nulo, mas torna-se um dos requisitos para a compleição de uma espécie normativa nova que tem a finalidade de levar à aquisição de um bem. Os elementos trazidos à baila são os fundamentos para afirmação de que a usucapião prevista no art. 1.242, parágrafo único, não constitui forma de aquisição *a non domino* e nem uma inoponibilidade de segunda dimensão, mas, sim, outra uma modalidade de usucapião ordinária, com prazo reduzido, em face da existência de um registro que vem a servir, como ocorre em outros países, como a Espanha, por exemplo, para indicar a legalidade e confiabilidade do título possuído pelo usucapiente, mas não como forma

²⁴ LOTTI, Armando Antônio - Breves Notas sobre a Intervenção do Ministério Público nas Ações de Usucapião e o Chamado Usucapião Tabular. **REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RS**. Porto Alegre. n. 70 (set. 2011 – dez. 2011), p. 71-77.

de sanar vícios, como afirma Antonio Lotti, nem como modalidade de inoponibilidade como já afirmado anteriormente.

Para tal fim, ou seja, para o estabelecimento de uma inoponibilidade específica que tenha o fim de proteger os terceiros de boa-fé adquirentes de coisa alheia, deve o legislador trazer uma espécie legislativa com esta finalidade clara, nos parâmetros existentes no art. 291 do CC português ou mesmo o art. 2.652, n.6, do CC italiano, o que se adéque perfeitamente ao sistema registral brasileiro, face à presunção relativa de que se transvestem os assentos registrais imobiliários brasileiros e todas as demais características do sistema misto brasileiro.

Atualmente, pode-se afirmar que as inoponibilidades existentes no direito civil e registral brasileiro são as previstas no art. 214, §5º da Lei 6.015/73 e os arts. 1.817 e 1.827 do Código Civil brasileiro. Somente nas situações previstas nestes comandos é que se oferece proteção ao terceiro de boa-fé. Não existe no Brasil legislação a respeito das situações em que terceiro de boa-fé adquire imóvel de quem não era o verdadeiro proprietário.

Apenas há regras que mantêm o referido imóvel no domínio do terceiro, caso tenha confiado no sistema registral, ou mesmo que tenha posse do imóvel por período de 05 ou 10 anos. O que se tem utilizado, em casos concretos, é a teoria da aparência, cujo uso já é considerado ultrapassado em Portugal e outros países europeus, devido à falta de segurança e de critérios.

Aliado a isso, temos que, na maioria dos países que utilizam a teoria da aparência, assim o fazem por expressa determinação legal, o que não ocorre no caso brasileiro. Em qualquer das hipóteses, seja para adoção da teoria da aparência, seja para adoção de *facti-species* complexa, mister que o legislador fixe os critérios para o reconhecimento da proteção do terceiro de boa-fé.

Para os terceiros de boa-fé brasileiros, resta a possibilidade de aquisição por meio da usucapião, caso presentes os requisitos previstos nas normas específicas (quais sejam, os arts. 1.241, 1.242, 1.242, parágrafo único), as usucapiões constitucionais; caso contrário deverão ser reconhecidas as nulidades, com a consequente perda da propriedade para aquele a quem aproveita a nulidade, sob pena de se violar o sistema, até que sobrevenha norma específica de proteção nos moldes em que defendemos neste trabalho, semelhantes à regra Portuguesa e à Italiana.

CONCLUSÃO

O sistema brasileiro, apesar de ser do tipo constitutivo, oferece fraca proteção ao terceiro de boa-fé, posto que não existem normas específicas que tornem concreta a fé pública dos registros, podendo ser os registros

declarados nulos e cancelados. Isso demonstra que não se pode afirmar que os sistemas constitutivos possuem, necessariamente, forte proteção de terceiros. Nos sistemas constitutivos, o direito real somente surge com a inscrição registral, de modo que a dupla alienação resolve-se pelo princípio da prioridade do efetivo registro, sendo desnecessária classificação de terceiros para efeitos civis ou terceiro registral, como ocorre, por exemplo, em Portugal.

Interessante a conclusão que se obtém da percepção de que os países que adotam o princípio da causalidade também podem abraçar o princípio da fé pública registral, como ocorre no sistema espanhol, tutelando-se direitos reais adquiridos mesmo ocorrendo vícios no negócio jurídico. No Brasil, presentes os princípios da causalidade e o da fé pública registral, o que os leva a buscar por uma necessária proteção mais eficaz do terceiro; a fim de assegurar às relações de transmissão de imóveis maior segurança e confiabilidade; o que já vem sendo reconhecido por meio de julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, precisando de uma uniformização nos tribunais estaduais e pelo juízo de primeiro grau.

Interessante o destaque feito por Mónica Jardim de que o documento Directriz sobre a Administração do Território da Comissão para a Europa das Nações Unidas: Colocou em relevo a superioridade de um sistema de máxima proteção do terceiro sobre um sistema de proteção mínima, ao considerar que o sistema ideal de registro deve consagrar o princípio do espelho, o princípio da cortina e o princípio da garantia (the mirror principle, the curtain principle, the insurance principle), segundo os quais, respectivamente, o registo deve reflectir fielmente a realidade, deve bastar a consulta do registo (sem necessidade de fazer averiguações extraregistras) e o registro deve garantir a exactidão do que se publica²⁵.

Assim, a elaboração de normas que favoreçam a efetividade dos três princípios acima delineados, princípio do espelho, princípio da cortina e o princípio da garantia, não só trará proteção aos terceiros de boa-fé, como trará, principalmente, maior segurança e confiabilidade ao tráfico comercial, protegendo direitos de terceiros e de proprietários, posto que trará normas claras sobre a matéria. Necessário uma discussão acadêmica mais ampla sobre a matéria, sua natureza, seus conceitos e a necessidade de avanços pensados meticulosamente pelo legislador, o que vem sendo feito de forma ainda muito tímida.

²⁵ JARDIM, Mónica –**Efeitos Substantivos do Registo Predial – Terceiros para Efeitos de Registo**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 890.

Alguns passos já foram iniciados, como se observa com a Lei. 13.097/2015, que consagra o princípio da concentração das informações no registro, tornando mais evidente a necessidade de se efetivar o registro sobre existência de ações na matrícula do imóvel, para o fim de tornar oponível a matéria versada na competente ação, bem como pela recente Lei 13.465/2017, que traz procedimentos de regularização fundiária, almejando um cadastro dos imóveis do país, posto que grandes extensões dos Estados sequer foram cadastrados até a presente data, o que significa em perda de capital para o país.

Para Mônica Jardim: “a referida proteção só pode ser concedida quando, previamente o ordenamento jurídico haja aliado um conjunto de condições que reduza, no mínimo, a possibilidade de tal efeito „expropriatório“ vir a ocorrer”, uma vez que só assim se evita o colapso do sistema registral. Em resumo: a referida proteção supõe que a arquitetura organizacional e a estruturação do sistema registral sejam, praticamente, à prova de erros, uma vez que, se houver um volume de erros relevantes, o número de expropriações tornar-se-á intolerável e o sistema entrará em colapso²⁶.

Mônica Jardim, conclui indicando a necessidade de aprimoramento do sistema registral português, com a modificação do art. 5º do CRP - de forma a consagrar a concepção ampla de terceiros -, alteração dos arts. 17, 2 do CRP, acréscimo do n. 3 no citado artigo, modificação do art. 122 do CRP e tantas outras sugestões que levam ao aprimoramento do sistema²⁷. Mais uma vez, com lamentável pesar, verifica-se que não existem no Brasil, teses sendo produzidas pelos estudiosos da ciência do direito, o que tornou o direito registral imobiliário estagnado e retrógrado, obrigando os julgadores a se utilizarem de teorias amplas e perigosas para solução dos conflitos.

Apesar disso, luzes tem sido colocadas em julgados do Superior Tribunal de Justiça, por meio da flexibilização das nulidades, admitindo-se e reconhecendo-se direitos de terceiros de boa-fé quando descumprida o princípio da concentração, deixando o proprietário anterior de informar na matrícula fatos que impedissem transferências imobiliárias de forma regular.

Caso haja um precedente do Superior Tribunal de Justiça que firme entendimento neste sentido em todo o país, grande ganho seria para a segurança jurídica nas relações comerciais imobiliárias e por via de consequência para a economia, crescimento e desenvolvimento do país, fato este, por si só, leva ao cumprimento da meta de desenvolvimento das Nações Unidas.

²⁶ *Idem*. **Op. Cit.** p. 894.

²⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 894-897.

BIBLIOGRAFIA

- ASCENÇÃO, José Oliveira - **Efeitos Substantivos do Registro Predial na Ordem Jurídica**. Revista da Ordem dos Advogados Portuguesa. Lisboa: [sn]. ano 34, 1974.
- ALARCAO, Rui – Boletim do Ministério da Justiça. nº 89. [sl]: [sn], 1959. ARAÚJO, Braga Darlene Maria - **Sistema de Registro Imobiliário – Instrumento de Efetivação de Propriedade Privada: Críticas ao Sistema Vigente e Sugestão de Aprimoramento**. Curitiba: IESDE, 2012. ISBN 978-85-387-3084-2.
- AZEVEDO, Philadelpho - **Registro de imóveis (Valor da Transcrição)**, Rio de Janeiro (Brasil): Jacintho Editora, 1942. BRASIL, (1864) - Annaes do senado do império do Brasil. Rio de Janeiro (Brasil): Typ. Do Correio do Comércio Mercantil de M. Barreto, Mendes Campos, e Comp.
- BALBINO, Filho Nicolau - **Averbações e cancelamentos no registro de imóveis**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BELLIZZE, Marco Aurélio relat. **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial**
- 1.592.072 – PR**. Terceira Turma. julgado em 21/11/2017. [Em linha]. Brasília. [Consult. 13. Març. 2018]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1592072&&tipo_visualizacao=RESUMO &b=ACOR.
- BEVILAQUA, Clovis - **Direito das Coisas**. 4.^a ed. (IV). Rio de Janeiro (Brasil): §37, 1956.
- CARVALHO, de Afrânio - **Registro de Imóveis (Lei 6.015/73, com alterações da Lei 6.216 de 30/06/1975)**. Vol. 481, (64), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. ISBN 85.309.04931.
- CARVALHO, Orlando - Terceiros para efeitos de registo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: [sn]. vol. LXX, 1994.
- CESAR Augusto José - Sobre o registro de imóveis. **Revista da faculdade de direito de São Paulo**. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 1935.
- CENEVIVA, Walter - **Lei de registros públicos comentada**. 20.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. CORRÊA, Fabiano Luiz - **A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais**. São Paulo: Lex Editora, 2001.
- CORDEIRO, Menezes António; ALBUQUERQUE, de Ruy - **Estudos em memória do professor doutor José Dias Marques**. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes - **Direitos Reais**. Lisboa: Almedina, 1979.
- DECRETO-LEI n.º 305/1983, que aprovou o **Código de Registro Predial**. Lisboa. [Em linha]. [Consult. 01 Mar. 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=488&tabela=leis.
- DINIZ, Helena Maria - **Sistema de registros de imóveis**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- DUARTE, Rui Pinto - **O registro predial**. [Em linha]. [Consult. 29 set. 2015]. Disponível em www.fd.unl.pt/.../rpd_MA_13651.doc.p.1-32.
- FILHO, Melo Álvaro - **Direito Registral Imobiliário**. Rio de Janeiro: Forense. FERNANDES, Luis Carvalho – **Lições de Direitos Reais**. 5ª ed. Lisboa: [sn], 2007. p.144.
- FRANÇA, Limongi R. - **Legislação dos registros públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- GARCIA, Lysipo - **O registro de imóveis: a transcrição**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922.
- GUERREIRO, Mouteira A. J. - **Noções de direito registral**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, X, 1994.
- GONZÁLEZ, Alberto José - **A realidade registral predial para terceiros**. Lisboa: Quid Juris, 2006. ISBN 978-972-724-312-3.
- GUIMARÃES, Lázaro relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, AgInt no Recurso Especial n. 1.251.971-SC**. Quarta Turma, julgado em 06 de fevereiro de 2018. [Em linha]. [Consult. 13. Marc. 2018]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22L%C1ZARO+GUIMAR%C3ES++%28DESEMBARGADOR+C>.
- HORSTER, Heinrich Ewald – Efeitos do Registo – Terceiros – aquisição a non domino. **Revista de Direito e Economia**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982. ano VIII, nº 01. (Jan/Junho 1982), p. 113/160.
- HORSTER, Heinrich Ewald – Arguição da tese de doutoramento “Invalidade e Registo – a proteção do terceiro adquirente de boa-fé. **Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. Braga: Univeridade do Minho. ISSN 0870-8185. Tomo LVIII, nº 318. (Abril/Junho 2009), p. 337/360.
- JARDIM, Sousa de Alves Vanderleia Mónica - O sistema registral germânico. **Revista de direito imobiliário**. São Paulo:[sn], 2005. nº 28.
- JARDIM, Sousa de Alves Vanderleia Mónica - **Escritos de direito notarial registral**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978.972-40-6022.
- JARDIM Sousa de Alves Vanderleia Mónica - **Efeitos Substantivos do Registo Predial**. Coimbra: Almedina, 2015.
- JAPIOT, René – **Des Nullités en matière d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle**. Paris, 1909.
- KÜMPPEL, Victor Frederico - **Teoria da aparência no código civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.
- LACERDA de Paulo. **Manual do Código Civil Brasileiro**. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos. 1924. ISBN 978.853.09.24.652. p. 101., p. 130, vol. III.

- LEI n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.** Código Civil. [Em linha]. Brasília-DF, (Brasil): [Consult. 01 Mar. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Consultado em: 01. março. 2016.
- LEI n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973**, que dispõe sobre os registros públicos. [Em linha]. Brasília-DF, (Brasil): [Consult. 01 Mar. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm. Consultado em: 01. março. 2016.
- LEI n.º 8.935 de 18 de novembro de 1994**, que dispõe sobre os serviços notariais. [Em linha]. Brasília-DF, (Brasil): [Consult. 01 Mar. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Consultado em: 01. março. 2016.
- LEI nº 224/84, de 06 de julho de 1984**, que reformou o Código de Registo Predial de Portugal. [Em linha]. Lisboa: [Consult. 01 Mar. 2016]. Disponível em <http://www.irm.mj.pt/sections/irm/legislacao/docs-legislacao/codigo-do-registo-predial/>
- LEITÃO, Menezes de Teles Luis Manuel - **Direitos reais**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5287-8.
- LOUREIRO, Guilherme Luis - **Registro de imóveis**. São Paulo: Método, 2012. ISBN 853095821. LOUREIRO, Guilherme Luis - **Registros públicos: teoria e prática**. 4.^a ed. São Paulo: Método, 2013. ISBN 978-85-309-4649-4.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa - **Tratado dos registros públicos**. 6.^a ed. Vol. IV. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1927.
- MENDES, Pereira Isabel - **Estudos sobre registo predial**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972- 40-1944-6.
- MENGONI, Luigi - **Natura Giuridica Degli acquisti “a non domino”**. 3.^a ed. Milano: [sn], 1975 MENGONI, Luigi – **Gli Acquisti a non domino**. 3.^a ed. Milano: [sn], 1975. p. 343-344
- JORGE, Fernando Pessoa – **A proteção jurídica da aparência no Direito Civil Português**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1951. p. 112.
- MATIAS, Armindo Saraiva – Efeitos do Registo Predial Português. **Galileu**. Lisboa: [sn] vol. V, nº 01, 2000, p. 43.
- MIRANDA, Pontes - **Tratado de Direito Predial**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. ISBN 978- 85-203-4321-0.
- NETO, Soriano - **Publicidade material do registro imobiliário**, Recife: Graf. d’A Tribuna, 1940. OLIVEIRA, Gonçalves - **Valor Probante do registro de imóveis**. [Em linha]. Rio de Janeiro:
- Archivo Judiciário/ Jornal do Commercio, 1939. [Consult. 15 Jul. 2016]. Disponível em http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=itemglobal&doc_library=SEN01&doc_number=000373626. p.28.
- PAIVA, João Pedro Lamana - **Procedimento de dúvida no registro de imóveis**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 9788502133624.
- PONTES, Valmir - **Registro de Imóveis**. São Paulo: Saraiva. 1973.

- PRADO, Almeida - **Transmissão da propriedade imóvel**. São Paulo: Saraiva&-Comp. Editores, 1934.
- RIZZARDO, Arnaldo - Teoria da aparência. **Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: [sn]. v. 9, n.º 24, (mar. 1982), p. 225.
- RODRIGUES, Silvio - **Registro de imóveis**. Enciclopédia Saraiva do Direito. vol. 64. São Paulo: [sn], 1977.
- SANTOS, dos Araújo Flauzilino - **Registro de imóveis: sua contribuição para o desenvolvimento jurídico, econômico e social do Brasil**. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário Brasileiro (IRIB), 2008.
- SOTTOMAYOR, Santiago de Sousa de Pereira Clara Maria - **Invalidade e registro. A proteção do terceiro adquirente de boa fé**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4231-2.
- VELOSO, Zeno - **Invalidade do negócio jurídico**. 2.ª ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2005. ISBN 85-7308-776-5.

LA BLOCKCHAIN EN FAVOR DE LA FUNCION PÚBLICA NOTARIAL Y REGISTRAL EN COLOMBIA

Yecenia Acosta Guzman¹

RESUMEN: La propiedad en Colombia, es un derecho constitucional y social, lo que conlleva necesariamente a la creación de políticas públicas orientadas a la garantizar a los colombianos el acceso a la tierra y a una vivienda digna (Corte Constitucional, C-595, 1999), en un contexto en cambiante evolución donde las tecnologías toman un papel importante en la prestación de los servicios públicos, ya que brindan a los ciudadanos beneficios tan importantes como la celeridad y seguridad. En el contexto anterior la tecnología Blockchain se está desarrollando para aplicarla a la función pública notarial y registral. Pero dada normatividad existente en Colombia esta únicamente podría usarse como medio de almacenamiento y salvaguarda de la información en estos dos servicios públicos.

PALABRAS CLAVE: Blockchain, propiedad, tecnología, notarial y registral.

ABSTRACT: Property in Colombia is a constitutional and social right, which makes it necessary to create public policies aimed at guaranteeing Colombians access to land and decent housing (Constitutional Court, C-595, 1999) in a context that is constantly evolving, where technology takes an important role in providing public services, while also providing citizens with important benefits such as celerity and safety. In the previous context, the Blockchain technology is being developed to apply it to the registry and notarial public functions. But given existing regulations in Colombia, it could only be used as a way of storing and safeguarding information in these two public services.

KEYWORDS: Blockchain, property, technology, registry and notarial.

La propiedad en Colombia, se establece en el artículo 51 y 58 de la Constitución política de 1991, como un derecho que cumple una función social, lo que conlleva necesariamente a la creación de políticas públicas orientadas a la garantizar a los ciudadanos el acceso a la tierra y a una vivienda digna (Corte Constitucional, C- 595, 1999), por lo anterior y en aras de garantizar la prestación de un servicio público notarial y registral, que

¹ Abogada de la Universidad Santo Tomas, Candidata a MBA de la Universidad de Vigo, España. Actualmente funcionaria pública de la SNR, en la Oficina de Registro e Instrumentos públicos de Bogotá- zona Centro.

brinde celeridad, eficiencia y eficacia, toma especial importancia las recomendaciones de la OCDE, (OCDE, 2015, pp. 162-163) en la transformación del sector público, mediante la reestructuración y modernización de los servicios públicos implementado la industria 4.0 y las tecnologías de la información y comunicación en adelante TIC, en pro de dar pronta resolución a los procesos y procedimientos establecidos por la administración en la prestación del servicio público, en un contexto en cambiante evolución la aplicación de las TICS resultan ser un medio para alcanzar estos objetivos.

Hasta hace poco, en Colombia hablamos de TICS, precisamente en el año de 1999 se crea la Ley de comercio electrónico y con ello, se adopta una serie vocabulario normativo-tecnológico que aún no ha sido regulado y que dado el crecimiento exponencial de las TICS en las relaciones interpersonales, económicas, contractuales, negócias y demás resulta de vital importancia que se creen las condiciones jurídicas para que la tecnología pueda desarrollarse paralelamente con las normas sin que la una afecte a la otra.

De tal manera que las tecnologías creadas en función de los análisis de datos “big data”, industria 4.0, y apps que buscan reducir hasta en un mínimo la intervención humana, además de generar seguridad y confianza en los administrados, resultan ser vitales para la administración pública en la prestación de servicios.

Fue en el 2008 cuando Satoshi Nakamoto crea el Bitcoins (una moneda virtual) que ha revolucionado al sector financiero y que funciona gracias a una tecnología disruptiva llamada Blockchain que en español significa cadena de bloques, según Alex Puig 2016 Cuando hablamos de Blockchain, nos referimos a un libro contable mayor (una base de datos) que contiene una lista de transacciones las cuales están replicadas en múltiples ordenadores, y no en un ordenador central. En términos más sencillos según el canal electrónico ComputerHoy.com (2017) la Blockchain se define como un libro de acontecimientos digitales compartido colaborativamente entre muchas partes, formado por cadenas que pueden ser actualizadas por consenso general y una vez modificada esta, no pueda ser borrada, lo que significa que si se cambia un registro este, se sincroniza automáticamente con el resto de pares y si desaparece una parte de la cadena la integridad de la misma no sería afectada en lo absoluto, al garantizar Blockchain seguridad y confianza en las transacciones realizadas resulta ser una tecnología revolucionaria y con potencial para usar no solo en la administración pública, sistema financiero, logística, transporte, transferencia de bienes y servicios, sistema electoral, registro de la propiedad inmobiliaria e intelectual, telecomunicaciones, contrataciones digitales; lo que hace considerar a muchos

expertos que esta tecnología eliminará a los intermediarios en las relaciones negócias como abogados, notarios registradores etc.

Los países pioneros en la aplicación de cadena de bloques “Blockchain”, en favor del Registro de la propiedad inmobiliaria han sido la República de Georgia, Suecia, Ucrania, Ghana y Perú, sin embargo durante el proceso de desarrollo tecnológico de estos programas, se han presentado desafíos de orden teórico y legal, que no han sido superados; se puede considerar el caso de la República de Georgia, como un proyecto exitoso, ya que en un poco más de 2 meses logro registrar

100.000 títulos de tierras utilizando como plataforma el BitFury, un proyecto privado de cadena de bloques integrado al sistema público de registros digitales de la Agencia Nacional de Registro Público (NAPR). Al estar vinculados a través de un servicio de estampado de tiempo digital distribuido, que permite a la NAPR verificar y firmar un documento con la información esencial de un ciudadano y la prueba de propiedad del bien Aguilar D (2017). Por su parte Suecia un país donde el 98% de los ciudadanos tiene acceso a internet, se usa la Blockchain para registrar tierras y propiedades en menor escala por parte de la autoridad catastral, pero aún no es posible realizar transacciones inmobiliarias en razón a que las firmas digitales son ilegales para la compra de propiedades, En Gana y Perú los avances tecnológicos en materia de Blockchain se encuentran aún en etapa de exploración.

Tomando como punto de partida los beneficios que ofrece la Blockchain, en materia de seguridad, inalterabilidad, trazabilidad de la información en tiempo real y por ende publicidad, se llega hablar por primera de que los notarios serán reemplazados por esta tecnología, que aplicada a la realidad tecnológica, social y jurídica de Colombia presentan grandes desafíos.

En primer lugar, el desafío tecnológico tiene que ver en gran medida en razón a que en Colombia según datos del Ministerio de las TICs tan solo el 64% de los hogares tiene acceso a internet, lo que supone un reto, sin embargo, gracias a las políticas públicas de gobierno digital, los procesos han mejorado tanto así, que ahora es posible acceder al certificado tradición y libertad en forma online, pero la escritura pública electrónica aun no es una realidad, la Superintendencia de Notariado y Registro prevé que en Junio de 2008 se emitirán las primeras escrituras públicas electrónicas con ello la implementación de un nuevo sistema de información registral, además la mayoría de los ciudadanos está inmersa en la cultura del papel para lo cual será necesario entre otras cosas, protector apropiadamente la confianza de las personas en la realidad y seguridad de los documentos generados y transmitidos electrónicamente.

Desde el punto de vista normativo en Colombia se presentan inconvenientes de aplicación y adaptabilidad de la tecnología Blockchain al ejercicio de la profesión notarial y al registro de la propiedad inmobiliaria, en primer lugar estas son funciones públicas que se encuentran, las primeras a cargo de un particular, responsable entre otras cosas, de: cumplir la normatividad (elementos esenciales de los contratos) respecto a los actos de transferencia, dar fe pública, la legalidad de la escritura pública es decir el título traslativo de dominio sin vicios y la segunda (Registral), a cargo de un funcionario público “registrador”, que le compete revisar las formalidades del documento cotejándolo con el sistema de información registral y proceder o no al registro, a partir de lo anterior si registramos en la Blockchain un documento, este al no contar con la intermediación del notario y las formalidades propias de una escritura pública, tendrá tratamiento de un documento privado y por ende no será objeto de registro, parafraseando a Granados Javier (2016) la Blockchain, al no poder analizar la información, se convierte en un mero “almacenador” de información.

Ahora bien, en el posible escenario en el cual, el notario es quien después de haber revestido de las formalidades legales el documento objeto de registro, otorga una escritura pública, la cual tiene la naturaleza de ser electrónica, y posteriormente registra en la cadena de bloques “Blockchain” el documento y es el mismo sistema que tiene la inteligencia de publicitar la información a todos los interesados entre ellos a la Oficina de Registro de instrumentos públicos para que proceda a su registro y publicación, hasta aquí el sistema le permite al notario delegar la custodia del documento; pero ¿cuál es la situación del registrador? una vez recibido el documento, deberá cotejar la información suministrada en él, haciendo uso de los aplicativos que se disponen para ello, lo que genera un mayor desgaste para la administración, ya que una vez generada la constancia de inscripción o devolución, habrá que registrarla en la Blockchain.

Teniendo en cuenta estas consideraciones me cuestiono si ¿Es posible hacer uso de la Blockchain en Colombia? Considero que sí, pero dada la normatividad actual y la forma como funciona, está la tecnología, únicamente podrá usarse como medio de almacenamiento y salvaguarda de la información, tanto para como el ejercicio de la función notarial y registral, en razón a que aún, se requiere de la intermediación humana, para analizar la legalidad, validez y veracidad de la información que se registra.

REFERENCIAS

- Universidad Externado de Colombia Manual de Citación Normas APA por Biblioteca Universidad Externado de Colombia, Recuperado de: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/02/Manual-de-citaci%C3%B3n-APA-v7.pdf>
- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2015, Recuperado de: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/DigitalEconomyOutlook2015_SP_WEB.pdf
- Benlloch, Llopis, Jose C.(2017). Blockchain y profesión notarial. El notario del siglo XXI
<http://www.elnotario.es/opinion/opinion/7106-blockchain-y-profesion-notarial>
- Benlloch, Llopis, Jose C.(2017). Blockchain y notarios: confianza analógica y digital. Notiabierta
<https://www.notariabierta.es/blockchain-notarios-confianza-analogica-digital/>
- ComputerHoy.com. (2017, febrero 4) ¿Qué es Blockchain?. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=l2QAY1kKI94>
- Aguilar, D. (9 de febrero de 2017). Gobierno de Georgia amplía proyecto de registro de propiedad sobre Blockchain con Bitfury. Criptonoticias. Recuperado de <https://www.criptonoticias.com/aplicaciones/gobierno-georgia-amplia-proyecto-registro-propiedad-blockchain-bitfury/>
- Zuckerman M. (2018, marzo 07) Registro de tierras del gobierno sueco pronto realizará primera transacción de propiedad Blockchain. Cointelegraph <https://es.cointelegraph.com/news/swedish-government-land-registry-soon-to-conduct-first-blockchain-property-transaction>
- Tecnosfera. (2017, agosto 27) El 72 % de los hogares colombianos tiene acceso a un celular. El Tiempo. <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/informe-del-ministerio-de-las-tics-sobre-el-acceso-a-internet-en-colombia-122906>
- Díaz, A. Los documentos electrónicos y sus efectos legales en Colombia. <https://es.sli-deshare.net/Alediaganet/los-documentos-electronicos-y-sus-efectos-legales-en-colombia>

TEMA 3 - ¿CÓMO MEDIR LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD?

**TOPIC 3 - HOW TO MEASURE SECURITY
IN LAND RIGHTS?**

LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA DOBLE VENTA Y LA POSTERGACIÓN DEL ADQUIRENTE DE MALA FE

Bruno Rodríguez-Rosado
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

1. LOS CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE LA DOBLE VENTA EN EL DERECHO COMPARADO

El artículo 1473 del Código civil español aborda la solución al problema de la doble venta de una cosa a diferentes compradores. El texto de esta norma, de la que básicamente va a tratarse en este trabajo, declara que “si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe”.

Por tanto, en caso de sucesivas ventas, el mencionado artículo otorga la preferencia adquisitiva, por este orden, al que primero inscribió la adquisición, al que tomó posesión o, en defecto de alguno de estos actos, al que presente título de fecha más antigua. Modulando esos criterios, en todos los casos, con la exigencia de que sea de buena fe dicho adquirente. Es decir, proscribiendo las adquisiciones de mala fe, a pesar de que el que la realice haya completado primero el proceso adquisitivo. Conviene desde el ahora precisar que, aunque el requisito de la buena fe no aparece mencionado en el párrafo segundo del artículo transcrito, referido a la preferencia del que primero inscribe en el Registro, un desarrollo jurisprudencial constante y uniforme, que arranca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo

1908, entiende que igualmente en ese caso sólo será protegido el adquirente que inscribió si es de buena fe, es decir, si desconocía la existencia de un derecho adquisitivo previo que se iba a ver frustrado¹.

Este artículo 1473 del Código civil español, y es lo que quiero destacar, representa una especialidad dentro de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Aunque a menudo ha pasado desapercibido en España, el hecho de que el segundo comprador que adquirió mediante inscripción o entrega, pero conociendo la primera venta, sea postergado frente al primer comprador que sólo presenta una titularidad obligacional supone una solución divergente y peculiar dentro de los sistemas jurídicos de nuestra área. Por encima de algunas coincidencias jurídicas superficiales, de las que a continuación trataré –arts. 1141 del Código Napoleón, hoy art. 1198 del actual Código civil francés, o 1155 del Código civil italiano–, la realidad es que ningún otro ordenamiento jurídico europeo da solución al problema de la doble venta apoyándose en el sistema de título y modo, y modulando, a la vez, los resultados de dicho sistema en función de la buena o mala fe del segundo comprador. En cambio, el criterio de solución si es compartido en algunos países hispanoamericanos, como Uruguay y Argentina, que en los artículos 1357 y 756 y siguiente, respectivamente, de sus Códigos civiles, recogen una solución similar a la española.

1.1. Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas abstractos: Alemania

Como es bien sabido, Alemania presenta un sistema absolutamente singular en lo que se refiere a la transmisión del dominio y demás derechos reales. La propiedad se transmite mediante el acuerdo entre el titular y el adquirente, seguida del traspaso posesorio, si el bien es mueble, o de la inscripción en el Registro, si se trata de inmuebles (§§ 873, 925, 929 BGB). Dicha transmisión opera “abstracción hecha” del posible contrato o título obligacional que da lugar a la transmisión, de forma que la inexistencia, nulidad, o cualquier otro problema que afecte a dicho contrato o título obligacional no obsta en modo alguno a la transmisión del dominio, siempre y cuando el acuerdo transmisivo y la entrega posesoria o la inscripción –se-

¹ Entre las últimas, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo español de 11 de junio de 2004, 16 de julio de 2004 o la ya citada de 7 de septiembre de 2007. La exigencia de buena fe para la aplicación de este párrafo segundo del artículo 1473 es también criterio casi unánime entre los autores, salvando algunos autores “dualistas extremos”, como Núñez Lagos, Tirso Carretero o García García, que consideran la vertiente registral del artículo 1473 como supuesto aplicativo de un artículo 32 de la Ley hipotecaria totalmente desligado del artículo 34 de esa Ley.

gún se trate de muebles o inmuebles— sean perfectas. La invalidez del contrato o título obligacional sólo da lugar a una acción de enriquecimiento sin causa (§§ 812 ss. BGB), de carácter personal, orientada a la readquisición de la cosa por el enajenante que la transmitió. Las acciones de enriquecimiento sin causa asumen así una función correctora de los desplazamientos patrimoniales injustificados².

En consecuencia, en Alemania adquiere el dominio quien completa el proceso adquisitivo, es decir, quien habiendo celebrado con el actual propietario el negocio transmisivo-real, abstracto respecto a la obligación de transmitir, inscribe el dominio del inmueble o recibe la posesión del bien mueble. La obligación de transmitir no tiene eficacia directa alguna sobre la transmisión, sino sólo indirecta y *a posteriori*, fundando su falta una acción de enriquecimiento sin causa dirigida a la readquisición. Ello provoca que el hecho de haber perfeccionado un contrato de compraventa no dé al comprador ninguna preferencia frente a un posible segundo comprador que adquiere mediante acuerdo real y entrega o inscripción: dado que la transmisión es abstracta respecto a la obligación, el hecho de que el segundo comprador —o adquirente por otro título— adquiera la propiedad sabiendo que perjudica la expectativa adquisitiva del primer comprador, no le impide adquirir, ni le sujeta a ninguna acción del primer comprador. Ni siquiera se puede decir que sea de mala fe quien compra sabiendo que perjudica el derecho obligacional de un tercero, pues entre obligación y transmisión no existe relación alguna³.

² Sobre el sistema de transmisión de los Derechos reales en Alemania, WESTERMANN, *Derechos reales*, vol. I, pp. 85 ss., Madrid, 2007 (también, específicamente para bienes muebles, pp. 481 ss., para inmuebles, vol II, pp. 967 ss.). También mi trabajo “Cobro de lo indebido, tradición y usucapión”, *ADC*, 2004, pp. 1039 ss. Específicamente para bienes inmuebles, MARTÍNEZ VELENCOSO, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, Madrid, 2004. En la doctrina alemana puede verse MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002, marg. 220 ss.; BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, Munich, 2009, § 5 marg. 40 ss. (pp. 55 ss.); SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, Munich, 2014, marg. 28 ss.

³ STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tubinga, 1996, pp. 381 s. Se trata de la postura casi unánime de la doctrina. No obstante, Michaels ha defendido una posición que conduciría a los mismos efectos que el art. 1473 del Código civil español, entendiendo que el segundo comprador que adquiere conociendo la existencia de un derecho obligacional de un primer comprador, lesiona ese derecho de crédito y, en consecuencia, queda sujeto a la obligación de reparar al primer comprador el perjuicio causado; dado que esa reparación habrá de ser preferentemente in natura, estará obligado a entregarle al primer comprador la cosa adquirida (Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip*,

1.2. Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de transmisión consensual

El sistema de transmisión consensual del dominio, adoptado por numerosos países –como Francia, Italia o Portugal, entre los europeos, y Méjico entre los iberoamericanos–, determina que la propiedad se transmita al comprador en el mismo momento en que se perfecciona el contrato de compraventa (arts. 1196 y 1583 del *Code civil* francés, 1376 y 1470 del *Codice civile* italiano, 408 y 879 del *Código civil* portugués y 2014 del Código civil federal de México). Resultado de ese sistema es que, como figura conceptual, la doble venta desaparezca en estos ordenamientos, para convertirse en todos los supuestos en venta de cosa ajena: quien ha vendido una cosa –dejando aparte los casos de venta de cosa futura o genérica–, ha transmitido con la venta la propiedad y, en consecuencia, si vuelve a vender la cosa, está ya vendiendo lo que es de otro.

De aquí se deduce que, en los sistemas consensuales, los supuestos de doble venta hayan de resolverse en principio a favor del primer comprador, pues con el mismo contrato adquirió la propiedad; y que la posible defensa de un segundo comprador no pueda ya venir determinada por el hecho de adquirir de propietario, sino que quede a merced de la protección que cada uno de esos ordenamientos preste a los adquirentes *a non domino*. Esto exigirá, a su vez, distinguir los efectos de la doble venta –técnicamente, como ya he dicho, venta de cosa ajena– en función de cada ordenamiento y del tipo de bienes sobre los que se produzca, pues si casi todos estos ordenamientos recogen un sistema de publicidad inmobiliaria que protege al tercer adquirente que adquiere con buena fe de inscrito, no todos acogen la adquisición de buena fe de bienes muebles.

Así, si en un sistema consensual se produce una doble venta de un bien inmueble inscrito, el primer comprador, que en simple aplicación de los

ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, Berlín, 2002, pp. 383 ss.). Con todo, la doctrina alemana ha rechazado la postura de Michaels, por entender que el § 826 BGB, referido a los daños causados dolosamente y contra las buenas costumbres, en el que Michaels pretende basar esa acción, no da base suficiente para la pretensión del primer comprador contra el segundo que adquiere, pues se exigen especiales requisitos –fraude, animus nocendi– para que la actuación del segundo comprador pueda calificarse como dolosa y contraria a las buenas costumbres (Dubischar, “Doppelverkauf und ius ad rem”, JuS, 1970, pp. 6 ss.; Wieling, “Jus ad rem durch einstweilige Verfügung”, JZ, 1982, pp. 839 ss.; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, pp. 386 ss.; Münchener Kommentar zum Bgb/Wagner, § 826 marg. 53; Staudinger Kommentar zum Bgb/Oechsler, § 826 marg. 228; Jauernig/Teichmann, BGB, § 826 marg. 19, Munich, 2015).

principios de la transmisión consensual debiera devenir propietario, podrá quedar privado de su adquisición en virtud de las normas registrales que protegen al segundo adquirente. Las normas transmisivas antes citadas, que hablan a favor de la adquisición del primer comprador, devenido con su compra propietario, quedarán rectificadas por las normas registrales que protegerán al segundo adquirente que de buena fe adquirió del vendedor que todavía figuraba como titular en el Registro. Y esto en cualquiera de los ordenamientos citados⁴.

En cambio, en materia de bienes muebles la posible protección del segundo comprador varía de un ordenamiento a otro. Así, hay ordenamientos, como el portugués, que no conocen la adquisición de bienes muebles de buena fe, y por eso en ningún caso protegen al segundo comprador; éste, en caso de que tome posesión de la cosa vendida, habrá de cumplir los plazos de la usucapión para quedar a resguardo de la acción del primer comprador⁵. En cambio, en el Derecho francés o italiano, que conceden una amplia protección a las adquisiciones de buena fe de bienes muebles –más amplia aún en el caso italiano, pues no excluye de esa protección los bienes muebles robados, hurtados o perdidos–, el segundo comprador podrá quedar protegido si cumple los requisitos de las adquisiciones *a non domino* de buena fe: pese a que, por ser el sistema consensual, el primer comprador adquirió la propiedad con la compraventa, el segundo comprador que toma posesión de la cosa adquirirá la propiedad, en perjuicio del primer comprador, si cumple los requisitos para que le sean aplicables las normas protectoras de los adquirentes *a non domino* de bienes muebles. Sólo la adquisición de la posesión por el comprador libera a éste del riesgo de que el vendedor vuelva a vender la cosa y el segundo comprador perfeccione una adquisición *a non domino*⁶.

⁴ Arts. 28 y 30 del Décret n° 55-22 de 4 de enero de 1955 de reforma de la publicit   foncière; art. 2644 del *Codice civile* italiano; arts. 5, 17.2 y 122 del *Código do Registo predial portugu  s*, art. 2266 del Código civil federal mexicano.

⁵ MENEZES CORDEIRO, *A posse – Perspectivas dogmáticas actuais*, Coimbra, 2000, pp. 116 ss. Además de la usucap  n mobiliaria trienal (art. 1299), la única defensa que ofrece el Código civil portugu  s al comprador de buena fe es un derecho de reembolso en caso de que haya comprado de comerciante dedicado a las ventas de ese g  nero (art. 1301).

⁶ Las normas generales de protección del adquirente de buena fe son, respectivamente, los artículos 2276 del Código civil franc  s (2279 en la versión originaria) y 1153 del Código civil italiano. El primer artículo citado establece que, “en materia de bienes muebles, la posesión equivale al título. Sin embargo, aquél que ha perdido una cosa o aquél a quien se la han robado, puede reivindicarla durante un plazo de tres años,

Teniendo en cuenta esta protección que los ordenamientos francés o italiano brindan a quien adquirió de buena fe la posesión en concepto de dueño, no sorprende que haya dos artículos de sus respectivos Códigos civiles que prevean explícitamente la protección del segundo comprador de bienes muebles cuando éste cumple los requisitos de los adquirentes de buena fe⁷. El artículo 1198 del Código francés establece que “cuando dos

a contar del día de la pérdida o del robo, de aquél en cuyas manos la encuentre; sin perjuicio, en este último caso de la acción del tenedor contra aquél que se la entregó”. El artículo 1153 del Código civil italiano declara por su parte que “aquél a quien se hayan enajenado bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquirirá la propiedad de estos con la posesión, siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y exista un título idóneo para la transmisión de la propiedad”. Sobre la regulación de la adquisición de buena fe de bienes muebles puede verse, en Francia, CARBONNIER, *Droit civil*, 3, *Les biens*, París, 2000, n° 228 ss.; TERRÉ/SIMLER, *Droit civil – Les biens*, París, 2014, n° 425 ss.; MALAURIE/AYNÈS, *Les biens*, París, 2015, n° 575 ss.; en Derecho italiano ARGIROFFI, “Del possesso di buona fede dei bene mobili – Art. 1153-1157”, en *Comentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milán, 1988; SACCO/CATERINA, “Il possesso”, en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu/Messineo/Mengoni, Milán, 2000, pp. 475 ss.

- ⁷ Que el artículo actual artículo 1198, antiguo 1141, del Código civil francés y el 1155 del Código civil italiano son de aplicación a los supuestos de doble venta del régimen derivado de las adquisiciones de bienes mueble *a non domino* lo han destacado la práctica unanimidad de los autores franceses e italianos. En efecto, explicando el sentido del artículo 1141 del Código civil francés dicen Terré y Simler: “on pourrait même croire, à lire ce texte, que c’est la tradition qui transfère la propriété du meuble vendu, et non l’accord des parties. En réalité, il n’en est rien: l’effet translatif résultant de la tradition ne se produit que si le second acquéreur, mis en possession, es de bonne foi. Dans ce cas, en effet, il est protégé par l’article 2276: en fait de meubles, la possession vaut titre, dont l’article 1141 n’est qu’une application. En d’autres termes, le premier acquéreur est bien devenu propriétaire au jour du contrat, conformément à l’article 1138, mais le second l’est devenu à son tour par le fait qu’il a reçu de bonne foi la chose et son droit détruit celui du premier” (TERRÉ/SIMLER, *Droit civil – Les biens*, París, 2014, n° 409). El hecho de que el artículo 1198 no sea más que una mera aplicación de los principios de adquisición *a non domino* a los supuestos de doble venta de cosa mueble ha llevado a la doctrina francesa a deducir el requisito de buena fe en la adquisición *a non domino*, que no figura en el artículo 2276, del artículo 1198, que sí exige la buena fe para proteger al segundo comprador que toma posesión. En cuanto al Derecho italiano, el hecho de que el artículo 1155 es aplicación directa del principio de adquisición *a non domino* de bienes muebles es aún más claro, pues dicho artículo se encuentra precisamente en sede material de esa institución, apenas dos artículos más allá de la regulación general de las adquisiciones de buena fe de muebles. Sacco y Caterina dicen al respecto que “una conseguenza del principio possesso vale titolo è la seguente: che, se il vero proprietario aliena dapprima la proprietà

adquirentes sucesivos de un mismo bien mueble deriven su derecho de una misma persona, será preferido aquel que primero tome posesión de la cosa, aunque su derecho sea posterior, siempre que sea de buena fe”. El artículo 1155 del Código civil italiano, con el encabezamiento de “adquisición de buena fe y precedente enajenación a otro” establece por su parte que “si alguien enajena un bien mueble a diferentes personas mediante sucesivos contratos, aquélla de entre ellas que haya adquirido con buena fe la posesión de la cosa será preferida a las otras, aunque su título sea de fecha posterior”.

La solución prevista en esos artículos a los conflictos de doble venta de bienes muebles parece, en su literalidad, semejante a la que prevé para este caso el 1473 del Código civil español. Pero es una simple coincidencia circunstancial: las causas y raíces de las soluciones francesa o italiana, y las de la española, son bien diversas. Mientras que, como ya he dicho, los artículos 1141 del Código civil francés o 1155 del Código civil italiano son resultado de combinar un régimen de transmisión consensual con una amplia protección de las adquisiciones *a non domino*, el 1473 es una norma colocada en un Código que no conoce la transmisión consensual, sino por título y modo, y que, cien años largos después de su publicación, sigue debatiendo si admite las adquisiciones mobiliarias *a non domino*⁸. En consecuencia, los sustratos y fundamentos de los artículos 1141 del *Code civil* y 1155 del *Codice civile*, por una parte, y los del artículo 1473 del Código civil español, de otra, son, por debajo de la coincidencia exterior, totalmente diferentes. La solución española tiene que encontrar sus raíces en otros principios.

1.3. los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de título y modo

Si la regulación española de la doble venta es divergente de la prevista en los ordenamientos abstractos (Alemania) y de la prevista en los sistemas consensuales (Portugal, Francia, Italia, México), es lógico pensar que en-

del bene (senza consegnarlo) ad un primo acquirente, e poi la aliena e consegna la cosa ad un secondo acquirente di buona fede, il secondo acquirente diviene proprietario del bene. Questa protezione del secondo acquirente è espressamente prevista dall'art. 1155 c.c. it. L'art. cit. non dà luogo a particolari difficoltà di interpretazione. Esso ha fatto parlare di sé, più che altro, perché quasi tutti gli autori vedono in esso una diretta applicazione del principio dell'art. 1153 cc.it” (SACCO/CATERINA, “Il possesso”, en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu/Messineo/Mengoni, Milán, 2000, p. 490).

⁸ Con mejores argumentos para una contestación negativa que positiva: véase sobre ello mi artículo, “Cobro de lo indebido, tradición y usucapión – Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria”, ADC, 2004, pp. 1055 ss.

contrará su equivalencia y consonancia en los países que admiten todavía un sistema transmisivo basado en la doctrina del título y el modo. Como se sabe, ese sistema transmisivo de título y modo, que fue el imperante en el Derecho romano, sigue siendo el vigente, aparte de en España, en varios ordenamientos europeos, como el austriaco, suizo y holandés, y en otros americanos, como el chileno o colombiano.

Sin embargo, a pesar de esa supuesta equivalencia de principios transmisivos, la realidad es que ninguno de los ordenamientos citados, ni siquiera el romano, contempla una solución perfectamente coincidente con la del artículo 1473 del Código civil español. En concreto, el derecho romano, el austriaco, el suizo, el holandés, el chileno y el colombiano presentan una solución plenamente conforme con el sistema de título y modo, pero que obvia el requisito de la buena fe a la hora de proteger al segundo comprador. Será protegido el comprador con título válido que antes tome posesión de la cosa, independientemente de su buena o mala fe respecto a la existencia de una venta anterior. Así, para el Derecho romano, un texto de Diocleciano del año 293, recogido en C. 3,32,15,pr., establece que “es evidente en Derecho que siempre que en forma legal se venda un predio a dos personas, es preferido para retener el dominio aquélla a quien primero se le entregó” (igualmente, C. 4,39,6). Y la misma línea de atribución de la propiedad al comprador que toma posesión, independientemente de su buena o mala fe, siguen los ordenamientos austriaco, el suizo, holandés, chileno y colombiano citados. El austriaco establece su regulación sobre la doble venta en los §§ 430 y 440 de su Código civil, parágrafos ambos determinados por la doctrina del título y modo, pero modalizado el segundo por sustituir para inmuebles la entrega por la inscripción, tal y como corresponde con el sistema de inscripción constitutiva previsto en el § 431. Dice así el § 430 que “si un mismo propietario ha enajenado el mismo bien mueble a dos personas diferentes, a una con entrega del bien y a la otra sin entrega, le corresponderá la cosa al que primero le haya sido entregada”; el § 440 establece por su parte que “si un mismo propietario ha enajenado el mismo bien inmueble a dos personas diferentes, le corresponderá el bien al que primero haya solicitado la inscripción en el Registro”. Y la misma solución resulta de los artículos 1817 del Código civil de Chile y 1873 del Código civil de Colombia. En ninguno de ellos consta ninguna referencia a la necesidad de buena fe en el adquirente protegido.

Los ordenamientos suizo y holandés, por su parte, no contienen ninguna norma legal directamente dirigida a resolver los problemas derivados de la doble venta. Pero en ambos sistemas legales, la solución, derivada de sus principios transmisivos, es coincidente con la del Derecho romano y mera aplicación al caso de las reglas del título y modo. Así, por lo que se

refiere a Suiza, la doctrina jurídica entiende unánimemente, apoyándose en los artículos que regulan la transmisión de la propiedad conforme con el sistema de título y modo e inscripción constitutiva (arts. 656, 714.1), que en caso de doble enajenación de un bien mueble o inmueble será propietario respectivamente el que primero tome posesión de él o lleve a cabo la inscripción en el Registro, independientemente de que conozca o no la venta anterior⁹. En cuanto a Holanda, aplicando el sistema de título y modo que rige su derecho (art. 3:84 NWJ), y que su Código civil precisa estableciendo que para muebles el modo es la entrega de la cosa (art. 3:90), mientras que para inmuebles es la inscripción en el Registro (art. 3:89), la doctrina y jurisprudencia de este país entiende que en caso de doble venta será propietario quien primero reúna título válido y entrega o inscripción – según se trate de muebles o inmuebles–. El conocimiento de una titularidad obligacional previa tampoco perjudicará aquí la posición de titular real del segundo comprador que primero completó el proceso adquisitivo¹⁰.

Con todo, es interesante observar que, en todos los países europeos citados que siguen un sistema de título y modo –Austria, Suiza y Holanda–, se ha ido consolidando en los últimos años una corriente doctrinal y jurisprudencial que, apoyándose en la tutela aquiliana de los derechos de crédito, concede al primer comprador una acción por daños extracontractuales contra el segundo cuando éste ha inducido al vendedor a incumplir su obligación con el primero (*Verleitung zum Vertragsbruch*; *inducement of breach of contract*); acción que, dada la preferencia por la indemnización *in natura*, puede conducir precisamente a una condena a transmitir al primer comprador la propiedad del bien que el segundo adquirió en su perjuicio. El resultado, por vía de esta responsabilidad extracontractual, sería similar al de nuestro artículo 1473¹¹.

⁹ Vid STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, pp. 381 s.; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlin, 2002, p. 188.

¹⁰ Agradezco al profesor W.J.Zwalve, de la Universidad de Leiden, especialista en todas estas materias, la atención que ha tenido para contestar todas mis preguntas y aclarar mis dudas sobre la solución holandesa a los casos de doble venta.

¹¹ Por lo que respecta al Derecho austriaco, vid el fundamental trabajo de SCHILCHER/HOLZER, “Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften”, *Juristische Blätter*, 1974, pp. 445 ss.; también ECCHER, “Kommentar § 440, marg. 3”, BOLLENBERGER, “Kommentar § 859 marg. 16”, KARNER, “Kommentar § 1295 marg. 2”, todos ellos en KOZIOL/P. BYDLINSKY/BOLLENBERGER, *Kommentar zum ABGB*, Viena-Nueva York, 2007. Para el Derecho suizo, EULAU, *Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnützung fremden Vertragsbruchs*,

1.4. Los criterios de solución de la doble venta en España: el artículo 1473 del Código civil

Volviendo ahora al artículo 1473 del Código civil español –y a sus paralelos, artículos 1337 del Código civil de Uruguay y 756 y 757 del actual Código civil de Argentina– quiero centrarme en la peculiaridad de que el segundo adquirente, pese a reunir los requisitos adquisitivos exigidos por la doctrina del título y modo, no quede protegido si conocía la existencia de un anterior contrato de compraventa, aun no consumado, que concediese a un primer comprador un derecho de crédito a la entrega de la cosa.

Conviene precisar que el objeto de esa buena fe que se exige en todo caso al segundo comprador no es sólo la propiedad del enajenante, sino también y fundamentalmente el desconocimiento de una compraventa anterior aún no consumada. La cuestión ha sido poco tratada, tal vez por parecer claro a la mayoría de la doctrina española que la buena fe se refiere primordialmente al desconocimiento de una titularidad obligacional previa. Pero me parece oportuno aclarar este punto, ya que algunos autores y una aislada Sentencia del Tribunal Supremo han entendido que la buena fe que exige el artículo 1473 del Código civil para defender al segundo comprador se refiere exclusivamente a la titularidad real y no se ve, por tanto, perjudicada por el conocimiento de un derecho meramente obligacional de un comprador anterior¹².

Zürich, 1976. Para el Derecho holandés tengo que remitirme de nuevo a la información que me ha suministrado el prof. W.J.Zwalve, cuya atención no puedo sino agradecer.

¹² Así, la Sentencia de 27 de noviembre de 1970. Se trataba de una doble venta de un terreno, primero en documento privado y luego a favor de un segundo comprador, una Cooperativa ganadera que inscribió en el Registro. En primera instancia se había fallado a favor del primer comprador, pese a que no se le había hecho entrega de la cosa, por entender que la Cooperativa ganadera conocía la primitiva venta. En cambio, la Audiencia y el Tribunal Supremo fallaron a favor de la Cooperativa por haber ésta inscrito su título, sin mayores consideraciones. Entre los autores, aparte de los ya mencionados en la nota 1 que consideran que la buena fe no es necesaria para aplicar el párrafo segundo del art. 1473 –los que he denominado “dualistas extremos”–, FONCILLAS, “El ius ad rem en el Derecho civil moderno”, *RCDI*, 1934, p. 106; también entienden que la buena fe se refiere sólo a la titularidad real, y no al desconocimiento de derechos obligacionales, DE ÁNGEL YAGÜEZ y GULLÓN BALLESTEROS (el primero en *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria*; el segundo en su *Curso*. Desgraciadamente, ninguna de esas obras me ha sido accesible; pero transcribe sus opiniones PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del Derecho de crédito*, Madrid, 2005, pp. 210 s.). Con todo, Gullón, en el respectivo tomo del Sistema de Derecho civil, en coautoría con Díez-Picazo, manifiesta otra opinión, pues entienden que “la

La mayoría de los autores que se ocupan de la cuestión se inclinan, en cambio, por entender que la buena fe requiere también el desconocimiento de la existencia de una obligación previa¹³. Y ese criterio se encuentra ampliamente consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en una larga lista de Sentencias, ha entendido que no goza de la protección del artículo 1473 el segundo comprador que sabía que perjudicaba la expectativa adquisitiva de un primer comprador carente de titularidad real sobre la cosa (Sentencias de 11 de febrero de 1946, 27 de mayo de 1959, 18 de noviembre de 1967, 22 de febrero de 1975, 31 de enero de 1985, 20 de julio de 1990, 24 de noviembre de 1995, 8 de febrero de 2001, 14 de septiembre de 2007 y 28 de enero de 2010)¹⁴. Además, se trata de un criterio

buena fe es ingrediente fundamental, significando aquí el desconocimiento de que la cosa había sido objeto de venta con anterioridad” (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 2013, p. 57).

¹³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 1473”, en BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil*, VII, Valencia, 2013, p. 10.431; PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005, p. 212; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 2001, p. 72 nota 34; RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pp. 73 s.; GARCÍA CANTERO, “Comentario al art. 1473”, en ALBALADEJO/DÍAZ-ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, Madrid, 1991, p. 267; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III-1º*, Barcelona, 1990, p. 258; ALBALADEJO, “Pluralidad de ventas de una misma cosa”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Batlle Vazquez*, Madrid, 1978, p. 28, que la califica de “especialidad fundamental que viene a establecer el artículo 1473”; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1º, Barcelona, 1971, p. 22; ESPÍN CANOVAS, “La transmisión de los derechos reales en el Código civil español”, *RDP*, 1945, p. 356 ss.

¹⁴ La Sentencia de 11 de febrero de 1946 es muy clara, pues otorga la protección a un comprador en documento privado frente a un segundo comprador en escritura pública que inscribió, basándose en los hechos probados que demuestran que el segundo comprador conocía la existencia de la venta anterior.

La Sentencia de 27 de mayo de 1959 trata de nuevo de una primera venta de una finca en documento privado, seguido a los pocos días por una segunda venta de la finca en escritura pública que accede al Registro. Demostrado que los segundos compradores conocían la primera venta, el Supremo falla a favor del primer comprador, a pesar de que los segundos compradores alegaron en su defensa el artículo 34 y que, según ellos, sólo el conocimiento de una transmisión previa da lugar a mala fe.

El Tribunal Supremo se reafirma en su criterio en la Sentencia de 18 de noviembre de 1967, en supuesto idéntico a los anteriores. Frente a la alegación del segundo comprador inscrito de que no es de mala fe, pues la venta anterior ni transmitió la propiedad ni provocó por tanto inexactitud registral, el Tribunal declara de nuevo que el conocimiento de la venta anterior no consumada perjudica la buena fe exigida

para proteger al segundo adquirente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1975 vuelve a dar la razón, apoyándose en el art. 1473, a un primer comprador en documento privado frente a un segundo en documento público, no inscrito, que conocía la existencia de la primera venta. Tiene interés que la Sentencia salva la alegación del art. 1227 Cc. con el hecho de que el documento privado había sido presentado ante Notario para requerir a la parte vendedora a su elevación a público, “y sobre todo, por el conocimiento de él que tenía el recurrente, según afirmación tajante de la Audiencia”.

En la Sentencia de 31 de enero de 1985 el Tribunal Supremo vuelve a otorgar su protección al primer comprador en documento privado frente a un segundo comprador en escritura pública que inscribió conociendo la existencia de la primitiva compraventa. El mismo criterio reitera la Sentencia de 20 de julio de 1990, al enfrentar a un primer comprador en documento privado con un segundo en escritura pública que conocía la existencia de la primera venta.

La misma doctrina aplica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de noviembre de 1995, en la que el segundo comprador (una hermana de la vendedora) conocía la existencia de la venta anterior. (A diferencia del resto de Sentencias citadas, en ésta no se aclara expresamente que la primera venta fuera en documento privado; pero así se deduce de la Sentencia, de otorgarse tal contrato en sábado, y de que los compradores comparecieron posteriormente en una Notaria para exigir su elevación a público).

La Sentencia de 8 de febrero de 2001, algo compleja, trata de dos acreedores que han procedido a embargar un inmueble haciendo sobre él sendas anotaciones preventivas de embargo; el acreedor que procedió a anotar primero el embargo, acumuló luego su expediente de apremio con otros que tenía abiertos contra el deudor, dando lugar una nueva anotación preventiva, postergada en el rango frente a la del otro acreedor. El adjudicatario por el segundo embargo conocía la existencia del primero, y no puede acogerse al 1473 del Cc. porque, como dice la Sentencia “estamos en un caso que desemboca en una doble venta y quien colaboró en la maniobra torticera, o al menos la conoció no merece protección”.

La Sentencia de 14 de septiembre de 2007 vuelve a presentar el supuesto típico de un segundo comprador que adquiere por escritura pública e inscribe conociendo la primera venta en documento privado a favor de una empresa competencia de la segunda compradora. El Tribunal Supremo vuelve a conceder la protección al primer comprador en documento privado, amparándose en que al segundo comprador inscrito le faltaba buena fe, entendida como desconocimiento de la venta anterior.

Por último, la Sentencia de 28 de enero de 2010 da de nuevo la razón a un primer comprador que había alertado al segundo comprador para que no continuase los tratos preliminares con el vendedor; y concluye por tanto que, conforme al 1473, corresponde al primer comprador un derecho preferente, pues el segundo comprador es de mala fe por conocer la venta inicial.

No he querido citar otras Sentencias del Tribunal Supremo en las que, pese a ser la argumentación la misma y actuar con la misma *ratio decidendi* (conocimiento de la venta anterior en documento privado), de la Sentencia se deduce que los primeros

en cierto modo obvio: en caso de doble venta de muebles o de inmuebles no inscritos, la exigencia de buena fe sólo tiene sentido si se refiere al desconocimiento de titularidades obligacionales previas, pues precisamente en esos casos si el primer comprador hubiese tomado posesión ya habría adquisición definitiva por su parte y nunca sería protegido el segundo comprador.

Con todo esto llegamos al punto esencial de la cuestión que venimos tratando: que la exigencia de buena fe, entendida como desconocimiento de una titularidad obligacional previa, que impone el artículo 1473 para proteger al segundo adquirente que toma posesión o incluso inscribe en el Registro, entraña una corrección de las reglas que para resolver la doble venta se deducirían de la estricta aplicación de la teoría del título y el modo, que no serían otras que la preferencia del primer comprador que adquiriese la propiedad, independientemente de su buena o mala fe, y salvo que la fe pública registral impusiese otra solución. Es decir, que la estricta aplicación de la teoría adquisitiva del título y modo debiera llevar a la solución que previó el Derecho romano y que hoy acogen los Derechos chileno, colombiano, austriaco, suizo u holandés: prevalencia del comprador que adquirió por título y modo, independientemente de su buena o mala fe.

Pero es que el artículo 1473 español, el 1337 uruguayo o los 756 y 757 argentinos, además de no ser del todo conforme con el sistema adquisitivo de título y modo, provocan un resultado extraño, que suele ser pasado por alto: que un titular de una mera pretensión obligacional, con efectos meramente *inter partes*, vaya a poder accionar frente al adquirente de un bien que conocía que con su adquisición defraudaba la pretensión adquisitiva del primero; el segundo comprador adquirirá su propiedad, pero esa adquisición será claudicante frente al primitivo comprador, acreedor de dominio, que podrá imponerle la pretensión a la transmisión del bien¹⁵.

¿Por qué estos Derechos se han apartado, al resolver el problema de la doble venta, de la estricta aplicación de la teoría del título y el modo y han introducido un factor, la buena o mala fe del segundo adquirente, que

compradores en documento privado habían consumado la transmisión de la propiedad con la entrega de la cosa: Sentencias de 23 de junio de 1951, 11 de junio de 1954, 30 de enero de 1960, 30 de abril de 1974, 3 de mayo de 1985 y 15 de julio de 2004.

¹⁵ No me parece adecuado entender que el segundo comprador que carece de buena fe, en el sentido de desconocer la venta anterior no consumada, no llegue a hacerse propietario pese a tener título y modo, pues, de sostenerse esto, y en caso de que el primer comprador decida no accionar contra él, sino únicamente contra el vendedor por incumplimiento, resultará que el bien quedará vacante, o en el patrimonio del vendedor, principal artífice del fraude, soluciones ambas poco coherentes.

modaliza los resultados del sistema, hasta el punto de dejar en entredicho el principio de relatividad de los contratos? Una serie de autores que han tratado del artículo 1473 tienden a explicar el requisito de buena fe que impone la norma como una exigencia del principio general del mismo nombre¹⁶. La explicación, siendo en sí cierta, resulta en cierto modo tautológica, y deja en penumbra la raíz del problema: ¿por qué vía llegó ese requisito de la buena fe a figurar entre los criterios de solución de la doble venta en Derecho español y, probablemente a través de éste, en otros Derechos iberoamericanos? ¿Por qué otros Derechos europeos, en los que la buena fe figura también como principio general, no han llevado a cabo ese desarrollo? Porque, contra lo que podría pensarse, la exigencia de la buena fe para proteger al comprador que toma posesión en casos de doble venta no es un desarrollo reciente del Derecho español, ni es una novedad introducida por el Código civil, sino que recoge la tradición española.

En fin, llegados a este punto me parece necesario examinar la génesis y orígenes de los criterios de solución de la doble venta, para intentar descubrir cuándo y por qué se institucionalizó en el Derecho español el requisito de la buena fe como exigencia para la defensa del adquirente en casos de doble venta. Me remontaré para ello hasta la distinción entre derechos reales y obligacionales en Derecho romano y en la Edad Media, pues habrá que ver si el efecto peculiar del artículo 1473 —que un titular obligacional venza a un titular real que no contrató con él— rompe la estricta distinción entre derechos reales y obligacionales o es compatible con ella.

2. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL REQUISITO DE LA BUENA FE EN LA DOBLE VENTA

2.1. *La ejecución necesariamente pecuniaria del derecho del comprador en derecho romano*

Como es bien sabido, el Derecho romano clásico es un Derecho formal y estructurado por el procedimiento formulario, de forma que la acción determina y configura el contenido del Derecho. Así, la conocida distinción entre derechos reales y obligacionales o personales no existe como tal en Derecho romano, sino sólo como una distinción procesal entre *actiones in rem* y *actiones in personam*. Las primeras son aquellas en que en la *intentio*, parte de la fórmula en que se sustancia el derecho pretendido por

¹⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1º, Barcelona, 1971, p. 21 s.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II-1º, 14 ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, p. 293.

el demandante, no figura el nombre del demandado, sino únicamente una genérica alusión a cualquier persona que perturbe el presunto derecho del demandante; sólo en la *condemnatio*, cláusula por la que se manda condenar a alguien si se demuestra el derecho del demandante, figurará ya el nombre del demandado. En cambio, las *actiones in personam* se caracterizan porque el nombre del deudor demandado, además de en la *condemnatio*, aparece ya en la propia *intentio*¹⁷.

En principio, tanto las *actiones in rem* como las *actiones in personam* daban lugar a una ejecución meramente pecuniaria (“omnis condemnatio pecuniaria”¹⁸). Pero la evolución postclásica tiende a la admisión en muchos casos de una ejecución *in natura*: la doctrina entiende, ya desde la misma época de los glosadores, que daban lugar a ejecución *in natura* no sólo las acciones reales y las personales de restitución, sino también las acciones personales dirigidas al cumplimiento de una obligación de *dare*. En cambio, las acciones personales tendentes al cumplimiento de obligaciones de *facere* o de *praestare*, seguían llevando aparejada únicamente una ejecución mediante equivalente pecuniario¹⁹.

El problema era que de esta delimitación de ámbitos entre el cumplimiento específico y por equivalente surgía una grave dificultad para la satisfacción del comprador que pretendía la entrega de la cosa. En efecto, hay que tener en cuenta que la obligación del vendedor no se encuadraba en las obligaciones de *dare*, sino en las de *facere*, pues no se comprometía la transmisión de la propiedad, sino la entrega de la *vacua possessio*, y para

¹⁷ D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2004, § 80; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1996, § 47 III-IV.

¹⁸ Gai 4,48: “Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniarium aestimationem condemnatio concepta est”. Tomo el texto de las instituciones de Gayo de DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho romano*, que recoge a su vez la clásica edición de Seckel-Kübler.

¹⁹ ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, 1996, p. 772 s.; NEHLSSEN-VON STRYK, “Grenzen des Rechtswangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung”, *AcP*, 193 (1993), pp. 538 s.; RÜTTEN, “Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis”, en *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübinga, 1993, pp. 941 s.; DILCHER, “Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie”, *SZ*, 78 (1961), pp. 277 ss., 282. Una posición minoritaria en este punto sostienen Kaser y Hackl (*Das römische Zivilprozessrecht*, § 93 II 2 b; también KASER, *Das römische Privatrecht*, II, Munich, 1975, § 257 II), que entienden que la ejecución *in natura* abarcó en el *Corpus Iuris* prácticamente todos los supuestos, y que explican los abundantes textos en que sólo se admite la ejecución pecuniaria como supervivencias del Derecho clásico que deben ser corregidas en este punto.

los juristas romanos el *tradere* constituía siempre un género de *facere*²⁰. De lo que se derivaba que el comprador que no obtenía la entrega de la cosa por el vendedor no podía imponer la ejecución *in natura*, sino que había de conformarse con el equivalente económico de la cosa vendida²¹.

2.2. El *ius ad rem* como pretensión del comprador dotada de ejecución *in natura* y con alcance frente a tercero de mala fe

La situación descrita en el epígrafe anterior –falta de ejecución específica de la pretensión del comprador a la entrega– fue heredada por los primeros glosadores que se enfrentaron con las fuentes romanas en la época de la Recepción. Aceptando que las obligaciones de *facere* no daban lugar a ejecución *in natura* –“*nemo potest praecise cogi ad factum*”–, la consecuencia que de ahí se derivaba, por más que resultase grave, era la incoercibilidad de la prestación del vendedor, de forma que el comprador, en casos de falta de cumplimiento, debía contentarse con obtener el resarcimiento económico²². Así lo declara Búlgaro, y a su opinión se adhirieron la mayoría de los glosadores que trataron del asunto (Rogerio, Placentino, Odofredo, Johannes Bassianus, Azo y, en un primer momento, Accursio). Sin embargo, junto a esa doctrina mayoritaria convivió, ya en esa época de los glosadores, un sector doctrinal minoritario, encabezado por Martino, y al que se adhirieron Rofredo y, cambiando de opinión, Accursio, que sostenía la coercibilidad *in natura* de la obligación de *tradere* del vendedor²³.

²⁰ Sobre la distinción entre obligaciones de *dare*, *facere* y *praestare*, vid. CUENA BOY, “La prestación y sus requisitos”, en PARICIO (Coord.), *Derecho romano de obligaciones – Homenaje al Prof. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 95 ss. También D’ORS, *Derecho privado romano*, § 349. El hecho de que la prestación de *vacuam possessionem tradere* sea de *facere* y no de *dare*, se deriva con claridad de varios textos (p.ej. D. 45,1,75,7, D. 45,1,72,pr., D. 45,1,28) y es admitido unánimemente por la doctrina: además de los dos autores recién citados, ZIMMERMANN, *The law of obligations*, p. 773; NEHLSSEN-VON STRYK, “Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung”..., p. 539; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971, § 130 V 1 (p. 551).

²¹ De entre los textos del *Corpus Iuris Civilis* que imponen esta solución vid. D. 19,1,1,pr; D. 19,1,11,9; C. 4,49, 4; C. 4,21,17,pr. Puede consultarse además la doctrina citada en la nota anterior, en el mismo lugar allí citado.

²² COING, *Derecho privado europeo*, I, Madrid, 1996, pp. 547 s.

²³ Vid los textos y un resumen de las opiniones de estos autores en el detallado trabajo de DILCHER, “Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie”, *SZ*, 78 (1961), pp. 287 ss.; también aporta interesantes textos y comentarios SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf – Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters*, Berlin, 1999, pp. 63 ss.

Esa que era posición minoritaria entre los glosadores pasó, por la influencia de la *Glossa ordinaria* de Accursio, y por el prestigio de Bártolo, que tomó postura a favor de esta posición, a ser doctrina prácticamente unánime entre los postglosadores o comentaristas. Ciertamente, éstos siguieron sosteniendo, con más fuerza incluso que sus antecesores, la inexigibilidad *in natura* de las obligaciones de *facere*²⁴; pero, sin perjuicio de ello, comenzaron a aproximar, en cuanto a su eficacia ejecutiva, la obligación de *tradere* propia de la compraventa a las obligaciones de *dare*. Así dice Petrus Jacobi de la obligación del vendedor que “potest dici, quod rem tradi ex causa venditionis non est mere factum, sicut domum aedificari: imo fraternizat in aliquo cum rem dari... Ergo probabiliter potest dici, quod si venditor rem habet, quod cogatur eam tradere”. Y del mismo modo Bártolo, quien sostiene la exigibilidad *in natura* de la obligación de *tradere* del vendedor, explicando “Ratio: quia quando quis tenetur ex causa emptionis, non tenetur ad merum factum: immo dicta obligatio participat naturam obligationis dandi...”²⁵.

De este modo, trazando una analogía entre las obligaciones de *dare* y la obligación de *tradere* del vendedor, los comentaristas, ahora ya de modo unánime (Cino de Pistoya, el ya citado Bártolo, Baldo, Petrus de Bellaper-tica, Saliceto, Paulo de Castro, Jasón de Mayno), entienden que, aunque las obligaciones de *facere* no son en general coercibles *in natura*, la obligación de *tradere* del vendedor representa en esto una excepción, de forma que el comprador puede exigir judicialmente el cumplimiento específico²⁶.

Trayendo un origen en Derecho canónico que no procede ahora exponer, la expresión *ius ad rem* se popularizó en el derecho civil y feudal para denominar ese derecho a la ejecución *in natura* de una obligación de *tradere*²⁷.

²⁴ DILCHER, “Geldkondemnation...”, SZ, 78 (1961), pp. 291 ss.

²⁵ Vease los textos de estos autores, así como los de otros postglosadores que comparten unánimemente esa opinión, en DILCHER, “Geldkondemnation...”, SZ, 78 (1961), pp. 296 ss.

²⁶ Además de Dilcher, en los lugares citados, vid NEHLSSEN-VON STRYK, “Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung”..., p. 540 ss.; MEIJERS, “Le soi disant jus ad rem”, *Etudes d’Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, pp. 175, 185 ss.

²⁷ Después del trabajo de Landau recién citado, es pacífico en la doctrina europea que la expresión *ius ad rem* surgió en el ámbito del Derecho canónico (WESENER, “Dingliche und persönliche Sachenrechte – Iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung”, *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, p. 197). Sin embargo, los autores españoles que han tratado esta cuestión han seguido demasiado apegados a opiniones anteriores ya superadas, que veían el origen del término “*ius ad rem*” en el derecho feudal.

Entre los civilistas, la expresión fue empleada por Petrus de Bellapertica y, en sentido aún más restringido, para denominar el derecho del comprador a la entrega de la cosa, por Bártolo²⁸.

Baldo de Ubaldis dio un paso decisivo en la caracterización del *ius ad rem*, ya que juzgó que la eficacia ejecutiva de ese derecho del comprador a la entrega de la cosa era de tal virtualidad que le permitía imponerse no sólo al vendedor renuente, sino incluso a un tercer adquirente del bien que hubiese conocido la existencia de la anterior compraventa o que hubiese adquirido por donación²⁹. Aunque no se pueden desdeñar ciertos precedentes y antecedentes que explican la originalidad de este desarrollo –perceptibles, sobre todo, en la tendencia moralizadora del Derecho canónico–, lo cierto es que hay que atribuir a la creatividad de Baldo el haber introducido este criterio innovador³⁰. La solución por él aportada suponía una novedad respecto a las fuentes romanas (los ya citados C. 3,32,15,pr. y C. 4,39,6), pues si esos textos no hacían sino aplicar el sistema de título y modo a los casos de doble venta, atribuyendo la propiedad al comprador que primero fuese en la posesión, Baldo exigía además que el comprador al que primero se hacía entrega fuese de buena fe, entendida como desconocimiento de la venta anterior. En otro caso, o si el adquirente era a título lucrativo, el primer comprador tendría una acción para revocar la adquisición del segundo, por más que éste hubiere recibido de propietario mediante título y modo.

²⁸ Veáanse las citas en WESENER, “Dingliche und persönliche Sachenrechte – Iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung”, *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 197 ss.; también en MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, pp. 120.

²⁹ El texto de Baldo dice así: “Mirabiles conclusiones videtur inferri in hanc materia: vendidisti mihi rem aliquam et, antequam tradas, vendidisti et tradidisti eam Titio in fraudem meam. Nam in rei vindicatione et publiciana potior est Titius, tamen si fraudem participavit, revocabo. Si autem fuit sibi donata, revocatur etiam si fraudem non participavit, etc” (BALDUS, *Commentaria in VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros*, ad 7,75, rubrica nº 1; tomo la cita de WESENER, “Dingliche und persönliche...”, *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, p. 203 nota 55; también SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, p.184).

El texto puede traducirse al castellano del siguiente modo: “Sorprendentes son los resultados que se infieren en esta materia: me vendiste una cosa y, sin llegar a entregármela, se la vendiste y entregaste a Titius, defraudándome así. En lo referente a la acción reivindicatoria y a la publiciana es preferible Titius; sin embargo, si éste participó en el fraude, podré revocar (su adquisición). Y si le fue donada, podré revocar incluso en caso de que no haya participado en el fraude, etc”.

³⁰ Vid. SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 188 ss., que ha estudiado el asunto con detenimiento.

La doctrina de Baldo relativa a la prevalencia de la acción meramente personal del primer comprador sobre la posición del adquirente que, con mala fe o a título lucrativo, había tomado posesión de la cosa, se fue difundiendo, paulatina pero terminantemente, entre los juristas posteriores del *mos italicus*. Se sumaron a ella entre otros, remitiéndose expresamente a Baldo, Jasón de Mayno y Mariano Socinus, llegando a ser doctrina común entre los últimos comentaristas³¹. A partir de este momento, no se sabe si por lo peculiar del efecto frente a tercero o por el hecho de haberse consolidado como *communis opinio* la admisión del cumplimiento específico de la obligación de *tradere* del vendedor, lo cierto es que el termino *ius ad rem* vino a designar fundamentalmente la eficacia del derecho del comprador contra tercer adquirente de mala fe o a título lucrativo³².

Un punto me parece importante mencionar antes de tratar de la recepción en España de esta doctrina medieval. En primer lugar, que el *ius ad rem*, entendido como el que permite a un primer comprador imponerse frente a un segundo adquirente de mala fe o a título lucrativo, no fue concebido por los autores medievales como un *tertium genus* o figura intermedia entre los derechos reales y de crédito, sino como un propio y típico derecho obligatorio —el del comprador a la entrega de la cosa vendida—; el hecho de que un derecho obligatorio cuente en este caso con una virtualidad suficiente para alcanzar a tercero, no se debe a que tenga ciertos efectos o naturaleza real, sino a que ese tercero, por ser de mala fe o a título lucrativo, se encuentra en una posición jurídica claudicante: su mala fe o la falta de onerosidad de su adquisición le privan de la protección normalmente prestada al adquirente contra las pretensiones obligatorias que vinculaban al transmitente³³.

³¹ SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 197 ss., 229.

³² WESENER, “Dingliche und persönliche...”, p. 203; MICHAELS (*Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, p. 56) entiende que el termino es anfibológico. Pero lo cierto es que a partir de Baldo se consolidó el uso de “ius ad rem” para denominar la posible eficacia de la acción del comprador frente a tercero de mala fe o a título lucrativo, quedando relegado su empleo para referirse a la exigibilidad *in natura* de ciertas obligaciones de *tradere*, típicamente la del vendedor.

³³ Es muy citado en este contexto un pasaje de Jason de Mayno: “ius ad rem quod non nisi in obligatione consistit”. A su opinión y a su caracterización se suman la mayoría de autores posteriores de derecho común (vid las citas en WESENER, “Dingliche und persönliche...”, *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 198 ss.). En el mismo sentido, es muy expresiva la conclusión a la que llega Meijers al final de su trabajo sobre el *ius ad rem*: “l’expression ius ad rem [...] n’a jamais servi à autre chose qu’à désigner un droit personnel à la délivrance d’une chose ou une créance personnelle en général. Entre l’action personnelle et le droit réel, les civilistes n’ont pas connu de forme intermédiaire. Le seule chose frappante dans l’évolution histo-

2.3. *Recepción y pervivencia en España de la doctrina del ius ad rem*

La doctrina castellana fue, en materia de doble venta, especialmente sensible a la hora de seguir la evolución recién expuesta del Derecho común. Así, Partidas 5,5,50 recoge textualmente la solución del derecho romano, simple aplicación de la doctrina del título y modo, declarando la propiedad de quien primero sea en la posesión de la cosa y pague el precio³⁴; en cambio, los autores del siglo XVI, que habían de conformar la doctrina española de los siguientes siglos, reciben ya todos y acogen unánimemente la precisión introducida por Baldo, al que a menudo se remiten expresamente para justificar que el segundo adquirente de mala fe, pese a haber tomado posesión de la cosa, resulte postergado frente al primer comprador. Gregorio López, en su glosa a Partidas 5,5,50, es el primero que limita y rectifica el texto legal para acoger esta solución: “sed limitari potest, quod propter scientiam emptoris de prima venditione, competat primo emptori actio revocatoria ad revocandum alienata in fraude, ut dixit singulariter Baldus in rubrica Codex de revocan. his quae in fraude creditorum alienata sunt in principio et probari videtur in glossa in verbo iure in dic lex quotiens ubi Alberico y Jason de Mayno 9 opposi; quod intelligerem quando constaret de scientia emptoris secundi de prima venditione tempore secundae venditionis: si tamen tunc erat ignorans, et ignoranter emit, et solvit pretium, licet tempore traditionis sciat de prima venditione, non habebit locum dicta actio revocatoria: cum tunc emptor non participaverit de fraude: et in ista fraude

rique de ces notions est la manière dont l'obligation –en général– a perdu de plus en plus son caractère strictement relatif pour acquérir également, en des cas de plus en plus nombreux, des effets juridiques vis-à-vis de tiers” (MEIJERS, “Le soi disant jus ad rem”, *Etudes d'Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, p. 188).

³⁴ Partidas 5,5,50: “Del ome que vende la cosa dos vegadas a dos omes en tiempos departidos qual de ellos la deve aver: Una cosa vendiendo un ome dos veces a dos omes en tiempos departidos; si aquel a quien la vendio primeramente passa a la tenencia de la cosa, e paga el precio, esse la debe aver, e non el otro. Pero tenuto es el vendedor, de tornar el precio a aquel que la vendio a postremas, si lo avie recebido, con todos los daños e los menoscabos que le vinieron por razon de tal vendida, porque la fizo engañosamente. Otrosi decimos, que si el postrimero comprador pasase a la tenencia, e a la posesión, e pagasse el precio, que el la deve aver, e non el primero. E es otrosi el vendedor tenuto de tornar el precio, si lo avia recebido, con los daños, e los menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador”. Como es sabido, el pago del precio era, en Derecho romano y común, requisito de la transmisión de la propiedad en la compraventa, si bien el rigor de esta exigencia se fue atemperando hasta desaparecer en la mayoría de ordenamientos continuadores de la tradición romanista.

habetur respectus ad tempus venditionis”³⁵. La misma solución, favorable a defender mediante una acción revocatoria al primer comprador frente al segundo que conscientemente le perjudicó, defienden Antonio Gómez, Diego de Covarrubias y Leyva, y Luís de Molina³⁶.

³⁵ Las siete Partidas de Alfonso X el sabio glosadas por el licenciado Gregorio López, Salamanca, 1555, reproducción anastásica, Madrid, 1985. Saponts y Barba, Martí de Eixala y Ferrer y Subiñana dan la siguiente traducción a la glosa de Gregorio López: “pero parece que la revocación de la segunda venta debería también tener lugar, aunque se hubiese usado de la primera fórmula, porque, siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la acción al efecto de revocar lo que se enajenó en fraude del mismo, como lo decide Baldo en la rúbrica C. de revoc his quae in fraud. creditor. alien. al principio, y parece probarlo la Glosa end. l. 17 sobre la palabra jure, y allí Alberico y Jason oposit 9: empero, me parece que esto debe concretarse al supuesto que el segundo comprador tuviese noticia de la primera venta al tiempo de contrato; y que no tendrá lugar si contrató con buena fe y pagó el precio, aunque al tiempo de transferírsele la posesión tuviese noticia de la primera venta; toda vez que el vendedor no participó en el fraude, respecto del cual y por lo que mira a la acción revocatoria se atiende al tiempo del contrato” (Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX [sic], con las variaciones de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano por D. Ignacio Saponts y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer y Subirana, tomo III, Barcelona, 1843).

³⁶ Antonio Gómez dice, tratando de las limitaciones a la doctrina del título y modo en la doble venta, que “secundo principaliter limite et intellige, ut procedat quando secunda venditio alteri facta fuit celebrata bona fide, sine dolo malo et fraude: secus tamen est, quando fieret in fraudem primi emptoris, ut non habeat rem, et secundus emptor participavit de fraude; quia tunc, licet secundo emptori sit facta traditio mediante qua in eum sit translatum dominium, primus emptor poterit rem et traditionem revocare actione in factum revocatoria, qui competit ad revocanda ea quae sunt alienata in fraudem creditorum”. Para continuar luego citando a Baldo en apoyo de su opinión y diciendo que la acción procederá también, pese a no haber intención de defraudar más que en el enajenante, cuando la cosa fuese, con posterioridad a la venta, donada o entregada por otra causa lucrativa (ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, tomo II, cap. 2, n° 20, Madrid, 1794, p. 446).

Covarrubias, en un pasaje titulado “Bona fides secundi emptoris necessaria est, ut is possit uti dictae l. quoties, responso”, sigue la misma doctrina: “eadem constitutio procul dubio intelligenda est, ubi secundus emptor bonam fidem habet; nam si is mala fide id est, non ignarus primae venditionis, eandem rem emerit, licet eidem tradita sit, nihilominus per primum emptorem res ab eo revocabitur et evincetur”. Declarando luego, al igual que Antonio Gómez, y con cita de Baldo, que la donación equivale en este punto al fraude (COVARRUBIAS, *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, parte II, cap. 19, n° 5, in *Operum*, tomus secundus, Genova, 1762, p.

A partir de entonces, la solución de Baldo y de los últimos comentaristas, la admisión de un *ius ad rem* del primer comprador frente a un segundo que adquirió conociendo la primera venta, se consolida en el Derecho castellano. Es la solución acogida por los autores de los siglos XVII y XVIII –Ibáñez de Faria, Castejón, Hevia y Bolaños, Febrero–, que ciertamente se apoyan como texto básico en Partidas 5,5,50, pero que lo corrigen remitiendo a la opinión de los autores españoles citados, particularmente a Antonio Gómez y Diego de Covarrubias³⁷. Y es la solución que sigue vigente en la doctrina justo anterior al Código civil de 1889, tal como recoge Benito Gutiérrez, y que, finalmente, fue acogida en el artículo 1473³⁸. De esta forma, este artículo representa una supervivencia de una doctrina medieval, la del *ius ad rem*, que por diversas causas había sido abandonada en el resto de países europeos³⁹.

250).

Molina, por último, dice al respecto, citando a los autores recién mencionados que “quando posterior emptor conscius fuit prioris venditionis, tunc esto ei sit facta traditio et solverit pretium, poterit prior emptor evincere eam rem ab eo, tanquam in fraudem ipsius alienatam: secus autem, si posterior emptor bona fide illam emit priorem ignorans venditionem”; para continuar diciendo que la transmisión lucrativa se equipara a la de mala fe (LUIS DE MOLINA, *De iustitia et iure*, tractatus II, disputatio 369, n° 9; igualmente, en mismo tomo y con cita de Baldo, disp. 328, n° 17; Antuerpiae, 1615, pp 216 y 135 respectivamente).

³⁷ Vid HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, Madrid, 1725, tomo II, libro I, cap 12, n° 52, p. 50; IBÁÑEZ DE FARIA, *Additiones ad Covarrubiam*, Genova, 1762, ad 2,19,5 n° 39; JOSÉ FEBRERO, *Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*, Madrid, 1783, tomo II, p. 420; AEGIDI DE CASTEJON, *Alphabetum Iuridicum*, tomo I, Madrid, 1678, voz emptio, n° 10, p. 381.

³⁸ Benito Gutiérrez, autor del tratado más difundido antes de publicarse el Código, dice comentando Partidas 5,5,50, y apoyando su interpretación en la glosa de Gregorio López y en Antonio Gómez: “finalmente la disposición de la ley comentada se amplía a cualquier enajenación, ya provenga de título oneroso o lucrativo, y al poseedor de buena fe que da o vende la cosa ajena transfiriendo al primero que la recibió un cuasi dominio y la acción consiguiente. Por el contrario, se restringe cuando la segunda venta se haya hecho en fraude del primer comprador, sabiéndolo el segundo” (GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Tratado de las obligaciones, Madrid, 1871, p. 329).

³⁹ No puedo detenerme aquí a explicar por extenso el porqué de la desaparición del *ius ad rem* en el resto de ordenamientos europeos. Brevemente diré, que en Francia y en los países que asumieron un sistema consensual, el *ius ad rem* del primer comprador frente al segundo dejó de tener sentido porque el propio contrato transmitía al primer comprador no un *ius ad rem*, sino la misma titularidad; en Alemania desapareció a consecuencia de la adopción, en el propio siglo XIX y por influencia de Savigny, de

3. IUS AD REM Y EFICACIA FRENTE A TERCERO DE LAS EXPECTATIVAS ADQUISITIVAS

Como ya he dicho, la penalización que el artículo 1473 del Código civil español impone al segundo adquirente que, pese a contar con título válido y entrega, conocía la existencia de una venta anterior, entraña una corrección a la estricta aplicación de la teoría del título y modo. Como es sabido, según las reglas generales de este sistema, la propiedad se transmite derivativamente cuando se adquiere de quien es propietario, mediando título válido y consumándose la entrega⁴⁰. Conforme con ello, el segundo comprador que recibe la cosa debía, pese a su mala fe, ser defendido como propietario, pues cumple los requisitos generales del sistema. Sin embargo, y como hemos visto, el *ius ad rem* del primer comprador le permite imponerse al segundo adquirente, cuya posición, en virtud de su mala fe, resulta claudicante. Una mera pretensión obligacional a la transmisión va a poder imponerse frente a un tercero ajeno a la relación obligatoria. Como ha dicho Miquel, la conducta objetivamente contraria a la buena fe que debe imperar en todas las relaciones jurídicas, hace que, en este caso, el propietario susceptible de tal reproche se vea privado de protección frente a la pretensión obligacional a cuyo incumplimiento coadyuvó⁴¹.

Debo realizar algunas precisiones a fin de aclarar del todo el sistema. Ya he mencionado que la buena fe se refiere a inexistencia de titularidades obligacionales que entrañen un derecho adquisitivo sobre la cosa. Si existiese una titularidad real previa, no meramente obligacional, la posible

un sistema abstracto, donde la causa obligacional no debía tener ninguna influencia sobre la transmisión y donde, por tanto, la existencia de un derecho obligacional prioritario no debía obstar en modo alguno al derecho real de un posterior adquirente; y, en fin, en el resto de ordenamientos que mantuvieron el sistema de título y modo, como Austria, Suiza y Holanda, un apegamiento excesivo a las soluciones estrictas de Derecho romano y un rechazo, típicamente ilustrado, a lo que se juzgaba como confusión de principios jurídicos y morales, llevó a los redactores de sus Códigos a no conceder ninguna preferencia al primer comprador de un bien, ni siquiera en caso de mala fe del segundo. Véase, sobre todos estos puntos, los estudios más recientes sobre el *ius ad rem*: SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 241 ss.; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, pp. 140 ss.; ERNST, “Der zweifache Verkauf derselben Sache – Betrachtungen zu einem Rechtsproblem in seiner europäischen Überlieferung”, en JAKAB/ERNST, *Kaufen nach römischen Recht*, Berlín, 2008, pp. 83 ss.

⁴⁰ Sobre ello, MIQUEL, “Comentario al artículo 609”, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 1546 ss.

⁴¹ MIQUEL, “Comentario al artículo 7.1”, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 55 s.

defensa del segundo adquirente, por ejemplo, si adquiere del titular inscrito, sería un caso de protección de un tercero de buena fe y precisamente por ser de buena fe: por adquirir confiando en el Registro. Sin embargo, el caso que aquí planteando no es un problema de adquisición de buena fe, sino más bien su contrario: de desprotección de un adquirente que completa el proceso adquisitivo y adquiere a domino, pero que conocía que con su adquisición defraudaba la expectativa adquisitiva de un tercero. No es, por tanto, un esquema de “protección del tercer adquirente de buena fe”, sino de “desprotección del adquirente de mala fe”, incluso frente a un mero titular obligacional.

Un segundo punto quiero poner de manifiesto. Este resultado, la desprotección del adquirente de mala fe, no significa en modo alguno poner en entredicho la eficacia del Registro, o desconocer el principio de fe pública: diría que entraña más bien la perfección del sistema registral. Ciertamente, un sistema de fe pública, como tiene España, de publicidad positiva, significa que el adquirente va a poder confiar en el Registro, que será protegido en su adquisición, incluso como adquirente a non domino, en caso de que el Registro publique una titularidad inexacta (supuestos que, recuérdese, son excepcionales). En ese contexto, la publicidad del Registro, su presunción de legalidad y el efecto de la fe pública registral liberan al tercer adquirente de toda necesidad de investigar o comprobar la veracidad de los datos registrales. El tráfico queda protegido en la medida que hay una institución jurídica, un servicio público, el Registro de la propiedad, que ofrece información y garantiza al adquirente sobre la veracidad de los datos registrales.

Pero el sistema de “ius ad rem”, de desprotección o penalización del adquirente que conocía que al adquirir defraudaba la perspectiva adquisitiva de un tercero, evita precisamente que la fe pública, a mi juicio tan necesaria, se pueda convertir en un expediente para el fraude. El adquirente no ha de examinar la realidad de los datos registrales, pues quedará protegido si confía en él. Pero si conociendo la existencia de una titularidad obligacional, contrata con el propietario para defraudar esa expectativa adquisitiva de un tercero, el Registro no le protegerá, pues lo mismo que protege al tercero de buena fe, desprotege al tercero de mala fe. En este sentido, me parece que si se ha hablado mucho de fe pública, y de protección del tercer adquirente, falta hablar y poner más de manifiesto su posible reverso, plenamente compatible con él: la desprotección de quien completa el proceso adquisitivo conociendo que perjudica la expectativa adquisitiva, así sea meramente obligacional, de un tercero. No se trata de privar de efectos al Registro, al contrario: se trata de impedir que quien conozca la realidad sea protegido por él.

Y una última consideración, para cerrar estas páginas. El efecto des-protector de la mala fe, entendida como conocimiento de la obligación de transmitir, no se da sólo en materia de doble venta. Al menos en el Código civil español, también en los artículos 1295.3 y 1124.4, en casos de rescisión y resolución, se produce la situación de que el tercero que adquirió de propietario, en este caso de propietario sujeto a una acción de rescisión o resolución, no va a quedar protegido en su adquisición, por el hecho de conocer la obligación de restituir de quien a él le transmitió: los titulares del derecho de resolución o rescisión podrán dirigirse contra él por el hecho de que dicho tercero adquirió conociendo que defraudaba la expectativa readquisitiva del primitivo enajenante. Pero está es una cuestión que nos aleja del objeto de nuestro estudio y debe ser tratada en otro ocasión.

HOW TO MEASURE LEGAL CERTAINTY REGARDING PROPERTY RIGHTS? THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVES OF THE UNITED NATIONS

Carmen Miquel Lasso de la Vega

The role of the United Nations in promoting Sustained Economic Growth and Development focuses is the main focus of the Millenium Goals.

The acquired experience with the Millenium Goals has proved that, in order to attain those, it is important to have a clear collective vision combined with specific goals if advances are to be measured.

In the fight against poverty and hunger and for a sustainable development, there are still important gaps, such as gender equality, full and productive occupation, especially for women and Young people, the alarming rate at which forest are vanishing, and the general acceleration of advancements in developing countries. In many instances, this delays and shortcomings have affected the achievement of other goals such as the eradication of poverty, food security and the distribution of wealth, particularly among poor people in rural areas. Breakthroughs in several spheres frequently leave those less fortunate and most vulnerable aside: policies and actions will be necessary to address persistent, and even increasing, inequality between the rich and the poor, and between urban and rural areas, in order to improve life conditions for the less favored because of their gender, age, handicaps, ethnicity or place of residence, and those who suffer multiple and interrelated discriminations like women and girls for instance.¹

The process of the 2030 Agenda for Development and Climate Change after 2015, with its final objectives of eradicating poverty, improving life conditions of the population and swiftly move to a low-carbon based economy with increased resilience in the face of climate change, are mutually

¹ Centro de noticias Naciones Unidas. 25 de septiembre 2015

reinforced; which in conjunction may promote prosperity and security of present and future generations. Security in an ample sense that signals at the existence of a “meta-concept”, which covers everything in relation with the satisfaction of basic needs and the absence of risks or perils of any kind.

The security the 2030 Agenda pursues does not only imply military security, but also in the sphere of public health, environmental and economic security.

The 2030 Agenda for Sustainable Development proposes the following seventeen objectives:²

- 1- End poverty in all its forms throughout the world.
- 2- Put an end to hunger, ensure food security and improve nutrition while promoting sustainable agriculture.
- 3- Ensure a healthy life and promote wellbeing for everyone in every age.
- 4- Secure an inclusive education, in equality and with quality, promoting lifelong learning opportunities for everyone.
- 5- Achieve equality of genders and empower all women and girls.
- 6- Ensure the availability of water and a sustainable management of this resource and sanitation to all.
- 7- Ensure access to cheap, secure, sustainable and modern energy to all.
- 8- Promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full productive occupation and decent jobs for all.
- 9- Build resilient infrastructure, promote inclusive sustainable industrialization and foster innovation.
- 10- Reduce inequality in, and among, all nations.
- 11- Achieve inclusive, safe, resilient and sustainable cities and human settlements.
- 12- Ensure sustainable consumption and production models.
- 13- Adopt urgent measures to fight climate change and its effects.
- 14- Conserve and utilize in a sustainable fashion Oceans, Seas and marine resources towards a sustainable development.

² 17 Objetivos de Desarrollo sostenible (ODS) UN. www.undp.home.

- 15- Promote the sustainable use of Earth's Ecosystems, fight against desertification, stop and reverse degradation of soils and stop the loss of biological diversity.
- 16- Promote peaceful and inclusive societies working towards sustainable development, facilitating access to Justice for everyone, creating efficient, accountable and inclusive Institutions at all levels.
- 17- Reinforce execution means and revitalize the World Alliance for Sustainable Development.

The knowledge of the 17 Sustainable Development Goals (ODS) associated with this Agenda, leads us to evaluate the starting point of the countries in the Region and to assess and formulate the means to achieve this new vision of balanced and sustained development, that is...sustainable.

The Sustainable Development goals are also a planning tool for Nations, both at national and regional level. Thanks to its long term vision, they support each country's move towards sustained, inclusive and environmentally harmonic development, through public policies and budgeting, monitoring and evaluation tools.

The goals of the 2030 Agenda of UN are ambitious; they rely on the acknowledgement of dignity and equality of people and go beyond by tackling specific matters such as inequality, climate change, sustainable economic growth, productive capacity, peace and security.

The Agenda aims at establishing efficient, accountable and inclusive institutions with a dynamic focus to achieve gender equality. Also, implementation measures for each of the goals are set, and a specific goal which will bring together governments, civil society and other institutions in a truly integrated approach towards international development in favor of people and the planet.

These goals are global in nature, and require a balanced utilization of natural resources and the Earth's wealth. For this reason it is crucial to properly organize real estate which is the primary source of wealth of any country and the starting point for economic development.

1.1 Why seek indicators?

As a source of wealth real estate property is essential for the achievement of the sustainable development goals, particularly for the first of those (End Poverty), and the second (End Hunger). Land requires control and legal certainty from the State and is an essential tool for economic develop-

ment, particularly in rural societies. It comprises, in average, 65% of all of the World's wealth and makes financing available to its owners to improve their status and overcome poverty. This is the reason why the UN and the World Bank go to great lengths to find suitable indicators to measure Real Rights legal Certainty in order to improve public policies.

The most transformative goals and indicators which are more closely related to Real Rights are goals 1.4 and 5.a and the following key indicators:³

1.4.2 Percentage of total adult population with secure rights to land, with legally acknowledge titles, who feel that their rights to land are secure, according to gender and type of entitlement.

5.a.1 (a) Percentage of the population with ownership and secure real rights on agricultural land (of the total population in rural areas), according to gender; and (b) percentage of women among the owners of agricultural land, or holders of real rights on agricultural land, according to the type of entitlement.

5.a.2 Percentage of countries where the legal system (including consuetudinary law) guarantees the equality for women with regards to property and other rights to land.

The progress follow-up towards the Millennium goals has strengthened statistical systems and with the availability of Quality data. However, important issues subsist such as: The lack of data, its insufficient quality, the adherence to methodological principles, the lack of broken down data allowing to assess advances according to age, gender and other social categories, and the lack of geo-spatial information.

It will be necessary to make efforts to find indicators suitable for use in different systems, cultures and societies. Although we cannot ignore that there are vast areas of the planet which are being possessed without any title to land. For that reason it is necessary to design a system based on a flexible methodology, while establishing indicators to measure legal certainty.

What is hardly debatable, regardless of the idiosyncrasy of the land is that real rights are directly linked, therefore, with the availability of territorial credit and it is necessary that Nations avoid conflicts and lawsuits and provide a legal certainty system that ensures both aspects. This is the starting point to assess the topic at hand.

³ Instituto danés de derechos humanos.sdg.humanrights.dk.

1.2. The much needed legal certainty

We have already pointed out that “security” is a metaconcept, and one of its meanings directly linked to economic security, is no doubt that of legal certainty.

Different legal systems throughout the world offer different degrees of protection depending on their effects, and this determines the quality of data supplied by such systems. The ones that better protect real rights are those that provide indefeasible entitlements by protecting the owner “*erga omnes*”.

In these systems Real Rights are safeguarded by the Courts, providing a sound and steady guarantee to territorial credit while avoiding conflicts which generate uncertainty and expenses for the citizens that resort to the Courts saturating the Administration of Justice. This brings economic prosperity and social wellbeing, which are, in brief, the goals of the UN for year 2030.

Although these circumstances in relation to Land and other real estate related rights are common to all regions in Earth, the way these matters are treated is so diverse that ample approaches are required to address this matter in general, but at the same time allow discerning data Quality. Real Rights frequently overlap on a single property and in general could be split into three grand groups:

-Rights of use; such as the right to enter a property crossing a neighboring property, or to enjoy the economic fruits yielded by a property owned by another person. In the Spanish Legal system, and in many others in compared law, these rights are perfectly defined and regulated. The first as an easement and the second as an usufruct. But there are places on Earth where these rights are exercised informally, based on ancient use or simply thanks to the tolerance of the community. These rights are often exercised “*de facto*”, although the economic and social development requires the provision of guarantees.

To that end it is necessary a Registry where these rights to use and enjoy a property are recorded, with a previous assessment which ascertains its creation and currency.

-Rights of preferred acquisition; which grant its holder the ability to acquire an asset or right with precedence over any other interested person. These rights are either born because of contract signed by the parties, such as in the contract of purchase option or by legal mandate, like those in favor of the Co-proprietors, possessors, neighbors etc, in order to achieve a more efficient and productive allocation of the land.

-Rights of disposition or control, which would encompass what in European Law is referred to as rights of Guarantee and full ownership, such as property, the quintessential real right, or the Mortgage, even the modifications of registered properties due to rearrangement instruments which imply the faculty of administration and disposition.

The need for guarantee and control over real rights, and real estate property required the establishment of Land Registries, to help transition from factual (*de facto*) to legal (*de iure*) situations.

This was the case in Spain during the XIXth Century. Back then the Legislation allowed registration with double title at the Land Registry⁴ the Access of possessory rights by means of a proceeding involving witnesses and, after 30 years, its conversion in a right of ownership, and in case greater security was demanded one could resort to “Proceedings of Ownership” (*expediente de dominio*).

This created a flexible system of legal certainty which caused numerous properties to enter the Land Registry. The Mortgage Law of February 8th 1861 established the Land registry upon the idea that registered property should enjoy advantages over non-registered property. The legal history of the property should be reflected at the Land Registry, as a permanent feature of the legal relation, this is the reason the Land Registry is managed with the property (*finca*) as its object. It also established a mechanism of publicity, turning clandestine situations into public ones, with important legal effects.

The Land Registry in Spain was configured as a Registry of Rights, a legal registry unlike other administrative registers. In this manner:

- What is registered becomes the official truth as opposed to what it is not registered, and that official truth is safeguarded by the Courts.
- The person acquiring a right trusting what the Land Registry proclaims and registers the acquisition, is protected for the sake of legal certainty in transactions. This is the effect of Registry Indefeasibility.
- The cornerstone of the system is Good Faith, as protection cannot be granted to someone acting dishonestly.
- The history of the property is successively linked in a chain of legal relations, without any gaps.

⁴ Chico Ortiz José María (2.000), *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Marcial Pons. Barcelona

Speciality and determination, as principles, require that registered real rights are determined in such a way that tacit mortgages and hidden encumbrances are considered to be non-existent.

To ensure legal Certainty the State exerts control by means of qualified legal professionals: the Land Registrars. The assessment of documentation submitted to the Land Registry to apply for registration, if negative can lead to an appellation before Directorate General of Registries and Notaries, which with its decisions creates a sort of Legal Precedents focused on issues.

It is essential to keep in mind that, as maintained by Roca Sastre, this first Law, like the current one, is inspired by German Principles. Fusch following Oberneck defined the registration principles in our system as:⁵

- Formal: Self registration, legality and chain of title, concatenation of legal relations on a property.
- Material: Speciality, registration, legitimation and indefeasibility.
- Mixed: Publicity, Priority and formal consent.

It must be noted that with this Law, by means of the principle of protection of legal transactions, legal certainty is introduced in Spanish Law, making unnecessary to resort to the Courts thanks to the effects of the Registry Entries and the data published by the Land Registry.

From all the above we can infer that the fundamental matters when looking for indicators of legal certainty is to consider the different effects of the various registration systems.

Entries at Registries of Documents do not have the same strength as those of Registries of Rights, as we have seen when discussing the Spanish Land Registry. In the Latter, there is a rigorous Registration Process, a control of entry or legal assessment and the statements of the Land Registry are granted powerful effects (indefeasibility).

Therefore, the information from each kind of registry is different. As are different the various legal systems and the protection they provide, as we have pointed out.

1.3. The introduction of geo-referencing.

Mapping of properties is another important matter when looking for indicators, taking into account that there are systems based on the graphical representation of the properties. Presently, the Spanish Law allows linking the graphical representation of a property with its legal description.

⁵ Roca Sastre Ramón María (1.968). Derecho Hipotecario. Tomo I Bosch

Since 2015, when the Law of Coordination between the Land Registry and the Cadastre entered into force and up to 2017, approximately 50.000 properties have graphical data associated and 10.000 of those have incorporated an alternative graphical certification, that is one different from the one at the cadastre. A surveyor defines the graphical data which is validated by the Registrar. Since 1996 there is a monthly interconnection mechanism between the Land Registry and the Cadastre, so ownership data is updated at the cadastre after the corresponding real right has been entered at the Land Registry.

Nowadays the Spanish Mortgage Law does not compulsorily require geo-referencing of the properties in most cases, but it is demanded in some instances such as the first entry of a property at the Land Registry and other modifications on registered properties. However, we cannot forget that the main goal of the Land Registry is to protect the Real Rights, and we cannot confuse that goal with the physical determination of the property. The graphical database is a necessary tool to describe the right, but it must not be confused with the right itself, as it would make us lose focus over real rights.

2. “EXPERT MEETING GROUP” IN BARCELONA, JULY 2017

Aiming at reaching an agreement on a set of indicators to measure legal certainty regarding real estate ownership and in order to establish work plans and also in defense of human rights and in pursuit of the goals of the 2030 agenda, on the 6th and 7th of July 2017, a meeting was held at the Pompeu Fabra University in Barcelona, gathering experts from more than ten countries with UN Habitat, the World Bank and IPRA-CINDER.

At this meeting a set of indicators was proposed to measure legal certainty related to real rights for the purpose of fighting hunger and poverty, and to attain a sustainable economic and social development, undertaking successful public policies. All of this for the sake of achieving the #1 objective of the UN for 2030 (End of Poverty in all its forms around the world), ensuring for all men and women access to basic services and resources, as well as control and rights on the land and natural resources, including microfinancing.

The starting point was the gained insight in measuring legal certainty relating to property from the different statistical sources, such as administrative and mortgage related information at the Land Registry in order to obtain indicator 1.4.2 about legally acknowledged real rights by using administrative data. 1) Agreed methodology for data monitoring, 2) Access to existing data by exploring institutionalization at a regional level, 3) Explore options for building administrative data while advocating sustainable

development in real estate related policies. The focus of study was placed over two indicators. The Legally acknowledged documentation indicator, to be assessed using the data from the Land Registry, and the Indicator of Perceived Legal Certainty, measured with possessory data.

It was concluded that three kinds of documents used at the Public Registries exist, which in turn were used by the people occupying land as evidence of their claims:

- i) Valid Documents, formally and legally acknowledge containing individual or collective rights, registered at a Public Register which directly, or at least indirectly, grant the right (ownership certificates, Titles of Proprietorship...)
- ii) Incomplete documents, due to not having completed the due procedure, failing to obtain a final document, or because they are not updated (lack of chain or title or omission of previous re-allotment).
- iii) Official documents which main purpose is not to grant a right on real estate and only indirectly refer to such right, such as documents proving that taxes have been paid.
- iv) Those who have no documentations at all.

The group of experts concluded that only the first group can be considered to have “Access to proprietorship and control over real estate”, pointing out that the distance between consuetudinary non-legally sanctioned possession and legally acknowledged rights should be reduced, by acknowledging rights sustained in customs entering such rights at a Public Register, without changing its features.

However, the information and data obtained from incomplete documentation (ii) and also from documents which serve other purposes (iii) may help to formulate public policies and provide information facilitating the legal acknowledgement of the rights they refer to.

It was recommended by the Committee of experts, to prepare a specific database per country, after consulting Registers and Agencies, including this data allowing for a global comparative study. These metadata should include:

- (1) List of valid and legally acknowledged documentation, regarding ownership and images of the documents.
- (2) List of other documents used by land holders as evidence of rights, such as incomplete, outdated or other types of documents.
- (3) Structure of the information regarding land; used variables, geo-referencing, number of plots, registered area and mapped, according to the kind of entitlement and registered transaction.

(4) Judicial proceedings providing aggregated data, records of common or collective ownership, broken down by gender.

(5) And procedures to verify data Quality, which are essential.

These data can be periodically transferred electronically once updated and digitized, which will also benefit the State carrying out these measures.

The goals to pursue are:

- i) Assessing the gathered data of registered and mapped area, according to gender and its contribution to strengthening legal Certainty.
- ii) Developing an adequate methodology for obtaining data which leaps over cultural and legal differences.
- iii) Identifying mechanisms that are applicable to the biggest number of Nations to gather data about legally acknowledged documentation regarding real rights and ownership.
- iv) Proposing regional data collection to support the adoption of public policies.

In addition to these objectives, it was underlined that indicator 1.4.2 should not only be interpreted in connection to individual rights or to promote administrative action, but also to promote the legalization and registration of individual and collective property.

We cannot forget that the economic and social starting position of each country is different and therefore the objectives must be carefully set as well as with the costs of titling, registration or mapping of properties. Reducing the costs of the procedure make it accessible to the population and benefits legal certainty, avoiding squandering resources in dubious projects with few benefits and no sustainability, as pointed out by Professor Arruñada.

In conclusion, gathered data should be of enough Quality, periodically obtained and coordinated through the registration authorities of the different nations and properly monitored and broken down according to gender.

3. THE ISSUE OF GENDER AS A KEY INDICATOR

Globalization, as an economic process, implies the expansion of economic relationships, the exploitation of nature and the marginalization of the less favored. It is not only an economic process, but also a Cultural and environmental process.

For that reason, if we start analyzing indicators on legal certainty related to real rights, we cannot neglect the consideration of a “minority” which represents more than half of the world’s population, women.

The situation of women in relation to the proportion of total adult population holding secure rights on land, with legally acknowledged documentation and feeling their rights as secure (indicator 1.4.2) is totally different to that of men, hence the necessity to have broken down data. Another vision would be biased, unreal and with little to no usefulness, also falling in the mistake of “otherness” (Simone de Beauvoir) by contemplating the economic and social normality of the world from a merely masculine perspective.

In those countries where agriculture is the main source of wealth, the property of land implies power and development.

It is quite striking that although it is women who mostly work arable land, ownership is in men’s hands. Statistics show that 70% of the world’s poor are women, which makes quite evident the feminization of poverty.⁶

According to the Human development report of UN in 1995, women are accountable for more than half of the work done worldwide and, however, only one third of such work is compensated, implying that men obtain nearly 80% of monetary income, also being acknowledged for their economic contribution with a correlative quota of power.

According to World Bank data, in the case of Subsaharian Africa women produce 80% of basic food, while receiving only 10% of the revenue generated by agriculture and holding 1% of the Land.

Between 1975 and 1995 four world conferences with women at the center have been convened. Since the Beijing conference an “action platform” has been established which has since created a highly comprehensive list of proposals that, in spite of its heterogeneity, seek to provide global answers.

Another effort to improve the position of women in relation to “development” has been the increasing questioning of the Human Development Index (HDI) because it ignores the differences in development due to gender. HDI operates with three variables: life expectancy at birth, educational level and per capita buying power in parity. This index has been proposed to be substituted by the GDI (Gender Development Index) which is nothing but the HDI adjusted to account for inequality among men and women.

In the 70s and 80s two approaches were followed, the first one WAD (Women and development) based on anti-poverty policies, which suffered

⁶ www.unwomen.org.

from a lack of criticism regarding the division of work according to gender and the roles between men and women and, later, the efficiency approach which acknowledged the potential of women as entrepreneurs or in their role as industrial or agricultural laborers.

The empowerment approach appears at the late eighties as a response to the shortcomings of the previous approaches and can be summarized as an increased shared of power for women, with emphasis on their social position and the betterment of their self esteem as human beings. With this approach a greater level of physical autonomy (sexual/reproductive), economical (access and control of the means of production) political (autodetermination and participation in power structures) and sociocultural (own identity and self-respect).

All this leads to a final approach of Gender on development which questions the dominant development model with the alternative proposed by the 2030 Agenda towards a sustainable and equitable human development.

Law should eliminate any limitations to rights and the discrimination of women and other minorities to ensure equality, and not only for ethical reasons, but also because in most cases are women who provide for their families and create social cohesion. Is for this reason that gender is an essential indicator to illustrate the proportion of adults, according to gender, holding real rights with legally acknowledged documentation, enjoying legal certainty, according to different types or real rights.

At this point we must make a reference to the reforms undertaken in Spain, which eliminated legal limitations placed on women. Although the economic matrimonial regime in Spanish Territory has been that of Joint Property, except in certain regions with specialties in civil law, the assets acquired by the woman while married (unless those inherited or received by donation) were jointly owned, a big deal of limitations on the acquisition and disposition of assets by married women exists, which if assessed under indicators 1.4.2 or 5.1 would come up as limited in the faculties of women to dispose of their own assets.

With democracy a reform of the Civil Code was conducted, although a previous reform had been carried out in Law May 2nd 1975, in May 13th 1981 to remove inequalities between men and women in the sphere of private Law, family law and to introduce the dissolution of marriage by divorce.

The Spanish Constitution in article 14 guaranteed the principle of equality and non-discrimination because of gender and its specific application to matrimony in article 32.

The Law of May 2nd of 1975, regarding the legal status of the Married woman and the rights and duties of the Spouses, restituted full legal capacity to women and, with the Constitution's coverage, Law of May 13th of 1981 regarding filiation, parental power and Matrimonial Economic Regime, placed women on par with men with regard to the administration and disposition of common assets.

The most important reforms introduced with Law of May 2n 1975 are the following:

- The family residence will be agreed by both spouses and not only following the man's wishes.
- Women will not lose their nationality by marriage, adopting that of the husband.
- Women will be acknowledged full legal capacity, without the need for authorization to conduct certain legal acts.
- Full capacity to inherit, to ask for the division of the Estate, to mandate, dispose of and administer paraphernal assets.

On may 26th 1978 adultery and concubinate were decriminalized.

Law of May 13th 1981 modified several articles regarding filiation, parental power and Matrimonial Economic Regime.

That Law was later supplemented by Law of July 7th of 1981 establishing the causes for nullity, separation and divorce as weel as procedural aspects of the latter.

Other laws in this period which impacted the Civil Code are Law of October 24th of 1983 which modifies the regulation of tutelage, and the Law of November 11th 1987 which modifies the Civil Procedures Act regarding adoption.

Later, Law of October 15th 1990 modified several articles of the Civil Code in relation to the principle of non- discrimination, eliminating the last instances of differentiation between men and women which still had outlived the previous efforts in this sense.

In this vein, article 14 states “ Marriage will not alter civil address. However any of the spouses, while married, will be able to opt for the other spouse's civil vicinity”

Article 66, in relation to rights and duties of the spouses establishes the full equality of wife and husband; and article 70 regulates the establishment

of an agreed upon family residence, with the Courts deciding in case of discrepancy.

Regarding legal capacity, article 71 states: “No spouse will invoke representation of the other unless explicitly conferred” which enabled women to conduct acts of disposition without previous authorization or representation by the husband. Which was a landmark in the sphere of Civil and Commercial contracts.

Lastly, and as an essential aspect of real rights entitlements, it must be noted that Spain is one of the few countries worldwide where women retain their family name after getting married, which is a clear sign of respect to their identity, and also pass their own surname to their children, deciding both spouses the order of the surnames since Law 20/2011 of July 21st articles 49 to 57.

Although around the world a sustained situation of limitation of women's rights have existed, and the achievement of legal equality has been a conquest of social movements in recent times, the full social equality is still something to strive for, in many States legal equality is total, but not in many others and this is the reason why the UN Agenda for 2030 for the Rights of Women and Girls, aims in its 5th goal to attain gender equality and the empowerment of Women and Girls as well as transversal gender approach in all goals and indicators referred to the Sustainable Development Goals.

Within the relevant indicators for gender equality and women empowerment, appear those which explicitly demand that the information should be broken down according to gender, in order to attain an objective view of the realities subject to analysis.

Breaking data down by gender is essential to monitor the participation of women, and men, in development, and for that reason statistical information with gender focus is the base for public policies and enable monitoring its efficacy and efficiency in the quest for gender equality.

Gender Statistics cover all aspects of the 2030 Agenda, ensuring that the realities of the life of women and men are identified and accounted for.

Gender based Statistics provide knowledge about the roles and the distribution of rights between men and women in our societies, such as, for example, the control over the reproductive life and economic assets, the right to a life free of violence, the use of time and unpaid work, just to name a few. These statistics are a fundamental tool to obtain evidences and monitor the causes and effects of gender inequality.

We must conclude, after all we have presented, that indicators require quality data provided by systems which ensure legal certainty, and such indicators should present information in a broken down manner.

The inclusion of indicators in the objectives for sustainable development comes to show the importance of real rights and the international acknowledgement of those and of legal certainty in order to attain the Sustainable Development Goals for 2030.

May 3rd, 2.018.Cartagena de Indias

ACTUACIONES JUDICIALES Y LEGALIDAD REGISTRAL

Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del Reino de España

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema español de protección de los derechos reales sobre bienes inmuebles la norma básica es la Ley Hipotecaria (LH). Pese a su denominación, esta ley no se limita a regular el derecho real de hipoteca, sino que, con un alcance mucho mayor, establece el régimen de protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad y el régimen del propio Registro de la Propiedad.

La LH se desarrolla en el Reglamento Hipotecario (RH) y, en consecuencia, ley y reglamento conforman el marco jurídico principal del Registro de la Propiedad y de los derechos reales inscritos.

Según el art. 1 LH, párrafo tercero, los asientos del Registro «están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Sin embargo, el art. 18 LH, párrafo primero, dispone que «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción...», y el art. 100 RH, específicamente dedicado a la calificación de los documentos judiciales, prevé que «la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro», una referencia esta última, la de la obstáculos que surjan del propio Registro, que también se contiene en el art. 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), es decir, en la ley básica española reguladora del proceso civil.

Conviene subrayar que, pese a la fórmula aparentemente restrictiva de la redacción de este precepto («se limitará...»), las facultades calificadoras del registrador son en realidad bastante amplias, en particular por la

referencia final a «los obstáculos que surjan del Registro en relación con la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado» la resolución judicial.

En definitiva, el registrador puede denegar la inscripción de una decisión judicial y, en tal caso, los interesados podrán impugnar la calificación negativa o bien directamente ante los tribunales, o bien mediante un recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), cuya decisión se podrá impugnar también ante los tribunales de justicia (arts. 324 y 328 LH). Esta duplicidad o alternativa obedece a que en España los registros de la propiedad dependen del Ministerio de Justicia, y todos los asuntos referentes a ellos están encomendados a esa Dirección General (art. 259 LH), órgano gubernativo, no judicial, ya que los juzgados y tribunales españoles son totalmente independientes del Ministerio de Justicia por más que esta deba proveerles de medios materiales y pagar a los jueces su retribución.

A partir de lo anterior, el objeto de esta ponencia será exponer cómo se vienen resolviendo por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español las discrepancias de los registradores o de la DGRN con los mandamientos judiciales, unas discrepancias que en la mayoría de las ocasiones tienen su fundamento en los reparos registrales a los vacíos, lagunas o rupturas del tracto (art. 20 LH) o a la falta de constancia de que en el procedimiento judicial haya sido oída una persona a la que el Registro reconozca un derecho que resulte menoscabado o perjudicado por la decisión judicial (arts. 38 y 40 LH)

II. EL RECONOCIMIENTO DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA POR LA JURISPRUDENCIA

Ante todo, debe ponerse de manifiesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene en muy alta estima la función calificadora de los registradores como instrumento esencial de la seguridad jurídica preventiva.

Así, la sentencia 674/2013, de 13 de noviembre, rechaza toda una serie de argumentos de la entidad bancaria recurrente que acusaban al registrador de haberse extralimitado arrogándose funciones revisoras de una resolución judicial.

Antes bien, dice esta sentencia, «no puede argumentarse, para forzar distintas variantes de motivos de infracción procesal, que el registrador, al denegar la inscripción, alterara las resoluciones judiciales firmes dictadas en el curso de la ejecución hipotecaria de la que procede el auto de adjudicación, ni que con ello asumiera una función revisora de estas resoluciones

judiciales que no le corresponde, ni que la sentencia recurrida, que confirma la procedencia de la calificación negativa, hubiera modificado o anulado aquellas resoluciones judiciales, sin tener competencia para ello». Tras recordar el contenido de los arts. 18 LH y 100 RH, citando como precedente para resolver el caso la sentencia 454/2013, de 28 de junio, explica que «el registrador se ha limitado a denegar la inscripción del auto de adjudicación, no ha declarado la ineficacia del procedimiento de ejecución, en atención a los obstáculos que del propio registro surgían». Tras insistir en este punto, recalcando que el registrador, al denegar la inscripción, no anula el procedimiento de ejecución ni lo suspende, sino que «simplemente impide que acceda al registro mientras no se subsane el defecto o remueva el impedimento, lo que constituye una garantía para la seguridad del tráfico inmobiliario», el Tribunal Supremo culmina los razonamientos dedicados a justificar la desestimación del recurso de casación con el siguiente argumento:

«La denegación de la inscripción del auto de adjudicación, por impedimentos objetivos derivados de la información contenida en el propio registro, no supone contradecir la normativa legal invocada ni la jurisprudencia que considera el auto de adjudicación el título de adquisición del bien o derecho subastado o realizado en la ejecución. Como afirma la oposición al recurso de la Dirección General de los Registros y del Notariado, además de que el motivo se ha articulado de forma artificial, los efectos de la calificación son meramente registrales y no alcanzan a los efectos traslativos del auto de adjudicación».

Por su parte la sentencia 625/2017, de 21 de noviembre, destaca que la función calificadora «no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

Como otro ejemplo más la sentencia 609/2013, de 21 de octubre, aunque se dictara en un caso no de impugnación de una calificación registral negativa, sino de responsabilidad de un registrador por no haber denegado una cancelación y posterior inscripción acordada judicialmente en un proceso en el que no había sido parte la sociedad a la que iba a perjudicar tanto la cancelación como la inscripción, resalta «la fundamental función calificadora del Registrador»; recuerda que el art. 522.1 LEC ordena a los encargados de los Registros públicos acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos

que surja de ellas, pero «salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica»; y en fin, invoca tanto la propia jurisprudencia de la sala sobre la improcedencia de los asientos que menoscaben otro vigente sin el consentimiento del titular o un procedimiento en el que este haya sido parte como el criterio de la DGRN en el sentido de que la defensa del principio de tracto sucesivo y la proscripción constitucional de la indefensión «impiden que una resolución judicial pueda operar en el Registro la cancelación de asientos que afecten a personas que no han sido demandadas».

III. EXAMEN DE ALGUNOS CASOS CONCRETOS

Para demostrar la importancia de la función calificadora de los registradores y sus límites en relación con los mandamientos judiciales he optado por centrarme en dos materias relacionadas con los complejos procedimientos de insolvencia, regulados en España por la Ley Concursal de 2003 (LC), que derogó los antiguos procedimientos de quiebra y suspensión de pagos.

Como es bien sabido, los procedimientos de insolvencia intentan conciliar los intereses de los acreedores con las posibilidades de que el deudor continúe su actividad.

Cuando la concursada es una empresa, la ley intenta que mantenga su actividad como opción preferible a su liquidación y desaparición.

Esto a su vez puede dar lugar a procedimientos diferentes en relación con un mismo deudor, seguidos ante tribunales también distintos.

1.-La ejecución sobre bienes afectados a la actividad empresarial del deudor: las sentencias 454/2013 y 674/2013

Estas dos sentencias, que ya se han citado en el apartado anterior, tratan del conflicto que se produce cuando en un juzgado se tramita la ejecución de un bien hipotecado, por impago; otro juzgado, el competente para el procedimiento concursal, ha acordado la suspensión de la ejecución mientras se decide si la finca hipotecada es o no necesaria para la actividad empresarial del deudor; el primer juzgado no suspende la ejecución, que continúa hasta que la finca hipotecada se adjudica al banco acreedor; este mismo juzgado acuerda la inscripción del auto de adjudicación; y en fin, el registrador la deniega por constar previamente en el Registro tanto la declaración de concurso del deudor y el nombramiento y aceptación de los administradores concursales como la declaración de que la finca estaba afecta a la continuidad de la actividad empresarial del deudor concursado.

La sentencia 454/2013, de 28 de junio, rechaza el argumento de que el registrador se hubiera arrogado funciones judiciales suspendiendo la ejecución porque –razona el Tribunal Supremo– «el registrador no ha decretado la suspensión de la ejecución, sino que ha actuado de conformidad con lo dispuesto por la legislación vigente, ya que le corresponde la función calificadora» que le atribuyen los arts. 18 LH y 100 RH.

A continuación, explica que existía una anotación registral previa sobre el carácter del bien hipotecado que, según el art. 56 LC, «impedía de momento la continuación de la ejecución hipotecaria, por lo que la actuación del registrador se ajustó a la legalidad».

Volviendo a la idea inicial de distinguir la función calificadora registral de la competencia de los jueces, la sentencia insiste en que no se han reconocido al registrador de la propiedad facultades no previstas en la ley:

«Tampoco se ha sustituido de hecho al Juez predeterminado por la Ley, con indefensión de la parte recurrente, ni se ha atribuido al registrador el conocimiento del proceso de ejecución en detrimento de las facultades de los jueces y tribunales, como tampoco se ha admitido la interferencia de un órgano administrativo en el ámbito de competencia de los tribunales ni se han vulnerado las garantías del proceso.

»La función de la anotación en el Registro de la Propiedad de la afectación del bien hipotecado a la actividad productiva de la empresa tenía por finalidad garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 56 de la Ley Concursal y precisamente por ello no ha de apreciarse extralimitación en la actuación del registrador que tuvo en cuenta los obstáculos nacidos del propio contenido del Registro que impedían llevar a cabo lo interesado por el Juzgado que seguía la ejecución (artículo 100 del Reglamento Hipotecario)».

El recurso de casación contenía también un motivo fundado en infracción de los artículos 1875 y 1876 del Código Civil y del principio *prior tempore, potior in iure*, y el Tribunal Supremo lo desestima razonando que «la sentencia dictada por la Audiencia -hoy recurrida- no supone despojar a la hipoteca de su carácter de derecho real de garantía de carácter privilegiado que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, como establecen los citados artículos del Código Civil, ni en consecuencia vulnera la doctrina jurisprudencial que emana de dichas normas, sino que se limita a reconocer las facultades calificadoras del registrador y la aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Concursal, cuya previsión es cierto que incide negativamente sobre los derechos del acreedor hipotecario para beneficiar el resultado del concurso, pero se trata de una norma jurídica

cuya aplicación se impone tanto a los tribunales como a otros operadores jurídicos, como el registrador de la propiedad, aunque en este caso suponga un perjuicio para la parte recurrente cuyos postulados sobre su aplicación conducirían a su palmaria vulneración».

Por último, el Tribunal Supremo desestima también el motivo fundado en infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el carácter restrictivo de los casos de posible suspensión de la ejecución hipotecaria, y lo hace en virtud del siguiente razonamiento:

«En absoluto resulta desconocido dicho principio por la sentencia impugnada que, por el contrario, tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 56 de la referida Ley que expresamente, en su apartado 2, ya disponía en la fecha en que se solicitó del Registro la certificación de cargas que *“las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior (ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado) se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento”*; norma que ha sido completada en virtud de la reforma operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, para establecer que ni siquiera es necesario para ello que la declaración de concurso sea firme, que no es obstáculo para su aplicación que estuvieran ya publicados los anuncios de subasta y que únicamente se alzaría la suspensión cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

A su vez la sentencia 674/2013, de 13 de noviembre, alguno de cuyos fundamentos ya se han expuesto anteriormente, se funda como precedente especialmente significativo en la sentencia 454/2013, citándola literalmente en varias ocasiones, y defiende la actuación del registrador explicando que este «se ha limitado a denegar la inscripción del auto de adjudicación, no ha declarado la ineficacia del procedimiento de ejecución, en atención a los obstáculos que del propio registro surgían. En concreto, porque la inscripción de la declaración de concurso del titular del bien hipotecado y la anotación preventiva de la declaración del juez del concurso de que esta finca estaba afecta a la actividad económica del deudor, en virtud de lo regulado en el art. 56 LC, impedía la inscripción del auto de adjudicación dictado en el procedimiento de ejecución hipotecaria de aquel bien».

Además, frente al motivo de casación fundado en infracción del art. 134 LH, que ordena la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación tanto de la hipoteca que motivó la ejecución como de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, el Tribunal Supremo razona

que «lo prescrito en el art. 134 LH no es óbice para que el registrador, en el ejercicio de su función calificadora y bajo su responsabilidad, conforme a los arts. 18 LH y 100 RH, pueda advertir que la previa inscripción de la declaración de concurso del titular de la finca y la anotación preventiva de la declaración de bien afecto a la actividad empresarial del deudor, constituyen un obstáculo para la inscripción del auto de adjudicación de la finca subastada en un procedimiento de ejecución hipotecaria que debía haber quedado suspendido por la declaración de concurso de su titular, conforme a lo prescrito en el art. 56 LC. El efecto previsto en el art. 134 LH presupone que la inscripción del auto de adjudicación no encuentre ningún obstáculo derivado de los previos asientos registrales. De otro modo, como es el caso, no opera ni puede apreciarse su vulneración».

2.- Venta de unidad productiva que incluye un bien hipotecado y calificación registral del mandamiento judicial de cancelación de la hipoteca: la sentencia 625/2017, de Pleno, de 21 de noviembre

Este caso tiene también su origen en la declaración en concurso de acreedores de una sociedad propietaria de una finca hipotecada a favor de tres entidades de crédito.

Al amparo de las posibilidades previstas en la Ley Concursal, la administración concursal presentó un plan de liquidación interesando la enajenación unitaria del bloque empresarial, que fue aprobado por el juez del concurso. A continuación se presentó una oferta de compra por una sociedad que asumía el compromiso de mantener la actividad industrial de la sociedad concursada y conservar parcialmente los puestos de trabajo, pero a cambio de que se cancelasen las cargas que pesarán sobre los bienes transmitidos con la unidad productiva. La administración concursal interesó del juzgado la aprobación de esta oferta, conforme al art. 155 LC, y el juzgado autorizó la transmisión de todos los bienes y derechos de la sociedad concursada por el precio ofertado y acordó que, verificada la transmisión, se cancelaran todas las cargas que constaran en el registro.

Transmitidos todos los bienes de la sociedad concursada a la sociedad que había hecho la oferta, entre los cuales se encontraba la finca hipotecada a favor de las tres entidades de crédito, la registradora de la propiedad suspendió la inscripción de la transmisión libre de cargas porque las entidades acreedoras no habían prestado su consentimiento a la cancelación de la hipoteca y el juzgado no había expedido mandamiento de cancelación de cargas.

Solicitado este mandamiento, y expedido por el juzgado transcribiendo una resolución que acordaba la cancelación tanto de la declaración de con-

curso como de las cargas anteriores, la registradora calificó negativamente el mandamiento por entender que debían presentarse el auto de declaración de concurso y el auto de apertura de la fase de liquidación.

La sociedad compradora presentó entonces en el registro el mandamiento judicial que ordenaba la anotación del concurso, el que ordenaba la apertura de la fase de liquidación de la sociedad concursada, un testimonio del auto que autorizaba la transmisión de los activos de la concursada, haciéndose constar que era firme, y un mandamiento que ordenaba la cancelación de todas las cargas que pesaran sobre la finca hipotecada, haciéndose constar igualmente su firmeza.

Sin embargo, la registradora emitió una nueva calificación negativa con base en que, según la doctrina del Tribunal Supremo en un litigio anterior pero relativo a la misma finca, el mandamiento de cancelación sería contrario al art. 155 LC.

Impugnada esta última calificación negativa por la sociedad compradora ante la DGRN y confirmada por este centro directivo dicha calificación por no haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 155 LC, la sociedad compradora interpuso demanda contra esta decisión, es decir, acudió a la vía judicial.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda razonando que la calificación negativa de la registradora no constituía «una injerencia en la función jurisdiccional» del órgano judicial que había ordenado la cancelación y, acerca de los requisitos del art. 155 LC, aceptó el argumento de la DGRN de que, aun cuando no se cuestionara la efectiva intervención de los acreedores hipotecarios en el procedimiento concursal, sin embargo no constaba en el mandamiento judicial, de forma expresa, que los acreedores hubieran tenido conocimiento del plan de liquidación de la sociedad concursada y de las medidas tomadas en relación a la satisfacción del crédito hipotecario, dotado de un privilegio especial.

Interpuesto recurso de apelación por la sociedad compradora, la sentencia de segunda instancia consideró que la registradora se había excedido en sus funciones al discrepar de la valoración judicial, porque formalmente no constaba en el mandamiento que los acreedores hipotecarios hubieran tenido conocimiento de todos los trámites y hubieran podido defender su derecho, pero materialmente sí se había probado ese conocimiento, de modo que todo se reducía a un defecto subsanable, «sin que pueda sustituirse la decisión judicial por la del Registro, so pena de alterar las respectivas funciones».

Esta sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por la DGRN y por una de las entidades de crédito acreedoras hipotecarias, y el Tribunal Supremo estima el recurso en la sentencia 625/2017.

La mayor parte de la motivación de esta sentencia trata de la interpretación del art. 155 LC en su redacción aplicable al caso por razones temporales, cuestión frecuente en los recursos de casación ante el Tribunal Supremo porque la Ley Concursal, a pesar de no ser precisamente una norma antigua, ha sufrido un número inusualmente alto de modificaciones.

Pero en lo que concierne al aspecto registral, lo que interesa destacar de la motivación de esta sentencia es que si la parte del precio ofrecido correspondiente a la finca hipotecada hubiera sido inferior al crédito garantizado con la hipoteca, sería necesaria la aceptación del acreedor hipotecario y, además, en la autorización judicial debería darse cuenta del cumplimiento de este requisito.

En consecuencia, tras delimitar el Tribunal Supremo la función calificadora del registrador explicando que no le permite «revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento judicial», esto es «no puede juzgar sobre su procedencia», pero «sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos», en el presente caso en relación con los acreedores hipotecarios afectados por la venta del bien hipotecado, concluye así:

«La denegación de la inscripción por la falta de constancia en el mandamiento judicial del cumplimiento de estos requisitos del art. 155.4 LC fue correcta, sin que en el pleito posterior de impugnación de la calificación o de la resolución de la DGRN pueda censurarse esta denegación porque se llegue a acreditar que en la realidad se cumplieron tales requisitos».

Desde un punto de vista sustantivo podría criticarse tal vez esta sentencia por excesivamente formalista, ya que a lo largo del procedimiento judicial se probó que los requisitos por cuya falta de constancia se calificó negativamente el mandamiento en realidad sí se habían cumplido, pero creo que lo relevante es el reconocimiento por el Tribunal Supremo de la función calificadora del registrador en el sentido de que el enjuiciamiento de esta función ha de hacerse atendiendo al momento en que se ejerce, no según lo que se pruebe en un momento posterior.

IV. UN PUNTO DE DISCREPANCIA: LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO A FAVOR DEL EJECUTANTE FRENTE A LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA EJECUCIÓN

Mientras en líneas generales el criterio de la DGRN sobre la función calificadora del registrador suele ser confirmado por la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no deja de advertirse una

cierta discrepancia cuando el registrador, por haber caducado la anotación preventiva de embargo a favor del ejecutante, califica negativamente el mandamiento judicial de inscripción y cancelación de asientos posteriores expedido en el proceso de ejecución.

El criterio de la DGRN se funda muy especialmente en las reformas introducidas por la LEC de 2000, de modo que cuando ante ese organismo se invocan sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como las de 12 de marzo de 2007 y 23 de febrero de 2015, se puntualiza que ambas están dictadas «en relación a supuestos de hechos recogidos por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (RDGRN de 28 de noviembre de 2017).

En especial, se destaca la relevancia del art. 86 LH (caducidad de las anotaciones preventivas a los cuatro años, salvo prórroga; caducidad de las anotaciones preventivas prorrogadas a los cuatro años desde la fecha de la anotación de la prórroga; y posibilidad de prórrogas sucesivas, según redacción del precepto por la d. final 9.2 de la LEC del 2000); los «graves inconvenientes» que para el tráfico inmobiliario suponía la permanencia de las anotaciones de embargo prorrogadas, según el art. 199 RH derogado también por la LEC del 2000; que registralmente, una vez caducada la anotación debe actuar el registrador a estos efectos como si nunca se hubiera practicado la anotación; que la certificación de dominio y cargas y su constancia registral mediante nota marginal, aun teniendo «una cualificada importancia» en el procedimiento de ejecución, «sin embargo no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo»; que «el estricto ámbito de la calificación no permite entrar en valoraciones sobre la preferencia civil de embargos, que quedan reservadas a los procedimientos judiciales contenciosos, y fuera de la seguridad jurídica preventiva, en la que la caducidad opera de manera automática»; y en fin, que la pérdida de derechos procesales y registrales por la caducidad no significa que el titular de los derechos derivados de la ejecución deba soportar ineludiblemente las cargas posteriores, «sino que la liberación debe ser acordada en un procedimiento distinto en el que sean partes los interesados, y en el que el juez se pronuncie sobre tal extremo en particular»¹.

Frente al criterio de la DGRN, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considera que, pese a la caducidad de la anotación preventiva de embargo a favor del ejecutante, procede cancelar las cargas posteriores, manteniendo bajo la vigencia de la LEC del 2000 la doctrina jurisprudencial sentada sobre casos regidos por la anterior LEC, especialmente con fundamento en los arts. 656, 659 y 674 de la nueva LEC.

Así la sentencia 427/2017, de 2 de julio, dictada en un proceso judicial de impugnación de calificación registral negativa, destaca la «espe-

cial significación» del «momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (artículo 656 LEC) porque permite conocer todas las cargas y derechos anteriores a efectos de determinar la valoración del bien que se va a subastar, proporciona a los posibles licitadores una información completa sobre las cargas anteriores que no se van a cancelar y, en fin, identifica a los titulares de derechos y cargas inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante y que van a quedar extinguidos a resultas de la realización del bien.

En consecuencia, como la nota marginal publica en el Registro la expedición de esa certificación y la existencia de la ejecución se comunica a los titulares de derechos que figuran en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (art. 659.1 LEC), «puede afirmarse que el contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y que la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble del que se trate, de forma que cualquier alteración posterior –como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante- no modifica dicha situación»².

Se advierte, pues, una clara discrepancia entre la DGRN y la jurisprudencia que, en relación con el caso concreto de la sentencia 427/2017, la DGRN salva en sus resoluciones de 2 y 8 de noviembre de 2017 razonando que, «si bien se trata de una demanda directa contra la calificación registral han sido demandados todos los titulares de las anotaciones preventivas posteriores a la que motiva la ejecución». Pero todo parece indicar que la DGRN, al conocer de las impugnaciones de calificaciones registrales negativas en esta materia, va a seguir manteniendo su criterio a tenor de lo que expresa su resolución de 8 de noviembre de 2017:

«5. [...] Podría pensarse que, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución de embargo, el registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere. Sin embargo, no hay apoyo legal que permita hacerlo. Es más, si lo hiciera estaría contraviniendo frontalmente el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que acabó con la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas, precisamente para evitar un obstáculo permanente para el mercado inmobiliario.

»6. En conclusión, como reiteradamente ha señalado este Centro Directivo, debe diferenciarse la actuación y proceder registral de la actuación en sede judicial. Registralmente el defecto debe ser confirmado, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación

preventiva de embargo, por el hecho de haber sido expedida la certificación de cargas, por cuanto la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas viene determinada por Ley y su caducidad implica la pérdida de su prioridad registral. Pero, el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. artículos 24 de la Constitución Española y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), como así ha ocurrido en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017».

Es probable, por tanto, que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tenga que pronunciarse de nuevo sobre la cuestión teniendo en cuenta nuevos argumentos en función de cómo se articulen y fundamenten los motivos de los correspondientes recursos de casación.

V. REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE DE BIENES INMUEBLES OBJETO DE DELITO

En dos sentencias del año 2007 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo reforzó notablemente la protección del tercero adquirente de buena fe a título oneroso, dotando de toda su fortaleza a lo que resulta de los art. 34 LH y 1473 CC frente a las dudas que podían suscitar algunas sentencias dictadas en un periodo anterior³.

Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en una sentencia de 22 de mayo de 2013 (sentencia 449/2013), parecía reducir considerablemente esa protección a pesar de que el Código Penal español (CP) contiene una norma que permite concordarlo con el art. 34 LH.

Así, el art. 110 CP dispone que la responsabilidad civil derivada del delito comprende, además de la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, la restitución.

Acto seguido el apdo. 1 del art. 111 CP establece que deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de deterioros y menoscabos, y esto aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado

por el responsable del daño. Pero el apdo. 2 del mismo artículo contiene la trascendental precisión de que «esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable».

En definitiva, parece poco discutible que la remisión a las leyes determinantes de que el bien sea irreivindicable es una remisión al art. 34 LH.

Pues bien, planteado el problema ante la Sala de lo Penal, la sentencia de 2013 anula las garantías hipotecarias de unos préstamos obtenidos por el autor de una estafa que consistía en aprovecharse de los poderes generales otorgados por los propietarios de los bienes hipotecados para, así, obtener dinero en provecho propio gracias a la garantía representada por la hipoteca de esos mismos bienes.

En principio los prestamistas, titulares registrales del derecho de hipoteca, fueron acusados en el proceso penal, pero posteriormente no se mantuvo la acusación contra ellos y, finalmente, se tuvo como un hecho probado que ellos desconocían las verdaderas intenciones de quien sí fue condenado como estafador.

Este desconocimiento es lo que suscita el debate que refleja la sentencia de la Sala de lo Penal al incluir el voto particular de dos de los cinco magistrados que formaron sala, para los cuales la garantía hipotecaria debía subsistir porque la hipoteca fue constituida por quien aparecía facultado para ello, mientras que para los otros tres magistrados los prestamistas no eran terceros adquirentes de buena fe protegidos por el art. 34 LH porque el art. 33 de la misma ley dispone que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes».

Conviene subrayar que tanto los magistrados que formaron la mayoría como los disidentes que formularon voto particular tomaron como punto de partida las dos sentencias de la Sala de lo Civil del año 2007, considerando que fijaba la doctrina jurisprudencial aplicable para resolver la cuestión controvertida.

Pues bien, a mi juicio la decisión de la sentencia de la Sala de lo Penal es correcta y respeta la legalidad registral, porque para motivar la procedencia de aplicar el art. 33 LH razona extensamente sobre la ilicitud de los préstamos hipotecarios por ser usurarios en virtud de sus elevadísimos intereses, lo que determinaría su nulidad por una causa ilícita de la que serían partícipes los prestamistas, es decir los adquirentes del derecho real de hipoteca⁴.

En cualquier caso debe advertirse que la Sala de lo Penal ha adoptado un acuerdo en pleno no jurisdiccional, de fecha 18 de febrero de 2018, del siguiente tenor: «Al amparo del art. 34 LH el adquirente de buena fe que

confiado en los datos registrales inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, gozará de protección incluso en supuestos donde la nulidad del título proviene de un ilícito penal».

Por su parte la DGRN ha tenido en cuenta las singularidades de los procesos penales pendientes que puedan afectar a derechos inscritos. Así, al conocer de la impugnación de una calificación registral negativa respecto de la cancelación de una anotación de pendencia de un proceso penal que afectaría a un derecho real de hipoteca objeto de ejecución, la resolución de 9 de junio de 2017 reconoce la dificultad de «delimitar el alcance y naturaleza de la anotación» y las carencias del mandamiento que ordenó la anotación al no fijarse cantidad alguna de una posible responsabilidad. Sin embargo, considera que «existe cierto componente de orden público que no puede ser pasado por alto, prevaleciendo los superiores intereses de los ciudadanos como pueden ser en este caso los penales». También tiene en cuenta que entre los encausados en el proceso penal se encontraba la entidad adjudicataria en el procedimiento de ejecución hipotecaria, «y aunque no ello implica la identidad entre acreedor y adjudicatario, sí justifica el mantenimiento de una medida que evidentemente el actual titular, la Sociedad X S.L., no puede alegar desconocer».

Sea como fuere, lo que sí debe quedar claro es que en el proceso penal es necesario respetar los derechos de quienes puedan resultar perjudicados por la nulidad de asientos registrales que se acuerden como consecuencia del delito. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 266/2015, de 14 de diciembre, otorga amparo, con base en el art. 111 CP, a una entidad de crédito, titular registral de un derecho real de hipoteca, que no había sido parte en el proceso penal cuya sentencia acordó la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a una determinada fecha, entre las cuales se encontraba la de dicha hipoteca. Y para restablecer el derecho de la entidad de crédito a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional acuerda que el tribunal penal celebre nueva vista oral convocando también a dicha entidad para conocer únicamente de la pretensión de nulidad de asientos registrales formulada por la acusación particular.

VI. CONCLUSIONES

Aunque las actuaciones judiciales, singularmente los mandamientos de anotaciones preventivas o de cancelación de asientos registrales, parezcan tener una convivencia no siempre pacífica con la función registral de calificación, la realidad es que la labor de los registradores como pieza clave de la seguridad jurídica preventiva está plenamente reconocida por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que siempre

ha tenido en muy alta estima los criterios de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La función calificadora de los registradores resulta decisiva para evitar saltos en el vacío que rompan el principio registral de tracto sucesivo y, lo que es más importante todavía, la indefensión de personas naturales o jurídicas a las que el registro reconozca algún derecho pero cuya intervención como parte en el proceso no conste en el documento judicial.

Las discrepancias más acusadas se advierten cuando lo sustantivo o material se enfrenta a lo formal, pero también estos casos permiten soluciones que, sin elevar la forma a un obstáculo insuperable, garanticen que ninguna persona a la que el registro reconozca algún derecho pueda resultar perjudicada por causas que no consten en el propio registro.

A este respecto tampoco puede olvidarse la relevancia de la función calificadora de los registradores mercantiles, que está en el origen de sentencias de la Sala de lo Civil tan trascendentales como la 98/2018, de 26 de febrero, sobre retribución de los administradores sociales, que por sí sola justificaría una ponencia monográfica. Y también en materia mercantil la sentencia 324/2017, de 24 de mayo, al decidir sobre la capacidad de una sociedad disuelta y liquidada para ser demandada por razón de pasivos sobrevenidos, supera algunas contradicciones jurisprudenciales al respecto inclinándose por la «secular doctrina» de la DGRN.

NOTAS

¹ Por su interés y extensa motivación se considera oportuno transcribir los fundamentos de derecho 3 a 7 de la resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2017:

«3. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente Resolución, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo de los que dimanen ya se había producido. En este sentido, como ha quedado antes expresado, es indiferente que se haya practicado la cancelación del asiento, siendo relevante su caducidad.

El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones sólo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Podría haberse dictado mandamiento judicial ordenando la prórroga de dicha anotación preventiva, en cuyo caso hubiera subsistido registralmente la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre esas cargas posteriores, y sería indudable la eficacia cancelatoria del mandato dictado por el juez que conoció de aquél.

La Ley Hipotecaria no contempla la prórroga de la anotación preventiva como consecuencia de la expedición de la certificación de cargas.

El artículo 86 de la Ley Hipotecaria es claro a este respecto, al regular la expresa caducidad de las anotaciones preventivas. Efectivamente, el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por el apartado 2 de la disposición final novena de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina taxativamente que «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos». Desde la inicial Ley Hipotecaria, la publicidad registral de los embargos se realiza mediante un asiento provisional, transitorio, de duración limitada, como es la anotación preventiva, frente al asiento de inscripción, de duración indefinida, que recoge situaciones duraderas. En este sentido la anotación preventiva de embargo se diferencia claramente de una hipoteca judicial. Ciertamente es que el Reglamento Hipotecario, en la redacción dada por el Decreto de 17 de marzo de 1959, previó en su artículo 199 la duración indefinida de la prórroga de la anotación preventiva. Ahora bien, ante los graves inconvenientes que suponía para el tráfico inmobiliario la permanencia de anotaciones de embargo prorrogadas, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su disposición final novena, da nueva redacción al artículo 86 de la Ley Hipotecaria disponiendo expresamente la caducidad no ya sólo de la anotación preventiva, sino también de su prórroga, quedando derogado el artículo 199 del Reglamento Hipotecario.

Caducada la anotación preventiva se produce su extinción. Así lo dice expresamente el artículo 77 de la Ley Hipotecaria al señalar que “las anotaciones preventivas se extinguen por cancelación, por caducidad o por su conversión en inscripción”.

Registralmente, caducada la anotación, debe actuar el registrador a estos efectos como si nunca se hubiera practicado la citada anotación, en cuyo caso la inscripción de la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución, como se ha señalado reiteradamente por este Centro Directivo, dependerá de que el deudor siga conservando la titularidad de la misma y en caso de existir cargas posteriores no podrán ser objeto de cancelación registral. Operan los principios de prioridad (artículo 17 de la Ley Hipotecaria) y tracto (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), por lo que habiendo perdido la anotación, como ha quedado expuesto, su efecto respecto a terceros posteriores inscritos, surge un obstáculo registral que impedirá la cancelación de los asientos posteriores al devenir registralmente inexistente la anotación de la que trae causa.

4. Ciertamente la certificación de dominio y cargas y su nota marginal tienen una cualificada importancia en el proceso de ejecución, sirviendo de vehículo de conexión entre el procedimiento judicial y las titularidades registrales que recuérdese gozan de presunción de existencia y protección judicial (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria). No obstante, la certificación registral, hasta tiempos recientes ha sido estática, en el sentido de que informaban de la situación en un preciso momento temporal, lo que comportaba cierta información incompleta, ante posibles asientos posteriores a la fecha de la expedición de la certificación, que pudieran alterar su contenido.

En cierta medida estos riesgos se tratan de evitar mediante la comunicación prevista en el artículo 135 de la Ley Hipotecaria y más recientemente mediante la certificación continuada prevista en los artículos 656.2 y 667.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma operada por la Ley 42/2015 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es por ello, por lo que aun siendo muy importante en el proceso de ejecución la expedición de la certificación de titularidad y cargas, y su nota marginal, sin embargo, no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo. En este sentido, debe tenerse en cuenta que pueden existir procedimientos de ejecución que motivan anotaciones preventivas posteriores. En esta hipótesis puede ocurrir que una anotación preventiva anterior haya caducado y, al expedirse la certificación de dominio y cargas de la anotación posterior no se haga constar en la certificación la anterior anotación, por haber caducado con anterioridad a su expedición. Esta situación puede constituir un grave riesgo para los adjudicatarios de los procedimientos posteriores, por la existencia de un embargo cuya anotación se ha cancelado por caducidad, a la que, sin embargo, se le pretenda dar eficacia preferente.

Hay un argumento más que da la doctrina autorizada, sobre el enfoque que debe darse a esta cuestión, que guarda estrecha relación con el papel del Registro de la Propiedad y del registrador en el mantenimiento de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que es esencial para el desarrollo económico, y es que, sin desconocer la importancia de que las sentencias se ejecuten y de las legítimas expectativas de quien acude a una subasta judicial, es lo cierto, que el ordenamiento jurídico tiene previstas las fórmulas precisas para que esos derechos no se desconozcan, mediante el mecanismo de la prórroga, que en la última redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede renovarse tantas veces como sea necesario.

Basta que el rematante inscriba su adquisición dentro de la vigencia de la anotación que le protege para que mantenga su virtualidad cancelatoria, pero parece sin embargo desproporcionado que, en sede registral, sin una declaración clara y terminante de la ley al respecto, en sede registral, se reconozca una eficacia cancelatoria de anotaciones posteriores a una anotación caducada, por el hecho de haberse expedido la certificación de dominio y cargas.

5. En cuanto al contenido de las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007 y 23 de febrero de 2015, recogidas en los precedentes «Vistos», ha de señalarse, en primer lugar, que están dictadas ambas, en relación a supuestos de hecho regidos por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, y no por la actual; además, la primera de ellas establece claramente en su fundamento tercero que: “Es la propia parte recurrente la que, en el desarrollo del motivo, afirma que en ningún momento está recurriendo la calificación del registrador denegando la cancelación de las cargas posteriores ni la caducidad de su anotación de embargo, por lo que carece de sentido sostener que dicha norma ha sido infringida, sin perjuicio de que la pretensión de no afectación de la adquisición del dominio por los embargos que figuran en el Registro anotados con posterioridad a su propia anotación pueda sostenerse invocando la adecuada aplicación de otras normas jurídicas”.

En estas dos Sentencias queda claro que no se impugna propiamente la actuación registral, sino que se contiene sobre la preferencia entre distintas anotaciones; en

resumen, en sede judicial, puede discernirse sobre preferencia entre cargas, con independencia de su caducidad en el Registro, como se desprende del hecho de que en todas las sentencias indicadas hayan sido demandados los titulares de las cargas cuya cancelación no pudo practicarse.

6. El estricto ámbito de la calificación no permite entrar en valoraciones sobre preferencia civil de embargos, que quedan reservadas a los procedimientos judiciales contenciosos, y fuera del ámbito de la seguridad jurídica preventiva, en la que la caducidad opera de manera automática.

En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de enero de 2017, y las que ésta recoge entre sus “Vistos”, queda claro que la caducidad de la anotación determina que el beneficiado ha perdido el derecho que la legislación procesal y registral le reconoce de purgar directamente y sin más trámites las cargas posteriores, aunque ello no significa que deba soportarlas, sino que la liberación debe ser acordada en un procedimiento distinto en el que sean parte los interesados, y en el que el juez se pronuncie sobre tal extremo en particular. En el procedimiento que motiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, si bien se trata de una demanda directa contra la calificación registral, han sido demandados los titulares de las anotaciones preventivas posteriores a la que motiva la ejecución.

El registrador está compelido por una norma legal (artículo 86 de la Ley Hipotecaria), y no puede dejar de aplicarla, ni tiene competencias para valorar las pruebas que puedan existir y sean determinantes del motivo por el cual no se prorrogó la anotación que ha servido de base al procedimiento ejecutivo.

Podría pensarse que, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución de embargo, el registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere. Sin embargo, no hay apoyo legal que permita hacerlo. Es más, si lo hiciera estaría contraviniendo frontalmente el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que acabó con la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas, precisamente para evitar un obstáculo permanente para el mercado inmobiliario.

Tampoco puede en sede registral apreciarse la buena o mala fe del adquirente, ni el hecho de que sea adquirente a título gratuito, si bien para gozar de los efectos de la fe pública registral es imprescindible que lo sea a título oneroso y de buena fe, pero en el presente caso existe un obstáculo registral derivado del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, referente al tracto sucesivo, amparado por el principio de legitimación y salvaguardia de los asientos por los tribunales (cfr. artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria).

7. En conclusión, como reiteradamente ha señalado este Centro Directivo, debe diferenciarse la actuación y proceder registral de la actuación en sede judicial.

Registralmente el defecto debe ser confirmado, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo, por el hecho de haber sido expedida la certificación de cargas, por cuanto la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas viene determinada por Ley y su caducidad implica la pérdida de su prioridad registral.

Pero, el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. artículos 24 de la Constitución Española y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), como así ha ocurrido en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017».

- ² Este es el contenido esencial de la sentencia 427/2017, de 7 de julio:
- «Para la resolución del tema debatido hemos de acudir a la doctrina sentada por esta sala en su sentencia n.º 282/2007, de 12 de marzo, que ha sido reiterada por la n.º 88/2015, de 23 de febrero, pues dicha doctrina -pese a que su formulación se hizo en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881- ha de ser mantenida con arreglo a las disposiciones de la actual LEC 2000, especialmente sus artículos 656, 659 y 674. Dicha doctrina reconoce una especial significación al momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (artículo 656 LEC). Dicha certificación acreditativa de los derechos y cargas que afectan al inmueble sobre el que se ha iniciado la ejecución, persigue varios objetivos: a) Conocer el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se sigue la ejecución a los efectos de determinar la valoración del bien para la subasta (que se calcula deduciendo su importe del avalúo); b) Proporcionar a los posibles licitadores una información completa sobre las condiciones de adquisición y, en concreto, sobre la existencia de cargas anteriores que no desaparecerán con la adquisición; y c) Identificar e individualizar a los titulares de derechos y cargas inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante, los cuales quedarán extinguidos por la realización del bien, a los efectos de comunicarles la pendencia del proceso de ejecución para que puedan intervenir en él a los efectos legalmente previstos.
- La expedición de dicha certificación, sin duda, ha dado lugar a la extensión de nota marginal en la hoja registral a efectos de publicidad; y la existencia de la ejecución es comunicada a los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (artículo 659.1 LEC), todo lo cual no se ha cuestionado por las partes.
- En consecuencia puede afirmarse que el contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y que la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior -como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante- no modifica dicha situación. En el mismo sentido sobre la eficacia de la fecha de expedición de la certificación de cargas cabe citar la sentencia de esta sala n.º 1097/1994, de 5 diciembre.
- En definitiva, la aprobación del remate y la adjudicación conlleva como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores, que carecen de preferencia sobre la que servía de apoyo a la ejecución, pues la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecu-

ción desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes.»

³ Sobre esta clarificación jurisprudencial, MARÍN CASTÁN Francisco: «Jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el principio de fe pública registral nueve años después de las sentencias de 2007», en *XX Congreso Mundial de Derecho Registral. 20th World Land Registration Congress. Dubai 2016*, edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, págs. 489 a 506, y «Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, una contribución a la seguridad jurídica», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XVI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro Internacional de Derecho Registral. Madrid, 2010, págs. 887 a 952.

⁴ Estos son los fundamentos de la sentencia de la Sala de lo Penal sobre la cuestión: «A partir de ahí, **si el préstamo no se devuelve en los primeros cuatro meses**, la cantidad inicial, ya incrementada en los referidos intereses (5.801 euros por los primeros tres meses, más otros 2.248 euros por el mes de prórroga), **empezará a devengar un interés moratorio del 25% anual, el primer año (2005)**, interés que se incrementa al capital para el cálculo de los años sucesivos (estipulación quinta de la escritura de préstamo hipotecario).

En consecuencia el interés efectivo anual sobre el capital inicial del préstamo, ya incrementado en los intereses no moratorios de los primeros cuatro meses, se incrementa **en el segundo año (2006) hasta el 31,25 %**, (25% sobre el referido capital, al que hay que sumar los intereses moratorios del primer año), dado que la escritura prevé expresamente que **a efectos del cálculo de los intereses moratorios los intereses vencidos y demás pagos legítimos se considerarán capital en su totalidad**, es decir se incrementan al capital adeudado para el cómputo de los intereses sucesivos (**anatocismo**, estipulación quinta de la escritura notarial del préstamo hipotecario). Siguiendo la misma regla establecida en la estipulación quinta de la escritura, e incrementando anualmente los intereses moratorios devengados al capital, el interés del tercer año (2007) sería del 39% sobre el capital referido (inicial más intereses no moratorios); el del cuarto año (2008) del 46,25 %; el del quinto año (2009) del 57,75 %; y el del sexto año (2010), del 72% (s.e.u.o.).

El interés del séptimo año (2.011), siempre computado sobre el capital inicial del préstamo, incrementado en los intereses no moratorios, redondeado porque se enuncia a efectos meramente ejemplificativos, y salvo error de cómputo, sería del 90 %. El del octavo año (2012) sería del 112 %. **Y el interés del noveno año (2013), es decir el que estaría corriendo actualmente en el caso de revocar la acertada resolución del Tribunal sentenciador y revivir la eficacia de los contratos hipotecarios objeto de la estafa, sería del 140,5 % sobre el capital inicial incrementado en los intereses no moratorios [...]** En definitiva, como hemos señalado, los contratos son radicalmente nulos por la concurrencia de una causa ilícita delictiva al constituir el instrumento de consumación de delitos de estafa, y en aplicación del art 1305 del Código Civil, procede declarar su nulidad, sin perjuicio de que los prestamistas puedan reclamar al condenado las cantidades efectivamente entregadas. La tutela judicial efectiva de los propietarios estafados exige que la condena penal vaya acompañada, como consecuencia civil ineludible impuesta incluso por razones de orden público dado que el delito no puede prevalecer (art 6 3º Código Civil), de la anulación de los contratos hipotecarios para que las víctimas no tengan que sufrir, pese a la condena

penal, la pérdida de sus bienes al no poder hacer frente a los abusivos contratos, suscritos como fruto de la estafa y sin su conocimiento».

Por su parte, los argumentos esenciales del voto particular son los siguientes: «En el supuesto objeto de la casación, los denominados prestamistas que concedieron un crédito con garantía hipotecaria son ajenos al mandato en cuya virtud actuaba el acusado, y actuaron en su contratación amparados por la titularidad registral, comprobando la regularidad de la inscripción y la capacidad para la realización de la hipoteca. Son terceros y actúan de buena fe, lo afirma la sentencia. En consecuencia deben ser objeto de la protección dispensada por el Registro y el ordenamiento jurídico.

Concluimos, los titulares del derecho registrado no debieron ser condenados, pues actuaron amparados por el Registro. Los estafados, perjudicados en la estafa, son los propietarios de los inmuebles y deberán ser indemnizados por quien les acechó su patrimonio mediante el engaño que se describe en el hecho probado. A tal efecto, deberán ser reservadas las acciones civiles que les corresponden, toda vez que no han instado una reclamación civil derivada del delito»

APROXIMACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA EFECTIVA

Gloria Milena Armero Vargas

Registradora de Instrumentos Públicos de Roldanillo-Valle, Colombia.

gloria.armero@supernotariado.gov.co

RESUMEN

Palabras claves: derechos fundamentales, comunidades, concurso de méritos, legalidad, corrupción, probidad, baldíos, precedente constitucional, consulta previa.

A través de la historia la tenencia de la tierra y la necesidad de la seguridad jurídica con relación con la misma siempre han sido de las grandes preocupaciones y temas por profundizar para resolver en Colombia y Latinoamérica.

Para realizar una acertada aproximación al estudio de la seguridad jurídica en los registros públicos se hace indispensable abordar uno de los temas principales relacionados con su efectividad y su medición como son la tenencia de la tierra, y el servidor público o el funcionario que labora en las oficinas de registro. La seguridad jurídica en los registros no solo está ligada a los avances tecnológicos como sistema biométrico en notaria ventanilla única de registro, bases de datos actualizadas y solo modificables conforme a los procedimientos señalados por las leyes que regulan el registro y su técnica de inscripción clara y precisa sino que se encuentra muy ligada a los servidores públicos y la confiabilidad en la labor que realizan de inscripción o registro. Para asumir el estudio de la seguridad jurídica como principio universal con su contenido intrínseco en primer lugar debemos abordar el tema de la vinculación de quienes laboran en las oficinas de registro, para garantizar al ciudadano que el funcionario que accede a la información de las bases de datos de los en y sus propietarios de un país determinado, es un funcionario que fue seleccionado en concurso de méritos que hace referencia no solo a su capacidad académica y de experiencia sino también **en su probidad** de tal modo que el funcionario pueda ser evaluado de algún modo en la idoneidad moral que se requiere para el desempeño de sus labores en aras de los principios de honestidad, moralidad y transparencia.

Surge entonces el interrogante ¿Cómo lograr en nuestros países que tanto los registradores de la carrera registral o por encargo al igual que los funcionarios relacionados con el registro y especialmente los profesionales que asumen la labor de la calificación, estudio y control de legalidad de todos documentos sujetos a registro no solo tengan capacidad académica, experiencia y que a su vez cumplan con un alto nivel de confiabilidad moralidad y confidencialidad en el desempeño de sus funciones ? Como lograr que la selección de funcionarios no solo se encamine en los capacidades académicas sino también en alto nivel de apego a los principios de moralidad, honestidad, confiabilidad tomen relevancia y efectividad en los servidores públicos en el registro.

La seguridad Jurídica es un principio universal por cual los ciudadanos en un país tienen la certeza que sus derechos están protegidos por las diversas leyes y autoridades, al igual que es lo permitido y prohibido en la regulación del registro, cuales son los procedimientos que se deben llevar a cabo y que son garantía de la efectividad de los mismos. La Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C-195 de 1994 señaló jurisprudencialmente cuales es el propósito de la carrera administrativa que tiene como finalidad la eficiencia y la eficacia de la función pública, estabilidad laboral y la honestidad en el desempeño de las funciones que por interpretación amplia es aplicable también para la carrera registral que tuvo su origen en Colombia en la Ley 1579 de Octubre de 2012.

La Constitución Política Colombiana establece en su Artículo 209 los principios que deben operar al interior de la función administrativa que está al servicio de intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Surge entonces la inquietud sobre cuales son los criterios y procedimientos que se deberían implementar y establecer para la selección de funcionarios para que operen esos principios y se elijan funcionarios probos y honestos para los fines de la búsqueda de una verdadera seguridad jurídica que emane del debido proceso y las diáfanas actuaciones registrales y administrativas de los funcionarios oficinas de registro. Que criterios y mecanismos de selección de funcionarios u operadores en área del registro serían los adecuados para auscultar la idoneidad moral y el apego a principios y valores para dar así una garantía medible al ciudadano para mayor convicción y certeza en cuanto que sus bienes y derechos sobre los inmuebles se encuentran protegidos y que estarán protegidos por las leyes y las autoridades registrales y que en el caso de llevar a cabo procedimiento legal se hará dentro del marco jurídico.

La seguridad jurídica en el registro entraña conocimiento y certeza de la protección a los derechos y bienes de las personas de un país de las leyes que regulan el registro puede ser vulnerada por actos de corrupción personas inescrupulosas que accedan algún cargo o empleo público y adulteren la información o cometan actos fraudulentos que violen los derechos de los ciudadanos y sus bienes.

Considerando la Las Naciones Unidas dentro de los objetivos propuestos para el Desarrollo Sostenible, encontramos **el objetivo 16** el cual se centra en promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables a todos los niveles en concordancia con la meta 16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas. 16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces, responsables y transparentes que rindan cuentas.

Entre los primordiales esfuerzos estatales en los países Latinoamericanos deberá tenerse la moralidad pública con mecanismos que coarten la corrupción en forma eficaz. En consecuencia, las graves situaciones de corrupción vividas por distintos países como Perú, Brasil, Chile y Colombia que inciden en el atraso de cualquiera en los objetivos propuestos por Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible muestran la inaplazable necesidad de formular soluciones y respuestas acertadas a esta problemática.

En el estudio de la seguridad jurídica en el caso particular de Colombia debemos referirnos al Concurso de Méritos y la carrera registral creada por Ley 1579 de 2012 para registradores, como un subtema relacionado debemos referirnos a la carrera administrativa, la corrupción y reacciones y resistencias a los cambios dados por registradores del concurso de méritos a nivel regional, la selección de funcionarios para el registro con alto nivel moralidad y capacidades académicas utilización en entrevistas de polígrafo y pruebas psicotécnicas que arrojen una aproximación de las tendencias filosóficas y éticas.

Cada vez que ha sido asaltado por la corrupción el erario público, no sólo se han visto afectadas diferentes regiones y comunidades de nuestro país sino que también ha causado un impacto en la seguridad jurídica toda vez que los ciudadanos verán afectado su entorno, su calidad de vida y su certeza o creencia de la existencia de protección de sus derechos.

Los próximos doce años hasta el año 2030, los países Latinoamericanos y del caribe, deberán redoblar sus esfuerzos contra la corrupción, si efectivamente se busca unas sociedades pacíficas e inclusivas conforme a los objetivos de Desarrollo Sostenible. Las oficinas de registro deberán en su control de legalidad asumir el rol de defensa del valor supremo de la paz

de los baldíos que aún quedan para los sectores más vulnerables del área rural, la defensa de las reservas forestales, riveras de los ríos y humedales a través del control de legalidad exhaustivo a las licencias urbanísticas expedidas en las diversas regiones en cada país.

Otros temas relacionados con el tema principal de la seguridad jurídica es el fortalecimiento institucional y del talento humano a través de los recursos del presupuesto nacional destinados a los desarrollos tecnológicos necesarios para un buen servicio registral y la permanente actualización y capacitación de registradores y funcionarios calificadores no solo en normatividad jurídica sino también en formación ética y conocimiento del Código de ética de las entidades y Código Disciplinario y su responsabilidad disciplinaria. Deberemos como entidades que propenden a un excelente nivel del servicio registral a través de los funcionarios, avanzar en la búsqueda de una responsabilidad moral o ética, conformar comités para la ética que constantemente por correos puedan afianzar los valores y principios morales y pueda exigir a los funcionarios el decoro que les corresponde en sus conductas como funcionarios públicos que conforme a la constitución responden

La Constitución Política de 1991 en Colombia, representó un verdadero avance como norma de normas en la seguridad Jurídica efectiva el contenido de normas y acciones como la Acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y de grupo, el derecho consagrado en el Artículo 22.- La Paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Igualmente la constitución política del 1991 la creación de mecanismos de participación ciudadana, de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos por medio de acciones como la tutela, la acción de cumplimiento y acciones populares y de grupo. La creación de la defensoría del pueblo. Con el marco normativo supremo contemplado para la función pública en el Artículo 122 por el cual se preceptúa que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley y que para proveer los de carácter remunerado se encuentren contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. La función pública con el decreto único reglamentario 1083 de 2015 y el Decreto 1499/ Septiembre de 2017 por medio del cual se define un nuevo modelo el Modelo Integrado de Planeación y Gestión MIPG- un solo sistema de gestión de desarrollo administrativo y calidad para el fortalecimiento de los mecanismos y procedimientos de gestión y control interno que consagra la ley 87 de 1993 al interior de las entidades públicas, con resultados que generen planes de desarrollo que resuelvan las necesidades del ciudadano con integridad y calidad.

El Artículo 131.- Compete a ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para los empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.

El artículo 23.- Derecho de Petición toda persona tiene derechos a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta resolución. La constitución facultó al legislador para reglamentar el ejercicio del derecho de petición se dio así la expedición de la Ley 1755 de Junio de 2015, que regula el derecho fundamental de petición.

En lo que concierne al tema de la tenencia de las tierras, en Colombia, el sector rural ha sufrido un grave impacto por la violencia y el despojo a sangre y fuego de los territorios a los campesinos y que fueron desplazados por los diversos grupos armados en conflicto. Colombia conforme a los indicadores del banco mundial no obstante haber sido líder en productividad agraria en la década de los ochenta, hoy presenta un rezago frente a Brasil, Chile, Costa Rica, solo explicable por el desplazamiento y baja inversión en investigación en productividad agraria.

Entre las causas que han afectado negativamente la seguridad jurídica debemos considerar:

- 1.- La violencia y el despojo que generaron los diversos grupos armados en algunas regiones del país, hoy recuperadas por el acuerdo de paz sin que aún haga presencia el estado en ellas.
- 2.- El factor psicológico de los funcionarios en zonas apartadas asoladas por grupos armados caracterizado por el miedo, limitación de su libertad para aplicación de la normatividad vigente. Igualmente casos concretos de amenaza.
- 3.- La corrupción asociada no solo a los funcionarios sino también en el ámbito privado a ciudadanos que acrecentaron o aumentaron áreas en forma irregular sus propiedades rurales o títulos ilícitos o irregulares.
- 4.- El clientelismo político y tráfico de influencias que ha promovido nombramientos en cargos de las oficinas de registro sin las necesarias capacidades académicas y éticas para el desempeño en el servicio registral.
- 5.- Concentración de la tierra en pocos titulares y sin la efectiva vigencia de la función social y ecológica de la propiedad tal y como lo

Establece la Constitución Política Colombiana, aunada la situación de la mínima o ninguna regulación a la figura de los englobes.

Entre los Factores que han incidido o que incidirían positivamente de existir la seguridad Jurídica en Colombia, encontramos:

- 1.- Solucion jurídica al conflicto interno con uno de los grupos armados que causo grave impacto al derecho a la vida y los derechos fundamentales del colombiano, a través del acuerdo de Paz. Veedurías internacionales a los acuerdos de Paz.
- 2.- El acceso a la tierra del ciudadano a través de subsidios no solo para la adquisición de vivienda urbana sino también de subsidio para la adquisición para explotación agrícola y para vivienda campesina.
- 3.- EL concurso por Méritos de la carrera Registral para los registradores del país creada por la Ley 1579 de 2012 y el decidido respaldo del Estado a los funcionarios seleccionados por concurso. La carrera administrativa regulada por la Ley 909 de 2004.
- 4.- La Constitución Política de 1991 y su reconocimiento de la propiedad privada consagrada como función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función ecológica. Y por tanto que deberá desarrollarse en el país.
- 5.- Mecanismos y medidas de protección al registrador y funcionario y calificador, filtros que se establezcan en las oficinas el evento de situación de riesgo al proferir un acto administrativo de rechazo o de registro en regiones de peligro por despojos realizados y por antiguos grupos de delincuencia común o narcotráfico.
- 6.- Planificación y control urbanístico en el sector urbano, ceñido a planes de ordenamiento territorial que busquen el crecimiento armónico de las ciudades con énfasis en el respeto al medio ambiente, humedales y zonas verdes y dignidad humana.

Para que opere realmente la seguridad jurídica en países como Colombia que tiene reconocidas zonas donde operaron grupos paramilitares, grupos guerrilleros u otros grupos armados se hace necesario que el funcionario sea protegido, acompañado y respaldado permanentemente por la superintendencia y los organismos de seguridad. Que se implemente un camino de expedito de protección al funcionario o de alerta temprana de protección.

El acceso a la tierra del ciudadano del sector rural arroja un factor medible para la seguridad jurídica.

EN LOS HECHOS Y JURIPRUDENCIA CONSTICUONAL RELEVANTE EN COLOMBIA ENCONTRAMOS:

La corte Constitucional en Colombia, mediante las Sentencias T-488/2014, T-549 /2016 ha señalado un precedente jurisprudencial vigente por la cual se reitera la tradicional concepción por la cual los baldíos aquellos predios que se encuentran en el territorio colombiano y que no figuran con cadena traslativa y no tienen propietario alguno siendo bienes públicos que pertenecen a la nación y corresponden a los bienes fiscales adjudicables para desarrollar la función social del estado y que siendo parte de los bienes de usos publico gozan de algunas prerrogativas o características que señala el Artículo 63 de la Constitución, como son: Inajenables, imprescriptibles e inembargables.

La Corte acogió como definición de baldío la que figuró en Colombia desde sus inicios históricos con el Código Fiscal de 1912 Artículo 44 la definición. -“Son baldíos y en tal concepto pertenecen al estado los terrenos situados dentro de los límites de territorio nacional que carecen de dueño y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter deban volver al dominio del estado, con lo que dispone el artículo 56”. Con referencia a la distante posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en Colombia Sentencia de tutela STC-1776 de 2016 por la cual se pretendió revivir La Ley 200 de 1936 Artículos 1 y 2 concluyendo en este fallo que los **predios explotados económicamente son privados** y que las entidades administrativas de bienes públicos debían demostrar la no explotación económica de los mismos. Con la Constitución Política de 1991 como norma de normas y el espíritu de sus preceptos se dejó sin vigencia la Ley 200 de 1936. Si consideramos en la Constitución colombiana actual la prevalencia del interés general sobre el particular cuando establece el Artículo 58. -“Derecho de la propiedad privada, que si de la aplicación de la Leyes de utilidad pública resultaren en conflicto con los derechos privados, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Podemos entonces encontrar el fundamento de la posición de la Corte Constitucional. En consecuencia la Ley 200 de 1936 no es aplicable frente a los terrenos denominados como baldíos terrenos sin título originario alguno o propietario, siendo improcedente la declaración de pertenencia por prescripción de terrenos o predios cuya titularidad o propiedad la tiene el estado y por tanto no tienen matrícula inmobiliaria.

En Colombia existe por tanto la presunción de iuris tantum por la cual los bienes que no tienen propietario son baldíos conforme a lo ha señalado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional y en ese orden de ideas en los últimos años se ha dado aplicación a este precedente constitucional y la legislación agraria, en consecuencia el control de legalidad a las sentencias de declaración de pertenencia por prescripción por los jueces en las oficinas de registro ha sido más riguroso aplicándose la suspensión del registro y

devolución de aquellas sentencias que desconozcan la ley y el precedente constitucional por el cual es improcedente la prescripción de bienes baldíos, dando prevalencia a una interpretación armónica de las normas la Ley 160 / 94 artículo 65, La ley 1564 de 2012 Artículo 375 Código General del Proceso.

En Noviembre del año 2016, la sala plena de la corte constitucional colombiana por revisión de tutela profirió **Sentencia de Unificación de jurisprudencia SU-426-2016** en revisión de acción de tutela promovida por 73 demandantes contra el INCODER y la alcaldía de Puerto Gaitán –Meta, por vulneración de sus derechos fundamentales, trabajo vivienda digna, por la no adjudicación del predio denominado “El Porvenir” de 27.000 hectáreas, vereda del Porvenir el cual han poseído por más de 45 años del cual fueron desplazados por la violencia por el estructuras criminales del llamado zar de las esmeraldas Carranza. La corte en ésta sentencia señala que no se pueden desconocer derechos fundamentales como la vida, el derecho a la administración de justicia, la igualdad, la vivienda digna, al mínimo vital y el derecho al acceso a la tierra de la población campesina. El INCODER adjudicó irregularmente a 27 personas siendo despojadas de sus predios las comunidades campesinas. Mediante esta sentencia la corte protegió los derechos de los campesinos su derecho al acceso a la tierra, **señalando un hito histórico** para Colombia, ordenando así a la Agencia Nacional de Tierras la recuperación de estas tierras para las familias campesinas de la región.

La relevancia constitucional del caso se presenta por cuanto los accionantes en la tutela eran ocupantes históricos de la región habían sido víctimas del conflicto armado con una situación compleja de violación de derechos humanos.

La Sentencia establece un régimen especial de clarificación y recuperación de baldíos expresando igualmente que los baldíos solo serán adjudicables a familias pobres. También señalo que la adjudicación no puede ser mayor a una UAF unidad agrícola familiar, se requiere para ser adjudicatario acreditar la explotación de por los menos 2/3 dos terceras partes de la tierra, que el adjudicatario no tenga un patrimonio superior a 1000 SML salarios mínimos legales. Expresa la Corte que el campesino no puede ser despojado bajo el argumento de ser improductivas las tierras, sin que antes se le otorguen alternativas para mejoras la producción como as denominadas reservas campesinas con la garantía de una serie de bienes y servicios básicos.

La obligación del acceso a la tierra se debe garantizar por el estado en cuatro aspectos fundamentales:

- A) Titulación a la población campesina, a través de adjudicación de terrenos productivos del estado, los baldíos.
- B) Su participación en estrategias institucionales que propendan por el desarrollo agro colombiano y su proyecto de vida del trabajador del camp.
- C) La garantía de la seguridad jurídica sobre las distintas formas de acceder a la tierra, ocupación, posesión y tenencia lo cual implica disponer de mecanismos efectivos de defensa y protección de actos arbitrarios despojo.
- D) Reconocer la discriminación histórica que ha sufrido la mujer campesina en Colombia, exigiendo al estado tomar medidas en su beneficio.

Sentencia T-025/2004.- En atención a la grave violación de derechos fundamentales a la que ha sido sometida la población por desplazamiento forzado en algunas regiones de Colombia la corte Constitucional señala que encontrándose en estado de vulnerabilidad por la multiplicidad de derechos fundamentales afectados tienen de derecho a recibir en forma **urgente un trato preferente** por parte del estado evitando que la violación de derechos ese perpetúe o agrave señalando de este modo lo que denomina jurisprudencialmente ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL O ESTADO DE COSAS CONTRARIO A LA CONSTITUCION en la Sentencia T-025 de 2004 que lo determinan varios factores de los cuales destaca:

- 1.- La vulneración masiva y generalizada de varios derechos fundamentales que afecta un número significativo de personas
- 2.- La omisión prolongada de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
- 3.- La adopción de prácticas inconstitucionales como es la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. El excesivo número de tutelas presentadas confirma la situación de vulneración.
- 4.- Continuación de la vulneración de los derechos no solo por parte de una entidad sino varias entidades estatales.
- 5.- Una problemática social cuya solución compromete la intervención de varias entidades.
- 6.- Si todas personas afectadas por esta problemática acudieran a la tutela producirían una mayor congestión La corte en esta sentencia profiere ordenes de carácter simple y urgentes para dar pron-

ta respuesta a estas violaciones de derechos a través de urgentes mecanismos de protección y otras más complejas para atención a la población desplazada que implican soluciones a necesidades a mediano plazo que dignifiquen su vida impulsando que se hagan efectivos sus derechos y que amerita la intervención de diversas autoridades imponiéndose la necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas para superar la grave situación de la población desplazada.

Otro evento para destacar en nuestro país fue la declaración de inexecutable en Marzo de 2009, del estatuto de desarrollo rural contenido en la Ley 1152 de 2007 por cuanto la Corte señaló que no se dio cumplimiento al convenio 169 de 1989 con la organización internacional del trabajo OIT que obliga a consultar con los pueblos indígenas o afro- descendientes, las reformas que puedan afectarlos y el estatuto rural expedido no lo tuvo en cuenta.

La declaración de inconstitucionalidad proferida en la **sentencia C-175 de Marzo/ 2009**, reconoció que el trámite de la ley 1152/2007, estatuto rural se hizo con violación a la participación organizaciones y comunidades afro-colombianas afectadas con dicha ley por cuanto se exige una verdadera consulta que les permita a las comunidades informarse y proponer alternativas.

Es importante que la Corte en su providencia no solo decide promover el respeto de al derecho de participación de los pueblos y aplicación al convenio firmado con la OIT con la consulta previa, sino que se diera preponderancia a la realidad histórica de nuestro país frente a la tenencia de la tierra en Colombia, país en el cual la tenencia de la tierra ha estado en permanentes pugnas y confrontaciones por la tenencia de la tierra entre poblaciones campesinas y grupos armados, la relación de los pueblos étnicos con el entorno y medio ambiente considero además lo expresado por las comunidades con relación que el estatuto violaba derechos fundamentales por cuanto prohibía reconocer nuevos resguardos o sanear los existentes. Esta ley adoleció de graves vicios de contenido y de trámite.

En el recorrido jurisprudencial constitucional que hacemos sobre el tema, encontramos la sentencia T-282 DE 2011 por la cual la Corte reitera el reconocimiento de los derechos fundamentales que tienen las comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional y derechos fundamentales y que tienen su sustento en principios de pluralismo, participación e igualdad, considerando su condición de vulnerabilidad originada en aspectos históricos, sociales y jurídicos como la existencia de patrones

de discriminación aún no superados y la afectación del conflicto armado a las comunidades indígenas. Igualmente

Reconoce y reitera el derecho a la propiedad colectiva de grupos étnicos atribuida a los resguardos con las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Derecho colectivo ya reconocido en la Constitución en el Artículo 329. Reafirma la Corte el derecho que tiene el desplazado a una vivienda digna. Hizo reconocimiento del derecho a retornar a sus territorios de donde hayan sido desplazados y en casos de desplazamiento con violencia deberá el estado superar esta dificultad con reubicación en otros territorios de igual o superior calidad y status jurídico a las comunidades afectadas por el desplazamiento forzado. La providencia también revocó órdenes de desalojo a 120 familias indígenas del predio “Alto Nápoles”, posibilitando que se tuviera como albergue temporal garantizando que sus condiciones sean acordes a la dignidad humana.

La propiedad colectiva y la territorialidad de las comunidad indígena con en estrecha unión con sus costumbres ancestrales ha sido señalada por la Corte en diversos fallos que imponen la obligación del estado de conservar y garantizar a existencia de los resguardos.

En materia de reconocimiento de derechos de propiedad colectivo, protección a los baldíos jurisprudencia, la Corte Constitucional ha marcado un hito histórico con el desarrollo jurisprudencial en aras del desarrollo de los preceptos constitucionales y su efectiva aplicación, como ha sido la sentencia T-488 / 2014 y el reconocimiento a funcionario de Instrumentos públicos como autoridad registral que puede rechazar un fallo emitido en proceso de declaración de pertenencia por prescripción contrario a la Constitución y la ley.

En La **Sentencia T-488/2014** la Corte Constitucional se pronuncia sobre la labor del registrador “La labor del registrador constituye un auténtico servicio público (Ley 1579/2012 artículo 1) que demanda un comportamiento sigiloso. En esta medida corresponde al funcionario realizar u examen del instrumento, tendiente a comprobar si reúnen exigencias formales de ley. Es por esta razón que uno de los principios fundamentales que sirve de base para el sistema registral es el de la legalidad, según el cual solo son registrables los títulos y 1579/2012 Artículo 3

El propósito del legislador al consagrar con rango de servicio público la función registral, al establecer un concurso de méritos para el nombramiento de los registradores de Instrumentos Públicos, así como el diseñar un régimen de responsabilidades ante el proceder sin justa causa (Ley 1579/2012 Artículo 60) evidentemente no fue el de idear un simple refrenario sin juicio. Todo lo contrario como responsable de la salvaguarda de la

fe ciudadana y de la publicidad de los actos jurídicos ante la comunidad, el registrador ejerce un papel activo calificando los documentos sometidos a su registro y determinando su inscripción de acuerdo a la ley y en el marco de su autonomía ” A través de esta sentencia y el auto de seguimiento a la misma, el Auto No.-222 de 2016, la Corte Constitucional sentó un precedente constitucional de obligatorio cumplimiento frente a los predios baldíos y las providencias judiciales en procesos de declaración de pertenencia sobre baldíos, promoviendo una autentica y efectiva defensa de los baldíos y su recuperación para el estado y sus fines reconociendo que en la sentencia de declaración de pertenencia del predio el Lindanal el juez profirió un fallo cuyo principal yerro fue el defecto factico o fallas en el fundamento probatorio al no considerar las pruebas ya que el Juez recibió reporte de la oficina de registro que el predio Lindanal carecía de dueño o propietario inscrito, pese a ello el Juez considero que el inmueble podía ser objeto de apropiación por prescripción, el juez solo tuvo en cuenta la declaración de tres testigos y una inspección judicial. La corte en esta sentencia reitero que los ocupantes de tierras baldías no tienen calidad de poseedores sino una mera expectativa de acuerdo al marco legal vigente. Señala que el único camino para adquirir os baldios es una adjudicación conforme lo estableció la ley 160/94 a través del INCODER hoy Agencia Nacional de Tierras. Se estableció por medio de ella una protección a los bienes baldíos patrimonio de estado. Señaló este fallo las falencias que tiene el Estado por la falta de un sistema articulado de información básica y estadística sobre los terrenos baldíos en Colombia. Presenta Colombia una de las más altas desigualdades en la propiedad rural en América Latina. La medición y aproximación a una efectividad del principio de seguridad jurídica podrá apreciarse haciendo uso del llamado índice GINI del programa de ONU para el desarrollo el cual se usa como un indicador del grado de concentración de la tierra cuando más se cerca a (1) uno, más concentrada se encuentra la propiedad.

Igualmente podría medirse la Seguridad Jurídica, con la información y estadística que arroja por el número de tutelas promovidas en cada país de Latinoamérica relacionadas con derechos a la vida digna y la vivienda. Las ordenes de cancelación de inscripciones ordenadas por la fiscalía en procesos por delitos y fraude documental.

Mediante la **Sentencia T-622 DE 2016**, siendo magistrado ponente Doctor Jorge Ivan Palacio, la Corte Constitucional Colombiana en acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social y Tierra Digna en representación del consejo comunitario Mayor de la Asociación campesina del bajo Atrato, e Foro inter- étnico solidaridad por Choco contra la Presidencia del República, algunos Ministerios, Ministerio del Interior, Ministerio del medio ambiente, el de minas por sus conducta omisiva al

no proveer una respuesta institucional idónea y articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos socio culturales, humanitarios y ambientales que aquejan la región. La providencia reconoce su derecho al amparo de sus derechos fundamentales la vida, la salud, el agua, la seguridad alimentaria, la medio ambiente sano, la cultura y el territorio. **Igualmente reconoce la Corte Constitucional al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado.** En consecuencia la Corte ordena al gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río, a través de la Institución que el presidente designe. Adicionalmente los representantes legales del río dentro de 3 meses siguientes a notificación de fallo deberán conformar la comisión de guardianes del río Atrato.

CONCLUSIONES

En síntesis, podemos llegar a tener una efectiva aproximación a la Seguridad Jurídica en la medida que se den cumplimiento algunas Sentencias que de manera contundente constituyen un avance en la Seguridad Jurídica con sus fallos que promueven y reconocen la función registral y la importancia del papel activo del registrador en su control de legalidad. La seguridad Jurídica deberá tenerse con un alto nivel en países en cuya normatividad haya sido establecida la Carrera Registral y su defensa institucional ya que particularmente en Colombia ha tenido ataques y reacciones que a nivel regional a través del poder local un buscan retroceso o retrotraer las oficinas de registro a situaciones anteriores de desinformación, irregularidad desorden que favorecen la ilegalidad y la apropiación indebida de baldíos u otros fines oscuros en algunos regiones de Colombia intenta remover los registradores del concurso de méritos tratando de instrumentalizar una ley grandiosa como es la Ley de acoso laboral y las falsas imputaciones o acusaciones infundadas ante la procuraduría y entes de control interno dirigidas contra algunos registradores que cumplen con probidad su roll y función registral conforme a la ley y los precedentes Constitucionales en Colombia. La función registral cada día deberá desarrollarse con una mayor calidad y honestidad posible que solo se alcanzará a través de selección de funcionarios probos con idoneidad para desempeñar la labor registral con un alto desempeño que redunde en beneficios tanto para la comunidad, el interés general y el ciudadano.

La seguridad Jurídica en Colombia, en su devenir histórico ha sido afectada por A.- el conflicto armado aún existente con algunos grupos ilegales y con algunos grupos ilegales y el narcotráfico B-. Por la poca presencia

del estado en algunas zonas del país C.- Por la politiquería y clientelismo político D.- Por la falta de ética e idoneidad de algunos funcionarios del Estado, en ese tema se deberá continuar con la selección de funcionarios relacionados con el servicio registral a través del Concurso de Méritos al cual se pueden implementar pruebas psicotécnicas y uso del polígrafo para realización de las entrevistas, en aras del principio de la transparencia y la moralidad. Deberá igualmente dar la superintendencia hacer acompañamiento y apoyo periódico a oficinas de registro de regiones problemáticas (asociadas históricamente a subculturas de narcotráfico y grupos ilegales) que se resisten a los cambios que implica el concurso de méritos en zonas que venían acostumbradas a épocas de irregularidades en algunos registros como modificación de linderos, aumentos de áreas que efectuaban soportes legales tales como licencias, poderes, certificados especiales y resoluciones del Instituto Agustín Codazzi.

Cada país de Latinoamérica para aproximarse en forma efectiva a un nivel de mejoramiento de la Seguridad Jurídica deberá fortalecer las Instituciones nacionales siendo más eficaces, responsables e inclusivas, reducir sustancialmente la corrupción y el soborno, Promover el Estado social derecho como lo señaló el objetivo No.16 de la agenda de 2030 planeada por la ONU. Promoviendo políticas Institucionales que promuevan, desarrollen y adelanten las metas trazadas para los (17) objetivos de desarrollo sostenible ODS interrelacionados de tal manera que reflejen los factores favorables medibles a la Seguridad Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

www.corteconstitucional.gov.co

www.undp.org

www.wikipedia.com

CONSTITUCION POLITICA DE 1991 -COLOMBIA.

SENTENCIA T-488 /2014, SENTENCIA T-025/2004, SENTENCIA T-288/2011, SENTENCIA T-622/2016.

A SEGURANÇA JURÍDICA GERADA PELO REGISTRO E OS TRIBUNAIS: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RECENTE NA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

Ivan Jacopetti

RESUMO: O Brasil, tradicionalmente, não é bem avaliado nos vários rankings elaborados e publicados pelo Banco Mundial, como, por exemplo, o relatório “Doing Business”. Neste âmbito, no genérico indicador “ease of doing business rank”, o país perdeu duas posições entre os anos 2017 e 2018, passando da 123ª para a 125ª posição. E, no que diz respeito especificamente ao registro da propriedade, perdeu três posições, passando da 128ª para a 131ª posição, em decorrência de um aumento de 0,1% no item “cost (% of property value)”. Ainda, o país tem tido dificuldades no fornecimento dos dados requeridos pelo indicador SDG (Sustainable Development Goals) 1.4.2 das Nações Unidas, o qual diz respeito à segurança da posse da terra, a saber, “proportion of total adult population with secure tenure rights to land, with legally recognized documentation and who perceive their rights to land as secure, by sex and by type of tenure”. No entanto, como afirmado por Nicolás Nogueroles em intervenção no colóquio “A presunção de verdade e titularidade no sistema registral português”, ocorrido em Lisboa no dia 20 de outubro de 2017, a medição da segurança jurídica não se faz pela análise do grau de informatização de um certo sistema, nem pelo tempo que se leva para o registro, nem tampouco por serem os títulos instrumentalizados em papel ou eletronicamente, mas sim pelo valor e pela força que os tribunais atribuem aos assentos registrais. A prioridade não deve ser a redução do custo da formalização – um custo que se paga uma única vez – mas sim a redução dos custos de transação em todos os negócios, os quais são muito mais recorrentes, ainda que, por vezes, invisíveis (Arruñada, 2007). O conjunto de decisões proferidas no Brasil pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no ano de 2017 - em demandas de anulação da consolidação da propriedade fiduciária, em procedimento extrajudicial de execução – demonstram a força que o Poder Judiciário brasileiro tem atribuído aos registros. Esta execução extrajudicial, no Brasil, é processada, nos termos da lei, integralmente pelos registradores de imóveis. O conjunto das decisões proferidas no período escolhido revela a robustez do procedimento, bem como os conflitos causados pela possibilidade – criada pelos tribunais - da purgação da mora após a

conclusão do procedimento, como, por exemplo, a necessidade de nova notificação do devedor, sem participação do registro. Como afirmado por Benito Arruñada, a confiança de juízes em documentos secretos para decidir conflitos envolvendo terceiros sinaliza a ausência de instituições adequadas (2017); podendo-se concluir, em sentido inverso, que o desprezo pelos juízes por documentos não levados ao registro público sinaliza o oposto. O presente trabalho tem por objetivo analisar estas decisões sob a perspectiva do funcionamento dos sistemas de registro de direitos quanto a seus mecanismos e efeitos, e, com isso, contribuir para a discussão sobre como medir a segurança jurídica em matéria de direitos de propriedade.

1. INTRODUÇÃO

A medição da segurança jurídica proporcionada pelos registros públicos, em especial os registros da propriedade imobiliária, tem sido feita internacionalmente pela proposição de conjunto de indicadores de eficiência, que, por vezes, ensejam a criação de um ranking de países.

No entanto, a existência de sistemas jurídicos e sistemas de registro muito diferentes uns dos outros, assim como realidades culturais e sociais igualmente diferentes, podem levar a conclusões inadequadas quando se pretende avalia-los segundo critérios pretensamente universais.

Neste trabalho se propõe a utilização da repercussão nos tribunais das informações geradas pelos registros – em especial, a manutenção em juízo daquilo que o registro certifica – como um meio de se avaliar a segurança jurídica que os registros proporcionam

Para isso, tomar-se-á um caso concreto da experiência brasileira: a execução extrajudicial (realizada em sede registral) das alienações fiduciárias em garantia, e os pleitos judiciais de sua anulação

Pretende-se, com isso, demonstrar que, no caso brasileiro, o procedimento tem gerado segurança jurídica aos credores, já que como regra quase absoluta os tribunais têm reconhecido sua higidez.

2. OS SISTEMAS DE REGISTRO E A SEGURANÇA JURÍDICA

As Nações Unidas elegeram a segurança jurídica como um dos objetivos de desenvolvimento sustentável (*Sustainable Development Goals – SDGs*)¹; e, sabidamente, este valor é aquele que conduz a evolução dos

¹ R Os objetivos de desenvolvimento sustentável consistem em uma agenda de ações, com o objetivo de se erradicar a pobreza até o ano de 2030, firmada na sede das

distintos sistemas de registro. Somente existem sistemas de registro por que, em alguma medida, sem eles os direitos ficam desprotegidos. Exatamente por isso a segurança dos direitos de propriedade constitui um dos indicadores específicos destes objetivos de desenvolvimento, vindo a receber o número 1.4.2². Este mede a proporção da população adulta total com direitos seguros sobre a terra, com documentação legalmente reconhecida, e que percebe seus direitos à terra como seguros, dividida por sexo e tipo de direito.

Em que consiste esta tão falada segurança jurídica? A expressão é polissêmica. Mas naquilo que diz respeito aos registros públicos, segurança jurídica significa cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade do direito, ou seja, a sua certeza³. Se, na definição clássica de Ulpiano, justiça é dar a cada um o que lhe cabe, segurança jurídica é saber, de antemão, com razoável grau de certeza, o que caberá para si em uma dada situação.

A segurança jurídica proporcionada pelos registros não tem um fim em si mesma. Ao contrário, está atrelada a certas finalidades, todas elas, em última instância, consistentes na proteção de certos direitos individuais, e que, por vezes, transcendem os interesses particulares: a facilitação do intercâmbio de bens, a facilitação da circulação do crédito, e até mesmo a função social da propriedade⁴, já que a cognoscibilidade dos direitos pela coletividade possibilita a atribuição de responsabilidades.

Nações Unidas nos dias 25 a 27 de setembro de 2015. A agenda é composta por 17 objetivos, como, além da erradicação da pobreza propriamente dita, a erradicação da fome, a garantia de uma vida saudável, a uma educação de qualidade, igualdade entre os gêneros, dentre outras. A proteção da propriedade compõe o objetivo 1 – erradicar a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares, e, mais especificamente, o alvo 1.4, que consiste em que no ano de 2030 se garanta, a todos os homens e mulheres, em especial aos pobres e hipossuficientes, direitos iguais aos recursos econômicos, bem como acesso a serviços básicos, propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, herança, recursos naturais, tecnologias novas e adequadas, e serviços financeiros, incluindo o microcrédito (cf. o relatório *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development – A/RES/70/1*, disponível em <https://sustainabledevelopment.un.org>).

² O indicador 1.4.2 propriamente dito foi estabelecido na 48ª sessão da Comissão Estatística das Nações Unidas, ocorrida em março de 2017, adotado pela Assembleia Geral em 06 de julho do mesmo ano, e faz parte da Resolução adotada pela Assembleia Geral em 06 de julho de 2017.

³ Cf. Isabel Pereira Mendes, *Estudos Sobre Registro Predial*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 45-46.

⁴ Cf. Isabel Pereira Mendes, op. cit., p. 52, que relembra os fins do registro definidos

O Brasil adota um sistema de registro constitutivo, pelo que a lei condiciona a ele (juntamente com o título causal, e o negócio de transmissão⁵) a aquisição do direito real. Esta “compulsoriedade” do registro pode ser vista segundo uma perspectiva ‘estática’ de segurança – é condição para o direito de propriedade – e segundo uma perspectiva ‘dinâmica’ – já que dela deriva a disponibilidade do bem⁶.

Segundo Mónica Jardim, ao tratar de uma situação um pouco diferente – já que em Portugal vigora o consensualismo – mas cujo comentário é aplicável para ilustrar a importância daquilo que consta do registro ‘valer’, “não é difícil imaginar o desânimo do credor diligente que, após ter pagado advogados, custas de processo, registros etc, se vê preterido por alguém que não registrou seu direito”⁷.

A possibilidade de que um litígio judicial venha a se produzir quanto à titularidade de um certo direito sobre um imóvel debilita o crédito imobiliário. Ao revés, a tranquilidade e a paz civil fomentam o investimento e a livre circulação de bens, beneficiando a coletividade⁸.

Dentre os efeitos desejáveis de um sistema registral está o de que as decisões judiciais sejam conformes ao conteúdo dos registros e nele baseadas, presumindo a sua exatidão. E, nesse sentido, o Banco Mundial, já em 1997, estabelecia em seu Relatório para o Desenvolvimento a necessidade de um sistema judicial forte, independente, e que gerasse sentenças previsíveis. Sabendo-se qual será a decisão, as partes chegarão a um acordo antes de demandar⁹.

3. AS MANEIRAS DE SE MEDIR A SEGURANÇA JURÍDICA

Tentativas de se classificar sistemas jurídicos segundo critérios, por exemplo, de eficiência econômica tem sido feitas há décadas. Segundo

no I Congresso Internacional de Direito Registral.

⁵ Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, FGV, 2006, pp. 52-53.

⁶ Cf. S. Jacomino, *Registro de imóveis, segurança jurídica e financiamento imobiliário*, in, *Boletim do IRIB em Revista* (2003) (309).

⁷ Cf. M. Jardim, *A segurança jurídica gerada pela publicidade registral em Portugal e os credores que obtêm registro de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial*, in, *Boletim do IRIB em Revista* (2005) (323).

⁸ Cf. L. M. Cabello de los Cobos y Mancha, *Registro de imóveis, um sistema eficaz de segurança jurídica*, in, *Boletim do IRIB* (2000) (282).

⁹ *Idem*.

Benito Arruñada, os primeiros estudos nesse sentido buscavam observar a relevância que um certo critério classificatório – baseado no uso de alguns indicadores – teria no desenvolvimento dos mercados financeiros e na dispersão acionária das sociedades anônimas. Encontrou-se nestes estudos uma correlação estatisticamente relevante entre a proteção dos investidores e a tradição do *common law*; e, com isso, a análise foi expandida a outros domínios do direito, dentre eles a proteção da propriedade, resultando em uma conclusão geral de que os países do *civil law* – em especial os de matriz francesa – tinham uma performance de eficiência econômica pior do que a dos países do *common law*. No entanto, há, segundo o economista, críticas importantes a se fazer a esta análise, como a própria possibilidade de se mensurar com precisão estas performances. Os indicadores capturam apenas algumas poucas das muitas dimensões envolvidas, e algumas das correlações feitas, que parecem, intuitivas, revelam um vínculo frágil de conexões causais. Ainda, também é criticável o fato de que o patamar em que se encontra cada país decorre de opções feitas no passado, sem que se saiba quais alternativas havia no momento em que foram feitas; pelo que medições de eficiência deveriam levar em conta não a situação atual de distintos países, mas a situação atual de cada país em relação às opções que tinha quando fez uma certa opção¹⁰.

Muito em voga, atualmente, o ranking do relatório anual *Doing Business*, do Banco Mundial. Com base nele – e para nele galgar posições – muitos países modificam suas políticas econômicas, e reformam suas estruturas institucionais. Mas seu método possui defeitos graves. Por exemplo, ao considerar as variáveis envolvidas na formalização de um negócio, o relatório propõe uma certa hipótese – a criação de um negócio hipotético – e recebe informações sobre como esta hipótese seria tratada nos distintos países. Ao fazer isso, contudo, gera distorções graves, já que apenas leva em conta os custos de tempo e dinheiro envolvidos na criação do negócio, esquecendo-se de seu desenvolvimento, e dos custos futuros que podem ser evitados nos distintos sistemas de formalização. Acima de tudo, o método desconsidera os efeitos que uma formalização de má qualidade acarreta em termos de despesas futuras e litígios¹¹.

¹⁰ Cf. B. Arruñada, *Instituições de mercado e competência do judiciário*, in, *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito*, 1ª. Ed., São Paulo, Elsevier, 2005.

¹¹ Cf. B. Arruñada, *Pitfalls to Avoid when Measuring Institutions: Is Doing Business Damaging Business?*, in, *Journal of Comparative Economics* (2007) (35).

Ainda, Benito Arruñada cita numerosos erros de aplicação do método, por exemplo, quanto à incorreção dos dados considerados para a cidade de New York no relatório de 2005¹².

O Brasil tem ido mal na classificação do relatório *Doing Business*. Em 2018 ocupa a 125ª posição, após ter ocupado, em 2017, a 123ª, e, em 2016, a 116ª. No que diz respeito ao registro da propriedade, ocupa no ranking de 2018 a 131ª posição, após ter ocupado a 128ª em 2017 e a 130ª em 2016. Especificamente neste último ponto, contudo, há um grave erro metodológico. Dentre os itens medidos quanto à eficiência do registro está o número de procedimentos. Neste quesito o Brasil aparece como detendo uma situação aberrante em relação a outros países: 13,6 procedimentos, segundo o relatório de 2018. Nisso, não é ultrapassado por nenhum outro país. O país com o segundo maior número de procedimentos é a Nigéria, com 11,3, seguido pela Eritreia, com 11. Mas quando se verifica quais foram os procedimentos considerados, se vê que ao menos cinco deles dizem respeito à obtenção de certidões que, segundo a legislação federal, não são exigíveis, como, por exemplo, as certidões negativas de protesto, de FGTS ou da Justiça do Trabalho. Pois bem, pode-se argumentar que apesar de não serem imprescindíveis, estas certidões tornam a aquisição mais segura. Mas aqui está o problema metodológico: a definição do número de procedimentos na pesquisa deve levar em conta a premissa de que “*no other party holds a legal interest in it*”¹³, ou seja, não há terceiros com pretensões sobre a coisa. Ora, se todas estas certidões se destinam exatamente a verificar se há risco à aquisição por direitos de terceiros – oriundos, por exemplo, de fraude contra credores ou fraude à execução – então a premissa não está sendo levada em conta, o que certamente gera uma imensa distorção quando se compara o Brasil com outros países. E, de fato, este tipo de documento não aparece como procedimento no *economy profile* de nenhum outro país.

Com tudo isso, tendo em vista a dificuldade de se medir a segurança jurídica por meio destes indicadores que se pretendem universais, ante a multiplicidade de sistemas jurídicos, de sistemas de registro, de seus efeitos, e da diferença que fazem para a vida concreta dos habitantes de um dado país, propõe-se, aqui, a análise da maneira como os tribunais recebem os *inputs* produzidos pelos registros, e as consequências que a eles atribuem, como um meio de se medir a segurança jurídica produzida por eles. Isto será desenvolvido no próximo parágrafo.

¹² *Idem*.

¹³ Cf. o website <http://www.doingbusiness.org/Methodology/registering-property>.

4. A OBSERVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AO REGISTRO COMO MEIO DE SE MEDIR A SEGURANÇA GERADA PELO SISTEMA

Observa Benito Arruñada que “é possível ter um registro perfeito. No entanto, se os juízes não executarem as hipotecas, ninguém fará hipotecas”¹⁴. Ou seja, a eficácia e a segurança gerada pelo registro dependem de manter este uma coordenação muito próxima, e muito afinada, com os juízes. Segundo o economista, em muitos países e em muitos contextos os juízes e os legisladores permitem que, por sua situação de carestia, o devedor continue usando e fruindo do imóvel que foi oferecido em garantia, a despeito dos direitos do credor. Nesse sentido, em 1930, nos EUA, durante a grave crise que se abateu neste tempo, muitos estados norte-americanos instituíram uma moratória de hipotecas. O resultado é que por muitos anos deixou-se de fazer hipotecas nestes lugares, contribuindo para que o crédito secasse, e o problema econômico perdurasse¹⁵.

Os registros são instituições que produzem provas seguras das titularidades de direitos, que não geram efeitos apenas no tráfico jurídico extrajudicial, por serem dotados de legitimação e ensejarem a disponibilidade, como também nas disputas judiciais. E, tratandose de sistemas de registros de direitos, o registro afirma não apenas que em certa data se praticou uma certa inscrição a respeito de um certo negócio, mas que a situação jurídica do imóvel é aquela que consta dos seus assentos. Mas nem todos os sistemas de registro produzem os mesmos efeitos, razão pela qual a maior ou menor vinculação dos tribunais, e, com ela, de todos os operadores do direito, depende do sistema registral em questão¹⁶.

Com isso, se propõe a possibilidade de se medir a segurança jurídica gerada por um dado sistema de registro segundo o tratamento – e reconhecimento – dispensado pelos tribunais às informações que são certificadas pelos registradores; ou seja, não medir a segurança segundo indicadores externos e artificiais, mas sim *in media res*, ou seja, em seu próprio contexto e sua própria realidade.

¹⁴ Cf. B. Arruñada, *A organização dos direitos de propriedade*, in, *Boletim do IRIB em Revista* (2006) (324).

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Cf. N. Nogueroles Peiró, Intervenção em mesa redonda ocorrida em Lisboa, no dia 20 de outubro de 2017, no colóquio “A presunção de verdade e titularidade no sistema registral português”.

Não tem o presente trabalho, por seu escopo, pretensões estatísticas, mas apenas o de ilustrar a possibilidade de se extrair conclusões acerca da segurança jurídica do registro por meio da análise das matérias de sua alçada que são levadas aos tribunais, em especial nos casos em que o demandante pretende impugnar aquilo que foi certificado pelos registradores.

5. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE IMÓVEIS.

5.1. A alienação fiduciária em garantia de imóveis no Direito Brasileiro

A alienação fiduciária em garantia de imóveis foi introduzida no Brasil pela Lei Federal 9.514 de 1997, que não apenas criou nova modalidade de garantia real imobiliária, como também disciplinou minuciosamente o contrato que a institui e a sua execução, além de uma série de operações financeiras relacionadas ao mercado imobiliário.

A nova modalidade surgiu em resposta a uma necessidade de se criar as condições necessárias para a revitalização e expansão do crédito imobiliário, o qual sofria com a morosidade da execução das hipotecas¹⁷. Segundo Melhim Namem Chalub, autor do anteprojeto que resultou na Lei Federal 9.514 de 1997, “a alienação fiduciária foi instituída após um longo período de crise no mercado imobiliário, que teve como marco principal a extinção do Banco Nacional da Habitação, em 1986. A partir desse evento, a sociedade passou a se mobilizar em busca de mecanismos de crédito que pudessem reativar a atividade produtiva imobiliária e a comercialização de imóveis, sobretudo para habitação. Foi nesse contexto que em 1990 se desenvolveram duas Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito no Congresso Nacional, que diagnosticaram as causas da debacle do Sistema Financeiro da Habitação. Nos anos seguintes foram realizados estudos e seminários internacionais nos quais foram examinados os sistemas de financiamento de alguns países. A partir dos subsídios recolhidos nesses eventos, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.242, em fevereiro de 1997, que veio a ser convertido na Lei 9.514/1997, pela qual foi regulamentada a securitização de créditos imobiliários, como mecanismo de captação de recursos para financiamento imobiliário, e foram instituídas novas garantias, entre elas a propriedade

¹⁷ CCf. Melhim Namem Chalub, *Negócio Fiduciário*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 220.

fiduciária, o regime fiduciário de créditos no processo de securitização e a caução de direitos aquisitivos sobre imóveis”¹⁸.

A execução da hipoteca, como regra, é lenta. Há uma imensa gama de recursos à disposição do devedor, e o Judiciário Brasileiro, na prática, é composto por três instâncias. O arrematante vê seu capital sair de sua disponibilidade, sem vislumbrar possibilidade de ingressar na posse do imóvel com brevidade, pelo que os lances nos leilões tendem a ser cada vez menores, e os bens mais depreciados¹⁹.

A essência do instituto é a idéia de propriedade fiduciária: a transmissão da propriedade ao credor com escopo de garantia. E isto se faz pela formação de patrimônios autônomos, de certa maneira destacados do patrimônio geral de quem o constitui e de quem o recebe, e afetados a uma específica finalidade. Com isso, o bem fica imune a qualquer efeito resultante da eventual insolvência de qualquer deles, pelo que se trata de modalidade de “patrimônio de afetação”²⁰.

O patrimônio de afetação – hoje aceito no Brasil não apenas na alienação fiduciária em garantia, como também no tradicional fideicomisso (Código Civil Brasileiro, artigos 1.951 a 1.960), nos fundos de investimento imobiliário (Lei Federal 8.668 de 1993, art. 6º), na proteção dos adquirentes de unidades autônomas em construção nas incorporações imobiliárias (Lei Federal 10.931 de 2004, art. 31-A), dentre outras hipóteses – significa que uma mesma pessoa pode ser titular de mais de uma massa patrimonial, recebendo cada uma delas tratamento jurídico diferente em função de sua finalidade. Disso decorre uma aptidão para que cada uma dessas massas estabeleça relações jurídicas próprias, de modo a serem a elas circunscritas, e, por conseguinte, não afetar os demais patrimônios da pessoa²¹.

A propriedade fiduciária é direito real, com oponibilidade erga omnes. Sua causa é o contrato, redigido com os elementos determinados na lei; e seu modo de aquisição, tratando-se de imóveis, é o negócio jurídico de transmissão, somado ao registro, já que o Brasil, por tradição que remonta às Ordenações do Reino de Portugal, não adota o consensualismo.

¹⁸ Cf. Melhim Namem Chalhub, entrevista concedida à revista *Fé Pública* (2014) (19).

¹⁹ Cf. Narciso Orlandi Neto, *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (breve ensaio)*, in, *Boletim do IRIB* (1997) (246).

²⁰ Cf. Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 135.

²¹ Cf. Melhim Namem Chalhub, *Propriedade Imobiliária – Função social e outros aspectos*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 26.

Uma vez transferida a propriedade, a posse se desdobra: a posse direta permanece com o devedor, que pode usar e fruir do bem. Mas o credor passa a ser titular da sua posse indireta.

O devedor que oferece o bem em garantia é conhecido como “devedor fiduciante”, e, na vigência da garantia, deixa de ser o proprietário do bem. Tem, no entanto, uma expectativa – e uma pretensão – de exigir a restituição do bem quando cumprida sua obrigação, pelo que se pode dizer que é um “proprietário sob condição suspensiva”²².

Consiste sua situação em um direito real de aquisição, que é transmissível *inter-vivos ou causa-mortis*; o legitima para promover ações reais contra quem o viole; e pode até mesmo ser arrestado, sequestrado ou penhorado²³.

No outro polo da relação jurídica está o credor, que recebe o bem em garantia, e é conhecido como “credor fiduciário”. Este recebe a propriedade do bem oferecido em garantia. Mas sua propriedade é limitada e temporária, já que resolúvel. É limitada porque os poderes do credor circunscrevem-se à finalidade de garantia. Não pode usar nem fruir do bem, já que a posse direta permanece com o devedor; nem dele dispor de maneira independente da cessão de sua posição contratual. E é temporária porque resolve-se pelas causas previstas no próprio título em que se estabelece sua transmissão, sendo a principal delas o cumprimento integral da obrigação pelo devedor.

Ainda, em razão da afetação do bem à garantia, somente se admite a penhora de seu direito de crédito garantido pelo bem, mas nunca do bem propriamente dito²⁴.

Implementada a condição resolutiva, a restituição da propriedade ao devedor é efeito automático, não sendo necessário ato de disposição pelo credor. Por outro lado, em caso de inadimplemento pelo devedor, e, consequentemente, de inocorrência do implemento da condição resolutiva da propriedade, tem início o procedimento extrajudicial de execução, que adiante se verá.

Mas a alienação fiduciária de bens imóveis não foi a primeira experiência brasileira no que diz respeito ao uso da propriedade fiduciária como mecanismo de garantia de credores. Na verdade, já nos anos 60 havia no Direito Brasileiro garantias tais, tendo por objeto bens de outras naturezas.

²² Cf. Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p.140.

²³ *Idem*, pp. 145-146.

²⁴ *Ibidem*, p. 147.

O primeiro dispositivo legal que disso tratou foi a Lei Federal 4.728 de 1965, que, em seu artigo 66 e parágrafos, previa, especificamente no âmbito do mercado de capitais, a alienação fiduciária em garantia de bens móveis infungíveis, com transmissão da propriedade ao credor, e detenção pelo devedor. O dispositivo foi alterado pelo Decreto-lei Federal 911 de 1969, estabelecendo que o devedor seria possuidor direto do bem, mas se sujeitava às responsabilidades próprias do depositário (em especial, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel). O Código Civil de 2002, em seus artigos 1.361 a 1.368, ampliou o uso desta modalidade para qualquer credor, não mais vigorando a restrição ao mercado financeiro²⁵.

E finalmente, após a criação da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis em 1997, e a eliminação das restrições ao uso da alienação fiduciária em garantia de bens móveis infungíveis, novas modalidades de negócio fiduciário vieram a ser criadas pela Lei Federal 10.931 de 2004, também específicas para o mercado financeiro e de capitais: a alienação fiduciária em garantia de coisa fungível e a cessão fiduciária em garantia de direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito.

5.2. O contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel

O contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel deve conter uma série de cláusulas, enunciadas pela lei, que são requisitos de forma essenciais, ou seja, sua ausência implica a nulidade da avença. No entanto, ainda quanto à forma, a Lei Federal 9.514, em seu artigo 38, dispensou a escritura pública, admitindo a formalização por instrumento particular independente do valor do negócio.²⁶

Estas cláusulas vêm no artigo 26 da lei, e dizem respeito aos elementos fundamentais do negócio. Em primeiro lugar, deve-se identificar a obrigação que está sendo garantida, pelo valor do principal da dívida, ou seja, do valor do capital, seguindo-se do estabelecimento do prazo e condições de reposição do empréstimo ou do crédito tomado pelo devedor. Ainda neste primeiro ponto, a indicação da taxa de juros e demais encargos incidentes sobre a operação.

²⁵ *Ibidem*, p. 155

²⁶ A regra geral no Direito Brasileiro, segundo o artigo 108 do Código Civil, é a de que negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país devem ser celebrados por escritura pública, lavrada por notário, sob pena de invalidade.

Em seguida, deve haver disposição expressa pela qual ocorre a constituição da propriedade fiduciária propriamente dita, descrevendo-se o imóvel objeto da alienação, e indicando-se o título e modo de sua aquisição pelo devedor. Em razão da estrutura da propriedade fiduciária e do desdobramento da posse, deve haver, também, necessariamente, cláusula que assegura do devedor fiduciante, enquanto se mantiver adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel oferecido em garantia.

Finalmente, deve o contrato prever de maneira minuciosa todos os procedimentos envolvidos na execução extrajudicial da garantia, iniciando-se pela indicação do valor de venda do imóvel em leilão e dos seus critérios de revisão, que, caso seja inferior ao utilizado pelo órgão competente para fins de apuração do imposto de transmissão da propriedade, será substituído por este último como valor mínimo de venda no primeiro leilão.

Os procedimentos de execução extrajudicial serão detalhados a seguir.

5.3. A execução extrajudicial da garantia fiduciária

A execução extrajudicial do imóvel alienado fiduciariamente insere-se em um movimento maior de desjudicialização. Há uma dificuldade do Estado em corresponder com rapidez às demandas judiciais da sociedade contemporânea, e, com isso, buscam-se meios alternativos de solução de conflitos jurídicos, como já ocorreu, no Brasil, por exemplo, com o reconhecimento da arbitragem, e a possibilidade de instrumentalização de separações, divórcios e as respectivas partilhas, bem como as partilhas causa mortis, perante notário²⁷.

No que toca à execução civil, contudo, há um complicador adicional: a presença de atos de império na constrição dos bens do devedor. Para estes, a solução é mantê-los na esfera estatal, mas delegados a certos agentes públicos que exerçam função pública de forma privada²⁸.

A Lei 9.514 não foi a primeira iniciativa brasileira de execução extrajudicial no âmbito imobiliário. Já nos anos 60 o Decreto-Lei Federal 70 de 1966 previa, como estímulo às instituições financeiras, a possibilidade de credor hipotecário executar sua garantia sem ter de recorrer aos tribunais, por meio de um agente fiduciário. Vencida e não paga a dívida, o credor deveria encaminhar ao agente fiduciário solicitação de execução da dívida, acompanhada do seu título devidamente registrado no registro de imóveis,

²⁷ Cf. Flavia Pereira Ribeiro, *Desjudicialização da Execução Civil*, 1ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 36-41.

²⁸ *Idem*, pp. 36-41.

de memorial de cálculo do saldo a pagar discriminando valor do principal, juros, multas e outros eventuais encargos, e de cópia dos avisos de cobrança enviados ao devedor. O agente fiduciário então notificaria o devedor, por meio de cartório de registro de títulos e documentos, concedendo o prazo de 20 dias para pagar. Não paga a dívida integralmente, o agente fiduciário então publicaria editais, e, nos 15 dias seguintes realizaria leilões públicos do imóvel. Sendo bem sucedido o leilão, o leiloeiro, o agente fiduciário, o credor e mais cinco testemunhas assinariam uma carta de arrematação, que serviria de título à transmissão no registro de imóveis²⁹. O judiciário interviria, eventualmente, em caso de necessidade de imissão do arrematante na posse do imóvel, ou de questionamento do procedimento pelo devedor.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 a constitucionalidade deste tipo de execução tem sido questionada na doutrina e na jurisprudência, por suposta violação à inafastabilidade da jurisdição, ao devido processo legal, ao juiz natural e à ampla defesa. E, a despeito de sua constitucionalidade já ter sido reconhecida em sede de controle difuso de constitucionalidade no ano de 1998 (Recurso Extraordinário 223.075-1/DF), a discussão segue. Em 04 de março de 2010 foi reconhecida a repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, esta foi admitida a julgamento³⁰. Há dois recursos pendentes de julgamento desde 2011 (Recurso Extraordinários 556.520 e 627.106)³¹, ainda não decididos.

Na alienação fiduciária em garantia, o procedimento se inicia pela constituição em mora do devedor em atraso. Pode ou não haver prazo de carência para o início da execução, a critério das partes (art. 26, §2º). A constituição em mora se dá, a requerimento do credor, por notificação realizada pelo registro de imóveis em que registrada a garantia, ou, a seu pedido, pelo registro de títulos e documentos (art. 26, §3º), ou, ainda, pelos Correios, com aviso de recebimento. O que importa é haver prova inequívoca da ciência do devedor. Este terá então o prazo de quinze dias para pagar as parcelas vencidas e vincendas, acrescidas de juros, multas e demais encargos (art. 26, §1º).

²⁹ *Ibidem*, pp. 46-47.

³⁰ A “repercussão geral” foi inserida na Constituição Federal (art. 102, §3º) pela Emenda Constitucional 45 de 2004. Trata-se de requisito de admissibilidade do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que afasta os casos que não transcendam os interesses subjetivos envolvidos, ou seja, aqueles em que não haja relevância social, política, econômica ou jurídica.

³¹ Cf. Flavia Pereira Ribeiro, op. cit., p. 48.

Quanto à notificação, a Lei Federal 13.465 de 2017 inovou ao permitir a “notificação por hora certa”, análogo da “citação por hora certa” prevista para os processos judiciais nos artigos 252 a 254 do Código de Processo Civil. Trata-se de mecanismo de cientificação que deve ser empregado pelo notificador nas situações em que haja suspeita motivada de ocultação por parte do devedor. Se, por duas vezes, o notificador procura o devedor em seu domicílio ou residência e não o encontra, e tem motivos fundados para desconfiar de que o devedor está dolosamente se furtando a receber a notificação, então intimará em seu lugar qualquer pessoa da sua família, ou, em sua falta, qualquer vizinho (ou, nos condomínios edifícios ou outros conjuntos imobiliários com controle de acessos, ao funcionário da portaria), aos quais informará que retornará no dia seguinte, na hora que designar, para realizar a notificação do devedor (art. 26, §3º-A). Não estando o devedor presente na hora designada, o notificador buscará informar-se das razões da ausência, e dará por feita a notificação ainda que também esteja ausente o parente ou vizinho que foi intimado no dia anterior (Código de Processo Civil, art. 253, §§ 1º e 2º). E, no prazo de dez dias contados da elaboração da juntada nos autos do procedimento da certidão lavrada pelo notificador, o registrador encaminhará ao devedor carta, telegrama ou correspondência eletrônica dando-lhe de tudo ciência (Código de Processo Civil, art. 254).

Por outro lado, se não há suspeita de ocultação pelo devedor, mas este não é notificado por se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível, o notificador certificará tal fato, e, à vista desta certidão, o registro de imóveis promoverá a notificação do devedor por edital, publicado durante três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou, se nenhum aí houver com circulação diária, em outro de comarca de fácil acesso. O prazo de 15 dias para pagar será contado da data da última publicação (art. 26, §4º).

Se, dentro do prazo, o devedor comparece ao registro de imóveis para purgar a mora, o procedimento é encerrado, e o contrato segue em vigor (art. 26, §5º). Nesse caso, deverá o registrador entregar ao credor fiduciário as importâncias recebidas nos três dias seguintes, deduzindo delas as despesas de cobrança e intimação (art. 26, §6º). Por outro lado, se decorrido o prazo sem purgação da mora, o registrador certificará este fato, e comunicará o credor. A seguir, mediante requerimento deste, e prova do pagamento do imposto de transmissão (e *laudêmio*, se o caso), averbará na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade em nome do credor (art. 26, §7º). Em princípio, precluído estaria, neste momento, o direito de o devedor purgar a mora. No entanto, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, desde 2014 (Recurso Especial 1.462.210-RS), a possibilidade de a mora ser purgada até a assinatura do auto de arrematação

em leilão. Conforme decidido no recurso, a consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor não extingue de pleno direito o contrato, mas apenas inaugura uma nova etapa do procedimento de execução. Ainda, o artigo 39, II da Lei Federal 9.514 de 1997 admite a aplicação subsidiária do Decreto-Lei 70 de 1966, o qual, em seu artigo 34, admite a purga do débito a qualquer tempo até a assinatura do auto de arrematação.

De todo modo, uma vez averbada a consolidação da propriedade em nome do credor, admite-se a dação em pagamento pelo devedor, com anuência do credor, de seus direitos sobre o bem, extinguindo-se a dívida (art. 26, §8º). Isto não ocorrendo, terá o credor o prazo de trinta dias, contados da data da averbação da consolidação, para realizar leilão público para alienação do imóvel (art. 27). Este leilão é obrigatório, somente podendo ser dispensado na mencionada hipótese da dação em pagamento, e pode ser realizado extrajudicialmente. Neste primeiro leilão o valor mínimo admitido será o valor estabelecido para o bem consensualmente (art. 27, §1º), ou o empregado para lançamento pelo órgão competente do imposto de transmissão, se maior (art. 24, § único). Não havendo lance que supere o valor mínimo, deve o credor, obrigatoriamente, nos quinze dias seguintes, realizar um segundo leilão, no qual o valor mínimo será o valor da dívida, acrescido de despesas, prêmios de seguro, encargos etc (art. 27, § 2º).

Segundo a Lei 13.465 de 2017, as datas, horários e locais dos leilões deverão ser comunicados ao devedor, mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, e, inclusive, endereço eletrônico (art. 27, §2º-A). Esta lei também acabou introduzindo no sistema um reflexo do que vinha sendo decidido nos tribunais quanto à possibilidade de purgação da mora até o auto de arrematação, atribuindo ao devedor, nos dois leilões, direito de preferência na aquisição do bem pelo valor da dívida acrescido de todos os encargos e despesas (Art. 27, §2º-B).

Note-se, contudo, que a opção da nova lei não foi a de se desfazer a consolidação da propriedade, mas sim a de atribuir preferência ao devedor, em condições privilegiadas, em uma nova transmissão. O dispositivo é expresso há uma ‘nova aquisição’, e que arcará o devedor com todos os encargos e tributos exigíveis por conta dela, em especial imposto de transmissão e emolumentos do registro. A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo tem tratado da mesma maneira as situações em que a purgação da mora ocorre fora do registro e o credor, ainda assim, requer a consolidação da propriedade, seja antes da averbação da consolidação da propriedade³², seja após³³.

³² Cf. Processo CGJSP 1005179-93.2017.8.26.0100.

³³ Cf. Processo CGJSP 1012250-49.2017.8.26.0100.

Havendo arrematação por terceiro, por outro lado, nos cinco dias seguintes à data do leilão bem sucedido deverá o credor entregar ao devedor qualquer quantia que ultrapasse os valores que lhe eram devidos, e este fato implicará quitação recíproca entre credor e devedor (art. 27, §4º). Não havendo, contudo, lance no segundo leilão que supere o valor mínimo, considerar-se-á extinta a dívida do devedor, e exonerado o credor da obrigação de lhe entregar qualquer valor (art. 27, §§ 5º e 6º). Poderá, então, o credor ficar com o imóvel para si, ou aliená-lo a quem queira, da maneira e pelo preço e condições que desejar.

5.4. Análise de decisões do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em ações judiciais questionando a regularidade das execuções extrajudiciais.

Diante da premissa já exposta de que a repercussão nos tribunais das matérias que envolvem os registros é uma medida da segurança jurídica que eles geram, passa-se a análise de como a higidez do procedimento extrajudicial de execução na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis vem sendo tratada pelos tribunais brasileiros.

Para tanto, escolheu-se o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que julga, em segunda instância os recursos contra as decisões de competência da Justiça Federal de primeiro grau dos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. A escolha da Justiça Federal se dá em razão da competência que detem para julgar as ações que envolvam a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal que exerce, no país, papel preponderante no mercado da concessão de crédito imobiliário. E a escolha do Tribunal da 3ª Região decorre de sua representatividade, já que os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul juntos, segundo projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística para o ano de 2017, teriam 47.808.013 habitantes de um total para o país de 207.660.929, ou seja, quase um quarto da população do país.

A pesquisa de jurisprudência, realizada pelo sistema eletrônico de busca do tribunal, abrangeu o período compreendido entre 01º de janeiro e 31 de dezembro de 2017, empregando-se o termo “consolidação da propriedade”. O objetivo principal foi o de verificar a porcentagem de procedimentos de execução extrajudicial que são ratificados pelo tribunal, e a porcentagem de procedimentos que são rechaçados por nulidade, em especial por falha do registrador.

Da busca resultou um total de 251 decisões judiciais, que podem ser divididas conforme a tabela a seguir:

Tipo de decisão	Quantidade	% do total
Lei constitucional; procedimento hígido; admitida purgação da mora	40	15,93%
Lei constitucional; procedimento hígido; não admitida purgação da mora em razão de inexistência ou insuficiência de valores	35	13,94%
Lei constitucional; procedimento hígido; não admitida purgação da mora em razão de já ter ocorrido arrematação ou venda direta pelo credor a terceiro	12	4,78%
Lei constitucional; procedimento hígido; negada anulação	123	49,00%
Lei constitucional; procedimento hígido; negada anulação; devedor condenado por litigância de má-fé	4	1,59%
Lei constitucional; procedimento hígido; direito a restituição do excedente recebido pelo credor no leilão	4	1,59%
Responsabilidade por despesas condominiais após consolidação da propriedade fiduciária	11	4,38%
Impossibilidade de anulação do procedimento em razão de bem ter sido alienado a terceiro que não integrou o processo	2	0,79%
Impossibilidade de anulação do processo em razão de cessão da posição do devedor sem anuência do credor	2	0,79%
Admitida suspensão do procedimento por falta de comprovação da notificação do devedor para o leilão	2	0,79%
Admitida suspensão por morte do mutuário	1	0,39%
Admitida a anulação em razão de não reconhecimento pelo credor de pagamento regular realizado diretamente a ele	1	0,39%
Admitida a suspensão do procedimento em razão de, na notificação por hora certa, não ter ocorrido o envio ao endereço do devedor de carta dando de tudo ciência	1	0,39%
Matéria não relacionada ao tema	13	5,17%
Total	251	99,9%

Algumas conclusões interessantes podem ser extraídas dos resultados. Em primeiro lugar, verifica-se a plena adesão do tribunal ao permissivo de poder o devedor purgar a mora após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária. Não houve no período qualquer decisão que o negasse.

As que indeferiram este pleito o fizeram em razão da insuficiência do depósito feito pelo devedor, ou mesmo da inexistência de uma proposta séria nesse sentido (13,94% do total de decisões analisadas); ou então por conta do momento: o bem já fora transmitido a terceiro de boa-fé, por meio de arrematação, ou mesmo pela venda direta pelo credor, em situação na qual os dois leilões foram frustrados pela inexistência de lance que superasse o valor mínimo, ficando o bem em definitivo nas mãos do credor (4,78% do total de decisões).

Isto revela outro fato: 34,65% do total de decisões no período, ou seja, mais de um terço, diz respeito especificamente ao tema, pelo que se pode concluir que a abertura desta possibilidade ao devedor, se, por um lado, sensível a sua situação (em especial em se tratando de financiamentos habitacionais), por outro gerou considerável litigiosidade em matéria de execução de alienação fiduciária.

Ainda quanto à litigiosidade, chama atenção o fato de 4,38% das decisões envolverem a responsabilidade pelas despesas condominiais do imóvel. E todas as decisões foram no sentido de que a responsabilidade somente recai sobre o credor quando, além da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, obteve ele também a posse do bem.

Finalmente, o ponto principal: do total de decisões no período, 86,83% reconheceram não apenas que a Lei 9.514 é plenamente compatível com a Constituição Federal, mas também que, no caso concreto, o procedimento de execução se mostrou absolutamente regular. Observe-se que em quatro decisões, ou seja, em 1,59% do total, houve ainda condenação do devedor por litigância de má-fé, em razão do manifesto não cabimento da anulação. Mas isto não significa que 13,17% dos arestos decidiram pela inconstitucionalidade da lei, ou pela nulidade do procedimento. Quanto à constitucionalidade, não houve nenhuma no período que não a reconhecesse. E quanto ao reconhecimento de falhas no procedimento – acarretando sua anulação ou suspensão – isto se deu em apenas 1,57% das decisões.

Tomando-se apenas o universo em que se discutia a higidez do procedimento – e, portanto, se descartando as que tratassem de outros assuntos – como, por exemplo, a purgação extemporânea da mora, a responsabilidade pelos débitos condominiais, ou ainda outras matérias não relacionadas ao tema – tem-se que em 94,07% dos casos foi reconhecida a absoluta regularidade da execução extrajudicial. Em 2,96% dos casos não houve julgamento conclusivo em razão de ilegitimidade do autor – cessionário do bem em cessão à qual o credor não anuiu, ou então por conta de o adquirente do bem não ter participado do processo. E em 2,96% dos casos houve re-

conhecimento de defeito no procedimento, que resultou em suspensão ou anulação do processo.

Dentre os casos em que houve reconhecimento de defeito, 75% são imputáveis ao credor. Em 50% deles não houve notificação ao devedor quando da realização dos leilões, comunicação esta que é feita após a averbação da consolidação da propriedade, e, portanto, após o encerramento do procedimento registral de execução da garantia. Em 25% deles o credor recebeu o valor devido, mas, alguns meses depois, estornou o lançamento, dando início a cobrança irregular. E em 25% - que correspondem a apenas um caso dentro do total de 251 decisões - houve suposto defeito no procedimento registral execução, em situação na qual após a realização de notificação por hora certa, da qual já se tratou, não houve a cientificação do devedor pelo envio oportuno de correspondência dando conta do ocorrido.

Conclui-se, com isso, que o procedimento registral de execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia de imóveis é, de maneira geral, reputado seguro pelos tribunais, e são mantidos seus resultados quando questionados judicialmente. Assim, ao conduzi-lo o registro de imóveis colabora para a prevenção de litígios, e fornece segurança jurídica aos credores que nele confiam.

6. CONCLUSÃO

A análise de decisões judiciais relacionadas à temática dos registros é um meio apto a avaliar a segurança jurídica gerada por eles no que diz respeito à proteção dos direitos reais sobre imóveis. Se segurança jurídica significa certeza e previsibilidade, então o sistema é tão mais seguro quanto o resultado das demandas acompanhe aquilo que, em sede administrativa, já foi estabelecido pelos registros.

E da observação do período de 2017, há uma coordenação bastante bem assentada entre os dados dos registros acerca da execução extrajudicial e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Os registradores de imóveis certificam que as formalidades envolvidas no procedimento de execução foram atendidas, e, mediante requerimento e recolhimento do imposto de transmissão, averbam a consolidação da propriedade; e em 94,07% dos casos, a consolidação, e, por conseguinte, todo o procedimento, foi referendada pelo tribunal.

Ainda, a possibilidade que se criou de poder o devedor purgar a mora até a assinatura do auto de arrematação gerou um aumento na litigiosidade, e, uma vez que esta etapa é processada fora do registro, criou para as partes riscos até então inexistentes. Passa a haver um novo elemento de incerteza

na execução extrajudicial, o que é maximizado pela necessidade de nova intimação para a realização dos leilões, processada também fora do âmbito do registro.

Se hace camino al andar, dizia Antonio Machado; e se avalia a segurança jurídica produzida por um sistema de registros quando se pode vê-lo em ação. Deve-se ter cuidado com indicadores que tenham pretensões de universalidade e deconsiderem os contextos locais, reduzindo a realidade a limites demasiadamente estreitos.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARRUÑADA, Benito, *Instituições de mercado e competência do judiciário*, in, *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito*, 1ª. Ed., São Paulo, Elsevier, 2005.
- _____, *Pitfalls to Avoid when Measuring Institutions: Is Doing Business Damaging Business?*, in, *Journal of Comparative Economics* (2007) (35).
- _____, A organização dos direitos de propriedade, in *Boletim do IRIB em Revista* (2006) (324).
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis Maria, *Registro de imóveis, um sistema eficaz de segurança jurídica*, in, *Boletim do IRIB* (2000) (282).
- CHALHUB, Melhim Namem, *Negócio Fiduciário*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- _____, *Propriedade Imobiliária – Função social e outros aspectos*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- COUTO E SILVA, Clóvis do, *A Obrigação como Processo*, 1ª Ed., Rio de Janeiro, FGV, 2006.
- JACOMINO, Sérgio, *Registro de imóveis, segurança jurídica e financiamento imobiliário*, in, *Boletim do IRIB em Revista* (2003) (309).
- JARDIM, Mônica, *A segurança jurídica gerada pela publicidade registral em Portugal e os credores que obtêm registro de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial*, in, *Boletim do IRIB em Revista* (2005) (323).
- ORLANDI NETO, Narciso, *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis (breve ensaio)*, in, *Boletim do IRIB* (1997) (246).
- PEREIRA MENDES, Isabel, *Estudos Sobre Registro Predial*, 1ª Ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- PEREIRA RIBEIRO, Flavia, *Desjudicialização da Execução Civil*, 1ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LA ESCASEZ DE VIVIENDAS, EL CRECIMIENTO VERTICAL Y LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS NACIONES UNIDAS

Luis Alberto Aliaga Huaripata

Presidente del Tribunal Registral SUNARP. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres (Posgrado).

RESUMEN: Este trabajo pretende analizar el problema de la “acefalía” o falta de directivos con facultades vigentes de la junta de propietarios en el ordenamiento jurídico Peruano; instancia que reúne a todos los propietarios de las secciones de dominio exclusivo y tiene por objeto la conservación y mantenimiento del edificio y que, consecuentemente, representa a dicho colectivo y celebra contratos y asume obligaciones en su nombre, pese a lo cual no se le reconoce personalidad jurídica.

En ese sentido, la junta de propietarios requiere contar con un presidente o junta directiva con facultades vigentes que asuma su gestión o administración (internamente) y representación (externamente), lo que no sucede generalmente en la práctica, por lo que se precisa de su regularización a efectos de asegurar la debida convocatoria a la junta; en este punto se desarrollarán los siguientes supuestos: i) sujeto legitimado para convocar en la regularización del régimen de propiedad especial. ii) sujeto legitimado para convocar en la elección del primer presidente de la junta de propietarios. iii) sujeto legitimado para convocar en caso de imposibilidad del presidente con mandato vigente. iv) legitimación del último presidente inscrito con mandato vencido.

ABSTRACT: This work intends to analyze the problem of the “acephalia” or lack of executives with existing powers of the Board of owners in the legal system Peruvian; instance that brings together all the owners of exclusive domain sections aims at the conservation and maintenance of the building and, consequently, represents said collective and holds contracts and assumes obligations on its behalf, although it does not recognize its legal personality.

In that sense, the Board of owners requires a President or Board of Directors with applicable powers that assume its management or administration (internally) and representation (externally), which doesn't generally occur in practice, so their regularization is needed for the purpose of ensuring the proper call to the Board; at this point the following will take place: i) subject entitled to convene in the regularization of the special property regime. ii) legitimate subject to convene in the election of the first President of the Board of owners. iii) entitled subject to convene in the event of impossibility of the President

with the existing mandate. iv) legitimization of the late President registered with expired mandate.

PALABRAS CLAVES: Junta de propietarios. Propiedad horizontal. Acefalía. Regularización de directivas.

KEYWORDS: Board of owners. Horizontal property. Acephalia. Regularization of directives.

I. INTRODUCCIÓN: LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA ONU(ODS)

1. El 25 de setiembre del año 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó “La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, que se compone de 17 objetivos, 169 metas y 241 indicadores y que tiene un enfoque de derechos que busca un desarrollo sostenible global (<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/la-agenda-de-desarrollo-sostenible/>)

El objetivo 11 se refiere a “*Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles*” y cuya meta 11.1 propone “*(...), asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales*”; es decir, ciudades que brinden oportunidades y beneficios para todos y favorezcan el contacto, que permitan realizar previsiones de los centros urbanos frente a los fenómenos naturales, que sean capaces de resistir y recuperarse de las crisis, etc.

2. Siendo que los 17 objetivos de desarrollo globales (ODS) buscan erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar prosperidad para todos, es decir, transformar el mundo (con el concurso de gobiernos, sector privado, sociedad civil, etc.), la “dimensión jurídica” no podría obviarse.

3. El concepto de “seguridad” tiene una dimensión física como jurídica; en ese sentido, el objetivo undécimo (11) debería comprender la “seguridad jurídica” en materia de derechos de propiedad, derecho esencial de las personas y base de su desarrollo material y espiritual, sin lo cual el gran propósito de transformación del mundo no podría lograrse. Así, mejorar la regulación jurídica en materia inmobiliaria constituye también prioridad.

II. CIUDADES Y ESCASEZ DE VIVIENDAS

1. Sobre la ciudad se ha dicho con acierto que, “*La ciudad en que vivimos es un elemento esencial de nuestra circunstancia. Y por tanto es*

*una parte esencial de nosotros mismos. Esto es puro raciovitalismo, pero es también una experiencia. En la famosa fórmula de Ortega, el primer yo engloba la circunstancia, de modo que no es algo añadido a nosotros mismos, sino nosotros mismos. Un elemento de cada uno es su propia circunstancia. (...). Ortega añadía: 'y si cambia mi circunstancia cambio yo'. No nos es indiferente la evolución de nuestra ciudad. Los que gobiernan la ciudad están determinando, en buena parte, nuestra vida".*¹

2. Como sabemos, el crecimiento de las ciudades se aceleró en la “Revolución Industrial”, la misma que se iniciara en Londres a mediados del siglo XVIII y propagara a Europa y al resto del mundo; proceso de transformación económica, social, política, cultural y tecnológica que modificó el panorama mundial y cuyos efectos aún pueden advertirse.²

En Latinoamérica y en el Perú el fenómeno de las migraciones del campo a la ciudad se ha desarrollado de manera constante, en especial debido a causas económicas (como el “centralismo económico” donde la riqueza se concentra en la capital y las provincias se mantienen empobrecidas), el terrorismo, el narcotráfico, los cataclismos, las enfermedades, etc.

3. En el caso de Lima y en términos generales la explosión demográfica ha sido dramáticamente exponencial, como sucede con muchas ciudades de Latinoamérica y el mundo; así, en la década del 40’ la población no excedía de 500,000 habitantes, luego en la década del 80’ ya se acercaba a los 5 millones y en la actualidad 9 millones; lo que implica mayores requerimientos de servicios de salud, alimentos, transporte, vivienda, etc. y que ha superado largamente las posibilidades de respuesta del Estado, incluido Municipios y Gobiernos Regionales; por ejemplo, sólo el 20% de Municipios distritales del país cuenta con un Plan de Desarrollo Urbano y un 11% de Plan Vial, lo que deriva en informalidad y crecimiento desordenado de la ciudad³ (Plan Metropolitano de Desarrollo Urbano de Lima y Callao – PLAM 2035)⁴; respecto de la vivienda y según el informe “Perú situación inmobiliaria” (BBVA, Banco Continental, 2011), el déficit habitacional en el mercado

¹ Pau Pedrón, Antonio. Madrid en sus libros. 1539-2000, Madrid - Editorial Trotta S.A., 2009, p. 8.

² http://www.finanzasparatodos.es/gepeese/es/inicio/laEconomiaEn/laHistoria/revolucion_industrial.html

³ <http://www.imp.gob.pe/index.php/plan-metropolitano-de-desarrollo-urbano-de-lima-y-callao-plam>

⁴ Diario Oficial “El Peruano” del 26 de setiembre de 2014. Hablan Las Ciudades (comentarios sobre el ciclo de conferencias realizadas en la Cámara de Comercio de Lima: “Infraestructura: retos y oportunidades para las nuevas autoridades”).

peruano bordeaba los 2 millones de viviendas, lo que suponía un reto y una oportunidad de negocios y la necesidad de acceso al crédito (siendo que sólo el 25% de ese déficit se encontraba en Lima y el resto en las provincias del país)⁵, situación que no ha cambiado sustancialmente y a pesar del “boom inmobiliario” de la década 2003-2013, lo que elevó los precios sustancialmente (en ese periodo el Perú tuvo un sorprendente crecimiento –a diferencia de muchos países afectados por la crisis norteamericana y europea-, a una tasa anual promedio del 6% y una inflación de menos del 1% anual, siendo el sector construcción uno de los más dinámicos).⁶

El déficit de vivienda subsiste en nuestro país, los precios no han bajado y entonces la alternativa más viable para la mayoría de nuestra población es la adquisición de departamentos en edificios, lo que implica ventajas en términos económicos, comodidad y seguridad, pero también la desventaja de someterse a una convivencia obligatoria y a una serie de limitaciones derivadas del régimen de “Propiedad Horizontal”.

Definitivamente, hay mucho por hacer en esta materia y la solución no es únicamente legal (sin dejar de ser un factor importante), pues existen otros elementos que también influyen de carácter social, cultural, político, económico, etc.

4. En la línea del undécimo (11) Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, referente a la “seguridad jurídica” en materia de derechos de propiedad como exigencia fundamental para alcanzar la transformación del mundo y la mejora de la regulación jurídica e interpretación jurisprudencial, en esta oportunidad analizaremos el problema de la junta de propietarios derivada de la denominada “Propiedad Horizontal”, su acefalía y formas de solución en el Ordenamiento Jurídico Peruano.

III. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y PROPIEDAD HORIZONTAL. ROL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. En el Perú la “Propiedad Horizontal”⁷, como es conocida a nivel de derecho comparado, es regulada bajo la forma dual, es decir, “régimen de propiedad exclusiva y propiedad común” y “régimen de indepen-

⁵ http://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/inmobiliario_peru_2011_tcm346--61212.pdf?ts=1492012

⁶ <http://www.inei.gob.pe/web/Boletin/Attach/14328.pdf>

⁷ Anteriormente regulada por el Decreto Ley N° 22112, “Ley de Propiedad Horizontal” (diario oficial “El Peruano” del 14/3/1978) y en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-78-VC (diario oficial “El Peruano” del 29/4/1978).

dización y copropiedad” (en adelante régimen de propiedad especial) en la Ley N° 27157⁸ y su Reglamento (cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA)⁹, así como la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN sobre el régimen de propiedad exclusiva y común (aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SN).¹⁰

Así, el artículo 129 del Reglamento de la Ley 27157 define a la propiedad exclusiva y propiedad común como el régimen jurídico que supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones inmobiliarias de propiedad exclusiva, pertenecientes a distintos propietarios y por bienes y servicios de dominio común. Agrega que dicho régimen cuenta con reglamento interno y una junta de propietarios. Este régimen jurídico es obligatorio en las edificaciones en las que coexistan secciones de propiedad exclusiva pertenecientes a distintos propietarios y zonas comunes, tal como se establece en el artículo 37 de dicha Ley y el artículo 125 de su reglamento.¹¹

2. Debe precisarse que, el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común supone la existencia de dos tipos de bienes: por un lado, las secciones de propiedad exclusiva sobre las cuales recae el derecho de propiedad exclusivo y excluyente y, por el otro, las zonas comunes de la edificación, cuya titularidad le corresponde a todos los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva en función a los porcentajes de participación que se les haya asignado en el reglamento interno de la edificación.

3. En cuanto a la participación en los bienes comunes, el artículo 130 del Reglamento de la Ley N° 27157 lo define como el derecho accesorio a cada unidad o sección de uso exclusivo y corresponde ejercerlo al propietario

⁸ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 20/07/1999.

⁹ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 8/11/2006.

¹⁰ Esquivel Oviedo, Juan Carlos. Problemas inmobiliarios y administrativos derivados de la convivencia en edificios. Enfoque legal y jurisprudencial, Lima - Gaceta Jurídica, 2012, p. 11.

¹¹ Según el punto 5.1. de la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, sobre el régimen de propiedad exclusiva y común, establece lo siguiente en cuanto a su ámbito de aplicación:

“De conformidad con el artículo 128 del Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA, el régimen de propiedad exclusiva y común es obligatorio en todos los casos en que existan unidades inmobiliarias superpuestas en el plano vertical.

En caso contrario puede optarse por el régimen de propiedad exclusiva y común o el de independización y copropiedad”.

de la misma. Agrega dicho artículo que los porcentajes son establecidos en el reglamento interno sobre la base de criterios razonables, como el área ocupada de las secciones de propiedad exclusiva, la ubicación de éstas, los usos a los que están destinadas, entre otros. Asimismo, el artículo 40 de la Ley N° 27157 señala que son bienes de propiedad común: el terreno sobre el que está construida la edificación, los pasajes, pasadizos, escaleras y en general, vías o áreas de circulación de uso común; las obras decorativas exteriores a la edificación o ubicadas en ambientes de propiedad común; jardines; sótanos y azoteas, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario; patios, pozos de luz, ductos y demás espacios abiertos, entre otros.

4. La junta de propietarios requiere ser convocada y contar con el respectivo quórum y mayorías para adoptar válidamente diversos acuerdos trascendentes para la comunidad, que incluyen la aprobación del reglamento interno en los supuestos de regularización de edificaciones, la modificación del reglamento interno en sus distintas variantes (adecuación, modificación de porcentajes de participación en los bienes comunes o desafectación de bienes comunes), transferencia de bienes comunes o la adquisición de bienes muebles o inmuebles para la comunidad de propietarios.

Como podrá advertirse, muchos de los actos son de primerísima importancia para la comunidad de propietarios pues implican la calificación de propios o comunes de los bienes de la edificación, la determinación de las cuotas de copropiedad que a cada propietario de sección de dominio exclusivo le corresponde sobre los bienes comunes o la transferencia de dominio de los bienes comunes a favor de terceros, entre otros.

5. Aspectos que deberán gozar de publicidad registral, esto es a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad o Registro de Predios; siendo que la publicidad registral es la “*exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general erga omnes y con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada*”¹²; si bien es cierto que en nuestro medio - como en muchos países de tradición romano germánico canónico -, el derecho de propiedad inmobiliaria se transmite de manera “consensual”¹³, ello no

¹² García García, José. “Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario”. Madrid - Editorial Civitas SA., T.I, p.41. Obra magistral cuyas principales ideas seguiremos en este punto.

¹³ Artículo 949 del Código Civil: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”

garantiza al adquirente la plena oponibilidad de sus derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior, al no disponer los terceros de mecanismos para conocer y respetar la nueva situación jurídica producida; así, deberá ser el Registro el llamado a definir las titularidades y eliminar cualquier “riesgo derivado”; es decir, frente al problema de la sistemática colisión de derechos existente, el derecho registral deberá resolver este caos mediante su intervención, estableciendo de manera objetiva e imparcial el orden de los derechos o títulos que concurren, confiriéndoles “rango” (“asiento de presentación”); en ese sentido, un concepto que resulta clave en este sentido es el de “prioridad” (“*prior in tempore, potior in iure*”: primero en el tiempo, poderoso en el derecho); esto es, el ordenamiento jurídico protegerá a aquel derecho que primero se publicita a través del Registro, confiriéndole plena oponibilidad frente a los demás.

En ese orden de ideas, resulta imprescindible la “publicidad” de los derechos de propiedad a través del registro¹⁴, constituyendo el mismo la mejor prueba de propiedad, sin que ello lo convierta en constitutivo de derechos.¹⁵

A su vez, un sistema registral con fuertes “efectos sustantivos” será un factor importante (no único) para la consolidación de un mercado inmobiliario sólido con seguridad y fluidez en las transacciones, al eliminar la incertidumbre derivada de los posibles conflictos o colisiones de derechos en el ámbito privado¹⁶. ¿En qué consisten los denominados “efectos sustantivos de las inscripciones”?; efectos que – entre otros –, permiten legitimar al nuevo “titular registral” (adquirente) “*a todos los efectos*” al presumirse la exactitud e integridad de su derecho, que lo protege incluso frente a supuestos excepcionales de carencia de facultad dispositiva de su transferente o que se prefiera al segundo adquirente que accedió al registro, en contra del “propietario” que adquirió primero pero que mantiene su derecho en la “clandestinidad”; *los tres principales efectos derivados de la inscripción que, en nuestra opinión, traducen el concepto de “efectos benéficos de las inscripciones” en favor del tráfico jurídico inmobiliario, son: la “eficacia*

¹⁴ Véase, DELGADO SCHEELJE, Alvaro. “La publicidad jurídica registral en el Perú: eficacia material y principios registrales”, En: “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, Año LXXV. Enero-Febrero 1998, Num. 650. p. 111.

¹⁵ Véase, ARIAS-SCHREIBER, Max y Carlos, CARDENAS QUIRÓS. “Exégesis del Código Civil de 1984, tomo X: Registro Públicos”. (con la colaboración de Alvaro Delgado Scheelje). Lima-Gaceta Jurídica Editores. 2001.

¹⁶ Véase, GONZALES LOLI, Jorge. “Seguridad Jurídica y registros inmobiliarios: un enfoque desde el análisis económico del derecho”, En: “Notarius”. Lima-Colegio de Notarios de Lima. 2001.

de oponibilidad” (artículo 2022 del Código Civil), la “eficacia de legitimación” (artículo 2013 del Código Civil) y la “eficacia de fe pública registral” (artículo 2014 del Código Civil).

IV. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y LA NEGACIÓN DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA

1. No obstante la importancia de la junta de propietarios el ordenamiento jurídico no le reconoce personalidad jurídica, como veremos seguidamente.¹⁷

2. En efecto, el artículo 47 de la Ley 27157 establece que *“la junta de propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones y tendrá la representación conjunta de éstos”* y siendo esta representación conjunta sólo referida a actos de gestión destinados a la conservación y mantenimiento del edificio, parece natural que no se le reconozca personalidad jurídica al no existir *animus societatis* entre sus miembros (no es persona jurídica ni organización de personas no inscritas; apenas un *tertius genus*)^{18, 19}. En ese mismo sentido, en la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN se afirma que la junta de propietarios *“es el ente no personificado que agrupa a los titulares de secciones de dominio exclusivo correspondientes a un edificio o conjunto de edificios, según su reglamento interno; y cuyo objeto es conservar y mantener los elementos o bienes comunes que les permita un adecuado disfrute de cada una de sus secciones privativas. En el caso peruano la solución es clara: la ley no le ha concedido personería jurídica, sin perjuicio de reconocerle una relativa subjetividad, en forma análoga a lo que sucede con las asociaciones no-inscritas o las sociedades irregulares”*.

3. ¿Se trata entonces de un “sujeto de derecho relativo” al que se le pueden imputar derechos y deberes pero no como si fuese una sola persona (persona jurídica) ni como una pluralidad de personas (organización de personas no inscritas)?.²⁰

¹⁷ Gonzáles Barrón, Günther: Junta de Propietarios y Adquisición de Bienes, En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 105. Lima - Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 263.

¹⁸ Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I. Lima - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, febrero 1999, p. 320.

¹⁹ Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de las Personas, Lima - Editorial Rodhas S.A.C., octubre, 2006, p. 951.

²⁰ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho de las Personas (Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil), Lima - Grijley EIRL, enero, 2000,

A despecho de esa relativa subjetividad, nuestra legislación reconoce competencia a la junta de propietarios para acordar la transferencia de bienes comunes. Así tenemos que el artículo 43 de la Ley N° 27157 establece que *“La transferencia de bienes de propiedad común debe aprobarse por los dos tercios de los votos de la Junta de Propietarios. Los propietarios que debidamente citados, no hubiesen asistido a la Junta, son notificados por conducto notarial y si en el plazo de 20 (veinte) días útiles, contados a partir de dicha notificación, no manifiestan por escrito notarial su discrepancia, se entenderán vinculados al acuerdo, que no será ejecutado hasta que transcurra tal plazo. Cualquier transferencia realizada sin contar con la votación antes dispuesta es nula de pleno derecho”*. Nótese que la norma citada establece expresamente que quien transfiere los bienes comunes no son los propietarios de las secciones de dominio exclusivo y copropietarios de los bienes comunes²¹, sino un ente que no tiene personalidad jurídica pero que está legitimado por su naturaleza y por mandato de la ley para actuar como si tuviera personalidad jurídica y, por ende, para disponer de los bienes comunes de la edificación, es decir, la junta de propietarios.

4. Debe resaltarse además, que incluso tratándose de un acto grave de disposición como es la transferencia de bienes comunes, la junta de propietarios adopta sus acuerdos por mayoría calificada y no por unanimidad. Si bien notifica a los inasistentes para que, en caso de no estar conformes con el acuerdo, manifiesten por escrito su disconformidad, dicha disconformidad se considera como una “salvedad” de sus derechos que no impide la ejecución del acuerdo de transferencia respecto a las alícuotas de las propietarios que votaron a favor y de aquellos inasistentes que habiendo sido notificados del acuerdo no manifestaron su discrepancia por escrito en el plazo de 20 días útiles.²²

p. 287.

²¹ De acuerdo con la naturaleza del régimen, los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva son copropietarios de los bienes comunes. En este sentido se pronuncia el artículo 130 del Reglamento de la Ley 27157 al señalar: “La participación en los bienes comunes, es un derecho accesorio a cada unidad o sección de uso exclusivo y corresponde ejercerlo al propietario de la misma. (...)”.

²² Al respecto, el tercer párrafo del artículo 148 del Reglamento de la Ley N° 27157 establece que: “Los acuerdos que autoricen la transferencia de propiedad de bienes comunes deberán ser notificados a los propietarios de secciones que no concurrieron a la Junta, aun cuando hubieran renunciado a ella, mediante carta notarial dirigida al domicilio designado por ellos ante la Junta. En estos casos, los propietarios podrán manifestar su discrepancia con el acuerdo, en el plazo de veinte (20) días hábiles. Esta discrepancia se entiende sólo como salvedad. De no hacerlo quedarán vinculados a

De la misma manera, si bien la Ley N° 27157 y su reglamento no contienen disposición alguna que regule la adquisición de bienes por la junta de propietarios, en la práctica, esta entidad carente de personalidad jurídica actúa de manera similar a una persona jurídica y como tal adquiere diversos bienes y servicios. Así por ejemplo, para la conservación y mantenimiento de los bienes comunes, la junta de propietarios adquiere materiales y útiles de limpieza. Asimismo, si se requiere reemplazar bienes comunes tales como los faroles de iluminación, las máquinas de aire acondicionado, los ascensores o algún otro objeto común, será la junta de propietarios quien adquiera dichos bienes.

En la misma línea y en un sentido más amplio, la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN ha señalado que “Para efectos registrales la junta de propietarios puede adquirir bienes muebles e inmuebles. El asiento de inscripción expresará como titular a la junta de propietarios, debiendo consignar el detalle de la edificación o conjunto inmobiliario al que se refiere” (¿un propietario no “sujeto de derecho”?).²³

5. También, la junta de propietarios interviene en la contratación de servicios, tales como los de limpieza y seguridad de la edificación, personal que se encargue del pintado del edificio o reparación de los bienes comunes, la administración del edificio e incluso de los profesionales que se encarguen de asesorar a la junta de propietarios en temas jurídicos y contables. Resaltamos que con relación a la administración del edificio el artículo 151 del Reglamento de la Ley N° 27157 regula expresamente la existencia de un administrador general que velará por el adecuado funcionamiento y conservación de los bienes y servicios comunes y que esta designación será efectuada por la junta de propietarios y podrá recaer, entre otros “(...) c) *Cualquier persona natural o jurídica especialmente contratada para tal función*”. Ahora bien, quien contrata la prestación de los servicios es la junta de propietarios representada por su presidente.

6. Considerando la actuación de la junta de propietarios en diversas situaciones de la vida práctica es que en el ámbito tributario se ha establecido como una obligación de este ente no personificado de contar con un Registro Único de Contribuyente (RUC), tal como lo establece el artículo 2 concordado con el numeral 40 del Anexo de la Resolución N° 210-2004-SUNAT de fecha 16 de setiembre de 2004.

dicho acuerdo”.

²³ Gonzáles Barrón, Günther: Derecho Urbanístico, Lima - Ediciones Legales, 2013, p. 821.

V. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU ACEFALÍA

1. “Acefalía” entendida como “inexistencia de jefe en una sociedad, secta, comunidad, etc.”.²⁴

Como queda dicho, si bien la junta de propietarios carece de personalidad jurídica, nuestro ordenamiento le reconoce en términos prácticos una actuación similar a las personas jurídicas, tanto para la convocatoria a su sesión respectiva, la adopción de los acuerdos y la actuación a través de un representante legal.

2. En efecto, de acuerdo con nuestra normativa la junta de propietarios requiere ser convocada a sesión por su presidente o por el facultado en el reglamento interno (artículo 146 del Reglamento de la Ley N° 27157); adopta sus acuerdos por mayoría simple o mayoría calificada según el acto de que se trate (artículos 135, 136 y 148 del Reglamento de la Ley N° 27157); plasma sus acuerdos en un acta de sesión de junta de propietarios (artículo 148 del Reglamento de la Ley N° 27157); y, los propietarios pueden hacerse representar por otra persona en la sesión de junta de propietarios mediante poder otorgado por carta simple o escritura pública (artículo 147 del Reglamento de la Ley N° 27157); y su presidente tiene representación legal de la junta de propietarios (artículo 145 del Reglamento de la Ley N° 27157).

En ese sentido resulta relevante determinar cuál de los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva de la edificación se encuentra legitimado para convocar a los demás propietarios a fin de que se reúnan válidamente y adopten acuerdos vinculantes para la comunidad de propietarios de la edificación.

3. En el supuesto que exista reglamento interno inscrito y presidente de la junta de propietarios con mandato vigente e inscrito en la partida matriz del predio no existirá mayor obstáculo para identificar al legitimado para realizar la convocatoria, pues de conformidad con el artículo 146 del Reglamento de la Ley N° 27157 la convocatoria debe ser efectuada por el presidente o por el designado en el reglamento interno.

Las dificultades para identificar al legitimado para formular la convocatoria surge cuando no existe reglamento interno o cuando existiendo nunca se eligió al presidente de la junta o habiéndose elegido presidente este se encuentra imposibilitado de convocar o su periodo de funciones venció.

²⁴ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española). Madrid-Espasa Calpe S.A., 22 edición, 2001, p. 22.

En el presente caso evaluaremos los distintos supuestos de acefalía para efectuar la convocatoria a una sesión de junta de propietarios y las soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico Peruano, haciendo especial énfasis en la convocatoria efectuada por el último presidente inscrito con mandato vencido:

4.1 Legitimado para convocar en la regularización del régimen de propiedad especial

La Ley N° 27157 establece dos mecanismos para la regularización del régimen de propiedad especial, los cuales evaluaremos a continuación para determinar quién es el legitimado para realizar la convocatoria a la sesión de junta de propietarios en la que se apruebe en vía de regularización el reglamento interno y se elija al presidente de la junta de propietarios. El primer mecanismo para la regularización del régimen de propiedad especial es el contemplado por el artículo 6 de la Ley N° 27157, norma que señala que la convocatoria será efectuada vía notarial por cualquiera de los propietarios interesados. Si bien no se exige un número mínimo de propietarios de secciones de propiedad exclusiva para realizar la convocatoria, si se exige que esta se realice por la vía notarial y en el supuesto que no se haya adoptado el criterio de igualdad de cuotas de participación en los bienes comunes y no asistan a la reunión todos los propietarios, se requiere que se publique el acuerdo en el diario oficial El Peruano y en otro de mayor circulación del lugar donde se ubica el inmueble²⁵. El segundo mecanismo complementario para la regularización del régimen de propiedad especial es el contenido en el artículo 39 de la Ley N° 27157 según el cual *“Las edificaciones a que se refiere el artículo 37 de la presente Ley, deben contar necesariamente con un Reglamento Interno elaborado o aprobado por el promotor o constructor o, en su caso, por los propietarios con el voto favorable de más del 50% de los porcentajes de participación”*.

Podrá apreciarse que la norma citada establece la posibilidad de que el reglamento interno pueda ser aprobado por propietarios que representen

²⁵ En efecto, el numeral 2.3 del artículo 2 de la Ley N° 27333 precisa que: *“El acuerdo adoptado debe constar en acta simple firmada por los concurrentes. Si el acuerdo se adoptó sin la asistencia de todos los propietarios, una copia del acta deberá exhibirse por lo menos durante 3 (tres) días consecutivos en los lugares más visibles de la edificación. Si el acuerdo se adoptó con la asistencia de todos los propietarios, no requerirá de publicación alguna. En los casos en que se haya acordado la modificación del porcentaje de participación en las áreas comunes, si no asistieron a la reunión todos los propietarios, además de la exhibición antes referida, se deberá publicar, por una vez, un extracto del acuerdo en el Diario Oficial El Peruano y en otro de los de mayor circulación del lugar donde se ubica el inmueble”*.

más del 50 % de porcentajes de participación en los bienes comunes, pero no precisa quien de todos los propietarios será el encargado de efectuar la convocatoria y cómo se computarán los votos pues no habiendo reglamento interno aprobado no existen porcentajes de participación en los bienes comunes asignados a cada sección de propiedad exclusiva. Para salvar estas omisiones legales, en el segundo párrafo del artículo 5.2 de la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN se precisó que el reglamento interno *“También se aprueba conforme al artículo 39 de la Ley N° 27157, por acuerdo de más del 50% de los propietarios que conforman la edificación, para lo cual el voto se computa por cada sección de propiedad exclusiva, mientras no se encuentre definido el porcentaje de participación en las zonas comunes”*.

Asimismo, el último párrafo del citado artículo 5.2 precisa que *“En este último caso, la convocatoria se realiza por el propietario-constructor o por los propietarios que reúnan por lo menos el 25% de participación en la edificación, debiéndose notificar a los otros propietarios mediante esquelas con cargo de recepción y con una anticipación no menor de cinco días naturales”*.

En consecuencia, en este segundo supuesto de regularización del régimen de propiedad especial están legitimados para efectuar la convocatoria: (i) el propietario constructor; o, (ii) los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva que representen el 25 % de porcentajes de participación, con la precisión de que al no existir reglamento interno y, por tanto, no encontrarse definidos los porcentajes de participación en los bienes comunes, para la primera sesión se considera que todas las secciones de propiedad exclusiva tienen el mismo porcentaje de participación en los bienes comunes.

Cabe resaltar que en este supuesto, la notificación se efectúa mediante esquelas con cargo de recepción y con una anticipación no menor de cinco días naturales.

4.2 Legitimado para convocar en la elección del primer presidente de la junta de propietarios

El supuesto relativo a la falta de elección del primer presidente de la junta de propietarios luego de la aprobación del reglamento interno, ha sido regulado por el segundo párrafo del artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (RIRP), en el sentido que la convocatoria será efectuada por el propietario constructor o por los propietarios que representen cuando menos el 25% de las participaciones en las áreas y bienes comunes.

En la misma línea, en el CXXXIX Pleno Registral se ha establecido como Acuerdo Plenario que propietarios que representan el 25% de porcentajes de partición en los bienes comunes están legitimados para convocar a sesión para la elección del presidente de la junta de propietarios y para otros temas como la adecuación o modificación del reglamento interno: *“Cuando no existe Presidente de la Junta de Propietarios inscrito o ha vencido el mandato del Presidente inscrito, la convocatoria a Junta de Propietarios podrá ser efectuada por propietarios que representen el 25% de participaciones sobre los bienes comunes, para acordar la elección del nuevo presidente o directiva, y/o la adecuación o modificación del Reglamento Interno”*.²⁶

4.3 Legitimado para convocar en caso de imposibilidad del presidente con mandato vigente

El supuesto referido a la imposibilidad para efectuar la convocatoria del presidente inscrito con período de funciones vigente, sea porque transfirió la sección de propiedad exclusiva, renunció al cargo o porque falleció, ya había sido abordado por la segunda parte del Acuerdo aprobado en el LXXX Pleno Registral con el siguiente tenor literal: *“La convocatoria a sesión de Junta de Propietarios solamente puede ser efectuada por el presidente o por el designado por el reglamento interno. Excepcionalmente, pueden convocar los propietarios que representen al menos 25% de participaciones cuando se acredite ante el Registro la acefalía o ausencia definitiva del designado para ello”*.

Sin embargo, este Acuerdo no precisó si la convocatoria efectuada por propietarios que representan el 25% de porcentajes de participación en los bienes comunes era aplicable solamente para la elección del presidente de la junta de propietarios o para cualquier otro acto que implique la modificación del reglamento interno, situación que ocasionaba continuas observaciones de los Registradores Públicos pues al interpretar restrictivamente el criterio del Tribunal Registral, solamente admitían la convocatoria para la elección del nuevo presidente.

Para salvar esta problemática, en el CXXXIX Pleno Registral se precisó el Acuerdo adoptado en el Pleno LXXX en el sentido que este: *“(...) se refiere al supuesto en el que existe presidente inscrito con período de funciones vigente. En tal caso, propietarios que representan el 25% de participaciones sobre los bienes comunes podrán convocar si se acredita la muerte, renuncia o incapacidad del presidente. El objeto de la sesión*

²⁶ En el IV Pleno Registral se precisó que “Los acuerdos de sala plena del Tribunal Registral obligan a sus miembros como pacto vinculante”.

podrá ser la elección del nuevo presidente o directiva y/o la adecuación o modificación del reglamento interno.”

Queda claro entonces que durante la vigencia del periodo de funciones del presidente, propietarios que representan el 25 % de porcentajes de participación en los bienes comunes están facultados para convocar a sesión de junta de propietarios en que se discuta la elección del presidente o se modifique el reglamento interno, siempre que se acredite ante el Registro se ha producido la muerte, renuncia o incapacidad del presidente.

Asimismo, si bien se ha precisado las causas de la acefalía durante la vigencia del periodo de funciones del presidente de la junta de propietarios, como es la muerte, renuncia o incapacidad del presidente, hubiera sido conveniente emplear una fórmula más abierta pues podrían presentarse otros supuestos de imposibilidad del presidente para convocar, tal como como ocurre cuando el presidente transfiera el dominio de su sección de propiedad exclusiva y no renuncie al cargo. En este caso, queda claro que ya no integra la junta de propietarios y por ende carece de legitimidad e interés para convocar a la sesión de junta de propietarios.

4.4 Legitimación del último presidente inscrito con mandato vencido

Finalmente debe indicarse que, un supuesto bastante común de configuración de acefalía es la que se produce por vencimiento del plazo de vigencia del periodo de funciones para el que fue elegido el presidente de la junta de propietarios. Para salvar esta situación, una primera opción es incorporar en el reglamento interno una disposición expresa que establezca la continuidad de funciones del presidente de la junta de propietarios hasta que se produzca elección del nuevo presidente.

Sin embargo, en el supuesto que el reglamento interno no contenga disposición especial de continuidad del presidente elegido, la interrogante que se plantea es si el último presidente inscrito está legitimado para convocar a sesión de junta de propietarios para convocar a la elección del nuevo presidente.

En la jurisprudencia registral en vía de interpretación y a fin de asegurar la continuidad de los miembros de los órganos directivos de las asociaciones incorporó la figura de la “representación de hecho”²⁷, mediante la cual se reconocía en favor del último presidente inscrito cuyo periodo de duración de funciones había vencido facultades de convocatoria a asam-

²⁷ Vásquez Torres, Elena. La representación de hecho de las personas jurídicas, En: Folio Real. Revista de Derecho Registral y Notarial, Año 1, N° 1, Lima - Palestra Editores SRL, abril 200, p. 191.

blea general eleccionaria²⁸; criterio interpretativo que resultaría plenamente aplicable a las junta de propietarios.

Se trataba entonces de facultades excepcionales reconocidas en favor del presidente del consejo directivo, esto es, sólo para convocar a asamblea eleccionaria, es decir, convocar a una asamblea cuya agenda sea exclusivamente la elección de los nuevos directivos. Una de las críticas que se hizo es que, el término empleado no resultaba adecuado, pues la convocatoria a asamblea general efectuada por el presidente cuyo periodo de funciones ha vencido no constituye propiamente un acto “representativo” - dirigido a terceros -, sino uno de carácter “interno”; asimismo, la representación que se le reconoce debería comprender todos los actos establecidos en el estatuto y la ley y no limitarse a la convocatoria, como se hace.²⁹

El Tribunal Registral sobre el tema de la junta de propietarios y su acefalía en el tiempo ha adoptado posiciones discrepantes, transitando desde una negativa total a la aplicación analógica del artículo 47 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (Resolución N° 536-2013-SUNARP-TR-L) hasta su plena aceptación (Resolución N° 2485-2014-SUNARP-TR-L); lo que requería una definición de este Colegiado.

En ese sentido, en el CXXXIX Pleno Registral se aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria³⁰: *“El último presidente inscrito de la Junta de Propietarios con periodo de funciones vencido también está legitimado para convocar a Junta de Propietarios con la finalidad de elegir*

²⁸ Resolución del Tribunal Registral N° 082-2000-ORLC/TR del 15.3.2000.

²⁹ Gonzales Barrón, Günther. Tratado de Derecho Registral Mercantil. Registro de sociedades. Lima - Jurista Editores EIRL, enero 2002, p. 342.

³⁰ Conforme al artículo 158 del Reglamento General de los Registros Públicos: “Constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, que establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales, en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior. (...). Los precedentes de observancia obligatoria aprobados en Pleno Registral deben publicarse en el Diario Oficial “El Peruano”, mediante Resolución del Presidente del Tribunal Registral, siendo de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su publicación en dicho diario. Adicionalmente, dichos precedentes, conjuntamente con las resoluciones en las que se adoptó el criterio, se publicarán en la página web de la SUNARP”.

*al nuevo presidente o directiva*³¹, consagrándose así en sede registral la aplicación analógica del artículo 47 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N°038-2013-SUNARP-SN).

Desde nuestro punto de vista esta interpretación es la más adecuada, por cuanto si bien la junta de propietarios no es una persona jurídica, la misma adopta sus acuerdos de manera similar a esta, por lo que precisa de la permanencia y vigencia de un órgano que asegure su adecuada administración, lo que incluye la convocatoria y su representación, como son el presidente o la directiva.

VI. CONCLUSIONES

- a) La junta de propietarios es la instancia que reúne a todos los propietarios de las secciones de dominio exclusivo y tiene por objeto la conservación y mantenimiento del edificio y las secciones de dominio común en general y como tal representa a dicho colectivo y en ese sentido, celebra contratos y asume obligaciones en su nombre; pese a lo cual no se le reconoce personalidad jurídica.
- b) La junta de propietarios requiere contar con un presidente o junta directiva con facultades vigentes que asuma su gestión o administración (internamente) y representación (externamente), lo que no sucede generalmente en la práctica, por lo que se precisa de su regularización a efectos de asegurar la debida convocatoria a la junta.
- c) En la jurisprudencia registral se han detectado cuatro situaciones básicas en materia de regularización de directivos de la junta de propietarios, así tenemos: i) sujeto legitimado para convocar en la regularización del régimen de propiedad especial. ii) sujeto legitimado para convocar en la elección del primer presidente de la junta de propietarios. iii) sujeto legitimado para convocar en caso de imposibilidad del presidente con mandato vigente. iv) legitimación del último presidente inscrito con mandato vencido; ello sin perjuicio de la existencia de otros.

Lima, otoño de 2018.

³¹ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 27 de febrero de 2016.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONS

TEMA 1: Comunidades indígenas y restitución de tierras en conflictos armados

1. La propiedad se ha valorado como un derecho fundamental reconocido constitucionalmente en cada uno de nuestros países para vivir con dignidad. En virtud a ello debe tenderse a su protección, en especial de los grupos minoritarios.

Se ha verificado que la propiedad de las comunidades indígenas es un tema abierto en el cual no se ha logrado garantizar plenamente su disfrute, debiendo los Estados tender a reconocer sus derechos individuales y colectivos y por tanto establecer políticas públicas que permitan ello.

2. Asimismo, en nuestros países han existido diversos conflictos sociales que obligaron a los titulares a abandonar su propiedad y desplazarse hacia otros sectores. Esto llevó en la práctica a la ocupación de estos por parte del estado o terceros, apropiándose de sus inmuebles.

3. Tanto en la regulación de las comunidades indígenas como en los inmuebles apropiados luego del cese de los conflictos armados deberá realizarse un procedimiento transparente y eficaz que faciliten el ingreso al registro de los procedimientos de reivindicación o de restitución de tierras.

El registro tiene en esto una función importante como medio de referencia para la restitución a aquellos que hubiesen registrado su propiedad con anterioridad. Y en aquellos casos que no hubiese existido inscripción, deberá llevarse a cabo procedimientos de saneamiento simplificados que permitan una identificación clara de las titularidades.

La inscripción permitirá no sólo la seguridad del reconocimiento de su propiedad, sino la posibilidad de su puesta en valor.

Cada sistema determinará las formas de acceso sin que perjudiquen los principios institucionales del sistema. Se recomienda la flexibilidad en las vías de acceso de estas situaciones al registro.

En definitiva se trata que el registro sea íntegro.

TEMA 2: Catastro y Registro

Catastro y Registro de la Propiedad son instituciones que prestan un importante servicio a la sociedad en el ámbito de sus respectivas funciones y finalidades determinadas por cada legislación nacional.

Es recomendable establecer procedimientos de comunicación y coordinación entre ambas instituciones con la finalidad de definir con mayor precisión el objeto de los derechos de propiedad, así como y su interacción

con las limitaciones de dominio publico, impidiendo igualmente la apropiación de bienes de dominio publico.

Para incorporar o utilizar de bases gráficas en los registros de la propiedad debería seguirse un procedimiento legalmente establecido en el cual la autoridad a cargo del registro determine la correspondencia entre la descripción registral y la resultante de la base grafica.

Para lograr un adecuado nivel de precisión y calidad en la definición de las parcelas y fincas registrales es aconsejable, siempre que sea posible, el uso de las tecnologías que la comunidad científica considere más idóneas. Igualmente y al objeto de conseguir una mejor definición de los edificios y volúmenes edificatorios en situaciones de división horizontal y complejos inmobiliarios se recomienda el uso de tecnología 3D, lo que va a permitir una mejor definición de los diferentes elementos integrantes de la edificación y los derechos sobre ellos establecidos, sobre todo en situaciones con diferentes capas en el subsuelo y siempre que los costes lo permitan

Todo procedimiento demarcatorio o rectificativo de las parcelas o fincas registrales ha de realizarse mediante un procedimiento legalmente establecido, con intervención del propietario y demás posible titulares de derechos sobre la finca así como de los propietarios de las colindantes, determinándose la autoridad competente por cada legislación nacional.

Caso de oposición de algún interesado y para evitar acudir a los tribunales de justicia, la autoridad a cargo del procedimiento debería promover al acuerdo de las partes mediante el uso de expedientes de conciliación o mediación.

Es aconsejable, la coordinación entre el registro y el Catastro para evitar situaciones de solapamiento o de doble registración.

Por razones de seguridad jurídica y de respecto de los derechos de los propietarios, reconocidos en la carta de derechos fundamentales de Naciones Unidas, la coordinación entre catastro y registro no debe producirse mediante la sustitución directa o de forma aleatoria de las fincas registrales por la resultante de las bases graficas catastrales.

Para facilitar la coordinación entre ambas instituciones cada finca o parcela, se recomienda tenga un identificador único que de forma permanente sirva para su identificación.

Por razones de coste y eficacia, la coordinación entre ambas instituciones debería estar apoyada en procedimientos telemáticos, previa definición del flujo de información en formato estándar y previa definición de modelos semánticos compartidos que faciliten la interoperabilidad.

TEMA 2: BLOCKCHAIN

A lo largo de su historia, el CINDER ha apoyado la innovación tecnológica como instrumento para la adaptación de los registros a las necesidades del tráfico jurídico. Ahora bien, el criterio fundamental para la adopción de una determinada tecnología y la forma de su implantación debe guiarse siempre por un criterio básico: la protección del titular registral y de los terceros.

En el caso del blockchain, este proceso permite, entre otras aplicaciones prácticas, crear documento electrónico firmado directamente por las partes con sus respectivas claves criptográficas, de manera que la fecha y el contenido del documento sean tan indubitados como la identidad de quienes lo suscribieron.

Si bien todo esto ya era posible desde hace años con diversas tecnologías ya existentes, la peculiaridad del blockchain estriba en concatenar sucesivas transacciones del archivo electrónico así generado, por lo que desde un principio se planteó utilizarlo como soporte de los registros públicos.

A la vista de las ponencias en la materia y el análisis de los resultados prácticos del blockchain en este y otros campos (criptomonedas, contratos inteligentes), el CINDER considera que el blockchain, lo mismo que cualquier otra tecnología que surja en el futuro, puede servir de soporte técnico al funcionamiento de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, pero ello no alterará por sí solo los efectos que para el titular registral y los terceros produce la inscripción, que dependen del ordenamiento jurídico.

Si bien el mecanismo del blockchain es idóneo para el tracto sucesivo en los asientos registrales, debe recordarse que éste no es el único problema, ni siquiera el más importante, que plantea la inscripción.

Todas las cuestiones relativas a la adquisición de un derecho real que van más allá de la voluntad de las partes, y en particular la protección o no del adquirente cuando una transmisión previa ha sido declarada nula por los tribunales, son ajenas a la mecánica del blockchain.

Puesto que el blockchain no cambia por sí solo la mayor o menor protección que cada sistema registral otorga al titular inscrito, su implantación debe respetar los principios hipotecarios vigentes y adecuarse a las recomendaciones que, de manera reiterada, ha hecho el CINDER en las conclusiones de sus congresos.

En aquellos países cuyo modelo registral sigue tales recomendaciones, el blockchain debe servir como herramienta en la gestión registral de los

asientos, pero sin excluir la calificación registral sobre la forma y el fondo de los actos y negocios jurídicos, mediante el mero archivo de documentos sin tener en cuenta la validez o no de su contenido.

El acceso incontrolado al registro de transacciones nulas, ilegales o indeterminadas es fuente continua de pleitos y degrada el valor económico de los bienes inscritos en el mercado, generando el efecto contrario al pretendido por la modernización tecnológica. Una consideración especial merecen los llamados smart contracts, aplicación práctica del blockchain que implica no sólo consentimiento de las partes a las cláusulas del contrato sino adhesión al algoritmo informático subyacente. Desde el momento en que tales contratos pueden acceder al registro, su calificación y efectos frente a terceros deben someterse a las mismas normas jurídicas que establezca el sistema registral competente, teniendo en cuenta que, dependiendo del ordenamiento jurídico, el algoritmo matemático incorporado al contrato podría dar lugar a la denegación de la inscripción si la normativa vigente en materia de condiciones generales de la contratación estima que va en contra de los derechos de consumidores y usuarios.

TEMA 3: ¿Cómo medir la seguridad jurídica en materia de derechos de propiedad? Los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas

El indicador 1.4.2 dentro del marco de los objetivos de desarrollo sostenible supone reconocer la importancia de la seguridad jurídica en la lucha contra la pobreza que es definido como el primer objetivo

La medición de la seguridad jurídica es de gran utilidad para conocer los avances realizados en esta materia, tener una visión clara de la realidad y puede ser utilizado por los poderes públicos para diseñar políticas en beneficio de los ciudadanos.

Ahora bien, la medición de la seguridad jurídica resulta difícil por la existencia de distintos sistemas jurídicos nacionales y la existencia también dentro de una misma jurisdicción de distintos regímenes jurídicos

Los Registros de la Propiedad son un instrumento esencial para medir seguridad jurídica. Sin embargo, no todos los registros producen el mismo efecto y sus pronunciamientos no tienen el mismo valor.

Es recomendable que en los registros puedan obtenerse datos desagregados por género con el fin de conocer la igualdad en el acceso a los derechos de propiedad.

Es recomendable que las instituciones registrales dispongan de instrumentos estadísticos para el uso del poder público, y también para los ciudadanos privados que permitan conocer la realidad del país.

Los registros suponen un grado mayor de certeza que el enunciado del indicador del 1.4.2, documentación legalmente reconocida. El asiento es más que un documento y además tiene la garantía del Estado.

TOPIC 1: Indigenous Communities and Land Restitution after Armed Conflicts

1. Ownership is acknowledged as fundamental constitutional right, which is required to live with dignity. Consequently, this right needs protection especially for minorities and vulnerable groups.

Property of indigenous or native communities is an open topic, which has not been fully guaranteed. Thus States must recognize the individual and collective rights of these communities, implementing appropriate public policies.

2. A variety of social conflicts have arisen in many countries, which have forced many citizens to abandon their land and move to other areas. This has led to the State or third parties taking over these vacant plots.

3. Transparent and efficient procedures are needed in both the regulation of indigenous communities and land taken over at the end of conflicts. This is required to facilitate the access to the Land Registry of land claims and restitution procedures.

The Land Registry plays an important role to restore ownership of the previous registered parties. Where there is no previous entry, new simplified recovery procedures need to be implemented to ensure a proper and clear identification of entitlements. This will also help in the valuation the marketability of the property.

Each system will establish the requirements and documents needed for the registration. The registration of native titles will not damage the principles of the registrations system. The land registry must be flexible and adaptable to the different type of aboriginal or native titles.

The integrity of the Land Registry must be protected in order to reflect the reality.

TOPIC 2: BLOCKCHAIN

Throughout its history, CINDER has supported technological innovation as an instrument for the adaptation of the registers to the needs of legal traffic. However, the guiding principle for the adoption of certain technology and the form of its implementation should always be the protection of the registered titleholder and of third parties. No technology can be considered an end in itself.

In the case of blockchain technology, it allows for the creation of electronic documents, which are signed directly by the parties with their respective cryptographic passwords, so that the date and content of the documents are unquestionable, as well as the identity of those who signed them. Although all this was possible for years with various existing technologies, the peculiarity of the blockchain lies in linking successive transactions of the electronic file that has been generated. Therefore, since its inception, blockchain was considered to support public registries.

In light of the presentations on the subject and the analysis of the results on the blockchain in this field and other fields (cryptocurrencies, smart contracts etc.), IPRA- CINDER considers that blockchain, just as any other technology that might arise in the future, may serve as technical support for the operation of property registries, commercial registries, and moveable property registries. However, this does not alter the effects that registration produces for registered titleholders and third parties, but depends on the legal system.

Although blockchain technology is suitable to support the chain of successive registry entries, it must be remembered that this is not the only problem, nor the most important one, that arises in registration procedures. All the issues around the acquisition of a “right in rem” that go beyond the will of the parties, and in particular the protection or not of the acquirer when a prior transfer has been declared void by the courts, are beyond and unknown to the mechanics of the blockchain.

Since the blockchain does not change by itself the greater or lesser protection that each registry system grants to registered titleholders, its implementation must respect the current property registration principles and adapt to the recommendations that IPRA- CINDER has repeatedly made in the conclusions of its congresses. Therefore, blockchain should serve as a tool in the management of registry entries, to increase the efficiency of the registry and the security of its files, but without excluding the registry’s assessment on the form and substance of legal transactions.

Blockchain must not lead to the mere archiving or filling of documents without taking into account the validity or not of their content because uncontrolled access to the registry of null, illegal or unspecified transactions becomes a continuous source of litigation and deteriorates the economic value of the assets registered in the market. This generates the opposite effect to the one intended by technological innovation.

The so-called smart contracts, a practical application of blockchain, deserve special consideration since they imply not only consent of the parties to the clauses of the contract, but also agreement with the underlying computer algorithm. When these contracts can access the Registry, their assessment and their effects against third parties must be subject to the legal standards established by the competent registry system.

This is the same as any other transaction, taking into account that, depending on the legal system, the mathematical algorithm included in the contract could give rise to the denial of registration if the general contracting regulations in place consider that the algorithm goes against the rights of consumers and users.

TOPIC 2: CADASTRE AND LAND REGISTRY

Cadastre and Land Registry are Institutions that provide society with an important service in the sphere of their respective functions and goals, which depends on the legislation of each nation or jurisdiction.

The establishment of coordination procedures between both institutions is advisable in order to more accurately define the object of Property Rights and how they interact with public limitations rights. This is also helpful in the prevention of Public Domain appropriation (Eminent Domain).

When graphical databases are being used or incorporated at the Land Registry, a legally established procedure should be followed. The Authority in charge of the Registry should be entrusted to determine whether the description of the registry entry and the graphical base match.

In order to be as accurate as possible in the definition of the plot, it is advisable to use the technology that the scientific community consider the most suitable. Nowadays, to attain a better definition of buildings and construction volumes when dealing with Condominium and Building Developments, it is advisable to use 3D technology which will enable a better depiction of the various elements of the building and the rights involved. This will also be useful in multi-layered situations below the surface. The cost and benefits of these new technologies must always be taken into account

Every process to delimitate or rectify a parcel or registered plots must conform to a legally established procedure. The intervention of the proprietor and the rest of individuals with interests in the property are required as well as the owners of the neighbouring properties. The relevant authority in charge of this process must be decided by the national or regional legislation.

If any of the interested parties oppose the process, and in order to avoid having to go to court, the authority in charge of the procedure will promote an agreement between the parties by means of conciliation or mediation proceedings.

Coordination between the Land Registry and the Cadastre is desirable to prevent situations of property overlapping and duplicate entries in the Land Registry.

Due to legal certainty and respect of property rights, as stated in the United Nations Human Rights Charter, the coordination between Cadastre and Land Registry should not be attempted by directly or randomly substituting registered plots for those resulting from the cadastral graphical databases.

In order to facilitate the coordination between both institutions, each property or parcel should have a unique identifier, which will make it permanently identifiable.

Coordination between Cadastre and Land Registry should be supported by electronic procedures. Before this, the amount of information and a standardised format should be properly defined as well as semantic models to achieve interoperability.

TOPIC 3: How can the legal security offered by property rights be measured? The sustainable development goals of the United Nations

Indicator 1.4.2 within the framework of the sustainable development goals involves recognizing the importance of legal security in the fight against poverty that is defined as the first objective.

The measurement of legal security is very useful to know the progress made in this area, have a clear vision of reality on the ground, and can be used by public authorities to design policies which benefit of citizens.

However, the measurement of legal security is difficult due to the existence of different national legal systems and the existence also within the same jurisdiction of different legal regimes.

Property registers are an essential instrument to measure legal security. However, not all registries produce the same effect and their declarations do not have the same value.

It is advisable for registries to have gender disaggregated data in order to have knowledge on equity in access to property rights.

It is advisable that registration institutions have statistical tools for the use of the public sector, as well as private citizens, in order to allow access to knowledge on the reality of the country.

Registries entail a greater degree of certainty than the legally recognized documentation requested in indicator of 1.4.2. Registry entries have a greater value than a document and also have the guarantee of the State.

QUESTÃO 1. Comunidades indígenas e restituição de terras em conflitos armados

1. A propriedade tem sido valorizada como um direito fundamental reconhecido constitucionalmente em cada um dos nossos países para viver com dignidade. Em virtude disso, a proteção deve ser ampliada, especialmente para grupos minoritários.

Verificou-se que a propriedade das comunidades indígenas é uma questão em aberto já que não se logrou garantir plenamente o disfrute desse direito devendo os Estados buscar o reconhecimento dos direitos individuais e coletivos dessas comunidades e, assim, estabelecer políticas que visem a sua garantia.

2. Além disso, em nossos países houve vários conflitos sociais que forçaram os titulares a abandonar sua propriedade e se mudar para outros lugares. Na prática isso levou à ocupação dos imóveis pelo Estado ou por terceiros, apropriando-se de suas propriedades.

3. Tanto na regulamentação das comunidades indígenas quanto nos imóveis apropriados após cessar os conflitos armados, deve ser realizado um procedimento transparente e eficaz para facilitar o ingresso no registro dos procedimentos de reivindicação ou de restituição de terras.

Neste contexto, o registro tem uma função importante como meio de referência para a restituição àqueles que já haviam registrado sua propriedade anteriormente. E nos casos em que não houvesse uma prévia inscrição devem ser realizados procedimentos de regularização simplificados para permitir uma identificação clara das titularidades.

A inscrição registral permitirá não apenas a segurança do reconhecimento de sua propriedade, mas a possibilidade de sua valorização.

Cada sistema determinará as formas de acesso ao registro sem prejudicar os princípios institucionais do sistema. Recomenda-se flexibilidade nas formas de acesso dessas situações ao registro.

Em suma, trata-se de que o registro seja íntegro.

QUESTÃO 2: BLOCKCHAIN

Ao longo de sua história, o CINDER tem apoiado a inovação tecnológica como instrumento de adaptação de registros às necessidades do tráfego jurídico. No entanto, o critério fundamental para a adoção de determinada tecnologia e a forma de sua implementação deve sempre ser pautado por um critério básico: a proteção do titular registral e dos terceiros.

No caso da blockchain, esse processo permite, entre outras aplicações práticas, criar um documento eletrônico assinado diretamente pelas partes com suas respectivas chaves criptográficas, de modo que a data e o conteúdo do documento sejam tão indiscutíveis quanto a identidade daqueles que o subscreveram.

Embora tudo isso tenha sido possível por anos com várias tecnologias existentes, a peculiaridade da blockchain reside na concatenação de sucessivas transações do arquivo eletrônico assim gerado, de modo que desde o início foi proposto utilizá-lo como suporte para registros públicos.

Tendo em vista os trabalhos sobre o assunto e a análise dos resultados práticos da blockchain neste e em outros campos (criptomoedas, contratos inteligentes), o CINDER considera que a blockchain, assim como qualquer outra tecnologia que possa surgir no futuro, pode servir de suporte técnico para a operação de registros de propriedade, mercantis e de bens móveis, mas isso não alterará por si só os efeitos produzidos pelo registro para o titular registral e para os terceiros, que dependem do ordenamento jurídico.

Embora o mecanismo da blockchain seja idôneo para o trato sucessivo nos assentos de registro, deve ser lembrado que este não é o único problema, nem mesmo o mais importante que suscita a inscrição.

Todas as questões relativas à aquisição de um direito real que vão além da vontade das partes, e em particular a proteção ou não do adquirente quando uma transferência anterior foi declarada nula pelos tribunais, são alheias à mecânica da blockchain.

Como a blockchain não se altera por si só, a maior ou menor proteção que cada sistema registral outorga ao titular inscrito, sua implementação deve respeitar os princípios hipotecários vigentes e adequar-se às recomendações que o CINDER repetidamente veicula nas conclusões dos seus congressos.

Nos países cujo modelo registral segue tais recomendações, a blockchain deve servir como uma ferramenta na gestão registral dos assentos, mas sem excluir a qualificação registral sobre a forma e a substância dos atos e negócios jurídicos, por meio do mero arquivo de documentos sem levar em conta a validade ou não de seu conteúdo.

O acesso descontrolado ao registro de transações nulas, ilegais ou indeterminadas é fonte contínua de ações judiciais e degrada o valor econômico dos bens registrados no mercado, gerando o efeito oposto ao buscado pela modernização tecnológica. Merecem uma consideração especial os chamados contratos inteligentes (smart contracts), aplicação prática da blockchain que implica não apenas o consentimento das partes às cláusulas do contrato, mas a adesão ao algoritmo computacional subjacente. A partir do momento em que tais contratos possam acessar o registro, sua qualificação e efeitos perante terceiros devem estar sujeitos às mesmas normas jurídicas estabelecidas pelo sistema de registro competente, levando em conta que, dependendo do ordenamento jurídico, o algoritmo matemático incorporado ao contrato poderia dar lugar à denegação do registro se a normativa vigente em matéria de condições gerais de contratação considerar que vai contra os direitos dos consumidores e usuários.

QUESTÃO 2: Cadastro e Registro

Cadastro e Registro Fundiário são instituições que prestam um importante serviço à sociedade no âmbito de suas respectivas funções e propósitos, determinados por cada legislação nacional.

É recomendável estabelecer procedimentos de comunicação e coordenação entre as duas instituições, a fim de definir com maior precisão o objeto dos direitos de propriedade, bem como sua interação com as limitações do domínio público, evitando também a apropriação de bens de domínio público.

Para incorporar ou usar bases gráficas nos registros da propriedade imobiliária, deve-se seguir um procedimento legalmente estabelecido, no qual a autoridade encarregada do registro determine a correspondência entre a descrição registral e a resultante da base gráfica.

A fim de alcançar um nível adequado de precisão e qualidade na definição das parcelas e dos bens objeto de registro, é aconselhável, sempre que possível, utilizar as tecnologias que a comunidade científica considere mais idôneas. Da mesma forma, e a fim de obter uma melhor definição de edifícios e volumes de construção em situações de divisão horizontal e complexos imobiliários, recomenda-se o uso de tecnologia 3D, que permitirá uma melhor definição dos diferentes elementos da edificação e os

direitos sobre eles estabelecidos, especialmente em situações com diferentes camadas no subsolo e sempre que os custos permitirem

Qualquer procedimento de demarcação ou retificação das parcelas ou imóveis objeto de registro deve ser feito por meio de um procedimento legalmente estabelecido, com a intervenção do proprietário e outros possíveis titulares de direitos sobre o imóvel, bem como os proprietários das áreas confinantes, determinando-se a autoridade competente com base na legislação nacional.

Ocorrendo a impugnação por qualquer parte interessada e a fim de se evitar ir aos tribunais de justiça, a autoridade responsável pelo procedimento deve promover o acordo das partes mediante a utilização de processos de conciliação ou mediação.

É aconselhável a coordenação entre o Registro e o Cadastro para evitar situações de sobreposição ou dúplice registo.

Por razões de segurança jurídica e de respeito aos direitos dos proprietários, reconhecidos na Carta de Direitos Fundamentais das Nações Unidas, a coordenação entre cadastro e registro não deve ocorrer por meio da substituição direta ou de forma aleatória das propriedades inscritas pelo resultado das bases gráficas cadastrais.

A fim de facilitar a coordenação entre as duas instituições, para cada imóvel ou parcela, recomenda-se ter um identificador único que seja usado permanentemente para sua identificação.

Por razões de custo e eficácia, a coordenação entre as duas instituições deve ser apoiada por procedimentos telemáticos, após a definição do fluxo de informações em formato padrão e definição prévia de modelos semânticos compartilhados que facilitem a interoperabilidade.

TEMA 3: Como medir a segurança legal em termos de direitos de propriedade? Os objetivos de desenvolvimento sustentável das Nações Unidas

O indicador 1.4.2¹, no âmbito dos objetivos do desenvolvimento sustentável, implica reconhecer a importância da segurança jurídica na luta contra a pobreza que é definida como o primeiro objetivo.

¹ Indicador 1.4.2: Proporção do total da população adulta, por gênero e por tipo de propriedade, com direitos securitários de propriedade da terra, que possui documentação reconhecida legalmente neste contexto e que percebe esses direitos como seguros.

A medição da segurança jurídica é de grande utilidade para conhecer os progressos realizados nesta área, ter uma visão clara da realidade e poder ser utilizada pelos poderes públicos para conceber políticas em benefício dos cidadãos.

No entanto, a medição da segurança jurídica é difícil devido à existência de diferentes sistemas jurídicos nacionais e à existência também, dentro da mesma jurisdição, de diferentes regimes jurídicos.

Os Registos de Imóveis são um instrumento essencial para medir a segurança jurídica. No entanto, nem todos os registos produzem o mesmo efeito e seus pronunciamentos não têm o mesmo valor.

Recomenda-se que nos registos possam ser obtidos dados desagregados por gênero, a fim de se conhecer a igualdade no acesso aos direitos de propriedade.

Recomenda-se que as instituições de registro disponham de ferramentas estatísticas para uso do poder público, e para cidadãos particulares que lhes permitam conhecer a realidade do país.

Os registos supõem um maior grau de certeza do que a declaração do indicador de 1.4.2, documentação legalmente reconhecida. O assento é mais que um documento e tem a garantia do Estado.

