



**UNIVERSIDAD NACIONAL**

**PEDRO RUIZ GALLO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**



---

La posesión como medio de publicidad, frente  
al principio de la fe pública registral en la  
transferencia de la propiedad inmueble.

## **Tesis**

Presentada para optar el Grado Académico de  
Doctor en Derecho y Ciencia Política.

Autor:

Mag. Leopoldo Yzquierdo Hernández.

Asesor:

Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez

**Lambayeque 2023**

**La posesión como medio de publicidad, frente al principio de la fe pública registral, en la transferencia de la propiedad inmueble.**



**Mag. Leopoldo Yzquierdo Hernández**  
AUTOR



**Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez**  
ASESOR

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional “Pedro Ruíz Gallo” para optar el Grado Académico de **DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.**

**APROBADO POR:**



**Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez**  
Presidente



**Dr. Rafael Hernández Canelo**  
Secretario



**Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero**  
Vocal

**Lambayeque 2023**

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

050

Siendo las 10.00am horas del día 29 de diciembre del año Dos Mil Veintitres, en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 783-2023-EPG de fecha 25/08/2023, conformado por:

- Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez PRESIDENTE (A)
- Dr. Rafael Hernández Cabelo SECRETARIO (A)
- Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero VOCAL
- Dr. Luis Armando Hoyos Vázquez ASESOR (A)

Con la finalidad de evaluar la tesis titulada "La posición del Bien como Medio de Publicidad frente al Principio de la Fe Pública Registral en la Transparencia de la Propiedad Inmuneble"

presentado por el (la) Tesista Leopoldo Yzquierolo Hernández sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 1162-2023-EPG de fecha 19 de diciembre de 2023.

El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 18 puntos que equivale al calificativo de Muy Bueno

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de: Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Siendo las 11.40 a.m. horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.

[Signature] PRESIDENTE

[Signature] SECRETARIO

[Signature] VOCAL

[Signature] ASESOR

## DEDICATORIA.

*Dedico a mi hija **Lidia Leonela**,  
con el anhelo que siga sus pasiones y luche por sus sueños.*

*A mi esposa **July Magaly** por su  
continuo apoyo para en el cumplimiento de mis metas*

*A la memoria de mis padres,  
**Leopoldo Yzquierdo Santa Cruz, y María Lidia  
Hernández Sánchez**, a ellos mi eterno amor y gratitud.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Un agradecimiento, especial a mi asesor de tesis, el Dr. **Luis Armando Hoyos Vásquez**, por sus oportunas sugerencias en el desarrollo de la presente investigación.*

*Mi agradecimiento a la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, por permitirme concluir en mi proceso de formación continua, en el Programa de Doctorado.*

## ÍNDICE GENERAL

ACTA DE SUSTENTACIÓN.....	i
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE GENERAL.....	iv
INDICE DE TABLAS.....	x
INDICE DE FIGURAS.....	xi
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	6
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	6
1. UBICACIÓN.....	6
2. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	6
2.1. Descripción de la realidad problemática.....	6
2.2. Como se manifiesta el problema.....	9
2.3. Formulación del problema.....	10
2.3.1. Problema principal.....	10
2.3.2. Problemas Secundarios.....	10
3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	11
4. OBJETIVOS:.....	12
4.1. Objetivo general.....	12
<b>4.2. Objetivos específicos.....</b>	<b>12</b>
5. LA HIPOTESIS.....	13
5.1. Hipótesis Principal.....	13
5.2. Hipótesis secundarias.....	14
6. VARIABLES E INDICADORES.....	14
6.1. Definición conceptual de variables.....	14
6.1.1. Variable independiente.....	14
6.1.2. Variable Dependiente.....	15
7. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
7.1. Tipo de Investigación.....	15

7.2. Diseño de investigación.....	15
7.3. Nivel de investigación. ....	16
7.4. Método de la investigación.....	16
8. POBLACIÓN Y MUESTRA. ....	16
8.1. Población.....	16
8.2. Muestra.....	17
8.3. Unidad de Análisis. ....	17
9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS. ...	17
9.1. Fuentes.....	17
9.2. Técnicas.....	18
9.3. Instrumentos. ....	18
CAPÍTULO II.....	19
DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO.....	19
SUB- CAPÍTULO I.....	20
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
<b>1. INVESTIGACIONES RELACIONADAS AL ESTUDIO. ....</b>	<b>20</b>
1.1 Investigaciones en el extranjero. ....	20
<b>1.2. Investigaciones Nacionales.....</b>	<b>22</b>
<b>1.3. Antecedentes a nivel local. ....</b>	<b>31</b>
<b>1.4. Dimensiones que se han estudiado. ....</b>	<b>37</b>
<b>1.5. Aspecto que falta por abordar. ....</b>	<b>39</b>
<b>SUB-CAPÍTULO: II .....</b>	<b>40</b>
<b>BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>40</b>
<b>1. TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES. ....</b>	<b>40</b>
<b>1.1. Noción de derecho personal.....</b>	<b>40</b>
<b>1.2. Noción de derecho real.....</b>	<b>40</b>
<b>1.3. Tipos de derechos reales. ....</b>	<b>44</b>
<b>1.3.1. Derecho real objetivo. ....</b>	<b>44</b>
<b>1.3.2. Derecho real subjetivo.....</b>	<b>44</b>
<b>1.4. Naturaleza jurídica de los derechos reales.....</b>	<b>45</b>
<b>1.4.1. Teorías dualistas. ....</b>	<b>45</b>
<b>1.4.1.1. Teoría clásica o tradicional.....</b>	<b>45</b>
<b>1.4.1.2. Teoría económica.....</b>	<b>46</b>
<b>1.4.1.3. Teoría institucionalista.....</b>	<b>46</b>

1.4.2. Teorías unitarias. ....	47
1.4.2.1. Teoría personalista o del sujeto pasivo universal. ....	47
1.4.2.2. Teoría realista. ....	48
1.4.3. Teorías eclécticas. ....	49
1.5. Diferencia entre derechos reales y personales. ....	51
1.6. El objeto de los derechos reales. ....	56
1.7. Características esenciales de los derechos reales. ....	58
1.7.1. La inmediatez. ....	58
1.7.2. La exclusividad. ....	59
1.8. Principios generales de los derechos reales. ....	62
1.8.1. Principio de legalidad. ....	62
1.8.2. Principio de libertad de enajenación. ....	63
1.8.3. Principio del uso de la propiedad en armonía al interés social. ....	65
1.9. Clasificación de los derechos reales. ....	66
2. LA POSESIÓN. ....	67
1.1. Generalidades. ....	67
1.2. Etimología y origen. ....	67
2.3. Teorías en torno a la posesión. ....	68
2.3.1. Teoría de la posesión como derecho real provisional. ....	69
2.3.2. Teoría subjetiva de la posesión (teoría de la voluntad). ....	71
2.3.3. Teoría Objetiva de la posesión (teoría del interés). ....	75
2.3.3.1. Diferencias de las dos teorías. ....	81
2.3.4. Teoría Económica. ....	84
2.4. La posesión: ¿un hecho o un derecho? ....	85
2.5. Definición de la posesión en el derecho nacional. ....	87
2.6. Bienes objeto de posesión. ....	90
2.7. El Objeto del derecho de posesión ....	92
2.8. Funciones de la posesión. ....	95
3. EL DERECHO DE PROPIEDAD. ....	98
3.1. La propiedad en cada época histórica. ....	98
3.1.1. La propiedad privada en el derecho romano. ....	98
3.1.2. La propiedad medieval. ....	101
3.1.3. La propiedad liberal clásica. ....	102
3.2. Influencia del código civil francés. ....	103

3.3. El concepto de propiedad.....	105
3.4. El derecho de propiedad clásico.....	109
3.5. Atributos del derecho de propiedad. ....	109
3.6. Las características de la propiedad. ....	112
3.7. Contenido del derecho de propiedad.....	115
3.8. La función social de la propiedad .....	118
3.9. La propiedad como derecho fundamental. ....	121
<b>4. LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. ....</b>	<b>123</b>
4.1. Los sistemas contemporáneos transferencia de la propiedad inmueble .....	123
4.1.1. Sistema de unidad de contrato .....	124
4.1.1.1. Sistema título y modo .....	124
4.1.1.2. Sistema del principio consensual .....	127
4.1.2. Sistema de separación de contratos. ....	129
4.1.2.1. Sistema constitutivo abstracto.....	129
4.2. Transferencia de la propiedad inmueble en el Perú .....	132
<b>SUB- CAPITULO III .....</b>	<b>137</b>
<b>PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES.....</b>	<b>137</b>
<b>1. LA PUBLICIDAD EN GENERAL.....</b>	<b>137</b>
1.1. La publicidad jurídica.....	138
1.2. La publicidad y lo público. ....	139
1.3. La condición jurídica de los sujetos.....	140
1.4. La condición jurídica de los bienes.....	142
<b>2. FUNCIÓN ESENCIAL DE LA PUBLICIDAD. ....</b>	<b>143</b>
<b>3. FUNCIONES SECUNDARIAS DE LA PUBLICIDAD. ....</b>	<b>145</b>
3.1. Función de prueba.....	145
3.2. Función de tutela. ....	146
3.3. Efecto delante de terceros.....	147
<b>4. PUBLICIDAD Y LOS DERECHOS REALES .....</b>	<b>148</b>
4.1. Publicidad y los derechos reales.....	148
4.2. La Oponibilidad de los derechos reales.....	149
4.2.1. La oponibilidad.....	149
4.2.2. La inoponibilidad. ....	151
4.3. Reglas para la oponibilidad recogidas en el Código Civil .....	154
<b>5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL.....</b>	<b>157</b>

<b>5.1. Antiguas formas de publicidad.</b> .....	158
<b>5.2. Definición de la publicidad registral.</b> .....	160
<b>5.3. Características de la publicidad registral.</b> .....	161
<b>5.4. Fines de la publicidad registral.</b> .....	164
<b>5.4.1. La seguridad jurídica de los derechos y del tráfico de bienes.</b> .....	164
<b>5.4.2. Protección de los terceros que confían en la apariencia registral</b> .....	167
<b>6.1. Los principios registrales.</b> .....	168
<b>6.2. El principio de publicidad registral</b> .....	169
<b>6.3. El principio de fe pública registral</b> .....	170
<b>6.3.1. Definición y fundamento.</b> .....	171
<b>6.3.2. Requisitos de la fe pública registral.</b> .....	172
<b>6.3.3. El tercero de buena fe.</b> .....	177
<b>7. LA POSESIÓN COMO MEDIO DE PUBLICIDAD MATERIAL O, DE HECHO.</b> .....	181
<b>7.1. La publicidad: necesidad de proteger la apariencia jurídica en materia de derechos reales.</b> .....	181
<b>7.2. La posesión como apariencia de propiedad.</b> .....	181
<b>7.3. La apariencia protege la legítima titularidad de los bienes.</b> .....	183
<b>7.4. La posesión es un fin: La propiedad necesita de la posesión.</b> .....	186
<b>8. LA POSESIÓN FRENTE A LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO</b> .....	187
<b>8.1. La posesión como elemento de hecho de la propiedad.</b> .....	187
<b>8.2. La posesión como apariencia jurídica de un derecho real.</b> .....	190
<b>8.3. La posesión y la propiedad.</b> .....	192
<b>8.4. La posesión y el registro de la propiedad inmueble.</b> .....	193
<b>8.5. Rol de la posesión frente a la propiedad y el registro.</b> .....	195
<b>8.6. La posesión del bien, como medio de publicidad, puede desvirtuar la buena fe del adquirente.</b> .....	196
<b>9. CONFLICTOS EN LA DOBLE VENTA DE INMUEBLES.</b> .....	198
<b>9.1. El principio consensual y el registro</b> .....	198
<b>9.2. Conflicto por la doble venta de un mismo inmueble</b> .....	200
<b>9.3. Conflictos resueltos por el registro declarativo</b> .....	201
<b>9.4. Doble venta sin buena fe del comprador inscrito.</b> .....	202
<b>9.5. La buena fe y la importancia de la posesión</b> .....	204
<b>SUB- CAPITULO IV</b> .....	209
<b>BASES FILOSÓFICAS DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	209

<b>4.1. La propiedad a la luz de la teoría subjetiva del derecho</b> .....	209
<b>4.2. El Racionalismo Jurídico</b> .....	214
<b>4.3. Influencia de los contractualistas ilustrados en el derecho de propiedad privada</b> .....	214
<b>4.3.1. El derecho de propiedad privada de Thomas Hobbes</b> .....	215
<b>4.3.2. El derecho de propiedad privada de John Locke</b> .....	218
<b>4.3.3. El derecho de propiedad privada de Jean -Jacques Rousseau</b> .....	223
<b>4.4. La posmodernidad en el derecho implica superar el formalismo</b> .....	227
<b>4.5. El Derecho no ha sido inmune a la postmodernidad</b> .....	229
<b>4.6. Positivismo y el formalismo</b> .....	230
<b>4.7. El Neo - constitucionalismo</b> .....	230
<b>4.7.1. Dicotomía entre la seguridad jurídica y seguridad estática</b> .....	232
<b>4.7.2. Debate en el Derecho registral entre Extremismo frente al realismo (Epistemológico)</b> .....	233
<b>CAPITULO III</b> .....	235
<b>ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS</b> .....	235
<b>3.1. ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS O DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS</b> .....	236
<b>3.1.1. Presentación de los resultados</b> .....	236
<b>A) Resultados de la primera variable</b> .....	237
<b>B) Resultados de la segunda variable</b> .....	241
<b>3.1.2. Prueba de la Hipótesis</b> .....	247
<b>3.1.3. Discusión de los resultados</b> .....	248
<b>3.2. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO</b> .....	252
<b>CONCLUSIONES</b> .....	256
❖ <b>Conclusión general</b> .....	256
❖ <b>Conclusiones específicas</b> .....	256
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	260
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	261

**INDICE DE TABLAS**

<b>Tabla 1</b>	<i>Sentencias de casación según la pretensión de la demanda.....</i>	<i>237</i>
<b>Tabla 2</b>	<i>Sentencias de casación según la posesión del adquirente del bien inmueble transferido.....</i>	<i>238</i>
<b>Tabla 3</b>	<i>Sentencias de casación según la forma como el segundo comprador tomo conocimiento de la titularidad del bien inmueble.....</i>	<i>240</i>
<b>Tabla 4</b>	<i>Sentencias según las causales invocadas en la demanda de nulidad de acto jurídico .....</i>	<i>241</i>
<b>Tabla 5</b>	<i>Criterio de la decisión en sentencia en la demanda de nulidad de acto jurídico .....</i>	<i>242</i>
<b>Tabla 6</b>	<i>Sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico con demanda fundada donde Privilegia la posesión del primer comprador. . . .</i>	<i>244</i>
<b>Tabla 7</b>	<i>Criterio en la decisión de la sentencia de casación en la demanda de mejor derecho de propiedad .....</i>	<i>245</i>
<b>Tabla 8</b>	<i>Sentencias de casación sobre mejor derecho de propiedad con demanda infundada donde Privilegia la posesión del primer comprador .....</i>	<i>246</i>

**INDICE DE FIGURAS**

<b>Figura 1</b> <i>Sentencias de casación según la pretensión de la demanda.....</i>	237
<b>Figura 2</b> <i>Sentencias de casación según la posesión del adquirente del bien inmueble transferido.....</i>	239
<b>Figura 3</b> <i>Sentencias de casación según la forma como el segundo comprador tomo conocimiento de la titularidad del bien inmueble.....</i>	240
<b>Figura 4</b> <i>Sentencias según las causales invocadas en la demanda de nulidad de acto jurídico .....</i>	242
<b>Figura 5</b> <i>Criterio de la decisión en sentencia en la demanda de nulidad de acto jurídico .....</i>	243
<b>Figura 6</b> <i>Criterio en la decisión de la sentencia de casación en la demanda de mejor derecho de propiedad .....</i>	245

## RESUMEN

La posesión como medio de publicidad, frente al principio de la fe pública registral, en la transferencia de la propiedad inmueble, propone una solución a al conflicto de titularidades en la concurrencia de acreedores en los casos de doble venta, partiendo de la publicidad de la adquisición del derecho de propiedad.

Este es el caso en el que alguien que aparece en el Registro Público como titular de un derecho sobre una propiedad inmobiliaria adquirida mediante consentimiento, puede no ser realmente el dueño. Por lo tanto, la información proporcionada por el registro no es suficiente para determinar quién es el verdadero propietario. En tales situaciones, no solo es necesario verificar los títulos respectivos, sino también llevar a cabo una inspección física del bien y determinar quién posee el control real sobre la propiedad, es decir, quién la ocupa y ejerce sus derechos de propiedad. En otras palabras, la adquisición de la propiedad inmobiliaria a través de un simple contrato sin tener la posesión y sin registrarla, ha demostrado ser ineficaz para resolver los problemas de transferencia de bienes inmuebles.

De ahí que se ha planteado la siguiente la interrogante: ¿De qué manera la constatación de posesión del bien, como medio de publicidad frente al Principio de la Fe Pública Registral, en la concurrencia de acreedores por doble venta coadyuva a impedir, la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho?

Para responder a la pregunta del problema planteamos la hipótesis en el sentido que la posesión es un mecanismo de publicidad para desvirtuar la fe pública registral, sobre el estudio de 49 sentencias de la corte suprema sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad. Con lo cual se llegó a confirmar la hipótesis, además de conducirnos a otras conclusiones relacionadas ya que efectivamente la posesión es un medio de publicidad de derechos reales.

**PALABRAS CLAVE:** Posesión, Fe Pública Registral, Publicidad y Transferencia de Propiedad Inmueble, Doble venta.

## ABSTRACT

Possession as a means of publicity, against the principle of public registry faith, in the transfer of real property, proposes a solution to the conflict of ownership in the concurrence of creditors in cases of double sale, based on the publicity of the acquisition of property rights.

This is the case in which someone who appears in the Public Registry as the holder of a right over a real estate property acquired by consent, may not actually be the owner. Therefore, the information provided by the Registry is not sufficient to determine who the true owner is. In such situations, it is not only necessary to verify the respective titles but also to carry out a physical inspection of the property and determine who has real control over it, that is, who occupies and exercises their property rights. In other words, the acquisition of real estate property through a simple contract without possession and without registration has proven ineffective in solving problems related to the transfer of real estate.

Hence, the following question has been raised: How does the verification of possession of the property, as a means of publicity against the Principle of Public Registry Faith, in the concurrence of creditors for double sale, contribute to prevent, the loss of the right of the first purchaser who owns the property and did not register his right?

To answer the question of the problem, we hypothesize that possession is a publicity mechanism to distort the public faith in the registry, on the study of 49 Supreme Court rulings on nullity of a legal act and better property rights. With which the hypothesis was confirmed, in addition to leading us to other related conclusions since possession is indeed a means of advertising real rights.

**KEY WORDS:** Possession, Registry Public Faith, Advertising and Transfer of Real Estate Property, Double sale.

## SOMMARIO

Il possesso come mezzo di pubblicità, contro il principio della fede anagrafica, nel trasferimento di beni immobili, propone una soluzione al conflitto di proprietà nel concorso dei creditori nei casi di doppia compravendita, basata sulla pubblicità dell'acquisto di beni diritti.

Questo è il caso in cui qualcuno che appare nel Registro pubblico come titolare di un diritto su una proprietà immobiliare acquisita mediante consenso, potrebbe non essere effettivamente il proprietario. Pertanto, le informazioni fornite dal Registro non sono sufficienti per determinare chi è il vero proprietario. In tali situazioni, non è solo necessario verificare i rispettivi titoli, ma anche effettuare un'ispezione fisica della proprietà e determinare chi ha il controllo reale su di essa, ovvero chi la occupa ed esercita i propri diritti di proprietà. In altre parole, l'acquisizione della proprietà immobiliare attraverso un semplice contratto senza possesso e senza registrazione si è rivelata inefficace nel risolvere i problemi legati al trasferimento di beni immobili.

Pertanto, è stata sollevata la seguente questione: In che modo l'accertamento del possesso del bene, quale mezzo di pubblicità contro il Principio di Fede Pubblico Registro, nel concorso dei creditori per la doppia vendita, contribuisce a prevenire, la perdita del diritto del primo acquirente che possiede l'immobile e non ha registrato il suo diritto?

Per rispondere alla domanda del problema, si ipotizza che il possesso sia un meccanismo pubblicitario per snaturare la fede pubblica nei confronti dell'anagrafe, sullo studio di 49 sentenze della Suprema Corte sulla nullità dell'atto e migliori diritti patrimoniali. Con cui l'ipotesi è stata confermata, oltre a portarci ad altre conclusioni correlate poiché il possesso è proprio un mezzo per pubblicizzare diritti reali.

**PAROLE CHIAVE:** Possesso, Fede Pubblica Anagrafe, Pubblicità e Trasferimento di Proprietà Immobiliare, doppia compravendita.

## INTRODUCCIÓN

La idea de utilizar la posesión como forma de publicidad en la transferencia de la propiedad inmueble, en lugar del principio de la fe pública registral, tiene como objetivo solucionar el problema en la concurrencia de acreedores en los casos de doble venta, ante dos aparentes regulaciones o modelos de adquisición y transmisión de la propiedad inmobiliaria, uno en el libro de los derechos reales y otro en el libro de los Registros Públicos, lo cual pone en riesgo la integridad de nuestro sistema legal.

La adquisición de la propiedad únicamente a través de un contrato sin la posesión ni el registro ha demostrado ser inefectiva para resolver conflictos en casos de doble venta de bienes inmuebles por acreedores concurrentes. Aunque permite una transferencia rápida de bienes, en la actualidad se considera insegura debido a la falta de posesión o registro, lo que puede resultar en la pérdida injusta del derecho de propiedad para aquellos que adquirieron el derecho, pero no lo registraron.

En el caso de adquirir una propiedad inmobiliaria mediante consentimiento y aparecer en el Registro Público como titular de un derecho, puede suceder que no sea realmente el propietario. En consecuencia, la información proporcionada por el Registro no es suficiente para determinar la titularidad de los derechos. En estas situaciones, es necesario buscar otras referencias jurídicas para determinar si la información proporcionada por el Registro es precisa o no. Por lo tanto, no es suficiente solo verificar los títulos respectivos y el registro para confiar en la fe pública registral. También se debe llevar a cabo una verificación física del bien y determinar quién ejerce en la práctica los atributos de la propiedad, es decir, quién posee la propiedad.

De ahí que, se ha planteado la siguiente interrogante: ¿De qué manera la constatación de posesión del bien, como medio de publicidad frente al Principio de la Fe Pública Registral, en la concurrencia de acreedores por doble venta coadyuva a impedir, la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho?

La hipótesis se afirmó en el mismo sentido que, La posesión como medio de publicidad de un bien inmueble frente a la fe pública registral, en la concurrencia de acreedores por doble venta impide la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho; la misma que llevo a confirmarse, con el marco teórico y filosófico, así como el estudio de las sentencias de la Corte Suprema sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad, en donde se verifica que el primer adquirente que no inscribió su derecho es el que se encuentra mayormente en posesión del bien en 83.67 % (tabla 2); sin embargo existe criterios contradictorios al resolver el conflicto de titularidades, el 75 % (tabla 5) de las sentencias la nulidad de acto jurídico iniciadas por el primer adquirente se han declarado infundada y el 58.82 % ( tabla 7) de las sentencias de mejor derecho de propiedad iniciadas por el segundo comprador se han declarado fundadas basándose en el principio de la fe pública registral, lo cual conlleva en el mayor porcentaje a la pérdida del derecho de propiedad del que adquirió con fecha anterior.

Por otro lado, de las 32 sentencias de nulidad de acto jurídico el 25% (tabla 5) y de las 17 sentencias de mejor derecho de propiedad el 41.18 % (tabla 7) lo han resuelto a favor del primer adquirente que no inscribió su derecho, optando por analizar la buena fe diligente con conocimiento de la realidad extrarregistral como es la posesión, lo cual conlleva a desvirtuar la fe pública registral mediante la publicidad de la posesión.

Por su parte el objetivo general que se planteó desde el inicio, consistió en: Explicar, si en la concurrencia de acreedores por doble venta la posesión como medio de publicidad de un bien inmueble frente a la fe pública registral, impediría la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho,

Respecto al enfoque metodológico utilizado, se hizo uso principalmente del método hipotético deductivo, en el cual se partió de una hipótesis y a partir de ella se derivaron las variables e indicadores. Esta labor se llevó a cabo mediante un extenso proceso de investigación y análisis de fuentes

bibliográficas, así como de la normativa pertinente a nivel nacional e internacional.

Así como se presentan los hechos, es importante recalcar que la investigación materia de estudio es de gran utilidad, puesto que explica el rol que cumple la posesión como mecanismo de publicidad frente al registro; Por lo que planteamos una propuesta en el sentido que nuestro ordenamiento jurídico, en esta materia debe incluir en el Art. 1135 del Código Civil, ante la concurrencia de acreedores, debe incorporar en su texto: *“Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se obliga a entregarlo se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título: 1) Es de fecha anterior y que primeramente ha empezado a poseer. 2) En su defecto de posesión al adquirente de buena fe que, primeramente, ha inscrito su derecho. 3) Si ninguno ha empezado a poseerlo se preferirá a aquel cuyo título sea de fecha anterior. 4) Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”*.

Esclareciendo en el desarrollo de la tesis que el tercero de buena fe al comprar un inmueble debe tener la debida diligencia, respecto de la verificación de la posesión de la situación de hecho en que se encuentra el inmueble materia de adquisición.

Ahora bien, este trabajo de análisis y reflexión se ha dividido en tres capítulos. El primero describe detalladamente el objeto de estudio y la metodología utilizada. El segundo se centra en los antecedentes de la investigación, las bases teóricas y filosóficas, y destaca la publicidad de los derechos reales, la importancia de la posesión sobre los bienes inmuebles, así como el papel de la posesión en relación con el registro y la propiedad. También se analiza el principio de la fe pública registral y se explican los modelos de transferencia del derecho de propiedad inmueble.

Un tercer capítulo es aprovechado para tratar el análisis y discusión de los resultados o de los instrumentos utilizados, donde se presenta los resultados extraídos de las sentencias de la corte suprema sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad por la doble venta que constituyen la unidad de análisis, se prueba la hipótesis y finalmente se presenta el modelo teórico con una propuesta de solución, respaldado por un fundamento teórico- filosófico.

La introducción concluye aquí, con la esperanza de que este breve resumen de cuenta cómo se origina, se desarrolla y concluye la investigación, junto con la tabla de contenido correspondiente, a fin de que proporcione al lector una idea general o al menos un panorama de lo que se presentará a continuación.

**EL AUTOR**

**CAPÍTULO I**  
**ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.**

## **CAPÍTULO I**

### **ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO**

#### **1. UBICACIÓN.**

La investigación se ha centrado en el estudio de la posesión como mecanismo de publicidad del derecho de propiedad frente al registro para desvirtuar el principio de la fe Pública registral e impedir la pérdida del derecho de propiedad no inscrita del verdadero propietario, que adquirió el bien con fecha anterior al de aquel que inscribió, cuando el enajenante efectúa la doble venta de bien inmueble, generando un concurso de acreedores y un conflicto entre la posesión el registro, en las sentencias de nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad procedentes de la Corte Suprema en el año 2015-2020.

#### **2. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.**

##### **2.1. Descripción de la realidad problemática.**

El fundamento del Principio de la Fe Pública Registral radica en la publicidad proporcionada por el registro, el cual hace pública la información sobre ciertos hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica. Esto permite que cualquier persona interesada pueda tener conocimiento de dicha información. Debido a esto, se establece la norma de que un tercero de buena fe que adquiere la propiedad de un inmueble, mediante su inscripción en el registro, tiene derecho a protección incluso en contra del derecho de propiedad previamente adquirido por alguien que ha tomado posesión del bien, pero no lo ha inscrito. Como resultado, se produce un conflicto en la publicidad del derecho de propiedad.

La adquisición de la propiedad en virtud de la apariencia registral, sin la diligencia mínima de constatación de la posesión del bien materia de venta por parte del adquirente; la no coincidencia de la realidad registral con la extra registral, como los vicios del disponente que no figuran en el registro; adicionado al accionar de mala fe del transferente, por enriquecerse injustamente, conlleva al principio de la fe pública registral a sacrificar injustamente el derecho del verdadero propietario, en beneficio del tercer adquirente, en aras de garantizar la seguridad jurídica, la confianza en la apariencia registral.

El principio de la fe pública registral pone en una situación de peligro inminente al propietario no registrado que ha adquirido un bien inmueble con esfuerzo y sacrificio y que además se encuentra en posesión del mismo. Esto se debe a que el propietario no registrado está en riesgo de perder injustamente su derecho de propiedad debido a la conducta fraudulenta de alguien que aún figura como propietario en el registro o que ha adquirido irregularmente el derecho mediante engaño o trampa. En este caso, el verdadero propietario que adquirió el derecho de propiedad con anterioridad se ve limitado a cuestionar la adquisición del derecho al tercero adquirente.

Además de la pérdida injusta de la propiedad del propietario que compro primero y no inscribió su derecho, se produce el despojo de la posesión ya sea por el tercero adquirente del derecho o por la ejecución de un embargo o la hipoteca constituido al amparo de la fe pública registral.

La situación descrita se puede ilustrar de la siguiente manera: Una persona llamada "X" adquirió la propiedad de un inmueble de otra persona llamada "A", que aparecía como propietario en el registro. Por alguna razón, "X" no inscribió su derecho de propiedad, pero "A", que aún aparecía en el registro como propietario, transfirió nuevamente el mismo bien a "B", quien sí inscribió su derecho. Luego, "X", que posee el bien, reclama la propiedad del mismo argumentando que "B" no es el verdadero propietario debido a un vicio en el contrato suscrito entre "A" y "B" que invalidaría la adquisición de este último. Según el Principio de la Fe Pública Registral, a pesar de la presencia de un vicio en el derecho de "B", este último conserva su derecho

si el vicio no consta en los Registros Públicos y si desconoce la inexactitud registral o la realidad extrarregistral, como la posesión del bien. En este ejemplo de doble venta, se discute si "B" realmente tiene la condición de tercero de buena fe, que establece el artículo 2014 del Código Civil, y "X" solo podrá ganar si puede demostrar que "B" conocía la inexactitud de la información registral.

Además, el artículo 1135 del Código Civil establece que en el caso de bienes inmuebles que son objeto de obligaciones por parte del deudor con varios acreedores, se prefiere al acreedor de buena fe que ha inscrito su derecho en primer lugar, dejando sin efecto el derecho de propiedad del propietario original que lo adquirió en primer lugar y se encuentra en posesión del bien, lo que ignora la publicidad que se genera mediante la posesión del derecho real de propiedad.

En la mayoría de países del mundo, han regulado en sus ordenamientos jurídicos la fe pública registral como seguridad jurídica y la confianza en la apariencia registral, en la circulación de los bienes inmuebles. Sin embargo, la mejor doctrina europea afirma que:

*“La propiedad se justifica gracias a la posesión ya que el título formal es solo un medio para lograr la finalidad del derecho, cual es el aprovechamiento y disfrute de los bienes esto es poseer. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica el fin se encuentra en grado superior al medio, entonces es evidente que la posesión se encuentra en situación de primacía sobre la propiedad”*<sup>1</sup> (SACCO y CATERINA, 2000, 9).

*“En el Common law, la propiedad sin posesión no tiene justificación, por tanto, la verificación de la posesión es un deber. De allí que la práctica forense aconseje siempre la inspección física del inmueble e incluso la investigación sobre el terreno mediante la inquisición a los vecinos con el fin de descubrir cualquiera de las situaciones descritas;*

---

<sup>1</sup> SACCO, RODOLFO, y RAFFAELE CATERINA . // *Possessio*. Milan: Giuffrè, 2000. P.9.

*pues a un adquirente normal lo que más debe preocuparle es la existencia de eventuales poseedores en la finca”<sup>2</sup> (DE LA PUENTE ALFARO, 2002).*

## **2.2. Como se manifiesta el problema.**

En el contexto nacional y local, las normas establecidas por el derecho para garantizar la propiedad de los bienes han encontrado un mecanismo efectivo en los Registros Públicos. Al ser de acceso público, la información proporciona seguridad sobre quiénes son los propietarios de los bienes, lo que elimina la incertidumbre en la adquisición de los mismos y evita la costosa investigación de los antecedentes de la transferencia. Sin embargo, aunque el principio de la fe pública registral protege al tercero de buena fe, en casos de doble venta de bienes inmuebles, a menudo no se proporcionan mecanismos de protección al verdadero propietario o titular del derecho que adquirió el bien primero y mantiene la posesión del mismo, pero no ha registrado su derecho. Este vacío legal es explotado por personas sin escrúpulos que, ante la dificultad de probar su mala fe, terminan privando del derecho de propiedad a muchas personas.

Es el caso de aquellos que pueden no ser propietarias a pesar de estar registradas como tal en el Registro Público, debido a las reglas del derecho que permiten la adquisición de la propiedad inmobiliaria por el simple consentimiento del titular registrado. En estos casos, la información del Registro no es suficiente para determinar la titularidad de los derechos reales, por lo que se deben considerar otras referencias jurídicas, como la buena o mala fe de las personas en relación a la información del Registro. Es necesario verificar tanto los títulos como la verificación física del bien y la posesión, ya que esta última también es un mecanismo de publicidad de los derechos reales.

Por consiguiente, para determinar con certeza la titularidad de bienes en nuestro país, es imprescindible considerar tres aspectos fundamentales: la

---

<sup>2</sup>. DE LA PUENTE ALFARO, Fernando. «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales.» *Revista crítica del derecho inmobiliario*, N° 670 (marzo - abril 2002): PP. 629-631

posesión, la propiedad y el registro. Es precisamente por esta razón que se realiza el presente trabajo.

Es evidente que incluso los sistemas de registro más avanzados y eficaces en términos de garantizar la validez de las relaciones jurídicas inscritas, no pueden ignorar la importancia de la realidad fáctica que representa la posesión continuada del propietario.

## **2.3. Formulación del problema.**

### **2.3.1. Problema principal.**

El problema planteado se formula con la siguiente pregunta:

¿De qué manera la constatación de posesión del bien, como medio de publicidad frente al Principio de la Fe Pública Registral, en la concurrencia de acreedores por doble venta coadyuva a IMPEDIR, la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho?

### **2.3.2. Problemas Secundarios.**

- a) ¿De qué manera la constatación de la posesión del bien por el tercero adquirente Coadyuva a IMPEDIR un perjuicio irreparable al derecho de propiedad del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho, según las Sentencias de nulidad de acto jurídico procedentes de la Corte Suprema de la República en el año 2015-2020?
- b) ¿De qué manera la constatación de la posesión del bien por el tercero adquirente coadyuva a IMPEDIR la imposibilidad de cuestionar el derecho del tercero, por el primer adquirente que posee el bien y no inscribió, según las Sentencias de mejor derecho de propiedad procedentes de la Corte Suprema en el año 2015-2020?

### **3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.**

El tema tratado, se justifica teóricamente; porque ha tenido como propósito estudiar y explicar la problemática que surge en torno a la transferencia de la propiedad inmueble cuando se da la doble venta en el ámbito nacional.

La forma de adquirir la propiedad únicamente mediante un contrato, sin tener en cuenta la posesión ni el registro, ha demostrado ser ineficaz para resolver los graves problemas relacionados con la propiedad inmobiliaria. Aunque el sistema consensual permite un tráfico rápido de bienes, en la actualidad se ha vuelto inseguro debido a la falta de posesión o registro, lo que a su vez ha resultado en la pérdida injusta del derecho de propiedad de aquellos que adquirieron su derecho, pero no lo registraron.

Cuando se trata de la adquisición de la propiedad inmueble por medio del simple consentimiento, que se registra en los Registros Públicos como titular de un derecho, como la propiedad, podría no ser el verdadero titular. En estos casos, la información en el Registro no es suficiente para identificar la titularidad de los derechos y se debe recurrir a otras referencias jurídicas, como la conducta de las personas, es decir, su buena o mala fe en relación con el conocimiento de la información registral. Por lo tanto, no basta con verificar los títulos correspondientes y el registro para confiar en la fe pública registral. También es necesario verificar físicamente el bien y quién ejerce los atributos de la propiedad, es decir, quién posee el bien en cuestión.

La investigación tiene aplicaciones prácticas, ya que en la jurisprudencia diaria existe una gran cantidad de casos relacionados con la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles, y el patrón común en estos casos es que el verdadero propietario, que posee el bien, pero no ha inscrito su derecho, es quien es despojado de su derecho de propiedad. Esto ocurre cuando el vendedor original, que aún aparece como propietario en el registro, vuelve a transferir el bien o a hipotecarlo, y estos actos son

inscritos en el registro, prevaleciendo así sobre el verdadero propietario debido a la fe pública registral.

La investigación materia de estudio es de gran utilidad, puesto que explica el rol que cumple la publicidad de los derechos reales frente a terceros, específicamente la posesión como mecanismo de publicidad del derecho de propiedad frente a la publicidad del registro en la transferencia de la propiedad inmueble.

Por lo que se plantea una propuesta en el sentido que el ordenamiento jurídico, en el Artículo 1135 del Código Civil, ante la concurrencia de titulares de un derecho de goce, como es la propiedad, debe incorporar en su texto: *“Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se obliga a entregarlo se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título: 1) Es de fecha anterior y que primeramente ha empezado a poseer. 2) En su defecto de posesión al que, de buena fe, primeramente, haya inscrito su derecho. 3) Si ninguno ha empezado a poseerlo se preferirá a aquel cuyo título sea de fecha anterior. 4) Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”*.

#### **4. OBJETIVOS:**

##### **4.1. Objetivo general.**

EXPLICAR, si en la concurrencia de acreedores por doble venta la posesión como medio de publicidad de un bien inmueble frente a la fe pública registral, IMPEDIRIA la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho.

##### **4.2. Objetivos específicos.**

- ❖ DETERMINAR, si la constatación de la posesión del bien por el tercero adquirente coadyuva a IMPEDIR un perjuicio irreparable al derecho de propiedad del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho, en las Sentencias de casación sobre

nulidad de acto jurídico procedentes de la Corte Suprema en el año 2015-2020.

- ❖ DETERMINAR, si el Principio de la Fe Pública Registral, en beneficio del tercero adquirente GENERA la imposibilidad para cuestionar el derecho del tercero, por el propietario que mantiene la posesión del bien que adquirió primero y no inscribió su derecho, en las sentencias de casación de mejor derecho de propiedad, procedentes de la Corte Suprema el año 2015-2020.
- ❖ CONOCER, si en el sistema consensual de transmisión de la propiedad inmueble el contrato tiene efectos reales en donde no está presente el registro, ni la posesión.
- ❖ FUNDAMENTAR el modelo teórico de la posesión del bien como medio de publicidad en protección del derecho fundamental de propiedad, frente al extremismo del formalismo registral
- ❖ ANALIZAR, el criterio adoptado por la Corte Suprema de la Republica en las sentencias sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad del año 2015-2020, en los casos de concurrencia de acreedores por la doble venta.

## **5. LA HIPOTESIS.**

### **5.1. Hipótesis Principal.**

Ante el problema planteado nos formulamos la siguiente hipótesis:

La posesión como medio de publicidad de un bien inmueble frente a la fe pública registral, en la concurrencia de acreedores por doble venta IMPDE la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho

## **5.2. Hipótesis secundarias.**

- a) La constatación de la posesión del bien por el tercero adquirente IMPEDIRIA un perjuicio irreparable al derecho de propiedad por la pérdida del derecho del propietario que mantiene la posesión del bien que adquirió primero y no inscribió su derecho, en las Sentencias de nulidad de acto jurídico de la Corte Suprema de la Republica en el año 2015-2020.
  
- b) La constatación de la posesión del bien por el tercero adquirente IMPEDIRIA la imposibilidad para cuestionar el derecho del tercero, por el propietario que mantiene la posesión del bien que adquirió primero y no inscribió su derecho, en las Sentencias de mejor derecho de propiedad de la Corte Suprema de la Republica durante el año 2015-2020.

## **6. VARIABLES E INDICADORES.**

### **6.1. Definición conceptual de variables.**

#### **6.1.1. Variable independiente.**

X = La constatación de la posesión como medio de publicidad del bien materia de venta por el adquirente.

Para la investigación desarrollada y de acuerdo a la doctrina, la posesión es un medio de publicidad de derechos reales. Por lo tanto, cualquier adquisición de un derecho real sobre un inmueble no puede ignorar este medio de publicidad. Si el poseedor tiene el bien debido a la titularidad de otro derecho real, como la propiedad, que justifica jurídicamente su posesión, entonces podrá agregar a su derecho posesorio las prerrogativas que el ordenamiento jurídico concede a ese derecho real, con el fin de excluir a terceros.

Y= El principio de la fe pública registral.

En la investigación, se sostiene que el principio de la fe pública registral establece que, si un tercero adquiere de buena fe, a título oneroso, un derecho de alguien que aparece en el registro como titular y tiene la facultad de transferirlo eficazmente, una vez que el tercero inscribe su derecho, el registro lo protege, incluso si el derecho del transferente pierde eficacia jurídica debido a causas que no están registradas. Es por ello que uno de los principales efectos de la publicidad registral es brindar protección a quienes realizan negocios con quien figura en el registro como titular de un derecho.

### **6.1.2. Variable Dependiente.**

Z = Pérdida del derecho de propiedad del propietario, que adquirió primero y no inscribió su derecho.

El verdadero propietario que adquirió el derecho sin registrarlo previamente no tiene legitimidad para reclamar la propiedad del mismo. Los defectos en el derecho del vendedor que no constan en el registro no afectan al tercero comprador de buena fe, quien se convierte legalmente en el nuevo propietario del bien. Como resultado, el comprador anterior pierde irrevocablemente su derecho de propiedad.

## **7. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **7.1. Tipo de Investigación.**

Según el propósito de la investigación desarrollada, el tipo de investigación ha sido de carácter aplicada, puesto que ha propuesto una solución al problema planteado.

### **7.2. Diseño de investigación.**

El diseño de la investigación utilizado es el no experimental, de corte transversal ya que la obtención de los datos se ha realizado en una sola vez en cada unidad de análisis; pues ha consistido en el estudio de sentencias recurridas en casación, resueltas por la Corte Suprema, sobre casos judiciales de nulidad de acto jurídico de compraventa de bien ajeno sobre inmuebles, correspondientes al año 2015-2020

### 7.3. Nivel de investigación.

La investigación desarrollada ha sido de carácter eminentemente exploratorio, descriptivo, correlacional y explicativo, utilizando la estadística, ya que su propósito ha sido determinar que la constatación de la posesión del bien materia de transferencia, frente al principio de la fe pública registral, en beneficio del tercero adquirente impide la pérdida del derecho de propiedad de aquel que adquirió con fecha anterior.

### 7.4. Método de la investigación.

El procedimiento para el tratamiento de la investigación se ha hecho uso de los siguientes métodos:

- **Método hipotético deductivo.** Se ha hecho uso de este método, porque se ha partido de una hipótesis, de allí se ha deducido a las variables e indicadores.
- **Método estadístico descriptivo.** Por el cual se ha presentado en tablas y figuras el análisis e información de datos.
- **Método dogmático.** Se ha explicado cómo se está aplicando las normas sobre el concurso de titularidades de la propiedad, entre una propiedad no inscrita con fecha anterior frente a la propiedad inscrita en base a la fe pública registral. Se ha explicado las posiciones o teorías doctrinarias al respecto y nuestra posición.
- **Método comparativo.** Se ha verificado como se viene solucionando el problema de investigación planteado, en la legislación comparada, y en base a los fundamentos de las teorías doctrinarias filosóficas.

## 8. POBLACIÓN Y MUESTRA.

### 8.1. Población.

La población objeto de investigación estuvo constituida por el análisis de 49 sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad en los casos de concurrencia de acreedores por la doble venta procedentes de las salas Civiles de la Corte Suprema de la Republica el año 2015-2020, cuyas sentencias se han extraído de la página web del Poder Judicial.

## **8.2. Muestra.**

Para efectos de la recolección de la información el tamaño de la muestra se ha estimado a partir de las 49 sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad procedentes de las Salas Civiles de la corte Suprema de la República, extraídas de la página Web del Poder judicial correspondiente al año 20115-2020. La muestra corresponde a una de tipo censal (tamaño de la población) por lo que no ha requerido de establecer una muestra.

## **8.3. Unidad de Análisis.**

Las unidades de análisis son aquellos elementos individuales que conforman la población de estudio, en el desarrollo del presente trabajo la unidad de análisis objeto de estudio, es las sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad procedentes de las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República, extraídas de la página Web del Poder judicial correspondiente al año 2015-2020.

# **9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.**

## **9.1. Fuentes.**

Las Fuentes de información para la investigación se han obtenido directamente de los casos concluidos con las sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad procedentes de las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República, extraídas de la página Web del Poder judicial correspondiente al año 2015-2020

Para la elaboración del marco teórico se ha recurrido a las fuentes bibliográficas disponibles a nivel regional, nacional y extranjera, así como a la jurisprudencia nacional.

## **9.2. Técnicas.**

Se hizo uso de la técnica de revisión y análisis de sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad procedentes de las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República, extraídas de la página Web del Poder judicial correspondiente al año 2015-2020.

## **9.3. Instrumentos.**

Para la recolección de la información, se ha hecho uso de la ficha de recojo de datos de las sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad procedentes de las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República, extraídas de la página Web del Poder judicial correspondiente al año 2015-2020.

## **CAPÍTULO II**

### **DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO**

## **SUB- CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1. INVESTIGACIONES RELACIONADAS AL ESTUDIO.**

Durante la búsqueda de antecedentes relacionados con el problema de investigación y las variables de estudio, se han examinado diversos estudios con el fin de determinar cómo se ha abordado el tema hasta el momento en que se propone la investigación, así como identificar las tendencias actuales en el campo. Como resultado de esta búsqueda, se han encontrado los siguientes estudios relevantes para el trabajo de investigación:

##### **1.1 Investigaciones en el extranjero.**

En la Universidad Complutense de Madrid, TORANZOS CHAVERA (2014) realizó la investigación titulada “*La inexactitud registral derivada de la inscripción de un título falso. Apuntes para la defensa del verus dominus*”. El propósito de la investigación fue analizar el problema que surge cuando se registra un título falso que transfiere el derecho de propiedad a un tercero adquiriente, en detrimento del verdadero propietario. En este sentido, el trabajo se centra en explorar los argumentos que justifican la protección del derecho de propiedad frente a la necesidad de garantizar la seguridad en las transacciones jurídicas.

TORANZOS examina el comportamiento del propietario legítimo, en relación a la privación o despojo de su propiedad por hechos que están fuera de su control (como en el caso de la transferencia de un inmueble mediante la presentación de un documento público falsificado). El autor sostiene que, especialmente cuando el propietario ha actuado diligentemente al inscribir su derecho de propiedad en los Registros Públicos, no debería ser despojado de su propiedad. De lo contrario, no solo se castigaría injustamente al

propietario legítimo, sino que se desvirtuaría e incentivaría en desuso la inscripción de derechos en los Registros Públicos, lo que socavaría la "seguridad jurídica" que proporciona el sistema registral según lo establecido en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria<sup>3</sup>.

El estudio concluye que esta diligencia de buena fe ha sido respaldada por las sentencias emitidas por la Sala Civil del Tribunal Supremo, específicamente la sentencia N° 5823/2007 del 7 de septiembre de 2007 y la sentencia N° 237/2014 del 21 de enero de 2014, donde se establece que el tercer adquirente debe tener conocimiento real o presunto de la situación posesoria. El estudio también destaca que los requisitos mínimos que se deben exigir al tercer adquirente para demostrar su buena fe incluyen la inspección física del inmueble que desea adquirir.

Apunta TORANZOS que en el caso de que se hayan llevado a cabo dos transferencias después de que A haya sido inscrito como titular registral, se deben distinguir dos situaciones diferentes. En primer lugar, la transferencia a favor de B deberá considerarse inexistente, ya que A nunca dio su consentimiento para transferir su derecho de propiedad. En este caso, se aplicará el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, puesto que no existe una norma específica para los negocios jurídicos que sean inexistentes. Por otro lado, la transferencia a favor de C deberá ser declarada nula, ya que afecta el derecho fundamental de A, a no ser despojado ni privado de su propiedad. Dado que A adoptó todas las medidas necesarias para proteger su propiedad, la transferencia a favor de C vulnera el orden público y, por tanto, no se podrá aplicar el artículo 34 de la mencionada ley.

En conclusión, se enfatiza que en la mayoría de los casos la realidad extrarregistral tendrá más peso que la realidad registral. Esto se debe a que, en caso de no aceptar esta postura, el verus dominus siempre tendrá la opción de alegar la prescripción adquisitiva, ya sea ordinaria (en la que se suma el plazo de posesión de su causante según el artículo 1960 del Código

---

<sup>3</sup> TORANZOS CHAVERA, José Luis. "La inexactitud registral derivada de la inscripción de un título falso. Apuntes para la defensa del verus dominus". Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014.

Civil) o extraordinaria. Por lo tanto, aunque exista una normativa registral que legitime la adquisición de terceros hipotecarios basada en la apariencia, en ciertas situaciones la posesión del verus dominus prevalecerá sobre la titularidad registral del tercer adquirente y, finalmente, se transformará en su derecho real de propiedad, derecho que el verus dominus siempre ha poseído.

## 1.2. Investigaciones Nacionales.

En el estudio realizado por AVENDAÑO VALDEZ y DEL RISCO SOTIL (2012) denominado “*Pautas para la aplicación del principio de buena fe pública registral*”, examinan los criterios necesarios para la utilización de la fe pública registral, destacando la relevancia de la fe y sus efectos prácticos. En último término, proponen una posible solución para abordar el tema de la existencia de duplicidad de asientos registrales, considerando la aplicación de los principios registrales.

Teniendo como resultados que:

*“[...] El artículo 2014 se refiere a la publicidad registral, que sirve para llevar a conocimiento de la colectividad determinados hechos jurídicos, pero va más allá, pues protege al tercero de buena fe, que adquiere a título oneroso de quien en el registro aparece con facultad para otorgarlo, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante. La fe registral opera respecto de los datos registrados referentes a la existencia, contenido y titularidad de los derechos reales inscritos y se establece una presunción iuris tantum a favor del tercero de buena fe, con el añadido que la buena fe se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía de la inexactitud de la inscripción registral. Tercero en lenguaje jurídico es la persona que pueda desconocer un cambio no inscrito.*

*Tercero es la persona que desconoce la discrepancia entre el asiento registral y la realidad. Tercero es la persona que no es sujeto del*

---

*cambio real no transcrito en el registro, pero que ha adquirido derecho sobre la cosa por parte de quien aparece en el registro como titular, añadiéndole la ley, como requisito de validez, que se haya adquirido a título oneroso y de buena fe.*

*Llegando a las conclusiones más importantes lo siguiente:*

*i) La adquisición protegida por el Principio de Fe Pública Registral rompe la cadena de vicios que pudiesen afectar a las relaciones jurídicas que preceden al disponente. El tercero se convierte en el dueño del bien, siendo indiferentes las inexactitudes registrales que viciaron la facultad dispositiva del transferente.*

*ii) El principio de fe Pública Registral, sacrifica el derecho del verdadero propietario en beneficio del tercero adquirente, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la confianza en la apariencia registral. Notase que la propiedad del tercero adquirente no nace con el contrato celebrado con el disponente sino de la ley (ex lege).*

*iii) Si el tercero cumplió con los requisitos del Art. 2014 del C.c. la norma ordena que su adquisición se mantenga en detrimento del verdadero titular del bien, y su eficacia no podrá ser atacada por los vicios y/o irregularidades en el derecho del otorgante”<sup>4</sup>.*

En el artículo científico de ESCAJADILLO CHIMAYCO (2016) titulado “¿Sacilegio del derecho de propiedad? Fe pública registral y falsificación de documentos”, el autor invita a:

*“reflexionar sobre la fe pública registral y el derecho de propiedad en los casos de fraude inmobiliario (falsificación de documentos o suplantación de identidades). En nuestro país, existen dos posiciones que parecen ser irreconciliables. Por un lado, quienes defienden la fe pública registral sobre el derecho de propiedad; y, por otro lado, quienes defienden el derecho de propiedad sobre la fe pública registral. Es importante asumir una de las dos posturas en esta*

---

<sup>4</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge , y DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe.” *Pautas para la Aplicación del Principio de buena fe Pública Registral*”. IUS ET VERITAS(45) (Diciembre de 2012).

*confrontación, dado que solo a partir de la discusión académica será posible hallar una efectiva solución a este problema”<sup>5</sup>.*

La investigación de SACACHIPANA presenta el “*Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad inmueble y la Seguridad Jurídica a través de la Inscripción Registral*”. En este estudio se investiga si el sistema de transferencia de propiedad inmueble proporciona la seguridad jurídica necesaria para las partes involucradas. Además, se examinan los estándares establecidos por la jurisprudencia nacional con respecto a la transferencia de bienes inmuebles, y se analiza la manera en que otros sistemas jurídicos tratan esta cuestión en la legislación comparada, con el objetivo de asegurar la seguridad jurídica y determinar las medidas necesarias para implementar un sistema que la garantice. Para llevar a cabo la investigación se ha tomado en cuenta la ley, la doctrina y la jurisprudencia nacional, así como el derecho comparado. Se ha utilizado el método cualitativo, específicamente el método dogmático jurídico, y se han aplicado técnicas de análisis y observación.

Finalmente, SACACHIPANA APAZA (2017) concluye:

*"i) El sistema de transferencia de propiedad inmueble que ha adoptado nuestro país (solo consensus de las partes), propio de los sistemas jurídicos francés e italiano no es adecuado para nuestro país, no garantiza la seguridad jurídica, y más aún si tenemos un sistema registral facultativo en nuestro país, el cual incrementa la problemática puesto que el sistema facultativo constituye una de las principales limitaciones para acceso, desarrollo y actualización del Registro.*

*ii) Respecto a la proposición de medidas para contar con un sistema de transferencia de propiedad inmueble que genere mayor seguridad, decimos que existe una eminente necesidad de establecer Sistema Transferencia de Propiedad basado en la inscripción registral.*

---

<sup>5</sup> ESCAJADILLO CHIMAYCO, Francisco Javier. *¿Sacrilégio del derecho de propiedad? Fe pública registral y falsificación de documentos*. Universidad San Martín de Porras, Lima, 2016. <http://repositorio.usmp.edu.pe/handle/usmp/2381>

*iii) Es necesario tener un sistema registras constitutivo de derechos, así la publicidad que en él se ofrece, otorga presunción de certeza del derecho inscrito, es decir, lo que aparece en él, es lo que en la realidad se presenta eso evitará problemas tan graves, como es el caso de la doble venta, o del tráfico de predios, pues como está estipulado en nuestro ordenamiento jurídico actual, aquellos que adquieren de quien aparece con derecho para hacerlo en los registros públicos, y no inscriben su derecho, corren el riesgo de que el primero vuelva a contratar con un tercero sobre el mismo derecho”<sup>6</sup>.*

La tesis presentada por NINAMANCCO CORDOVA (2015) ha investigado *“La delimitación del supuesto de la compraventa de bien ajeno y sus particulares efectos, con especial referencia a la situación del propietario del bien”*. El objetivo del estudio es hacer una crítica de dos aspectos de la compraventa de bien ajeno: su configuración y su eficacia. En cuanto a la configuración, se argumenta que este tipo de contrato es idéntico a cualquier otra compraventa, con la excepción de que el bien no pertenece al vendedor. Además, no es relevante si el comprador tiene conocimiento o no de la ajenidad del bien. En cuanto a la eficacia, se sostiene que este contrato tiene una doble eficacia: obligatoria y de asunción de riesgo.

El autor de la investigación no utiliza población ni muestra en su metodología, sino que emplea el método Histórico, explicativo y analítico. En cuanto a los resultados, el autor sostiene que hasta ahora se han abordado temas que la doctrina ya ha considerado en relación al tema en cuestión. Sin embargo, hay un punto que ha sido prácticamente abandonado por la doctrina, pero que ha sido objeto de atención especial por parte de los tribunales: los efectos de la compraventa de bien ajeno sobre el propietario del bien. Los jueces han tratado este tema declarando la nulidad del contrato de compraventa, lo cual no está permitido por nuestro Código Civil, que sólo contempla la posibilidad de rescisión cuando el comprador desconoce que el bien es ajeno.

---

<sup>6</sup> SACACHIPAMNA APAZA, Edgar. *“Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad inmueble y la Seguridad Jurídica a través de la Inscripción Registral”*. Universidad nacional del Altiplano, 2017. <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/4274>

De hecho, las Salas Civiles de la Corte Suprema han establecido que la compraventa de bien ajeno es inválida en sí misma. Aunque se afirma con razón que las decisiones de los jueces peruanos a menudo son impredecibles, este no es el caso en este tema específico. Sin embargo, la doctrina peruana, en su gran mayoría, ha rechazado enérgicamente la solución adoptada por los tribunales.

De lo abordado por el estudio, NINAMANCCO (2015) plantea las siguientes ideas:

*“- Se ha confirmado la hipótesis del estudio, en el sentido de que los fundamentos científicos de la delimitación del supuesto de la compraventa de bien ajeno y sus particulares efectos, con especial referencia al propietario del bien, son: i) la teoría de la compraventa en nuestro Código Civil, ii) la configuración del supuesto de hecho del contrato de compraventa de bien ajeno, iii) los sistemas de transferencia del derecho de propiedad y la admisión de la compraventa de bien ajeno; y iv) los efectos de la compraventa de bien ajeno.*

*-La compraventa de bien ajeno suele ser analizada a la luz de los sistemas de transferencia de propiedad, de modo que gran parte de la doctrina ha entendido que la admisibilidad de la compraventa de bien ajeno depende del sistema de transferencia de propiedad que se consagre en el sistema legal correspondiente”<sup>7</sup>.*

Además, LEYVA OSPINO (2017) realizó la investigación *“El sistema peruano de transferencia de bienes inmuebles inscritos y la seguridad jurídica”*. Este tuvo por objeto:

---

<sup>7</sup> NINAMANCCO CORDOVA, Jhusein Fort. *“La Delimitación del Supuesto de la Compraventa de Bien Ajeno y sus Particulares Efectos, con Especial referencia a la Situación del propietario del Bien”*. Tesis sustentada en la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional de San Marcos, Lima, 2015.

*“demostrar que la falta de formalidad en las transferencias de bienes inmuebles, conforme señala nuestro Código Civil peruano con respecto al actual sistema de transferencia de bienes inmuebles, no brinda la suficiente seguridad jurídica, para proteger el derecho a la propiedad, y para evitar futuros problemas judiciales a los terceros adquirientes, para ello la tesis de buscó implementar el sistema constitutivo para aquellos bienes inmuebles que ya hayan sido inscritos, respetando así la continuidad de la formalidad que tienen con la inscripción en el registro correspondiente (SUNARP), evitándose así que sigan ocurriendo gran diversidad de problemas. Los métodos que se han aplicado en el desarrollo son, método analítico, método descriptivo, método comparativo, método dogmático. Es de tipo de investigación cualitativa, los instrumentos aplicados son, la guía de preguntas de entrevista, ficha de análisis de derecho comparado, ficha de análisis de normas nacionales, ficha de análisis de fuentes documentales, ficha de análisis de jurisprudencia”<sup>8</sup>.*

Asimismo, se ha concluido que el sistema actual de transferencia de bienes inmuebles registrados no garantiza adecuadamente la seguridad jurídica. Esto se debe a que nuestro sistema es declarativo, lo que significa que no es necesario registrar la transferencia en sí, sino solo la enajenación de la propiedad inmueble, según lo establecido en el artículo 949 del código civil. Este artículo establece que "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". Como resultado, es posible que se realicen múltiples transferencias sobre un mismo bien inmueble.

Cabe resaltar que el delito de estelionato no puede ser evitado por el sistema de transferencia de bienes inmuebles inscritos, debido a que este delito surge cuando una persona vende un bien que no es suyo como si lo fuera a varias personas, y esto es posible debido a que nuestro sistema es

---

<sup>8</sup> LEYVA OSPINO, Maryuri Kassandra. *“El sistema peruano de transferencia de bienes inmuebles inscritos y la seguridad jurídica”*. Universidad Cesar Vallejo, Lima, 2017.

declarativo, lo que significa que no es necesario realizar la inscripción para que alguien pueda ser considerado propietario del bien inmueble.

El estudio de (LOPEZ GAMARRA 2017) titulado “*El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica*” se situó en torno a:

*“establecer si el actual sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú genera seguridad jurídica. Realizado el análisis referente al sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, se ha determinado:*

*La regulación de esta figura no otorga seguridad jurídica al comprador por haber adoptado un sistema que no exige la publicidad del derecho y por lo tanto no es eficiente con su relación del registro viendo claramente las inconsistencias con la concurrencia de acreedores.*

*El artículo 949 del Código Civil Peruano, denota un problema en la falta de publicidad para la adquisición del bien inmueble, por tanto, no existe seguridad frente a terceros (potencialmente compradores) que podrían perturbar la propiedad al desconocer el derecho del que han sido excluidos”<sup>9</sup>.*

La investigación de CHE ESQUERRE (2016) “*La seguridad jurídica del propietario en un sistema dual de transferencia de inmuebles*”: El objeto de estudio se gira en torno a “determinar si la implementación de un sistema dual de transferencia de bienes inmuebles en el Perú garantizará la seguridad jurídica del propietario”<sup>10</sup>.

Con el fin de lograr este objetivo, se ha realizado una investigación que ha involucrado un análisis detallado de la doctrina y la legislación, además de la realización de entrevistas. Se han utilizado técnicas lógicas y jurídicas, tales como la hermenéutica jurídica y el análisis de la doctrina,

---

<sup>9</sup> LÓPEZ GAMARRA, Jhefry Jhordan. “*El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica*”. Universidad Andina del Cusco, Cusco, 2017.

<sup>10</sup> CHE ESQUERRE, Luis José . “*La seguridad jurídica del propietario en un sistema dual de transferencia de inmuebles*”. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2016

para analizar cada aspecto y para interpretar las leyes y principios del sistema jurídico en relación con el derecho constitucional, civil y registral, basándose en las opiniones más relevantes de la doctrina.

Tras realizar la investigación, se ha llegado a la conclusión de que la implementación de un sistema dual en la transferencia de bienes inmuebles garantizará la seguridad jurídica de los propietarios.

Como resultado de la investigación, se ha propuesto una modificación legislativa del artículo 949. La propuesta consiste en que los inmuebles registrados se transfieran mediante un sistema constitutivo no convalidante, mientras que los inmuebles no registrados sigan siendo transferidos a través del sistema consensual actual. El propósito de esta modificación es garantizar que se aborde adecuadamente el tema de la seguridad jurídica en las transferencias de bienes inmuebles.

El trabajo de investigación de CLEMENTE AVILA y MUÑOZ VILCHEZ (2017) titulado: *“El vacío legal del artículo 949 del código civil peruano respecto de la transferencia de predios urbanos”*. En este trabajo se explica la manera en que se manifiesta la falta de regulación en el artículo 949 del código civil peruano, así como también se exploran las repercusiones que surgen como consecuencia de esta falta de regulación.

CLEMENTE y MUÑOZ (2017) plantearon los siguientes puntos importantes:

*“el objetivo general gira en torno en describir el vacío legal del artículo 949 de nuestro código respecto de la transferencia de predios urbanos. Como Hipótesis general, planteamos que el vacío legal que presenta artículo 949 de nuestro código civil, es que, el mencionado artículo carece de un modo de transferencia (modus acquirendi) de los bienes inmuebles, en el caso en específico de los predios urbanos; aspecto que denota la inseguridad jurídica e inseguridad de tráfico inmobiliario para los adquirentes de un determinado inmueble. A razón de ello damos a conocer sistemas jurídicos extranjeros que nos*

*permitirán dar solución al vacío legal del artículo 949 de nuestro código civil; así mismo explicamos diferentes teorías y posiciones de doctrinarios respecto de la adquisición de los predios urbanos; en adición a ello damos a conocer la importancia de la inscripción registral y como esta herramienta es la solución a este vacío legal. Al finalizar nuestro trabajo, proponemos la implementación a corto plazo del sistema Torrens, con la adición de un nuevo literal al artículo 949 del código civil. Esta medida tiene como objetivo establecer la obligatoriedad de la inscripción registral para los predios que aún no han sido inscritos. A largo plazo, proponemos la implementación de un sistema constitutivo registral puro. La implementación del sistema Torrens a corto plazo permitiría la creación y consolidación de una cultura registral sólida, lo que facilitaría la posterior adopción de un sistema constitutivo registral puro que sería aplicable a todos los predios”<sup>11</sup>.*

La tesis de VIZCARRA LIPA (2018) titulada “*Confrontación de normas que regulan la transferencia de propiedad inmueble a título oneroso y su influencia en el fraude inmobiliaria en la Región Moquegua año 2015-2016*”. La investigación tiene por objeto:

*“Relacionar la confrontación de normas que regulan la transferencia de propiedad inmueble a título oneroso y el fraude inmobiliario en la Región Moquegua; es una investigación básica, cualitativa-cuantitativa con diseño no experimental y transversal; la recolección de datos se realizó mediante fichas de registro documental y encuestas. Se trabajó con 35 abogados y 20 resoluciones judiciales. Los resultados reportan que el sistema de transferencia de propiedad inmueble consensual y las normas que tienen un carácter registral ha dado lugar a que se presenten conflictos en los que se ven enfrentados dos personas que consideran tener la titularidad de un bien inmueble, ello porque algunos vendedores presentan una actitud fraudulenta y*

---

<sup>11</sup> CLEMENTE AVILA, José Miguel, y Solanchs Kleer MUÑOZ VILCHEZ. “*El vacío legal del artículo 949 del código civil peruano respecto de la transferencia de predios urbanos*”. Universidad Peruana los Andes, Huancayo, 2017

*de mala fe al transferir por segunda vez un derecho que en teoría ya no lo tienen, conflictos que son resueltos en favor de aquel adquirente que cumplió con inscribir su propiedad; pese a que la transferencia consensual es válida; los expertos (juristas en la materia), el 71,4 % opina que el artículo 949 del Código Civil es impreciso, el 68,6 % que no brinda seguridad jurídica al propietario, también consideran que ante un conflicto de derechos reales se protege a aquel adquirente que cumplió con inscribir su propiedad en el registro; El análisis de los expedientes, el 90 % de los jueces exponen la contraposición de normas en sus sentencias, respecto de las materias que se tramitan el 65 % de los procesos son de nulidad de acto jurídico, el 15 % sobre mejor derecho de propiedad y el 20 % sobre reivindicación. Entre los tipos de fraude, el 50 % son por doble venta, entre el año 2015 y 2016, el 90 % de proceso concluyeron con sentencias que declararon fundadas las demandas, sobre la defensa de la propiedad”<sup>12</sup>.*

### **1.3. Antecedentes a nivel local.**

En la region local se han ubicado AMEGINO BAUTISTA (2003) con la tesis titulada “*La oponibilidad y publicidad en el derecho registral peruano y su incidencia en los juzgados civiles de Chiclayo*”. El objeto de estudio de esta investigación se enfoca en la protección de los derechos personales que pueden quedar desprotegidos. Se busca establecer un sistema coherente y sistemático, donde prevalezca la publicidad registral en el caso de inmuebles inscritos, para todos los tipos de derechos, ya sean reales o personales. Es importante que aquellos que han tenido la diligencia de publicar sus derechos sean protegidos y que la tercería de propiedad no pueda desconocer sus derechos. De lo contrario, los titulares de derechos no reales, también conocidos como "terceros registrales", no tendrían incentivo para inscribir sus derechos.

---

<sup>12</sup> VIZCARRA LIPA, Carolina Shirley. “*Confrontación de normas que regulan la transferencia de propiedad inmueble a título oneroso y su influencia en el fraude inmobiliaria en la Región Moquegua año 2015-2016*”. Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, Tacna, 2018

Se destaca la relevancia del registro como un medio cada vez más importante para garantizar la publicidad, legitimidad y autenticidad de los actos registrados. De esta manera, el registro contribuye a garantizar la seguridad en las transacciones y transferencias de bienes inmuebles. La publicidad registral es el método más eficaz y completo que se ha creado para difundir información sobre situaciones jurídicas, hacer valer derechos y proporcionar seguridad en las transacciones inmobiliarias.

La población comprende la totalidad de embargos, ordenados por los Juzgados Civiles de Chiclayo durante el año 2002. La muestra, comprende el análisis de 187 sentencias de tercería de propiedad, declaradas fundadas en el año 2002. El método empleado es el analítico y explicativo.

Los resultados. Examinada la muestra representada por 187 procesos de tercería de propiedad que corresponde al año 2002, dan validez al documento privado de tal forma que del cuadro N°5 se detalla con suma claridad los argumentos esgrimidos sobre tercería, siendo del 42% y 37%, expresando la razón del proceso y un 4% desconoce sobre la materia de tercería, evidenciando con ello una proporción bastante preocupante respecto a quienes conocen la materia de tercería y quienes las desnaturalizan.

El trabajo de investigación de AMEGINO BAUTISTA (2003) llegó a las siguientes conclusiones más importantes:

*“i) La inscripción debe significar la forma más viable, adecuada para dar publicidad de los actos y derechos en salvaguarda de la titularidad de los mismos y brindar certeza, seguridad mediante la publicidad y lograr con ello un sistema jurídico registral coherente.*

*ii) A fin de lograr la seguridad jurídica amparados en la publicidad registral debe tutelarse no solamente los derechos reales, sino también los derechos personales por el principio de prioridad registral, a fin de evitar beneficios de uno y perjuicio del otro, para la cual se requiere modificar el sistema declarativo de la inscripción*

*en el registro de propiedad inmueble previsto en el Art. 949 del Código civil”<sup>13</sup>.*

En la investigación de (BARRANTES RAVINES, orlando Alonso, año 2012)<sup>14</sup> la Tesis titulada “*Análisis económico a través del principio de la maximización de la riqueza a nuestro sistema de transferencia de derechos inmobiliarios de nuestro sistema civil*”, presentada en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; El objeto de estudio explica porque nuestro sistema de transferencia inmobiliario es un sistema precario y económicamente ineficiente en la adecuada distribución de los derechos de propiedad inmueble para ello partiremos de la hipótesis de si “Nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble del Código Civil por falta de publicidad, no es un sistema eficiente al no transferir y distribuir correctamente la totalidad de los derechos inherentes al propietario, por tanto no es un derecho maximizador de la riqueza”

La población comprende la sociedad jurídica, conformada por abogados, magistrados u operadores del derecho para medir el conocimiento sobre el análisis económico del derecho y sobre la importancia de un sistema consensual o constitutivo. Toma como Muestra. La encuesta a 50 personas de la sociedad jurídica para medir el conocimiento sobre el análisis económico del derecho y sobre la importancia de un sistema consensual o constitutivo.

El método empleado es el estudio analítico de la institución de la propiedad inmueble y su sistema de transferencia consensual en nuestro Código Civil a través de la corriente del Análisis Económico del Derecho.

Examinada la muestra representada por 50 personas de la sociedad jurídica se llega al siguiente resultado el 90% desconoce de qué trata el

---

<sup>13</sup> AMEGINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. “*La Oponibilidad y Publicidad en el Derecho Registral Peruano y su incidencia en los Juzgados Civiles de Chiclayo*”. Universidad nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque 2003.

<sup>14</sup> BARRANTES RAVINES, Orlando Alonso. “*Analisis Economico a Traves del Principio de la Maximización de la Riqueza a Nuestro Sistema de Transferencia de Derechos Inmobiliarios de Nuestro Siastema Civil*”. Tesis sustentada en la Escuela de Posgrado de la Universidad nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2012.

análisis económico del derecho y su eficacia en la transferencia de la propiedad.

La investigación llega a las siguientes conclusiones más importantes:

- i) Nuestro sistema consensual de transferencia de propiedad regulado en el art. 949 del C.c. no transmite la oponibilidad ni brinda exclusividad. Esto se desprende del Art. 1135 del C.c. el cual establece que, en un conflicto de derechos de propiedad, la simple transmisión consensual no confiere utilidad ante un derecho de un titular inscrito; esto origina que el adquiriente que no haya inscrito su inmueble lo pierda, ya que nuestro sistema prefiere al inscribiente.
- ii) Los requisitos para el Análisis económico del derecho de la propiedad privada son dos; a) el consumo rival, que es impedir que dicho bien sea consumido por el mismo tiempo por un tercero; b) el costo de exclusión que es el costo de poder excluir a los terceros del uso de la propiedad como la inscripción en SUNARP.
- iii) Para el Análisis económico del derecho la propiedad surte sus efectos en un sistema constitutivo y no en un sistema consensual que carece de publicidad para poder dar a entender a todos que dicho bien que se encuentra en dominio privado, es a través de dicho conocimiento que nace la exclusión para los demás.

Seguidamente CABREJOS BARRIOS (2013) en la tesis titulada “*La transferencia inmobiliaria en nuestro actual sistema registral: anhelando la real seguridad jurídica en sistema constitutivo de derechos*”. El objetivo de este estudio es explicar cómo la implementación de un nuevo sistema registral, basado en la constitución de derechos, podría cambiar la cultura de informalidad y clandestinidad en la propiedad inmobiliaria que se fomenta mediante el sistema actual de transmisión de la propiedad, el cual no brinda la seguridad necesaria en la actualidad.

La población comprende las inscripciones en el Registro de Predios de la Zona registral N° II- sede, Provincia de Chota departamento de Cajamarca, entre los años 2010-2011. La muestra, está determinada por la Entrevista a cien (100) personas de la provincia de Chota.

El método empleado es el analítico- sintético, deductivo-inductivo, explicativo e interpretativo, así como el histórico.

Después de analizar una muestra de 100 personas que fueron entrevistadas, se puede concluir que el 80% de los entrevistados considera que es crucial inscribir la adquisición de su propiedad en el Registro Público. Mientras tanto, el 20% restante opina que la inscripción no es necesaria.

En consecuencia, CABREJOS (2013) plantea las siguientes conclusiones:

*“i) Se vislumbra que lo que se pretende conseguir con un sistema constitutivo de derechos es brindar la real seguridad jurídica en el tráfico patrimonial de bienes inmobiliarios para el adquirente que actúa en base a la buena fe registral, esto es, de la información que aparece en el Registro, por cuyo motivo su adquisición, a título oneroso o gratuito revistera de toda seguridad jurídica.*

*ii) Con la adopción de un sistema registral constitutivo de derechos, en nuestro país, se alcanzaría, entonces, la real seguridad jurídica que permita mayor certeza y eficacia en las transacciones comerciales, por cuanto existiría concordancia entre la realidad registral y extra registral”<sup>15</sup>.*

---

<sup>15</sup> CABREJOS BARRIOS, Anita Esperanza. “La Transferencia inmobiliaria en Nuestro Actual Sistema registral: Anhelando la real Seguridad Jurídica en Sistema Constitutivos de Derechos”. Tesis sustentada en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Lambayeque, 2013.

La investigación de TUYUME EFFIO (2016) titulada “*La vulneración del derecho de propiedad ante los casos de doble venta y la fe pública registral*”. La tesis se resume en lo siguiente:

*“El objeto de esta investigación ha sido encontrar criterios determinantes, así como una estrategia legal que contribuya a la defensa del derecho de propiedad en uno de sus aspectos sustanciales como es la posesión, ante los particulares casos de doble venta. Para ello se realiza el análisis del supuesto en el cual el enajenante transfiere un bien inmueble al adquirente quien, pese a convertirse en un legítimo propietario, ve mellado su derecho como consecuencia de la decisión del aparente vendedor de transferir nuevamente el bien a un tercero generándose así nuevas adquisiciones que al amparo de los artículos 2022 y 2014 del código civil pasan a ser propietarios formales. Ante la presencia de estos hechos fundamentales, el posesionario y el propietario formal, la jurisprudencia está dividida amparando por un lado la defensa de los terceros registrales y por otro la protección del adquirente que posee el bien a través de figuras jurídicas poco usadas en nuestro ordenamiento jurídico para estos casos. Con lo cual se afirma que no basta la información que los registros públicos brindan para declarar propietarios a quienes alegan la buena fe, pues si la propiedad permite la seguridad del goce de los bienes entonces el fundamento que se le atribuye es la posesión aun cuando la inscripción no obre en los registros públicos. Concluyéndose que para una adecuada protección es necesaria la incorporación de la posesión como elemento adicional del artículo 2014 del código civil, más aún cuando el referido artículo es considerado piedra angular en las contrataciones inmobiliarias”<sup>16</sup>.*

En la investigación DAMIAN AMAYA (2018) titulado “*La posesión como elemento configurador del principio de la fe pública registral en transferencia onerosa de inmuebles*” comprende:

---

<sup>16</sup> TUYUME EFFIO, Blanca Estrella. “*La vulneración del derecho de propiedad ante los casos de doble venta y la fe pública registral*”. Universidad Católica Santo Terbio de Mogrovejo, Chiclayo, 2016

*“Casos de despojo de la propiedad de bienes inmuebles producto de la suplantación de identidad del verdadero propietario y posterior transferencia a terceros, resultan consumados por la invocación del principio de fe pública registral , lo cual constituye un problema innegable que ha generado una reacción del Estado para hacerle frente, según lo demuestra la obligatoriedad del uso del Sistema de Verificación Biométrica de Huellas Dactilares (Decreto Supremo N° 017-2012-JUS), la herramienta digital “Alerta Registral” (Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 170-2013SUNARP-SN), entre otros. Sin embargo, consideramos el problema se centra en el uso indebido del principio de fe pública registral, pues, organizaciones criminales ven en aquel principio un instrumento para consumir fines ilícitos y delictivos, los cuales repulsan a la existencia misma del sistema jurídico. En este contexto, la presente tesis efectúa un estudio del referido principio registral, explicando la previsión legal y la configuración jurisprudencial, a través del cual podrá comprobarse la absoluta dependencia a la publicidad registral, desconociendo otros elementos para establecer la buena fe exigida al adquirente. Asimismo, la posesión, desarrollando tópicos como antecedentes históricos, naturaleza jurídica, modalidad y los comentarios exegéticos de algunas disposiciones normativas. Finalmente, el entre la conclusión último más importante, es que la posesión que se ejerce sobre el bien materia de adquisición debe considerarse en la configuración del principio de fe pública registral”<sup>17</sup>.*

#### **1.4. Dimensiones que se han estudiado.**

**Transferencia de la propiedad inmueble:** Todos los trabajos de investigación coinciden que nuestro sistema consensual de transferencia de propiedad regulado en el art. 949 del C.c. no transmite la oponibilidad ni

---

<sup>17</sup> DAMIAN AMAYA , Jhony Fernando. "La posesión como elemento configurador de del principio de la fe pública registral en transferencia onerosa de inmuebles". Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque. 2018

brinda exclusividad. Esto se desprende del Art. 1135 del C.c. el cual establece que, en un conflicto de derechos de propiedad, la simple transmisión consensual no confiere utilidad ante un derecho de un titular inscrito; esto origina que el adquirente que no haya inscrito su inmueble lo pierda, ya que nuestro sistema prefiere al inscribiente.

**El principio de Fe Pública Registral.** Este principio es clave en la adquisición de bienes, ya que prevalece sobre cualquier defecto que pudiera afectar la facultad dispositiva del vendedor. En otras palabras, el tercero adquirente se convierte en el propietario legítimo del bien, sin importar si el vendedor tenía la facultad para venderlo. Este principio implica que, en caso de conflicto entre el verdadero propietario y el tercero adquirente, se privilegia la confianza en la apariencia registral y la seguridad jurídica.

En casos donde se registra un título falso que transfiere el derecho de propiedad a un tercero adquirente en perjuicio del verdadero dueño, es necesario equilibrar la protección del derecho de propiedad con la seguridad del tráfico jurídico. Este equilibrio es crucial para garantizar la protección de los derechos de propiedad y la confianza en la apariencia registral en las transacciones. Este trabajo se enfoca en examinar los argumentos que sustentan la protección del derecho de propiedad frente a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en las transacciones.

Algunas investigaciones han concluido que la mejor seguridad jurídica en materia de transferencia de propiedad inmueble, es un sistema constitutivo de transferencia a través de la inscripción registral.

**La posesión como elemento configurador del registro.** Dos estudios coinciden en que es necesario agregar la posesión como un factor adicional en el artículo 2014 del código civil para lograr una protección adecuada, ya que este artículo es considerado esencial en las transacciones inmobiliarias.

La segunda, concluye que la posesión que se ejerce sobre el bien materia de adquisición debe considerarse en la configuración del principio de fe pública registral.

Es decir, proponen que la posesión debe formar parte del texto del Art. 2014, que regula el principio de la fe pública registral, del cual no estamos de acuerdo, puesto que la posesión es una institución autónoma al registro, y no parte de este. Pero dichas propuestas si aclaran el panorama que el registro es deficiente para dar seguridad jurídica al derecho de propiedad.

### **1.5. Aspecto que falta por abordar.**

Lo que falta por estudiar es la posesión como medio de publicidad de los derechos reales, como institución autónoma al mecanismo de la publicidad registral.

Ante la situación en la que varios acreedores reclaman un mismo bien y surge un conflicto en la publicidad de los derechos reales, se plantea la inclusión de una propuesta en el Artículo 1135 del Código Civil. Esta establece que, en caso de concurrencia de titulares de un derecho de goce, como lo es la propiedad, el ordenamiento jurídico debe incorporar una solución específica en su texto: *“Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se obliga a entregarlo se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título: 1) **Es de fecha anterior y que primeramente ha empezado a poseer.** 2) En su defecto de posesión al de buena fe, primeramente, haya inscrito su derecho. 3) Si ninguno ha empezado a poseerlo se preferirá a aquel cuyo título sea de fecha anterior. 4) Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”*.

## SUB-CAPÍTULO: II

### BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1. TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES.

##### 1.1. Noción de derecho personal.

Para definir el derecho personal citamos a VELASQUEZ JARAMILLO (2010) quien manifiesta que este se refiere al poder jurídico que posee un individuo llamado "acreedor", para requerir a otro individuo llamado "deudor", la ejecución de una tarea específica, ya sea proporcionando algo (dar), realizando una acción (hacer), o absteniéndose de hacer algo (no hacer)<sup>18</sup>.

Asimismo, VELASQUEZ (2010) sostiene que:

*“Son tres los elementos del derecho personal: 1) un acreedor (creditor), en cuyo favor se constituye la prestación; 2) un deudor (debitor) obligado a cumplirla; 3) una prestación, que pueda ser de dare, cuando implica la transferencia del dominio o constitución de oro derecho real; de facer cuando significa un hacer, como la obligación de firmar la escritura pública en la promesa de compraventa de un inmueble; de non facere, cuando la conducta del obligado es una abstención, como sería la del vendedor que condiciona la venta a que el comprador no le instale un negocio similar al ofrecido dentro de cierto tiempo”<sup>19</sup>.*

##### 1.2. Noción de derecho real.

En el ámbito jurídico se utiliza con frecuencia la expresión "derechos reales". La doctrina ha elaborado teorías que ofrecen definiciones abstractas de este término, pero resulta pertinente cuestionarse cuál de ellas refleja el

---

<sup>18</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *"Bienes"*. Duodécima Edición. Bogotá: Temis S.A., 2010. P. 107.

<sup>19</sup> Ibidem P. 108.

uso efectivo que se le da en el derecho privado peruano. En este trabajo, nos enfocaremos en clarificar qué se entiende por "derecho real" cuando se emplea esta expresión.

Según MESSINEO citado por TORRES VASQUEZ (2006):

*“El derecho real es el poder jurídico, directo e inmediato, de un sujeto sobre el bien que le pertenece en un orden a la satisfacción de un interés económico, poder que se adhiere y sigue al bien, por lo que puede oponerse frente a todos (erga omnes)”<sup>20</sup>.*

Por su parte, GATTI y ALTERINI (1974) sustentan que:

*“El derecho real es un poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades, con exclusión de interferencias extrañas, y con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado”<sup>21</sup>.*

Expresa DIEZ PICAZO (1986) en su libro "Fundamentos del derecho civil patrimonial" que:

*“denominamos derecho real a un determinado tipo de derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándosele un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiendo por terceros a los posibles adquirientes de la cosa y a las demás personas que se encuentren en relación con ella”<sup>22</sup>.*

Para MUSTO (2007), el derecho real es un derecho subjetivo que tiene un contenido patrimonial, el cual permite a su titular obtener un

---

<sup>20</sup> MESSINEO, FRANCESCO. Citado por: TORRES VASQUEZ, Aníbal. *“Derechos Reales”*, Tomo I, Primera Edición, INDEMSA, Lima, 2006, P. 51.

<sup>21</sup> GATTI, EDMUNDO y JORGE H. ALTERINI. *“El derecho real, Elementos para una teoría general”*. Abelardo – Perrot, Buenos Aires, 1974. P. 133.

<sup>22</sup> DIEZ PICAZO, Luis. *“Fundamentos del derecho civil patrimonial”*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1986, PP. 41 - 42.

beneficio directo de una cosa sin la necesidad de la intervención de terceros. Este derecho puede ser ejercido frente a todos los miembros de la sociedad, quienes tienen el deber correlativo de respetarlo <sup>23</sup>.

La expresión derechos reales como lo indican TERNERA BARRIOS y MANTILLA ESPINOZA (2006), no se limita a un solo vínculo jurídico, sino que engloba un conjunto de facultades y poderes que tiene una persona sobre un objeto. Estos derechos permiten al titular ejercer libremente diversas acciones sobre el bien, tales como utilizarlo, gozar de sus frutos y disponer de él sin necesidad de contar con la colaboración de terceros. Además, el término "derecho real" también hace referencia a relaciones jurídicas específicas que existen entre el titular de dichos derechos y otras personas. En este sentido, el concepto de derechos reales busca aclarar las confusiones que surgen debido a la visión simplista y abstracta que a menudo se tiene de estos derechos, la cual no se corresponde con su aplicación en el mundo real<sup>24</sup>.

Todos los derechos reales, sin excepción, conllevan ciertas responsabilidades legales hacia individuos específicos, ya sea el Estado, el titular de otro derecho real sobre la misma propiedad, empresas, entre otros, además de la capacidad de ser reconocidos por todos.

Cabe destacar que TERNERA y MANTILLA (2006), afirman que:

*“La expresión “derechos reales” designa un haz de poderes diversos, directos y autónomos, oponibles a todos, que se tienen respecto de un bien definido. Así, pues, el titular de un derecho real puede tener – según sea el caso – una libertad para usar, gozar o disponer de un bien determinado, sin necesidad de contar con el concurso de otra persona. Igualmente, “derecho real” se refiere a una serie de vínculos jurídicos – derechos personales- que tiene una persona – el*

---

<sup>23</sup> MUSTO, Nestor Jorge. "Derechos Reales". Primera Reimpresión. Vol. I. Buenos Aires: Astrea, 2007, P. 6.

<sup>24</sup> TERNERA BARRIOS, Francisco, MANTILLA ESPINOSA, Fabricio "El concepto de derechos reales". *Revista de Derecho Privado* [en línea]. 2006, (36), 117-139[fecha de Consulta 25 de abril de 2020]. ISSN: Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033184003>

*“titular del derecho real” – respecto de otras personas determinadas*”<sup>25</sup>.

En la teoría de los derechos reales de MORINEAU (1997) se hace una crítica a la definición clásica y define a los derechos reales en el sentido que estos involucran la capacidad de realizar ciertas actividades, como usar o disfrutar, disponer, entre otras, en relación con bienes específicos, y son atribuidos de manera potestativa. El individuo que posee el derecho es el sujeto activo, y tiene la capacidad de llevar a cabo estas actividades. El objeto del derecho real es la actividad en sí misma, y el sujeto pasivo abarca a todas las personas sujetas al orden jurídico que otorga el derecho. Es importante destacar que el objeto del derecho es abstracto, es decir, representa una posibilidad de realizar la actividad, no el fenómeno actual. El sujeto activo del derecho real siempre es determinado, mientras que el sujeto pasivo es indeterminado<sup>26</sup>.

En el Perú, sobre la definición de derecho real, PALACIOS PIMENTEL (1985) dice que se refiere al poder que tiene una persona sobre un bien específico, sin que exista un sujeto en particular al que se dirija personalmente dicho poder<sup>27</sup>.

Según el proyecto del Libro de los Derechos Reales de MAISH VON HUMBOLDT (1983), el "Derecho Real" se define como el poder legal que se tiene, ya sea de forma directa o indirecta, sobre un bien específico con el fin de utilizarlo en su totalidad o en parte, y que es válido en oposición a cualquier otro individuo.<sup>28</sup>

Según GONZALES BARRON (2013), el "derecho real" es un conjunto de medidas legales que buscan proteger los intereses de una persona (titular) en relación a una cosa, y que involucra a un grupo de

---

<sup>25</sup> Ibidem, P. 138.

<sup>26</sup> MORINEAU, Oscar. *Los derechos reales y el subsuelo en México*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica- México, 1997, P. 34.

<sup>27</sup> PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. *Manual de Derecho Civil*. Segunda Edición. Vol. I. Lima, 1985, P. 261.

<sup>28</sup> MAISH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *De los derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de motivos*. 1983, P. 25.

personas indeterminadas. Esto permite al titular obtener ciertas libertades, privilegios, poderes legales y medidas de protección para realizar actividades o actos relacionados con dicha cosa<sup>29</sup>.

De acuerdo con VARSÍ ROSPIGLIOSI (2017), la nueva definición del derecho real va más allá del individualismo liberal, evita la objetivación de las relaciones jurídicas y promueve una interacción jurídica real que integra múltiples relaciones de personas indeterminadas. Esta perspectiva se aleja del liberalismo y aboga por el solidarismo del derecho real, que satisface tanto las necesidades individuales como colectivas<sup>30</sup>.

### **1.3. Tipos de derechos reales.**

Dentro de la doctrina ius realista, VARSÍ citando a VIERA, precisa que se presentan dos sentidos para comprender los derechos reales. Estos son:

#### **1.3.1. Derecho real objetivo.**

Se refiere a la teoría, disciplina o rama del derecho civil que se ocupa específicamente del derecho real, es decir, del derecho que recae directamente sobre una cosa o bien, y no sobre una persona en particular.

#### **1.3.2. Derecho real subjetivo.**

*“Es el poder de obrar erga omnes que tiene el sujeto titular sobre un bien que le pertenece en propiedad, uso, goce o posesión. Es la relación sujeta – objeto, la posesión y vínculo jurídico (juris vinculum) entre el ser y la cosa. Es la Relación jurídica real”* (VIEIRA, 2008, citado en VARSÍ, 2017)<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> GONZALES BARRON, Gunther Hernan. *“Tratado de Derecho Reales”*. Tercera edición. Vol. I. Lima: Jurista Editores, 2013, P. 170.

<sup>30</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *“Tratado de Derechos Reales”*. Primera Edición. Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2017, P120.

<sup>31</sup> *Ibidem* P.129.

## 1.4. Naturaleza jurídica de los derechos reales.

La definición y consecuencias de los conceptos de derecho real y derecho personal han sido objeto de debate y no han sido unánimemente aceptados. Algunos distinguen entre ambos y otros los consideran iguales, equiparando los derechos reales con los derechos de crédito. Varias teorías tratan el tema y se resumen en lo siguiente:

### 1.4.1. Teorías dualistas.

Las teorías dualistas que diferencian a los derechos reales de los derechos de crédito: Entre ellas tenemos a las teorías clásica, económica e institucionalista.

Resaltan entre sus defensores, nos dice RAMIREZ CRUZ (2017): GROCIO, HUBEROS, DEMOLOMBE, AUBRY y RAU, JOSSERAND, BONNERCASE, SALVAT, ALBALADEJO, BORDA, LAFAILLE, LLAMBIAS, SPOTA, entre otros<sup>32</sup>.

#### 1.4.1.1. Teoría clásica o tradicional.

Refiere VELASQUES (2010) que: *“Esta teoría es dualista porque las nociones de derecho real y personal son categorías jurídicas autónomas, independientes y perfectamente diferenciables”*<sup>33</sup>.

Esta tesis sostiene que el derecho real es el conjunto de facultades jurídicas que una persona tiene sobre una cosa, y que se ejercen de manera directa e inmediata, con el fin de utilizar total o parcialmente dicha cosa. Además, este poder es reconocido y aplicable ante todas las personas, es decir, es oponible erga omnes.

Ahora bien, sostiene el jurista TORRES VASQUEZ (2006) que:

---

<sup>32</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales. Teoría General de los Derechos Reales, Bienes -Posesión*. Cuarta Edición. Vol. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2017. P. 36.

<sup>33</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.110

*“En la estructura del derecho real existen solamente dos elementos. 1) La persona, sujeto activo y 2) una cosa, objeto del mismo. No es necesario que intervenga persona alguna fuera de su titular.*

*En cambio, la noción de derecho personal implica la relación jurídica entre sujetos de derecho: 1) El acreedor (sujeto activo), 2) El deudor (sujeto pasivo) obligado a cumplir una prestación y 3) Un objeto, que es la prestación, que puede ser dar una cosa, hacer un servicio o una abstención”<sup>34</sup>.*

#### **1.4.1.2. Teoría económica.**

La doctrina económica sostiene que el derecho real y el derecho de crédito son sustancialmente diferentes. BONNECASE, citado por Aníbal TORRES, es el exponente de esta doctrina y sostiene que el derecho se relaciona con la adquisición de bienes y riquezas que pueden ser específicamente identificados y poseídos, mientras que el derecho personal está vinculado a la prestación de servicios o cumplimiento de obligaciones acordadas entre las partes o dictadas por las normas sociales. En resumen, el derecho real implica la apropiación de riquezas y el derecho personal involucra el aprovechamiento de servicios<sup>35</sup>.

#### **1.4.1.3. Teoría institucionalista**

Esta teoría fue desarrollada por iusfilósofo HAURIUO en su texto *Principios del derecho público*. El jurista refiere que los derechos pueden diferenciarse en función de su grado de regulación institucional. Los derechos reales están sujetos a normas de orden público y, por lo tanto, son más estrechamente supervisados e intervenidos por el Estado, mientras que los derechos personales o crediticios tienen una regulación legal mucho más limitada. Esto se debe a que, en este ámbito, la autonomía de la voluntad de las partes involucradas es más relevante<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. P.61

<sup>35</sup> Ibidem, P. 62.

<sup>36</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.111.

Según esta teoría, se establece una distinción entre el derecho real y personal, basada en que el derecho real tiene su origen en el derecho disciplinario, mientras que el derecho personal surge de los acuerdos y transacciones comerciales, lo que se conoce como derecho estatutario. En este último, la autonomía de la voluntad de las partes involucradas tiene un papel fundamental<sup>37</sup>.

#### **1.4.2. Teorías unitarias.**

Estas teorías presentan diferentes enfoques, ya que algunos defienden que no existe una diferencia entre las relaciones jurídico-patrimoniales y argumentan que todas las relaciones son obligatorias, mientras que otros opinan que todas las relaciones son reales. Cada postura presenta matices distintos en su planteamiento.

##### **1.4.2.1. Teoría personalista o del sujeto pasivo universal.**

La teoría personalista u obligacional, denominada también de la obligación pasivamente universal o doctrina del sujeto pasivamente universal (KANT, WINDSCHEID, ROGIN, DEMONGUE, MICHAS)<sup>38</sup>. Algunos autores refieren que esta teoría fue impulsada arduamente por PLANIOL, otros como EUGENIO MARIA<sup>39</sup>, manifiesta que este autor no corresponde a este grupo, porque no solo lo expone, sino la crítica arduamente.

Según esta tesis, solamente se reconoce la existencia del derecho personal y no se acepta la posibilidad de una relación jurídica entre un sujeto de derecho y un objeto, lo cual es propuesto por la teoría dualista en contraposición a la noción de derecho real<sup>40</sup>. Asimismo, se considera que el derecho real es una conexión que se establece entre el dueño del derecho (que actúa como sujeto activo) y todas aquellas personas que no son dueñas

---

<sup>37</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P.63

<sup>38</sup> Ibidem. P.63.

<sup>39</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Ob.Cit. P.42.

<sup>40</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.110.

del derecho real (que actúan como sujetos pasivos universales), quienes tienen la responsabilidad genérica de no perturbar el bien que pertenece al sujeto activo<sup>41</sup>. Es por eso que en el derecho real se establece un sujeto pasivo universal que abarca a todas las personas. Todos los individuos tienen la obligación de abstenerse o respetar el ejercicio del titular del derecho. En consecuencia, en todos los derechos patrimoniales, existe una obligación que se considera como un deber correlativo<sup>42</sup>.

La crítica principal a esta tesis se centra en que la obligación de abstención del deudor en el derecho personal es una parte de su patrimonio que posee un valor económico inmediato. Por lo tanto, esta obligación no es parte del patrimonio individual de cada uno de los sujetos que forman parte del sujeto pasivo universal<sup>43</sup>.

#### **1.4.2.2. Teoría realista.**

La teoría realista u objetivista, considera que tanto el derecho real como el obligacional son derechos sobre bienes. Fue SALEILLES fue el autor que propuso que la obligación ha perdido su carácter personal para convertirse en una relación entre patrimonios. Desde esta perspectiva, se argumenta que todos los derechos son en esencia derechos reales, ya que en última instancia los derechos personales siempre están relacionados con el patrimonio del deudor. Por lo tanto, el único derecho que realmente existe sería el derecho real, el cual implica la relación entre el sujeto y el bien en cuestión. Se sostiene que el derecho personal no representa una relación directa entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, sino más bien una relación entre el patrimonio del acreedor y el patrimonio del deudor<sup>44</sup>.

La relación entre patrimonios a través de personas es lo más importante, no la relación entre personas específicas. Cada obligación implica un derecho sobre los bienes que forman parte del patrimonio del

---

<sup>41</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P.63.

<sup>42</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.110

<sup>43</sup> Ibidem. P.110.

<sup>44</sup> Ibidem. P.111.

deudor. Un derecho personal se traduce en una prestación de servicios que se puede hacer efectiva mediante un embargo sobre los bienes del deudor. A diferencia de los derechos reales, los derechos personales son indeterminados en cuanto al objeto que recaen. El deudor es responsable de pagar con su patrimonio. Los derechos personales no son derechos sobre la persona, sino sobre sus bienes. El carácter real de la obligación radica en el derecho del acreedor de exigir la ejecución forzada de los bienes del deudor en caso de incumplimiento, lo que se considera un derecho real análogo al derecho de prenda. En resumen, todos los derechos son considerados derechos reales, es decir, derechos sobre cosas<sup>45</sup>.

La tesis mencionada recibe críticas fundamentales, siendo la principal la de que en todo derecho real existe un objeto específico y si se considerara el concepto de patrimonio se establecería una relación jurídica entre conjuntos de bienes y obligaciones. Además, si en el derecho personal se ignorara la relación entre acreedor y deudor, ¿cómo se manejarían obligaciones intuitu personae o las obligaciones de hacer o no hacer?<sup>46</sup>.

### 1.4.3. Teorías eclécticas

La teoría integral, también conocida como teoría unificadora, tiene como objetivo conciliar y hacer compatible las teorías dualistas y unitarias obligacionistas, las cuales son criticadas por enfocarse solamente en uno de los aspectos o poderes del derecho real y dejar de lado otros aspectos importantes.

Al respecto VIERA (2008) considera una manifestación interna y externa del derecho real, tomando en cuenta la teoría clásica y la teoría personalista:

***“El lado interno,** es el poder directo e inmediato entre el titular y la cosa, agere licere. Titular y cosa. Una forma de señorío, dominio.*

---

<sup>45</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P.69

<sup>46</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.111.

***El lado externo** es la oponibilidad erga omnes imponiendo a todas las personas el deber de respetar: Obligación pasiva universal. Titular y sociedad. Es el deber de la comunidad de no interferir en las facultades del titular”<sup>47</sup>.*

PLANIOL y RIPERT definen el derecho real como:

*“El que impone a toda persona la obligación de respetar el poder jurídico que la ley confiere a una persona determinada para retirar de los bienes exteriores, todo o parte de las ventajas que confiere la posesión de ellos, o, si se prefiere, el que, dando a una persona un poder directo e inmediato sobre una cosa, es susceptible de ser ejercitado, no solamente contra una persona determinada, sino contra todo el mundo”<sup>48</sup>.*

Los autores concluyen en el reconocimiento de dos aspectos fundamentales: uno externo (que se refiere a la obligación general de respetar la posición del titular en relación al bien, es decir, una obligación pasiva) y uno interno (que se refiere al control que el titular tiene sobre el bien).

Ludovico BARASSI, enseña que el derecho real está conformado por dos elementos principales: el control que el sujeto tiene sobre el objeto y la interacción del sujeto con terceras personas, quienes tienen la obligación de abstenerse de afectar o interferir en dicho control<sup>49</sup>.

Según Alfonso DE COSSIO, el derecho real se refiere a una relación jurídica directa e inmediata entre una persona y un bien, la cual puede ser ejercida contra cualquier individuo, lo que significa que es considerada como una obligación con un sujeto pasivamente universal. A partir de esta idea, se pueden identificar dos consecuencias importantes: la prioridad y la reipersecutoriedad.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> VIERA , Jose Alberto. *"Direitos Reais"*. Coimbra Ediora, 2008, PP. 81-82.

<sup>48</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Ob.Cit. P.54.

<sup>49</sup> Ibídem, P. 55.

<sup>50</sup> Ibídem, P. 56.

Néstor Jorge MUSTO afirma que el derecho real se presenta como un poder que se ejerce sobre el bien y frente a las demás personas, siempre en conformidad con lo establecido por la ley. Este poder que la persona tiene sobre el bien se denomina aspecto interno, no porque no se manifieste externamente, sino porque se refiere a todas las facultades que el titular del derecho ejerce sobre el bien, sin que sea necesaria la intervención de terceras personas. El aspecto externo del derecho real se manifiesta en la obligación que tienen los demás miembros de la comunidad de no interferir en el ejercicio de estas facultades<sup>51</sup>.

En este grupo intermedio ubicamos entre los nuestros al jurista ARIAS SCHREIBER (1991) quien sostiene que la teoría clásica se basa en una premisa errónea, ya que establece una relación jurídica entre una persona y un bien, lo cual es imposible en la práctica debido a que siempre están involucrados dos o más sujetos en dicha relación. Por lo tanto, el autor argumenta que esta teoría es inviable en la realidad jurídica. Da la siguiente definición: “*los derechos reales no vienen a ser sino derechos subjetivos que, incidiendo sobre los objetos exteriores a la persona, autorizan al sujeto para el ejercicio de un determinado señorío*”<sup>52</sup>.

A su vez, RAMIREZ CRUZ sostiene que la principal diferencia entre los eclécticos y los obligacionistas radica en que los primeros no están de acuerdo con que el derecho real se defina solamente por la abstención de terceros (la sociedad), sino que tiene un contenido positivo que se refiere al poder directo e inmediato, que ellos denominan el elemento interno. En este sentido, a la obligación de abstención (elemento externo) le añaden el elemento interno mencionado anteriormente<sup>53</sup>.

### **1.5. Diferencia entre derechos reales y personales.**

---

<sup>51</sup> MUSTO, Nestor jorge. Ob. Cit. PP.28

<sup>52</sup> ARIAS SCHREIBER, Max. "Exegesis del Código Civil Peruano de 1984". Vol. IV Los Derechos Reales. Lima: Librería Studium S.A., 1991.P.8.

<sup>53</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Ob.Cit. P.57.

Los derechos sobre las cosas, es decir, lo reales; y los de crédito están vinculados entre sí; sin embargo, son derechos distintos, a continuación, exponemos los caracteres que los diferencian:

**a) En cuanto a los sujetos de la relación jurídica.**

En el derecho personal, el acreedor es el sujeto activo y el deudor es el sujeto pasivo. Por otro lado, en el derecho real, el sujeto activo es el titular del derecho real, ya sea una persona natural o jurídica, que se identifica con el nombre del derecho correspondiente (como propietario, usufructuario, hipotecario, etc.). Además, hay un sujeto pasivo universal e indeterminado que incluye a todas las personas obligadas a respetar el ejercicio del derecho real en cuestión. A diferencia del derecho personal, la obligación pasiva universal no forma parte del patrimonio del acreedor como activo, ya que no se puede valorar económicamente<sup>54</sup>.

En el derecho de las obligaciones, la persona a quien se le debe una obligación puede ser obligada a cumplir con una obligación de dar, hacer o no hacer. En contraste, en el derecho real, la persona que tiene un derecho real sólo tiene el deber de no interferir con ese derecho, es decir, el deber de abstención.

**b) En cuanto al objeto.**

El objeto inmediato del derecho real es un bien, mientras que el objeto inmediato del derecho de crédito es una prestación que el obligado debe cumplir, ya sea una obligación de dar, hacer o no hacer algo<sup>55</sup>.

En el derecho real, el objeto del derecho es una cosa concreta y existente en el presente, mientras que, en el derecho personal, el objeto es una prestación que puede ser identificada de forma individual y que tendrá lugar en el futuro<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.111.

<sup>55</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P. 75.

<sup>56</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.114.

**c) En cuanto al origen.**

Los derechos personales se originan en las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico y el hecho jurídico. Los derechos reales emanan de los modos de adquirir, tales como la accesión, la ocupación, la tradición, la prescripción adquisitiva o usucapión y la partición de derechos sucesorales.

**d) En cuanto a la enumeración.**

Los derechos reales están enunciados en la ley y solo ella puede crearlos. El artículo 881 del Código Civil<sup>57</sup> los enuncia así.

En el ámbito de los derechos personales, cada vez que se establece una obligación se crea un derecho personal. En este tipo de derechos, el principio de autonomía de la voluntad se aplica siempre que no vaya en contra del orden público, las buenas costumbres, la moral y la buena fe. En otras palabras, se puede establecer libremente la obligación siempre que no se viole ninguno de estos principios fundamentales<sup>58</sup>.

**e) En cuanto a su determinación.**

El objeto del derecho real se refiere a un bien específico y concreto, mientras que el objeto de la prestación del deudor puede ser un bien que ya está determinado o uno que pueda ser determinado en el futuro. Por el derecho real o *ius in re*, el titular tiene un poder de obrar directo, inmediato, sin intermediarios, sobre un bien *determinado* (cierto). Por el derecho de crédito o *ius ad rem*, el acreedor tiene el derecho de exigir a su deudor la entrega de un bien determinado (obligación de dar bienes cierto), o indeterminado, pero determinable (obligaciones de dar cosas inciertas, obligaciones alternativas, obligaciones de género, obligaciones facultativas, obligaciones de cantidad), según que el bien se encuentre determinado desde el nacimiento de la obligación o se tenga que determinar ulteriormente; la

---

<sup>57</sup> Código Civil. Artículo N°881. “Son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes.”

<sup>58</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.112.

satisfacción del interés del acreedor depende de que el deudor cumpla la obligación<sup>59</sup>.

**f) En cuanto a los efectos.**

El derecho real tiene un alcance erga omnes, lo que significa que puede ser ejercido contra cualquier persona. Esto implica que toda la sociedad está obligada a respetar este derecho, lo que lo convierte en un derecho absoluto. Por otro lado, los derechos personales solo pueden ser ejercidos por el titular del derecho contra la persona obligada, lo que los convierte en derechos relativos. En resumen, mientras que el derecho real es oponible a todo el mundo, el derecho personal solo es aplicable entre las partes involucradas.

**g) En cuanto a las acciones.**

En el derecho real, el titular del derecho cuenta con dos atributos importantes: la persecución y la preferencia. El atributo de persecución le permite al titular del derecho perseguir la cosa, esté en posesión de quien esté. Por su parte, el atributo de preferencia implica que el titular del derecho tiene prioridad sobre cualquier otra persona en cuanto a la posesión o propiedad de la cosa en cuestión.

En cambio, en el derecho personal, el cumplimiento del derecho se exige únicamente de la persona obligada en particular.

Cuando se trata de hacer valer la existencia de un derecho real, la acción que se utiliza se llama "acción real", como en el caso de la acción reivindicatoria. En contraste, las acciones derivadas de un derecho personal se conocen como "acciones personales", como por ejemplo la acción que tiene un prestamista para exigir el pago de un préstamo<sup>60</sup>.

**h) En cuanto a su adquisición.**

---

<sup>59</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P. 79.

<sup>60</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P.114.

El derecho de crédito puede surgir con solo contar con un título, es decir, un acto o negocio jurídico que establezca, modifique o termine la relación obligatoria. En contraste, para que algunos derechos reales surjan, el título por sí solo no es suficiente, ya que se requiere además del modo, que se refiere a un hecho o acto que se suma al título para que se produzca el derecho real. En otras palabras, mientras que el derecho de crédito se origina únicamente con un título, algunos derechos reales necesitan tanto el título como el modo para su surgimiento<sup>61</sup>. Esto sería cuando se transfiere la propiedad de un bien mueble mediante compraventa no es suficiente que se celebre el contrato (título), sino que se requiere que el vendedor haga la entrega del bien al comprador (modo)<sup>62</sup>.

**i) En cuanto a su publicidad.**

La publicidad es el presupuesto de la oponibilidad del derecho real, los derechos personales son ajenos a la publicidad. Los derechos de crédito son ajenos a la publicidad por su condición de relativos. Por el contrario, los derechos reales, por su calidad de absolutos, por su oponibilidad, si requieren de la publicidad a fin de que exista la posibilidad de ser conocidos por todo tercero. No se está obligado a respetar un derecho que no se conoce<sup>63</sup>.

**j) En cuanto a su duración.**

Los derechos reales tienen el carácter de perpetuos o temporales. No obstante, los de crédito son esencialmente temporales.

Los derechos reales procuran a su titular un disfrute permanente: continuo (como la propiedad) o periódico (como la multipropiedad) o temporal (como el usufructo, la hipoteca). Por su parte, los derechos

---

<sup>61</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P. 86.

<sup>62</sup> Código Civil. Artículo N°947 “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

<sup>63</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P. 86.

personales son esencialmente transitorios, desaparecen al hacerse efectivos; en cuanto el deudor ejecuta su presentación queda liberado frente al acreedor<sup>64</sup>.

**k) En cuanto a la prescripción.**

En los derechos reales opera la prescripción adquisitiva o usucapión (Artículo 950 y 951 del Código Civil Peruano); no obstante, en los derechos personales se presenta la prescripción extintiva o liberatoria (Artículo 1989 del Código Civil).

El transcurso del tiempo tiene la virtud de hacer adquirir plenamente el derecho real. En cambio, en el derecho de crédito, el transcurso del tiempo, lejos de ser un medio de adquisición, constituye una causa de extinción de la relación obligacional<sup>65</sup>.

**1.6. El objeto de los derechos reales.**

Para entender el objeto del derecho real podemos tener en cuenta algunas definiciones como Edmundo GATTI citado por PAPAÑO (1995), afirma que:

*“El objeto del derecho real está constituido por las cosas y por los hechos voluntarios, lícitos y posibles, que consistan en la entrega de una cosa o en la ejecución o desistimiento de una acción. Las cosas son el objeto inmediato de los derechos reales; los hechos (de personas determinadas) son el objeto inmediato de los derechos personales o creditorios”<sup>66</sup>.*

Aníbal TORRES considera a *“el bien, como objeto del derecho real, que es toda entidad corporal (material) o incorporeal (inmaterial),*

---

<sup>64</sup> Ibidem, P.82.

<sup>65</sup> Ibidem, P.82

<sup>66</sup> PAPAÑO, Ricardo José. *"Derechos Reales"*. Editado por Ediciones Depalma. Vol. I. Buenos Aires, 1995, P. 5.

*determinado, susceptible de valor económico, del cual se puede servir el ser humano para la satisfacción de sus múltiples necesidades”<sup>67</sup>.*

Asimismo, menciona que el bien tiene que tener valor económico. Una entidad no patrimonial, corporal o incorporeal, que no es susceptible de valor económico no es bien como objeto de derecho real<sup>68</sup>.

Oscar MORINEAU hace una crítica a la teoría personalista y clásica sobre el objeto del derecho, al sostener que, en el caso de los derechos reales, el derecho regula las actividades humanas en tanto que la conducta del ser humano ejerce un poder sobre las cosas. Por ello, el mismo autor afirma:

*“El derecho no puede ordenar o permitir nada a una cosa ni siquiera hacerla su objeto directo o inmediato, ya que, el objeto directo o inmediato del derecho es siempre una actividad o abstención humana. De aquí no se sigue que el derecho real tenga por objeto la abstención de los demás o que pueda definirse por el respeto universal que impone. Este es un error de la teoría personalista. En efecto la teoría personalista nos dice que el derecho real es la facultad que tiene el titular de exigir el respeto de los demás. No se da cuenta de la contradicción en que cae cuando después nos dice que desde el punto de vista interno el derecho real es la facultad que tiene el titular de actuar sobre las cosas, las cuales son el objeto del derecho. Tampoco tiene por objeto inmediato la cosa, este es el error de la teoría clásica”<sup>69</sup>.*

Precisa MORINEAU que: *“el derecho real tiene por objeto inmediato precisamente las actividades que el titular debe ejercer sobre las cosas, pero el titular tiene también la facultad de ejercer o no ejercitar la actividad, porque se le ha atribuido un derecho subjetivo (a su favor) y no*

---

<sup>67</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P.141.

<sup>68</sup> Ibidem, P. 142.

<sup>69</sup> MORINEAU, Oscar. Ob.Cit. P. 31.

*un deber jurídico (en su contra)*”<sup>70</sup>. En relación a los derechos reales, no es pertinente preguntarse sobre quién es el sujeto pasivo u obligado, como ocurre con los derechos personales. En su lugar, es más apropiado indagar sobre quién tiene la facultad o capacidad de ejercer el derecho (sujeto activo). Es decir, en el caso de los derechos reales, lo importante es identificar a la persona que tiene la titularidad del derecho y el control sobre la cosa objeto del derecho real, en lugar de enfocarse en quién está obligado a cumplir con la obligación relacionada con ese derecho.

## **1.7. Características esenciales de los derechos reales.**

### **1.7.1. La inmediatez.**

La característica esencial de la inmediatez del derecho real radica en la capacidad del individuo de ejercer un control directo e inmediato sobre los objetos, mediante su dominio sobre los mismos. Esto implica un poder directo e inmediato sobre la cosa en cuestión. La inmediatez se distingue por:

- **La relación inmediata.** La intermediación implica que no es necesaria la colaboración, contribución o ayuda de ninguna otra persona para poder ejercer el poder sobre el objeto en cuestión. En este caso, se trata de una relación directa entre la persona y el bien, sin depender de la intervención de terceros<sup>71</sup>.

- **El poder directo.** La falta de necesidad de posesión física, tangible o material del bien no es un requisito indispensable para la intermediación del derecho real. En algunos casos, como ocurre en el ámbito hipotecario, se puede ejercer un poder directo sobre el bien, aun sin tener contacto físico con él. Esto se logra mediante la capacidad de disposición del valor económico del bien, lo cual permite al titular obtener el pago de su derecho de manera efectiva<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Ibidem, P.32.

<sup>71</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Ob.Cit. P.71.

<sup>72</sup> Ibidem, P.70.

- **La inherencia.** En el derecho real, la cosa es el objeto y mantiene su naturaleza constante sin importar el paso del tiempo o el cambio de propietario. La cosa es una parte integral del derecho real y no puede ser separada de él. Para que exista un derecho real, la cosa debe ser tangible, específica y claramente identificable. Además, el derecho real confiere un dominio inmediato sobre la cosa<sup>73</sup>.

- **La adherencia.** VARSÍ, citando a Gomes Orlando, dice que el derecho real es tan inseparable de la cosa como la lepra lo es del cuerpo, tal como la lepra se adhiere a la piel. De esta manera, el derecho real es el reconocimiento legal de un hecho, que persiste incluso cuando la cosa cambia de propietario o circula de mano en mano, ya que este sigue a la cosa (*ius persecuendi*) en poder del titular actual. Es por esto que se dice que este es más poderoso que el derecho de crédito<sup>74</sup>.

- **Existencia actual del bien.** En el derecho real, el objeto siempre se refiere a un bien específico y determinado. No es posible que una actividad o el resultado de una actividad abstracta sean objeto de derecho real, sino que deben estar ligados a un bien tangible o intangible. Además, el poder del titular no se puede ejercer sobre un bien genérico, sino que se limita a un bien concreto e individualizado<sup>75</sup>.

### 1.7.2. La exclusividad.

Atribución excluyente con fines de protección frente a terceros, es decir, hacer valer el derecho contra todos. La exclusividad se distingue por:

- **El poder absoluto.** LASARTE (2009), al respecto dice que: *“los derechos reales se pueden hacer valer erga omnes, respecto de todos o, lo que es lo mismo, tienen eficacia contra todos. Como un derecho absoluto, epíteto que, como sabemos trata de expresar su oponibilidad frente a todos y no su carácter ilimitado”*<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. P.123.

<sup>74</sup> Ibidem, P.124.

<sup>75</sup> TORRES VASQUE, Aníbal. Ob. Cit. P.56.

<sup>76</sup> LASARTE, Carlos. *“Propiedad y Derechos reales de Goce, Principios del Derecho Civil”*. Novena Edición. Vol. IV. Barcelona: Marcial Pons, 2009, P.6.

▪ **La oponibilidad *erga omnes*.** Los derechos reales tienen un carácter oponible universal, lo que implica que su titular tiene la capacidad de ejercerlos en su totalidad y todas las demás personas están obligadas a reconocer y respetar su ejercicio<sup>77</sup>. Refiere TERNERA y MANTILLA que:

*“con la consagración de un derecho real, identificamos un objeto: un bien, corporal o incorporal, y unos sujetos: el titular del derecho, quien tiene la libertad de servirse o de abstenerse de servirse de la cosa, y los demás miembros de la sociedad, quienes no tienen ningún derecho respecto de la cosa; dicho con otras palabras, aquel puede obtener, directamente, las utilidades económicas del objeto y las demás personas no pueden interferir en ello”<sup>78</sup>.*

Los derechos reales se caracterizan por brindar a su titular un poder directo y oponible a todas las demás personas, en relación a un bien específico. Esto significa que el titular de un derecho real tiene el derecho legal de realizar una acción o abstenerse de hacer algo con respecto a un bien determinado, como, por ejemplo, utilizar, disfrutar o disponer de él, sin requerir la colaboración de otra persona. Estos poderes son elementos distintivos de los derechos reales, ya que el titular del derecho recibe un beneficio directo relacionado con un bien tangible o intangible que tiene un valor económico, sin necesitar la intervención de terceros<sup>79</sup>.

▪ **El *ius persecuendi*.** Persecutoriedad, (del latín *persecutus*). Esto es perseguir a la cosa para reivindicarla del poder de quien la tiene, detenta o posee. La cosa esta subordinada, sometida a la persona. Es consecuencia de la adherencia, eficacia absoluta y de la inherencia. El derecho de persecución implica seguimiento. Esa característica se dirige contra toda la sociedad y se fundamenta en que, correspondiendo a un titular, este tiene el derecho de perseguir donde y con quien este<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. P.125.

<sup>78</sup> TERNERA BARRIOS, Francisco, y Fabricio MANTILLA ESPINOZA. Ob. Cit. P. 121.

<sup>79</sup> *Ibidem*, PP. 122.

<sup>80</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. P.126.

▪ **El uis praeferendi.** La persecutoriedad es un término que proviene del latín "persecutus", el cual se refiere a la acción de perseguir a la cosa para recuperarla del poder de quien la detenta, posee o tiene. Esta característica está relacionada con la adherencia, la eficacia absoluta y la inherencia del derecho real. El derecho de persecución implica seguir y se dirige contra toda la sociedad. Esto se fundamenta en que el titular del derecho tiene el derecho de perseguir la cosa donde quiera que esté y con quien sea que se encuentre<sup>81</sup>.

La norma de prioridad temporal establece que los derechos reales constituidos en una fecha anterior tienen preeminencia sobre cualquier otro derecho real constituido posteriormente. Esto tiene que ver con la prioridad en el tiempo (prior tempore, potior iure)<sup>82</sup>. Tratándose de bienes inmuebles artículos 1135, 2016 del Código Civil. En cambio, tratándose de bienes muebles la preferencia lo tiene el adquirente a quien se le ha entregado el bien, artículo 1136.

Según el artículo 2023 del Código Civil, los derechos reales tienen preferencia o prelación sobre los derechos personales o de crédito concurrentes, lo que significa que, en caso de conflicto entre el titular de un derecho real y el titular de un derecho de crédito, el titular del derecho real será preferido.

▪ **La publicidad.** Para garantizar la seguridad y efectividad de los derechos reales es importante que estos sean notorios, lo que implica que las personas, el medio y la sociedad en general deben tener conocimiento de su existencia. Para lograr esto, se requiere la publicación de los derechos reales a través de la posesión o el registro<sup>83</sup>.

▪ **La taxatividad.** La tipicidad o *numerus clausus* es un principio relacionado con el carácter absoluto y la taxatividad de los derechos reales. De acuerdo con este principio, solo aquellos derechos que están expresamente reconocidos por la ley son considerados como derechos

---

<sup>81</sup> Ibidem, P. 127.

<sup>82</sup> Ibidem, P. 127.

<sup>83</sup> Ibidem, P. 124.

reales<sup>84</sup>. No hay derechos reales donde la ley no lo declara (Artículo 881 del Código Civil)

## **1.8. Principios generales de los derechos reales.**

Los principios que se desprenden del Código Civil peruano son:

### **1.8.1. Principio de legalidad.**

Menciona RAMIREZ CRUZ<sup>85</sup>, “Uno de los aspectos fundamentales de los derechos reales es su tipicidad, es decir, establecer que derechos pueden crearse (*numerus clausus*)”.

El artículo 881 del Código Civil establece: “Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes”. Consagra el principio de legalidad o tipicidad o *numerus clausus* de los derechos reales. Al respecto, VARSÍ afirma: “*Se trata de un sistema cerrado, delineado, limitativo inspirado en el orden público. Es taxativo, no enumerativo. La ley es la única fuente de derechos reales*”<sup>86</sup>.

El principio de legalidad establece que solo se consideran derechos reales aquellos que están contemplados en la ley y que se limitan a un número determinado de figuras típicas, sin la posibilidad de crear nuevos tipos más allá de lo establecido por la ley.

ANIBAL TORRES<sup>87</sup> dice: “*Por ley, no por voluntad privada, se pueden crear nuevos derechos reales. No hay derechos reales atípicos. La creación de derechos reales esta sustraída a la autonomía de la voluntad privada*”.

El sistema de derechos reales es cerrado, limitativo y está basado en el orden público. Es taxativo, lo que significa que solo los derechos

---

<sup>84</sup> Ibidem, P. 124.

<sup>85</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Ob.Cit. P.87.

<sup>86</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. 266.

<sup>87</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. P.118

expresamente reconocidos por la ley son considerados como derechos reales. La ley es la única fuente de derechos reales, y el principio de legalidad establece que solo aquellos derechos que están contemplados específicamente por la ley son reconocidos como derechos reales. Los derechos reales están limitados a un número cerrado y establecido de figuras típicas, reguladas por la ley, lo que la diferencia de los derechos personales donde la voluntad individual puede crear, modificar o extinguir derechos a través de actos jurídicos, obligaciones y contratos. En otras palabras, los derechos reales se rigen por el principio de *numerus clausus* y no son *numerus apertus*<sup>88</sup>.

CUADROS VILLENA expone que el sistema de *numerus clausus* no impide la creación de nuevos derechos reales, siempre y cuando estos surjan a través de la ley. Es importante que la ley reconozca las nuevas necesidades en relación a las cosas y a la relación del hombre con ellas, ya que conforme se desarrollan las relaciones de producción, pueden surgir, transformarse o desarrollarse nuevos derechos reales<sup>89</sup>.

En este sentido, como dice MARIANI DE VIDAL, el sistema cerrado de derechos reales se aplica solo para los intérpretes (incluyendo a los contratantes), pero no para el legislador; es decir, el Estado tiene la facultad de crear nuevos derechos reales autónomos y regular su estatuto. El sistema es cerrado para el ciudadano común, pero abierto para el Estado, lo que le permite crear nuevos derechos reales según sea necesario<sup>90</sup>.

Así, lo hemos visto con la multipropiedad (Decreto legislativo N°706, 8/11/91), Unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y propiedad común (Ley N° 27157), la propiedad fiduciaria (Ley N° 26702), la garantía mobiliaria (Decreto Legislativo N°1400, 10/12/2018).

### **1.8.2. Principio de libertad de enajenación.**

---

<sup>88</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. P. 266.

<sup>89</sup> Ibidem, P.267.

<sup>90</sup> Ibidem, P.267.

El Código Civil peruano en su artículo 882 señala: “*No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita*”. Este pacto se conoce en doctrina como cláusula de inalienabilidad.

Al respecto AVENDAÑO ARANDA (2012) expone que “la norma se refiere al pacto de no enajenar o gravar un bien. La estipulación se encontrará normalmente en un contrato de compraventa, por el que el comprador se obliga a no enajenar o gravar el bien adquirido, pero puede estar comprendida en cualquier otro contrato, como en un arrendamiento. Es el caso de la persona que arrienda un inmueble y se obliga a no venderlo”<sup>91</sup>.

“La libertad de enajenación comprende también la de no enajenar. El propietario tiene la libertad de disponer o gravar, o de no disponer o gravar sus bienes. No se le puede obligar, por ejemplo, a vender o a hipotecar el bien de su propiedad cuando no quiere hacerlo, o a no vender o hipotecar cuando quiere hacerlo”<sup>92</sup>.

Más adelante refiere AVENDAÑO que la restricción impuesta por el artículo 882 se limita exclusivamente a la enajenación de la propiedad. Es decir, lo que se prohíbe es que se acuerde que el derecho de propiedad no pueda ser vendido, donado o transferido en cualquier otro contrato. Sin embargo, esta prohibición no se aplica a la división del derecho de propiedad. Por lo tanto, es posible pactar que no se puedan establecer otros derechos reales, excepto la hipoteca y la anticresis<sup>93</sup>.

Es posible acordar contractualmente la prohibición de la transmisión de otros derechos reales, a excepción de aquellos que estén prohibidos por la ley, como es el caso de los derechos de uso y habitación<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> AVENDAÑO ARANDA, Francisco. *“Límites convencionales de la propiedad”*. Editado por Giovanni F. PRIORI POSADA. Lima: Fondo Editorial pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. P. 124.

<sup>92</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. P. 123.

<sup>93</sup> AVENDAÑO ARANDA, Francisco. Ob. Cit. P.127.

<sup>94</sup> Código Civil, Artículo 1029: “*Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación*”.

Se puede limitar la libre circulación de los bienes en ciertas circunstancias, como se establece en la ley N°27682 y en el artículo 101 de la Ley N° 26887. Estas normas permiten la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones por un plazo no mayor de diez años prorrogables, con la excepción de aquellas limitaciones que impliquen una prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar acciones.

TORRES VASQUEZ destaca que es importante distinguir entre las cláusulas contractuales de no enajenar o gravar y las prohibiciones de enajenar o gravar establecidas por la ley. Existen diversas disposiciones legales que prohíben la enajenación o gravamen de ciertos bienes o derechos, como por ejemplo los artículos 5, 6, 27, 89, 440, 447, 488, 531, 568, 1002, 1029 y 1218, así como el artículo 175 de la Ley N° 26702 y los artículos 71 y 73 de la Constitución Política<sup>95</sup>.

### **1.8.3. Principio del uso de la propiedad en armonía al interés social.**

Nuestro Código civil de 1984 en su artículo 923 establece: *“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”*.

Modernamente no existe derecho de propiedad absoluta, se puede usar, disfrutar, y disponer, respetando el interés público. AVENDAÑO VALDEZ (2012) dice que: *“la propiedad tiene limitaciones impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes como crecientes en extensión y número, y ello en razón directa de la estimación del interés público y del concepto social”*<sup>96</sup>.

El mismo autor señala que existen limitaciones a la propiedad que se establecen tanto en interés público como en interés privado, y que, en cada caso, los beneficiarios de las limitaciones son diferentes. En las limitaciones

<sup>95</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. P.124.

<sup>96</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *“La propiedad en el Código Civil”*. Primera Edición. Editado por Giovanni F. PRIORI POSADA. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. P. 112.

por interés privado, el beneficiario y el responsable de cumplir la limitación se pueden identificar fácilmente, como en el caso de los vecinos. En cambio, en las limitaciones por interés público, los afectados no se pueden identificar con precisión y son considerados como "indeterminados" <sup>97</sup>.

La expresión "interés social" se originó a partir del artículo 124 de la Constitución de 1979, mientras que la Constitución de 1993 utiliza el término "bien común" en su artículo 70 para referirse a la misma idea. Para AVENDAÑO:

*“el artículo del código Civil debe leerse actualmente con el concepto de bien común en remplazo del interés social. El bien común es el bien general, el bien de todos. El interés social es el que puede tener un grupo social determinado, interés responde a la satisfacción de una necesidad”* <sup>98</sup>.

### **1.9. Clasificación de los derechos reales.**

Existe una clasificación variada de los derechos reales según la doctrina peruana teniendo en cuenta lo regulado en el Código Civil. A propósito, VARSÍ nos presenta la siguiente clasificación:

***“a) Derecho sobre la cosa propia. Ius in re propria.***

- La propiedad. Confiere a su titular el más amplio grado de atribuciones. Constituida independiente mente de otros derechos reales.

***b) Derecho real sobre la cosa ajena. Ius in re aliena.***

- Derechos de disfrute. Llamados derechos reales de goce. Es la desmembración del uso y goce de una cosa. Entre ellas tenemos: *Uso, Usufructo, Superficie, Habitación y Servidumbre.*

---

<sup>97</sup> Ibidem, P. 112.

<sup>98</sup> Ibídem P. 114.

- Derecho real de garantía. Se trata de derechos accesorios. No tienen independencia, dependen de otros: Hipoteca, anticresis, derecho de retención y la garantía mobiliaria”<sup>99</sup>.

## **2. LA POSESIÓN.**

### **1.1. Generalidades.**

Los expertos y académicos en derechos reales reconocen que la posesión es uno de los temas más complejos que se abordan en el derecho civil. Algunos autores incluso sostienen que la posesión es igual o incluso más importante que la propiedad misma. Prácticamente todos los bienes tienen relación con la posesión en algún momento de su existencia.

La importancia de tener algo también se refleja en su aspecto práctico. En la actualidad, el acceso y control de los recursos económicos están estrechamente ligados a la posesión. Los conflictos cotidianos más relevantes se originan a partir de la propiedad y gestión de dichos recursos, y a menudo carecen de soluciones legales.

La posesión es una de las figuras más debatidas y controvertidas entre todas las instituciones doctrinales en el ámbito jurídico. MUSTO dice que la posesión:

“Desde su concepto, etimología, origen, elementos constitutivos, naturaleza, fundamentos de protección y hasta sus efectos, todo ha sido materia de discusión entre autores, lo que ha generado una minuciosa lucubración teórica”<sup>100</sup>.

### **1.2. Etimología y origen.**

El origen etimológico de la palabra "posesión" es uno de los más difíciles de descifrar, ya que no hay consenso entre los expertos y los autores difieren en cuanto al sentido que se intenta derivar de ella.

---

<sup>99</sup> VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. P:P: 142-146.

<sup>100</sup> MUSTO, Néstor Jorge. Ob. Cit. P. 139.

El autor peruano LAMA MORE (2007) citando a Russomanno, cuando se refiere a la etimología de la posesión señala:

*“La voz possidere, proviene del prefijo pos, que probablemente provenga de la palabra pot, raíz de posse (poder) que significa asentarse, asentamiento, señorío y del sufijo sedere (sentarse, estar sentado establecerse)”<sup>101</sup>.*

Además de eso ENRIQUE VARSÍ en su libro Tratado de Derechos Reales, menciona:

*“Que se ha llegado a decir que el prefijo pos viene del latín pos (potsum, potens), que implica poder. Post sedere significa “después de estar sentado” llevando noción del tiempo, o del sanscrito poto poti, pote sedeo, que significa ‘amo’ o ‘jefe’ lo que lleva a la significación de sentirse señor, un señorío o aseñoramiento”<sup>102</sup>.*

### **2.3. Teorías en torno a la posesión.**

Indica RENGIFO GARDEAZABAL (2006) que:

*“La posesión ha sido objeto de una prolongada controversia entre civilistas modernos. El tema plantea tantas dificultades que las distintas escuelas del derecho Civil se han visto obligadas a construir elaboradas teorías al respecto. Y se pregunta ¿Por qué es tan difícil entender qué es la posesión? Hay muchos factores que conspiran contra un buen entendimiento de la posesión: la oscuridad de las fuentes romanas, la abundancia de casos complejos, las ambigüedades terminológicas y las inconsistencias de las soluciones jurídicas”<sup>103</sup>.*

---

<sup>101</sup> LAMA MORE, Héctor Enrique. *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*. Lima: Editorial jurídica Grijley, 2007, P. 33.

<sup>102</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSO, Enrique. Ob. Cit. P. 25.

<sup>103</sup> RENGIFO GARDEAZABAL, Mauricio. «Teorías de la posesión.» *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), N° 36 (Junio 2006): P. 3.

Según el autor, el tema de la posesión es fundamental en las teorías contemporáneas de los derechos subjetivos, como la teoría de la voluntad y la teoría del interés. Estas teorías se fundamentan en gran medida en las teorías sobre la posesión. Muchos de los argumentos utilizados en el debate sobre la posesión son aplicables también a la teoría de los derechos subjetivos<sup>104</sup>.

Las teorías sobre la posesión se basan en comparaciones intencionales con diferentes aspectos de la propiedad. En este análisis, exploraremos de manera concisa, en su orden correspondiente: a) la teoría del derecho temporal, b) la teoría de la voluntad y c) la teoría del interés.

### **2.3.1. Teoría de la posesión como derecho real provisional.**

En términos conceptuales, la teoría preclásica de la posesión se basa en una comparación directa con la propiedad. La posesión como derecho real se sustenta en la semejanza con la propiedad, para ello RENGIFO (2006):

*“La posesión tiene todas las características formales y materiales de la propiedad. Los propietarios deben ser respetados por todas las personas. Los poseedores, cuando son de buena fe también deben ser respetados por todas las personas, tratándose de individuos totalmente ajenos al bien como de titulares de derechos personales.*

*El propietario tiene la posibilidad de usar sus bienes libremente, de percibir los frutos, de enajenarlos o conservarlos a su antojo etc. El poseedor también puede usar sus bienes libremente; si es de buena fe puede percibir los frutos, y en cuanto a la enajenación, puede entregar su posesión a quien desee.*

*La posesión no tiene las mismas características temporales de la propiedad. A pesar de sus notables similitudes, la propiedad y la*

---

<sup>104</sup> Ibidem. P.5

*posesión no son idénticas. La diferencia entre ambos conceptos se encuentra en su dimensión temporal. Mientras el bien no perezca, la propiedad es un derecho perpetuo que se traslada de titular a sucesor. Por el contrario, la posesión es un derecho provisional o temporal por tres razones: a) toda adquisición de la posesión es originaria por regla general. Si un poseedor entrega un bien a otro, quien recibe el bien se considera como titular de una nueva posesión a menos que se pacte lo contrario. b) la posesión es provisional porque se pierde en presencia de un mejor derecho, como, por ejemplo, ante la propiedad, c) la posesión es provisional porque está llamada a convertirse en propiedad por el paso del tiempo.*

***Por analogía se sigue que la posesión es un derecho real provisional.*** *La posesión se parece en casi todos los aspectos a la propiedad, excepto por su duración, se sigue que la posesión es un derecho provisional. No es posible concluir que la posesión es una propiedad provisional porque la perpetuidad es un elemento esencial en la definición de la propiedad. En cambio, se sigue la conclusión de que es un derecho real provisional dado que la perpetuidad no es un elemento esencial en la definición de los derechos reales. Hay derechos reales temporales. Como corolario de esta conclusión se ha interpretado que los interdictos posesorios son reivindicaciones provisionales y preparatorias de un litigio futuro y definitivo sobre las cosas”* <sup>105</sup>.

Esta concepción de la posesión sugiere que hay dos tipos principales de derechos reales: la propiedad y la posesión, uno de naturaleza permanente y el otro temporal. En la antigua Roma, la propiedad podía aplicarse a bienes privados, pero no a bienes públicos ni a bienes provinciales. Con el tiempo, muchas personas comenzaron a residir en propiedades públicas. Como no se les podía otorgar la propiedad en sí, se les concedió un derecho similar a través del derecho pretorio. Por lo tanto, la

---

<sup>105</sup> Ibidem. P.6

propiedad se consideraría un derecho real de origen civil, mientras que la posesión sería un derecho real de origen pretorio<sup>106</sup>.

### 2.3.2. Teoría subjetiva de la posesión (teoría de la voluntad).

Hasta que FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, el fundador de la escuela Histórica del derecho, publicó su obra "Tratado de la Posesión según los Principios del Derecho Romano" en 1805, la teoría de la posesión como un derecho real provisional era ampliamente aceptada.

SAVIGNY (citado en RENGIFO, 2006) afirma que: “el derecho provisional es falso. Para comprender su argumento es preciso recordar que toda relación jurídica se deja analizar en un aspecto material (supuesto de hecho de la relación jurídica) y un aspecto formal (regla del derecho o disposición normativa). Puesto que la posesión es también una relación jurídica, cabe preguntarse por su aspecto material (cuales son los requisitos para poseer) y por su aspecto formal (que efectos jurídicos produce la posesión). Desde el punto de vista material la posesión o *ius possidendi* corresponde al ejercicio de hecho de la propiedad. Sin embargo, la posesión también puede estudiarse desde el punto de vista formal, es decir, desde sus efectos jurídicos”<sup>107</sup>.

“El inconveniente de la teoría del derecho real provisional radica en que se enfoca únicamente en la posesión material y pasa por alto la posesión formal. SAVIGNY se considera el primer jurista en realizar un estudio sistemático de los derechos del poseedor, también conocido como posesión jurídica” (RENGIFO, 2006)<sup>108</sup>.

A) **Estudio formal de la posesión.** SAVIGNY (citado en RENGIFO, 2006) pregunta: “¿Cuáles son los efectos jurídicos de la posesión? Según él, existen únicamente dos efectos exclusivos de la

---

<sup>106</sup> Ibidem. P.7

<sup>107</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *“Tratado de la Posesión según los Principios del Derecho”*. Granada: Comares. Citado RENGIFO GARDAZALBAL, Mauricio. Ob. Cit. P.10

<sup>108</sup> Ibidem. P. 11.

posesión: el derecho a utilizar interdictos posesorios y el derecho a la usucapión. Desde una perspectiva formal, solo se considera posesión jurídica aquella que otorga interdictos, usucapión o ambos. Los demás efectos se consideran irrelevantes o no auténticos”<sup>109</sup>.

SAVIGNY (citado en RENGIFO, 2006) reunió todos los textos romanos donde distingue tres tipos de posesión:

*“La **possessio civiles** (Posesión civil), la **possessio** (posesión) y la **possessio naturalis** (posesión natural). A si pues, ¿cuál de estas categorías es la posesión jurídica? Mediante matrices, estableció por primera vez que categorías correspondían a la posesión jurídica. El resultado fue el siguiente:*

- *La posesión civil es siempre posesión jurídica porque produce dos efectos jurídicos, a saber, la usucapión y los interdictos.*
- *La posesión sin más, también es posesión jurídica porque produce al menos uno: el derecho a los interdictos.*
- *La posesión natural no es posesión jurídica porque no produce ningún efecto. Además, se identifica la posesión natural o posesión no jurídica con la detentación o mera tenencia.*

*En resumen, la posesión civil y la mera posesión son posesiones jurídicas. La primera da derecho a la usucapión y a los interdictos. Para que pueda dar lugar a la usucapión se requiere el justo título y la buena fe. La segunda, es decir, la posesión sin más, tan solo da derecho a los interdictos. La posesión natural (en adelante detentación o mera tenencia) no es posesión jurídica debido a que no produce ninguna consecuencia jurídica”<sup>110</sup>.*

**B) Estudio material de la posesión.** SAVIGNY (citado en RENGIFO, 2006) pregunta: “¿Cuáles son los requisitos para ser un

---

<sup>109</sup> Ibidem. P.11.

<sup>110</sup> Ibidem. P.12.

poseedor? Él identifica en las fuentes romanas dos elementos de la posesión: el corpus y el animus. El problema que debe resolver ahora es que significan estos elementos. Así reconstruye su argumentación de la siguiente manera: 1) la propiedad es la relación jurídica con la cosa. 2) Si se quiere ejercer la propiedad es necesario mantener una relación física con la cosa. 3) La posesión material es el ejercicio de la propiedad. En conclusión: Al menos uno de los elementos de la posesión consiste en la relación física”<sup>111</sup>.

“¿A qué elemento de la posesión corresponde la relación física con la cosa? La hipótesis de SAVIGNY es que el corpus corresponde la relación física con la cosa. Luego razona: 1) si la posesión natural no produce efectos jurídicos, entonces es una relación física con la cosa. 2) El corpus es una relación física con la cosa. Concluye: La posesión natural y el corpus son lo mismo” (RENGIFO, 2006)<sup>112</sup>.

“Acto seguido se pregunta: ¿Qué elemento resulta decisivo para que una relación física produzca efectos jurídicos? Lo que le hace falta a la posesión natural entendida como corpus para convertirse en posesión jurídica es el animus possidendi o voluntad de poseer. SAVIGNY pregunta ahora ¿En qué consiste esa voluntad de poseer? El siguiente argumento es la parte central de la teoría: 1) El representante directo tiene la cosa en nombre de otro (animus alieno nomine detinendi). 2) El representante directo tiene la cosa en nombre de otro y no es poseedor jurídico. Concluye para ser poseedor jurídico hay que tener la cosa para sí (animus rem sibi habendi)” (RENGIFO, 2006)

“Quien tiene la cosa para otro es poseedor natural o mero tenedor porque su voluntad reconoce a otro como dueño. Sólo el propietario tiene la cosa para sí puesto que no reconoce a nadie como titular de un derecho superior al suyo. En consecuencia, el animus possidendi es animus domini, esto es la voluntad de tener la cosa como propietario” (RENGIFO, 2006)<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Ibidem. P.13.

<sup>112</sup> Ibidem. P.14.

<sup>113</sup> Ibidem. P. 14.

“¿Qué es la propiedad material? Es la tenencia de una cosa (corpus) con la voluntad de un propietario (animus domini). Por regla general, el animus possidendi se manifiesta como animus domini. Sin embargo, hay cuatro excepciones a esta regla en el derecho romano: la prenda, la enfiteusis, el secuestro y el precario. En estos casos no hay animus domini” (RENGIFO, 2006).

Según la interpretación de Savigny, la posesión consta de dos elementos: el corpus y el animus. El corpus se refiere al contacto físico con el objeto. Para que la posesión se establezca, es necesario tener la capacidad de ejercer una influencia inmediata sobre el objeto y también la capacidad de excluir la influencia de otras personas. Savigny distingue el grado de influencia o posibilidad de ejercerla en relación a la posesión, dependiendo de si se busca adquirir o conservar la posesión. Para adquirir la posesión, es claramente necesario que la influencia sea inmediatamente posible, pero para conservarla, esto ya no es indispensable. El corpus no se refiere simplemente a la aprehensión directa y constante del objeto, sino a la capacidad de actuar y disponer de él (HERNANDEZ GIL, 1980)<sup>114</sup>.

El segundo elemento es el animus, solo la intención de ejercer en nombre propio el derecho de propiedad constituye el verdadero animus domini, requisito esencial de la posesión. El animus domini no significa que el poseedor tenga que considerar él internamente como propietario, basta el *animus rem sibi habendi*, es decir, el actuar como propietario aun sin tener la convicción de serlo; en el caso del ladrón, es poseedor, porque careciendo de la convicción de ser propietario, se comporta, actúa como si lo fuera<sup>115</sup>.

Según la Teoría de la Voluntad de Savigny, la adquisición y pérdida de la posesión se rigen por el siguiente principio general: la posesión se adquiere cuando se combinan los dos elementos materiales que la conforman: la mera tenencia (corpus) y la voluntad (animus possidendi).

---

<sup>114</sup> HERNANDEZ GIL, Antonio. “La Posesión”. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1980. P.62.

<sup>115</sup> Ibidem. PP. 63-64.

El corpus se materializa cuando se es consciente del poder físico sobre el bien, es decir, de la posesión física del mismo. El animus se materializa cuando se dirige la voluntad libre hacia un objeto específico con el propósito de ejercer un poder físico sobre él, es decir, de poseerlo.

“En materia de pérdida de la posesión también rige el principio plurium in solidum, y sus corolarios (toda posesión continua hasta que no empiece otra posesión y toda posesión que empieza hace terminar cualquier otra). La pérdida de la posesión se rige por el principio general: la posesión se pierde cuando falta al menos uno de sus elementos materiales: la mera tenencia (corpus) o la voluntad de poseer (animus possidendi)” (RENGIFO, 2006)<sup>116</sup>.

### 2.3.3. Teoría Objetiva de la posesión (teoría del interés).

Gaspar Rudolf von Ihering desarrolló esta teoría en dos obras: "La teoría de la posesión: el fundamento de la protección posesoria" (1867) y "La Voluntad de la posesión con la crítica del método reinante" (1889). Ambos libros fueron concebidos con el objetivo de refutar la teoría de la posesión dominante y presentar una teoría alternativa.

Al respecto, escribe IHERING (2004):

*“Si a pesar de todo, me he decidido a elaborar la teoría de que se trata, es solo con el propósito de hacer resaltar la diferencia que existe entre dos métodos de la teoría del derecho: el método formalista o dialectico y el método realista o teleológico”*

“En el primer libro, aparece una explicación realista de la posesión. En el segundo, se presenta una explicación realista de la tenencia. IHERING propone como alternativa, la teoría del interés. El punto de partida básico es la relación posesoria que se define como un tipo especial de relación jurídica. Explica que no hay que confundir la relación posesoria con la

---

<sup>116</sup> RENGIFO GARDEAZALBAL, Mauricio. Ob. Cit. P.28.

relación de lugar (que podemos llamar también relación de contigüidad). La relación de lugar es una relación espacial y temporal con una cosa (por ejemplo, estar cerca de un escritorio a la una de la tarde). La relación posesoria es el interés de una persona hacia una cosa afirmando o hecho visible por una conducta especial (por ejemplo, construir un camino al fundo). El interés así manifestado puede o no ser protegido por la ley” (RENGIFO, 2006)<sup>117</sup>.

“Toda relación posesoria consta de dos elementos: el corpus y el animus. El corpus es la manifestación externa del interés de una persona en la cosa. El animus es la voluntad que se requiere para poder manifestar ese interés. Hay que advertir en este punto que no debe identificarse la relación de lugar con el corpus (esto es lo que hace la teoría de la voluntad). En realidad, el corpus así definido es inconcebible sin el animus ya que no se puede manifestar un interés sin voluntad. Es muy distinto construir una carretera para entrar en mi fundo que estar cerca de él por casualidad. Lo primero necesariamente proviene de una decisión de mi voluntad dirigida por un interés (explotar en mejores condiciones mi finca). Lo segundo, no necesariamente proviene de mi voluntad (un amigo me pudo dejar cerca de mi fundo luego de haberme quedado dormido). El hecho de que la relación posesoria se conciba como algo distinto de la relación de lugar, tiene importantes implicaciones para la adquisición y la pérdida de la posesión” (RENGIFO, 2006)<sup>118</sup>.

“Hay dos tipos de relación posesoria: La posesión (civil) y la tenencia (posesión natural). La posesión es la relación posesoria protegida por los interdictos. La tenencia es la relación posesoria sin protección por los interdictos. Hay dos grandes puntos de partida para llegar a la teoría del interés: La tesis de la correlación entre posesión y propiedad; y la crítica de los elementos de la posesión en función de la propiedad” (RENGIFO, 2006)<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> RENGIFO GARDEAZABAK, Mauricio. Ob. Cit. P.52.

<sup>118</sup> Ibidem, P.53.

<sup>119</sup> IHERING, Rudolp. La teoría de la posesión. Capítulo noveno, 151 y siguientes. Citado por RENGIFO GARDEAZABAL, MAURICIO. Ob. Cit. P. 53.

A) **La tesis de la correlación.** IHERING (citado en RENGIFO, 2006) encuentra que “en el Derecho romano valen los siguientes principios: donde no hay propiedad no hay posesión y donde la propiedad (o un derecho real) es posible la posesión también lo es”<sup>120</sup>.

La evidencia del primer principio es relativamente simple de demostrar.

“El primer caso sería el de las cosas que están fuera del comercio, como los bienes de uso público, las cosas sagradas o religiosas, ya que no son objeto de propiedad. Es cierto que pertenecen al Estado, las comunidades religiosas etc. Pero no todo es lo que es objeto de pertenencia es objeto de dominio. Ahora bien, así como estas cosas no son objeto de propiedad tampoco lo son de la posesión” (RENGIFO, 2006)<sup>121</sup>.

“El segundo caso acontece con respecto a los hijos de familia. El padre no es propietario de sus hijos. La relación aquí no es ni de pertinencia ni de dominio sino de potestad. Puesto que el padre no es dueño de sus hijos tampoco lo puede ser. IHERING nos pide en este punto que comparemos al hijo de familia con el esclavo. En ambos casos, el padre ejerce el mismo poder de hecho, pero en el primero no hay posesión y en el segundo sí. ¿Por qué la asimetría? La respuesta es de nuevo la misma: donde no hay propiedad no puede haber posesión” (RENGIFO, 2006)<sup>122</sup>.

“La prueba del segundo principio también encuentra inmuebles caso a su favor: Los menores, los dementes y personas jurídicas pueden poseer a pesar de que carecen de la voluntad de poseer. ¿Cómo explicar este hecho? La legislación y la jurisprudencia romana reconocen la posesión en estos casos porque también les reconoce la propiedad. Es más, la usucapión y la acción de petición de herencia (el equivalente a los interdictos posesorios en materia de sucesiones) le son reconocidas al heredero sin que haya ninguna posesión. Concluye que sin propiedad no hay posesión y donde hay

---

<sup>120</sup> Ibidem. P.53

<sup>121</sup> Ibidem. P.53

<sup>122</sup> Ibidem. P.53.

propiedad (o un derecho real) hay posesión, se sigue que la propiedad y la posesión correlacionadas. Si ha de encontrarse una explicación sobre la posesión tiene que ser por algún tipo de conexión con la propiedad” (RENGIFO, 2006)<sup>123</sup>.

**B) Crítica de los elementos de la posesión definidos en términos de la propiedad.** “La argumentación de IHERING al respecto es la siguiente: si la posesión y la propiedad están correlacionadas es porque la primera encuentra su explicación en la segunda. Una primera posibilidad sería definir los elementos de la posesión en términos de la propiedad. Pero la definición del animus possidendi como animus domini es errónea y trae consigo enormes dificultades teóricas y prácticas. Lo mismo sucede con la definición de corpus como ejercicio de hecho de la propiedad (relación física con la cosa). Por lo tanto, la posesión debe encontrar en la propiedad una explicación diferente. La idea de que hay que definir la posesión en términos de propiedad es propia de un filólogo o un gramático, pero repugna al método realista. Lo que hay que hacer es preguntarse para que se protege la posesión. La posesión se protege para asegurar la propiedad. Por lo tanto, los elementos de la posesión deben definirse por el fin que cumplen respecto de la propiedad” (RENGIFO, 2006)<sup>124</sup>.

Sobre este punto IHERIG escribe:

*“No son las investigaciones lingüísticas sobre la palabra posesión las que deben decir en qué casos se debe conceder la protección posesoria, sino los intereses de la propiedad y toda cuestión de la relación de la posesión y de la protección posesoria se reduce, según hemos anotado, a lo siguiente: La protección posesoria no se concede en los casos en los que hay posesión en el sentido estricto de la palabra, pues no reconocemos la posesión jurídicamente hablando, más que allí donde se puede conceder la protección sin preocuparnos por saber si el uso lingüístico vulgar se halla o no de acuerdo con nosotros. Es pues el interés de la propiedad lo que*

---

<sup>123</sup> Ibidem. P.53.

<sup>124</sup> Ibidem. P. 56.

*determina la protección posesoria, y con ella la noción de la posesión”<sup>125</sup>.*

“La teoría del interés está en que la correlación de la propiedad y la posesión es funcional: la posesión se concede para proteger la propiedad. Si la posesión es un requisito previo para acceder a los interdictos y tales interdictos se han creado para proteger la propiedad, los elementos de la posesión se deben definir en ese sentido. Así, el corpus es la manifestación externa del interés de una persona en la cosa. El animus es la voluntad que se requiere para poder manifestar ese interés. En estricto sentido, puede haber animus sin corpus, pero no puede haber corpus sin animus. Puesto que sólo en el segundo caso se dan los dos elementos de la posesión, se puede definir la posesión como la manifestación externa de un interés en el ejercicio de la propiedad. Nótese que la posesión no es el ejercicio de la propiedad (el uso, goce o disposición) sino un conjunto de actos que ponen a la cosa en una situación que permite ejercer el derecho de dominio” (RENGIFO, 2006)<sup>126</sup>.

“La manifestación exterior del interés en ejercer la propiedad varía radicalmente según la función social y económica de las cosas. IHERING, cita varios ejemplos, Una casa de verano no se utiliza sino en esa época del año. Naturalmente si el dueño no lo visita en invierno no pierde por eso la posesión porque socialmente no se espera que lo haga. La posesión de un animal doméstico se conserva a pesar de que entre y salga libremente de la casa con tal de que el dueño se preocupe por alimentarlo y darle solaz en el momento adecuado” (RENGIFO, 2006)<sup>127</sup>.

“En resumen, decir que la posesión es la exterioridad de la propiedad es lo mismo que afirmar que la posesión es el estado o uso normal de las cosas, aquel bajo el cual pueden cumplir su función económica social. IHERING llama a este uso normal la visibilidad de la propiedad. La

---

<sup>125</sup> IHERING, Rudolph. La teoría de la posesión. Capítulo noveno, 151 y siguientes. Citado por RENGIFO GARDEAZABAL, MAURICIO. Ob. Cit. P. 57.

<sup>126</sup> Ibidem. P. 57.

<sup>127</sup> Ibidem. P.57.

exterioridad y visibilidad de la propiedad traen consigo importantes consecuencias en materia de adquisición y pérdida de la posesión. La posesión continua cuando la cosa se usa normalmente y cesa cuando se usa anormalmente. La posesión no solo está al servicio de la propiedad sino de todos los derechos reales. Por tanto, la posesión es también la exterioridad de los derechos sobre las cosas, es decir de los derechos reales” (RENGIFO, 2006)<sup>128</sup>.

“La adquisición y pérdida de la posesión en la teoría del interés. El uso normal de la cosa permite inferir que la cosa interesa al titular de un derecho real, mientras que el uso anormal autoriza la inferencia contraria. IHERING llama a esta inferencia la visibilidad de la propiedad. De suerte que para adquirir la posesión es el siguiente: 1) El corpus y el animus se realizan cuando se pone la cosa en una posesión que hace visible el interés por ejercer la propiedad. Hay visibilidad de la propiedad cuando la cosa se encuentra en su estado normal de acuerdo con la experiencia de la vida cotidiana” (RENGIFO, 2006)<sup>129</sup>.

Supongamos que el señor A encuentra un abrigo abandonado en la calle, y no parece haber sido dejado allí de manera habitual. El señor A examina el área en busca de alguna pista sobre su propietario, pero al no encontrar ninguna, decide poner el abrigo frente a su casa. ¿Ha adquirido la posesión? La respuesta es no, ya que el señor A no ha colocado el abrigo en un lugar que demuestre su interés en utilizarlo<sup>130</sup>.

“En materia de pérdida de la posesión rigen los principios siguientes: 1) la posesión se pierde cuando la cosa queda en una posición que no lo hace visible el interés por ejercer la propiedad. Sobre ella. 2) no hay visibilidad de la propiedad cuando la cosa se encuentra en un estado anormal de acuerdo con la experiencia cotidiana. Según estos principios la posesión se conserva cuando el propietario es diligente con el cuidado de sus bienes. La falta de diligencia, el desinterés manifiesto en la cosa, hace

---

<sup>128</sup> Ibidem P. 58.

<sup>129</sup> Ibidem. P. 62

<sup>130</sup> Ibidem. P. 63.

perder la posesión. El interés puede ser momentáneo o continuo” (RENGIFO, 2006)<sup>131</sup>.

El jurista VALENCIA ZEA (1968) señala que para IHERIN: “es la voluntad en sentido abstracto, es decir, el hecho de querer tener una cosa, de influir sobre ella; el corpus es la relación de lugar, o sea la mera relación material entre poseedor y cosa”<sup>132</sup>.

En cuanto a los dos elementos, el animus y el corpus, y su relación entre sí, se expresa lo siguiente: Ambos elementos surgen simultáneamente a través de la incorporación de la voluntad en relación con la cosa. Por lo tanto, la posesión no es simplemente la combinación del corpus y el animus, lo cual implicaría que cada una de estas condiciones exista previamente. Más bien, el corpus es el resultado del acto de voluntad en sí mismo: no existe en el pasado, de la misma manera en que una palabra no existe antes de ser pronunciada<sup>133</sup>.

El corpus y el animus se asemejan a la relación entre la palabra y el pensamiento. En la palabra, el pensamiento adquiere forma tangible, pasando de ser algo puramente interno a manifestarse externamente. De manera similar, en el corpus, la voluntad adquiere una forma material, dejando de ser puramente interna. Ninguno de los dos elementos existía perceptiblemente antes de ese momento. La relación de ubicación física no tiene otra importancia más que ser una condición necesaria para la materialización de la voluntad de poseer. Sin embargo, solo se convierte en corpus cuando la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria<sup>134</sup>.

### **2.3.3.1. Diferencias de las dos teorías.**

Según VALENCIA ZEA<sup>135</sup>, señala las siguientes diferencias:

---

<sup>131</sup> Ibidem. P. 63.

<sup>132</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. *La posesión*. Bogota: Editorial TEMIS, 1968, P. 72.

<sup>133</sup> Ibidem P. 73

<sup>134</sup> Ibidem. P. 73.

<sup>135</sup> Ibidem. P. 75-78.

- 1) La teoría de Savigny e Ihering están de acuerdo clasificar relaciones materiales del hombre con las cosas en dos categorías: relaciones de posesión y relaciones de tenencia.
- 2) La diferencia más importante entre la teoría entre ambas teorías recae en la idea:

“Savigny: la relación posesoria depende del animus possidendi, es decir, de la voluntad de poseer para sí; cuando en vez de dicha voluntad solo existe la de poseer para otro, se tiene una relación de mera tenencia.

Ihering: La clasificación específica de la voluntad de poseer no tiene relevancia en la distinción entre posesión y tenencia. Todas las relaciones materiales y voluntarias entre el hombre y las cosas, son posesión; las que no lo son, se debe ello a un obstáculo legal, consistente en que en ciertos casos la regla jurídica estima que ciertas relaciones posesorias no deben conducir a la propiedad, ni estar protegidas por los interdictos posesorios, como sucede con las cosas fuera del comercio.

- 3) Ambas teorías son subjetivas a causa de que exigen siempre una voluntad o animus y la diferencia está en la calidad de voluntad o animus. a) la intención o voluntad de tener, la cosa, es decir, de darse cuenta de que se tiene, de que sobre ella se tiene poder o señorío efectivo. Se trata de un animus no calificado, sino abstracto. b) Dado este animus, es necesario contemplar otro animus concreto, singular, vale decir, una voluntad calificada: el animus possidendi, que se traduce en la voluntad concreta de querer tener la cosa para si en forma exclusiva.

Estas dos voluntades se captan con suficiente claridad si comparamos la voluntad del arrendatario con la del propietario. El arrendatario quiere tener la cosa (animus detinendi), pues sabe que la cosa es ajena, esto es reconoce a otro como propietario. Esta

voluntad no es exclusiva. El propietario no reconoce a otro como dueño, lo cual indica que posee en forma exclusiva. Cabe afirmar que el propietario posee con voluntad superior, y el arrendatario con una voluntad inferior”<sup>136</sup>.

- 4) PAPAÑO presenta la famosa fórmula algebraica de Ihering donde explica la diferencia entre posesión y tenencia.

Para Savigny:  $\mathbf{P = c + a + A}$

$\mathbf{T = c + a}$

“Es decir que posesión (P) es igual a contacto físico o yuxtaposición local (c) acompañado de un mínimo de voluntad (a), todo lo cual configura el corpus, más el animus domini (A). La tenencia (T) es equivalente al corpus (c + a), en ausencia del animus domini”<sup>137</sup>.

Para Ihering:  $\mathbf{P = c + a}$

$\mathbf{T = c + a - n}$

“Es decir, la posesión es igual a corpus (c + a), mientras que la tenencia (T) es el corpus (c + a) pero cuando la ley (n) priva a ese poder de hecho de los efectos de la posesión por mediar un elemento negativo (causa detenciones)” (PAPAÑO, 2005).

- 5) La principal diferencia entre las dos teorías radica en el requisito de prueba que se debe presentar ante la justicia para demostrar la posesión. Los partidarios de Savigny no solo deben demostrar la existencia del control físico, sino también demostrar el animus possidendi o animus domini, es decir, la intención de poseer o ser dueño. Este elemento subjetivo puede ser respaldado presentando el título o la causa de la posesión. Por otro lado, los partidarios de Ihering solo necesitan demostrar el control físico; con esta evidencia clara de hecho, deben considerarse como poseedores. Es

---

<sup>136</sup> Ibidem. P. 77.

<sup>137</sup> PAPAÑO, Ricardo José. Ob. Cit. P.43.

responsabilidad del oponente demostrar un elemento negativo que pueda transformar la posesión en una mera tenencia<sup>138</sup>.

#### 2.3.4. Teoría Económica.

Esta teoría fue expuesta por el jurista francés SALIELLES. Expone PAPAÑO que para Raymond Saleilles: “la teoría objetiva conduce a la investigación de la causa possessionis, como forma de obviar las dificultades que representa la prueba del animus domini. Saliellis, retoma esta posición, pero a diferencia de savigny, que resaltaba el aspecto físico de la relación, y de Ihering, que buscaba el aspecto jurídico, aquel pone el acento en el aspecto económico de la relación que consideraba fundamental”<sup>139</sup>.

El autor de esta tesis destaca que “la insuficiencia de los actos exteriores que constituyen el corpus para descubrir en ellos el animus domini, y advierte sobre la necesidad de relacionar la prueba del animus con el título en virtud del cual se posee, lo que es llamado prueba de la causa possessionis. En este aspecto se puede decir que es una doctrina intermedia entre las otras dos” (PAPAÑO, 2005)<sup>140</sup>.

El autor de esta teoría describe la posesión como una acción consciente y deliberada de apropiación económica de las cosas. En este contexto, el corpus se convierte en el componente visible de esa relación económica entre el individuo y los objetos, siendo un "conjunto de hechos que revelan una relación duradera de apropiación económica".<sup>141</sup>.

Según Ihering, en lo que respecta al animus, él está de acuerdo en que no necesariamente debe seguir el concepto romano de animus domini, sino que se trata más bien del propósito de tomar posesión de la cosa y utilizarla de manera independiente en beneficio propio<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. P.78.

<sup>139</sup> PAPAÑO, Ricardo José. Ob. Cit. P.43

<sup>140</sup> Ibidem. P. 43.

<sup>141</sup> Ibidem, P. 44.

<sup>142</sup> Ibidem, P. 44.

Refiere Salielles citado por HERNANDEZ GIL, sostiene “que la posesión no puede ser concebida como exteriorización de la propiedad”.

*“La teoría propuesta por mi arranca de la independencia de la posesión respecto a la propiedad desde el punto de vista histórico y llega a la independencia doctrinal. La posesión no se inventa para servir de baluarte a la propiedad: fue anterior a ella y una vez constituida la propiedad, sirvió indudablemente para ampliar sus bases, para consolidarla allí donde existía y parecía legítima”<sup>143</sup>.*

#### **2.4. La posesión: ¿un hecho o un derecho?**

A través de la historia los más grandes juristas han intervenido discutiendo sobre la naturaleza jurídica de la posesión. En la aclaración de este debate la posesión ha sido vista a) como un hecho, b) como un derecho y c) como un hecho y un derecho.

##### **a) La posesión como hecho.**

La discusión si la posesión es un hecho o un derecho es una data antigua. Señala LACRUZ BERDEJO (2008): “la polémica doctrinal fue enconada, al hilo de dos textos inconciliables: El de PAULO, según el cual *possessio est res facti, non iuris*; y el de PAPIANO, para quien *non est corporis, sed iuris*”<sup>144</sup>.

RAMIREZ CRUZ cita a SAVIGNY en su libro “*Tratado de la posesión en el Derecho Romano*” publicado en 1803. El célebre romanista expresa:

*“La posesión no tiene como derecho un lugar especial, pues que ella no es un derecho; pero ella engendra un derecho personal, el de*

---

<sup>143</sup> HERNANDEZ GIL, Antonio. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969, PP. 56-57.

<sup>144</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil III*. Tercera Edición. Vol. I. Madrid: Editorial DYKINSON, 2008, P. 32.

*invocar los interdictos posesorios; es a este título que ella tiene un muy grande parecido con un derecho propiamente dicho, y por eso exige reglas especiales sobre la manera de adquirirla y perderla”.*<sup>145</sup>

Incluye a este escritor que defendió con convicción la idea de que considerar la posesión como un mero hecho. Savigny reafirmó esta postura en otra de sus obras, afirmando que "la posesión no se encuentra dentro de la categoría de los derechos reales" y añadiendo que es "una relación puramente basada en hechos". Además, señala que dos consecuencias jurídicas están asociadas a la posesión: la usucapión y los interdictos posesorios<sup>146</sup>.

Esta corriente ha sido seguida por muchos estudiosos, entre ellos WINDSCHEID, POTHIER, VELEZ ARSFIELD, en el Perú ROMERO ROMAÑA ha sostenido que es “una situación de hecho, sin título, que en ciertos casos está amparada por la ley”, a diferencia del dominio, que es un derecho sancionado por el legislador, que otorga un título para tener esa posesión<sup>147</sup>.

#### **b) La posesión como derecho.**

Se le debe esta teoría al célebre profesor IHERING (1947). El jurista llega a esta conclusión en sus producciones:

*“Para juzgar si la posesión es u hecho o un derecho, me fundo en la definición del derecho que he expuesto en otro lugar con gran detenimiento. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos. No puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de derecho a la posesión... El interés que implica la posesión: constituye la condición de la utilización económica de la cosa. Que esta utilización resulta así posible para el derechohabiente, como para el que no tiene derecho, no nos importa; en todo caso, la posesión presenta interés como pura relación de hecho: es la llave*

---

<sup>145</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenia María. Ob. Cit. P. 376

<sup>146</sup> Ibidem, P. 377.

<sup>147</sup> Ibidem, P. 379.

*que abre el tesoro, y es tan preciosa para el ladrón como para el propietario. A este elemento sustancial de toda nación jurídica, el derecho añade en la posesión un elemento formal: la protección jurídica, y de este modo concurren todas las condiciones jurídicas de un derecho. Si la posesión como tal no estuviese protegida, no constituiría, en verdad, más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento en que es protegida, reviste el carácter de relación jurídica, lo que vale tanto como derecho”<sup>148</sup>.*

En la actualidad la doctrina dominante es la que se adhiere a la posesión entendida como un derecho. En nuestro país LAMA MORE (2007) explica que:

*“Según el Art. 896 del Código Civil, predomina el concepto de la posesión como un derecho subjetivo, pues si bien establece que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad; sin embargo de un estudio sistemático de la ley sustantiva peruana, se aprecia la influencia de la teoría objetiva de Ihering, al establecer la existencia de la posesión mediata y la inmediata de origen germánico, en virtud del cual se reconoce la calidad de poseedor a quien tenga un bien para sí, aun cuando no cuente con animus domini (arrendatario, comodatario, etc.) reduciendo la figura de la detentación o mera tenencia (no - posesión) solo al caso de quien posee en relación de dependencia de otro (servidor de la posesión)<sup>149</sup>.*

## **2.5. Definición de la posesión en el derecho nacional.**

En la doctrina peruana se han vertido diferentes definiciones, así tenemos a Jorge Eugenio CASTAÑEDA, quien señala: La posesión se refiere al control o dominio efectivo que una persona ejerce sobre las cosas de manera independiente, con el propósito de utilizarlas económicamente.

---

<sup>148</sup> IHERING, Von Rudolf. *3 Estudios jurídicos: La lucha por el derecho; Del interés en los contratos; La posesión*. Buenos Aires: Editorial ATALAYA, 1947, P.

<sup>149</sup> LAMA MORE, Héctor Enrique. *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*. Lima: Editorial jurídica Grijley, 2007, P 62.

Este poder es protegido legalmente sin considerar si existe o no un derecho subyacente. Además, se destaca que la posesión es un poder basado en hechos, ya sea el pleno o parcial ejercicio de las facultades inherentes a la propiedad, es decir, el uso, disfrute y consumo<sup>150</sup>.

Para calificar una situación como posesoria según el Art. 896 del CC, MEJORADA CHAUCA (1998), refiere que:

*“No basta verificar si en determinado caso el sujeto está ejerciendo alguno de los atributos de la propiedad, pues el ejercicio de estos, entendidos con simpleza e ignorando el fundamento de la fórmula que ha recogido el código, puede llevarnos a errores graves. Basta con resumir que nuestra norma quiere decir, al menos así se ha entendido razonablemente, que será poseedor aquel que se comporte respecto del bien como lo haría normalmente un propietario o una persona con derecho sobre el bien”<sup>151</sup>.*

LAMA MORE, señala que en el derecho civil peruano se reconoce que *la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*<sup>152</sup>. En nuestro país, no es necesario que aquel que ejerza un control directo sobre un bien tenga la intención de ser dueño (animus domini) para ser considerado poseedor. Este concepto se alinea con la definición de propiedad en nuestras leyes, que es el poder legal que permite usar, disfrutar, disponer y reclamar un bien. Sin lugar a dudas, se puede afirmar que aquel que satisface su deseo o exigencia en relación al bien, como el arrendatario u otras personas que mantienen un vínculo directo e inmediato con el bien, son considerados poseedores inmediatos. Del mismo modo, aquel que disfruta de los beneficios y percibe los frutos del bien, como el arrendador, se le considera poseedor mediato, entre otros ejemplos<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales. Instituciones de derecho Civil*. Segunda Edición. Lima: Talleres Graficos, 1958. P72

<sup>151</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. «La posesión y las mejoras en el Código Civil Peruano.» *Ius et Veritas*. (PUC), n° 17 (1998): PP. 236 - 245

<sup>152</sup> Código Civil Vigente de 1984. Texto del Art. 896, el Código Civil de 1936, texto Art. 824.

<sup>153</sup> LAMA MORE, Héctor Enrique. Ob. Cit. PP. 79-80

El autor nacional ANIBAL TORRES define que:

“La posesión es el poder de hecho o señorío, con o sin derecho, que una persona ejerce sobre un bien o derecho, sin importar si el poseedor tiene o no animus domini (voluntad de poseer como dueño) o animus possidendi (voluntad de poseer, ejemplo el usufructuario). No cuenta para nada se comporte o no como propietario, usufructuario, usuario, habitante, comodatario o como fuere, lo que importa es que tenga el ejercicio de hecho de la posesión del bien, usándolo, disfrutándolo, habitándolo, realizando tareas de sembrado, pastoreo, obras de irrigación etc. La posesión reconocida ´por ley, por un contrato o judicialmente, que no exista fácticamente, no es posesión”<sup>154</sup>.

Para GONZALES BARRON (2013) el artículo 096 del Código Civil proporciona la definición legal de posesión, lo que permite determinar si una situación específica se ajusta o no a esta figura. Por ejemplo, si una determinada situación de la vida puede ser calificada como posesoria, esto implicaría la aplicación de las reglas establecidas para dicha institución, en particular en lo que respecta a la defensa de la posesión, regulada por los artículos 920 y 921 del Código Civil. Por otro lado, si esa circunstancia se encuentra fuera de la definición establecida, entonces el conjunto normativo relacionado con la posesión no le sería aplicable<sup>155</sup>.

El autor mencionado anteriormente señala que el problema con el Artículo 986 radica en la falta de precisión de su definición legal debido a su excesiva generalidad. Al afirmar que la posesión es "el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad", prácticamente se está diciendo que se trata de un "poder de hecho" o "dominio de hecho". Es necesario superar este tipo de nociones. Si se sigue literalmente la definición

---

<sup>154</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob.Cit. P.335.

<sup>155</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *La posesión Mediata e Inmediata*. Primera Edición. Lima: Editorial LEGALES Ediciones, 2013, P. 14.

legislativa, no se brinda ninguna ayuda al intérprete ni se facilita la labor del juez<sup>156</sup>.

Por el problema advertido GONZALES BARRON<sup>157</sup>, propone su definición: “La posesión es la actuación del sujeto que denota un **control autónomo y voluntario** sobre algún bien, destinado a tenerlo para si **con relativa permanencia o estabilidad**, cuya finalidad es el uso y disfrute, aunque sea en modo potencial”.

La definición de Gonzales Barrón, es la que comprende con más claridad, cuando en una relación material entre el sujeto de derecho y los bienes es considerada como posesión. Precizando que cualquier relación material objetiva, no constituye Posesión, sino aquellas que se comprenden dentro de esta definición.

## 2.6. Bienes objeto de posesión.

La posesión en los términos estudiados recae sobre bienes y derechos. Así, ALVARES CAPEROCHIPI (2015) señala que el Código Civil de España proclama que “*solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación*”<sup>158</sup>. Esto ha generado discusiones a doctrinales y jurisprudenciales.

Algunos autores, como ALBALADEJO, sostienen que todos los derechos de naturaleza provisional que son susceptibles de un ejercicio repetido pueden ser objeto de posesión. Sin embargo, otros autores restringen el ámbito de la posesión a los derechos reales. Por su parte, CAPEROCHIPI sostiene que los derechos personales no pueden ser objeto de posesión, ya que no se adquieren mediante usucapión, no están protegidos por interdictos posesorios y no se liquidan a través del régimen de estados posesorios. En el contexto del derecho privado, en su mayoría, el objeto de la posesión se refiere principalmente a la propiedad y los derechos

---

<sup>156</sup> Ibidem, P. 14

<sup>157</sup> Ibidem, P.14.

<sup>158</sup> ALVARES CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derechos reales*. Lima: Jurista Editores, 2015, P.122.

reales. Solo en casos excepcionales se puede aplicar a los derechos personales, utilizando la analogía o ficción basada en los derechos reales<sup>159</sup>.

Según LACRUZ BERDEJO por apropiación no ha de entenderse simplemente ocupación, sino titularidad jurídica privada. Afirma el citado autor que: “hay titularidades no susceptibles de posesión, como las servidumbres negativas; y otras en las que la posesión no supone exclusividad, como los bienes inmateriales; pero la inversa es regla sin excepción: solo las cosas objeto posible de apropiación pueden ser poseídas”<sup>160</sup>.

Cuando se menciona que la posesión recae sobre bienes y derechos, se refiere a los bienes corporales (muebles e inmuebles) y básicamente, sobre derechos reales de goce: usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre. Esto es el objeto sobre lo que recae la posesión.

ANIBAL TORRES sobre el objeto de la posesión refiere que:

“Pueden ser objeto de posesión tanto los bienes corporales (possesio rei) como los incorporeales y dentro de estos derechos (possesio iuris) susceptibles de apropiación; tanto los bienes independientes como la universitas facti como un rebaño, una biblioteca”<sup>161</sup>.

Asimismo, este autor menciona que las legislaciones antiguas solamente reconocían la posesión sobre bienes corporales. El derecho moderno admite la posesión de objetos incorporeales. Por ejemplo, la posesión de servidumbre (art. 1035 CC). No pueden ser objeto de posesión los bienes que están fuera del comercio como son los bienes del estado de dominio público<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Ibidem, P.122.

<sup>160</sup> LACRUZ BERDEJO. José Luis. Ob. Cit.P.49.

<sup>161</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. P. 341.

<sup>162</sup> Ibidem, P. 341.

## 2.7. El Objeto del derecho de posesión

Para identificar cuál es el objeto del derecho de posesión, es necesario distinguir entre la posesión de hecho, el derecho a la posesión y el derecho de posesión.

a) **La posesión de hecho (Posesión fáctica).** Se trata de una relación completamente material en la que existe un poder de hecho físico, es decir, una conexión directa e inmediata entre el individuo y el bien. Esta situación constituye el fundamento jurídico para el surgimiento del derecho de posesión.

Como lo explica el mexicano OSCAR MORINEAU, que, aunque el ejercicio del poder de hecho en sí mismo no es el objeto del derecho de posesión (ya que es un fenómeno natural), sí es el evento que genera dicho derecho y su manifestación una vez que se ha adquirido. Además, señala que la única forma original en la que surge el derecho de posesión es cuando se ejerce el poder de hecho de manera legal. Todas las personas, incluido el propietario que no es poseedor, deben llevar a cabo el acto de ejercer el poder de hecho de acuerdo con lo establecido por la ley para que se origine el derecho de posesión. El hecho de la posesión es lo que constituye los derechos. Por ejemplo, el propietario (quien adquiere y registra su título) no tiene el poder de hecho sobre la cosa si no le ha sido entregada por estar en posesión de un tercero<sup>163</sup>.

En vista de que la posesión de hecho también está protegida por el derecho como facultad fundada en un deber, en virtud de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, decimos que esta (la posesión de hecho) si tiene por objeto el ejercicio actual del poder de hecho. Por este motivo la posesión de hecho, no es atribución de actividades, cede ante la posesión jurídica que si lo es<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Ibidem, P. 63

<sup>164</sup> Ibidem, P.74.

b) **El derecho de posesión.** Este derecho lo tienen el titular de un derecho derivado de un derecho real. MORINEAU<sup>165</sup>, explica que el poseedor de hecho, que no es titular de ningún derecho, ni aun del derecho de posesión, al cumplir las condiciones de la ley (ejercicio del hecho) llega a ser poseedor jurídico; entonces el único derecho de que es titular es el de posesión, como un derecho subjetivo pleno e independiente integrado.

En caso de conflicto entre el derecho de posesión y cualquier otro derecho que otorga la facultad de usar y disfrutar, el primero debe ceder ante los demás. El derecho hace la atribución de la posesión, como posibilidad independiente y autónoma de realizar actividades. Pero la atribución es provisional y está subordinada a la existencia de otros derechos que atribuyen actividades cuyo ejercicio es impedido por el derecho de posesión<sup>166</sup>.

Teniendo en cuenta que el ejercicio del poder de hecho es un fenómeno real que generalmente coincide con el ejercicio de derechos que recaen sobre los bienes. Así, por ejemplo, los hombres habitan y usan sus casas y decimos que la poseen, pero suponemos al mismo tiempo que son propietarios, usufructuarios arrendatarios de ellos porque la manifestación de estos derechos es al mismo tiempo la manifestación de la posesión y si alguien posee suponemos que es porque tiene derecho a ello. Tratándose de la posesión generalmente coincide la conducta real, lo que es con la conducta jurídica, lo que debe ser<sup>167</sup>.

La posesión no es el derecho de usar, disfrutar, aprehender, conservar, construir, cultivar etc. Pero se manifiesta precisamente usando, disfrutando, aprehendiendo etc. El derecho protege estas manifestaciones de hecho como manifestaciones de un derecho independientemente y autónomo (el derecho de posesión) para proteger la manifestación de actos que en si son lícitos

---

<sup>165</sup> Ibidem, P.64

<sup>166</sup> Ibidem, PP. 64

<sup>167</sup> Ibidem, P.64.

porque generalmente son la manifestación de los derechos correspondientes<sup>168</sup>.

### **¿Cuál es este ser de la posesión distinto de cualquier otro ser?**

El ejercicio del poder de hecho no constituye el objeto del derecho de posesión; esto es, que el objeto no es el hecho como fenómeno natural, cuando está realizándose y porque está realizándose, ya que sigue atribuyéndose el derecho de posesión a su titular, aunque no exista el hecho, el ejercicio del poder de hecho; pues tratándose del despojo sigue siendo poseedor el despojado hasta un año; de donde se deduce que necesariamente que el objeto del derecho de posesión no es el ejercicio actual del poder de hecho, supuesto que si este fuera su objeto desaparecería el derecho al desaparecer el hecho en el espacio y en el tiempo. El derecho es facultad o atribución, pero es facultad o atribución de algo necesariamente<sup>169</sup>.

Por otro lado, MORINEAU (citado en TORRES , 2006) en su estudio de la posesión y concluye que: “Ihering no llega a descubrir el objeto del derecho de posesión como actividad específica y exclusiva de dicho derecho. Para él es el ejercicio del poder de hecho, el cual se confunde con la manifestación de todos los derechos que otorgan el uso y disfrute de las cosas. Para objeto del derecho de posesión no es jamás el hecho actual, sino que es siempre la atribución de la actividad como posibilidad normativa”<sup>170</sup>.

El objeto del derecho de posesión no radica en el ejercicio actual del poder de hecho, sino más bien en la posibilidad de ejercer dicho poder en el presente. De aquí resulta que el derecho de posesión, es como todos los derechos subjetivos, la atribución de actividades, independientemente de que se ejerciten en el tiempo: no es el fenómeno natural que aparece en el tiempo y en el espacio, sino la posibilidad de una conducta determinada. El

---

<sup>168</sup> Ibidem, P.P. 64-65.

<sup>169</sup> Ibidem, P. 73

<sup>170</sup> Ibidem, P.74

contenido u objeto es la actividad como posibilidad de realización, independientemente de que llegue a realizarse en el futuro<sup>171</sup>.

En conclusión, es evidente y necesario si recordamos que jamás son las cosas objeto de derechos y tampoco lo son jamás los actos actuales, los fenómenos naturales, sino lo que es siempre la posibilidad de realizarlos<sup>172</sup>.

c) **Derecho a la posesión.** El derecho de posesión no es un derecho autónomo e independiente, sino más bien una facultad conferida a los titulares de derechos subjetivos que les permite reclamar el ejercicio del derecho de posesión cuando surge un conflicto con sus respectivos derechos. El derecho a la posesión se trata, por tanto, de una facultad de exigencia otorgada a aquellos que tienen el derecho de utilizar y disfrutar de los bienes frente al poseedor legal. Por otro lado, el derecho de posesión es un derecho subjetivo absoluto, un verdadero derecho real<sup>173</sup>.

## 2.8. Funciones de la posesión.

La posesión, como estado, es productora de importantes consecuencias, por lo que cumple las siguientes ventajas o funciones:

a) **Función de protección.** Al salvaguardar al poseedor, se protege a aquel que se presume ser propietario. El poseedor es considerado como dueño hasta que otra persona justifique su titularidad.

La posesión es el presupuesto para la defensa de un determinado estado de los bienes. Se concede protección contra las perturbaciones o frente al despojo, a quien posee un bien como dueño, aunque en realidad no lo sea, o quien tiene un bien en su poder en concepto diferente del dueño, como la posesión del usuario, usufructuario, superficiario, independientemente de que tenga o no tales derechos. La protección se concede, aunque la perturbación o el despojo provengan del propietario del

---

<sup>171</sup> Ibidem, P.74.

<sup>172</sup> Ibidem, P.74.

<sup>173</sup> Ibidem, P. 125.

bien. Como dice DIEZ PICAZO, citado por ANIBAL TORRES, llamo posesión a aquellas situaciones jurídicas que permiten poner en juego la defensa interdictal (*possesio ad interdicta*)<sup>174</sup>.

b) **Función de conservación.** La posesión es la manifestación externa de la mayoría de otros derechos reales, así del derecho de propiedad, usufructo y de todo derecho por el cual se tenga el uso y el goce de un bien<sup>175</sup>. Como señala DASSEN y VERA VILLALOBOS (1962) el derecho de propiedad, del usufructuario, del usuario etc. Carecerían de contenido si sus titulares no poseyeran la cosa total o parcialmente, por sí mismos y por medio de otro<sup>176</sup>.

c) **La posesión es causa eficiente de la adquisición de otros derechos reales correspondientes al bien.** En cuanto a la toma de posesión y todos los medios originales de adquirir la propiedad, como la adquisición de la propiedad de los frutos, la propiedad y la servidumbre aparente mediante la usucapión<sup>177</sup>.

d) **Es instrumento o medio de publicidad de los derechos reales.** La posesión es la expresión externa del derecho real, ya que, sin posesión, los derechos de naturaleza patrimonial carecerían de sentido. Uno de los beneficios de la posesión es su capacidad para servir como medio de publicidad en la adquisición de derechos reales, especialmente en relación a los bienes muebles<sup>178</sup>.

La posesión históricamente siempre ha estado presente con su notoriedad en el ejercicio de los derechos reales, por lo que no ha necesitado de ser inscrita en Registro Públicos, puesto que no le va a dar publicidad que de por siempre lo ha tenido y lo tiene. Si bien, hay que hacer presente que la publicidad posesoria no tiene las ventajas de la publicidad registral que brinda una información cierta sobre la situación jurídica a que se refiere y

---

<sup>174</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. P. 351.

<sup>175</sup> Ibidem, P. 350.

<sup>176</sup> DASSEN, Julio, y Enrique VERA VILLALOBOS. *Manual de derecho reales*. Buenos Aires: Editorial TEA, 1962, P. 51.

<sup>177</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. P. 350.

<sup>178</sup> VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Ob. Cit. P. 155.

permite la constitución de derechos sucesivos no incompatibles sobre un mismo bien<sup>179</sup>.

e) **Función de legitimación del derecho real del titular.** La publicidad posesoria tiene un efecto legitimante. La función de legitimación no alude a los requisitos para ostentar la titularidad, sino a determinados comportamientos exteriores sobre un bien que permiten que una persona sea considerada como titular sin otra base que la apariencia. Los terceros pueden confiar en la apariencia<sup>180</sup>.

La presunción de que el poseedor es propietario se deriva de la posesión, mientras no se pruebe lo contrario de acuerdo al artículo 912 C.C.<sup>181</sup>. Los terceros que de buena fe han confiado en la apariencia, son protegidos por el derecho, por ejemplo, protege la adquisición de buena fe de objetos no identificables representados en documentos, haciendo prevalecer la adquisición de quien recibió el bien sobre el tenedor del documento (Art. 903C.C.). Se establece la protección legal para aquellos que adquieren de buena fe y como propietarios la posesión de un bien mueble de alguien que en realidad no era el dueño legítimo (Art. 948 C.C.). Se garantiza la protección del acreedor que recibe el bien de buena fe, incluso si su título es posterior en fecha. Asimismo, se establece la imposibilidad de reclamar la propiedad de los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público<sup>182</sup>.

f) **La posesión cumple función social.** En el sistema capitalista el goce directo de los bienes encuentra su adecuado encaje en la posesión; se tutela a la posesión como situación de disfrute de los bienes frente a la propiedad como titularidad dirigida a producir la renta, la venta o la herencia. En el sistema socialista, la posesión es el medio de satisfacción de las insuperables exigencias de la persona. En la sociedad capitalista, la posesión constituye un freno frente a la libertad monopolista de la

---

<sup>179</sup> Ibidem, P.351

<sup>180</sup> Ibidem, P.351

<sup>181</sup> Código Civil, Art. 912. “*El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito*”.

<sup>182</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. P. 351.

propiedad, abriendo paso al proceso socializador; y en la sociedad socialista como un correctivo de la propiedad estatizada y reducto de la libertad personal<sup>183</sup>.

### **3. EL DERECHO DE PROPIEDAD.**

La propiedad es estudiada desde diversas ópticas: la historia, la filosofía, la economía, la sociología etc. El trabajo que nos ocupa es de orden jurídico. Sin embargo, ello no es pretexto para dejar de hacer un breve esbozo de la evolución histórica de la propiedad.

#### **3.1. La propiedad en cada época histórica.**

La propiedad es considerada como una forma histórica de regulación social, la cual adquiere diversos significados concretos y no tiene otro sentido más que aquel que los individuos de una determinada época desean atribuirle. El concepto actual de propiedad no se aplica a todas las formas históricas de relaciones sociales que han sido denominadas como propiedad. La propiedad no es un concepto universal, sino más bien un concepto que ha evolucionado a lo largo del tiempo. Es lo que los individuos desean que sea en cada período histórico. En este proceso evolutivo, se pueden identificar tres modos de propiedad: la propiedad colectiva, la propiedad familiar y la propiedad individual.

##### **3.1.1. La propiedad privada en el derecho romano.**

Para PLANIOL, citado por DE TRAZENIES GRANDA (1978), sostiene que:

*“la propiedad solo ha existido en los comienzos de Roma, al fin del imperio Romano y después de la Revolución Francesa. La palabra propiedad y alguna de sus características esenciales nos vienen del derecho romano. Pero ello se debe a que el jurista liberal buscó en el derecho del pasado los materiales con los cuales construir la noción de propiedad que necesitaba para su época y es así como hizo uso de elementos romanos, debido a que contenían algunos*

---

<sup>183</sup> Ibidem. P. 352.

*aspectos de una propiedad pura y simple como la requerida por la sociedad liberal del S. XIX”*<sup>184</sup>.

En las fuentes Romanas se encuentra la definición de propiedad. El derecho de propiedad es el resultado de una larga evolución histórica.

**El comunismo primitivo.** El primer estadio de esta evolución, en los orígenes es probable, que se diera en Roma un cierto comunismo primitivo<sup>185</sup>.

**Propiedad del paterfamilias.** Señala LOZANO CORBI (1994) que: “*posteriormente se afirma una cierta propiedad individual con características peculiares, ya que reviste una forma básicamente familiar: Se extiende sobre las cosas y sobre las personas. Paterfamilias sobre la mujer y los hijos era igual al poder sobre los esclavos y el ganado. El poder domestico soberano del paterfamilias se denominó mancipium o mancipatio, al que estaban sometidos personas animales y cosas*”<sup>186</sup>.

Para ESCOBAR (2002) el término "mancipium" se deriva de las palabras latinas "manu" (mano) y "capere" (tomar), lo cual señala la noción de la aprehensión física y la aplicación efectiva de la fuerza, relacionada con los antiguos métodos para establecer y proteger el poder del "pater familias"<sup>187</sup>.

**Propiedad Quiritaria.** Refiere DE TRAZENIES (1978) que “Al fin de la República, a partir del Siglo I a.C (inicio de la época clásica romana), la propiedad asume un carácter más absoluto y recibe el nombre de *dominium ex iure quiritium* que podría ser el remoto antecedente de nuestra moderna propiedad. Pero la diferencia con la moderna propiedad

---

<sup>184</sup> Ibidem. P. 76

<sup>185</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. Cit. P. 227

<sup>186</sup> LOZANO CORBI, Enrique. Origen de la propiedad Romana y sus limitaciones, 1994, consultado el 23 de noviembre del 2022 en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229689.pdf>

<sup>187</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. Teoría General del Derecho Civil. 5 ensayos. Editorial ARA, Lima 2002, P. 227

es notable. La propiedad quiritaria se encontraba muy limitada en múltiples aspectos: En primer lugar, solamente era aplicable a los ciudadanos romanos y solamente en el interior de la península itálica. En segundo lugar, el *dominium* no alcanza a todas las tierras o a todos los bienes”<sup>188</sup>.

Citando a RAMIREZ CRUZ (2017) La propiedad quiritaria solo podía adquirirse o transferirse mediante formalidades establecidas por el derecho civil. Estas formalidades incluían: a) que el propietario fuera un ciudadano romano; b) que se llevara a cabo a través de un procedimiento especial, ya sea mediante la *mancipatio* o el rito *in iure cesio*, en lugar de simplemente por medio de la tradición (de lo contrario, se consideraba propiedad *in bonis*); c) que se tratara de una *res mancipi*, es decir, bienes específicos como terrenos, ganado, entre otros. Esta forma de propiedad estaba protegida por una acción legal denominada *rei vindicatio* o acción reivindicatoria<sup>189</sup>.

Al lado de la propiedad quiritaria, se admitió una propiedad de segundo orden, por así decirlo, denominada *in bonis esse*, o propiedad *bonitaria* (llamada pretoria) como resultado de aquellas transacciones que le faltaba alguna formalidad de la *mancipatio*, descrita líneas arriba<sup>190</sup>.

Nos indica BONFANTE (citado en GRANADOS y ROJAS, 2014) que:

*“Fue hasta la época posclásica o imperial comprendida desde el siglo III d.C. y hasta la ascensión de Justiniano al Imperio, cuando se empezó a usar el vocablo Proprietas, derivado de propius (propio) para caracterizar la propiedad individual y diferenciarla de la nuda (desnuda) propiedad del usufructus. El dominium o propiedad privada romana, que adquiere el carácter individual una*

---

<sup>188</sup> DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit. P83

<sup>189</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. "Tratado de Derechos Reales. Teoría General de los Derechos Reales, Derecho de Propiedad-Copropiedad". Cuarta Edición. Vol. II. Lima: Gaceta Jurídica, 2017. P. 24

<sup>190</sup> Ibidem P. 25

*vez disuelta la unidad familiar propia del periodo precedente, contaba con tres características básicas. Absoluta, perpetua y exclusiva*"<sup>191</sup>.

“Justiniano abolió la propiedad quiritaria consagrando la pretoria (o *bonitaria*) que de hecho venía siendo la única forma de propiedad, unifico el sistema a base de esta última, llegando al concepto de propiedad única, propiedad individual y sin diferencia en cuanto a las personas y cosas. A partir de allí el Derecho Romano presento un régimen único de propiedad individual" (BONFANTE, 1979)<sup>192</sup>.

### **3.1.2. La propiedad medieval**

En esta época “el dominio no solamente confiere poderes privados de uso y disposición del bien, sino también ciertos poderes públicos. Así, el señor feudal es propietario de la tierra, lo que le confiere el poder de organizar políticamente el territorio que le pertenece. En consecuencia, el derecho de propiedad se encuentra en la edad Media ligado íntimamente con facultades políticas, administrativas y jurídicas”<sup>193</sup>.

Según El feudalismo era un sistema de vinculaciones, cargas y gravámenes, muy complejo. En esta época la propiedad en manos de los señores (y también de la Iglesia) se confunde con la soberanía<sup>194</sup>.

La concesión de tierras origina su desdoblamiento, produce una quiebra de la unidad del derecho romano, del dominio único. Aparece el dominio dividido: Propiedad feudal y propiedad alodial. A su vez la primera se subdivide en dominio directo y dominio útil.<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> BONFANTE, Pedro. Instituciones de derecho Romano. Madrid, Instituto Editorial Reus, quinta Edición, 1979, PP. 252-253.

<sup>192</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. "Tratado de Derechos Reales. Teoría General de los Derechos Reales, Derecho de Propiedad-Copropiedad". Cuarta Edición. Vol. II. Lima: Gaceta Juridica, 2017. P. 25

<sup>193</sup> DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit. P. 83

<sup>194</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Ob.Cit. P. 30

<sup>195</sup> Ibidem. P 31

“El señor feudal es propietario aparentemente omnímodo, entrega su propiedad parcelada a terceras personas para que sean ellas quienes la usen, a cambio de una renta y esta entrega tiene carácter perpetuo, de manera que el vasallo solo puede ser desposeído en circunstancias muy especiales. En realidad, el vasallo resulta ser el verdadero detentador de la tierra, el que ejerce mayores derechos sobre ella. Por eso, en la medida que se abandona la antigua noción cuasi comunal del feudo y se acentúa el individualismo a través de la afirmación de derechos subjetivos individuales, esta propiedad feudal se parte en dos: el dominio directo y el dominio útil, resultando dos propietarios resultando dos propietarios sobre el mismo bien. La historia nos demuestra que el titular del dominio útil tenía un derecho tan fuerte sobre la cosa que a la larga se convertirá precisamente en el propietario moderno, mientras que el señor feudal perderá su dominio directo”<sup>196</sup>.

### 3.1.3. **La propiedad liberal clásica.**

“Los vasallos habían adquirido todas las ventajas de jurídicas de propiedad, la Revolución Francesa actuó en este terreno como una reforma agraria consagrando como propietarios a los vasallos. Dentro de la sociedad feudal el propósito de la propiedad parece haber sido fundamentalmente el organizar política y económicamente un determinado territorio. En cambio, la propiedad moderna responde a características absolutamente diferentes, colocándose exclusivamente en la organización económica de la producción y en la facilitación de un sistema de intercambio privado”<sup>197</sup>.

“El derecho liberal constituye un aparato normativo, con suficiente respaldo coercitivo como para imponer sus normas, que tiene la misión de proteger ciertos intereses individuales y facilitar el intercambio. En términos generales puede decirse que cada individuo quiere que el derecho le proteja su vida, su libertad de acción, su derecho a usar ciertas cosas, su seguridad que cuando celebra una

---

<sup>196</sup> DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit. P. 84

<sup>197</sup> Ibidem. P, 84

transacción la promesa que se le ha hecho por un tercero será efectivamente cumplida”<sup>198</sup>.

En la sociedad liberal dentro de la cual se desarrolla la propiedad clásica, el derecho debe responder a los intereses de cada individuo en particular. La propiedad es un interés, “cosificado”, cristalizado, intercambiable, que tiene naturaleza de mercancía, que puede pasar de mano en mano, de titular en titular del derecho<sup>199</sup>.

OCHOA CARVAL citado por GRANADOS y ROJAS (2014) indica que: “*como contraposición al derecho de propiedad de tipo feudal, el nuevo régimen estaría exento de toda limitación, permitiendo una fácil circulación, como si se tratase de cualquier otra mercancía: se propendió entonces la libre circulación de la propiedad, tal como el derecho romano tardío lo había contemplado*”<sup>200</sup>.

“Tanta importancia revestía la propiedad para la burguesía capitalista, dominante en ese momento, que la concibe como un derecho sagrado y natural del hombre, y por ende absoluto, e inviolable, estrechamente ligado a la libertad y dignidad de la persona. En esta forma, el derecho de propiedad pasa a ser considerado como una proyección de la personalidad del individuo y a ser valorado y protegido en el plano jurídico” (OCHOA citado por GRANADOS y ROJAS, 2014)<sup>201</sup>.

### 3.2. Influencia del código civil francés

Refieren GRANADOS y ROJAS (2014) que: “*el movimiento de codificación jurídica que dio origen al Código Civil Frances de 1804 y*

---

<sup>198</sup> Ibidem. P.86

<sup>199</sup> Ibidem. P. 84

<sup>200</sup> OCHOA CARVAL, Raúl. Propiedad y dignidad. El derecho de propiedad. Ni derecho natural ni derecho fundamental. Bogotá Editorial Temis, 2009, P13, citado por GRANADOS ALFARO, Milena Gabriela; ROJAS CASTRO, Claudio Cesar. Tesis: El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura, Universidad de Costa Rica 2013. P. 14

<sup>201</sup> Ibidem. P. 14

*al de muchos otros países, primero europeos y luego del resto del mundo, tiene al Corpus Iuris Civiles romano como uno de los antecedentes más importantes”<sup>202</sup>.*

“El Código de 1804 permitió consolidar el proyecto unificador burgués. Tiene como bases ideológicas el laicismo (fue el primero en formular la separación entre la Iglesia y el derecho) el individualismo, la igualdad y la libertad, en una clara reafirmación de la Declaración de 1789. En lo referente a la propiedad privada, el código fue una verdadera victoria para la naciente burguesía capitalista; no en vano se le llamo el Código de los propietarios. La gran mayoría de su articulado se creó para asegurar la el instituto de la propiedad” (OCHOA citado por GRANADOS y ROJAS, 2014)<sup>203</sup>.

Bajo la influencia de los filósofos contractualistas, como John Locke, quienes defendían el concepto de derecho natural y se inspiraban en el robusto derecho de propiedad romano, los responsables del Código Civil, al igual que los redactores de la Declaración de 1879, decidieron establecer un derecho de propiedad que, además de ser considerado sagrado, fuera absoluto, individual, perpetuo y de libre disposición. El Código civil francés inaugura un Derecho Civil de corte extremadamente liberal tal como lo muestra la definición en sus artículos 544 y 545:

*“Artículo 544: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.*

*Artículo 545: Ninguno puede ser forzado a ceder su propiedad si no es que sea por causa de utilidad pública, y precediendo una justa indemnización”<sup>204</sup>.*

GONZALES BARRON (2011) explica que:

---

<sup>202</sup> Ibidem. P 42

<sup>203</sup> Ibidem. P. 43.

<sup>204</sup> Ibidem. P. 43.

*“La visión de la propiedad del Código de Napoleón de 1804 se inspira en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 17 estableció que la propiedad es inviolable y sagrada, por lo que solo cabe su privación mediante causa de necesidad pública constatada en la ley y bajo la condición de una indemnización justa y previa. Indica GUNTHER, este concepto de dominio sacrosanto tiene un claro origen burgués. La naciente clase capitalista busca proteger sus intereses y construir una sociedad basada en a la propiedad privada” (GONZALES citado por CABRERA MONTALVO)<sup>205</sup>.*

El Código Civil peruano de 1852 adoptó una postura extremadamente liberal en relación a la definición de la propiedad, llegando incluso a omitir la posibilidad de establecer limitaciones mediante leyes o reglamentos, a diferencia de lo que ya reconocía el Código Francés de 1804. El Artículo 460 del Código de 1852 establecía que la propiedad confería el derecho de disfrutar y disponer de las cosas, sin restricciones adicionales. Esta disposición fue criticada por un jurista liberal de la época, Toribio Pacheco, quien consideraba que era claramente excesiva, incluso para el siglo XIX.<sup>206</sup>

Por otra parte, nuestro código civil prescribe en su Art. 923 que: *“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”*. Como se puede verificar que se nota claramente la influencia política, que fueron dictados por el liberalismo clásico, en el legislador peruano al elaborar el Código Civil Peruano.

### **3.3. El concepto de propiedad**

El concepto de propiedad no es unívoco. Históricamente el concepto de propiedad ha ido cambiando. Como se ha podido ver que nuestro código esta influenciado por el Código de Napoleón. En este sentido DE TRAZEGNIES denomina propiedad:

---

<sup>205</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Propiedad y Derechos Humanos , superación del Modelo Liberal y Codificado de propiedad. Jurista Editores, Primera edición, 2011, P. 87

<sup>206</sup> Ibidem. P. 89

*“A ese esquema de relaciones entre individuos con relación a un objeto, que fue definido y desarrollado jurídicamente por el Code Napoleón y los juristas clásicos. Esta definición es aparentemente arbitraria pues privilegia con el nombre de propiedad a una de las formas históricas que revisten las relaciones sociales en torno a los objetos. Sin embargo, la propiedad liberal clásica a la que aludimos representa un hito muy importante en la historia de estas relaciones y constituye la base de gran parte de los Códigos Civiles actuales. De otro lado, es indudable que la propiedad privada adquiere su forma acabada solo cuando se pasa a una sociedad de mercado, basada en el intercambio de propiedades individuales”<sup>207</sup>.*

En este mismo sentido CASTRO - POZO DIAZ (2007) señala que:

*“el concepto de propiedad es evolutivo y marcha de acuerdo al progreso de las ideas jurídicas y sociales. La propiedad es un derecho relativo y limitado con las imposiciones que genera el interés público o general, por lo que, se conceptualiza el derecho de propiedad como una relación de poder que no se basa en la fuerza sino en una relación económica que se funda en la utilidad social”<sup>208</sup>.*

El mismo autor, citando a PAUL JORS Y CUADROS VILLENA señalan que la propiedad:

*“En la antigüedad la propiedad se concebía como un dominio jurídico total, ilimitado y absoluto sobre las cosas. En Roma la propiedad era el derecho más completo sobre las cosas, pues otorgaba facultades sobre los valores de uso y de cambio. El propietario tenía el derecho de usar (ius utendi), el de disfrutar (ius fruendi) y el de disponer (ius abutendi). Las potestades de usar*

---

<sup>207</sup> DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. Ob. Cit. P. 80

<sup>208</sup> CASTRO - POZO DIAZ, Hidelbrando. Derecho Urbanístico. Editorial Grijley E.I.R.L. Primera edición. Lima 2007, P. 607.

*y disponer de las cosas son el resultado del absolutismo de la propiedad, que se ejercita como un derecho superior a todos los demás. Durante el feudalismo los bosques, los pantanos y la mayoría de las tierras, incluidas, las tierras vacantes o incultas, eran de propiedad el señor feudal. En la revolución francesa, en reacción contra el absolutismo, elevo la propiedad entre los derechos llamados naturales e imprescriptibles del hombre; libertad, igualdad, propiedad y seguridad individual*<sup>209</sup>.

En la actualidad, la propiedad se puede ver como un complejo de posiciones normativas. *“El derecho de propiedad sobre una cierta cosa es un título que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas (...), no sujetas a límite temporal, en relación a esa cosa y frente a todos los demás”* (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2006)<sup>210</sup>.

El concepto de propiedad se compone de diversas situaciones interrelacionadas que se entrelazan entre sí:

*“a) Una serie de libertades, tales como usar la cosa, percibir los frutos, edificar sobre el terreno, entre otras, cuyo correlativo es el no – derecho de los demás sobre dichas conductas.*

*b) Una serie de poderes normativos sobre la cosa que permiten producir cambios en el status normativo de la cosa, tales como donar, vender, constituir una garantía sobre ella.*

*c) El derecho a no ser interferido en el uso y disfrute de la cosa, así como en la actuación de las libertades y poderes normativos. Correlativo a este derecho es el deber de todos los demás a no injerir sobre la cosa.*

*d) Una inmunidad referida al status normativo de la cosa, que no puede ser alterado por los demás, en virtud del cual, por ejemplo, el propietario no puede ser privado de esa condición, salvo determinadas circunstancias y de un procedimiento legal. Correlativo a esta inmunidad se encuentra la incompetencia de los*

---

<sup>209</sup> Ibidem, PP. 607-609

<sup>210</sup> ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. “Ilícitos Atípicos” Editorial Trotta, Madrid, 2006. P.48

*demás para alterar este status normativo” (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2006)<sup>211</sup>.*

En el Art. 923 de nuestro código civil se estipula que: “*La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien*”. Se trata de identificar el derecho como la suma de facultades, poderes y mecanismos de tutela que dicha titularidad confiere. Por tanto, estamos en presencia de un complejo de posiciones normativas que son integrados a través de la definición legal. Sin embargo, se omite una nota básica del dominio, cual es la perpetuidad (rectius: ausencia de plazo de vigencia, por tanto, indefinido), aunque esta puede deducirse del carácter imprescriptible de la reivindicatoria, según el Art. 927 del C.C.<sup>212</sup>.

“La propiedad, de acuerdo con el derecho civil, es un derecho que se otorga de manera directa, exclusiva, absoluta e inherente a los bienes. Su propósito es permitir el disfrute y la utilización de dichos bienes, siempre y cuando se respeten los límites establecidos por el bienestar general y el interés de la sociedad” (GONZALES, 2011)<sup>213</sup>.

Para ALVAREZ CAPEROCHIPE (2017) haciendo un estudio al Código Civil español define a la propiedad como: “*el señorío más pleno sobre una cosa. Comprende todas las facultades Jurídicas posibles sobre una cosa*”<sup>214</sup>.

Este autor explica que con esta definición se busca ir más allá de la concepción de la propiedad como una mera acumulación de derechos. Además, mediante una definición amplia de la propiedad, se resalta la naturaleza regulada del derecho de propiedad, cuyo alcance no es

---

<sup>211</sup> Ibidem. PP. 48-49.

<sup>212</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Propiedad y Derechos Humanos , superación del Modelo Liberal y Codificado de propiedad. Ob. Cit. P. 89

<sup>213</sup> Ibidem. P130

<sup>214</sup> ALVAREZ CAPEROCHIPE, José Antonio. Derechos Reales. Instituto Pacífico S.A.C, Primera Edición, Lima, 2017, P. 36.

absoluto, sino que se encuentra restringido por su función social y está definido y delimitado por la legislación correspondiente<sup>215</sup>.

### 3.4. El derecho de propiedad clásico.

GRANADOS ALFARO y ROJAS CASTRO (2014) señalan que:

*“para la tradición clásica, el dominio debe entenderse como el derecho más absoluto porque otorga al propietario todos los poderes posibles sobre la cosa. Ese conjunto de poderes conforma la trilogía: ius utendi (derecho de servirse de la cosa), ius fruendi (derecho a percibir los frutos), ius abutendi (derecho a disponer de la cosa), referido a los tres atributos de la propiedad: usus, fructus y abusus”*<sup>216</sup>.

El término "derecho de propiedad clásico" se refiere al conjunto de derechos derivados de la doctrina del Código Civil Francés y de la filosofía liberal expresada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>217</sup>.

*“Es considerado el derecho subjetivo por excelencia, caracterizado por ser absoluto, individual y perpetuo. Otorga a su titular los más amplios atributos dominicales, facultándolo para ejercerlos a discreción, ya que las únicas limitaciones admitidas son aquellas establecidas previamente por ley, y en favor del interés público. Se trataba de una plena in re potestas, extraída del derecho romano e implementada por ser la mejor forma (para la burguesía) de contrarrestar el derecho de propiedad feudal, predominante durante el antiguo régimen”* (GRANADOS y ROJAS, 2014)<sup>218</sup>.

### 3.5. Atributos del derecho de propiedad.

---

<sup>215</sup> Ibidem. P. 37

<sup>216</sup> GRANADOS ALFARO, Milena Gabriela & ROJAS CASTRO, Claudio Cesar. Ob. Cit. P. 164

<sup>217</sup> Ibidem. P. 160

<sup>218</sup> Ibidem. P. 160

Para AVENDAÑO VALDEZ (citado por LOZANO y CORDOVA) la propiedad es: “en primer lugar, un poder jurídico. El poder adopta muchas formas. Así, existe el poder de la fuerza, poder político, el poder económico. En este caso es un poder que nace del derecho. Recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales(cosas) o incorporales (derechos)”<sup>219</sup>.

Según la perspectiva clásica, la propiedad es el derecho más completo que concede al propietario todos los poderes imaginables sobre el objeto en cuestión. Estos poderes se agrupan en la tríada de derechos: el derecho de usar (ius utendi), el derecho de disfrutar (ius fruendi) y el derecho de disponer libremente (ius abutendi).

En el Código Civil Artículo 923, confiere al titular del derecho de propiedad: usar, disfrutar, disponer y reivindicar.

- a) **El Uso.** Utilizar implica utilizar el bien de acuerdo con su propósito social y económico. El derecho al uso es una consecuencia lógica del poder que tiene el propietario sobre el valor de uso de los bienes. El uso ejercido por el propietario debe ser racional, es decir, debe cumplir con las exigencias impuestas por la naturaleza del bien, su propósito y su valor. El uso que se espera del propietario debe estar en consonancia con el interés social<sup>220</sup>.
- b) **El Disfrute.** Disfrutar implica obtener los beneficios económicos de un bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se generan a partir de otros bienes, sin que esto reduzca la esencia del bien original. Los frutos pueden incluir rentas y utilidades<sup>221</sup>. El derecho de disfrutar es la facultad de obtener los rendimientos del bien.

---

<sup>219</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "La propiedad en el Código Civil".» En *Estudios sobre la Propiedad*, 2012. Ob. Cit. P.113

<sup>220</sup> CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Tomo III, 1995. P. 332

<sup>221</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "La propiedad en el Código Civil".» En *Estudios sobre la Propiedad*, 2012. Ob. Cit. P. 113

- c) **La disposición.** La facultad del propietario para disponer de sus bienes consiste en ejercer el valor de intercambio que puedan tener, y solo el propietario tiene derecho sobre esta facultad. Durante mucho tiempo se creyó que el *ius abutendi* implicaba el abuso del bien y su destrucción. Esto fue resultado del absolutismo de la propiedad, que otorgaba al propietario poderes ilimitados para hacer lo que quisiera con su bien. Sin embargo, el concepto moderno del *ius abutendi* se entiende únicamente como la facultad de disposición, que puede manifestarse en dos formas: la primera es la disposición física, que incluye el consumo del bien, ya sea su consumo material (si es consumible después de un solo uso) o su consumo civil (que solo afecta el uso del bien). La segunda forma es la disposición jurídica, mediante actos legales, como la venta, la hipoteca, entre otros<sup>222</sup>.
- d) **La reivindicación.** Recuperar el bien es el significado de la reivindicación, que representa la defensa del contenido del derecho de propiedad. Es una consecuencia inherente a la titularidad, ya que el propietario no podría utilizar ni obtener los beneficios que el bien ofrece si no posee físicamente dicho bien. Las facultades fundamentales del derecho de propiedad son la disposición y la reivindicación. En la disposición se encuentra la realización del valor de intercambio al que tiene derecho el propietario, mientras que en la reivindicación se encuentra la recuperación del valor de uso. Sin la reivindicación, el derecho de propiedad sería ilusorio y no se podría ejercer ninguna de sus facultades que conforman su contenido jurídico. La reivindicación tiene como objetivo principal la recuperación de la posesión, para permitir el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad<sup>223</sup>.

Para AVENDAÑO VALDEZ (citado por LOZANO y CÓRDOVA): “*la reivindicación no es propiamente un atributo*”

---

<sup>222</sup> CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Ob. Cit. P.334.

<sup>223</sup> Ibidem. P.P. 336-337.

*sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es un atributo del cual goza el titular de todo derecho real*<sup>224</sup>.

### 3.6. Las características de la propiedad.

Las características tradicionales de la propiedad son: Es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo.

- a) **Carácter real.** La propiedad es el derecho real fundamental que establece una conexión directa entre el titular y el bien. El propietario ejerce plenamente sus derechos sin depender de la intervención de terceros. Su validez se extiende a todos los demás, es decir, es oponible a todas las personas (erga omnes)<sup>225</sup>.
- b) **Carácter absoluto.** El carácter absoluto de la propiedad ha sido interpretado de dos maneras: 1) Como la garantía de una libertad total para ejercer todos los derechos asociados a la propiedad. 2) Como la suma de facultades más amplia que se tiene sobre el objeto de propiedad.

El primer concepto, el que otorga facultades irrestrictas, es el más extendido, viene desde el derecho romano, que otorgo a su titular el *ius utendi*, el *ius fruendi*, el *ius abutendi*, es decir las facultades de usar, disfrutar y disponer el bien objeto del derecho.

El derecho romano, aunque proclamaba el carácter soberano del derecho de propiedad admitía que conviene a la Republica que nadie use mal de sus bienes. Es en los primeros decenios del siglo pasado cuando se desarrolla la teoría del uso de la propiedad en armonía con el interés social y después que se recoge este principio universal y que la ley no ampara el abuso

---

<sup>224</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "La propiedad en el Código Civil. Ob. Cit. P. 113.

<sup>225</sup> Ibidem. P. 111.

del derecho, la propiedad no es más un derecho absoluto, es un derecho limitado<sup>226</sup>.

Para JORGE AVENDAÑO<sup>227</sup> el carácter absoluto confiere a su titular todas las facultades posibles sobre el bien. La propiedad es el único derecho real que otorga todas estas facultades de manera conjunta, lo que justifica su consideración como un derecho absoluto en comparación con otros derechos.

- c) **Carácter exclusivo.** La exclusividad del derecho de propiedad implica que la totalidad de un bien no puede ser reclamada por más de una persona bajo el mismo título. El titular del derecho de propiedad tiene el poder de excluir a cualquier otra persona que pretenda hacer uso del mismo bien. Es un carácter distintivo y excluyente que garantiza que solo el titular tiene el derecho de usar, disfrutar y disponer del bien, sin que ninguna otra persona pueda hacerlo<sup>228</sup>.

La propiedad es el derecho real primordial que establece una relación directa entre el propietario y el bien. El propietario ejerce sus derechos de manera completa sin necesitar la participación de terceros. Su vigencia se aplica a todas las demás personas, es decir, es efectiva y aplicable frente a todos (*erga omnes*).

Para POTHIER (1982) la esencia de este derecho es que una cosa nos pertenece con exclusión de todos los demás, lo cual implica que dos personas no pueden tener cada una el dominio completo y total de la misma cosa<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Ob. Cit. P.P.308-309.

<sup>227</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "La propiedad en el Código Civil. Ob. Cit. P. 111

<sup>228</sup> CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Ob. Cit. P.318

<sup>229</sup> POTHIER. Tratado de derecho de dominio. De la propiedad, TVII, Traducido por D. Manuel Deo, Barcelona: Librería de J: Llordachs, 1982, P.P.16-17

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, la exclusividad actúa como un incentivo para la inversión en los bienes y favorece su uso eficiente. La exclusividad implica que los bienes posean un mayor valor y facilita su transferencia y gravamen. En resumen, la exclusividad es el elemento fundamental que permite la existencia misma del derecho de propiedad.

**d) Carácter perpetuo.** Dentro de la doctrina, encontramos dos fundamentos teóricos. En primer lugar, la propiedad se considera un derecho perpetuo, ya que no se extingue por la falta de uso. Esto implica que la prescripción extintiva no afecta a la propiedad y que la acción de reivindicación no está sujeta a prescripción. En segundo lugar, se sostiene que la propiedad perdura tanto tiempo como exista la cosa en sí. Solo se extingue cuando la cosa desaparece o perece por completo.

Para el análisis económico del derecho, según TORRES LOPEZ (1987)<sup>230</sup> tres características esenciales deben tener el derecho de propiedad en las sociedades modernas: La universalidad, la exclusividad y la transferibilidad.

**La universalidad.** Supone que todos los objetos tienen un propietario, salvo aquellos bienes cuyo consumo no excluya a los demás, como, por ejemplo, las rocas que encontramos en la orilla de una playa, pues quien las toma no genera externalidad. De aquí se deduce que, existirá propiedad donde exista un bien escaso.

**La Exclusividad.** Es la verdadera esencia del derecho de propiedad, pues esta la única manera de lograr la función de internalizar las externalidades, y se manifiesta en la posibilidad de excluir a todos los demás en el goce del bien.

---

<sup>230</sup> TORRES LOPEZ, Juan. Análisis económico del derecho. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987, P.49

Entendiendo a la exclusividad como el fundamento de la propiedad, se puede redondear completamente las ideas expresadas en otras partes de este trabajo, que sobrevaloran los criterios de oponibilidad de las relaciones jurídicas a través de los mecanismos de publicidad: El registro y la posesión.

**La transferibilidad.** Permite los intercambios voluntarios de los bienes para lograr sus usos económicamente más valiosos

### **3.7. Contenido del derecho de propiedad.**

La propiedad en el transcurso histórico ha variado por los cambios sociales, ahora no se tiene la misma noción de propiedad que se tenía en el Estado liberal, que desde luego aparece en los Códigos civiles.

El Tribunal Constitucional (caso: Jorge Santisteban de Noriega, Sentencia de inconstitucionalidad. 2006), en su fundamento 43 expone el contenido de la propiedad desde la concepción clásica:

*“De acuerdo con el ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada "oponibilidad". Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es*

*perpetuo, pues no se extingue por el no uso*” (Tribunal Constitucional citado en GONZALES BARRO, 2011)<sup>231</sup>.

La concepción de la propiedad ha experimentado cambios hacia una visión más social, lo cual ha llevado a modificar su contenido, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional en otra sentencia (Caso: Roberto Nesta Brero, Sentencia de Inconstitucionalidad 2003), en su fundamento 26 deja en claro lo siguiente

*“El derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darles destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2º, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70º, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad”* (fundamento 26, Tribunal Constitucional)<sup>232</sup>.

GUNTHER GONZALES (2011) expone que el contenido del derecho de propiedad esta dado por las siguientes prerrogativas:

*“a.- Aprovechamiento. Todos los derechos subjetivos o las situaciones jurídicas de ventaja sirven para algo, cumplen un fin, están destinados para cierto cometido que el sistema legal considera valioso. En tal sentido, el interés protegido de la propiedad es el*

---

<sup>231</sup> Tribunal constitucional. Caso : Jorge Santisteban de Noriega Sentencia de inconstitucionalidad. Expediente N°005- 2006- AI-TC. Fundamento 43. [http://www.justiciaviva.org.pe/acceso\\_justicia/sentencia\\_tc/EXP13.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/sentencia_tc/EXP13.pdf)

<sup>232</sup> Tribunal Constitucional. Caso: Roberto Nesta Brero Sentencia de Acción de inconstitucionalidad 2003, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 26. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

*aprovechamiento del bien. Pero este aprovechamiento no es omnímmodo, pues la propiedad se justifica en la función social.*

*El interés del propietario se centra en realizar actividades de utilidad individual (aprovechamiento y explotación material) que le permite una rentabilidad económica y rendimiento social. En buena cuenta equivales a los clásicos atributos del dominio: Uso y disfrute del bien.*

***b.- Disposición.*** *La propiedad es un título jurídico que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas, no sujetas a límite temporal, respecto de un bien. Ese complejo normativo comprende las libertades del uso y disfrute, así como los poderes normativos que posibilitan el cambio de status normativo del bien; lo que incluye donar, vender, arrendar entre otros. Se trata de actos de modificar la situación jurídica de la cosa; ya sea transfiriéndola, constituyendo derechos reales limitados sobre ella o estableciendo derechos personales de uso y goce.*

***c.- Aseguramiento.*** *La propiedad es un título jurídico que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas, no sujetas a límite temporal y la no interferencia de todos los demás.*

*El aseguramiento del derecho no solo puede aplicarse a los casos de intervenciones estatales a través de restricciones ilegítimas o expropiaciones de hecho sino, también constituye un escudo (inmunidad) frente a las intromisiones de terceros o producidas por causas extrañas”<sup>233</sup>.*

Por otro lado, la doctrina del Tribunal Constitucional en el (Caso: Lorenzo Cruz Camillo. Sentencia de Accion de amparo 2004) precisa que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad se compone de dos elementos: su función como instituto sujeto a la intervención del Estado en determinadas circunstancias, y su condición como un derecho individual de libre autodeterminación. En relación al

---

<sup>233</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Propiedad y Derechos Humanos , superación del Modelo Liberal y Codificado de propiedad. Ob. Cit. P. 191.

primer elemento, se busca asegurar que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad más allá de lo permitido constitucionalmente. En cuanto al segundo elemento, se refiere a los mínimos supuestos de uso, disfrute y disposición del propietario. Es evidente que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad se basa en la garantía de no ser privado de manera arbitraria y en la restricción arbitraria de los poderes de uso, disfrute y disposición<sup>234</sup>.

### 3.8. La función social de la propiedad

En oposición al concepto absoluto de la propiedad en los códigos civiles del siglo XIX, los críticos plantean una nueva visión de la propiedad en los países y sistemas de base capitalista, en la cual se considera como una función social. Esta función social del dominio se destaca más que cualquier otro derecho subjetivo (LACRUZ BERDEJO, 2008)<sup>235</sup>.

Es preciso reconocer a León DUGUIT la tesis actual del uso de la propiedad en armonía con el interés social, formula su tesis mucho antes a la constitución de Weimar. La propiedad deja de ser un derecho individual y se convierte en una función social. Se baso en las enseñanzas de COMTE y DURCHKEIN, postula el “concepto solidarista de libertad”, en el que no concibe la libertad como un derecho sino como un deber: La libertad función social (CUADROS VILLENA, 1995)<sup>236</sup>.

Al respecto, sostiene el jurista nacional GUNTHER GONZALES BARRON (2011) que:

*“Sobre esta base de la solidaridad, la propiedad no se protege por causas meramente individualistas o egoístas, ni por efecto de la voluntad del dueño. Hoy la propiedad se reconoce en el hombre con el fin que cumpla una misión social acorde con su dignidad en*

---

<sup>234</sup> Tribunal Constitucional. Caso: Lorenzo Cruz Camillo. Sentencia de Acción de Amparo, Expediente N° 3773-2004-AA/TC, Fundamento tercero

<sup>235</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos del Derecho Civil III. Ob. Cit. P. 251.

<sup>236</sup> CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Derechos Reales III. Primera Edición, Lima, 1995, P. 93.

*el mundo. La propiedad solo tiene sentido en tanto función que permite satisfacer las necesidades del ser humano dentro de un ambiente de solidaridad, paz, tranquilidad, seguridad y bien estar material. Por tal motivo en la actualidad estamos, no ante un “derecho- voluntad”, sino ante un “derecho función”. Por ello tenemos que la propiedad ha dejado de ser absoluta o ilimitada; o un simple derecho de libertad sobre las cosas, o en donde las limitaciones al dominio con excepciones. Por el contrario, la propiedad para convertirse en una prerrogativa reconocida por el sistema legal, pero condicionada al cumplimiento de deberes sociales, a la función de promover la riqueza general a resguardar los intereses generales”* <sup>237</sup>.

La Constitución no solo reconoce la propiedad como un derecho individual subjetivo, sino que también la considera una garantía institucional que reconoce su función social.

Así, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la (Caso : Roberto Nesta Brero, Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad 2003):

*“Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.*

*La exigencia de la función social surge de la aplicación de del principio de justicia; es decir dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido*

---

<sup>237</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Propiedad y Derechos Humanos , superación del Modelo Liberal y Codificado de propiedad. Ob. Cit. P. 130

*individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto esta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común*

*El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece” (fundamento 26, Tribunal Constitucional, citado por GONZALES BARRON, 2011)<sup>238</sup>.*

Para explicar la función social de la propiedad, GUNTHER GONZALES BARRON (2011) recurre a las siguientes doctrinas:

*“a.- Doctrinas extrínsecas de la función social. El propietario no se encuentra sujeto a la función social, sino que esta función recae en la institución de la propiedad. Se sostiene que los límites al ejercicio del derecho de propiedad, establecidos por la función social de la institución, están más allá de la esfera interna del derecho subjetivo. Estos límites externos se consideran como limitaciones anómalas”*

*“b.- Doctrinas intrínsecas de la función social. El titular del derecho subjetivo lo conserva mientras ejerce su prerrogativa conforme a la finalidad que el ordenamiento asigna a la finalidad que el ordenamiento asigna a esa ventaja; y ello es así, porque los derechos subjetivos incluyen dentro de su núcleo, tanto el interés propio del sujeto, como el interés social. Dentro de esta concepción para LEON DUGUIT la función social trae consigo la eliminación de la propiedad como derecho o poder soberano de la voluntad. En tal sentido, la propiedad deja de ser derecho para*

---

<sup>238</sup> Tribunal Constitucional. Caso: Roberto Nesta Brero, Sentencia de Acción de inconstitucionalidad 2003, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 26.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>.

*convertirse en una función social y el titular pasa a ser un funcionario en el cumplimiento de ciertos deberes en aras del interés social” (GONZALES, 2011) <sup>239</sup>.*

### **3.9. La propiedad como derecho fundamental.**

La propiedad como derecho fundamental, considerado así, en muchas constituciones del mundo tiene su fundamento en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil de John Locke. En 1690, el autor inglés nos presenta a la vida, la libertad y la propiedad como los fundamentales que van a justificar el contrato social. En esta misma línea la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 2 señala como derechos imprescindibles del hombre la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión. Asimismo, la Declaración de 1793 señala como derechos fundamentales a la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad. Estos dos modelos, el de Locke y el de las declaraciones, han condicionado toda la fundamentación del derecho de propiedad como fundamental (URIBE RESTREPO 2000)<sup>240</sup>.

En esta misma línea lo señala VEGA MERE (citado en SANCHEZ CORONADO) en el sentido que la constitución del Perú:

*“Reconoce al derecho de propiedad privada un carácter de derecho fundamental y dos aspectos connaturales a tal categoría: i) Un aspecto subjetivo respecto del cual todo sujeto que ostente titularidad puede exigir al ordenamiento tutela ahí cuando la administración o incluso otros particulares menoscaben su derecho (dimensión subjetiva del derecho), así como también: ii) un aspecto objetivo en virtud del cual el derecho subjetivo tiene carácter fundamental por constituir un elemento esencial del*

---

<sup>239</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Propiedad y Derechos Humanos , superación del Modelo Liberal y Codificado de propiedad. Ob. Cit. PP.171-173

<sup>240</sup> URIBE RESTREPO, Clemencia. ¿Es la propiedad un derecho fundamental? Antioquia 2000 <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/download/332393/20788302/144923>

*ordenamiento jurídico y de la sociedad (dimensión objetiva del derecho de propiedad)*<sup>241</sup>.

El Tribunal constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Expediente N°008-2003-AI/TC que: En nuestra Constitución, se reconoce que la propiedad no solo es un derecho subjetivo (individual), sino también una garantía institucional que reconoce su función social. De hecho, se considera como un "instituto" constitucionalmente protegido. Por lo tanto, no se puede aceptar la idea de que los derechos fundamentales sean exclusivamente subjetivos, ya que esto se basa en la concepción errónea de que son simplemente una nueva categorización de las libertades públicas, tal como se concibieron en la época de la Revolución Francesa (fundamento 26, Tribunal Constitucional)<sup>242</sup>.

Asimismo, el Tribunal constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el (Caso: Ángel Sergio Mogrovejo García y Alicia Belén Mogrovejo García 2017) Expediente N° 04594-2017-PA/TC, refieren cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad: El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, ya que a través de él se ejerce la libertad económica en un Estado social y democrático de derecho. Este derecho garantiza la existencia e integridad de la propiedad, ya sea tangible o intangible, para el propietario, y también asegura su participación en la organización y desarrollo de un sistema económico-social. Es por esto que en el artículo 70° de la Constitución se reconoce que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado debe garantizar su protección.

En virtud del derecho de propiedad, su titular tiene la facultad de utilizar, disfrutar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando se cumpla con la función social inherente a la propiedad. Por lo tanto, el artículo 70° de la Constitución establece que el ejercicio del derecho de propiedad debe

---

<sup>241</sup> VEGA MERE Yuri, Constitución y Propiedad Privada: En busca de un contenido esencial mínimo tutelado constitucionalmente (y breves referencias al derecho Urbanístico) Lima 2010.

<sup>242</sup> Tribunal Constitucional. Caso: Roberto Nesta Brero, Sentencia de Acción de inconstitucionalidad 2003, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 26. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>.

estar en armonía con el bien común. Además, este derecho incluye la facultad de defender la propiedad contra cualquier acto que tenga como objetivo privar al propietario de la integridad de los bienes protegidos (*fundamento 5 y 6, Tribunal Constitucional*)<sup>243</sup>.

Ante este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, GUNTHER GONZALES BARRON (2011) señala que:

*“el contenido intrínseco de la propiedad, reúne dentro de sí, tanto la utilidad individual de la que goza el titular (aprovechamiento del bien) como la función social que condiciona el derecho mismo (delimitaciones, restricciones o deberes de intereses generales, impulso de la producción o generación de riqueza, defensa de los pobres etc.)”*<sup>244</sup>.

El derecho fundamental de propiedad posee un doble carácter, ya que no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones establecidas por la ley. Estas limitaciones imponen obligaciones y deberes al propietario. Por lo tanto, el Estado regula el ejercicio y disfrute de la propiedad a través de restricciones establecidas legalmente, mientras que el propietario tiene la responsabilidad de ejercer su derecho de manera que se mantenga en armonía con el bien común.

#### **4. LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE.**

En esta parte se explica los sistemas contemporáneos de transferencia de la propiedad, así como del sistema de transferencia de la propiedad inmueble adoptado por el Código Civil del Estado Peruano.

##### **4.1. Los sistemas contemporáneos transferencia de la propiedad inmueble**

---

<sup>243</sup> Tribunal Constitucional. Caso: Ángel Sergio Mogrovejo García y Alicia Belén Mogrovejo García. Expediente N° 04594-2017-PA/TC. <https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/04594-2017-AA%20laley.pdf>

<sup>244</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Propiedad y Derechos Humanos, superación del Modelo Liberal y Codificado de propiedad. Ob. Cit. P.193

Para ESCOBAR ROZAS (2002) en el contexto del derecho occidental actual, se pueden identificar dos principales sistemas convencionales para adquirir la propiedad: el sistema de unidad de contrato y el sistema de separación de contratos.<sup>245</sup>.

Dentro del sistema de unidad de contrato, el acuerdo de transferencia de propiedad se encuentra incluido en el mismo contrato de transferencia, sin necesidad de recurrir a un contrato adicional específico. Este sistema se presenta en dos modalidades: a) El sistema de título y modo, donde se requiere la entrega física del objeto para completar la transferencia. b) El sistema del principio consensual o del contrato puro, en el cual la transmisión de la propiedad se efectúa únicamente con el consentimiento de las partes involucradas, sin necesidad de realizar una entrega física.

#### **4.1.1. Sistema de unidad de contrato**

##### **4.1.1.1. Sistema título y modo**

El concepto de unidad del contrato se originó en los estudios escolásticos cuando se abordaron los requisitos que la traditio debía cumplir como medio de adquisición de la propiedad. Los escolásticos, al intentar explicar las características de la traditio, desarrollaron una construcción científica innovadora que se alejaba considerablemente del sistema de transferencia de propiedad que prevaleció en Roma.

MIGUEL JOAN, citado por, FREDDY ESCOBAR señala lo siguiente:

*“Entre los romanos rigió la regla de que la voluntad no transmitía por sí sola la propiedad. Para que esto ocurriera, era necesario la presencia de un acto exterior, sea formal (como la mancipatio o la in iure cessio) o material (como la traditio)”<sup>246</sup>.*

---

<sup>245</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy, «El Contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano.» *Ius et veritas*, n° 25 (Noviembre 2002).

<sup>246</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy, «El Contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano.» *Ius et veritas*, n° 25 (Noviembre 2002). P 46

MATILDE CUENCA CASAS, citado por FREDDY ESCOBAR, en su obra: *“Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales”* describe que:

*“Con el transcurso del tiempo los actos formales entraron en crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente operó a través de la traditio (o de la usucapión, en su caso). Ahora bien, a diferencia de la mancipatio o de la in iure cessio, que suponían la existencia de una voluntad dirigida a transferir la propiedad, la traditio no suponía necesariamente la existencia de tal voluntad, pues podía servir también para transferir otros derechos reales (uso, por ejemplo). En tal sentido, a efectos de que la traditio pudiera provocar la transferencia de propiedad, se exigió que la misma estuviese acompañada de un animus específico (animus transferendi et accipiendi dominii), que demostrase la voluntad del tradens y del accipiens de transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de la cosa. Aparentemente, sin embargo, también se exigió que la traditio estuviese precedida de una iusta causa, esto es, de una justificación del animus en cuestión, que dejara claro el motivo por el cual se realizaba la transferencia de propiedad: pro emptio, pro donatio”*<sup>247</sup>.

*“En el Derecho intermedio cobró fundamental importancia el examen de la traditio como modo de adquisición de la propiedad, ya que aquélla constituyó la única herencia romana vigente que podía servir para esclarecer el asunto de la transferencia de la propiedad. Como consecuencia de dicho examen, los escolásticos crearon la teoría del título y el modo”* (CUENCA CASAS citado por ESCOBAR, 2002)<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy, «El Contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano.» *Ius et veritas*, n° 25 (Noviembre 2002).P.47

<sup>248</sup> *Ibidem*. P.47

En efecto, influidos por la filosofía de Aristóteles, la teología de Santo Tomás y el racionalismo del Renacimiento, según se ha afirmado, por Matilde CUENCA CASAS (citado por ESCOBAR, 2002): “el padre de la teoría del título y el modo fue APEL, quien formuló una clara distinción entre el dominio y la obligación, primero; y entre la causa del dominio y la causa de la obligación, después. Según este jurista, nada había en común entre la causa del dominio, que era la tradición; y la causa de la obligación, que era el contrato, salvo el hecho que el contrato era frecuentemente causa de la tradición. Siguiendo el pensamiento de Apel, Heineccio profundizó la distinción indicada, afirmando que no se debía confundir el título con el modo de adquirir, porque uno distaba del otro tanto como el cielo de la tierra. Para este autor, todo dominio tenía dos causas: una próxima, por medio de la cual se conseguía inmediatamente el dominio; y una remota, por la cual y mediando la cual uno se hacía dueño. La causa próxima del dominio era la entrega de la cosa, mientras que la remota era la compra de la cosa”<sup>249</sup>.

“Con la idea de que el dominio se adquiriría en virtud de una causa próxima y una causa remota, los creadores de la teoría del título y el modo descompusieron los requisitos de la traditio para crear dos fenómenos distintos pero complementarios. En efecto, aplicando las categorías aristotélicas de posibilidad y efectividad, Apel y Heineccio convirtieron al animus transferendi et accipiendi dominii y a la transmisión de la posesión, ambos elementos de un mismo fenómeno (la traditio como modo de adquisición de propiedad), en dos fenómenos claramente diferenciados: el título (contrato) y el modo (entrega), respectivamente” (CUENCA citado en ESCOBAR, 2002)<sup>250</sup>.

“El animus transferendi et accipiendi dominii pasó a representar la posibilidad de que opere la transferencia de la propiedad, mientras que la transmisión de la posesión pasó a representar la concreción de tal posibilidad. Por tal motivo, el primero fue considerado causa remota de la

---

<sup>249</sup> Ibidem. P.47

<sup>250</sup> Ibidem. P. 47

transferencia de propiedad; mientras que el segundo fue considerado causa próxima de la misma” (CUENCA citado en ESCOBAR, 2002)<sup>251</sup>.

“Concebida del modo como ha sido expuesta, la teoría del título y el modo produjo un impacto notorio que afectó la noción romana de traditio. En efecto, dicha teoría determinó que la tradición dejara de ser un mecanismo de adquisición de la propiedad para pasar a ser un mecanismo de adquisición de la posesión” (CUENCA citado en ESCOBAR, 2002)<sup>252</sup>.

Por tal razón, DE LOS MOZOS (citado en ESCOBAR, 2002) ha afirmado que: “como consecuencia de la teoría en cuestión, la tradición perdió su elemento espiritual quedando reducida a un acto material, indebidamente identificado con la solutio, esto es, con el pago de una obligación precedente (la de transferir la propiedad). La teoría del título y el modo, tal como fue formulada por Apel y Heineccio, se convirtió en la primera manifestación del sistema de la unidad del contrato y, por qué no aceptarlo, en la primera manifestación de los modernos regímenes de transferencia de propiedad. Su influencia fue sumamente poderosa, al punto que el Código de Baviera, el A. L. R. prusiano y el A. B. G. B. austríaco la adoptaron inmediatamente”<sup>253</sup>.

La tradición se justifica porque a través de ella se obtiene la posesión del bien y por medio de la posesión se publica la propiedad, lo que permite que el derecho sea oponible a todos. La propiedad se convierte en un derecho exclusivo.

#### **4.1.1.2. Sistema del principio consensual**

El jurista FREDDY ESCOBAR (2002) señala que:

*“Con el transcurso del tiempo, y gracias a un proceso de espiritualización que afectó a la teoría del título y el modo, el sistema de la unidad del contrato conoció una segunda*

---

<sup>251</sup> Ibidem. P. 47

<sup>252</sup> Ibidem. P. 47

<sup>253</sup> Ibidem. P. 48

*manifestación, signada por la desaparición de la tradición como elemento constitutivo del iter traslativo*<sup>254</sup>.

COLIN y CAPITAN (citados por ESCOBAR, 2002) indica que: “en el antiguo Derecho francés, la transferencia de propiedad operaba con la tradición de la cosa, tal como lo establecía la teoría del título y el modo. Ahora bien, así como en Roma la tradición sufrió un proceso de espiritualización, en Francia la entrega física de la cosa comenzó a ser reemplazada por el empleo de la cláusula *dessaisine - saisine*, insertada por el notario en las escrituras notariales. En virtud de dicha cláusula, el vendedor declaraba “desapoderarse” de la posesión de la cosa en favor del comprador y éste, a su vez, declaraba “apoderarse” de dicha posesión. Formalmente, la transferencia de propiedad seguía operando en virtud del título (contrato) y del modo (tradición). Realmente, sin embargo, dicha transferencia operaba en virtud del acuerdo de las partes”<sup>255</sup>.

Según MARCADE, citado por CUENCA CASAS, señala que “el legislador francés sancionó una fórmula según la cual la obligación de entregar la cosa hacía al acreedor propietario, aunque la tradición no hubiese sido hecha. Esta fórmula, sin embargo, en vez de positivizar la costumbre que había espiritualizado la tradición, terminó por consagrar un principio novedoso, que por primera vez le otorgaba al contrato la virtualidad de transferir directamente la propiedad” (CUENCA citado en ESCOBAR, 2002)<sup>256</sup>.

“En efecto, la costumbre arraigada en Francia jamás desconoció la relevancia de la tradición como requisito para que opere la transferencia de propiedad. La entrega de la cosa siempre constituyó el modo que, cual causa próxima, determinaba dicha transferencia. Lo único que en realidad ocurrió fue que en la generalidad de los casos la entrega real quedaba reemplazada por la entrega ficticia, mediante la suscripción, ante notario, de la cláusula *dessaisine-saisine*. La fórmula adoptada por el legislador francés, empero,

---

<sup>254</sup> Ibidem. P. 48

<sup>255</sup> Ibidem. P. 48

<sup>256</sup> Ibidem. P. 48

en lugar de espiritualizar la tradición, suprimió expresamente la necesidad de que la misma sea efectuada para que opere la transferencia de propiedad. De esta forma, y probablemente sin estar consciente de lo que hacía el legislador francés estatuyó el principio del solo consensus” (CUENCA citado en ESCOBAR, 2002)<sup>257</sup>.

De esta manera surgió la segunda manifestación del sistema de unidad del contrato, el cual, en contraste con el primero, solo requiere la realización de un contrato con el propósito de transferir la propiedad para que ocurra dicha transferencia<sup>258</sup>.

#### **4.1.2. Sistema de separación de contratos.**

##### **4.1.2.1. Sistema constitutivo abstracto.**

El sistema de la separación del contrato tuvo su origen en la Alemania del siglo XIX como resultado de una revisión crítica a la teoría del título y el modo.

“De acuerdo con una primera interpretación, la *traditio* era causal, en tanto que, además del *animus transferendi et accipiendi dominii* que debía tener tanto el *tradens* como el accipiens, requería de la existencia de un fundamento que justificara su realización (*iusta causa*). Este fundamento estaba constituido por un negocio jurídico (venta, donación, permuta, etcétera) anterior que precisamente obligaba al *tradens* a efectuar la *traditio*. De acuerdo con una segunda interpretación, la *traditio* era abstracta, pues sólo requería la existencia del animus en cuestión. El negocio jurídico precedente únicamente exteriorizaba el motivo por el cual las partes estaban dispuestas a efectuar la operación real (esto es, la *traditio*)” (ESCOBAR, 2002)<sup>259</sup>.

“En la Alemania del siglo XIX aún tenía apogeo la teoría del título y el modo, que había hecho suya la primera interpretación y que

---

<sup>257</sup> Ibidem. P. 48

<sup>258</sup> Ibidem. P. 48

<sup>259</sup> Ibidem. P. 49

evidentemente había debilitado a la vieja traditio romana. Con la promulgación del Code, esta última sufrió un mayor debilitamiento, en tanto que fue expresamente eliminada como requisito para que se produzca la transferencia de propiedad” (ESCOBAR, 2002)<sup>260</sup>.

La traditio era vista como un verdadero acuerdo, ya que implicaba la presencia de las voluntades necesarias tanto del tradens como del accipiens para transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad del objeto, logrando así el efecto práctico deseado por ambas partes.

Sobre la *iusta causa*, dentro del iter traslativo, tenemos a dos autores alemanes, que fundamentaron y explicaron la transferencia de la propiedad:

El primero es SAVIGNY, para él, “*la iusta causa*, cuando existía, cumplía plenamente su función, pues, al ser el negocio que antecedió a la traditio, revelaba la intención de las partes y, por tanto, confirmaba (o desmentía) la existencia del componente espiritual de la traditio. *La iusta causa*, por tanto, a pesar de ser un negocio obligacional que eventualmente precedía a la traditio, no era un requisito para la transmisión de la propiedad sino solamente un medio para constatar la existencia del animus transferendi et accipiendi dominii presente en la entrega de la cosa; esta tesis no fue aceptada unánimemente en Alemania” (CUENA citado en ESCOBAR, 2002)<sup>261</sup>.

En segundo lugar IHERING (citado en ESCOBAR, 2002): “defendió la idea de que la propiedad se transfiriese sobre la base de un acto abstracto, en el que las voluntades de transferir y adquirir no hicieran referencia alguna a la causa de la operación, para evitar de este modo el peligro de la inseguridad jurídica que traía consigo la teoría del título y el modo; peligro que estaba representado fundamentalmente por la posibilidad de que los problemas de invalidez del título afectasen la operación y perjudicasen a los terceros”<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Ibidem. P. 49

<sup>261</sup> Ibidem. P. 49

<sup>262</sup> Ibidem. P. 50

Al respecto, comenta el jurista ESCOBAR ROJAS (2002) que:

*“De acuerdo con el sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos, por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia”<sup>263</sup>.*

“El sistema de la separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real<sup>201</sup>. El primer negocio contiene la voluntad de las partes de crear un vínculo en virtud del cual una de ellas queda obligada a transferir a la otra la propiedad de un bien (a través de la conclusión del segundo negocio y de la realización del acto ejecutivo real). El segundo negocio (Auflassung) contiene la voluntad de las partes de efectivamente transferir y adquirir la propiedad del bien. Este negocio es de naturaleza abstracta, pues se desvincula de su fundamento causal (el negocio de eficacia meramente obligatoria), de modo que no se ve afectado por las vicisitudes que eventualmente sufra este último. Finalmente, el acto ejecutivo real está constituido por la tradición o por la inscripción del negocio dispositivo en el registro, según el tipo de bien del que se trate” (KARL LARENZ citado en ESCOBAR, 20002)<sup>264</sup>.

Señala el jurista FERNANDEZ CRUZ (1994) que:

*“es claro que, dentro de estos sistemas, no basta el principio consensualístico para transmitir propiedad, siendo necesaria la ejecución de actos ulteriores como la tradición o la inscripción registral, que serían los únicos capaces de brindar una reconocibilidad social. En estos sistemas, pues, se privilegia la*

---

<sup>263</sup> Ibidem. P. 51

<sup>264</sup> Ibidem P. 50

*función publicitaria, por encima de aquélla que persigue la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria*”<sup>265</sup>.

#### **4.2. Transferencia de la propiedad inmueble en el Perú**

La influencia del Code Napoleón se hace evidente en la transferencia de la propiedad inmueble en Perú, según lo aclara FERNANDEZ CRUZ (1994). Aunque la primera codificación republicana es bastante ambigua, el Código Civil peruano de 1852, promulgado durante el gobierno de don José Rufino Echenique, incluía en su Sección Tercera del Libro Segundo, que trata sobre los modos de adquirir el dominio, la disposición sobre la "enajenación", estableciendo:

*“Artículo 571: por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, o a título gratuito, como en la donación, o a título oneroso, como en la venta y la permuta.*

*Artículo 574: la enajenación se completa por la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño*”<sup>266</sup>.

“Lo que pudo llevar a suponer que no existiría «enajenación», hasta que hubiera entrega de la cosa. Sin embargo, frente a estos dispositivos, existieron otros de claridad meridiana que sustentaron la vigencia del principio consensualístico, tales como el artículo 1308 del Código que estipuló: *En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio*” (FERNANDEZ CRUZ, 1994)<sup>267</sup>.

“El Código Civil peruano de 1936, sigue con fidelidad la codificación francesa de 1804, dentro del Libro Quinto referido al Derecho de Obligaciones y, Sección Segunda, Título I, de las obligaciones de dar, El artículo 1172 que prescribió: ‘La sola obligación de dar una cosa inmueble

---

<sup>265</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú.» Editado por PUCP. *THEMIS*, n° 30 (1994).P160.

<sup>266</sup> Ibidem. P.167.

<sup>267</sup> Ibidem. P.167

determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario” (FERNANDEZ CRUZ, 1994)<sup>268</sup>.

En 1942 (sólo seis años después de la promulgación de nuestro Código Civil de 1936), se promulga el Código Civil italiano, es unánime en la doctrina peninsular la concepción del principio consensualístico entendido como la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente el efecto real traslativo de propiedad.

Continuando la tradición del derecho francés y la influencia del Código italiano, nuestro Código Civil de 1984 establece en su artículo 949 un principio según el cual la propiedad inmobiliaria se adquiere y se transfiere únicamente por medio de la obligación. Sería más preciso decir que el *solus consensus* perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria.

El autor nacional RAMIREZ CRUZ en su libro *“Tratado de derechos reales. Derecho de Propiedad-Copropiedad”* publicado en 2017, Indica que el artículo 949 está en consonancia con el artículo 1352, el cual establece en su primera parte el principio de que "los contratos se perfeccionan mediante el consentimiento de las partes"<sup>269</sup>.

El artículo 949 del Código Civil de 1984 establece: *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición diferente o pacto en contrario”*.

Al respecto AVENDAÑO ARANA (2004) nos indica que “en el Perú el contrato no transmite propiedad, El contrato crea obligaciones. como dice el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. El contrato queda perfeccionado cuando hay acuerdo entre las partes, es decir cuando se forma el consentimiento. sin embargo, en el caso

---

<sup>268</sup> Ibidem. P.167

<sup>269</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales. Derecho de propiedad-Copropiedad*. Cuarta Edición. Vol. II. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, P.249

de inmuebles la obligación creada por el contrato transmite, a su vez, propiedad. En una compraventa, por ejemplo, el contrato genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador, pero esa obligación al mismo tiempo transmite propiedad”<sup>270</sup>.

El mismo autor, aclara, que “para que se produzca la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles no es necesario suscribir documento alguno, tampoco se requiere entregar el bien al comprador, o inscribir la transferencia en los registros públicos. Basta con el solo acuerdo de las voluntades” (AVENDAÑO, 2004)<sup>271</sup>.

Uno de los más prestigiosos civilistas de Italia BIANCA (1998) señala:

*“Importantes ordenamientos como el francés o el italiano consagran el principio según el cual el contrato produce un inmediato efecto traslativo, mientras que la actuación de la forma publicitaria vale sólo a efectos de resolver hipótesis de conflicto entre adquirentes y otros causa-habientes. De manera que el adquirente que no haya transcrito su título, es propietario aún en los conflictos con terceros, pues su adquisición queda sujeta a perder eficacia frente a una adquisición que haya absuelto precedentemente la carga de inscribir.*

*En el debate de la doctrina italiana ha prevalecido el reconocimiento de que el contrato produce un inmediato efecto traslativo, y que la actuación de la forma publicitaria vale sólo a efectos de resolver hipótesis de conflicto entre adquirentes y otros causa-habientes”<sup>272</sup>.*

En esta línea FERNANDEZ CRUZ (1994) refiere que:

---

<sup>270</sup> AVENDAÑO ARANA, Francisco. «Transmisión de la propiedad inmueble.» Programa de Actualización. Lima: Academia de la Magistratura, 2004. P. 112.

<sup>271</sup> Ibidem P.113.

<sup>272</sup> BIANCA, Massimo. «Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo.» *Themis* (PUC), Junio 1998.PP.73-74.

*“al reputarse a la voluntad suficiente para producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato -adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios- está en capacidad de producir directamente efectos reales. Aquí, la reconocibilidad social interesa en un plano individual y concreto, por cuanto se entiende que la finalidad de la publicidad inmobiliaria es distinta a la función constitutiva de la propiedad, que debe responder, ante todo, a la finalidad esencial de maximización de la circulación de la riqueza”<sup>273</sup>.*

En efecto menciona RAMIREZ CRUZ, que la jurisprudencia nacional ha establecido en numerosos fallos supremos que el contrato de compraventa se considera perfeccionado con el mero consentimiento de las partes en relación a la cosa y al precio, incluso antes de que se realice la entrega del inmueble y el pago del precio. La minuta, firmada y reconocida por los otorgantes, sirve como prueba del consentimiento<sup>274</sup>.

De igual forma menciona el autor, en otra ejecutoria suprema ha ratificado este criterio: Pactado el contrato de compraventa de un inmueble, el dominio del comprador subsiste, no obstante, la falta de entrega del bien vendido, mientras no se rescinda el contrato<sup>275</sup>.

Con esta información se puede concluir que indudablemente se ha establecido el consenso traslativo como forma de adquirir la propiedad inmueble.

No obstante, en contraposición a lo establecido en el Artículo 949 del Código Civil, nos encontramos con al menos tres disposiciones: los artículos 2012, 2014 y 2022 del mismo código. Estas disposiciones sitúan al propietario no registrado en una situación de riesgo inminente frente a conductas fraudulentas por parte de aquellos que todavía figuran como

---

<sup>273</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob.Cit. P.160

<sup>274</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales.Derecho de propiedad-Copropiedad*, P. 253

<sup>275</sup> Ibidem. P. 253

propietarios en el registro o de aquellos que, a través de artimañas legales, adquieren irregularmente un derecho en el registro y despojan al verdadero propietario de sus derechos.

Seguidamente LAMA MORE (2015) afirma que el derecho de propiedad inmobiliaria no se constituye únicamente a través del registro. Sin embargo, las normas del Registro Público otorgan a la información registral un poder vinculante con respecto a dicho derecho, lo cual, en ciertas condiciones, protege al titular del derecho inscrito en detrimento del derecho de propiedad previamente adquirido, pero no registrado, el cual se pierde. Todo esto siempre y cuando el adquirente del derecho actúe de buena fe. En este contexto, el autor plantea la pregunta de si la posesión del bien por parte de su verdadero titular juega algún papel relevante.

Según CHICO Y ORTIZ (2000), manifiestan que los sistemas que consideran la eficacia o ineficacia de la posesión en relación al registro sostienen que, en ciertos casos de posesiones públicas y visibles, estas pueden perjudicar a terceros que adquieren confiando en la información registral, especialmente si no realizan una debida diligencia para verificar la posible existencia de derechos no registrados.

Es común afirmar que el registro es una institución diseñada para brindar seguridad jurídica a los derechos, ya sea para proteger las adquisiciones ya realizadas o para consolidar las transmisiones por llevar a cabo.

## SUB- CAPITULO III

### PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

#### 1. LA PUBLICIDAD EN GENERAL.

En la compleja vida social, con el fin de regular el desenvolvimiento de las relaciones intersubjetivas, el ordenamiento jurídico protege situaciones y derechos de la persona, como el derecho a la intimidad, la vida privada de la persona y su familia, impidiendo la divulgación fuera del derecho de reserva del sujeto. Por el contrario, existen hechos y situaciones para los cuales el ordenamiento jurídico exige inversamente, hacer posible su conocimiento por la generalidad de los sujetos extraños y específicamente por quien tenga interés en la información.

Los mecanismos destinados, a ejercitar esta función de información, da lugar al sistema de la llamada publicidad. El italiano (BRECCIA, y otros 1992) señala que “la información exigida abarca efectivamente, vicisitudes que tienen que ver con la propia existencia de varios aspectos esenciales, de los sujetos (personas físicas y personas jurídicas) como también con la suerte de determinadas situaciones subjetivas (con gran prevalencia de los derechos reales) relativos a bienes inmuebles o ciertos bienes muebles”<sup>276</sup>.

Refiere MOISSET DE ESPANÉS (1972) que:

*“la publicidad es una actividad dirigida a hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica. Este es un concepto amplio, que se refiere a la publicidad en todo el campo del derecho, tal como creen que debe ser estudiado el fenómeno publicitario”<sup>277</sup>.*

---

<sup>276</sup> BRECCIA, Humberto, Lna BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI, y Francesco D BUSNELLI. *"Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos"*. Primera edición. Traducido por Fernando HINESTROZA. Vol. 2. Bogota: Universidad Externado de Colombia., 1992. P. 1122.

<sup>277</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis. *"La publicidad de los derechos reales en el derecho argentino"*. Junio de 1972. (último acceso: 20 de Mayo de 2020, P. 2.

“Ahora bien, el mismo autor refiriéndose específicamente a la publicidad de los derechos reales diremos que es la actividad dirigida a hacer cognoscible una situación jurídica real y que persigue como finalidad primordial la protección del crédito y la seguridad del tráfico jurídico” (MOISSET DE ESPANÉS, 1972)<sup>278</sup>.

En sentido amplio, nos dice HERNANDEZ GIL (1970), la publicidad se refiere a la acción de difundir y hacer conocido un evento. En un sentido más restringido, implica revelar o divulgar una situación legal con el objetivo de que sea conocida de manera general. En resumen, se trata de dar a conocer una situación legal para proteger los derechos y garantizar la seguridad jurídica<sup>279</sup>.

### **1.1. La publicidad jurídica.**

La publicidad jurídica, en la doctrina peruana ha sido poco estudiada, siendo la publicidad registral una de las clases de publicidad más estudiada. La publicidad jurídica puede revestir diversos grados desde un anuncio o noticia hasta la publicidad registral.

La publicidad entendida como actividad a través de medios para divulgar determinados hechos. TORRES MANRIQUE (s.f.) manifiesta que la publicidad jurídica abarca más que simplemente la difusión de derechos sobre propiedades, como la posesión y el registro. También incluye aspectos como la publicidad normativa, la publicidad a través de edictos, la publicidad como propaganda, como noticias y la publicidad que certifica el estado. En resumen, la publicidad jurídica es de tal importancia que cada uno de estos temas merece un estudio separado<sup>280</sup>.

“La publicidad jurídica es restringida. Tanto por los hechos que comprende, los medios que puede hacer uso y los efectos, reconocidos por

---

<sup>278</sup> Ibidem, P. 3.

<sup>279</sup> HERNANDEZ GIL, Francisco. *Introducción al Derecho Hipotecario*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1970, P.1.

<sup>280</sup> TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. *Publicidad jurídica*.

<http://derechonotarialyregistral.weebly.com> (último acceso: 01 de 07 de 2020).

el derecho, que produce. El derecho establece que determinados hechos (situaciones o relaciones jurídicas) deben hacerse públicos y en tal caso establece los medios a emplearse (prensa, Registro etc.), plazos, lugares, y efectos que tal publicidad produce. El Diario Oficial, la cédulas, oficios, prensa, registro, etc. Constituyen manifestaciones de publicidad que el derecho puede establecer para hacer conocer decisiones, resoluciones, actos, situaciones o relaciones jurídicas etc.” (AMADO citado en SALAS DIAZ, 2019).

En el trabajo materia de investigación se limitará a la publicidad jurídica de los derechos reales, identificando los mecanismos de publicidad que darán la seguridad jurídica a los titulares del derecho real frente a terceros, brindando la información correspondiente.

## **1.2. La publicidad y lo público.**

En este contexto, se establece una distinción entre la publicidad y lo público. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término "publicidad" se refiere tanto a la "condición o estado de ser público" como al conjunto de medios utilizados para difundir o extender la información sobre cosas o hechos con el objetivo de lograr dicha condición de ser público<sup>281</sup>.

GONZALO CUEVAS (2021) sostiene que: “la calidad o estado de público puede devenir o no de una actividad destinada a la divulgación, es decir, el hecho puede ser público con prescindencia de cualquier acción: en este sentido son públicos un terremoto o una inundación, pues son relevantes o sobresalientes. Pero otros hechos necesitan de una acción (publicidad), de una actividad que los proyecte para que se encuentren en situación de ser considerados por otras personas, o bien directamente por las personas”.

“Cuando se habla de ‘público’ se hace referencia a aquello que es ‘notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos, pero esta calidad de

---

<sup>281</sup> Real Academia Española de la Lengua, Espasa Calpe, Madrid, 1981.

público puede prescindir de cualquier actividad de terceros cuando el hecho está rodeado de circunstancias que faciliten o presupongan ese conocimiento, tal como lo sería el caso del terremoto. En este sentido el término ‘público’ es pasivo, ya que aún sin cumplir con un accionar determinado, ya se tiene por sabido o conocido el hecho o la cosa que reviste esta calidad. En cambio, cuando accedemos al estado de público por medio de alguna actividad, nos encontramos en presencia de la publicidad, la que consiste en acciones destinadas a hacer público un hecho, cosa o acto” (GONZALO CUEVAS, 2021)<sup>282</sup>.

La publicidad, que implica hacer algo público, se refiere a una acción o actividad de difusión dirigida al conocimiento general. Accedemos o nos acercamos a ella a través de la acción de publicar. Por otro lado, lo público se refiere a un estado o situación, mientras que la publicidad se trata más bien de una acción<sup>283</sup>.

### **1.3. La condición jurídica de los sujetos.**

En nuestra jurisdicción, la Ley N° 26497, conocida como Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, regula la difusión relacionada con individuos específicos. El artículo 40 de esta ley aborda la divulgación de los registros del estado civil.

El autor AGUILAR citado en ZAMORA (2013), define al Registro Civil como: *“una institución que tiene por finalidad servir de fuente de información sobre el estado de las personas y suministrar medios probatorios de fácil obtención y señalada eficacia para demostrar el estado de las mismas”*<sup>284</sup>.

La Ley N° 26497, en su Artículo 41, establece la obligación de que las personas se inscriban en el Registro del Estado Civil (REC) y garantiza la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a solicitar que se

---

<sup>282</sup> Ibidem, P. 91.

<sup>283</sup> Ibidem, P. 91.

<sup>284</sup> AGUILAR GORRONDONA , Jose Luis. *Derecho Civil I. Personas*. caracas: Eniversidad católica Andres Bello, 1963, P.100.

registren los hechos y actos relacionados con la identificación y el estado civil de las personas. El Artículo 43 de dicha ley aborda la conexión entre la inscripción en el REC y la obtención del Documento Nacional de Identificación (DNI). Además, las autoridades políticas, judiciales, administrativas o policiales tienen la responsabilidad de informar a la dependencia del registro más cercana sobre los casos en que no se ha realizado la inscripción, cumpliendo así con su obligación.

Señala ESPINOZA ESPINOZA (2012), que el nacimiento, el matrimonio y la muerte son momentos cruciales en la vida de las personas, no solo por sus implicaciones familiares, sino también por su relevancia legal. Por esta razón, el derecho interviene estableciendo una institución en la cual se celebren de manera solemne y pública estos actos. Esto permite que se conviertan en pruebas eficientes de los eventos ocurridos, evitando la necesidad de pruebas exhaustivas para determinar el estado civil que dichos actos generan. En resumen, el objetivo es garantizar una forma eficaz de probar y verificar el estado civil en cada momento, sin tener que recurrir a otros medios de prueba complicados<sup>285</sup>.

Según el registrador español PAU PEDRON (1995), el Registro Civil es el instrumento de publicidad de los hechos relativos al estado civil de las personas. No se publican directamente todos los estados civiles (hombre mujer, hijo matrimonial, extramatrimonial, adoptivo; menor y mayor de edad; capaz o incapaz; soltero, casado, viudo o divorciado; nacional o extranjero; sino que la mayoría de estos estados han de deducirse de los hechos que los determinan; ejemplo la mayoría de edad se deduce de la fecha de nacimiento<sup>286</sup>.

De acuerdo con el Artículo 44 de la ley, el Registro de Estado Civil tiene como principal función la inscripción de una variedad de eventos y situaciones, tales como nacimientos, matrimonios, defunciones, sentencias

---

<sup>285</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Sexta Edición. Vol. Tomo I. Lima: GRIJLEY, 2012, P. 992.

<sup>286</sup> PAU PEDRON, Antonio. *Curso de practica registral*. Madrid: UPECO Departamento de Publicaciones, 1995, P.168.

de filiación, cambios o adiciones de nombre, reconocimiento de hijos, adopciones, pérdida y recuperación de la nacionalidad, así como actos jurídicos, resoluciones judiciales y administrativas que modifiquen el estado civil de las personas. El objetivo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es actuar en interés público, garantizando la transparencia en cuanto al estado civil para evitar perjuicios a terceros y facilitar la verificación en casos donde personas oculten su verdadero estado civil.

También existe el Registro Personal (Art. 2030 C.C.), implementando por la Superintendencia nacional de Registros Públicos - SUNARP, donde se inscriben entre otros la Separación de patrimonios, las uniones de hecho, nombramiento de tutor o curador, actos y resoluciones relacionados al estado de la persona.

La persona jurídica, para publicitar su estado, esta se realiza a través del Registro de Personas Jurídicas (Art. 2024 C.C.) integrado por el registro de personas jurídicas sin fines de lucro, como la asociación, fundación, comité, Comunidad campesina y otras que se regulan por leyes especiales, donde se inscribe su constitución, nombre, órganos de gobierno entre otros actos. En segundo lugar, está el registro de sociedades, también se inscribe su constitución, nombre órganos de gobierno y otros actos de la sociedad.

#### **1.4. La condición jurídica de los bienes.**

La publicidad tiene como objetivo divulgar la condición jurídica de bienes específicos que se consideran de gran importancia debido a su valor económico. Estos bienes incluyen tanto los inmuebles como los bienes muebles que están regulados en el libro de Derecho reales del Código Civil y en leyes especiales. La finalidad es hacer que dicha condición jurídica sea conocida y accesible al público en general.

Los bienes, son los objetos sobre los que se constituye los derechos reales, que es de naturaleza patrimonial y las normas que lo regulan son de

orden público. Al respecto, señalan MORZONE y LEZCANO (1983), al referirse a la publicidad, que:

*“La importancia política, económica y social que revisten los derechos reales, determina que su régimen este precedido por la noción de orden público, por lo que es menester que ellos sean conocidos y ese conocimiento se cumple a través de su publicidad. En la nota al artículo 577, segunda parte del Código Civil de Vélez Sarsfield, nos dice: por la naturaleza de las cosas...se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos como sea posible”<sup>287</sup>.*

Una de las formas de publicidad de los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles es a través de la posesión, mientras que otra forma es mediante el Registro de Propiedad Inmueble y el Registro de Propiedad Mueble. La inscripción en estos registros tiene como objetivo principal registrar los actos y contratos que establecen, declaran, transmiten, extinguen, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles que son susceptibles de ser inscritos. Además, también se realizan inscripciones de derechos reales de garantía, como hipotecas y garantías mobiliarias, así como resoluciones judiciales relacionadas con los bienes, entre otros. Sin embargo, en este punto no se profundiza más sobre la publicidad de los derechos sobre los bienes, ya que se reserva para un punto específico relacionado con la publicidad de los derechos reales.

## **2. FUNCIÓN ESENCIAL DE LA PUBLICIDAD.**

“La función primaria de todo mecanismo de publicidad (legal o, de hecho) es la de dar noticia a terceros (en sentido lato); o sea valga repetirlo, de hacer posible a todo el que tenga interés, el conocimiento de un determinado acontecimiento (hecho, acto, negocio), como puede ser

---

<sup>287</sup> MORZONE, Ines ofelia B, y Marta María LEZCANO. «"Publicidad Hipotecaria".» *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la provincia de Cordova*, nº 46 (Marzo 1983),P.3.

surgimiento, modificación o la extinción de una situación o de una relación jurídica” (BIGILAZZI, BRESCCIA, BUSNELLI, NATOLI citados en SIERRA, 2011)<sup>288</sup>.

La publicidad en su función esencial comprende: lo que se da a conocer, se exterioriza o divulga como hechos o una situación jurídica; por medio, de la actividad de poner a disposición del público el conocimiento de la información, la que debe ser permanente, para ser extraída en cualquier momento; destinado a todas las personas, para hacer oponible frente a terceros los derechos publicitados.

La función de la publicidad actividad de hacer cognoscible un suceso o acto no necesariamente para perfeccionarlo o para el desenvolvimiento de su eficacia normal, sirviendo solamente para manifestarlo y hacerlo evidente más allá del círculo de los sujetos envueltos directamente en él y teniendo, en ese sentido, valor meramente declarativo<sup>289</sup>.

En la CASACIÓN N° 1322-2001-Lima se sostiene respecto al principio de publicidad del artículo 2022, lo siguiente:

*“En materia de derechos de propiedad, si bien el registro no cumple una función constitutiva de derechos sino meramente declarativa, la publicidad que brinda permite que terceros ajenos en la celebración del acto estén en condiciones de tomar conocimiento de su contenido, constituyéndose así el sistema registral en garante de la seguridad jurídica” (LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ)<sup>290</sup>.*

Pero existen actos excepcionales, en los cuales la formalidad de publicidad aparece, ante todo como elemento con el que se perfecciona el acto causal y cumple entonces, una función constitutiva esencial que no se debe confundir con la de la noticia, característica de ella en cuanto

---

<sup>288</sup> BRECCIA, Umberto y otros. Ob. Cit. P.1128

<sup>289</sup> BRECCIA, Umberto y otros. Ob. Cit. P.1129

<sup>290</sup> CASACIÓN N°1322-2001-Lima, 01 de octubre del 2002, P. 8929.

mecanismo publicitario. El caso más conocido es el de la hipoteca (Art. 1099) donde se establece como requisito de validez la inscripción registral.

En lo que respecta a los derechos reales, la publicidad hace oponible frente a terceras personas lo que esta publicitado. Asimismo, protege la adquisición del derecho real del tercero que confía en los datos publicados. En esencia, se exige la publicidad de los actos jurídicos y los derechos sobre los bienes como presupuesto para que alcancen efectos reales.

La divulgación de información permite la identificación de los derechos reales existentes y determina qué derechos se ven impactados por una transacción. Además, facilita la obtención previa del consentimiento al transparentar las titularidades, lo cual disminuye las disparidades informativas entre las partes involucradas. La finalidad principal de la publicidad es proteger el flujo comercial y agilizar las transacciones inmobiliarias al brindar acceso a información sobre la propiedad de los bienes.

### **3. FUNCIONES SECUNDARIAS DE LA PUBLICIDAD.**

#### **3.1. Función de prueba.**

La función de prueba para (BRECCIA, y otros 1992)<sup>291</sup>, "la existencia una formalidad de publicidad es de suyo un hecho que puede contribuir a la demostración de la verdadera esencia de una determinada vicisitud jurídica y que, por eso mismo, tiene valor de prueba. Pero esto no significa que ella cumpla, a este efecto, una función decisiva, a modo de obligar al juez a considerar como verdadero e indiscutibles, en su sustancia y en su relevancia, los hechos de que se da cuenta...debe ser valorado de acuerdo a su prudente apreciación".

El propósito de la publicidad es dar a conocer situaciones jurídicas. Aunque, en términos generales, se realizan inscripciones de actos, lo que se publica son las situaciones resultantes. Por ejemplo, se registra el acto de

---

<sup>291</sup> BRECCIA, Umberto y otros, Ob. Cit. P.1131

compraventa (que puede ser considerado un acto jurídico o hecho jurídico), pero lo que se divulga es la propiedad del comprador. En resumen, la publicidad tiene como objetivo principal dar a conocer y difundir las situaciones jurídicas resultantes de los actos o hechos jurídicos que han tenido lugar. La forma del acto sirve para probar, la publicidad sirve básicamente para oponer: la prueba se refiere a hechos, la oponibilidad se refiere a situaciones jurídicas<sup>292</sup>.

La función probatoria de la publicidad es considerada secundaria y no tiene un significado específico. No obstante, la ley (a través de la publicidad legal) otorga una fuerza probatoria especial a ciertos registros o inscripciones. Un ejemplo de ello es el Artículo 2012 del Código Civil, el cual establece el principio de publicidad registral. Este principio no solo se aplica a los asientos registrales, sino también a los documentos archivados, y se resume en la presunción *Iure et de iure* de que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones, sin admitir prueba en contrario<sup>293</sup>.

Además, de acuerdo con el principio de legitimación establecido en el Artículo 2013 del Código Civil, los asientos realizados en el registro se consideran precisos y veraces, teniendo plenos efectos legales. Este principio es aplicable a todos los registros, como el Registro de Propiedad Inmueble, el Registro Personal, el Registro Vehicular y otros registros similares. Establece una presunción legal de exactitud y concordancia entre la realidad y la información que se publica en el registro. En otras palabras, se presume que lo que está registrado refleja la situación jurídica real de los sujetos o bienes involucrados<sup>294</sup>.

### **3.2. Función de tutela.**

Esta es la función de mayor importancia, consiste en la salvaguarda de la situación hecha pública frente a terceros. Esta función denominada de salvaguarda, la ley emplea la fórmula de la “oponibilidad” a los terceros del

---

<sup>292</sup> PAU PEDRON, Antonio, Ob. Cit. P. 20

<sup>293</sup> Código Civil. Art. 2012. Principio de Publicidad. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las Inscripciones:

<sup>294</sup> Código Civil. Art. 2013. Principio de legitimación. El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

evento hecho público o de la “inoponibilidad” del que no se hizo público a terceros.

Hacer oponible frente a terceros los derechos publicitados, en el caso de los derechos reales hacer que solo lo publicitado, inscrito anotado o cancelado en el registro, perjudique a terceros. La divulgación de un hecho que pueda perjudicar a terceros, debe ser realizada en forma adecuada para que dichos terceros puedan conocer el evento.

La oponibilidad para BRECCIA<sup>295</sup>, se identifica frecuentemente con la expresión puede o no puede ser opuesto a terceros, la formula positiva tiene valor absoluto, mientras que la negativa, que se refiere a la hipótesis de falta de adopción de la publicidad prevista, va acompañada de un cierto grado de relatividad. En el sentido que dicha ausencia no siempre excluye la posibilidad para el interesado de probar que el tercero que quería sacar ventaja de la condición de apariencia, por el contrario, estaba perfectamente al corriente del cambio sobrevenido, así no se hubiera hecho público, por haber tenido noticia del *aliunde*. Lo cual quiere decir que la posibilidad de conocimiento creada con la publicidad equivale a *ex lege* al conocimiento efectivo del tercero.

### **3.3. Efecto delante de terceros.**

Estamos ante casos en que la ley emplea una formula, al afirmar que el evento debidamente hecho público oportunamente, tiene efecto delante de terceros, en tanto que no tiene efecto respecto de quienes no han sido debidamente hecho público.

La finalidad de la publicidad frente a terceros es dar prioridad a los hechos notorios en comparación con los hechos ocultos. Asimismo, busca otorgar mayor rango a los hechos notorios en relación con otros de naturaleza similar, y proteger a los terceros de buena fe de los efectos negativos de los hechos ocultos. Además, garantiza que los hechos notorios no puedan ser anulados cuando se busca proteger los derechos de terceros

---

<sup>295</sup> BRECCIA, Umberto y otros, Ob. Cit. P.1132.

de buena fe. En resumen, la publicidad frente a terceros tiene el propósito de establecer un equilibrio y brindar seguridad jurídica al preferir y proteger los hechos notorios y a los terceros de buena fe involucrados.

Por ejemplo, en un problema de colisión de titularidades de derechos reales, de igual jerarquía. Propiedad, en virtud de doble venta de un inmueble, la publicidad le dará seguridad jurídica al verus dominus, aplicando las reglas de publicidad establecidas en la ley. Como dice (G. GONZALES BARRON , *Los Derechos Reales y su Inscripción registral* 2013) “dependiendo de la concepción que tenga el legislador sobre la justicia y la seguridad jurídica”<sup>296</sup>.

#### **4. PUBLICIDAD Y LOS DERECHOS REALES**

De la revisión al material bibliográfico y la jurisprudencia; el denominador común en los conflictos vinculados a la transferencia de la propiedad, sobre inmuebles, es que el verdadero propietario, quien se encuentra en posesión del bien y no ha inscrito su derecho, es quien está siendo despojado de su derecho de propiedad; bien porque su vendedor que aún permanece en el registro como propietario, transfiere nuevamente el bien o constituye una hipoteca, llegándose a inscribir estos últimos actos, los que prevalecen por la fe pública registral. La publicidad del derecho permite establecer la oponibilidad identificando quien tiene mayor derecho, es decir quién es el veru dominus.

##### **4.1. Publicidad y los derechos reales.**

Se ha dicho que la finalidad primordial de la publicidad de los derechos reales es la seguridad del tráfico jurídico y la protección del crédito. La oponibilidad es una característica de los derechos reales, sobre bienes muebles e inmuebles. Sin embargo, existen relaciones jurídicas llamadas reales que no cumplen este perfil esencial.

---

<sup>296</sup> GONZALES BARRON , Gunther. *Los Derechos Reales y su Inscripción registral*. Primera Edición. Lima: Editorial Normas Legales, 2013, P.275

En las adquisiciones derivadas, según lo establecido en el Artículo 949 del Código Civil, cuando alguien celebra un contrato de compraventa de un bien inmueble, adquiere el derecho de propiedad sin la obligación de tomar posesión o inscribir el título en un registro. Sin embargo, este derecho no puede ser oponible a terceros, quienes incluso podrían ser propietarios si el vendedor original transfiere el bien y cumple con el requisito de inscripción correspondiente.

Esta situación también puede ocurrir en los llamados derechos reales de uso, usufructo, habitación, superficie y servidumbre. El segundo comprador deberá ser considerado el único propietario porque inscribió su título, mientras que el primer comprador se limitó a tener un contrato firmado o escritura pública. Igual sucede con los otros derechos reales que nacen del consentimiento.

Ante esta situación, señala PIZARRO citado en VASQUEZ VARAS, 2019 que: “existe la necesidad de reconocer que el grado de oponibilidad de las relaciones jurídicas no depende de la ubicación en el Código, (Libro de Reales o Libro de los contratos), sino por el contrario, debe nacer de la utilización de algunos mecanismos que las doten de publicidad ante los demás”<sup>297</sup>

A la pregunta ¿cómo se publicitan los derechos reales? La tesis dominante en la doctrina es que coexisten dos sistemas de publicidad de los derechos reales. 1) Publicidad material o de hecho (posesión); 2) Publicidad formal o registral.

## **4.2. La Oponibilidad de los derechos reales.**

### **4.2.1. La oponibilidad.**

---

<sup>297</sup> PIZARRO ARANGUREN, Luis.; *Un estudio preliminar sobre la modificación integral del Libro de Derechos reales del Código Civil de 1984. En el derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales*. Primera Edición. Lima: Editorial PUCP, 1993, P. 215.

Para comprender la oponibilidad, partimos del concepto citando a HERNÁNDEZ DE RUBÍN (2016), quien afirma que:

*“La oponibilidad es una característica general de los efectos de los derechos jurídicos, lo que significa que ella es la regla general, y su contraparte la inoponibilidad, tendrá el carácter de excepción en los supuestos en que el ordenamiento jurídico así lo disponga”<sup>298</sup>.*

Al estudiar la naturaleza jurídica del derecho real, su concepto se encuentra que es sumamente controvertido; siguiendo la teoría ecléctica de los derechos reales, para estudiar la oponibilidad, HERNÁNDEZ DE RUBÍN (2016) propone como concepto de derecho real el siguiente: *“facultad por virtud de lo cual el titular puede aprovecharse económicamente de un bien con las limitaciones y en las modalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, imponiendo a todos los demás un deber general de abstención”<sup>299</sup>.*

Este concepto coincide con los autores citados al estudiar la teoría ecléctica del derecho real, donde se precisa que para conceptualizar el derecho real hay que tener en cuenta dos elementos: El interno, como el poder jurídico o facultad que se tiene sobre el bien; y el externo, consistente en el deber de abstención del sujeto pasivo indeterminado.

Indica el jurista HERNÁNDEZ de RUBÍN (2016) que: “a todo derecho corresponde una obligación, esto ocurre incluso con los derechos reales, que impone virtualmente a las personas a quienes no pertenecen, la obligación de no intervenir en el mismo”<sup>300</sup>.

El mismo autor más adelante sostiene “que la existencia del deber general de respeto que, por regla general, se encuentra presente en los efectos de la totalidad de hechos jurídicos válidamente creados. Esto

---

<sup>298</sup> HERNANDEZ DE RUBÍN, Claudio. *Sobre la oponibilidad natural y registral de derechos reales y personales, en el derecho civil de la ciudad de Mexico*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. 2016. <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> (último acceso: 10 de Julio de 2020), P. 197.

<sup>299</sup> Ibidem, P.181

<sup>300</sup> Ibidem, P.197.

conllevaría la afirmación de que la oponibilidad está presente en todos los hechos válidamente verificados” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016).

Precisa el mismo autor que la oponibilidad no es un derecho ni un deber, simplemente es una de las características de los derechos y deberes. Y tiene como elementos lo siguiente:

*“a.- Caracteriza los efectos del hecho jurídico. Por hecho jurídico se hace referencia a todas las transformaciones del mundo exterior que produce consecuencias de derecho (hechos jurídicos en sentido estricto, actos jurídicos, negocios jurídicos, sentencias etc.). Si bien es cierto lo estrictamente técnico sería afirmar que lo oponible son las consecuencias, cuando se habla de la oponibilidad del hecho o acto jurídico, se está haciendo referencia a la causa generadora de las mismas y, por tanto, a la oponibilidad de todas ellas en su conjunto.*

*b.- Consiste en gozar del deber general de respeto. La consecuencia de realización de cualquier hecho jurídico es la creación, transmisión, modificación, extinción, declaración y/o reconocimiento de derechos y deberes. Por regla general, todas esas consecuencias irán acompañadas de la protección del deber general de respeto y en ese sentido, son oponibles” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016)<sup>301</sup>.*

#### **4.2.2. La inoponibilidad.**

El doctor HERNANDEZ de RUBÍN sostiene que:

*“la inoponibilidad es la ineficacia por virtud de la cual los efectos de un hecho jurídico (al que se puede llamar sancionado o inoponible), dejan de surtirse exclusivamente en lo que perjudiquen a los efectos de otro u otros hechos jurídicos (a los que se puede llamar protegidos)”<sup>302</sup>.*

---

<sup>301</sup> Ibidem, P. 197-198.

<sup>302</sup> Ibidem, P. 198.

La inoponibilidad se caracteriza por ser excepción, hace ineficaces los efectos del hecho jurídico sancionado, la relatividad, la fecha cierta<sup>303</sup>.

- a) **Excepcionalidad.** “La regla general es que los efectos de todo hecho jurídico se beneficien con la protección del deber general de respeto, por lo tanto, la inoponibilidad constituye un régimen de excepción, pues por virtud de ella el hecho jurídico sancionado o inoponible pierde los beneficios del mismo. Los motivos por los cuales se establece dicho régimen de excepción son variados. La decisión en principio corresponde al legislador, quien toma en cuenta la seguridad jurídica para privar a un hecho jurídico de los efectos que naturalmente le corresponden” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016)<sup>304</sup>.

“La razón por la que se impone a un hecho jurídico el régimen de excepción de la inoponibilidad deriva de la necesidad de generar un bien mayor, consistente en brindar seguridad en el tráfico jurídico, protegiendo a los terceros que contratan y/o realizan sus actividades jurídicas fundándose en la apariencia” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016)<sup>305</sup>.

- b) **“Hace ineficaces los efectos del hecho jurídico sancionado.** Como se ha señalado, la oponibilidad tiene por causal el deber general de respeto, y este último solamente se percibe en caso de conflicto. La inoponibilidad presupone la existencia de dos hechos jurídicos – el sancionado y el protegido- que se encuentran en conflicto, porque buscan producir consecuencias jurídicamente incompatibles” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016).

“La inoponibilidad es una sanción hacia la persona a quien corresponden los beneficios del hecho jurídico inoponible, que tiene por origen la violación de un deber que no afecta la validez

---

<sup>303</sup> Ibidem, P.198.

<sup>304</sup> Ibidem, P. 199.

<sup>305</sup> Ibidem P. 199.

del hecho sancionado. La inoponibilidad en nada se relaciona con los requisitos de celebración del acto jurídico y su efecto es diverso. La naturaleza jurídica de la inoponibilidad es la de una ineficacia funcional, como el elemento o acontecimiento que impide que un acto jurídico produzca o continúe produciendo sus consecuencias de derecho” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016)<sup>306</sup>.

- c) **Relatividad.** Sostiene HERNANDEZ de RUBÍN (2016) que: “con la inoponibilidad se bifurcan los efectos del hecho jurídico, ya que para algunas personas está prohibido y para otras está permitido vulnerar el deber general de respeto respecto de los efectos del hecho jurídico inoponible”<sup>307</sup>.

“Particularmente, los sujetos en quienes se surten los efectos del hecho jurídico sancionado – que, por regla general, son quienes celebraron el acto jurídico inoponible- deben continuar respetando tales efectos. Para ellos el hecho jurídico continúa teniendo toda su fuerza y valor jurídicos. Lo mismo ocurre con el resto de los sujetos que conforman el contingente pasivo universal [...] La principal aplicación de tal protección radica en que la inoponibilidad hace al hecho jurídico protegido inatacable por las causas de la ilicitud que le puedan derivar del hecho jurídico sancionado. La inoponibilidad no hace al hecho protegido valido, pero genera un efecto equivalente en eficacia: la inatacabilidad por las causas de ilicitud que le deriven del hecho jurídico sancionado” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016)<sup>308</sup>.

- d) **“La fecha cierta.** Un requisito probatorio de suma importancia que debe tenerse en cuenta es el referirse a la fecha cierta. Es sabido que el consensualismo en el derecho, por regla general el acto jurídico existe y surte plenamente sus efectos a partir de la celebración, sin que se requieran de formalidades algunas para su

---

<sup>306</sup> Ibidem, P. 199.

<sup>307</sup> Ibidem, P.200.

<sup>308</sup> Ibidem, P. 201.

existencia.... derivado de esta situación, tanto la doctrina como la jurisprudencia, establecido como requisito de oponibilidad la fecha cierta” (HERNÁNDEZ de RUBÍN, 2016).

#### **4.3. Reglas para la oponibilidad recogidas en el Código Civil**

En el Código civil se pueden encontrar diversos criterios de oponibilidad tanto en derechos personales como reales, para preferir un derecho sobre el otro. Así por ejemplo se ha tomado los siguientes criterios: a) la onerosidad en el título adquirido; b) la actuación sobre la base de una apariencia; c) el título más antiguo; d) la buena fe subjetiva como desconocimiento; e) la ausencia de comunicación.

a) **La onerosidad en el título adquisitivo.** Se presenta en forma copulativa con otros criterios con buena fe y la apariencia. La onerosidad como criterio para la oponibilidad se presenta en los artículos 194, 197, 665, y 2014 del Código Civil. La onerosidad como criterio para la oponibilidad implica el sacrificio económico que realiza el titular de un derecho que lo adquiere por medio de un negocio jurídico.

b) **La actuación sobre la base de una apariencia.** En el Código Civil existen al menos dos expresiones de apariencia a la que se dota de eficacia tuitiva a quienes actúa bajo la apariencia. Tanto la posesión y el registro son los medios de publicidad que generan apariencia.

**b.1. Oponibilidad por la apariencia de la posesión.** Se genera apariencia por la posesión en los Art.194, 948, 1136, y 1708. 3. Art. 194. Mediante la una presunción de la titularidad, en los casos de simulación se adquiere del titular aparente. Art. 948. Cuando el poseedor non domino vende el bien entregado por el legítimo propietario. Art. 1136. La propiedad adquirida sobre un bien mueble, si es que se hizo la entrega de dicho bien será oponible frente a aquellos a quien el vendedor también se obligó a entregar dicho bien.

Art. 1708.3. en este caso se actuará bajo la apariencia de que el bien se encuentra libre de gravámenes cuando se hace tradición del bien. La posesión y la entrega del bien, genera apariencia que el bien se encuentra libre de cualquier titularidad que entorpezca la posesión del nuevo propietario.

**b.2. Oponibilidad por la apariencia del registro.** La apariencia protegida es la que brinda el registro mediante la publicidad de los derechos. La oponibilidad registral consiste en que no es factible oponer un derecho no inscrito frente al titular que lo inscribió. No sería oponible a los sucesivos adquirientes si se estableciera alguna restricción a la propiedad. (*Artículos 848, 926, 993, 1584, 1591, 1708. 1 y 2023 CC*). El art. 1115. Para que la reducción de la hipoteca sea oponible a terceros, la reducción debe ser inscrita. Art. 1128. El derecho de retención sobre inmuebles, para que sea oponible ante terceros se requiere de su inscripción.

El artículo 1135 establece que, en el caso de existir una obligación de entregar un bien inmueble a dos acreedores, se otorgará preferencia al acreedor que haya inscrito primero su derecho, siendo oponible a los demás acreedores. De manera similar, el artículo 2022 establece que, en caso de conflicto entre dos derechos reales sobre el mismo bien inmueble, prevalecerá el título que haya sido inscrito primero, siendo oponible a los demás.

En relación al artículo 2013, se conoce como el principio de legitimación, el cual establece que la presunción de veracidad del registro implica que la apariencia generada por dicho registro crea la certeza de que la información consignada en los asientos registrales se ajusta a la realidad extrarregistral.

Por último, el artículo 2014 protege a aquel que adquiere un bien basándose en el principio de la fe pública registral. Este principio, que se abordará en detalle en el siguiente punto sobre la publicidad

registral, garantiza la seguridad jurídica a quienes realizan transacciones confiando en la información registrada.

El registro como apariencia GONZALES BARRON (2014) señala que “la tutela que otorga el registro a favor de los terceros es un caso más de protección de la apariencia, que engloba las hipótesis de posesión, título valores, títulos hereditarios o crediticios aparentes, entre otros”<sup>309</sup>.

- c) **La regla de la adquisición más antigua.** La oponibilidad se da por la primacía temporal, dando la mayor protección al derecho anterior al que se quiere oponer. En tal sentido explica BARBOZA DE LAS CASAS (2016) que:

*“En tal sentido, si se acredita que un derecho es anterior a otro, se asume que quien adquirió el derecho posteriormente ya no puede hacerlo, en tanto que, aplicación del nemo plus iuris transferre potest quam ipsa habet, el transferente carecía de dicho derecho. Esta es la regla asumida por el ordenamiento y las excepciones son bastante conocidas. La acreditación de la anterioridad del derecho se logra por medio de documento de fecha cierta. El documento de fecha cierta constituye la puerta de entrada para la verificación del derecho en juicio, así por ejemplo se evidencia en el proceso de tercería”<sup>310</sup>.*

La regla de oponibilidad se ubica en 1584, 1135 para casos no inscritos y el 1136 para casos lue no se hizo entrega.

- d) **Buena fe subjetiva como desconocimiento.** La buena de subjetiva se desarrolla sobre la idea del conocimiento de una situación o hecho

<sup>309</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Los Principios registrales, en el conflicto judicial*. Primera Edición. Lima: Ediciones Legales, 2014, P: 57.

<sup>310</sup> BARBOZA DE LAS CASAS, Gerson. *la oponibilidad de derechos en general: Una reconstrucción teórica*. 23 de enero de 2016. <https://www.researchgate.net/publication/291521795> (último acceso: 10 de Julio de 2020) P.13.

jurídico. Así actuara con buena fe (subjetiva) quien desconocía, por ejemplo, que con su actuación vulneraba un derecho, estaba adquiriendo un derecho de quien carecía la legitimidad para hacerlo, entre otros. Así, no podrá oponer su derecho quien actuó de mala fe<sup>311</sup>.

## 5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

Los derechos sobre bienes inmuebles, desde la antigüedad han sido los más importantes para el desarrollo económico; así tenemos que la propiedad, constituye la mejor garantía, para su titular y para los acreedores. Sin embargo, los conflictos sobre transmisión de los bienes siempre han generado grandes costos. En la actualidad el aumento de costos de transmisión obstaculiza la inversión, el comercio en suma todos los recursos productivos.

Para ubicarnos en el tema desde cuando se hace necesario la publicidad de los contratos y derechos reales citamos a BENITO ARRUÑADA (2004) refiriéndose a la privacidad de los derechos, sostiene que:

*“conforme a la tradición romanista de transmisión privada de la propiedad, que predominaba en buena parte de Europa hasta el siglo XIX, los contratos privados relacionados con bienes inmuebles podían tener efectos reales frente a terceros incluso si las partes lo mantenían en secreto”.*

En caso de conflicto, sostiene ARRUÑADA (2004) que: “los tribunales asignaban entre los litigantes los derechos reales y de crédito sobre la base de pruebas relativas a la posesión y las transacciones pasadas, aunque estas transacciones hubiesen permanecido ocultas”<sup>312</sup>.

La posesión y la cadena de títulos, tradicionalmente se utilizaba para determinar la titularidad, pero la posesión quedaba limitada o no era aplicable a los derechos abstractos como la hipoteca, por lo que

---

<sup>311</sup> Ibidem. P. 15

<sup>312</sup> ARRUÑADA, Benito. *"Sistemas de titulación de de la propiedad"*. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2004, P.72.

posteriormente para resolver este problema se incorporó en la escritura información relativa a la existencia de derechos abstractos, como la propiedad, determinadas cargas y consentimientos<sup>313</sup>.

Para paliar los costos de contratar, los sistemas jurídicos modernos, optan por reducir los costos de transacción. Al respecto señala ARRUÑADA (2004) que:

*“En esencia se induce o exige la publicidad de los contratos o los derechos como requisito previo para que alcancen efectos reales. Si los titulares lo mantienen ocultos, pierden o se arriesgan a perder efectos reales”*<sup>314</sup>.

### **5.1. Antiguas formas de publicidad.**

Las formas más sencillas de dar publicidad a los derechos sobre los bienes eran: Marcar los bienes, el marcado se empleaba para hacer valer la propiedad a falta de posesión, específicamente en bienes muebles, como el ganado, incluso los cónyuges (anillo de boda, para hacer publicidad del estado matrimonial). En Atenas clásica, se colocaba en la propia finca una estela de piedra, conocida como horos, piedra que solo se retiraba tras levantarse el gravamen<sup>315</sup>.

“Otro de los medios de publicidad, es el uso de procedimientos contractuales notorios. En Inglaterra, es bien conocido que, a partir de 1066 la transacción de inmuebles siguieron la practica continental de transmitir la posesión a través de un ritual conocido como livery of seisin. En esencia el transmitente entregaba al adquirente un terrón, una rama o una llave, y decía en voz alta que estaba transmitiendo la finca. Algunas características de esta ceremonia respaldan la idea de que tenía una función de publicidad. En primer lugar, se celebraba en la finca o mirando hacia ella. En segundo lugar, se exigían numerosos testigos, quienes originariamente deberían ser

---

<sup>313</sup> Ibidem, P.73.

<sup>314</sup> Ibidem, P. 83.

<sup>315</sup> Ibidem, P.83

titulares de derechos sobre fincas vecinas. Por último, el hecho de que hasta el Statute of Uses de 1535 los particulares prefiriesen contratar ‘usos’ para evitar la livery of seisin, evitando así el pago de impuestos, demuestra que la livery of seisin, ponía la transacción en conocimiento de los recaudadores. Ciertamente es que este elemento de publicidad se diluyó con el tiempo, a medida que la entrega de escrituras sustituyó a la entrega de la propia finca” (KOLBERT Y MACKAY citados por ARRUÑADA, 2004)<sup>316</sup>; y además ya no era necesaria la presencia de vecinos, solo de testigos.

“En otras regiones de Europa, donde la práctica es más clara, disponían complicados procedimientos de publicidad ‘ante iglesias’ y ‘a las puertas de murallas’ para fincas rústicas y urbanas, respectivamente, así como algún tipo de inscripción judicial” (PATAULT y OLIVER citados en ARRUÑADA, 2004). “La exigencia de que se efectuasen proclamaciones repetidas anunciando la intención de contratar y la existencia de un periodo de espera para que el contrato alcanzase efectos reales no pueden explicarse solo como medios de prueba, sino que ambas prácticas parecen orientadas a dar publicidad y depurar títulos, de forma parecida al contrato de matrimonio que se desarrolló en la época y a los procedimientos de purga judicial que aparecieron más tarde” (ELLICKSON y THORLAND citados en ARRUÑADA, 2004)<sup>317</sup>.

“En este contexto, como en muchos otros, las transacciones entre extraños exigían diferentes instituciones de apoyo. Tampoco es casual, por último, que fuesen las ciudades más comerciales de la Edad Media las primeras en adoptar sistemas registrales eficaces (el caso de las ciudades hanseáticas alemanas de Hamburgo y Bremen) o exigirlos a sus coronas, como sucedió en los reinos españoles” (BENITO ARRUÑADA, 2004)

“El principal precedente del moderno registro de derechos es la antigua institución alemana de la *auflassung*, en la que los documentos

---

<sup>316</sup> KOLBERT Y MACKAY (1977: 238-239), citado por ARRUÑADA, Benito. *"Sistemas de titulación de de la propiedad"*. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2004, P. 85.

<sup>317</sup> ELLICKSON Y THORLAND (1995: 383-88), citado por ARRUÑADA, Benito. *"Sistemas de titulación de de la propiedad"*. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2004, P. 86.

relativos a la trasmisión eran presentados y examinados por la corporación municipal y más tarde por los juzgados antes de ser inscritos en el Registro territorial. No obstante, los indicios de inscripción registrales de fincas por parte de palacios y templos datan del tercer milenio a. C. en Babilonia” (SILVER citado por ARRUÑADA, 2004)<sup>318</sup>. “Y es sabido que el Estado mantenía un registro de tierras en Egipto ya desde el año 2350 AC” (POWELSON citado en ARRUÑADA, 2004)<sup>319</sup>.

## 5.2. Definición de la publicidad registral.

Hemos visto lo que significa la publicidad en forma general, las funciones que cumple respecto a los efectos de las situaciones jurídicas, ahora nos toca referirnos específicamente a la definición de la publicidad registral.

Según GARCIA GARCIA (1988), se puede expresar la definición de Publicidad Registral de la siguiente manera: la Publicidad Registral implica la manifestación sistemática y continua de situaciones legales de importancia real, con el propósito de que sean conocidas por el público en general y con ciertos efectos jurídicos sustanciales sobre la situación que se registra<sup>320</sup>.

GONZALES BARRON (2013), sostiene que la publicidad registral se define como:

*“el sistema institucional de divulgación encaminado a hacer cognoscibles determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico. Esta publicidad es un servicio del Estado, pues se trata de una función pública ejercida en interés de los particulares”*<sup>321</sup>.

<sup>318</sup> SILVER (1995:126-27) citado por ARRUÑADA, Benito. Ob. Cit. P.87

<sup>319</sup> POWELSON (1988: 17) citado por ARRUÑADA, Benito. OB. Cit. P.87.

<sup>320</sup> GARCIA GARCIA, Jose Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Vol. Tomo I. Madrid: Editorial CIVITAS S.A., 1988, P. 41.

<sup>321</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Los derechos Reales y su Inscripción Registral. Ob. Cit. P. 271.

PAU PEDRÓN, al hacer referencia al Registro de la propiedad inmueble, señala que es una institución destinada a la divulgación pública de la situación jurídica de los inmuebles. Esta divulgación pública, al igual que en todos los registros de seguridad jurídica, no se limita simplemente a informar un hecho, sin garantizar su veracidad y legalidad, sino que se trata de una divulgación jurídica (también conocida como divulgación legitimadora) que asegura la autenticidad y legalidad de lo que se ha publicado. Esta garantía que acompaña a la divulgación registral se deriva del control de legalidad que se lleva a cabo antes del registro, y este control se basa en un documento público, ya sea notarial, judicial o administrativo, lo cual confiere efectos decisivos a la inscripción realizada<sup>322</sup>.

Finalmente, GONZÁLES BARRON (2014)<sup>323</sup> dice que “en buena cuenta la publicidad es el presupuesto o medio que utiliza el registro para lograr su finalidad: dotar de seguridad con justicia al proceso de transmisión de adquisición de bienes”.

### 5.3. Características de la publicidad registral.

a) **Se trata de una exteriorización.** La publicidad se contrapone a la clandestinidad, implica hacer notorio ciertos hechos o datos. La publicidad ha sustituido modernamente al antiguo y defectuoso sistema de “clandestinidad” totalmente incompatible con la naturaleza y eficacia erga omnes de los derechos reales<sup>324</sup>.

En contraste, es importante distinguir entre la publicidad y la forma de exteriorización. La forma se refiere a la manifestación de la voluntad que se expresa verbalmente o por escrito, ya sea en un documento privado o público. La forma está relacionada con la manifestación de la voluntad que constituye el negocio jurídico. Por otro lado, la publicidad actúa como una exteriorización una vez que la forma del negocio jurídico ha tenido lugar. La forma precede a la publicidad y es realizada

---

<sup>322</sup> PAU PEDRON, Antonio. Curso de Practica Registral, Ob. Cit. P.31.

<sup>323</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Los Principios registrales, en el conflicto judicial*. Primera Edición. Lima: Ediciones Legales, 2014, P.44.

<sup>324</sup> GARCIA GARCIA, Jose Manuel. Ob. Cit. P. 41.

por las partes involucradas en el negocio jurídico. En cambio, la publicidad se lleva a cabo a través de la exteriorización del acto en libros y registros accesibles al público<sup>325</sup>.

- b) **Exteriorización continuada:** es importante distinguir la publicidad legal del registro de otras formas de divulgación, como las notificaciones dirigidas a personas o grupos específicos, las cuales no constituyen una comunicación al público en general. También es necesario diferenciarla de los edictos, que son información publicada en periódicos y revistas, a través de los cuales se da a conocer un acto jurídico por un período limitado. La divulgación no es permanente ni continua en este caso. En cambio, la divulgación registral es continua (una publicación permanente), ya que se registran y mantienen los títulos en los libros y asientos hasta que se procede a su cancelación<sup>326</sup>.
- c) **Exteriorización organizada.** La difusión de información se realiza a través de una institución legal llamada registro de la propiedad. Este registro se compone de libros, asientos y un funcionario designado, conocido como registrador público, quien tiene la responsabilidad de proporcionar información y certificar lo que consta en dichos asientos. Estos elementos distinguen la publicidad registral de la publicación o divulgación factual. La posesión es el ejemplo típico de la publicidad factual, y también se presenta en casos de servidumbres aparentes específicas<sup>327</sup>.
- d) **Producir cognoscibilidad general.** El propósito de la publicación no es garantizar el conocimiento efectivo, sino permitir que el conocimiento sea posible. Aunque el conocimiento real puede no haber tenido lugar, no se puede alegar ignorancia, ya que existe la posibilidad de acceder al contenido del registro. Esta posibilidad de conocimiento se dirige principalmente a terceros. Esto se debe a que las situaciones jurídicas sujetas a publicidad son situaciones de importancia real, es decir, tienen

---

<sup>325</sup> Ibidem, P. 41.

<sup>326</sup> MANZANO SOLANO, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*. Vol. I. Madrid: CRPME, 1994, P 29

<sup>327</sup> GARCIA GARCIA, Jose Manuel. Ob. Cit. P. 43.

efectos frente a todos (*erga omnes*). En consecuencia, es fundamental que exista la posibilidad de que todas las personas que podrían verse afectadas por el derecho real puedan acceder a la información y conocerla<sup>328</sup>.

En el artículo 2012 del Código Civil se establece una presunción absoluta de conocimiento, la cual no admite prueba en contra. En relación a esto, Gonzales Barrón sostiene que una norma con estas características es simplemente una ficción y se cuestiona cómo se puede presumir el conocimiento de información que es absolutamente vasta e inabarcable. En realidad, esta disposición significa que las partes interesadas tienen la posibilidad de acceder a la información registral, ya que esta se encuentra de manera continua y organizada, accesible al público en general. Sin embargo, si en un caso particular el interesado no llega a conocer la información inscrita, esta igualmente le afecta, por lo que no puede excusar su falta de conocimiento efectivo como excusa<sup>329</sup>.

- e) **Exteriorización de situaciones jurídicas.** Existen diferentes registros que publicitan hechos y situaciones jurídicas, por ejemplo, el Registro Civil (nacimientos, defunciones), El registro de personas jurídicas la existencia y los actos que se desarrollan en las sociedades; la propiedad intelectual e industrial en el Registro de INDECOPI. Pero específicamente, el registro de propiedad se refiere a la inscripción de situaciones jurídicas, consistentes en derechos reales sobre inmuebles y muebles. Básicamente la propiedad sobre los bienes, y los derechos surgidos de las relaciones jurídicas con el titular del bien; para ello el estado ha organizado un sistema legal de publicidad.
- f) **Eficacia sustantiva o material del derecho privado.** El Registro recibe, depura y organiza la información para hacerla pública. Una vez que se ha realizado la publicidad, se activa la oponibilidad. Desde un punto de vista cronológico, se podría decir que las tres etapas de nuestro

---

<sup>328</sup> Ibidem, P. 44.

<sup>329</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. Los Derechos Reales y su inscripción registral. P. 273.

sistema legal son el Registro, la publicidad y la oponibilidad. La doctrina reconoce que la publicidad registral, por sí misma, genera ciertos efectos legales que derivan del hecho de la divulgación, no de los negocios o derechos publicados. En otras palabras, si estos no tuvieran acceso al registro, esos efectos sustantivos no se producirían. En resumen, el Registro tiene como objetivo proporcionar una publicidad que va más allá de la simple información o archivo de datos, ya que busca garantizar la certeza y legalidad de los datos publicados. No se trata solo de brindar información más o menos confiable, sino de ofrecer información que sea exacta, al menos en términos formales, y en la cual los interesados puedan depositar su confianza. Solo cuando un archivo brinda certeza (eficacia sustantiva) respecto a la información registrada, es cuando estamos ante un registro propiamente dicho<sup>330</sup>.

#### **5.4. Fines de la publicidad registral.**

Al estudiar la publicidad en general, tratamos las funciones de la publicidad también en general, ahora nos ocuparemos de las funciones de la publicidad registral. Para VALLET DE GOYTISOLO citado por GONZALES BARRON, “el Registro es un instrumento de publicidad, garantía que juega en dos momentos decisivos del fenómeno de circulación de la riqueza”<sup>331</sup>:

- i) ANTES DE LA ADQUISICIÓN: Anuncia la titularidad del bien, por lo menos formal, así como de las cargas y gravámenes que le afectan si es que se concretarse el negocio adquisitivo.
- ii) DESPUES DE LA ADQUISICIÓN: El titular inscrito, desde una perspectiva teórica, aumenta su grado jurídico de protección frente a los terceros y los hipotéticos derechos que pudiesen exhibir en una contienda.

##### **5.4.1. La seguridad jurídica de los derechos y del tráfico de bienes.**

---

<sup>330</sup> Ibidem, P.274.

<sup>331</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Los Principios registrales, en el conflicto judicial*, Ob. Cit. P. 45

El problema más discutido a nivel judicial es respecto de la titularidad de los bienes derivados de la cadena de transferencias, y conlleva a dilucidar la condición de propietario y la adecuada prueba de su derecho.

Según GUNTHER GONZALES BARRÓN, la función del registro consiste en reemplazar los orígenes inciertos de la propiedad por otros de naturaleza cierta, además de proporcionar publicidad. De esta manera, el Estado establece un sistema que permite disponer de un título formal que sirve como evidencia de los derechos adquiridos. Gracias a esto, tanto el comprador como el acreedor hipotecario pueden tener certeza acerca de la adquisición y garantizar la seguridad en las transacciones. En efecto, el registro facilita la obtención de información sobre el estado legal de los derechos al proporcionar un título o conjunto de títulos con validez formal. Este registro tiene un impacto significativo en dos momentos clave: durante la fase de preservación de los derechos para el titular registrado y durante la fase de transferencia de los derechos a un tercero adquirente. En ambos casos, el registro desempeña un papel fundamental al brindar seguridad y certeza en relación al estatus jurídico de los derechos involucrados<sup>332</sup>.

Agrega GUNTHER que, aunque el Registro no cuenta con una base constitucional específica, está vinculado al principio implícito de seguridad jurídica. Sin embargo, es importante destacar que el reconocimiento de su relevancia social como un mecanismo para el desarrollo y la generación de riqueza no impide considerarlo como un medio o instrumento para la consecución de otros objetivos.

El Tribunal Constitucional en el EXP. N° 0015-2002-AI/TC en su fundamento jurídico 5 establece que:

*“Para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho*

---

<sup>332</sup> Ibidem, P.48.

*derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de la riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del Perú citado en GONZALES, 2016) <sup>333</sup>.*

El tribunal deja en claro que el registro debe acercarse lo más posible a la realidad si pretende cumplir su objetivo. Sin embargo, esto no implica que el registro cree o sea la realidad en sí misma, ya que esto implicaría una reducción formalista inaceptable del derecho. En cambio, su función consiste en establecer una prueba de propiedad que se ajuste, en mayor o menor medida, a los hechos, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de manera justa. El registro no inventa, crea, reduce ni minimiza la realidad, sino que la publica tal como es (GONZALES BARRON, 2014)<sup>334</sup>.

La seguridad jurídica es uno de los objetivos generales del derecho, y se manifiesta de diferentes maneras, incluyendo la seguridad en las transacciones jurídicas inmobiliarias y la seguridad de los derechos reales inmobiliarios, que son precisamente los propósitos de la publicidad registral. La seguridad en las transacciones se refiere al aspecto dinámico y de movimiento del concepto, mientras que la seguridad estática se relaciona con la protección del derecho subjetivo en reposo, es decir, cuando no está en movimiento. Ante la confrontación entre la publicidad registral, que implica la divulgación del derecho, y el derecho subjetivo basado en la clandestinidad, el sistema jurídico moderno, que supera el enfoque antiguo de la clandestinidad, da preferencia a la seguridad del derecho subjetivo que ha sido publicado y se presenta como un derecho real frente a todos (erga

---

<sup>333</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0016-2002-AI/ TC.

<sup>334</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Los Principios registrales, en el conflicto judicial*, Ob. Cit. P. 49.

omnes), en contraposición al derecho no publicado o clandestino, que difícilmente puede prevalecer cuando no se ajusta a la característica de la absolutividad del derecho real como un derecho que afecta a todos y tiene efectos frente a todos<sup>335</sup>.

#### **5.4.2. Protección de los terceros que confían en la apariencia registral**

Según GUNTHER, la doctrina de la tutela de la apariencia establece una conexión entre varios institutos jurídicos, como la posesión, el registro, los títulos valores y los documentos de legitimación. En todos estos casos, puede surgir la protección de un tercero debido a la confianza depositada en la apariencia. Este concepto no es nuevo y ha sido conocido durante mucho tiempo. De hecho, se remonta al siglo XIX, cuando los pandectistas alemanes, influenciados por el liberalismo económico que busca promover la circulación sin obstáculos de la riqueza en beneficio del capitalismo, desarrollaron estas instituciones jurídicas. Existe una influencia recíproca entre la doctrina civil y mercantil en su desarrollo<sup>336</sup>.

Sobre el particular, el jurista D'AMELIO (citado por JORDANO, citado en GONZALES BARRÓN, 2016) sostiene que, en el ámbito jurídico, el estado de hecho no siempre coincide con el estado de derecho. Sin embargo, en muchas ocasiones y por diversas consideraciones, el estado de hecho merece el mismo nivel de respeto que el estado de derecho, y bajo ciertas condiciones y en relación con ciertas personas, puede generar consecuencias similares a las que se derivan del correspondiente estado de derecho. Un ejemplo de esto es la apariencia del derecho. De hecho, existen situaciones en las que una persona que ha confiado razonablemente en una manifestación jurídica determinada y ha actuado de acuerdo con dicha manifestación tiene derecho a confiar en ella, aunque dicha manifestación no se corresponda con la realidad<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> GARCIA GARCÍA, José Manuel. Ob. Cit. P. 48.

<sup>336</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Los Principios registrales, en el conflicto judicial*, Ob. Cit. P. 50.

<sup>337</sup> *Ibidem*, P. 50.

GONZALES BARRÓN (2014) sobre los principios registrales sostiene que:

*“Los principios registrales de protección a los terceros, tales como el de inscripción declarativa -preferencia del título inscrito sobre el no-inscrito (art. 2022 CC)-, o la fe pública registral -protección del titular inscrito frente a un negocio nulo antecedente (art. 2014 CC)-, simplemente resuelven los problemas técnicos derivados de sujetos que se encuentran en conflicto por la existencia de distintos títulos de propiedad sobre el mismo bien, u originadas por la nulidad de dichos títulos; y, ante esa situación de incertidumbre jurídica, se requiere de un mecanismo racional que decida el conflicto. En otras palabras, el ordenamiento siempre preferirá un título sobre el otro, por lo que la existencia de la norma conflictual se hace imprescindible. En todos los casos habrá un comprador que se vea privado del derecho, ya sea por aplicación de los principios registrales o de cualquier otro criterio, tal como la antigüedad del título o la toma de posesión”* (GONZALES y ÁVAREZ CAPEROCHIPI, 2014)<sup>338</sup>.

## **6. EL PRINCIPIO DE LA FE PUBLICA REGISTRAL**

### **6.1. Los principios registrales.**

Para el jurista nacional GONZALES BARRON (2013), los principios registrales son:

*“Hipótesis concretas de protección de la apariencia, de ámbito excepcional, y de aplicación estricta con el fin de salvaguardar algunos actos de adquisición que se fundan en la confianza de uno, y que se origina en la apariencia creada por culpa de otro. Puestos en la balanza ambos intereses, la inocencia y diligencia se valora en nivel superior frente a la negligencia de quien no cumple la carga legal de conservación de su derecho”<sup>339</sup>.*

---

<sup>338</sup> Ibidem, P.54.

<sup>339</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. Los Derechos Reales y su inscripción registral. P. 310.

Prosigue GUNTHER (2013) afirmando que “solo cuando las normas de protección de la apariencia se mantengan dentro del ámbito estricto de su función y presupuestos, detallados en el párrafo precedente, podrán ser compatibles con la constitución, pero cualquier exceso en su aplicación o en su interpretación, la hace devenir en inconstitucional para el caso concreto”<sup>340</sup>.

## 6.2. El principio de publicidad registral

Así como se ha indicado en los temas precedentes, sobre la publicidad de manera similar MOISSET DE ESPANÉS (2004) señala que:

*“La publicidad, en sentido lato, es una actividad dirigida hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica, y al referirse a los derechos reales, es la actividad dirigida hacer cognoscible una situación jurídica real, y persigue como finalidad primordial la protección del crédito y la seguridad del tráfico.*

*En la publicidad, encontramos dos elementos unidos de manera inescindible, por una parte, cuando produce efectos sustantivos, se habla de los actos de constitución, de oponibilidad a terceros, seguridad del tráfico, se denomina Publicidad material; y, por otra parte, el legislador, para lograr esos fines, organiza un sistema en el que se emplean ciertos instrumentos herramientas publicitarias que reciben el nombre de publicidad formal”<sup>341</sup>.*

- a) **Publicidad material.** Esta se fundamenta en la fe pública otorgada a los registros, siendo este el pilar fundamental que justifica la existencia de un sistema publicitario. Cada sistema establece el alcance que la publicidad material tendrá en su contexto específico.

**Acto Constitutivo.** En el sistema peruano no conocemos ningún caso de inscripción con efectos constitutivos

<sup>340</sup> Ibidem, P.310.

<sup>341</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La Publicidad Registral*. Cuarta Edición. Lima: Palestra Editores, 2004.PP. 285-286

**Cognoscibilidad.** En el artículo 2012 del Código Civil peruano, expresa: “Se presume sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

**La protección del tráfico** es un objetivo fundamental de los registros en general. Un ejemplo de esto se encuentra en la transmisión de derechos sobre un bien registrado. El artículo 2019, numeral uno, del Código Civil se refiere específicamente a la transmisión de derechos.

Estos efectos sustantivos de la publicidad registral se reflejan en las presunciones de exactitud e integridad del Registro. Aunque estas presunciones no son absolutas, constituyen la base de la fe pública que se otorga a los asientos registrales.

- b) **Publicidad formal.** En la legislación peruana se tiene un concepto muy amplio de publicidad, permitiendo que toda persona consulte los Registros. Así lo establece el artículo 127 del Reglamento General de Registros Públicos: “*Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa y obtener del Registro, previo pago de las tasas registrales correspondientes*”. Como se observa, no es necesario que se acredite ningún interés especial para solicitar la información que obra en las inscripciones.

### 6.3. El principio de fe pública registral

“Publicidad no es en rigor otra cosa que la actividad tendente a lograr que algo sea público. Y público es lo que resulta manifiesto, conocido o notorio. Cuando se habla de publicidad en el Derecho privado se alude a una fundamental necesidad de que determinados actos o negocios jurídicos entre partes puedan ser o sean conocidos por la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para que puedan serlo” (DIEZ-PICAZO, 1995, citado en AVENDAÑO y DEL RISCO)<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. III. Madrid: Civitas, 1995. P.292

La finalidad de la publicidad registral es asegurar la seguridad en las transacciones legales. Sus efectos no se limitan únicamente al titular del derecho registrado, sino que también se extienden a terceros que basan sus decisiones en la información proporcionada por el Registro. Así, el sistema registral se construye sobre la base de garantías y principios registrales detalladas en el artículo 3° de la Ley N° 26366. Para el tema que nos ocupa, solo mencionaré dos garantías:

*“b.- La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme; y,*

*c.- La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro”* (literal b y c del artículo 3 de la Ley N° 26366).

Debido a esto, uno de los efectos primordiales de la publicidad registral es brindar protección a aquellos que realizan transacciones con la persona que figura como titular de un derecho. Este principio se conoce como el Principio de Fe Pública Registral.

### **6.3.1. Definición y fundamento.**

En el Perú se ha recogido expresamente este principio en el artículo 2014 del Código Civil.

*“Artículo 2014: El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrita su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.*

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

Este principio es el que otorga la protección registral a todo tercero que de buena fe y a título oneroso inscribe su derecho. En nuestra legislación está plasmado en el Artículo 2014 del Código civil.

De acuerdo con la justificación presentada en la exposición de motivos del Código Civil, el principio de fe pública registral protege la adquisición realizada de buena fe y a título oneroso por parte de aquellos que se basan en la persona que figura como titular registral en el Registro. Este principio brinda protección contra cualquier intento de invalidar dicha adquisición basado en causas no registradas previamente (PERUANO 1990)<sup>343</sup>.

Este principio, de acuerdo con Gonzales Loli (2002), brinda una garantía completa de seguridad jurídica a aquellos que adquieren e inscriben un derecho. Un ejemplo evidente del alcance de este principio se puede apreciar en lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil, donde se establece que, si una persona adquiere derechos de otra que, según el registro, tiene la capacidad para otorgarlos y registra su adquisición, está en camino, aunque solo en camino, de convertirse en un tercero registral y, por lo tanto, ampararse en el principio de fe pública registral. Esto le permitirá hacer que su derecho sea absolutamente inatacable por parte de cualquier persona<sup>344</sup>.

Este principio constituye uno de los fundamentos esenciales de toda la estructura de protección proporcionada por el registro a los titulares de derechos inscritos. En este contexto, se otorga un privilegio al adquirente tercero que actúa de buena fe y adquiere el derecho a título oneroso, y que además registra su derecho. De esta manera, se le concede el más alto grado de oponibilidad de derechos en nuestro sistema. En cierto sentido, se prioriza la seguridad en las transacciones por encima de la seguridad jurídica.

### 6.3.2. Requisitos de la fe pública registral.

En el libro *El Principio de fe Pública Registral* de GORDILLO CAÑAS (2010), GUNTHER menciona que en las transferencias de bienes

---

<sup>343</sup>DIARIO EL PERUANO. Noviembre 1990.

<sup>344</sup>GONZALES LOLI, JORGE LUIS. «Comentarios al Reglamento General de Registros Públicos.» (Gaceta Jurídica) 2002.

inmuebles, el conflicto de intereses surge cuando un negocio jurídico nulo afecta no solo a las partes involucradas en el contrato, sino también al tercero sucesivo que no formó parte del acto inválido, pero cuya adquisición está vinculada con el título anterior que se encuentra viciado de nulidad<sup>345</sup>.

Se puede ilustrar esto con un ejemplo: Supongamos que "A", una persona que carece de capacidad legal para realizar transacciones, vende una propiedad a "B". Dado que el contrato es nulo, "B" no ha adquirido ningún derecho sobre el inmueble. Sin embargo, si "B" (con su derecho inscrito) posteriormente vende la propiedad a "C", en este caso "C" sí adquiere un derecho válido. Esto se debe a que "C" es considerado un tercero protegido por su confianza en el registro, y su adquisición se respalda en esa protección registral.

Cuando aparece un tercero que confía en la información registrada y que no es parte en el contrato, es posible brindarle protección, lo que proporciona una gran seguridad a aquellos que confían en la precisión de los datos del Registro. El principio de fe pública se aplica únicamente en beneficio de dicho tercero, quien adquiere derechos a través de un negocio jurídico oneroso, y se le protege contra la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución que afecte al acto previo<sup>346</sup>.

El artículo 2014 del Código Civil, establece los requisitos que debe cumplir el tercero adquirente:

- a) **Adquisición válida a título oneroso (elemento negocial).** El acto o contrato realizado por el tercero debe ser válido, ya que el Registro puede remediar la falta de poder de disposición por parte del transmitente, pero no puede subsanar las causas de nulidad o invalidez del acto en sí. La protección brindada por el Registro se centra en los negocios realizados a título oneroso, ya que las adquisiciones legales, forzadas o realizadas mediante

---

<sup>345</sup> GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El Principio de fe Pública Registral*. Primera edición. Lima: Juista Editores, 2010, P.100

<sup>346</sup> *Ibidem*. P. 101

actos de autoridad quedan excluidas de dicha protección. Ejemplos de estas exclusiones son las sucesiones hereditarias, las aportaciones de bienes comunes a una sociedad y las adquisiciones en subastas judiciales<sup>347</sup>.

- b) **Confianza en el registro (elemento de regularidad en la codena de transmisiones).** Se trata de un elemento de regularidad sustentado en la inscripción del Registro. “El fundamento de esta exigencia se encuentra en que solamente se puede o se debe proteger a quien ha confiado en las declaraciones registrales, en la presunción de exactitud del registro y en la fuerza legitimadora de una inscripción previa de la que parece deducirse lícitamente que el que tiene un derecho inscrito a su favor puede disponer válidamente del mismo, cualquiera que sea la realidad jurídica, concordante o no con el registro” (DÍEZ-PICAZO, citado en GONZÁLES, 2016)<sup>348</sup>.
- c) **Buena fe (elemento subjetivo).** La buena fe implica depositar confianza exclusivamente en la información registrada, sin considerar la realidad extrarregistral, como la posesión del bien, aunque si se hubiera tenido en cuenta, el tercero habría notado fácilmente que el bien estaba en posesión de una persona diferente a quien se pretendía transferir<sup>349</sup>.

La buena fe, consiste en la creencia de que el transmitente es el verdadero propietario del bien, lo cual se perturba cuando el tercero conoce de la existencia de un titular distinto extra-Registro, o por lo menos tiene fundadas dudas respecto del transferente. La buena fe busca mantener un estándar de moralidad en las relaciones sociales y económicas; caso contrario, el registro podría ser utilizado en forma desviada para consumir fraudes y engaños<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> Ibidem P.109

<sup>348</sup> Ibidem P.114

<sup>349</sup> Ibidem P.120

<sup>350</sup> Ibidem. P.120

La buena fe prevista en el artículo 2014 del Código Civil, se refiere siempre a un ESTADO SUBJETIVO, esto es el desconocimiento honesto del tercero respecto a una realidad discordante al Registro.

Sin embargo, (G. GONZALES BARRON, Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014), indica que la doctrina está dividida respecto a dos concepciones de la buena fe<sup>351</sup>.

**La Primera, (buena fe ignorancia)** es propia del *extremismo registral*, señala que la buena fe es el estado mental pasivo del sujeto que simplemente ignora la realidad pues el Registro no se lo informa; con tal definición entonces la prueba de la mala fe es imposible, pues se necesita acreditar que el segundo comprador conocía directamente del contrato adquisitivo del primer comprador, por lo cual la ausencia de buena fe se emparenta con el fraude.

Para (VARGAS SEQUEIROS 2022), según los autores que defiendan esta posición de la doctrina la buena fe “debe entenderse en términos únicamente registrales. Basta que el adquirente contrate confiando en la publicidad registral para que actúe de buena fe. No se le puede exigir ninguna diligencia adicional. La lógica que se encuentra detrás de esta posición es que el registro brinda información confiable para las adquisiciones. Así, se reducen costos de transacción y se incentiva la circulación de bienes. Sostener que la buena fe va más allá del registro supondría contravenir la lógica de esta primera postura doctrinaria”<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> GONZALES BARRON, Gunther. Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014, PP.78-79

<sup>352</sup> VARGAS SEQUEIROS, Luis Diego. «La aplicación del principio de oponibilidad para la solución de casos de doble venta inmobiliaria: Un análisis jurisprudencial.» Editado por PUC. *Themis*, n° 81 (Enero-Junio 2022): 169-185

**La segunda (buena fe diligencia)**, sostiene que la buena fe también es un estado mental, pero está basada en la actitud diligente del individuo. Esta forma de buena fe es activa y realista, ya que alivia la carga de prueba al exigir evidencia de culpa o negligencia por parte del segundo comprador. Es suficiente demostrar que el segundo comprador debería haber conocido o sospechado en alto grado, de acuerdo a las circunstancias del caso, que existía un comprador anterior, para imputar eficazmente la mala fe.

Según VARGAS SEQUEIROS (2022), los autores que respaldan esta segunda postura sobre la buena fe sostienen que no se limita solo al desconocimiento. En realidad, la buena fe debe entenderse como un comportamiento que se ajusta a los principios éticos. Implica actuar de manera completamente honesta, lo cual implica verificar la información del registro, pero también examinar la información extrarregistral, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso<sup>353</sup>.

- d) **No debe constar en el Registro las causales de nulidad o ineficacia (elemento de no- contradicción).** “La protección del tercero se encuentra subordinada a la no-constancia en el registro de las causales de nulidad o ineficacia del negocio antecedente, lo que en buena cuenta significa determinar si alguno de estos motivos de claudicación del negocio previo consta efectivamente, o no, en el ámbito de la publicidad” (GONZALES BARRÓN, 2016).
- e) **Inscripción de su propio título (elemento de cierre).** La jurisprudencia ha reiterado en múltiples ocasiones que la plena protección del registro se alcanza cuando el tercero inscribe su propio título. De este modo, una vez que el derecho es registrado, el titular mantiene su adquisición, incluso si

---

<sup>353</sup> Ibidem.

posteriormente se anula el derecho del transferente debido a causas que no están registradas. En otras palabras, la inscripción en el registro confiere una protección sólida al titular, independientemente de las circunstancias que puedan surgir fuera del ámbito registral.

### **6.3.3. El tercero de buena fe.**

Sobre el tercero de buena fe, el decreto Supremo N° 007-2019-JUS, que reglamenta el Decreto Legislativo N° 1373, sobre la ley de extinción de dominio, en su artículo 66 establece:

*“Artículo 66.- Tercero de buena fe:*

*Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:*

*66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.*

*66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.*

*66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurren las siguientes circunstancias:*

*a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.*

*b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.*

*c) Concurrir declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos”.*

A parte de estas exigencias normativas, necesarias para la configuración de la buena fe establecido en el artículo 2014, en la sentencia sobre el caso del tercero de buena fe el (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2020) cita a las casaciones en donde la Corte Suprema de la Republica ha

dado algunos criterios para determinar si se ha configurado la buena fe del tercero en cada caso.

Así, el Tribunal Constitucional en el caso de la buena fe del tercero, en su fundamento 57 cita a la Casación N°3098-2011-Lima, de fecha 30 de julio de 2012, donde la Corte Suprema estableció en el fundamento décimo cuarto:

*“Que, los hechos referidos en el considerando que antecede analizados en su conjunto evidencian que los adquirentes (...) conocían la inexactitud del registro o cuando menos estaban en condición razonable de no desconocerla pues con un mínimo de diligencia tales compradores hubieran podido constatar que el bien que pretendían adquirir estaba siendo poseído por terceros con título de propietarios, por tanto queda claro que en el presente caso se ha desvirtuado la buena fe de los adquirentes; máxime, si se tiene en cuenta que debido a la importancia económica de los bienes inmuebles y los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo pues en aplicación de lo que dispone el artículo 912 del Código Civil al poseedor de un bien se le reputa propietario mientras no se demuestre lo contrario” (Corte Suprema citado en Tribunal Constitucional)<sup>354</sup>.*

En el caso del tercero de buena fe, el Tribunal Constitucional, en su fundamento 59, establece que este criterio ha sido reafirmado en la casación N°3187-2013-Cajamarca, emitida el 22 de octubre de 2014 (fundamento décimo), y en la casación N°1589-2016-Lima Norte, dictada el 9 de mayo de 2017, donde en su fundamento sexto se indicó lo siguiente:

---

<sup>354</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso: Del tercero de buena fe. Expediente N° 018-2015 (Tribunal Constitucional, 05 de Marzo de 2020, fundamento 57.

*"el recurrente conocía de la posesión de la demandante, siendo que un comprador diligente no solo intenta conocer quién ocupa el inmueble que pretende adquirir, sino a título de qué lo ocupan"* (Corte Suprema citado en Tribunal Constitucional, 2020)<sup>355</sup>.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 60 de la misma sentencia referente al caso del tercero de buena fe mencionado anteriormente, señala que en la misma línea se encuentra la Casación N°105-2016-Santa, emitida el 4 de octubre de 2017 (fundamento cuarto), y especialmente la Casación N°1430-2016-Lima, dictada el 21 de marzo de 2018 (fundamento vigésimo). En esta última resolución, los jueces supremos respaldaron la conclusión de que:

*"En el caso concreto no se había configurado la buena fe de los demandados por cuanto estos se encontraron en la posibilidad razonable de conocer quiénes eran los poseedores del inmueble sub litis, así como el título que ostentaban"* (Corte Suprema citado en Tribunal Constitucional, 2020)<sup>356</sup>.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 61 de la misma sentencia referente al caso del tercero de buena fe, continúa expresando que además de reafirmar el criterio establecido en las resoluciones previamente mencionadas, se hizo referencia a la Casación N°11620-2016-Junín, emitida el 27 de marzo de 2018, donde en su fundamento 6.9 se indicó que:

*"Si bien el artículo 2014 del Código Civil precisa que el adquirente es protegido en la medida en que ha incorporado a su patrimonio derechos sustentado en la fe del registro (confianza en la apariencia registral); sin embargo, en la misma línea interpretativa de la Sala de mérito debe considerarse que la buena fe no solo se acredita con revisar los antecedentes registrales o con obtener anticipadamente al negocio jurídico de compraventa el certificado de gravamen, sino que exige se tenga que indagar sobre la situación real del inmueble, por*

---

<sup>355</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso: Del tercero de buena fe. Expediente N° 018-2015 (Tribunal Constitucional, 05 de Marzo de 2020, fundamento 59)

<sup>356</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso: Del tercero de buena fe. Expediente N° 018-2015 (Tribunal Constitucional, 05 de Marzo de 2020, fundamento 60)

*sobre todo si los que lo transfirieron tienen la capacidad para disponer el derecho, lo cual no ha sucedido en el caso concreto”*<sup>357</sup> (Corte Suprema citado por Tribunal Constitucional, 2020).

En la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional reafirma la necesidad de actuar con diligencia y prudencia en casos de falsificación de documentos y suplantación de identidad que perjudiquen al propietario original. Esto no solo es consistente con los requisitos establecidos por las disposiciones normativas en relación a la buena fe del tercero cuando el bien está vinculado a actividades ilícitas, como se mencionó anteriormente, sino que también está en línea con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema en relación al contenido y alcance del artículo 2014 del Código Civil<sup>358</sup>.

Por otro lado, en el fallo final El Tribunal Constitucional establece:

*“3. INTERPRETAR que la aplicación en una decisión judicial del artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313, en caso el propietario original haya sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad y se encuentre en situaciones de especial vulnerabilidad que hayan dificultado el cumplimiento de su deber de diligencia, como puede ser la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, corresponderá al juez, en caso de controversia, sustentar su decisión a través del desarrollo de una motivación cualificada”*<sup>359</sup>.

Por consiguiente de lo expuesto por el Tribunal Constitucional, se puede deducir que el tercero de buena fe, no solo debe actuar sobre la base de la publicidad registral, sino que también de la publicidad de la posesión, informándose diligentemente sobre la situación real del inmueble, por sobre

---

<sup>357</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso: Del tercero de buena fe. Expediente N° 018-2015 (Tribunal Constitucional, 05 de Marzo de 2020, fundamento 61)

<sup>358</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso: Del tercero de buena fe. Expediente N° 018-2015 (Tribunal Constitucional, 05 de Marzo de 2020, fundamento 62)

<sup>359</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso: Del tercero de buena fe. Expediente N° 018-2015 (Tribunal Constitucional, 05 de Marzo de 2020, fundamento 62)

todo si los que lo transfirieron tienen la capacidad para disponer el derecho; Es decir la buena fe del tercero debe ser garantizado por la publicidad del derecho, a través de la publicidad Registral y la publicidad de la posesión sobre del inmueble.

## **7. LA POSESIÓN COMO MEDIO DE PUBLICIDAD MATERIAL O, DE HECHO.**

### **7.1. La publicidad: necesidad de proteger la apariencia jurídica en materia de derechos reales.**

El doctor HÉCTOR LAMA MORE (2015), en su revista *“La posesión en la propiedad y en el registro. Problemática en la transmisión inmobiliaria”* hace resaltar la importancia de la posesión, al respecto señala:

*“A diferencia de las relaciones obligatorias, que generalmente permanecen en el ámbito de las partes, las relaciones jurídicas reales, por su naturaleza y por tratarse de derechos que recaen sobre bienes que pueden eventualmente ser objeto de garantías, de circulación o tráfico económico o jurídico, requieren de publicidad”<sup>360</sup>.*

Ahora bien, DÍEZ-PICAZO, citado en LAMA MORE (2015) afirma: “en materia de derechos reales la apariencia jurídica se encuentra estrechamente ligada a los medios de publicidad; todo medio de publicidad crea una apariencia y toda apariencia es en ella misma una forma de publicidad. Señala con justa precisión que en el campo de los derechos reales hay dos grandes formas de publicidad: 1) la situación de apariencia de titularidad real que se produce con la creación de un signo exterior de reconocibilidad, como es el caso de la posesión; y 2) la situación creada por la inscripción en los registros públicos”<sup>361</sup>.

### **7.2. La posesión como apariencia de propiedad.**

---

<sup>360</sup> LAMA MORE , Hector. *La posesión en la propiedad y en el registro. Problemática en la transmisión inmobiliaria*. Primera Edición. Lima: Inatituto Pacifico. Actualidad Juridica, 2015, P. 31.

<sup>361</sup> DIEZ PICAZO, Luis, y Antonio GULLON. *Sistema del Derecho Civil*. Vol. III. Madrid: Tecnos, 1995, P. 337

“En el Perú se ha regulado la posesión de manera consecutiva desde el Código Civil de 1852 hasta la actualidad. En cada oportunidad el legislador ha consagrado una definición del derecho posesorio partiendo principalmente de la doctrina clásica. Desde el Código Civil de 1936 la posición preponderante en el Perú sobre el fundamento de la posesión y sus alcances, ha acogido expresamente la tesis doctrinal del maestro alemán Rudolf Von Ihering” (MEJORADA CHAUCA, 2013).

“A pesar que las reflexiones de Ihering son probablemente las de mayor asidero en el balance de los estudios sobre esta materia, no se debe perder de vista que en definitiva se trata de reflexiones referidas al Derecho Romano, como se ha explicado al estudiar la teoría objetiva de la posesión, por tanto, es una realidad que desapareció hace siglos. ¿Es esa nuestra realidad? Ciertamente no, pero veamos si existe algún fundamento que trascienda los tiempos y que arroje un resultado por coincidencia concordante con las necesidades actuales” (MEJORADA CHAUCA, 2013).

El párrafo citado por MARTÍN MEJORADA (2013) resume la perspectiva de Ihering sobre la fundamentación de la posesión:

*“... la protección posesoria en el Derecho Romano (...) ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reivindicatio), le bastará la prueba de la posesión (...) ¿Puede según esto la posesión representar la propiedad? Si, porque es la propiedad en su estado normal. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario (...). Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto (...)” (IHERING citado por MEJORADA CHAUCA, 2013)<sup>362</sup>.*

---

<sup>362</sup> MEJORADA CHAUCA, MARTÍN. «La posesión en el Código Civil peruano.» *Derecho & Sociedad. Asociación Civil*, n° 40 (2013) P. 253.

El jurista MARTÍN MEJORADA sostiene que: “Es decir, la posesión se configura como un sustituto de la prueba de propiedad ante la dificultad inevitable que significa acreditar el dominio en cada momento. Si los propietarios tuviesen que demostrar su derecho cada vez que interactúan se generarían complicaciones prácticas insolubles. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus títulos de propiedad desplegando un enorme esfuerzo probatorio, que en algunos casos es muy difícil de superar e incluso imposible. Por ello, en base a un análisis de probabilidades se observa que en la realidad las personas que actúan sobre los bienes como si fuesen dueñas (apariencia de dominio), casi siempre lo son”.

“Se justifica perfectamente que a partir de esa apariencia surja un derecho autónomo que da lugar a una serie de consecuencias, que aseguran el ejercicio pacífico de la propiedad en escenarios sencillos donde no se debate sobre el derecho a poseer. En el Derecho Romano el reconocimiento de esta titularidad autónoma estuvo referida exclusivamente a la apariencia de la propiedad” (MEJORADA CHAUCA, 2013).

### **7.3. La apariencia protege la legítima titularidad de los bienes.**

Es inevitable sentirse fascinado por la naturaleza compleja de la posesión, que se encuentra en una posición única entre los demás derechos reales. Es como una sombra en constante cambio, cuya verdadera esencia resulta difícil de definir por completo. En el artículo 896 del Código Civil se establece que la posesión consiste en el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Sin embargo, esta norma a menudo resulta insuficiente para describir los vastos contornos de una institución tan arraigada y profunda.

Según ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, renombrado académico español, en los tiempos más primitivos la posesión era equivalente a la propiedad misma. En épocas anteriores al establecimiento del monopolio de la fuerza por parte del Estado y antes de la existencia de una organización colectiva

formal, la posesión jugaba un papel fundamental. En algún momento de la historia, nuestros ancestros cavernarios se dieron cuenta de que aquellos que poseían un bien tenían una ventaja significativa en situaciones de conflicto. La tenencia de un bien les permitía protegerlo y proclamar su propiedad exclusiva frente a los demás. Era el germen de un principio universalmente reconocido, incluso en los albores del tiempo.

En la actualidad, la posesión representa la victoria de lo verosímil sobre la certeza. Al estudiar la posesión, nos adentramos en la influencia que la apariencia tiene en las categorías jurídicas. Valoramos la eficacia al punto de dar prioridad a la probabilidad sobre la verdad. Es la justificación estadística de los abusos y las usurpaciones. Se trata de proteger lo que parece real a través de la apariencia posesoria. Es indudable la incongruencia que esto conlleva.

Es imposible no sentir conmoción ante este conflicto de dimensiones tan grandes. Resulta estremecedor reconocer la inevitabilidad de que la injusticia sea legalizada. Nos vemos obligados a aceptar, imperturbables, la protección de lo que se presume. Nos queda el consuelo de saber que, en última instancia, el propósito de la posesión es brindar una respuesta adecuada a una necesidad social concreta, pero eso no significa que debamos justificar lo injustificable sin más. (M. MEJORADA CHAUCA , *La Posesión :El triunfo de la apariencia* 2012)<sup>363</sup>.

Vamos a comenzar por tener una comprensión clara de que el propósito de la posesión es proporcionar una respuesta adecuada a una necesidad social específica. Por esta razón, nos enfocamos en la utilidad práctica de la posesión, que consiste en servir como un medio para la publicidad de los derechos reales. Partimos de la premisa de que se debe presumir que existe una correspondencia entre el acto de ejercer un derecho de manera efectiva y la titularidad de dicho derecho.

---

<sup>363</sup> MEJORADA CHAUCA , MARTIN. *La Posesión :El triunfo de la apariencia*. 20 de Setiembre de 2012. <https://ius360.com/editorial/la-posesion-el-triunfo-de-la-apariencia/> (último acceso: 11 de Julio de 2020).

“Así, dejamos de lado otras tesis sobre el fundamento de la protección posesoria para centrarnos en la idea de que, a través de la posesión, se publicita y ese es su rol principal. Queda claro, sin embargo, que la posesión solo publicita una apariencia de titularidad sobre algún derecho sobre el bien, más no la titularidad en sí. Podríamos estar pues ante un poseedor ilegítimo, que ejerce de hecho alguno de los “poderes inherentes a la propiedad”. En ese caso se estaría protegiendo la apariencia del derecho, más no el derecho en sí. De eso se trata la posesión, de darle cobertura jurídica a la apariencia” (MEJORADA CHAUCA y LOAYZA JORDÁN, 2012).

“¿Y por qué el ordenamiento jurídico debería darle esta protección a la apariencia, cuando esta no siempre es congruente con la titularidad legítima que aparenta? Porque normalmente hay concordancia. La estadística favorable se sobrepone a la posibilidad de una protección injusta. Basta con salir a la calle y echar un vistazo. Aquella mujer cargando bolsas de compras, aquel muchacho paseando a su perro u ese señor al volante de un carro. Lo más probable es que todos ellos tengan titularidad legítima de los derechos reales que aparentemente están ejerciendo. En realidad, si hiciéramos una estadística, probablemente el 99% de los poseedores ostentan la legítima titularidad de los bienes de los cuales se ocupan” (MEJORADA CHAUCA y LOAYZA JORDÁN, 2012).

“Cabe preguntarse sobre el porqué de preferir tutelar esta probabilidad, antes que el derecho mismo. La respuesta es, como casi todo lo referido a la posesión, de carácter práctico: la dificultad de la probanza del derecho” (MEJORADA CHAUCA y LOAYZA JORDÁN, 2012).

“La existencia de los derechos sobre bienes tiene muchísima dificultad para ser probada y ante esa dificultad es necesario recurrir a un mecanismo de fácil verificación para poder asignar a aquel que aparenta tener el derecho algunos efectos jurídicos básicos. Estos efectos o consecuencias jurídicas le permitan conducirse en la vida cotidiana y generar información relevante para dos temas en especial: (i) el tráfico jurídico, pues sin que los agentes económicos tengan información de rápido acceso (y nada más rápido que la

apariencia accesible a la percepción pública que deriva de la posesión) muchos negocios dejarían de celebrarse o se entorpecería en general el tráfico jurídico; y (ii) la paz social, en tanto a través de la protección posesoria se impide la violencia y la confrontación arbitraria de derechos” (MEJORADA CHAUCA y LOAYZA JORDÁN, 2012).

“Para concluir esta parte diremos entonces que los derechos reales necesitan publicidad para el tráfico jurídico y la paz social; y que ante la dificultad de publicitar con probanza adecuada la titularidad de estos derechos, se publicita la apariencia de la titularidad (dado el paralelismo entre la apariencia y la titularidad sustentada por la estadística). En ese orden, la apariencia es una forma de publicitar económica y de fácil acceso, cuyas virtudes superan largamente sus defectos (la posibilidad de tutelar una situación ilegítima). Y esta apariencia tiene incidencia fundamental en la categorización de cierta situación de hecho como posesión, brindando la apariencia protección del ordenamiento jurídico al poseedor” (MEJORADA CHAUCA y LOAYZA JORDÁN, 2012).

#### **7.4. La posesión es un fin: La propiedad necesita de la posesión.**

En los siguientes párrafos, GONZALES BARRON (2013) señala en su artículo *“El ascenso imparables de la posesión”* que:

*“la doctrina italiana, encabezada por Rodolfo Sacco, ha puesto al descubierto que la propiedad es el instrumento jurídico para lograr el disfrute de la riqueza material; y teniendo en cuenta que el disfrute presupone la posesión, entonces se concluye que la propiedad es el medio, mientras que la posesión es el fin; y, evidentemente, desde una perspectiva teleológica de las cosas, el fin se encuentra en situación de primacía”*<sup>364</sup>.

“La racionalidad de esta constatación también es de índole económica: la posesión es trabajo, actividad, esfuerzo, producción, riqueza;

---

<sup>364</sup> GONZALES BARRON, GUNTHER. «El Ascenso imparables de la posesión. Analisis y Critica Jurisprudencial.» *Dialogo con la Jurisprudencia* (Gaceta Juridica), nº 180 (setiembre 19), P. 85.

mientras que la vacua titularidad no produce beneficio individual, ni social alguno. Un mundo en el cual solo hubiese títulos de propiedad pegados en la pared, pero sin explotación económica, no sería el mejor de los mundos posibles. Los propietarios de puro papel vivirían en la pobreza extrema” (GONZALES BARRÓN, 2013).

La afirmación de que la propiedad sin posesión carece de sentido, mientras que la posesión sin propiedad aún tiene significado, demuestra claramente que la posesión es un fin en sí misma, mientras que la propiedad es simplemente un medio para alcanzar ese fin.

“La posesión funda la propiedad, y la propiedad sirve para la posesión; en consecuencia, son conceptos interconectados, por lo que el Derecho no puede obviar esta realidad, y la regulación jurídica de los derechos reales debe hacer patente esta dualidad de instituciones vinculadas: la propiedad se protege como valor absoluto y definitivo; sin embargo, la posesión, por más que solo sea un hecho, también se protege, aunque solo lo sea como valor relativo y provisional” (GONZALES BARRÓN, 2013).

“La propiedad se adquiere por apropiación (bienes sin dueño), por tradición (bienes con dueño, pero con acto de voluntad) o por usucapión (bienes con dueño, pero sin acto de voluntad). En todos ellos, la posesión se encuentra presente. Esta constatación histórica es la mejor prueba que la propiedad necesita de la posesión; por tanto, el sistema de título y tradición es el más adecuado para la transferencia de propiedad. En cambio, el registro es un mecanismo exclusivamente técnico, artificial, de carácter asegurador, pero jamás puede fundar la propiedad. Por tanto, la solución lógica es que el registro nunca sea constitutivo, pues la propiedad es una expresión de las relaciones vitales, y no una simple suma de artificios” (GONZALES BARRÓN, 2013).

## **8. LA POSESIÓN FRENTE A LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO**

### **8.1. La posesión como elemento de hecho de la propiedad.**

El artículo 896 del Código civil de 1984 señala que: “*La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”.

“Para Savigny la posesión busca proscribir la violencia entre privados que debaten sobre el derecho a poseer los bienes, por ello hay que proteger a quien tiene los bienes en su poder mientras los jueces resuelven sobre el mejor derecho. Según Thibaut la posesión es “el respaldo a la permanencia del estado de cosas, hasta que no se den motivos determinantes para alterarlas”. Para Röder y Ahrens el fundamento se encuentra en la presunción de probidad, según la cual se debe presumir que toda persona es proba y honrada de modo que si explota un bien es porque tiene algún derecho sobre él. Por su parte Gans señala que: “la posesión se protege porque es el comienzo de la propiedad a la que se puede acceder por vía de la usucapión”. Puchta y Bruns señalaron que la posesión era la protección de la voluntad de la persona que posee, lo cual a su vez es una manifestación de su personalidad por tanto la posesión protege la personalidad del poseedor. Sthal indica que la posesión debe protegerse de modo distinto a la propiedad porque finalmente se trata de un comportamiento tendiente a la explotación patrimonial de los bienes, lo cual satisface necesidades humanas y ello debe tutelarse. Finalmente, Ihering, quien ha tratado más extensamente este tema, señala que la posesión es la exteriorización de la propiedad y debe ser protegida porque los propietarios no siempre pueden probar el dominio” (DIEZ PICAZO y GULLON, 1987, citado por MEJORADA, 2013)<sup>365</sup>.

“Toda persona que usa y disfruta un bien es poseedor. La posesión tiene una enorme importancia porque es el contenido de muchos derechos reales. El propietario adquiere un bien inmueble con la lógica finalidad de usarlo y al mismo tiempo aprovechar las ventajas del mismo. Nuestro Código Civil le brinda una peculiar importancia a la posesión pues con el transcurso de aquella una persona se puede convertir en legítimo

---

<sup>365</sup> DIEZ PICAZO, LUIS, y ANTONIO GULLON. *Sistema de derecho Civil*. Tercera. Vol. III. Madrid: Tecnos, 1987, P. 101.

propietario, esto mediante la figura de la prescripción adquisitiva de dominio” (BAZAN CARRANZA 2016)<sup>366</sup>.

“El artículo 905 del CC se refiere a la posesión inmediata y a la posesión mediata. La primera corresponde al que posee en virtud de un título temporal (por ejemplo, el aparente usufructuario) y la segunda al que confirió el título (por ejemplo, el aparente propietario). El poseedor inmediato será tal si ejerce de hecho la conducta que permite apreciarlo como un usufructuario (siguiendo el ejemplo) y no hay duda que es fácil identificar a una persona en dicha actitud, pero ¿qué ejercicio de hecho apreciable con facilidad realiza el poseedor mediato? En el esfuerzo por aplicar de modo literal la definición de posesión y justificar la calificación posesoria en favor del mediato, se han ensayado diversas respuestas. Por ejemplo, se ha dicho que el mediato ejerce de hecho el atributo de la disposición, o que ejerce el disfrute pues eventualmente percibe rentas del usufructuario” (MEJORADA CHAUCA, 2013, p. 255)<sup>367</sup>

Ahora bien, Rudolf IHERING citado por MEJORADA CHAUCA (2013) explica que:

*“¿Puede según esto la posesión representar la propiedad? Sí, porque es la propiedad en su estado normal. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario. Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto”<sup>368</sup>.*

---

<sup>366</sup> BAZAN CARRANZA, Victor Antonio. «La posesión como elemento de hecho necesario para oponerse al propietario no registral en las ventas sucesivas.» *Actualidad civil* (Instituto Pacífico), Mayo 2016: 140-151.

<sup>367</sup> MEJORADA CHAUCA, MARTIN. «La posesión en el Código Civil peruano.» *Derecho & Sociedad. Asociación Civil*, n° 40 (2013) P. 251-256. [http://legis.pe/la-posesion-elemento-hecho-necesario-oponerse-al-propietario-no-registral-las-ventas-sucesivas/-\\_ftn3](http://legis.pe/la-posesion-elemento-hecho-necesario-oponerse-al-propietario-no-registral-las-ventas-sucesivas/-_ftn3)

<sup>368</sup> MEJORADA CHAUCA, MARTIN. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Primera. Vol. I. Lima: PUCP, 2004, P. 114.

Asimismo, el mismo profesor alemán IHERING (1960)<sup>369</sup> señala lo siguiente:

“Si para ser protegido como poseedor basta demostrar la posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El Derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad” (IHERING, citado en MEJORADA CHAUCA, 2013).

## 8.2. La posesión como apariencia jurídica de un derecho real.

La posesión es una institución del ámbito del derecho civil que se considera una de las áreas más complejas y polémicas de esta disciplina, tal como se abordó en el capítulo dedicado a la posesión. Tanto la doctrina como el derecho comparado se han visto inmersos en un intenso debate sobre su definición y naturaleza, cuyas consecuencias siguen siendo relevantes en la actualidad.

Según HECTOR LAMA MORE (2015), se afirma que:

*“Dos grandes vertientes se abrieron al debate una de ellas escrito por FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY; en ella el jurista alemán volcó su tesis sobre la posesión, al que se le ha conocido como la “teoría subjetiva de la posesión”, en razón del elemento subjetivo que permite la diferenciación con la tenencia; se trata del animus domini para ser considerado poseedor; este debe ser el resultado de considerarse así mismo como propietario -sin serlo-, es decir, sin reconocer en otro la propiedad”<sup>370</sup>.*

“La otra vertiente fue sostenida por RUDOLF VON IHERING, quien

---

<sup>369</sup> IHERING, RUDOLF. *Tres Estudios Jurídicos*. Buenos Aires: Omeba, 1960, P.114-116.

<sup>370</sup> LAMA MORE, Hector Enrique. La posesión en la propiedad y en el Registro. Problemática en la transferencia inmobiliaria. Ob. Cit. P. 36

sostuvo que para ser poseedor no se requiere del *animus* que exige la tesis de Savigny. Consideró que el elemento central para calificar a una persona como poseedor es que tenga el bien en su poder *-corpus-*, entendido como el vínculo de la persona y el bien, con independencia de considerarse a sí mismo como dueño, pero con la intención y voluntad de mantener tal situación; consideró que además solo se requiere de un *animus tenendi*, sin establecer sustancial diferencia con la del tenedor, salvo que la ley la establezca; es decir, en esta idea, quien tiene un bien en su poder es poseedor y será tenedor cuando la ley lo señale. A esta teoría se ha conocido como la teoría objetiva de la posesión” (HÉCTOR LAMA MORE, 2015)<sup>371</sup>.

Dentro del contexto de esta última teoría posesoria, la doctrina reconoce también la teoría propuesta por RAYMUNDO SALEILLES. Este destacado jurista francés, a pesar de ser partidario de la teoría objetiva de Ihering, argumentó que la posesión se refiere a una situación en la cual una persona establece un vínculo de subordinación con un bien y busca disfrutar y explotar económicamente dicho bien en beneficio propio, y no en beneficio de otra persona. Para determinar quién es el poseedor, no es necesario que intervenga el legislador; basta con establecer que el disfrute del bien se realiza en interés propio. Si es en interés de otra persona, entonces estaríamos ante una tenencia y no una posesión.

Prosigue el doctor LAMA MORE (2015) en su artículo de revista “*La posesión y la propiedad en el registro*”, afirmando que “en nuestro país, como es evidente, la defensa posesoria regulada por el Derecho Civil proyecta un espectro mayor de protección que la existente en otras realidades jurídicas; existen mucho mayor número de personas bajo el ámbito de tutela posesoria. Ello resulta positivo, atendiendo a la función social de la posesión”<sup>372</sup>.

“Conforme a lo indicado, la posesión en el Perú permite al poseedor el goce de los bienes; el uso o el disfrute de ellos, permite su aprovechamiento económico; en el lenguaje católico, la posesión se encuadra dentro de los

---

<sup>371</sup> Ibidem, P.33.

<sup>372</sup> LAMA MORE, Héctor Enrique. La posesión en la propiedad y en el Registro. Problemática en la transferencia inmobiliaria. Ob. Cit. P. 3

alcances del principio conocido como el destino universal de los bienes” (HÉCTOR LAMA MORE, 2015)<sup>373</sup>.

“Son muchas las razones que justifican la defensa posesoria, como derecho subjetivo del poseedor; que permite el derecho al poseedor de no ser despojado del bien, unilateralmente, por acto de particulares. Algunas razones señalan que tal defensa resulta necesaria como interdicción a la violencia, es decir, para impedir la arbitrariedad y violencia que da lugar al uso de la autotutela en la recuperación de bienes que se encuentran en poder de otro; otra razón que se alega es la de presunción de propiedad atribuida al poseedor de bienes, de tal modo que al defender la posesión se estaría protegiendo la propiedad; otros sostienen que con la posesión se cumple con el principio del destino universal de los bienes; etc” (HÉCTOR LAMA MORRE, 2015)<sup>374</sup>.

De esta manera, podemos concluir que, al abordar disputas, debates o conflictos relacionados con derechos o titularidades sobre bienes materiales, especialmente terrenos o inmuebles, es fundamental considerar siempre la posesión que se ejerce sobre ellos. En otras palabras, la posesión que se establece sobre los bienes constituye un elemento relevante a tener en cuenta al momento de identificar los derechos o titularidades sobre los mismos en cuestión<sup>375</sup>.

### **8.3. La posesión y la propiedad.**

“Si lo que se busca es el goce y disfrute de los bienes, y la posesión permite ello, entonces la posesión es la finalidad. La propiedad es el medio que proporciona el derecho para asegurar la posesión. La riqueza que nos brinda la naturaleza, no se obtiene por el hombre, en estricto, en virtud de la propiedad sobre los bienes; se obtiene, sin duda, por la posesión que se ejerce sobre ellos. Propiedad sin posesión es ilusión. La posesión -que lleva consigo el goce- es la finalidad; la propiedad es el medio para asegurarla”

---

<sup>373</sup> Ibidem, P. 37.

<sup>374</sup> Ibidem, P.37.

<sup>375</sup> Ibidem, P.37

(HÉCTOR LAMA MORE, 2015)<sup>376</sup>.

Como bien afirmó de manera perspicaz SALEILLES, la posesión no ha sido concebida como un bastión para proteger la propiedad, sino que, por el contrario, la propiedad ha sido establecida para garantizar la posesión. La posesión surgió antes que la propiedad. Por lo tanto, en ciertos escenarios, la posesión prevalecerá sobre la propiedad, y el caso que se ha narrado es un ejemplo de ello. La usucapión es otro ejemplo donde la posesión juega un papel relevante (HERNANDEZ GIL, 1969 citado en LAMA MORE, 2015)<sup>377</sup>

No obstante, al discutir acerca de los derechos de propiedad sobre bienes, sería contradictorio pasar por alto los derechos de posesión sobre los mismos o ignorar la realidad de la posesión, es decir, quiénes son las personas que los poseen y por qué razón lo hacen<sup>378</sup>.

#### **8.4. La posesión y el registro de la propiedad inmueble.**

“La posesión y el registro, cada uno en sus respectivos niveles, son medios de publicidad de derechos reales, y como tales cumplen un rol importante en el tráfico de bienes; al lado de la publicidad registral y del registro inmobiliario como forma e instrumento básico de la publicidad relativa al dominio y a los derechos reales sobre bienes inmuebles, conserva hoy todo su valor la figura de la posesión; no cabe duda, refiere el citado jurista español, que en el derecho moderno la posesión es también instrumento de publicidad de los derechos reales, y puede colarse en alguna medida como institución paralela de la publicidad registral” (DIEZ PICAZO y GULLON, citado en LAMA MORE, 2015).

Así también lo señala LA CRUZ BERDEJO (2008) una de las características de la posesión civil es la publicidad, tal posesión solo valdrá desde que sea patente.

---

<sup>376</sup> Ibidem, P.29

<sup>377</sup> HERNANDEZ GIL. *La Función Social de la Posesión: Ensayo de Teorización Sociológica Jurídica*. Ob. Cit. P. 56-57.

<sup>378</sup> LAMA MORE, Hector Enrique. *La posesión en la propiedad y en el Registro. Problemática en la transferencia inmobiliaria*. Ob. Cit. P. 36

“Por ello las reglas fijadas por el Derecho, con el objeto de dar seguridad a la titularidad sobre bienes, han encontrado un escenario propicio en el mecanismo denominado Registros Públicos. El acceso libre a la información, dado su carácter público, proporciona una referencia segura sobre quiénes son titulares respecto de determinados bienes; deja de lado la incertidumbre al momento de adquirirlos, pues impide la costosa averiguación de los antecedentes que dan origen al derecho de quien nos los transfiere; sin embargo, la seguridad que proporciona la apariencia jurídica que emana del registro si bien protege al tercero de buena fe, no obstante, muchas veces el sistema no proporciona mecanismos de protección al verdadero propietario o titular del derecho que mantiene la posesión del bien, pero que no tiene su derecho publicitado en el registro; vacío jurídico muy bien aprovechado por personas inescrupulosas, que ante la difícil probanza de la mala fe, terminan privando del derecho de propiedad a muchas personas” (HÉCTOR LAMA MORE, 2015).

“Es el caso de aquellos que como consecuencia de otras reglas fijadas por el Derecho, como el de la adquisición de la propiedad inmobiliaria por el simple consentimiento, quien aparece en el Registro Público como titular de un derecho, por ejemplo, de propiedad, puede no serlo; entonces la información del registro no resulta suficiente para identificar la titularidad de los derechos; en tal supuesto, debe recurrirse a otras referencias jurídicas; como las que se aluden a la conducta de las personas, es decir, la buena o mala fe en relación al conocimiento de la información registral; si conocía o estaba en condiciones de conocer que la información que proporcionaba el Registro no era exacta; resultando, en tal caso, necesaria no solo la verificación de los respectivos títulos, sino además la verificación física del bien, quienes ejercen, en los hechos, los atributos de la propiedad; dicho en otras palabras, quienes ejercen la posesión” (HÉCTOR LAMA MORE, 2015, p. 110).

Por lo tanto, al abordar la determinación de la titularidad de bienes en nuestro país, resulta fundamental adoptar un enfoque tripartito que considere la posesión, la propiedad y el registro. Solo a través de este enfoque integral es posible obtener una visión precisa de la situación. Este

es precisamente el propósito del presente trabajo.

### **8.5. Rol de la posesión frente a la propiedad y el registro.**

En la Sección Quinta del Libro Cuarto, específicamente en la sección dedicada a los Derechos Reales, del Código Civil de 1936, se establecieron las disposiciones relacionadas con los Registros Públicos. Es importante señalar que, en la versión actual del Código Civil vigente desde 1984, esta materia se ha incorporado como un libro independiente dentro de los Derechos Reales, separado del Libro Cuarto.

“Pese a dicho cambio, se mantienen aún regulaciones en ambos libros del Código Civil que no resultan compatibles para una mejor protección de los derechos de propiedad de las personas, en especial cuando se adquieren tales derechos por transmisión o por usucapión; así por ejemplo, como hemos indicado, el libro V del CC regula los citados modos de adquirir la propiedad. En relación a la transmisión inmobiliaria, nuestra norma civil - artículo 949, sigue el modelo consensualista francés, es decir, que la propiedad se adquiere en virtud del simple consentimiento entre las partes; la concurrencia de las voluntades entre la del transferente y la del adquirente permiten a este adquirir la propiedad, sin que sea necesario el traspaso posesorio del bien, ni que el derecho -del transferente ni del adquirente- se encuentre inscrito en el registro público, ello atendiendo que el derecho de propiedad no se constituye con la inscripción en el registro” (HECTOR LAMA MORE, 2015).

A pesar de lo mencionado en el párrafo anterior, donde se destaca que el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles no se constituye automáticamente por el simple hecho de su registro, las normas del Registro Público otorgan a la información registral una fuerza jurídica vinculante en relación a dicho derecho. En ciertas condiciones, esta protección se brinda al titular del derecho inscrito, incluso en perjuicio de un derecho de propiedad anterior que no esté registrado y, por lo tanto, se pierda. Todo esto se da siempre y cuando el adquirente del derecho actúe de buena fe, respetando las reglas establecidas. Ahora bien, ¿qué papel desempeña la posesión del

bien por parte del verdadero titular en todo esto?

Para ello, el doctor HÉCTOR LAMA MORE (2015) plantea el siguiente ejemplo:

*“Una persona A adquirió la propiedad de un inmueble de otra persona B, que en el registro aparecía como propietario; A, por alguna razón, no inscribe su derecho; sin embargo, B, que aún permanece en el registro como propietario, transfiere nuevamente el mismo bien a C y este inscribe su derecho. El registro protege a C frente a A, quien pierde su derecho. En este ejemplo se discute si realmente C tiene o no la condición de tercero que prevé el numeral 2014 del CC. Algunos sostienen que A no perdería su derecho; no comparto tal postura, creo que, si A demanda la nulidad del contrato de compraventa celebrada entre B y C, solo podrá vencer si prueba que C desconocía de la inexactitud de la información del registro”*

La existencia de dos regulaciones o enfoques distintos en relación a la transmisión y adquisición de propiedad inmobiliaria, uno en el libro de Derechos Reales y otro en el libro de Registros Públicos, hace que nuestro sistema legal sea vulnerable frente a situaciones como las descritas. La adquisición de la propiedad basada únicamente en un contrato, sin la posesión y sin el registro, ha demostrado ser ineficaz en la resolución de problemas significativos relacionados con la propiedad inmobiliaria.

#### **8.6. La posesión del bien, como medio de publicidad, puede desvirtuar la buena fe del adquirente.**

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha incluido en la evaluación de la buena fe registral del comprador la obligación de verificar la situación posesoria del bien que está siendo transferido.

En la sentencia CASACIÓN N° 3667-2010, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República, en su quinto fundamento se establece que:

*“QUINTO: (...) En lo que respecta al segundo requisito, sin embargo, entendiendo que la presunción de buena fe asiste al adquirente a título oneroso solo sino se acredita que conocía de la inexactitud del registro, es de advertirse conforme a las conclusiones arribadas por las instancias de mérito, ha quedado acreditado en autos que la demandante no puede alegar que le asiste la buena fe en la transferencia, toda vez que a la fecha de su adquisición conocía de la existencia , en el inmueble sub Litis, de poseedores continuos, pacíficos y públicos” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ)*

En la sentencia CASACIÓN N° 3098-2011-Lima, emitida en 2012, la Sala de la Corte Suprema dejó establecido en su decimotercer considerando que es parte de la diligencia mínima exigible al comprador verificar quién o quiénes ostentaban la posesión del bien objeto de adquisición.

*“DECIMO TERCER. Que en ,aplicación de la fe pública registral contenida en el Artículo del Código Civil han quedado establecidos por las instancias de méritos los siguientes hechos: a) con fecha 6 de abril del año 2000 la demandada constructora Odeón S.A. ha otorgado la Escritura Pública de Compraventa del inmueble ubicado en la AV: Del Aire N° 559-561 del Distrito de la Victoria a favor de los Codemandados Héctor Alejandro Regalado Villegas y cónyuge Carmen Yvone Mejía de regalado quienes han inscrito su derecho en la Partida electrónica N°43261185 de los registros Públicos de Lima. b) A la fecha de la venta en cuestión en inmueble ubicado en la AV: Del Aire N° 559-561 del Distrito de la Victoria, se encontraba en posesión de Rodrigo Enríquez Ramírez López y Carmen rosa Cruz Morí de Ramírez en calidad de propietarios por haberlo adquirido de su anterior propietario, la Constructora Odeón S:A.; c) Los demandados compradores Héctor Alejandro Regalado Villegas y cónyuge Carmen Yvone Mejía de Regalado no han actuado con diligencia mínima exigible al comprador de bienes inmuebles pues al momento de la venta no verificaron internamente las características*

*del inmueble, ni el estado físico del mismo; d) A la fecha de la presunta adquisición los demandados compradores tampoco han verificado quien o quienes detentaban la posesión del bien materia de adquisición” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ)*

En esta casación se admitió el triunfo de la posesión frente al registro, bajo el criterio que no basta la inscripción de puro papel cuando el comprador tiene pleno conocimiento de la existencia de poseedores, con lo que se desmorona la buena fe.

## **9. CONFLICTOS EN LA DOBLE VENTA DE INMUEBLES.**

### **9.1. El principio consensual y el registro**

En la transferencia de la propiedad inmueble solo el contrato traslativo y eficaz hace al acreedor propietario (art. 949 C.C.), sin embargo, si un vendedor se obliga a entregar a dos acreedores el mismo bien inmueble, en este caso se prefiere al primero que inscriba, con buena fe (art. 1135 C.C), esta regulación en el Código Civil ha llevado a la doctrina a una disparidad de criterios, pues no se sabe si el sistema de transferencia es el consenso o el registro o se trata de un error de técnica legislativa.

Pues, se hace necesario estudiar si estos dos artículos del Código Civil (arts. 949 y 1135) pueden coordinarse en un sistema coherente.

La situación conflictiva surge cuando un vendedor ha otorgado derechos incompatibles sobre un mismo bien a dos compradores diferentes, lo que se conoce como "doble venta".

Algunos autores aún no comprenden adecuadamente el sistema de inscripción declarativa (artículos 1135 y 2022) y siguen considerando que no es posible conciliarlo con la transmisión consensual establecida en el artículo 949 del Código Civil. Autores como BULLARD GONZALES (1991), así como aquellos inspirados en el análisis económico del derecho, argumentan que existen dos formas de propiedad: una relativa, que se aplica

entre las partes involucradas, y otra absoluta, que afecta a todos por igual (erga omnes)<sup>379</sup>.

Para GUNTHER GONZALES BARRÓN (2014) en su libro “*Los principios registrales en el conflicto judicial*” sostiene que:

*“todas estas afirmaciones son simples gazapos, pues resulta inadmisibile reconocer una propiedad que sea relativa o inter partes. Ello implicaría un contradictio in terminis, vale recordar que desde hace dos siglos ha sido claramente explicado la conciliación entre el sistema consensual y el registro declarativa. La propiedad, por naturaleza, es absoluta (art. 923) y si el mecanismo de transmisión opera con el solo contrato traslativo eficaz (art.949), entonces el adquirente se convierte en titular dominical para todos los efectos en virtud de la citada norma legal”<sup>380</sup>.*

Según GONZALES BARRON (2014), si se considerara cierto que el contrato de transmisión solo produce efectos entre las partes y que solo la inscripción registral otorga eficacia frente a terceros, entonces se podría argumentar que el registro declarativo perdería su relevancia a favor del registro constitutivo. Sin embargo, esta interpretación es incorrecta:

- La propiedad que no está inscrita tiene plena eficacia frente a otros propietarios no inscritos que adquieran derechos sobre el mismo bien en una fecha posterior (segunda parte del artículo 1135 del Código Civil).
- También tiene eficacia frente a los acreedores, incluso aquellos que tengan embargos inscritos sobre el bien (artículo 2022 del Código Civil).
- Asimismo, tiene eficacia frente a aquellos que carecen de cualquier tipo de título de propiedad sobre el bien (artículo 923 del Código Civil).

---

<sup>379</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo José. *La relación Jurídica Patrimonial. Reales y Obligaciones*. Lima: ARA, 1991. P. 289

<sup>380</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial* 2014, P. 66

- La propiedad tiene eficacia frente a titulares inscritos de mala fe (primera parte del artículo 1135 del Código Civil).
- Además, se considera eficaz frente a titulares inscritos que hayan adquirido el bien de forma gratuita, basándose en una interpretación analógica del artículo 2014 del Código Civil<sup>381</sup>

Según la conclusión de Gonzales Barrón, la obligación derivada únicamente del contrato de enajenación tiene eficacia frente a todas las partes, excepto en los casos en que un tercero haya registrado su derecho de buena fe, con un título oneroso y no esté realizando una inmatriculación. “La transmisión se produce para todo efecto legal y con carácter absoluto, por lo que el comprador se convierte en propietario con poderes plenos para realizar todos los actos de uso, disfrute, aprovechamiento, administración o disposición del bien” (GONZALES BARRÓN, 2014)<sup>382</sup>.

Existe una coordinación entre el principio consensual y el registro declarativo. El registro declarativo respeta el sistema de transferencia de la propiedad establecido por la ley civil, ya sea a través de un acuerdo consensual o de cualquier otra forma. La propiedad, por su naturaleza, es absoluta según el artículo 923 del Código Civil, lo que significa que el adquirente se convierte en titular de todos los efectos una vez que se ha consumado la transferencia, sin que la inscripción sea determinante. En el caso de los bienes inmuebles, la adquisición de la propiedad se produce mediante el consentimiento traslativo según el artículo 949 del Código Civil. El registro no puede alterar esta realidad, ya que su función es meramente declarativa o reconocedora de un derecho que ya existe. La falta de inscripción no priva a la adquisición del dominio, pero puede limitar excepcionalmente su eficacia en relación con ciertos aspectos específicos. Por otro lado, si el registro fuera constitutivo, el acto no tendría eficacia traslativa, ni entre las partes ni frente a terceros<sup>383</sup>.

## **9.2. Conflicto por la doble venta de un mismo inmueble**

---

<sup>381</sup> Ibidem P. 66

<sup>382</sup> Ibidem P.67

<sup>383</sup> Ibidem P.67

“El comprador no-inscrito es un propietario absoluto (art. 949 CC), pero corre el riesgo que un segundo comprador se adelante y llegue a inscribir antes que él, surgiendo el conflicto de doble venta, y por tal condición el que inscribe sea preferido en el tal conflicto (arts. 1135 y 2022, 1 CC)” (GONZALES BARRÓN, 2014).

La inscripción declarativa es un criterio de preferencia que se aplica únicamente cuando surge un conflicto entre dos títulos de propiedad, uno registrado y otro no registrado, sobre el mismo bien, siempre y cuando ambos adquirentes deriven su título de un mismo causante. La publicidad del registro (declarativo) se considera un mecanismo para resolver conflictos entre sujetos que adquieren derechos de un mismo titular<sup>384</sup>.

GUNTHER GONZALES BARRÓN (2014) afirma que: “la modernísima doctrina italiana, sigue la línea que hay una coordinación perfecta de ambos institutos: El principio consensual es la regla cardinal de la circulación no conflictiva de la riqueza, mientras la inscripción surge como criterio dirimente del conflicto ya surgido en la circulación, cuando una misma persona ha dispuesto el mismo bien a favor de dos causahabientes”<sup>385</sup>.

### 9.3. Conflictos resueltos por el registro declarativo

El principio de inscripción declarativa se halla contemplado en el art. 2022,1 CC; así también, en sustancia el art. 1135 CC. Necesitan La concurrencia de cinco requisitos<sup>386</sup>:

- 1) **El tercero inscriba su título.** El artículo 2022, numeral 1, establece que la inscripción es un requisito indispensable para disfrutar de la protección del registro. Por otro lado, el artículo 1135 del Código Civil establece que, en caso de concurrencia de acreedores, se dará preferencia al tercero cuyo título esté inscrito. No hay debate en relación a este primer requisito, cuya función es

---

<sup>384</sup> Ibidem P. 68

<sup>385</sup> Ibidem P. 69.

<sup>386</sup> Ibidem PP.70-74.

otorgar prioridad al título inscrito sobre todos aquellos que no estén inscritos.

- 2) **La buena fe.** El artículo 2022, numeral 1, se refiere exclusivamente al requisito de la inscripción, sin mencionar ningún otro requisito adicional. Por otro lado, el artículo 1135 establece que además de la inscripción, se requiere la buena fe por parte del tercero. La buena fe es un principio general del derecho que se aplica al tercero registrado. De esta manera, se tiene en cuenta este requisito de buena fe para evitar que se ampare legalmente a aquellos que actúan de manera deshonestas.
- 3) **Certeza de la propiedad originaria.** “El tercer requisito es que el causante sea común (la misma persona) frente a los dos, o más titulares derivados que entran en conflicto. En los que no hay duda del origen de la propiedad, conforme al art.1135 CC al señalar que un mismo deudor se obliga frente a dos acreedores” (GONZALES BARRÓN, 2014).
- 4) **El título oneroso.** “En el caso que A vende a B, que no inscribe, luego A dona a C, quien inscribe. La aplicación literal de los arts. 1135 y .2022 C.C traería como consecuencia la protección de C; pero es bien conocido que la confianza solo se tutela respecto de los sujetos que pueden perder la contraprestación invertida” (GONZALES BARRÓN, 2014).
- 5) **El tercero protegido no puede ser un inmatriculante.** Las disposiciones que buscan proteger la apariencia registral no son aplicables en el caso de la primera inscripción, ya que en ese momento el adquirente no depositó su confianza en el registro.

#### **9.4. Doble venta sin buena fe del comprador inscrito.**

Para GONZALES BARRON, señala que el art.1135 C.C “es la norma matriz de la inscripción declarativa, pues si bien el art. 2022 C.C responde al mismo principio, sin embargo, su excesiva generalidad hace que presente

lamentables lagunas que debe saldarse con una relación de complementariedad entre ambas disposiciones legales, es decir el art. 1135 C.C ayuda a configurar el art. 2022” (GONZALES, 2014)<sup>387</sup>.

Ahora bien, el mismo autor indica que el art. 1135 C.C claramente señala “que la preferencia del titular inscrito se encuentra subordinada a su buena fe, por lo que la protección del registro decae o queda sin efecto cuando falta dicho elemento. La mala fe del titular inscrito conlleva que los dos acreedores queden en el mismo nivel, pues si la inscripción nada otorga ni concede, entonces ambos sujetos se hallan en plano de igualdad, en cuanto regresan al punto de partida, por lo cual, la regla de preferencia, que ya no es el registro, es la antigüedad del título” (GONZALES BARRÓN, 2014)<sup>388</sup>.

Entonces, “si la apariencia registral pierde relevancia, entonces nuevamente la realidad jurídica retoma su nivel y esa realidad implica que el primer comprador, por antigüedad del título, es propietario del bien (art.949 C.C), por lo tanto, el segundo comprador, aun inscrito, pero con la decadencia de la protección registral por mala fe, nada adquiere, pues su contrato tipifica como venta de bien ajeno (art. 1409 C.C)por lo que el comprador pierde el bien, y solo le quedan los remedios contractuales de rescisión de contrato (art.1539 C.C) o saneamiento por evicción (art. 1491 CC), para lograr la restitución del precio y, si fuese el caso una indemnización” (GONZALES BARRÓN, 2014)<sup>389</sup>.

“La buena fe es tan importante que en el art.1135 CC, de forma expresa, lo menciona en primer lugar, incluso antes que la inscripción “*el acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito*”, siendo una exigencia fundamental para efectos que juega la mecánica de la apariencia, pues la culpa del propietario originario en crear una situación aparente hace que la buena fe del tercero genere una posición jurídica prevalente en la ponderación de intereses. Por el contrario, sin buena fe, la apariencia queda

---

<sup>387</sup> Ibidem P 76.

<sup>388</sup> Ibidem P 77

<sup>389</sup> Ibidem P78

desvelada a favor de la realidad, que pasa a tener relevancia exclusiva, por tanto, el comprador con título más antiguo, que es el propietario “real” según el art. 949 CC, tiene preferencia en el conflicto de títulos” (GONZALES BARRÓN, 2014)<sup>390</sup>.

La mala fe descarta a la protección registral, por lo que en este caso se aplica las reglas del derecho común, al estilo del art. 2022 CC, segundo párrafo.

“El principio de la buena fe está presente en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil con motivo de la doble venta de un bien inmueble o mueble, respectivamente. Debe entenderse que también lo exige el artículo 2022 del Código Civil que regula la oponibilidad de derechos reales respecto de inmuebles, pues el derecho no podría preferir a una persona que ha llegado al registro sin haber actuado de buena fe” (CASACIÓN 2866-2013-La Libertad, CORTE SUPREMA DEL PERÚ).

“Igualmente, la buena fe se le exige a quien se reclama ser un tercero registral, conforme lo establece el artículo 2014 del Código Civil, Cas. 2866-2013-La Libertad. Es decir, el principio de la buena fe [buen comportamiento, lealtad y honestidad], está presente expresa y/o implícitamente en toda la normatividad de nuestro Código Civil [ver artículo 168 del Código Civil, que reconoce a la buena fe, como un principio; o ver el artículo 1362 del Código Civil, que reconoce a la buena fe, como una regla], cuando se trata de concurrencia de dos o más personas que se reclaman titulares de un derecho real respecto de un bien” (PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL del PODER JUDICIAL).

### **9.5. La buena fe y la importancia de la posesión**

“Los sistemas registrales extremistas, basados en la verdad oficial y en las inscripciones constitutivas, pretenden dejar de lado la posesión. El registro es un conjunto de libros públicos avalados por el Estado a través del

---

<sup>390</sup> Ibidem P.78

control de la legalidad, entonces la posesión aparece como un remora del pasado. El registro se erige en la institución propia de la racionalidad, que asegura el progreso y el desarrollo económico, mientras que la posesión se considera un peligroso remanente de una época de irracionalidad, por lo que convendría privarle de efectos hasta su gradual superación” (GONZALES BARRÓN, 2014)<sup>391</sup>.

“En realidad, las cosas son distintas, como lo ha manifestado Rodolfo Sacco, que la propiedad es el instrumento jurídico para lograr el disfrute de la riqueza material; y teniendo en cuenta que el disfrute presupone la posesión, entonces se concluye que la propiedad es el medio, mientras que la posesión es el fin; y, evidentemente, desde una perspectiva teleológica de las cosas, el fin se encuentra en situación de primacía” (GONZALES BARRÓN, 2014)<sup>392</sup>.

Como se ha expresado anteriormente, la idea de propiedad sin posesión carece de sentido, mientras que la posesión sin propiedad todavía tiene relevancia y significado. Esto demuestra claramente que uno es el fin deseado y el otro es el medio para alcanzarlo.

“El registro es un mecanismo exclusivamente técnico, artificial, de carácter asegurador, pero jamás puede fundar la propiedad. Por tanto, la solución lógica es que el registro nunca sea constitutivo, pues la propiedad es una expresión de las relaciones vitales, y no una simple suma de artificios” (GONZALES BARRÓN, 2014).

La jurisprudencia más reciente respalda el criterio a favor de la posesión. Un ejemplo de ello es la sentencia (Casación N° 3667-2010, emitida el 21 de junio de 2011), donde se reconoce el triunfo de la posesión sobre el registro. En este caso, se ha demostrado que el comprador no actuó de buena fe en la transferencia, ya que al momento de adquirir el bien era consciente de la presencia de poseedores continuos, pacíficos y públicos en

---

<sup>391</sup> Ibidem P.80

<sup>392</sup> GONZALES BARRON, GUNTHER. «El Ascenso imparable de la posesión. Analisis y Critica Jurisprudencial.» *Dialogo con la Jurisprudencia* (Gaceta Juridica), n° 180 (setiembre 19), P. 85

la propiedad en disputa. Como resultado, se desestima la buena fe en esta situación.

En otra sentencia (Casación N° 3098-2011, emitida el 30 de julio de 2012), se estableció que es parte de la diligencia mínima requerida por parte del comprador verificar quién o quiénes poseen el bien objeto de adquisición.

Siguiendo el mismo criterio, se ha decidido en la casación N° 3187-2013-Cajamarca, emitida el 22 de octubre de 2014 (fundamento décimo), y en la casación N° 1589-2016-Lima Norte, emitida el 9 de mayo de 2017, en cuyo fundamento sexto se indicó:

*"además que el recurrente conocía de la posesión de la demandante, siendo que un comprador diligente no solo intenta conocer quién ocupa el inmueble que pretende adquirir, sino a título de qué lo ocupan"* (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ)

En línea con el mismo criterio, se aplicó esta misma postura en la Casación N°11620-2016-Junín, emitida el 27 de marzo de 2018, donde se mencionó en su fundamento 6.9:

*"la Sala de mérito debe considerarse que la buena fe no solo se acredita con revisar los antecedentes registrales o con obtener anticipadamente al negocio jurídico de compraventa el certificado de gravamen, sino que exige se tenga que indagar sobre la situación real del inmueble"* (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ)

En el PLENO JURISDICCIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL (2022), Lima 28 y 29 de abril de 2022, en el tema de debate sobre el mejor derecho de la propiedad se debatió la pregunta:

*"¿Quién tiene el mejor derecho de propiedad, quien inscribió su derecho en los registros públicos y no posee el inmueble o el que*

*posee el inmueble y no inscribió su derecho en los registros públicos?”<sup>393</sup>.*

“Para responder a esta pregunta se debatió la tercera posición, quien llega al Registro [segundo comprador], debe, además, tener buena fe [objetiva], es decir, desconocer que el deudor se ha obligado a entregar previamente el bien a otro sujeto [primer comprador] y, que éste, ya tomó posesión del bien. El segundo comprador debe actuar con una diligencia mínima [ser un comprador diligente, esto es, no sólo hacer un estudio de los títulos en el Registro, sino, además, verificar la situación del inmueble antes de comprarlo]. El segundo comprador, por una diligencia promedio, luego de celebrar el contrato de compraventa y pagar la cuota inicial y/o cancelar el precio, debe tomar posesión del inmueble, caso contrario, debe presumirse que conocía o estaba en razonable aptitud de conocer que el inmueble estaba ocupado por otra persona distinta a su vendedor [el primer comprador]” (PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL, Poder Judicial)<sup>394</sup>.

En el pleno se ha concluido que:

*“el segundo comprador, debe ser preferido SÓLO si ha actuado de buena fe [buena fe objetiva y/o buena fe comportamiento], al celebrar el contrato de compraventa e inscribir su título, caso contrario, debe ser preferido el primero comprador, que tiene la posesión del inmueble y, además, tiene un contrato de compraventa en documento privado [arts. 1135 y 949 del CC]” (PODER JUDICIAL DEL PERÚ)<sup>395</sup>.*

Esta tercera posición, expresa y/o implícitamente sigue una sólida línea jurisprudencial que cada vez encuentra mayor aceptación en los operadores de justicia [Cas. 3667-10-La Libertad; Cas. 3098-11-Lima;

---

<sup>393</sup> PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL, Lima 28 y 29 de abril de 2022

<sup>394</sup> PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL, Lima 28 y 29 de abril de 2022

<sup>395</sup> PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL, Lima 28 y 29 de abril de 2022

Cas.1483-13-Lima; Cas. 3187-2013-Cajamarca; Cas. 2338-2014-Lima Norte; Cas. 34-2018-Arequipa; y, Cas. 3272-2018-Junín]<sup>396</sup>.

En la misma línea se encuentra el Tribunal Constitucional (TC) en la Sentencia 0018-2015-PI/TC, donde se establece que para que una persona sea amparada por el Registro, debe haber actuado con diligencia y haber realizado una investigación previa antes de celebrar el contrato<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup>PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL, Lima 28 y 29 de abril de 2022

<sup>397</sup>PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL, Lima 28 y 29 de abril de 2022.

## SUB- CAPITULO IV

### BASES FILOSÓFICAS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 4.1. La propiedad a la luz de la teoría subjetiva del derecho

“Analizar los fenómenos jurídicos desde sus bases ayuda – en ocasiones- a evitar grandes disputas sobre temas que poco o nada contribuyen a solucionarlos. En el proceso de las construcciones dogmáticas sobre la transferencia de la propiedad, es probable que se haya perdido de vista la naturaleza jurídica del derecho de propiedad como derecho subjetivo, de igual forma, es posible que se haya apartado del análisis ex ante a la decisión legislativa de adoptar determinado sistema de transmisión, factores como la realidad social, política y cultural. Es por ello que más allá de si el registro constitutivo puede o no crear derechos, de si la inscripción es la forma de adquirir el dominio que sirve de lucha contra la clandestinidad, de si la transmisión espiritual (consensual) es la forma adoptada más ágil para transferir o no, entre otras posturas; el *quid* puede ser analizado desde la esencia misma del Derecho de Propiedad, esto es, desde su estructura general como Derecho Subjetivo. Partiendo de ello, notaremos que la propuesta de sistemas como el nuestro, sólo representa un despropósito frente a un valor esencial superior como lo es el reconocimiento del derecho de propiedad” ( GARCIA, citado en ESCAJADILLO CHIMAYCO)<sup>398</sup>.

Sostiene el doctor TRABUCCHI (1967) que: “*el titular de un derecho subjetivo puede parangonarse al hombre que tiene el poder de pulsar un interruptor de corriente eléctrica, aprovechándose de una fuerza ajena a él*”<sup>399</sup>. Según ESCAJADILLO, el concepto fundamental del derecho subjetivo reside en que es una facultad otorgada por el ordenamiento jurídico, y no surge directamente del titular. Esta facultad

---

<sup>398</sup> GARCIA GARCIA , JOSE MANUEL. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Vol. II. Madrid: CIVITAS, 1993, P.65

<sup>399</sup> TRABUCCHI, ALBERTO. *Instituzione del Derecho Civil*. Traducido por LUIS MARTINEZ CALCETERRA. Madrid: Editorial de derecho privado, 1967, P.53

solo puede ser ejercida una vez que el derecho ha sido reconocido formalmente.

De esta manera, el derecho subjetivo es asimilado por BARBERO citado en ESCAJADILLO “como el resultado de una protección jurídica actuada para todos por el derecho objetivo, por el ordenamiento jurídico”<sup>400</sup>

Se entiende que la concepción del derecho, tanto en el ámbito jurídico como en general, se refiere a la facultad legítima que tiene el ser humano para llevar a cabo acciones que contribuyan a sus propios fines en la vida. En este sentido, el ejercicio de este derecho requiere que sea reconocido oficialmente, ya sea mediante la subordinación del hecho a una norma jurídica o a través del reconocimiento judicial por parte de una autoridad competente al resolver una disputa. Es decir, para que un derecho sea considerado como tal en el sentido estricto del término jurídico, es necesario su previo reconocimiento por parte del Estado, lo cual implica una valoración jurídica de los intereses o actividades de las personas que demuestre su relevancia social y justifique su reconocimiento normativo (ROSARIO 2005, 103)<sup>401</sup>.

“Es evidente que, al respecto y en el transcurso de la historia, se han presentado diversas teorías esbozadas respecto a la noción del derecho subjetivo, las mismas que han sido recogidas y muy bien explicadas por el profesor” (ESCOBAR, 1998, citado por ESCAJADILLO)<sup>402</sup>. En relación a esto, nos limitaremos a realizar un breve resumen de los planteamientos expuestos por el doctor Escobar con el objetivo de enriquecer el contenido de esta sección:

---

<sup>400</sup> BARBERO, DOMENICO. *Sistema del Derecho Privado. Parte Preliminar - Parte general*. Traducido por SANTIAGO SENTIS MELENDO. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa -America, 1967, P.168.

<sup>401</sup> ROSARIO, NICOLÒ. «La situaciones jurídicas subjetivas.» Editado por CARLOS ZAMUDIO ESPINAL. *ADVOCATUS* (Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), nº 12 (2005). P.103

<sup>402</sup> ESCOBAR, FREDY. «El Derecho Subjetivo. Consideraciones en Torno a su esencia y estructura.» *Ius Et Veritas*, nº 16 (1998) PP. 280-298.

*“(i) **La teoría de la voluntad:** Elaborada por los principales representantes de la Escuela Histórica del Derecho, considerando al primero en sostener dicha concepción voluntarista a Friedrich Carl von Savigny, al considerarse el derecho subjetivo como un poder de la voluntad individual, siendo la voluntad, el elemento central del derecho subjetivo. Siendo modificada luego por Windscheid, quien intentó eludir la crítica de Ihering sin resultar satisfactoria su apreciación.*

*(ii) **La teoría del interés:** Siendo el segundo intento de la doctrina por definir el derecho subjetivo, tuvo como autor a Rudolf von Ihering, el mismo que oponiéndose a la concepción voluntarista sostuvo que el elemento central no era la voluntad de la persona, sino el interés. Sosteniéndola sobre la base de que existen supuestos en los cuales sujetos sin voluntad, como niños o enfermos mentales, son titulares de derechos subjetivos. Considerando al interés (entendido como la expresión del valor de un bien en relación al sujeto) como uno de los elementos, siendo el otro, la protección del interés por el ordenamiento jurídico, redefiniéndola luego tras ser consciente de que existían intereses jurídicamente protegidos que no constituían derechos subjetivos.*

*(iii) **La teoría de la protección:** Elaborada luego de la de Ihering, siendo su autor Augusto Thon, también citado por (BARBERO 1967, 166), quien precisó que el elemento esencial no era el interés protegido, sino la protección del interés. Partía de la distinción de que una cosa era el fin del derecho subjetivo, y otra, el derecho subjetivo mismo, considerando así que el derecho subjetivo era el medio de protección de un interés<sup>403</sup>.*

*(iv) **La teoría ecléctica o mixta:** Elaborada paralelamente a la teoría de la protección, defendiendo como concepto de derecho subjetivo al poder de la voluntad limitado por el interés al cual*

---

<sup>403</sup> BARBERO, Domenico. Ob. Cit. P. 166

*tutelaba y por el que adquiriría fuerza jurídica citado por (TRABUCCHI 1967)<sup>404</sup>.*

*(v) La teoría de las facultas agendi: Formulada años después de la teoría ecléctica, se apartó de los límites trazados por las teorías de la voluntad y del interés, considerando al derecho subjetivo como una posibilidad de obrar, es decir, el poder de obrar voluntariamente dentro de los límites que la ley imponía” (ESCAJADILLO CHIMAYCO en ¿Propiedad sin Registro? Reflexiones en torno a la transferencia de la propiedad en el Perú)*

Después de examinar la dimensión estática del derecho subjetivo, es pertinente examinar también su aspecto dinámico, que resulta fundamental para el presente estudio. En este sentido, haré referencia al trabajo de GETE - ALONSO (1997), resumiendo lo más relevante de su lectura.

“Para empezar, y como sustento de lo propuesto, la autora en referencia menciona que el nacimiento de un derecho subjetivo se da con la producción del hecho al que el ordenamiento liga tal efecto, tras concurrir todos los presupuestos y requisitos que se exigen en cada caso concreto; es así que se analiza la adquisición del derecho en la esfera jurídica del titular distinguiéndose en distintos tipos o modos de adquisición, tomando como criterios” (ESCAJADILLO CHIMAYCO)<sup>405</sup>:

*“(i) Respecto a la eficacia que se reconoce a la voluntad humana pueden ser:*

*- Adquisición ex lege: Es decir, se atribuye el derecho al titular con independencia de la voluntad humana, tras la concurrencia y requisitos de cada caso. Por ejemplo: El nacimiento.*

---

<sup>404</sup> TRABUCCHI, Aleberto. Ob. Cit. P. 54

<sup>405</sup> GETE - ALONSO, María del Carmen. Ob. Cit. P.415

- *Adquisición voluntaria o negocial: Aquí se determina el efecto adquisitivo con la voluntad humana. Por ejemplo: En lo negocial, a la compraventa. Y en la voluntaria, pero no negocial al daño.*

*(ii) Por la dependencia o independencia de la situación jurídica:*

- *Adquisición originaria: Es decir, ex novo, la adquisición se da sin relación de causalidad con una situación jurídica anterior. Por ejemplo: El autor de una obra.*

- *Adquisición derivativa: En este caso sí se presenta la relación de causalidad con el anterior titular, basándose, fundamentándose y derivando de este la adquisición del derecho, sintetizándose en la regla del *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haber*, es decir: que nadie puede transmitir a otro más derecho de los que uno tiene. Del mismo modo se diferencia en la adquisición derivativa a la adquisición traslativa y a la constitutiva; manteniéndose, en la primera, el mismo derecho con sólo un cambio de titular. En la segunda, derivativo constitutiva, la creación del nuevo derecho se da sobre la base del preexistente, o sea, limitándolo, por ejemplo: La constitución de una servidumbre de paso o de un usufructo.*

*(iii) Por formación del supuesto de hecho al que se otorga eficacia: En este punto es preciso un análisis sesudo, puesto que partiendo de aquí es que se fundamentan muchas aristas del presente trabajo.*

- *Adquisición instantánea: En este caso la producción del hecho previsto y la adquisición del derecho se dan simultáneamente, por ejemplo, la donación de un bien mueble, en el caso peruano, con un valor menor al 25% de la UIT conforme al artículo 1623° del Código Civil.*

- *Adquisición sucesiva: Se da por la concurrencia de un hecho complejo o de varios, de tal forma que, de no producirse el último, no se da la total y definitiva adquisición. Considerando que entre*

*el espacio temporal que media entre el primer hecho hasta el último, la situación del definitivo adquirente puede variar, considerando que sólo tiene un derecho interino, en palabras del ya citado Trabucchi” (ESCAJADILLO CHIMAYCO).*

Luego de examinar la estructura y dinámica de los derechos subjetivos, en particular su relación con el derecho de propiedad, procederé a explorar diferentes factores que considero significativos. Por lo tanto, es importante que el lector tenga una comprensión clara de los conceptos abordados hasta este punto, partiendo del supuesto de que la transferencia del derecho de propiedad con respecto a la adquisición derivada de su titular anterior constituye una adquisición derivada por medio de un acto negocial, que implica una sucesión de derechos según el esquema desarrollado.

#### **4.2. El Racionalismo Jurídico.**

En el siglo XVII, el derecho experimentó la influencia del racionalismo, una corriente filosófica que abogaba por reglas de convivencia universales y eternas. Este enfoque pone al hombre como punto de partida, valorando su capacidad racional. En la modernidad, el derecho otorga un gran poder a la voluntad como fundamento de los derechos subjetivos, el derecho objetivo y el estado. El contrato, la propiedad, la transferencia de la propiedad, la ley y el estado se basan en la voluntad humana. El derecho moderno es individualista y voluntarista debido a las bases teóricas que lo respaldan (GOÑI 2000, 138)<sup>406</sup>

#### **4.3. Influencia de los contractualistas ilustrados en el derecho de propiedad privada**

El contractualismo es una teoría política que se basa en el concepto del contrato social. Según esta teoría, los habitantes de un territorio acuerdan someterse a la autoridad de una persona o grupo de personas, quienes tienen la responsabilidad de proteger a los ciudadanos, garantizar sus derechos naturales y administrar justicia. El estado previo al contrato

---

<sup>406</sup> GOÑI, Carlos. *Breve Historia de la Filosofía*. Madrid, 2000, P.138

social se conoce como el Estado de naturaleza, y el resultado del contrato es el Estado civil. En el Estado de naturaleza se considera que las personas vivían en un estado salvaje, mientras que en los Estados civilizados se establecen sistemas republicanos gobernados por la ley.

La teoría contractualista, influenciada por el racionalismo de Descartes, tuvo como resultado la transformación del poder absoluto del monarca, quien anteriormente justificaba su autoridad en una atribución divina. Entre los representantes más destacados de esta teoría política se encuentran Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau.

#### **4.3.1. El derecho de propiedad privada de Thomas Hobbes.**

Según el pensamiento de Hobbes (2006), antes de establecer un gobierno civil, los seres humanos son naturalmente iguales y vivían en condiciones prácticamente idénticas tanto física como intelectualmente. Sin embargo, esta igualdad no se consideraba positiva, sino que generaba un estado de inseguridad.

*“La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre y, a veces evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno no pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él. En efecto por lo que respecta a la fuerza corporal, el más débil tiene bastante fuerza para matar al más fuerte, ya sea mediante secretas maquinaciones o confederándose con otro que se halle en el mismo peligro que él se encuentra. En cuanto a las facultades mentales yo encuentro aun una igualdad más grande entre los hombres, que en lo referente a la fuerza”<sup>407</sup>.*

---

<sup>407</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Decimo cuarta reimpresión. Traducido por Manuel SÁNCHEZ SARTO. Mexico: Fondo de Cultura economica Mexico, 2006. P. 100

Según Hobbes, la igualdad entre los seres humanos genera desconfianza y, a su vez, la desconfianza conduce a la guerra. La igualdad tiene consecuencias negativas, ya que, si dos personas desean lo mismo, no podrán disfrutarlo juntas. En cambio, se convierten en enemigos y buscan aniquilarse o subyugarse mutuamente<sup>408</sup>.

Continuando con las ideas de Hobbes, afirma que fuera del estado civil, siempre hay una guerra de todos contra todos. Además, no existe una autoridad que pueda determinar qué es justo o injusto, ni distinguir entre lo que es mío y lo que es tuyo. El resultado es un estado de guerra generalizada.

*“En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera del lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley no hay justicia (...) Es natural también que en dicha condición no exista propiedad ni dominio, ni distinción entre lo tuyo y mío; solo pertenece a cada uno lo que pueda tomar y solo en tanto que pueda conservarlo” (GRANADOS y ROJAS, 2014)<sup>409</sup>*

“Se plantea como una de las mayores causas de discordia la ausencia de autoridad que asegure la conservación de la vida y de la propiedad, aquí prevalece la incertidumbre y el miedo a la muerte violenta. En el estado de naturaleza la diferencia entre *meum* y *tuum* se encuentra definida en la fuerza (*dominium*). Los bienes escasos son de quien los tome y permanecen en su poder de quienes sean capaces de retenerlo. La propiedad se encuentra directamente vinculada a la preservación de la vida. Propietario es aquel que tiene el derecho (la fuerza y el *dominium*) de conservar la vida y los bienes” (GRANADOS y ROJAS, 2014)<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> Ibidem P. 101

<sup>409</sup> Ibidem P.104

<sup>410</sup> LAGARRIGUE, Maximiliano, citado por GRANADOS ALFARO, Milena Gabriela, y Claudio Cesar ROJAS CASTRO. «El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura.» P. 21

A partir de lo mencionado, se puede inferir que, según Hobbes, en el estado de naturaleza no existe la propiedad privada y, por lo tanto, tampoco existe un derecho natural previo al contrato social que establece el Estado.

*“En esta ley de la naturaleza consiste en la fuente y origen de la justicia. En efecto donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas (seguimos hallándonos en situación de guerra): por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho el pacto romperlo es injusto” (HOBBS citado en CABALLERO, 2010)<sup>411</sup>.*

El siguiente paso consiste en la formación de la sociedad civil, la cual está justificada a través del pacto social. Mediante este pacto, la multitud delega y transfiere su fuerza o poder a la autoridad soberana, quien se convierte en el propietario absoluto. La función del soberano es administrar el uso de la propiedad y impartir justicia, utilizando la razón en lugar de la fuerza.

*“La justicia y la propiedad comienzan con la constitución del Estado. (...) Por tanto, antes de que tengan un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de erigirse el Estado. Por tanto, donde no hay suyo, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado no hay propiedad” (GRANADOS Y ROJAS, 2013)<sup>412</sup>.*

Según PIPES (1999):

---

<sup>411</sup> HOBBS, Thomas ob. Cit. Cap- XV, P. 118

<sup>412</sup> Ibidem. PP 118-119

*“Hobbes comenzó sus estudios sobre la “justicia natural” preguntándose sobre qué bases alguien podía pretender que una cosa concreta era suya. Decidió que la propiedad no se deriva de la naturaleza sino del consentimiento, dado que, en el estado de la naturaleza, la cual él y muchos en su tiempo entendían como una condición en la que los bienes no pertenecen a nadie, la competencia por ellos producía una “guerra de todos contra todos”<sup>413</sup>.*

Finaliza PIPES, “Hobbes despreciaba la idea de que la libertad fuera un “patrimonio privado” o un “derecho de nacimiento”: desde su punto de vista, la libertad era conferida por la autoridad soberana. La propiedad privada es la creación del Estado que protege a los dueños de los abusos de sus conciudadanos”<sup>414</sup>.

#### **4.3.2. El derecho de propiedad privada de John Locke**

Las ideas de Locke, son opuestas a las ideas absolutistas de Hobbes. Sin embargo, ambos comparten el Estado de naturaleza antes del contrato social.

##### **a) El Estado de naturaleza.**

Para (LOCKE 2006), no existe la guerra de todos contra todos en el Estado de naturaleza, sino, afirma la idea de derechos naturales y de la razón en ese Estado de igualdad.

“Es también un estado de igualdad, en el que todo el poder y jurisdicción son recíprocas y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás. Nada hay más evidente que el que criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades, hayan de ser también iguales entre sí, sin subordinación o

---

<sup>413</sup> PIPES, Richard. *Propiedad y libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*.

Editado por Editor digital: Titivillus. 1999, P 37

<sup>414</sup> Ibidem P. 37

sujeción de una a otras” (LOCKE citado en GAITAN HIDALGO, 2006)<sup>415</sup>.

En el Estado de naturaleza, el hombre no era el lobo del hombre, por el contrario, en el estado de naturaleza se basa en la ley, la razón y la igualdad. El estado de naturaleza es un estado de libertad y de igualdad. Es un estado donde los hombres racionales están limitados por la ley.

*“Para entender el poder político correctamente, y para deducirlo de lo que fue su origen, hemos de considerar cual es el estado en que los hombres se hallan por naturaleza. Y es este un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre”* (LOCKE citado por ALZATE y MOJICA, <sup>416</sup>.

**b) El deber de preservación y sus consecuencias.**

Comenta (TOYAMA MIYUGUSUKU 1998) “La limitación a este estado de naturaleza, a las libertades del hombre, es que éste no puede destruirse a sí mismo ni a otros seres humanos ni criaturas que existan en la tierra, salvo que sea necesario para su propia preservación (6). En esta línea, como todos los hombres son iguales e independientes, nadie debe dañar a los demás en su «vida, salud, libertad o posesiones» porque todo es de propiedad de Dios (6). En otras palabras, la responsabilidad por la preservación de la especie humana reside en cada uno de los hombres individualmente considerados: hay un deber universal de auto preservación y no existe una guerra de todos contra todos como hablaba Hobbes”<sup>417</sup>

---

<sup>415</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducido por Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 2006. P.10

<sup>416</sup> Ibidem P. 10

<sup>417</sup> TOYAMA MIYUGUSUKU, Jorge Luis. «El Derecho de Propiedad en John Locke.» *Pensamiento Constitucional* (Revista PUC) 5 (1998). P. 289.

“En el estado de naturaleza, todos los hombres tienen la obligación y el derecho de preservarse. Dios, como apunta Locke, dio la propiedad de la tierra y todo lo que existe en ella a Adán y, con ello, se la dio a toda la humanidad, no se la otorga a nadie en particular -por ejemplo, a Adán- porque no «existe un dueño universal en la tierra»<sup>418</sup>.

El estado de naturaleza se refiere a una condición en la cual el poder de hacer cumplir la ley natural recae exclusivamente en cada individuo y no se ha convertido en un poder comunitario institucionalizado y organizado. En este contexto, se justifica la aplicación de la justicia "por mano propia" en la medida en que aquellos que amenazan la vida o la propiedad de otros, en última instancia, están yendo en contra de Dios al no cumplir con los mandatos divinos de preservar la propia vida sin dañar a los demás<sup>419</sup>.

### c) El nacimiento del derecho de propiedad.

En el estado de naturaleza la propiedad es común a toda la humanidad. Locke, cita al Rey David: “Dios ha dado la tierra a los hijos de los hombres, es decir que se le ha dado a toda la humanidad para que esta participe en común de ella”<sup>420</sup>.

Locke fundamenta y defiende la legitimidad de la propiedad privada, considerándola un derecho natural. Según su perspectiva, el estado no es la fuente original de la propiedad, sino que se limita a reconocer y proteger este derecho. Locke apoya sus argumentos citando la Biblia y afirma que Dios ha otorgado a la humanidad una propiedad común. Además, destaca que Dios ha proporcionado a los seres humanos la razón como medio para aprovechar mejor la vida y promover la convivencia.

“Dios, que ha dado en común el mundo a los hombres, también les ha dado la razón, a fin de que hagan uso de ella para conseguir mayor beneficio de la vida, y mayores ventajas. La tierra y todo lo que hay en

---

<sup>418</sup> LOCKE, John, ob cit. P. 12

<sup>419</sup> TOYAMA MIYUGUSUKU, Jorge Luis. Ob.Cit. P. 290

<sup>420</sup> LOCKE, John, ob cit. P. 12

ella le fue dada al hombre para soporte y comodidad de su existencia”<sup>421</sup>.

Según Locke, la propiedad tiene su origen cuando un hombre se dedica a trabajar para obtener los objetos de la naturaleza que no pertenece a nadie. Esto es así, porque nosotros, somos nuestros propios dueños y dueños de todo lo que producimos con nuestro trabajo.

*“Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquiera cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. Porque este trabajo, al ser indudablemente propiedad del trabajador, da como resultado el que ningún hombre, excepto él, tenga derecho a lo que ha sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes comunes para los demás” (LOCKE citado en LAWRENCE SALOMÉ, 2018)<sup>422</sup>.*

En el estado de naturaleza, los bienes no tienen un dueño específico y existe un mandato divino de preservar y conservar la humanidad. Con el fin de vivir o sobrevivir, el ser humano utiliza las habilidades y facultades que Dios le ha otorgado para recolectar frutas, cazar animales, cultivar la tierra y cuidar de los animales, entre otras actividades<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> Ibidem P. 33

<sup>422</sup> Ibidem P. 34

<sup>423</sup> TOYAMA MIYUGUSUKU, Jorge Luis. Ob.Cit. P. 291

El trabajo, por tanto, es la fuente primordial y fundamental de la propiedad sobre los bienes y la tierra. Esencialmente, se trata de un derecho y un deber trabajar. Dado que el individuo es dueño de su propia vida, al emplear su esfuerzo físico en los bienes naturales, los hace propios. El trabajo, en resumen, permite adquirir bienes a nivel personal y establece una relación de propiedad<sup>424</sup>.

*“Dios ha dado a los hombres el mundo en común; pero como se lo dió para su beneficio y para que sacaran de él lo que más les conviniera a su vida, no podemos suponer que fuese la intención de Dios dejar que el mundo permaneciese siendo terreno comunal y sin cultivar. Ha dado el mundo para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad, y no los delirios y la avaricia de los revoltosos y los pendencieros. Aquél a quien le ha quedado lo suficiente para su propia mejora, no tiene necesidad de quejarse, y no debería interferirse en lo que otro ha mejorado con su trabajo. Si lo hiciera, sería evidente que estaba deseando los beneficios que otro ya había conseguido como fruto de su labor, cosa a la que no tendría derecho. Y no estaría deseando la tierra que Dios le dió en común con los demás, y de la cual quedaba tanta y de tan buena calidad como la que ya había sido poseída, e incluso mucha más de la que él podría utilizar o abarcar con su trabajo” (LOCKE citado en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE UNAM)<sup>425</sup>.*

El trabajo realizado por los seres humanos da lugar a la desaparición de la propiedad común y al surgimiento de la propiedad individual sobre los bienes y la tierra. Según la orden divina, Dios encomendó al hombre trabajar en la tierra, lo cual justifica la existencia de propiedades individuales. En pocas palabras, el derecho de propiedad se fundamenta en el trabajo humano, ya que la apropiación de bienes se lleva a cabo con la autorización divina<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> Ibidem P. 291

<sup>425</sup> LOCKE, John, ob cit. P. 39

<sup>426</sup> TOYAMA MIYUGUSUKU, Jorge Luis. Ob.Cit. P. 292

#### d) Definición del derecho de propiedad.

Varios expertos han argumentado que Locke utiliza el término "propiedad" en dos sentidos diferentes: en ocasiones se refiere a los activos materiales ("bienes") y en otras ocasiones lo emplea en un sentido más amplio, relacionado con los derechos generales establecidos en el Derecho Natural. Sin embargo, un análisis más detallado revela que Locke utiliza de manera coherente el concepto en su sentido más amplio. Como él mismo menciona en una ocasión, cuando utiliza la palabra "propiedad", se refiere a la propiedad que los individuos tienen sobre sí mismos, así como sobre sus bienes, lo cual abarca "la vida, las libertades y el patrimonio"<sup>427</sup>.

“Al nacer el hombre –como ya hemos probado– con derecho a la libertad perfecta y a disfrutar sin cortapisas todos los derechos y privilegios que le otorga la ley de naturaleza, y en igual medida que cualquier otro hombre o grupo de hombres en el mundo, no sólo tiene por naturaleza **el poder de proteger su propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes, frente a los daños y amenazas de otros hombres**, sino también el de juzgar y castigar los infringimientos de la ley que sean cometidos por otros, y en el grado que la ofensa merezca; tendrá, incluso, el poder de castigar con la pena de muerte cuando, en su opinión, la atrocidad del crimen así lo requiera”<sup>428</sup>.

#### 4.3.3. El derecho de propiedad privada de Jean -Jacques Rousseau

El derecho de propiedad fue abordado por ROUSSEAU, en gran parte en su obra, *EL origen de la desigualdad entre los hombres*, al iniciar la segunda parte de esta obra, señala que:

*“el primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir: Esto es mío y hallo gentes bastante simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras,*

---

<sup>427</sup> PIPES; Richard, Ob. Cit. P. 40

<sup>428</sup> LOCKE, John, ob cit. P. 86

*asesinatos; cuantas miserias y horrores habría evitado al género humano aquel que hubiese gritado a sus semejantes, arrancando las estacas de la cerca o cubriendo el foso: ¡Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra de nadie!” (ROUSSEAU citado por AYVAR ACOSTA)<sup>429</sup>.*

Al igual que Locke, Hobbes y Rousseau comparten la teoría contractualista y utilizan la argumentación empírica como método para plantear sus propuestas. Estos filósofos también están influenciados por el iusnaturalismo, que sostiene la existencia de derechos naturales previos a la formación del Estado. Sin embargo, Rousseau, al igual que Hobbes, no considera la propiedad como un derecho natural, sino que la ve como la causa de la desigualdad y el sufrimiento entre los seres humanos. (GRANADOS ALFARO y ROJAS CASTRO, 2014)<sup>430</sup>.

#### **a) El buen salvaje.**

En el Estado de naturaleza, no existía la propiedad de ningún tipo. El ser humano era un salvaje (un buen salvaje) como cualquier bestia silvestre con un leve uso de razón:

*“El primer sentimiento del hombre fue el de su existencia; su primer cuidado el de su conservación. Los productos de la tierra le proveían de todo lo necesario, el instinto le llevo a usarlos” (ROUSSEAU citado en GRANADOS y ROJAS, 2014)<sup>431</sup>.*

“Le bastaba con saciar sus instintos de conservación. Consecuentemente no existía ni necesidad, ni deseo de poseer o apropiarse de algún material, le era suficiente con tomar de la naturaleza lo más imperioso” (GRANADOS ALFARO y ROJAS CASTRO 2014)<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *EL origen de la desigualdad entre los hombres*. Argentina, Buenos aires, Editorial Libertador, 2010. P. 65

<sup>430</sup> GRANADOS ALFARO, Milena Gabriela, y Claudio Cesar ROJAS CASTRO, Op.Cit, P. 33

<sup>431</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. Cit. PP. 65

<sup>432</sup> GRANADOS ALFARO, Milena Gabriela, y Claudio Cesar ROJAS CASTRO, Op.Cit, P. 34

### **b) Propiedad de hecho.**

A medida que el tiempo avanzaba, las adversidades del entorno y los desafíos de la naturaleza llevaron a los seres humanos a desarrollar gradualmente sus habilidades y a establecer relaciones sociales más sólidas.

*“Bien pronto los hombres, dejaron de dormir bajo el primer árbol o de guarecerse en cavernas, hallaron una especie de hachas de piedra, duras y cortantes, que sirvieron para cortar la madera, cavar la tierra y construir chozas con las ramas de los árboles, que en seguida aprendieron a endurecer con barro y arcilla. Fue la época de una primera evolución que origino el establecimiento y la diferenciación de las familias e introdujo una especie de propiedad, de la cual nacieron ya entonces no pocas discordias y luchas” (ROUSSEAU, citado en ROJAS Y GRANADOS, 2014)<sup>433</sup>*

En ese momento, la propiedad existente se trataba de una posesión de hecho sobre bienes personales, pero aún no tenía un reconocimiento jurídico formal. Estas posesiones eran simples y proporcionaban ciertas comodidades básicas.

### **c) La propiedad privada.**

Las pequeñas comodidades impulsaron a los seres humanos a establecerse en un lugar, y a medida que se formaban las primeras agrupaciones, surgieron diferencias más marcadas entre ellos.

*“Aquel que mejor cantaba o bailaba, o el más hermoso, el más fuerte, el más diestro o el más elocuente, fue el más considerado; este fue el primer paso hacia la desigualdad y hacia el vicio al mismo tiempo” (GRANADOS Y ROJAS, 2014)<sup>434</sup>*

---

<sup>433</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. Cit. PP. 68-69

<sup>434</sup> Ibidem. PP. 71

“En el estado de naturaleza los pocos bienes que necesitaba el hombre para sobrevivir eran los imprescindibles. Esta especie de propiedad ya representaba un grado de desigualdad, dentro de los parámetros de necesidad personal. Posteriormente al notar la conveniencia de acumular posesiones, a pesar de no ser necesarias, se da el primer paso para la instauración de la propiedad privada en sentido moderno y esta es la culpable de la desigualdad de entre los hombres” (GRANADOS Y ROJAS, 2014)

*“Mientras los hombres se contentaron con sus rústicas cabañas; mientras se limitaron a coser sus vestidos de pieles con espinas vegetales o de pescado(...) tallar con piedras canoas de pescadores, o rudimentarios instrumentos de música; en una palabra mientras solo se aplicaron a trabajos que uno solo podía hacer y a las artes que no requerían el concurso de varias manos, vivieron libres, sanos, buenos y felices (...) Pero desde el instante en que el hombre tuvo necesidad de la ayuda de otro; desde que advirtió que era útil a uno solo poseer provisiones para dos, la igualdad desapareció, se introdujo la propiedad, el trabajo fue necesario y los bosques inmensos se trocaron en rientes campiñas que fue necesario regar con el sudor de los hombres y en las cuales viose bien pronto germinar y crecer con las cosechas la esclavitud y la miseria” (ROUSSEAU, citado en GRANADOS Y ROJAS, 2014)<sup>435</sup>.*

Según Rousseau, es así como surge la propiedad privada, lo cual conlleva a la necesidad de leyes para asegurarla y protegerla de otros individuos. Sin embargo, Rousseau sostiene que la propiedad es la principal fuente de desigualdad y también da origen a la dominación, la servidumbre, la violencia y los actos de robo.

Para CUADROS VILLENA (1995) en su libro *Derechos reales*, resume las ideas de ROUSSEAU, sobre la propiedad, en lo siguiente:

---

<sup>435</sup> Ibidem P. 73

*“En el estado de naturaleza todos los hombres fueron iguales y libres. No había otra desigualdad que la fuerza física. La desigualdad económica y política no existe. Aparece esta desigualdad cuando desaparece el estado de naturaleza. En el estado natural no había propiedad privada, ni poder del Estado. El perfeccionamiento conduce a la invención de la herramienta y condujo a los hombres a la vida sedentaria y a la sociedad al cultivo de la tierra. Estima que la propiedad privada nace del progreso social. El hombre inventa la herramienta y esta mejora el cultivo de la tierra. La propiedad privada trae como consecuencia la división de la sociedad en ricos y pobres y tendencia de unos a enriquecerse y a explotar a otros. Aparecen las luchas y las apropiaciones que dan paso a la formación del Estado. El Estado según ROUSSEAU, se formó por el nacimiento de la propiedad privada y está por el perfeccionamiento de las herramientas”<sup>436</sup>.*

#### **4.4. La posmodernidad en el derecho implica superar el formalismo**

GUNTHER GONZALES BARRON en su libro “Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial (2014) citando a ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, expone lo siguiente: “La postmodernidad nace en el siglo XX como reacción frente a la comprobación que la razón no ha solucionado los problemas del hombre”.

“En efecto, el avance del conocimiento, de la técnica y de la ciencia, que tanto ha contribuido al crecimiento de la riqueza, aunque en forma muy desigual entre los distintos estamentos de la sociedad, sin embargo, no ha logrado la felicidad privada, amenazada por el consumismo y la angustia; ni la honestidad pública, aquejada por la corrupción; ni la libertad política, sojuzgada por las fallas notorias de la democracia; ni tampoco se ha logrado la igualdad entre los hombres, socavada por las diferencias entre la clase dominante, minúscula, frente a los desposeídos, que son la gran mayoría” (GUNTHER GONZALES BARRON, 2014).

---

<sup>436</sup> CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Ob. Cit. PP.70-71

“El siglo XX marca el punto de mayor riqueza de objetos en la historia del hombre, de mayor conocimiento, de la sociedad global por la rapidez de las comunicaciones; pero al mismo tiempo representa la época de las guerras más sangrientas, de los totalitarismos más feroces, de las mayores perversiones, del ocaso espiritual y moral. Estas contradicciones, tan marcadas, hacen que el hombre dude y abandone el proyecto del modernismo; por tanto, queda de lado la idea del progreso imparable, la unificación de las sociedades bajo parámetros y éticas comunes, la absorción de los países satélites por la fuerza expansiva del mundo occidental” (GUNTHER GONZALES BARRON, 2014).

“En buena cuenta, el citado autor refiere, los ideales de la modernidad no se han cumplido. La unidad social se disuelve en las minorías, cada vez más importantes y con agenda propia; la ética de las naciones occidentales ya no es la única que se tiene en cuenta, y, por el contrario, se critica hoy la falta de los mismos valores que permitieron la construcción de esas sociedades; la transparencia e información de los medios, que si bien transmiten los hechos en tiempo real, empero, todo ello se desvanece con la banalización de los contenidos, con la multiplicidad de versiones; y, por último, la realidad, única y objetiva, no existe, solo quedan los subjetivismos” (GONZALES BARRON, 2014).

La idea central de un progreso constante e imparable, dirigido por la razón, no se materializa. En cambio, se observa que la historia no sigue una línea ideal que avanza desde un estado primitivo hacia una conciencia absoluta. En realidad, la historia está compuesta por diversas historias, sin una conexión ni una progresión lineal clara. La supuesta historia del progreso es simplemente la versión contada por los vencedores occidentales, que está cargada de ideología y se enfoca en los eventos importantes para las clases dominantes. Es evidente, entonces, que los perdedores no son considerados parte de la historia.

“La postmodernidad plantea deconstruir, en palabra de Jacques Derrida, el edificio conceptual de la razón. Si antes había totalitarismo de

la ética, en el presente hay relativismo; si antes había mundo occidental dirigente, en el presente hay muchos mundos; si antes había historia lineal, en el presente hay multitud de historias que no conducen necesariamente al progreso; si antes había la pretendida seguridad para la vida, en el presente hay debate, diálogo problemático, difícil consensos” (GONZALES BARRÓN, 2014)<sup>437</sup>.

#### **4.5. El Derecho no ha sido inmune a la postmodernidad.**

El doctor GONZALES BARRÓN en su artículo *“La constitución peruana rechaza el derecho registral extremista crítica al fetichismo registral”* (2013), sostiene que:

*“El cuestionamiento de la racionalidad conlleva que suceda lo propio con los conceptos jurídicos basados en ella, tales como la codificación, el positivismo, el individualismo, la libertad absoluta, la solución única y correcta en las controversias jurídicas, la seguridad jurídica como valor prevaleciente”.*

“Por tanto, el nuevo modo de ser del Derecho se construye sobre la base de los derechos humanos, valores de alto contenido ético, pero que sufren de gran indeterminación. En tal contexto, la codificación, el normativismo y la seguridad jurídica liberal pierden sentido. También sufren las ideas de soberanía y democracia parlamentaria como medios para construir la voluntad estatal, pues, hoy, tales absolutos se derrumban frente a las Constituciones o los tribunales” (GONZALES BARRÓN, 2013).

“Asimismo, la postmodernidad reconoce las diferencias, las minorías, los otros, que también son incluidos en un proyecto conjunto, pero no común. La tolerancia pasa a convertirse en valor fundamental; pero ello también trae preocupación por los pobres y los marginados. Los derechos humanos no solo son libertades frente al Estado, sino también prestaciones con la meta de una igualdad sustancial y real, por tanto, el

---

<sup>437</sup> GONZALES BARRON, Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014.P.11

individualismo cede su lugar a la solidaridad” (GUNTHER GONZALES BARRÓN, 2013).

#### **4.6. Positivismo y el formalismo.**

La postmodernidad derrumba las bases teóricas del Derecho civil liberal.

“La codificación es, precisamente, una técnica legislativa nacida en el liberalismo, que se caracteriza por regular una determinada parcela de la vida social con la pretensión de integridad, claridad, orden, sistemática y seguridad jurídica; de tal suerte que todos los conflictos jurídicos pueden resolverse mediante la simple consulta de ese texto legal. En buena cuenta, es como un libro en el cual se encontrará de manera fácil y sencilla todas las respuestas que se buscan. Los Códigos se basan en las ideas de universalidad (medio) y seguridad (fin); pero su trasfondo filosófico no es otro que el positivismo y el formalismo. En efecto, todo se resuelve con la ley en la mano, y no existe nada más que buscar” (G. GONZALES BARRON, *Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial*, 2014)<sup>438</sup>

#### **4.7. El Neo - constitucionalismo.**

“El neoconstitucionalismo, los derechos humanos y las modernas concepciones filosóficas del derecho han producido el estallido de la codificación, pues al superarse el positivismo que se concentra en normas simples cuyo fin es la certeza, entonces se produce el fenómeno denominado de “indeterminación del derecho”, por lo que hoy no se sabe a ciencia cierta cuál será la solución de alguno de los llamados “casos difíciles”, pues no solo entra en juego una norma del Código, sino también uno o más principios elásticos contenidos en la Constitución, o una norma internacional de derechos humanos, o la jurisprudencia de un Alto Tribunal o Corte, o incluso el informe de un relator temático del sistema universal de derechos humanos que tiene incidencia en la hermenéutica. A ello se suma

---

<sup>438</sup> Ibidem P.12

que el juez no es más la boca de la ley, sino el centro del sistema jurídico como último garante de los derechos fundamentales del hombre. La falta de certeza es una consecuencia directa de la aplicación de los derechos fundamentales en la solución de los conflictos civiles” (GONZALES BARRON, 2014)<sup>439</sup>.

“Las fuentes del derecho se han expandido verticalmente (más normas y más decisiones jurisprudenciales; algunas de las veces superpuestas entre sí), pero también en sentido horizontal (el contenido de cada norma legal, que debe adecuarse a la Constitución o a un tratado de derechos humanos interpretado por una Corte Internacional, se ha vuelto indeterminado). Así pues, en el Estado Constitucional, los casos jurídicos se vuelven complejos, pues en muchos casos se resuelven por virtud de los principios que requieren de la técnica de ponderación de derechos fundamentales; y ya no por reglas técnicas establecidas en un Código. El Derecho actuado por medio de principios abiertos y de difícil concreción, y no por reglas exactas y de aplicación incondicionada, es la negación misma del espíritu que animó en su momento el fenómeno de la codificación. Por tanto, no es que los Códigos estén en problemas o desfasados con relación a la tecnología moderna o a la nueva sociedad, sino que la idea misma de un código es la que se encuentra en profunda crisis de justificación; y por ahora parece ser una idea en declive, y tal vez ya superada” (GONZALES BARRÓN, *La constitución peruana rechaza el derecho registral extremista crítica al fetichismo registral*, 2013)

“En buena cuenta, nos manifiesta el citado autor, una mayor preocupación por la justicia, conlleva necesariamente una dosis creciente de incertidumbre, pues entran a tallar los principios, la argumentación, las distintas fuentes normativas, lo que produce inseguridad en la solución. Ya no se admite que una regla específica pueda responder a cada problema jurídico, sin mayor debate o carga argumentativa. En suma: a más justicia, menos seguridad; a más seguridad, menos justicia. El neo-

---

<sup>439</sup> Ibidem. P. 12

constitucionalismo actual opta por lo primero; el positivismo optó decididamente por lo segundo” (GONZALES BARRÓN, 2013).

#### **4.7.1. Dicotomía entre la seguridad jurídica y seguridad estática.**

Es frecuente afirmar que el Registro es una institución diseñada para garantizar la seguridad jurídica de los derechos, ya sea para proteger las adquisiciones ya realizadas, o para formalizar las transmisiones que están por llevarse a cabo.

GONZALES BARRÓN (2013) en su artículo *“La constitución peruana rechaza el derecho registral extremista crítica al fetichismo registral”* explica que: “Aquí entran en juego las disputas filosóficas: para unos debe primar la justicia representada por el interés del propietario de no ser despojado sin su consentimiento; para otros debe primar la seguridad jurídica representada por el interés del tercero de ver consumada su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, aunque el transmitente no hubiera sido el verdadero propietario. Se dice que hay un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica pues el ordenamiento finalmente optará por una salida. En tal sentido, si el Registro es una institución de seguridad, entonces parece claro que éste debe optar, en la encrucijada, por el “interés del tercero”. Se dice que el valor inferior de la apariencia prima sobre el valor superior de la verdad como una medida desesperada para evitar los conflictos eternos o las dudas insuperadas. Eso mismo ocurre con la cosa juzgada, en donde se admite que una solución injusta pueda convertirse en definitiva para evitar un debate interminable; o en la prescripción extintiva de los derechos, por el que se puede beneficiar a un sujeto que incumplió la ley, pero de esa manera se impide que las pretensiones jurídicas puedan hacerse valer indefinidamente en el tiempo. Se dice entonces que la seguridad jurídica, como hermana menor, se impone en algunos casos por razones de política legislativa, en cuanto se considera preferible, en ocasiones, que prime la simple apariencia por sobre la realidad jurídica”.

Una de las exigencias de la seguridad jurídica es la publicidad, la posesión y el registro son mecanismos de publicidad; por lo tanto, en materia de transmisión de inmuebles ¿Cuál de los dos da mayor seguridad?

Por publicidad en general debe entenderse la calidad de estado público, así como el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos (ARCOS RAMIREZ 2000, 246)<sup>440</sup>

“Así se habla de una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho, y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición, aun en contra de la voluntad del propietario. En tal caso, se dice, la posición prevaleciente es la del tercero adquirente a través del registro” (GONZALES BARRÓN, 2013).

#### **4.7.2. Debate en el Derecho registral entre Extremismo frente al realismo (Epistemológico).**

El registro representa la verdad legalmente reconocida y se considera que la inscripción en él es fundamental, ya que otorga oponibilidad. Se tiende a resolver los conflictos a favor de aquel que haya realizado la inscripción, lo cual refleja una postura jurídica extrema que se centra exclusivamente en la inscripción. Esta postura plantea interrogantes ideológicas, ya que parece favorecer a bancos, empresas financieras y transnacionales, así como a aquellos que buscan maximizar sus ganancias y recuperar su inversión en el menor tiempo posible (G. GONZALES BARRON, Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014, 23)<sup>441</sup>.

Por el contrario, en la era posmoderna del derecho registral se demanda una aproximación realista, que reconozca la complejidad del problema y comprenda que el registro es un instrumento que brinda garantías para los actos de transmisión y adquisición de bienes, pero que

---

<sup>440</sup> ARCOS RAMIREZ, FEDERICO. *La Seguridad Jurídica una Teoría Formal*. Editado por UNIVERSIDAD CARLOS TERCERO DE MADRID. Madrid: DYKINSON. S.L., 2000, P.246

<sup>441</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014*. P.23

puede ser superado por otros valores que el sistema legal considere más importantes en una situación particular (como la ponderación de los derechos fundamentales). En resumen, la visión positivista del derecho, limitada a normas vacías de contenido, desprovistas de moral y valores, que no priorizan al ser humano y se basan en un formalismo puro y despojado, es una propuesta que en la actualidad se encuentra agotada (G. GONZALES BARRON, Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014, 25)<sup>442</sup>

---

<sup>442</sup> Ibidem. P.25

### **CAPITULO III**

## **ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS**

## CAPITULO III

### 3.1. ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS O DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.

#### 3.1.1. Presentación de los resultados.

La muestra utilizada en este estudio ha sido limitada, ya que se ha basado únicamente en 49 sentencias resueltas en casación por las salas Civiles de la Corte Suprema de la República durante el periodo 2015-2020. De estas sentencias, 32 se refieren a la nulidad de actos jurídicos de contratos de compraventa, mientras que 17 se relacionan con el mejor derecho de propiedad en casos de doble venta de bienes inmuebles. Dado el alcance reducido de la población estudiada, se considera un enfoque censal, sin necesidad de utilizar una muestra, y se ha empleado una ficha para recopilar la información de todas las sentencias analizadas.

Con respecto al número de 49 sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico de compraventa, y mejor derecho de propiedad, originado por la doble venta de bien inmueble, se ha considerado como datos de la sentencia, la pretensión demandada, la toma de posesión por el comprador del bien materia de transferencia, el medio por el que se informó el segundo comprador sobre la titularidad del vendedor, las causales de nulidad del acto jurídico, criterio de la decisión en sentencia en la demanda de nulidad de acto jurídico y las razones de su decisión en la sentencia de mejor derecho de propiedad.

Los resultados obtenidos de la revisión y análisis de las sentencias de casación relacionadas con la nulidad de actos jurídicos y el mejor derecho de propiedad se presentan en este trabajo de investigación mediante tablas y figuras acompañadas de su correspondiente descripción.

## A) Resultados de la primera variable.

**Tabla 1**

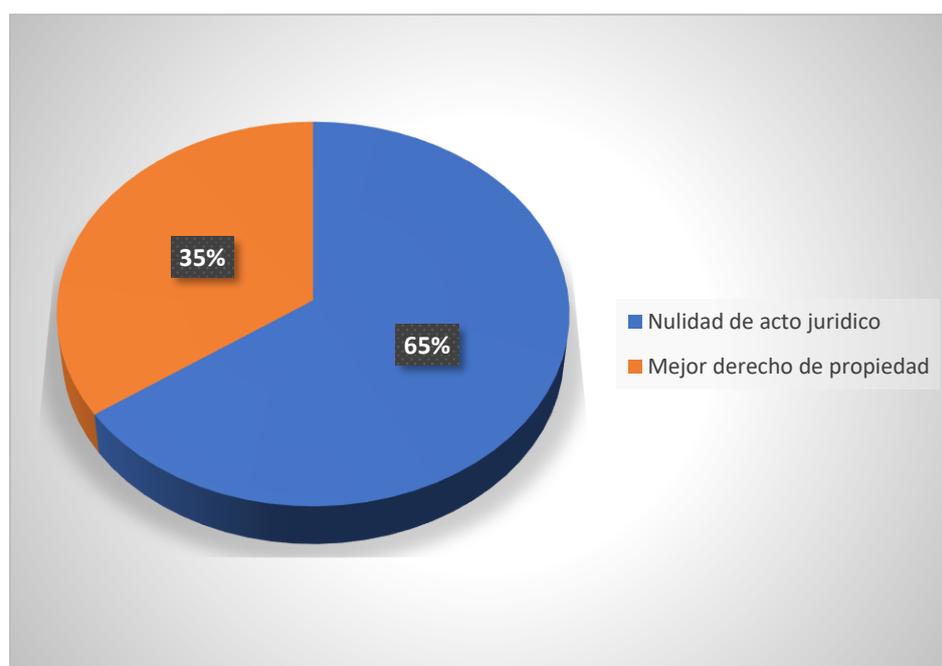
*Sentencias de casación según la pretensión de la demanda*

ATRIBUTO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA.	PORCENTAJE %
1. Pretensión de nulidad de acto jurídico	32	32	65.30
2. Pretensión de mejor derecho de propiedad	17	49	34.70
TOTAL	49		100

**Nota:** Esta tabla muestra el número de sentencias de casación, procedentes de la Corte Suprema de la República, analizadas según la pretensión de la demanda provenientes de los casos de doble venta de bienes inmuebles, entre nulidad de acto jurídico, iniciada por el primer comprador que no inscribió su derecho, y mejor derecho de propiedad, iniciado por el segundo comprador que inscribió su derecho

**Figura 1**

*Sentencias casatorias según la pretensión de la demanda*



**Análisis de la tabla 1 y de la figura 1:** De las sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, según la pretensión de la demanda provenientes de los casos de doble venta de bienes inmuebles, se puede observar que el 65.30 % corresponde a la pretensión de nulidad de acto jurídico, iniciada por el primer comprador que no inscribió su derecho, y el 34.70 % corresponde a la pretensión de mejor derecho de propiedad, iniciado por el segundo comprador que inscribió su derecho

**Tabla 2**

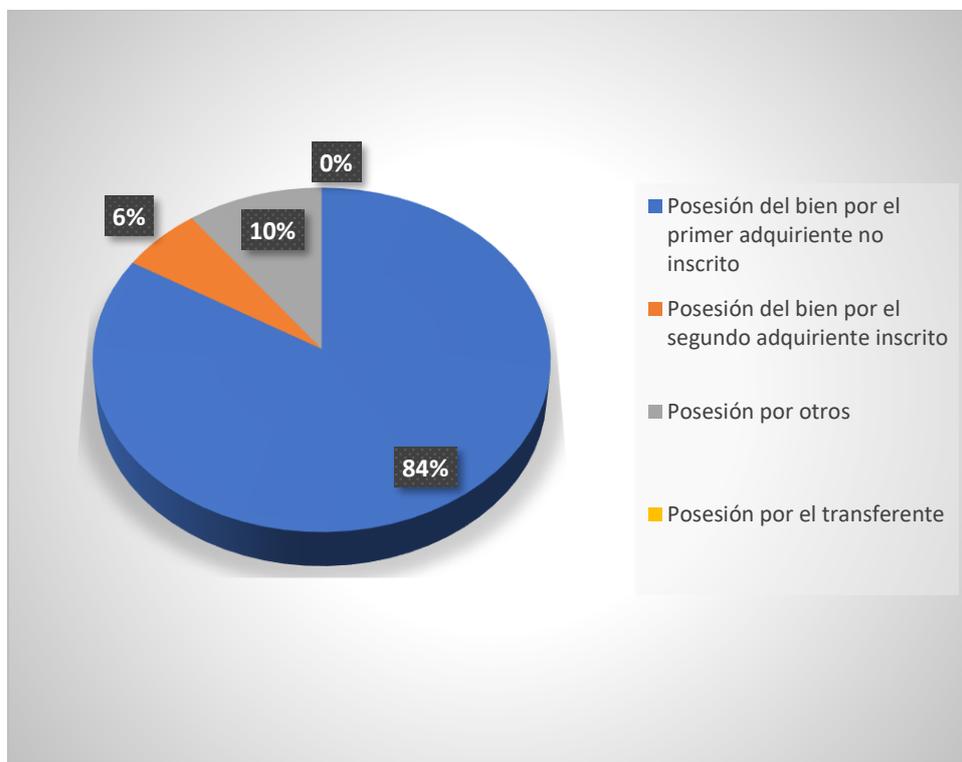
*Sentencias de casación según la posesión del adquirente del bien inmueble transferido.*

ATRIBUTO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA.	PORCENTAJE %
1. Posesión del bien por el primer adquirente no inscrito	41	41	83.67
2. Posesión del bien por el segundo adquirente inscrito	03	44	6.12
3. Posesión por otros	05	49	10.20
4. Posesión por el transferente	00	49	00
TOTAL	49		100

**Nota:** Esta tabla muestra el número de sentencias de casación, sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad, procedentes de la Corte Suprema de la República, respecto de quien tenía la posesión del bien inmueble materia de doble venta, al momento de realizarse la segunda transferencia de la propiedad inmueble

## Figura 2

*Sentencias de casación según la posesión del adquiriente bien inmueble transferido.*



*Análisis de la tabla 2 y de la figura 2:* De las sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre nulidad de Acto jurídico y mejor derecho de propiedad, como consecuencia de la doble venta, se observa que la posesión sobre la bien inmueble materia de segunda transferencia de propiedad y materia del proceso, en el 83.67 % se encuentran en posesión el primer adquirente que no ha inscrito su derecho, en el 6.12 % se encuentran en posesión el segundo adquirente que ha inscrito su derecho, 10.20 % la posesión se encuentra en otras personas diferente a los compradores y el transferente en ningún caso tiene la posesión

**Tabla 3**

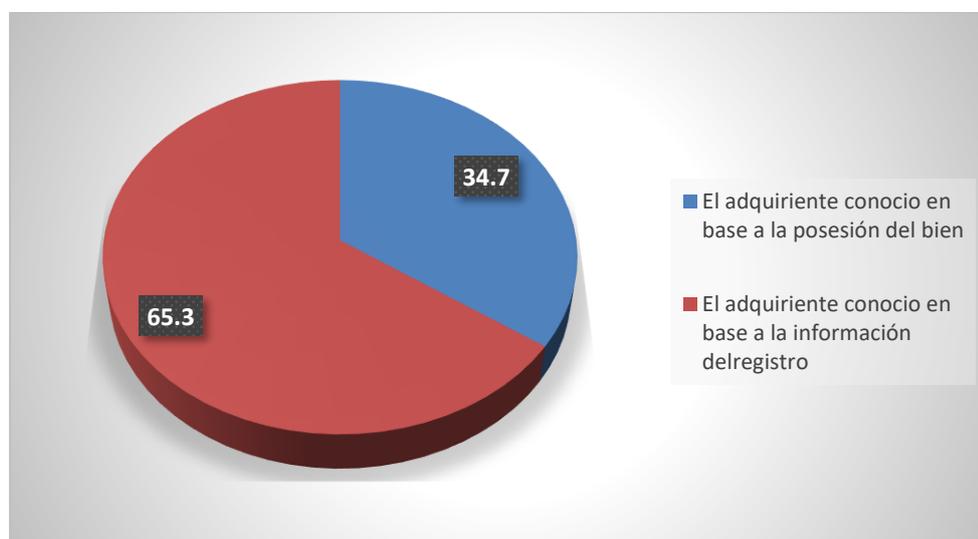
*Sentencias de casación según la forma como el segundo comprador tomo conocimiento de la titularidad del bien inmueble*

ATRIBUTO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA.	PORCENTAJE %
1. El adquirente conoció en base a la constatación de la posesión del bien	17	17	34.70
2. El adquirente conoció en base a la información del registro	32	49	65.30
<b>TOTAL</b>	<b>49</b>		<b>100</b>

*Nota:* Esta tabla muestra el número de sentencias de casación, procedentes de la Corte Suprema de la República, que indica el medio de publicidad, mediante el cual el segundo comprador tomo conocimiento sobre la información de la titularidad del vendedor del bien inmueble materia de compraventa; conoció de la inexactitud registral (realidad extra registral como la posesión del bien) o conoció con la información del registro (realidad registral como la fe pública registral).

**Figura 3**

*Sentencias de casación según la forma como el segundo comprador tomo conocimiento de la titularidad del bien inmueble*



*Análisis de la tabla n 3 y de la figura 3* : De las sentencias de casación sobre nulidad de Acto jurídico y mejor derecho de propiedad, procedentes de la Corte Suprema de la República, se observa que el 65.30 % el segundo comprador tomo conocimiento respecto de la titularidad de la propiedad sobre el bien inmueble materia de venta en base a la información del registro, la exactitud del registro, en base a la fe pública registral y en el 34.70 % el segundo comprador la adquisición del bien inmueble lo realizo con conocimiento de la inexactitud del registro, es decir conocía de la realidad extra registral, con constatación de la posesión.

#### **B) Resultados de la segunda variable.**

**Tabla 4**

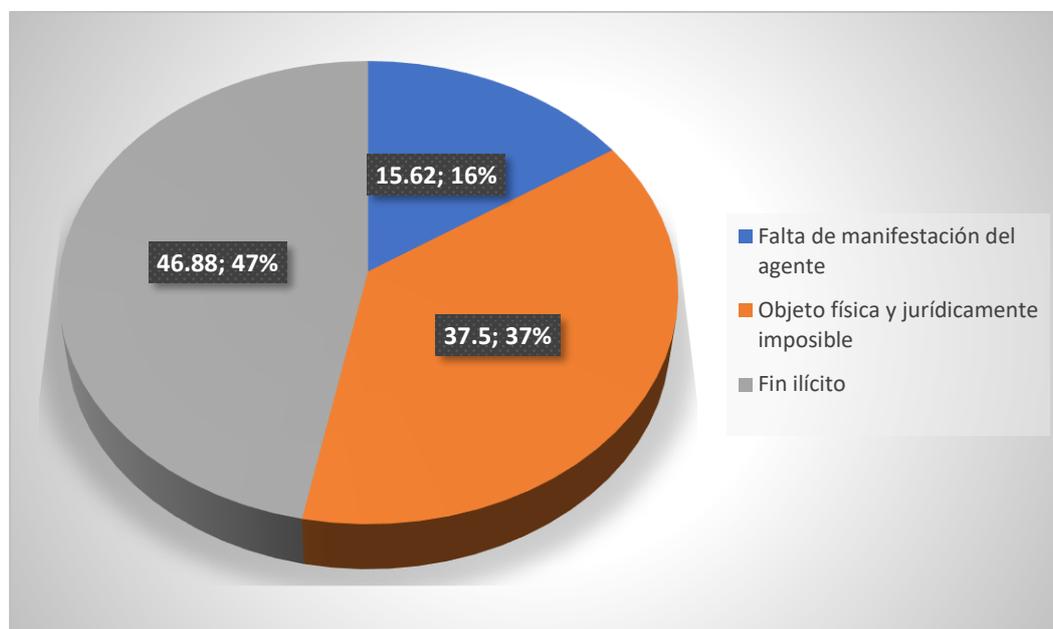
*Sentencias según las causales invocadas en la demanda de nulidad de acto jurídico.*

<b>ATRIBUTO</b>	<b>FRECUENCIA ABSOLUTA</b>	<b>FRECUENCIA RELATIVA.</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1. Falta de manifestación del agente	5	5	15.62
2. Objeto física y jurídicamente imposible	12	17	37.50
3. Fin ilícito	15	32	46.88
<b>TOTAL</b>	<b>32</b>		<b>100</b>

*Nota:* La tabla presenta las sentencias de casación de la Corte Suprema de la República, según las causales invocadas en las demandas de nulidad de acto Jurídico en los casos de doble venta.

**Figura 4**

*Sentencias según las causales invocadas en la demanda de nulidad de acto jurídico.*



*Análisis de la tabla 4 y de la figura 4:* De las sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República se observa que las causales invocadas en la demanda de nulidad de acto Jurídico el 15.62 % corresponde a la causal de falta de manifestación de voluntad, 37.5 % corresponde a la causal Objeto física y jurídicamente imposible, y el 46.88 % corresponde a la causal de fin ilícito.

**Tabla 5.**

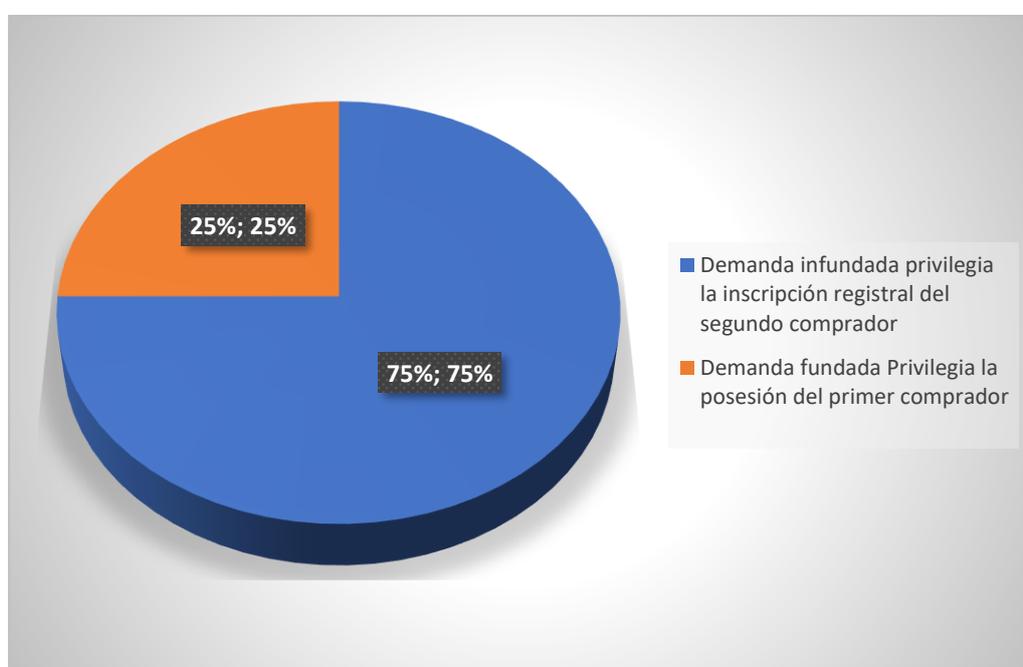
*Criterio de la decisión en sentencia en la demanda de nulidad de acto jurídico*

ATRIBUTO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA.	PORCENTAJE %
Demanda infundada privilegia la inscripción registral del segundo comprador	24	24	75 %
Demanda fundada Privilegia la posesión del primer comprador	08	32	25 %
TOTAL	32		100%

**Nota:** La tabla presenta las sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, en donde se observa el criterio tomado por el Juzgado en la decisión para resolver la demanda infundada o fundada en la demanda de nulidad de acto Jurídico en los casos de doble venta, cuya demanda se inició por el poseionario del bien en su condición de primer adquirente contra el segundo adquirente.

Figura 5

*Criterio de la decisión en sentencia en la demanda de nulidad de acto jurídico*



**Análisis de la tabla 5 y figura 5:** De las sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre nulidad de acto jurídico se observa que la decisión para resolver la demanda infundada en el 75% opta por el criterio de privilegiar la inscripción registral del segundo comprador y para resolver la demanda fundada en el 25% de casos, opta por el criterio de privilegiar la posesión del primer comprador.

**Tabla 6**

*Sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico con demanda fundada donde Privilegia la posesión del primer comprador.*

NULIDAD DE ACTO JURIDICO	CRITERIO APLICADO
Casación 3844-2014-San Martín	"No resulta aplicable el artículo 2014 del Código civil cuando claramente en la jurisdicción penal se ha establecido que la demandada ha vendido un bien ajeno [...] por lo que no adquirieron derecho de propiedad".
Casación1501-2015-Apurimac	"La sala ha establecido que se ha desvirtuado la buena fe registral de la parte demandada".
Casación 2444-2015-Limo	"Existe fin ilícito, cuando se pretende despojar de sus bienes a terceros, a sabiendas que lo datos que se encuentran en el registro público no se comparecen con la realidad. No pueden estar beneficiados del artículo 2014 del código civil".
Casación 1691-2015-Loreto	"No corresponde la invocación del principio de buena fe registral, si quien lo invoca tuvo conocimiento de la posesión del bien".
Casación1314-2015-Santa	"Si se demuestra que el tercero adquirente tenía conocimiento que la titularidad del transferente adolece de vicio o causal de nulidad se destruye la misma".
casación N°1589-2016-Lima	"No se había configurado la buena fe de los demandados por cuanto estos se encontraron en la posibilidad razonable de conocer quiénes eran los poseedores del inmueble".
Casación N°1430-2016-Lima	"En el caso concreto no se había configurado la buena fe de los demandados por cuanto estos se encontraron en la posibilidad razonable de conocer quiénes eran los poseedores del inmueble sub litis, así como el título que ostentaban".
Casación N°11620-2016-Junín	"La buena fe no solo se acredita con revisar los antecedentes registrales o con obtener anticipadamente al negocio jurídico de compraventa el certificado de gravamen, sino que exige se tenga que indagar sobre la situación real del inmueble".
TOTAL	08

**Nota:** Sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre nulidad de acto jurídico, demandas declaradas fundadas a favor del primer comprador, donde se aprecia que el segundo comprador

conocía de la realidad extra registral, y su compra no fue de buena fe, no aplicándose el principio de la fe pública registral.

**Tabla 7.**

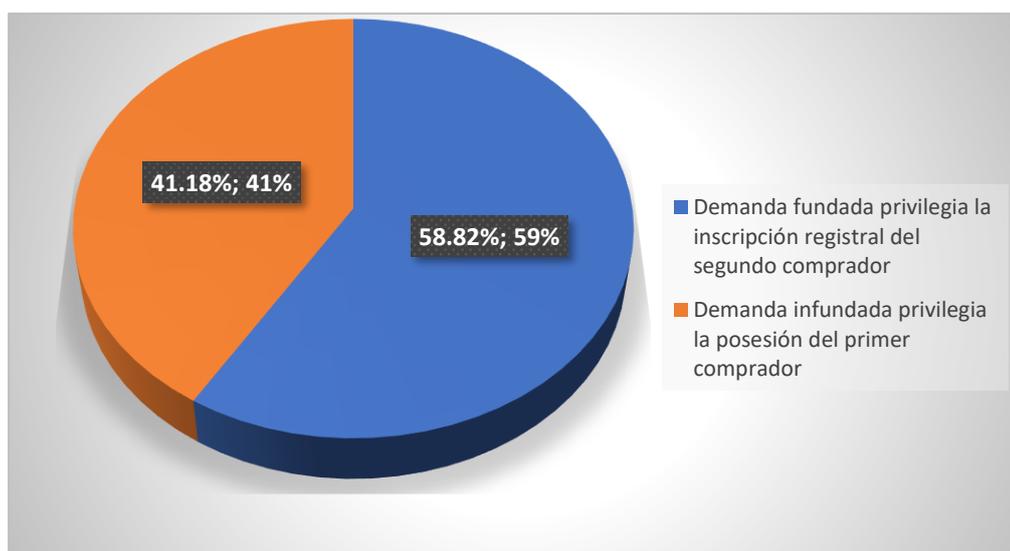
***Criterio en la decisión de la sentencia de casación en la demanda de mejor derecho de propiedad***

ATRIBUTO	FRECUENCIA ABSOLUTA	FRECUENCIA RELATIVA.	PORCENTAJE %
Demanda fundada privilegia la inscripción registral del segundo comprador	10	25	58.82 %
Demanda infundada privilegia la posesión del primer comprador	07	32	41.18 %
TOTAL	17		100%

**Nota:** La tabla presenta las sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, en donde se observa el criterio tomado por el Juzgado en la decisión para resolver la demanda fundada o infundada en la demanda de mejor derecho de propiedad en los casos de doble venta, cuya demanda se inició por el segundo adquirente contra el primer adquirente

**Figura 6**

***Criterio en la decisión de la sentencia en la demanda de mejor derecho de propiedad.***



*Análisis de la tabla 7 y de la figura 6:* De las 32 sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre mejor derecho de propiedad se observa que la decisión para resolver la demanda fundada en el 58.82 % de casos, opta por el criterio de privilegiar la inscripción registral del segundo comprador, se resuelve atendiendo al principio de la fe pública registral y para resolverse la demanda infundada en el 41.18 % se opta por el criterio de privilegiar la posesión del primer comprador, porque conocía de la inexactitud registral el segundo comprador.

### **Tabla 8**

*Sentencias de casación sobre mejor derecho de propiedad con demanda infundada donde Privilegia la posesión del primer comprador*

<b>MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD</b>	<b>CRITERIO APLICADO</b>
Casación 1634-2015-Cajamarca	“Realiza un análisis de la buena fe para resolver la controversia, exigiendo la verificación posesoria y del título posesorio para actuar con el referido código de conducta”.
Casación 889-2017-Lima	“Criterio jurisprudencial asumido se basa en la concepción extrarregistral de la buena fe, en la cual, además de incluir la inspección registral, se evalúa actuaciones u hechos acorde a un actuar coherente, diligente y veraz”.
Casación 23329-2017-Ancash	“Se deberá verificar si el demandante actuó o no como un comprador diligente al momento de la adquisición del predio en cuestión, ello en razón a que la inscripción registral en nuestro país tiene un carácter declarativo y no constitutivo”.
Casación 16476-2017-La Libertad	“Adoptó una concepción extrarregistral de la buena fe. Asimismo, acogió la posición de la buena fe diligencia. De acuerdo con este criterio jurisprudencial, el adquirente privilegiado en una doble venta inmobiliaria no solo debe verificar la información publicitada por el registro para tener buena fe, sino que también tiene la obligación de realizar diligencias extrarregistrales”.
Casación 2825- 2017-Lima	“Quien adquiere un bien por la publicidad del registro debe tener una conducta diligente al momento de la adquisición, imponiéndosele deberes elementales de verificación e información, de tal suerte que no basta la sola invocación de la publicidad registral, sino que además se encuentra obligado a realizar una actuación conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición (buena fe-diligencia)”.

Casación 1412-2018- Junín	“La posesión del bien inmueble por quien compró y no inscribió quiebra la buena fe registral de quien compró, pero no posee: se reconoce a la posesión como situación extra registral y como dato fáctico, que desvirtúa la buena fe registral”.
Casación 3272-2018-Junín	“Resulta inverosímil que la demandante desconozca que la demandada ocupaba el bien, máxime cuando en el último párrafo de la cláusula segunda de su contrato declara conocer que al momento de la suscripción conocían que el bien estaba ocupado”.

---

**TOTAL**

**07**

---

*Nota:* Sentencias de casación procedentes de la Corte Suprema de la República, sobre mejor derecho de propiedad, demandas declaradas infundadas, donde se aprecia que el segundo comprador conocía de la realidad extra registral, y su compra no fue de buena fe, no aplicándose el principio de la fe pública registral.

### **3.1.2. Prueba de la Hipótesis.**

#### A) Hipótesis de la investigación.

H1.

La posesión como medio de publicidad de un bien inmueble frente a la fe pública registral, en la concurrencia de acreedores por doble venta IMPDE la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho

#### B) Hipótesis Nula

Ho.

La posesión como medio de publicidad de un bien inmueble frente a la fe pública registral, en la concurrencia de acreedores por doble venta NO IMPDE la pérdida del derecho del primer adquirente que posee el bien y no inscribió su derecho

### C) Conclusión.

Se confirma la hipótesis de investigación: En razón que en la transferencia de la propiedad inmueble en doble venta, la adquisición del segundo comprador el 65.30% (tabla 3) se produjo solo en base a la información del registro; sin embargo, el propietario que adquirió primero que posee el bien y no inscribió su derecho el 83.67 % (tabla 2) se encuentra en posesión del bien; mientras tanto el transferente que ya no era dueño, pero que figuraba como titular registral en ninguno de los casos se encontraba en la posesión 00 % ( tabla2); pero si encontramos que otros en el 10.20 % (tabla 2) se encontraban en posesión del bien materia de doble venta.

Sin embargo, de las sentencias declaradas infundadas sobre nulidad de acto jurídico iniciado por el primer adquirente el 75 % (tabla 5) lo resuelven atendiendo al principio de la fe pública, privilegiando la información del registro. Mientras que las sentencias fundadas 25 % (tabla 5) se resuelven en razón que el segundo comprador conocía de la inexactitud del registro.

Asimismo, de las sentencias declaradas fundadas sobre mejor derecho de propiedad iniciado por el segundo adquirente el 58.82 % (tabla 7) lo resuelven atendiendo al principio de la fe pública, privilegiando la información del registro. Mientras que las sentencias infundadas el 41.18 % (tabla 7) se resuelven en razón que el segundo comprador conocía de la inexactitud del registro; lo que quiere decir que, si se exige al comprador la constatación de la posesión del bien, esto impediría la pérdida del derecho de propiedad del propietario que adquirió primero y ´posee el bien, pero no inscribió su derecho.

### 3.1.3. Discusión de los resultados.

A) Hipótesis secundaria uno.

H2.

La constatación de la posesión del bien por el tercero adquirente IMPEDIRIA un perjuicio irreparable al derecho de propiedad por la pérdida del derecho del propietario que mantiene la posesión del bien que adquirió primero y no inscribió su derecho, en las Sentencias de nulidad de acto jurídico de la Corte Suprema de la Republica en el año 2015-2020.

#### 1° Discusión.

De los procesos judiciales sobre nulidad de Acto jurídico y mejor derecho de propiedad, procedentes de la Corte Suprema de la República, la posesión sobre la bien inmueble materia de transferencia de propiedad, en el 83.67 % (tabla 2) se encuentran en posesión el primer adquirente que no ha inscrito su derecho, en el 6.12 % (tabla2) se encuentran en posesión el segundo adquirente que ha inscrito su derecho y 10.20 % (tabla2) la posesión se encuentra en otras personas diferente a los compradores y en ningún caso 00 % (tabla 2) se encuentra en posesión del transferente

Se explica, que sobre los bienes inmuebles materia de transferencia de propiedad el 83.67 % (tabla 2) se encuentra en la posesión del bien el propietario que no inscribió su derecho de propiedad, pero que lo adquirió primero con fecha anterior al de aquel que inscribió; sin embargo, el 10.20 % (tabla 2) el bien se encuentra en posesión de otros; pero el transferente que ya no era dueño, pero que figuraba como titular registral en ninguno de los casos 00 % (tabla 2) se encontraba en la posesión.

#### ➤ 2° Discusión.

El 65.30 % (tabla 3) el segundo comprador adquirió la bien inmueble materia de doble venta solo con conocimiento de la titularidad del bien en base a la información del registro y en el 34.70 % (tabla 3) la adquisición del bien inmueble por el segundo comprador se produjo con

conocimiento de la inexactitud registral, conocía de quien estaba en la posesión del bien.

La adquisición de la propiedad inmueble según los procesos de nulidad de acto jurídico con sentencia infundada en el 75 % (tabla 5) se produjo solo en base a la información del registro, sin tener en cuenta quien se encontraba en la posesión del bien el primer adquirente que no había inscrito su derecho; pero en las sentencias fundadas existe un 25% (tabla 5) que la adquisición lo realizó con la constatación de la posesión del bien, es decir conocían de la existencia de un poseedor que no era el transferente.

La teoría sostiene que el propósito de la posesión es brindar una respuesta adecuada a una necesidad social específica. Por lo tanto, nos enfocamos en la utilidad práctica de la posesión, que consiste en servir como un medio para publicitar derechos reales. Partimos de la premisa de que se debe asumir que existe una correspondencia entre el ejercicio efectivo de un derecho y la titularidad de dicho derecho.

➤ Conclusión.

La adquisición por el segundo adquirente de la propiedad inmueble materia de proceso judicial de nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad, en el 65.30 % (tabla 3) se produjo solo en base a la información del registro; sin embargo, el propietario que adquirió primero el bien inmueble se encuentra en posesión y no inscribió su derecho el 34.70 % (tabla 3) se encuentra en posesión del bien, que también es instrumento de publicidad de derechos reales ; mientras tanto que el transferente que ya no era dueño, pero que figuraba como titular registral en ninguno de los casos 00 % (tabla 2) se encontraba en la posesión.

B) Hipótesis secundaria dos

H2.

La constatación de la posesión del bien por el tercero adquirente IMPEDIRIA la imposibilidad para cuestionar el derecho del tercero, por el propietario que mantiene la posesión del bien que adquirió primero y no inscribió su derecho, en las Sentencias de mejor derecho de propiedad de la Corte Suprema de la Republica durante el año 2015-2020

➤ 1° Discusión.

Las sentencias de nulidad de acto jurídico. Las sentencias que declaran infundadas las demandas sobre nulidad de acto jurídico iniciado por el primer adquirente el 75 % (tabla 5) lo resuelven atendiendo al principio de la fe pública, privilegiando la información del registro. Mientras que las sentencias fundadas 25 % (tabla 5) se resuelven en razón que el segundo comprador conocía de la inexactitud del registro

El principio de la fe pública registral establece la norma de que un tercero de buena fe que adquiere un derecho a título oneroso de alguien que aparezca en el registro como facultado para transferirlo eficazmente, estará protegido por el registro una vez que inscriba su derecho, incluso si el derecho del transferente pierde validez jurídica por motivos que no consten en el registro. Por tanto, uno de los efectos principales de la publicidad registral es la protección brindada a aquellos que contratan con quien figura como titular de un derecho.

➤ 2° Discusión.

Sobre las sentencias de mejor derecho de propiedad. En el mismo sentido las sentencias que declaran fundadas sobre mejor derecho de propiedad iniciado por el segundo adquirente el 58.82 % (tabla 7) lo resuelven atendiendo al principio de la fe pública, privilegiando la información del registro. Mientras que las sentencias infundadas el 41.18 % (tabla 7) se resuelven en razón que el segundo comprador conocía de la inexactitud del registro

Las sentencias sobre mejor derecho de propiedad al resolver infundada la demanda, se han basado en la acreditación que el otorgante ya no era propietario o el comprador conocía que la realidad registral no coincidía con la realidad extra registral.

➤ **Conclusión.**

En las sentencias de casación sobre mejor derecho de propiedad las demandas fundadas el 58.82 % (tabla 7) lo resuelven atendiendo al principio de la fe pública, confiando en la exactitud del registro. Mientras las sentencias infundadas el 41.18 % (tabla 7) se resuelven en razón que el título fue otorgado por quien no era propietario y teniendo en cuenta que el segundo comprador conocía de la inexactitud del registro.

### **3.2. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO**

La posesión y el registro cumplen la función de dar publicidad a los derechos reales. Por lo tanto, la adquisición de cualquier derecho real sobre propiedades no puede prescindir de estos medios de publicidad, ya que de lo contrario dicha adquisición sería incierta o insegura.

A pesar de que el sistema consensual de transferencia de la propiedad inmobiliaria, según lo establecido en el artículo 949 del Código Civil peruano, permite un intercambio rápido de bienes, en la actualidad se ha vuelto inseguro y propenso a conflictos debido a la falta de inclusión de la posesión o el registro en dicha transferencia.

La propuesta del presente trabajo para impedir la pérdida injusta del derecho de propiedad del verdadero propietario que adquirió en primer lugar el bien, es quien lo posee y no lo inscribió en registros públicos, frente al segundo adquirente que inscribió su derecho y no posee el bien.

Ante la concurrencia de acreedores y conflicto en la publicidad de los derechos reales, el presente trabajo de investigación plantea una

propuesta en el sentido que el ordenamiento jurídico, en el Artículo 1135 del Código Civil, ante la concurrencia de titulares de un derecho de goce, como es la propiedad, debe incorporar en su texto lo siguiente:

*“CUANDO EL BIEN ES INMUEBLE Y CONCURREN DIVERSOS ACREEDORES A QUIENES EL MISMO DEUDOR SE OBLIGA A ENTREGARLO SE PREFIERE AL ACREEDOR DE BUENA FE CUYO TÍTULO:*

*1) ES DE FECHA ANTERIOR Y QUE PRIMERAMENTE HA EMPEZADO A POSEER.*

*2) EN SU DEFECTO DE POSESIÓN AL DE BUENA QUE, PRIMERAMENTE, HAYA INSCRITO SU DERECHO.*

*3) SI NINGUNO HA EMPEZADO A POSEERLO SE PREFERIRÁ A AQUEL CUYO TÍTULO SEA DE FECHA ANTERIOR.*

*4) SE PREFIERE, EN ESTE ÚLTIMO CASO, EL TÍTULO QUE CONSTE DE DOCUMENTO DE FECHA CIERTA MÁS ANTIGUA”.*

El principio de buena fe establecido en el artículo 2014 del Código Civil protege únicamente al adquirente de buena fe, es decir, aquel que ha actuado diligentemente al verificar la situación jurídica y posesión del inmueble objeto de la adquisición.

Fundamento:

Protección constitucional de la propiedad: El Tribunal Constitucional ha afirmado que la protección de la propiedad incluye la salvaguardia del derecho contra interferencias externas, conocido como "garantía de indemnidad". Esto confirma que las adquisiciones a non domino y los principios registrales tienen una aplicación limitada, solo cuando esté en juego un valor constitucional digno de protección:

*“El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17 de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo”* (Expediente. N° 00043 -2007-AA/TC, 6° fundamento jurídico, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ).

“El positivismo y formalismo. La codificación es, precisamente, una técnica legislativa nacida en el liberalismo, que se caracteriza por regular una determinada parcela de la vida social con la pretensión de integridad, claridad, orden, sistemática y seguridad jurídica; de tal suerte que todos los conflictos jurídicos pueden resolverse mediante la simple consulta de ese texto legal. En buena cuenta, es como un libro en el cual se encontrará de manera fácil y sencilla todas las respuestas que se buscan. Los Códigos se basan en las ideas de universalidad (medio) y seguridad (fin); pero su trasfondo filosófico no es otro que el positivismo y el formalismo. En efecto, todo se resuelve con la ley en la mano, y no existe nada más que buscar” (GONZALES BARRON, 2014).

“El derecho registral extremista frente a la realidad. El registro es la verdad oficial, la inscripción debe ser constitutiva, la inscripción dota de oponibilidad, todos los conflictos se resuelven a favor del que inscribe, esta concepción jurídica es extremista. Pues pretende cerrarse en la inscripción, y con ello adopta una cuestionable postura ideológica, en pro

de los bancos, empresas financieras, transnacionales y a quienes solo les interesa el lucro y recuperar su inversión en el menor tiempo posible” (G. GONZALES BARRON, Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014, 23).

“Por el contrario, la posmodernidad del derecho registral le exige ser realista, es decir, enfocarse en la complejidad del problema, asumiendo que el registro es un instrumento que otorga garantía de los actos de transmisión y adquisición de bienes pero que puede ser sobrepasado por otros valores que el ordenamiento considera preferente en el caso concreto (ponderación de los derechos fundamentales) En resumen la visión positiva del derecho, encerrada en puras normas, sin contenido, sin moral, sin valores, que no centraliza al ser humano y que basa en el puro y más descarnado formalismo, es una propuesta que en la actualidad se encuentra agotada” (G. GONZALES BARRON, Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial 2014, 25)

## CONCLUSIONES.

La transferencia de la propiedad inmueble en el Perú se rige por el sistema consensual, del análisis teórico, filosófico y las sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico y mejor derecho de propiedad, originado en el conflicto de concurrencia de acreedores producto de la doble venta de un bien inmueble, considerando a la posesión como medio de publicidad del derecho real de propiedad frente a la publicidad del registro concluimos en lo siguiente:

### ❖ Conclusión general

En el caso de la concurrencia de acreedores por doble venta, la posesión del bien inmueble por parte del primer comprador que no lo inscribió puede afectar la buena fe registral del segundo comprador que no posee dicho bien. Se reconoce que la posesión también puede servir como medio de publicidad, ya que constituye una situación fuera del registro que puede desvirtuar la buena fe registral. Esto se debe a que la información del registro no siempre es suficiente para determinar la titularidad de los derechos sobre un bien. Por lo tanto, es necesario considerar tanto la buena fe registral como la posesión del inmueble en cuestión al evaluar la situación de enajenación. Tanto la posesión como el registro son medios de publicidad, y es responsabilidad del segundo adquirente realizar una diligencia adecuada al verificar físicamente la posesión del bien. En este sentido, sería justo evitar la pérdida irreversible del derecho de propiedad del verdadero propietario que adquirió el bien con anterioridad, pero no lo inscribió, frente al segundo adquirente que inscribió su derecho.

### ❖ Conclusiones específicas.

1. En las sentencias de casación sobre mejor derecho de propiedad en la adquisición de inmuebles en la doble venta, el verdadero propietario, que adquirió primero, y no inscribió su derecho se encuentra en posesión del bien el 83.67 % (tabla 2); sin embargo

las demandas de mejor derecho de propiedad el 21.88 % (tabla 7) lo han resuelto a favor del primer adquirente que no inscribió su derecho, optando por analizar la buena fe diligente con conocimiento de la realidad extrarregistral como es la posesión del bien inmueble, lo cual conlleva a desvirtuar la fe pública registral mediante la publicidad de la posesión. Impidiéndola la pérdida irreversible del derecho de propiedad del que adquirió con fecha anterior.

2. El denominador común en las sentencias de casación sobre nulidad de acto jurídico en la adquisición de inmuebles en la doble venta, el verdadero propietario, que adquirió primero, y no inscribió su derecho se encuentra en posesión del bien el 83.67 % (tabla 2); sin embargo las sentencias de demandas infundadas de nulidad de acto jurídico 75% (tabla 5) se han resuelto a favor del segundo adquirente que inscribió su derecho optando por el criterio de privilegiar la inscripción registral del segundo comprador atendiendo al principio de la fe pública registral, generando la imposibilidad para cuestionar el derecho del tercero, por el verdadero propietario que mantiene la posesión del bien que adquirió con fecha anterior al de aquel que inscribió.
3. En el sistema consensual de transferencia de propiedad inmueble, el contrato tiene un efecto real inmediato de transferencia de propiedad. Por otro lado, el registro y la posesión son medios adecuados para la publicidad de derechos reales y solo se utilizan para resolver conflictos entre adquirentes y otros interesados. En este sentido, el adquirente que no haya registrado su título sigue siendo propietario incluso en disputas con terceros, pero su adquisición está sujeta a perder validez frente a una adquisición que haya sido publicitada primero.
4. La relevancia política, económica y social de los derechos reales requiere que su régimen esté respaldado por el principio de orden público. Por lo tanto, es necesario que estos derechos sean

conocidos y dicho conocimiento se logra a través de la publicidad. La publicidad implica difundir y hacer conocido un derecho real. En un sentido más específico, se trata de la divulgación o exteriorización que busca generar un conocimiento generalizado sobre el derecho en cuestión. La posesión es la manifestación externa de la propiedad, tan visible y tan público, que, sin posesión, los derechos patrimoniales carecerían de significado. La posesión históricamente siempre ha estado presente con su notoriedad en el ejercicio de los derechos reales, por lo que no ha necesitado de ser inscrita en Registro Públicos, puesto que no le va a dar publicidad que de por siempre lo ha tenido y lo tiene. En este sentido en la concurrencia de acreedores el propietario que tenga la posesión del bien se opondrá al segundo adquirente con derecho inscrito.

5. La perspectiva posmoderna del derecho registral requiere ser realista y considerar la complejidad del problema, reconociendo que el registro es un instrumento que proporciona publicidad de los actos de transferencia y adquisición de bienes, pero que puede ser superado por otros valores. La visión positivista del derecho, que se enfoca únicamente en normas vacías de contenido, sin moral ni valores, y que no pone al ser humano en el centro, basada únicamente en un formalismo despojado de sentido, es una propuesta que en la actualidad se encuentra obsoleta.
  
6. Existe discrepancias en las decisiones de la corte Suprema, en algunas sentencias los jueces supremos opinan que únicamente debe verificarse el registro para tener buena fe: en cambio otras sentencias se ciñen a interpretar los cánones de la buena fe diligente y exigen la verificación de la realidad extraregstral como es la constatación posesoria del inmueble, para impedir la perdida de la propiedad del primer adquirente que no inscribió su derecho frente al segundo adquirente que inscribió sus derecho para impedir el perjuicio irreparable del derecho de propiedad del

propietario que adquirió con fecha anterior al de aquel que inscribió, entonces resulta razonable introducir en el Artículo 1135 de Código civil ante la concurrencia de titulares de un derecho de goce, como es la propiedad, debe incorporar en su texto lo siguiente: *“cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se obliga a entregarlo se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título: 1) es de fecha anterior y que primeramente ha empezado a poseer”*.

## **RECOMENDACIONES.**

En el trabajo de investigación después de arribar a las conclusiones, con el objeto de proteger de la pérdida injusta del derecho de propiedad del verdadero propietario que adquirió con fecha anterior al de aquel que inscribió se recomienda lo siguiente:

Ante la concurrencia de acreedores y conflicto en la publicidad de los derechos reales se plantea una propuesta en el sentido que el ordenamiento jurídico, en el Artículo 1135 del Código Civil, ante la concurrencia de titulares de un derecho de goce, como es la propiedad, debe incorporar en su texto lo siguiente:

*“CUANDO EL BIEN ES INMUEBLE Y CONCURREN DIVERSOS ACREEDORES A QUIENES EL MISMO DEUDOR SE OBLIGA A ENTREGARLO SE PREFIERE AL ACREEDOR DE BUENA FE CUYO TÍTULO:*

*1) ES DE FECHA ANTERIOR Y QUE PRIMERAMENTE HA EMPEZADO A POSEER.*

*2) EN SU DEFECTO DE POSESIÓN AL DE BUENA QUE, PRIMERAMENTE, HAYA INSCRITO SU DERECHO.*

*3) SI NINGUNO HA EMPEZADO A POSEERLO SE PREFERIRÁ A AQUEL CUYO TÍTULO SEA DE FECHA ANTERIOR.*

*4) SE PREFIERE, EN ESTE ÚLTIMO CASO, EL TÍTULO QUE CONSTE DE DOCUMENTO DE FECHA CIERTA MÁS ANTIGUA”.*

Resulta fundamental establecer un criterio uniforme en relación a las divergencias en las sentencias de casación emitidas por la Corte Suprema de la República. Es necesario aclarar y definir los límites de la buena fe, ya que esta juega un papel crucial en la aplicación del principio de oponibilidad en situaciones en las que se presentan conflictos entre acreedores debido a una doble venta.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR GORRONDONA, Jose Luis. *Derecho Civil I. Personas*. Caracas: Eniversidad catolica Andres Bello, 1963.
- AHUMADA, Daniel E. «"Apuntes sobre Publicidad Registral"». *Revista Notarial del Colegio de Notarios de Cordova*, nº 75 (Enero- Junio 1998).
- ALVARES CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derechos reales*. Lima: Jurista Editores, 2015.
- ALVAREZ CAPEROCHIPE, José Antonio. *Derechos Reales*. Primera. Lima: Instituto Pacífico S.A.C., 2017.
- AMEGINO BAUTISTA, Carmen Zoraida. «La oponibilidad y Publicidad en el derecho Registral Peruano.» Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. (*Tesis de Maestria*). Lambayeque, 2003.
- ANAYA CASTILLO, Javier. *"El conflicto entre la propiedad no inscrita y el credito con anotación de embargo"*. Primera Edición. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- ARATA SOLIS, Moises. «"Prueba de la propiedad, modos de adquirir y conflictos sobre la propiedad predial en el derecho peruano"». En *Análisis Sistemático del Código Civil, a Tres Décadas de su promulgación*, de Juan ESPINOZA ESPINOZA. Lima: Instituto Pacifico, Actualidad Civil., 2015.
- ARCOS RAMIREZ, FEDERICO. *La Seguridad Juridica una Teoria Formal*. Editado por UNIVERSIDAD CARLOS TERCERO DE MADRID. Madrid: DYKINSON. S.L., 2000.
- ARIAS SCHREIBER, Max. *"Exegesis del Código Civil Peruano de 1984"*. Vol. IV Los Derechos Reales. Lima: Libreria Studium S.A., 1991.
- ARRUÑADA, Benito. *"Sistemas de titulación de de la propiedad"*. Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2004.
- ATIENZA, Manuel, y Juan RUIZ MANERO. *Ilicitos Atipicos*. Madrid: Trotta, 2006.
- AVENDAÑO ARANA, Francisco. «Transmisión de la propiedad inmueble.» *Programa de actualización*. Lima: Academia de la Magistratura, 2004.
- AVENDAÑO ARANDA, Francisco. *"Limites convencionales de la propiedad"*. Editado por Giovanni F. PRIORI POSADA. Lima: Fondo Editorial pontificia Universidad Catolica del Perú, 2012.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «"La propiedad en el Código Civil"». En *Estudios sobre la Propiedad*, editado por Giovanni F. PRIORI POSADA. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Catolica del Perú, 2012.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, y Luis Felipe DEL RISCO SOTIL. «" Pautas para la Aplicación del Principio de buena fe Pública Registral"». *IUS ET VERITAS*, nº 45 (diciembre 2012).
- BARBERO, DOMENICO. *Sistema del Derecho Privado. Parte Preliminar - Parte general*. Traducido por SANTIAGO SENTIS MELENDO. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa -America, 1967.
- BARBOZA DE LAS CASAS, Gerson. *la oponibilidad de derechos en general: Una reconstrucción teórica*. 23 de Enero de 2016.  
<https://www.researchgate.net/publication/291521795> (último acceso: 10 de Julio de 2020).
- BAZAN CARRANZA, Victor Antonio. «La posesión como elemento de hecho necesario para oponerse al propietario no registral en las ventas sucesivas.» *Actualidad civil* (Instituto Pacífico), Mayo 2016: 140-151.
- BIANCA, Massimo. «Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo.» *Themis* (PUC), nº 38 (Junio 1998).

- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Quinta Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1979.
- BRECCIA, Humberto, Lina BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI, y Francesco D BUSNELLI. *"Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos"*. Primera edición. Traducido por Fernando HINESTROZA. Vol. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 1992.
- BULLARD GONZALES, Alfredo José. *La relación Jurídica Patrimonial. Reales y Obligaciones*. Lima: ARA, 1991.
- Casación sobre el Principio de Publicidad*. 1322-2001-Lima (Corte Suprema de la Republica, 01 de octubre de 2002).
- Caso : Roberto Nesta Brero, Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad*. 0008 (Tribunal Constitucional, 11 de Noviembre de 2003).
- caso : Jorge Santisteban de Noriega, Sentencia de inconstitucionalidad*. . 005 (Tribunal Cosntitucional, 2006).
- Caso: Lorenzo Cruz Camillo. Sentencia de Accion de amparo*. 3773 (Tribunal Constitucional, 25 de Enero de 2004).
- Caso: Roberto Nesta Brero, Sentencia de Inconstitucionalidad* . 0008 (Tribunal Constitucional, 11 de Noviembre de 2003).
- Caso: Tito Jabier Fernández Rodríguez*. 03258 (Tribunal Conatitucional, 2010).
- Caso:Ángel Sergio Mogrovejo Garcia y Alicia Belén Mogrovejo García*. 04594-2017-PA/TC (Tribunal constitucional, 2017).
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales. Instituciones de derecho Civil*. Segunda Edición. Lima: Talleres Graficos, 1958.
- CASTRO - POZO DIAZ, Hidelbrando. *Derecho urbanistico*. Primera. Lima: Grijley E.I.R.L, 2007.
- CHE ESQUERRE, Luis José . *"La seguridad jurídica del propietario en un sistema dual de transferencia de inmuebles"*. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo.
- CIVIL, PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL Y PROCESAL. Lima, 2022.
- CLEMENTE AVILA , Jose Miguel, y Solanchs Kleer MUÑOZ VILCHEZ. *"El vacío legal del artículo 949 del código civil peruano respecto de la transferencia de predios urbanos"*. Universidad Peruana los Andes, Huancayo.
- CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales. Tomo III, P*. Primera. Lima, 1995.
- DAMIAN AMAYA , Jhony Fernando. *La posesión como elemento configurador de del principio de la fe pública registral en transferencia onerosa de inmuebles*. Universidad Nacional pedro Ruiz Gallo, Lambayeque.
- DASSEN, Julio, y Enrique VERA VILLALOBOS. *Manual de derecho reales*. Buenos Aires: Editorial TEA, 1962.
- DE LA PUENTE ALFARO, Fernando. «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales.» *Revista critica del derecho inmobiliario*, nº 670 (marzo - abril 2002): 629-631.
- DE TRAZENIES GRANDA, Fernando. «La transformacion del derecho de propiedad.» *Revistas: Universodad Catolica del Peru*, 1978.
- DIEZ PICAZO, Luis. *"Fundamentos del derecho civil patrimonial"*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1986.
- DIEZ PICAZO, LUIS, y ANTONIO GULLON. *Sistema de derecho Civil*. Tercera. Vol. III. Madrid: Tecnos, 1987.

- DIEZ PICAZO, Luis, y Antonio GULLON. *Sistema del Derecho Civil*. Vol. III. Madrid: Tecnos, 1995.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. III. Madrid: Civitas, 1995.
- ESCAJADILLO CHIMAYCO, Francisco Javier. *¿Sacrilégio del derecho de propiedad?. Fe pública registral y falsificación de documentos*. Universidad San Martín de Porras, Lima.
- ESCOBAR, FREDY. «El Derecho Subjetivo. Consideraciones en Torno a su esencia y estructura.» *Ius Et Veritas*, nº 16 (1998).
- ESCOBAR, ROZAS Freddy. «Contribución al Estudio de la relación Jurídica Intersubjetiva.» En *Teoría General del Derecho Civil. 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El Contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano.» *Ius et veritas* (PUC), nº 25 (Noviembre 2002).
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Sexta Edición. Vol. Tomo I. Lima: GRIJLEY, 2012.
- FERNANDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú.» Editado por PUCP. *THEMIS*, nº 30 (1994).
- GARCIA GARCIA, JOSE MANUEL. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Vol. II. Madrid: CIVITAS, 1993.
- GARCIA GARCIA, Jose Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Vol. Tomo I. Madrid: Editorial CIVITAS S.A., 1988.
- GATTI, EDMUNDO, y JORGE H. ALTERINI. *“El derecho real, Elementos para una teoría general”*. Buenos Aires: Abelardo - Perrot, 1974.
- GETE - ALONSO, MARIA DEL CARMEN. *Manual de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- GONZALES BARRON, Gunther. *Los Derechos Reales y su Inscripción registral*. Primera Edición. Lima: Editorial Normas Legales, 2013.
- GONZALES BARRON, GUNTHER. «El Ascenso imparable de la posesión. Análisis y Crítica Jurisprudencial.» *Diálogo con la Jurisprudencia* (Gaceta Jurídica), nº 180 (setiembre 19).
- GONZALES BARRON, Gunther Hernan. *“Tratado de Derecho Reales”*. Tercera edición. Vol. I. Lima: Jurista Editores, 2013.
- GONZALES BARRON, Gunther. *La posesión Mediata e Inmediata*. Primera Edición. Lima: Editorial LEGALES Ediciones, 2013.
- . *Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial*. Lima: LEGALES EDICIONES, 2014.
- . *Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial*. Lima: LEGALES EDICIONES, 2014.
- . *Los Principios registrales, en el conflicto judicial*. Primera Edición. Lima: Ediciones Legales, 2014.
- . *Propiedad y Derechos Humanos, superación del Modelo Liberal y Codificado de propiedad*. Primera. Lima: Jurista Editores, 2011.
- GONZALES LOLI, JORGE LUIS. «Comentarios al Reglamento General de Registros Públicos.» (Gaceta Jurídica) 2002.
- GOÑI, Carlos. *Breve Historia de la Filosofía*. Madrid, 2000.

- GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El Principio de fe Pública Registral*. Primera edición. Lima: Juista Editores, 2010.
- GRANADOS ALFARO, Milena Gabriela, y Claudio Cesar ROJAS CASTRO. «El conflicto teórico-filosófico entre los conceptos de propiedad intelectual y derecho humano de acceso a los beneficios de la cultura.» *Universidad de Costa Rica*. 28 de febrero de 2014. <https://hdl.handle.net/10669/9189> (último acceso: 29 de Noviembre de 2022).
- HERNANDEZ DE RUBÍN, Claudio. *Sobre la oponibilidad natural y registral de derechos reales y personales, en el derecho civil de la ciudad de Mexico*. Universidad Autonoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. 2016. <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> (último acceso: 10 de Julio de 2020).
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial, 1969.
- . *La Función Social de la Posesión: Ensayo de Teorización Sociológica Jurídica*. Madrid: Alianza editorial, 1969.
- . *La posesión*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1980.
- HERNANDEZ GIL, Francisco. *Introducción al Derecho Hipotecario*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1970.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Decimo cuarta reimpression. Traducido por Manuel SÁNCHEZ SARTO. Mexico: Fondo de Cultura economica Mexico, 2006.
- IHERING, RUDOLF. *Tres Estudios Jurídicos*. Buenos Aires: Omeba, 1960.
- IHERING, Rudolph Von. *La Teoría de la posesión: El fundamento de la protección posesoria*. Madrid: Editorial Reus, 2004.
- IHERING, Von Rudolf. *3 Estudios jurídicos: La lucha por el derecho; Del interés en los contratos; La posesión*. Buenos Aires: Editorial ATALAYA, 1947.
- JIMENES SAAVEDRA, Hidelbrando. *La Publicidad Jurídica- Derecho Notarial y Registral*. s.f. <http://derechonotariayregistral.weebly.com/> (último acceso: 01 de 07 de 2020).
- LA CRUZ BERDEJO, JOSE LUIS;. *Elementos de Derecho Civil*. Tercera Edición. Vol. I. Madrid: DYKINSON, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, José luis. *Elementos del Derecho Civil III*. Tercera Edición. Vol. I. Madrid: Editorial DEKINSON, 2008.
- LAMA MORE , Hector. *La posesión en la propiedad y en el registro. Problemática en la transmisión inmobiliaria*. Primera Edición. Lima: Inatituto Pacifico. Actualidad Jurídica., 2015.
- LAMA MORE, HECTOR E. *La posesión en la propiedad y en el Registro*. lima: Instituto pacifico SAC., 2015.
- LAMA MORE, Hector Enrique. *La posesión en la propiedad y en el Registro. Problemática en la transferencia inmobiliaria*. Lima: Instituto pacifico SAC., 2015.
- LAMA MORE, Héctor Enrique. *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano*. Lima: Editorial jurídica Grijley, 2007.
- LASARTE, Carlos. *"Propiedad y Derechos reales de Goce, Principios del Derecho Civil"*. Novena. Vol. IV. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- LEYVA OSPINO, Maryuri Kassandra. *"El sistema peruano de transferencia de bienes inmuebles inscritos y la seguridad jurídica"*. Universidad Cesar Vallejo, Lima.

- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducido por Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 2006.
- LOPEZ GAMARRA, Jhefry Jhordan. *"El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica"*. Cusco, 2017.
- LOZANO CORBI, Enrique. *Origen de la propiedad Romana y sus limitaciones*. 1994. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229689.pdf> (último acceso: miercoles 23 de noviembre de 2022).
- MAISH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *"De los derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de motivos"*. 1983.
- MANZANO SOLANO, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*. Vol. I. Madrid: CRPME, 1994.
- MEJORADA CHAUCA, MARTIN. *Homenaje a Jorge Avendaño*. Primera. Vol. I. Lima: PUCP, 2004.
- . *La Posesión :El triunfo de la apariencia*. 20 de Setiembre de 2012. <https://ius360.com/editorial/la-posesion-el-triunfo-de-la-apariencia/> (último acceso: 11 de Julio de 2020).
- MEJORADA CHAUCA, MARTIN. «La posesión en el Código Civil peruano.» *Derecho & Sociedad. Asociación Civil*, nº 40 (2013).
- MEJORADA CHAUCA, Martín. «La posesión y las mejoras en el Código Civil Peruano.» *Ius et Veritas*. (PUC), nº 17 (1998): 236 - 245.
- MOISSET DE ESPANES, Luis. *"La publicidad de los derechos reales en el derecho argentino"*. Junio de 1972. (último acceso: 20 de Mayo de 2020).
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La Publicidad Registral*. Cuarta Edición. Lima: Palestra Editores, 2004.
- MORINEAU, Oscar. *"Los derechos reales y el subsuelo en Mexico"*. Segunda edición. Mexico: Fondo de Cultura Económica- México, 1997.
- MORZONE, Ines ofelia B, y Marta María LEZCANO. «"Publicidad Hipotecaria".» *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la provincia de Cordova*, nº 46 (Marzo 1983).
- MUSTO, Nestor Jorge. *"Derechos reales"*. Vol. I. Santa Fe: Rubimzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1981.
- . *"Derechos Reales"*. Primera Reimpresión. Vol. I. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- NINAMANCCO CORDOVA, Jhusein Fort. *"La Delimitación del Supuesto de la Compraventa de Bien Ajeno y sus Particulares Efectos, con Especial referencia a la Situación del propietario del Bien"*. Universidad Nacional de san Marcos, Lima.
- PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. *"Manual de Derecho Civil"*. Segunda Edición. Vol. I. Lima, 1985.
- PAPAÑO, Ricardo José. *"Derechos Reales"*. Editado por Ediciones Depalma. Vol. I. Buenos Aires, 1995.
- PAU PEDRON, Antonio. *Curso de practica registral*. Madrid: UPECO Departamento de Publicaciones, 1995.
- PERUANO, DIARIO EL. Noviembre 1990.
- PIPES, Richard. *Propiedad y libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Editado por Editor digital: Titivillus. 1999. <https://ww2.lectulandia.com/autor/richard-pipes/> (último acceso: 04 de Abril de 2023).

- PIZARRO ARANGUREN, Luis.; *Un estudio preliminar sobre la modificación integral del Libro de Derechos reales del Código Civil de 1984. En el derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales*. Primera Edición. Lima: Editorial PUCP, 1993.
- PLENO JURISDICCIONAL CIVIL Y PROCESAL CIVIL. «Gaceta jurídica ,com.» 28 y 29 de Abril de 2022.  
[https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/PLENO%20JURISDICCIONAL%20CIVIL%20&%20PROCESAL%20CIVIL%202022\\_LALEY.pdf](https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/PLENO%20JURISDICCIONAL%20CIVIL%20&%20PROCESAL%20CIVIL%202022_LALEY.pdf) (último acceso: 31 de Marzo de 2023).
- POTHIER. *Tratado de derecho de dominio. De la propiedad*. Traducido por Manuel Deo. Vol. VII. Barcelona: librería J: Llordachs, 1982.
- RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *"Tratado de Derechos Reales. Teoría General de los Derechos Reales, Bienes-posesión"*. Cuarta Edición. Vol. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- . *Tratado de derechos reales. Derecho de Propiedad-Copropiedad*. Cuarta Edición. Vol. II. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- RENGIFO GARDEAZABAL, Mauricio. «Teorías de la posesión.» *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), nº 36 (Junio 2006): 3-75.
- ROSARIO, NICOLÒ. «La situaciones jurídicas subjetivas.» Editado por CARLOS ZAMUDIO ESPINAL. *ADVOCATUS* (Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), nº 12 (2005).
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Origen de la desigualdad entre los hombres*. Buenos Aires: Editorial Libertador, 2010.
- SACACHIPANA APAZA, Edgar. *"Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad inmueble y la Seguridad Jurídica a través de la Inscripción Registral"*. Universidad nacional del Altiplano, Puno.
- SACCO, RODOLFO, y RAFFAELE CATERINA . *Il Possessio*. Milan: Giuffrè, 2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso: Del tercero de buena fe*. Expediente N° 018-2015 (Tribunal Constitucional, 05 de Marzo de 2020).
- TARANZOS CHAVERA, José Luis. *La inexactitud registral derivada de la inscripción de un título falso. Apuntes para la defensa del versus dominus*. Madrid, 2014.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, y Fabricio MANTILLA ESPINOZA. «"El Concepto de derechos reales".» *Revista de derecho privado, Universidad de los Andes*, nº 36 (junio 2006): 117 - 139.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, y Fabricio MANTILLA ESPINOZA. «El Concepto de Derecho Real.» *Revista de Derecho Privado*. (Universidad de los Andes), nº 36 (Junio 2006): 117-139.
- TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos S.A., 1987.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. *Publicidad jurídica*. s.f.  
<http://derechonotarialyregistral.weebly.com> (último acceso: 01 de 07 de 2020).
- TORRES VASQUEZ, Anibal. *"Derechos Reales"*. Primera Edición. Vol. I. Lima: INDEMSA, 2006.
- TOYAMA MIYUGUSUKU, Jorge Luis. «El Derecho de Propiedad en John Locke.» *Pensamiento Constitucional* (Revista PUC) 5 (1998).
- TRABUCCHI, ALBERTO. *Instituciones del Derecho Civil*. Traducido por LUIS MARTINEZ CALCETERRA. Madrid: Editorial de derecho privado, 1967.
- TUYUME EFFIO, Blanca Estrella. *"La vulneración del derecho de propiedad ante los casos de doble venta y la fe pública registral"*. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

- URIBE RESTREPO, Clemencia. «¿ Es la propiedad un derecho fundamental?» 2000.  
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/download/332393/20788302/144923>.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *La posesión*. Bogota: Editorial TEMIS, 1968.
- VALLET DE GOYTISOLO, Antonio. «La seguridad jurídica, en los negocios dispositivos de bienes inmuebles.» *Revista de derecho Notarial*, 1980.
- VARGAS SEQUEIROS, Luis Diego. «La aplicación del principio de oponibilidad para la solución de casos de doble venta inmobiliaria:Un análisis jurisprudencial.» Editado por PUC. *Themis*, nº 81 (Enero-Junio 2022): 169-185.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *"Tratado de Derechos Reales"*. Primera Edición. Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2017.
- VEGA MERE, Yuri. *Constitución y Propiedad Privada: En busca de un contenido esencial mínimo tutelado constitucionalmente (y breves referencias al derecho Urbanístico)*. Lima, 2010.
- VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *"Bienes"*. Duodécima Edición. Bogota: Temis S.A., 2010.
- VIERA , Jose Alberto. *"Direitos Reais"*. Coimbra Ediora, 2008.
- VIZCARRA LIPA, Carolina Shirley. *"Confrontación de normas que regulan la transferencia de propiedad inmueble a título oneroso y su influencia en el fraude inmobiliaria en la Región Moquegua año 2015-2016"*. Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, Tacna.

## ANEXOS



## ANEXO 01

## CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Dr. **LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ**, asesor de tesis, revisor del trabajo de investigación del tesista: **Mag. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ**.

Tesis titulada: **“LA POSESIÓN COMO MEDIO DE PUBLICIDAD, FRENTE AL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE”**.

Luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de **10 %** verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 29 de agosto del 2023.

**Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ**

DNI: 16635752

ASESOR

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO PRIVADO

Se adjunta:  
Resumen del Reporte (Con porcentaje y parámetros de configuración)  
Recibo digital.

## “LA POSESIÓN COMO MEDIO DE PUBLICIDAD, FRENTE AL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE”.

### INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>10%</b>	<b>10%</b>	<b>2%</b>	<b>3%</b>
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>2</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>3</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>4</b>	<b>vbook.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>es.scribd.com</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>6</b>	<b>Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo</b> Trabajo del estudiante	<b>&lt;1%</b>
<b>7</b>	<b>docplayer.es</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>8</b>	<b>tesis.pucp.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>



**Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez**  
ASESOR

9	<a href="http://blog.pucp.edu.pe">blog.pucp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
10	<a href="http://tesis.unap.edu.pe">tesis.unap.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
11	<a href="http://repositorio.amag.edu.pe">repositorio.amag.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
12	<a href="http://andrescusi.files.wordpress.com">andrescusi.files.wordpress.com</a> Fuente de Internet	<1 %
13	<a href="http://dspace.unitru.edu.pe">dspace.unitru.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
14	Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú Trabajo del estudiante	<1 %
15	<a href="http://psicolog.org">psicolog.org</a> Fuente de Internet	<1 %
16	Submitted to Universidad Católica San Pablo Trabajo del estudiante	<1 %
17	<a href="http://pdfcookie.com">pdfcookie.com</a> Fuente de Internet	<1 %
18	<a href="http://www.pj.gob.pe">www.pj.gob.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
19	<a href="http://repositorio.unprg.edu.pe:8080">repositorio.unprg.edu.pe:8080</a> Fuente de Internet	<1 %
20	Submitted to Universidad de Lima Trabajo del estudiante	<1 %



**Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez**  
ASESOR

		<1 %
21	<a href="http://repositorio.unp.edu.pe">repositorio.unp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
22	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %
23	<a href="http://tesis.usat.edu.pe">tesis.usat.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
24	<a href="http://repositorio.urp.edu.pe">repositorio.urp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
25	<a href="http://www.aulavirtualusmp.pe">www.aulavirtualusmp.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
26	<a href="http://www.lexsoluciones.com">www.lexsoluciones.com</a> Fuente de Internet	<1 %
27	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	<1 %
28	<a href="http://repositorio.usmp.edu.pe">repositorio.usmp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
29	<a href="http://repositorio.uss.edu.pe">repositorio.uss.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
30	<a href="http://tesis.ucsm.edu.pe">tesis.ucsm.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
31	Joaquin Gaspar Mora Navarro. "Diseño y desarrollo de un modelo de datos dinámico"	<1 %



**Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez**  
ASESOR

con software libre para la delimitación gráfica de las propiedades en España", Universitat Politecnica de Valencia, 2013

Publicación

32	Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote Trabajo del estudiante	<1 %
33	Submitted to Universidad Ricardo Palma Trabajo del estudiante	<1 %
34	estudioderechoylibertad.com Fuente de Internet	<1 %
35	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	<1 %
36	www.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
37	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 24 (2008)", Brill, 2012 Publicación	<1 %
38	Submitted to Universidad San Ignacio de Loyola Trabajo del estudiante	<1 %
39	vsip.info Fuente de Internet	<1 %



**Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez**  
ASESOR

40	LEONARDO ANDRES SIERRA VARELA. "EVALUACIÓN MULTICRITERIO DE LA SOSTENIBILIDAD SOCIAL PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS.", Universitat Politecnica de Valencia, 2017 Publicación	<1 %
41	www.sunarp.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
42	Jorge Fabián Villalba. "Objeto del usus fructus", Revista de Derecho, 2018 Publicación	<1 %
43	redi.unjbg.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
44	"Las asignaciones forzosas en Chile, su estado actual y una posible revisión.", Pontificia Universidad Catolica de Chile, 2013 Publicación	<1 %
45	Submitted to Universidad Nacional de Trujillo Trabajo del estudiante	<1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias &lt; 15 words

Excluir bibliografía

Activo



**Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez**  
ASESOR

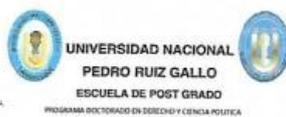


## Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Leopoldo Yzquierdo Hernández  
 Título del ejercicio: TESIS DOCTORADO  
 Título de la entrega: "LA POSESIÓN COMO MEDIO DE PUBLICIDAD, FRENTE AL PRI...  
 Nombre del archivo: LICA\_REGISTRAL\_EN\_LA\_TRANSFERENCIA\_DE\_LA\_PROPIEDAD\_...  
 Tamaño del archivo: 702.68K  
 Total páginas: 286  
 Total de palabras: 76,524  
 Total de caracteres: 400,228  
 Fecha de entrega: 29-ago.-2023 12:00a. m. (UTC-0500)  
 Identificador de la entre... 2153268964



"LA POSESIÓN COMO MEDIO DE PUBLICIDAD, FRENTE  
 AL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA  
 TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE".

### TESIS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN  
 DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.

PRESENTADA POR:

Mag. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ.

LAMBAYEQUE - PERU

AGOSTO 2023

Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.

Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ  
 DNI: 16635752  
 DEPARTAMENTO ACADEMICO DE DERECHO PRIVADO