



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“PEDRO RUIZ GALLO”  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO**



---

**“INEXISTENCIA DE SUPUESTOS VÁLIDOS DE  
CONSTITUCIÓN O DECLARACIÓN DE LA PROPIEDAD  
QUE HAGAN VIABLE LA ACCIÓN DE MEJOR DERECHO  
A LA PROPIEDAD, AÑOS 2011-2012, JUZGADOS  
CIVILES DE CHICLAYO”**

**TESIS**

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN  
DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**AUTOR**

Abog. LORENZO MARTÍN HUAMÁN VERA

**ASESOR**

Dr. MARIANO LARREA CHUCAS

**LAMBAYEQUE - PERÚ**

**2017**

**“INEXISTENCIA DE SUPUESTOS VÁLIDOS DE CONSTITUCIÓN  
O DECLARACIÓN DE LA PROPIEDAD QUE HAGAN VIABLE LA  
ACCIÓN DE MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD, AÑOS 2011-  
2012, JUZGADOS CIVILES DE CHICLAYO”**

PRESENTADO POR:



---

LORENZO MARTÍN HUAMÁN VERA  
AUTOR



---

Dr. MARIANO LARREA CHUCAS  
ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL.

APROBADO POR:



---

Dr. MIGUEL ARCÁNGEL ARANA CORTEZ  
PRESIDENTE



---

Dr. VÍCTOR ANACLETO GUERRERO  
SECRETARIO



---

Dr. RENÁN ARBILDO PAREDES  
VOCAL

## **DEDICATORIA**

**A mi hijo, Alonso:**

Porque es mi fortaleza y mi principal motivación en la vida.

**A mis padres, Marino (+) e Isabel:**

Porque a ellos les debo los logros obtenidos en todos los aspectos de la vida.

EL AUTOR

## **AGRADECIMIENTO**

### **A Dios Todopoderoso:**

Por estar presente en cada momento de mi vida, manifestando su inmenso poder, amor y misericordia.

### **A mis padres, Marino (+) e Isabel:**

Porque siempre estuvieron presentes en mi vida, transmitiéndome fortaleza y sabiduría.

### **A mi asesor, Dr. Mariano Larrea Chucas:**

Por haber contribuido con su capacidad y experiencia en la realización de este trabajo de investigación.

### **A mi amigo, Dr. César Bravo Llaque:**

Por el importante aporte mediante su valiosa opinión profesional.

EL AUTOR

## ÍNDICE

Dedicatoria	
Agradecimiento	
Resumen	
Abstract	
Introducción	11
 CAPÍTULO I: Análisis del Objeto de Estudio	
1.1. Realidad Problemática	15
1.2. El problema	17
1.2.1. Formulación del problema	17
1.2.1.1. Problema general	17
1.2.1.2. Problemas específicos	17
1.2.2. Justificación	18
1.2.3. Objetivos	18
1.2.3.1. General	18
1.2.3.2. Específicos	18
1.3. Aspectos metodológicos	19
1.3.1. Formulación de la hipótesis	19
1.3.2. Variables e indicadores	19
1.3.3. Población y muestra	20
1.3.4. Técnicas, materiales de recolección de datos	21
1.3.5. Métodos y procedimientos de recolección de datos	21

## CAPÍTULO II

### LA PROPIEDAD

2.1. Punto de vista constitucional	24
2.2. Propiedad y función social	27
2.3. Límites del derecho de propiedad	30
2.4. Teorías sobre la propiedad	33
2.4.1. Teoría clásica del derecho real: la propiedad como poder absoluto	34
2.4.2. Teoría personalista del derecho real	37
2.4.3. Teoría intermedia del derecho	38
2.5. La propiedad	40
2.6. Sistemas contemporáneas de transferencia de la propiedad	45
2.6.1. Sistema de unidad del contrato	45
2.6.1.1. Sistema Transmisivo de la causa única	45
2.6.1.2. Sistema consensual o espiritualista	46
2.6.1.3. Sistema transmisivo de doble causa	46
2.6.1.4. Sistema real o de tradición	47
2.6.1.5. Sistema Registral constitutivo	47
2.6.2. Sistema de separación de contrato	47
2.7. Sistemas clásicos de transferencia de la propiedad	48
2.7.1. El sistema romano	48
2.7.2. El sistema francés	50
2.7.3. El sistema alemán	53
2.8. El sistema peruano	54
2.8.1. En el Código de 1852	55
2.8.2. En el Código de 1936	55
2.8.3. En el Código de 1984	56

### CAPÍTULO III

#### LA POSESIÓN

3.1. La posesión	73
3.2. Teoría de la posesión	76
3.2.1. Teoría subjetiva de Savigny	76
3.2.2. Teoría objetiva de Inhering	79

### CAPÍTULO IV

#### MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD

4.1. El título de posesión y el ejercicio de la propiedad	89
4.1.1. Título posesorio como acto jurídico	89
4.1.2. Título como causa del derecho posesorio	90
4.1.3. Título posesorio como el derecho que la ley reconocer al poseedor	91
4.1.4. Título putativo y justo título	93
4.1.5. Intervención del título de posesión	97
4.2. La traditio breve, el constituto posesorio	100
4.3. La posesión mediata, la posesión inmediata y el título posesorio	102
4.4. Mediación posesorio en los sucedáneos de la tradición	104
4.5. Posesión ilegítima y el título posesorio	105
4.6. Sistema registral y seguridad jurídica	106
4.7. La confrontación entre derechos de distinta naturaleza	109
4.8. La posición de jurisprudencia suprema	111

### CAPÍTULO V

#### DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. El análisis normativo de la acción mejor derecho de propiedad	115
5.2. El análisis de casos	116
5.3. El Lado Negativo de “tener” una Pretensión “autónoma” de Mejor derecho a la propiedad	121
5.4. Presentación del modelo teórico	123

5.4.1. Fundamento filosófico legal de la propuesta	123
5.4.2. Fundamento constitucional de la propuesta	124
5.4.3. Normas ordinarias que sustentan la realidad la posibilidad de protección de la propiedad	125
5.4.4. Propuesta para hacer viable la acción Mejor derecho de la propiedad	126
<b>Conclusiones.</b>	<b>129</b>
<b>Recomendaciones.</b>	<b>131</b>
<b>Referencias Bibliográficas.</b>	<b>132</b>
<b>Anexo</b>	



## **RESUMEN**

Con la división del trabajo y el cumplimiento de funciones, aparece también de manera formal el concepto de propiedad y la individualización de los bienes, y a partir de esto empezó una pugna por establecer los mecanismos que permitan establecer a quién en realidad pertenecen los bienes.

De manera formal, y luego de haber implementado procedimientos que orientan la determinación de la propiedad cuando una o más partes reclaman una cosa o bien, hoy en día suelen las partes procesales invocar ante los jueces la pretensión denominada Mejor derecho a la propiedad, buscando que sea el juez quien determine y declare el sujeto que debe ser considerado como dueño de un bien individualizado.

Sin embargo, si partimos del hecho que la declaración de propiedad no puede ser establecida por un tercero así sea imparcial, en la medida en la que en la tradición de las cosas muebles o inmuebles y la adquisición de los mismos prima la convencionalidad. De tal manera que más que una determinación del propietario, con la acción de Mejor derecho a la propiedad se pretende un reconocimiento de ejercicio de derechos lo que en buena cuenta resulta inoficioso porque la propiedad no depende de la imposición de un tercero que en este caso es el juez, sino que una declaración propia y hasta natural de las partes que realizan el acto jurídico que corresponde.

En este trabajo de investigación se ha querido abordar este tema, tan actual a pesar del tiempo y de las seguridades que deben tener las partes al momento de contratar, pero también tan inoficioso si es que no se le acompaña de una práctica jurisdiccional que más que una declaración sobre quién es el propietario, se pretenda en realidad una pretensión que permita al juez brindar las garantías al propietario de todas las facultades inherentes que implica tener el señorío sobre un bien.

## **ABSTRACT**

With the division of labor and compliance functions, the concept of property and the identification of goods also appears formally, and from this began a struggle to establish mechanisms that will determine who actually owned these assets.

Formally, and after implementing procedures that guide the determination of the property, when one or more parties claim one thing or asset, nowadays the litigants often invoke before the judges the claim named Better Title to Property, waiting the judge determines and declares the subject to be considered as owner of an individual right.

However, if we assume that the declaration of property can not be established by a third party and be impartial, to the extent that in the tradition of personal property or properties and the acquisition thereof, raw conventionality. So that more than a determination of the owner, with the action of a Better Title to Property, is an acknowledgment intended exercise of rights, which certainly is futile, because the property is not dependent on the imposition of a third party, in this case the judge, but a statement of its own and even natural party performing the legal act that corresponds.

In this research we have tried to address this timely issue, despite the time that has elapsed and the assurances that should have the parts when doing a contract, but also as futile if you are not accompanied by a judicial practice that more than a statement about who owns it, what you want is actually a claim whereby the court can provide guarantees to manage all the inherent powers, which involves having dominion over an asset.

# **INTRODUCCIÓN**

Uno de los derechos fundamentales que tenemos las personas es precisamente el de la propiedad. Y de repente muchos se preguntarán las razones por las que éste ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental, a tal punto incluso que tiene protección constitucional, y la respuesta es también sencilla: tenemos derecho a tener algo, y a ejercer sobre dicho bien los actos de disposición inherentes a nuestra condición de dueños.

Y esta naturaleza de la propiedad que se establece a partir de la relación entre la cosa y el sujeto, no siempre resulta ser sencilla en el mundo del derecho. El reconocimiento de la propiedad implica de una parte creerse propietario, y por otro lado ser reconocido bajo dicha condición, y en esto se presentan variadas dificultades que terminan siendo solucionadas ante un despacho del juez, quien aplicando la ley vigente tiene la delicada función de establecer quién es el propietario del bien que se reclama.

El estado de la cuestión se agrava cuando junto al derecho de propiedad que se invoca ser reconocido, concurren también otros derechos reales de ejercicio intermedio como son la posesión, o algún derecho real de garantía, y a partir de esto, se pretende establecer derechos de propietarios, como si el derecho de propiedad sea fundamentalmente constitutivo.

Son por estas, entre otras razones, las que han llevado a litigantes a acudir ante el Poder Judicial a fin de que mediante un proceso judicial se les reconozca su calidad de propietarios, se les reconozca la capacidad de ejercer la propiedad sobre sus bienes, y para ello se ha venido proponiendo una pretensión denominada “Mejor derecho a la propiedad”, señalando incluso que desde la denominación de esta materia ya resulta inoficioso accionar por cuanto, no puede existir una demanda sobre Mejor derecho a la propiedad, la misma que implícitamente está reconociendo un derecho al demandado, cuando sabemos que únicamente la propiedad es compartida pero cuando estamos frente a la figura de los copropietarios, lo que no es precisamente este caso.

Entonces, el presente trabajo busca establecer la magnitud y la utilidad de las denominadas acciones “Mejor derecho a la propiedad”, si es que resultan convenientes implementarlas en un contradictorio y recibir tutela jurisdiccional efectiva, o si por el contrario al declararse fundada una demanda devendrían en inoficiosas o poco útiles, para solucionar la controversia puesta a consideración del poder judicial.

Con todo el presente trabajo analiza también la viabilidad de procedencia de las acciones procesales aludidas, pero a partir de análisis de jurisprudencia, del propio ejercicio profesional del candidato a Maestro, buscando que ante todo el concepto de tutela judicial efectiva adquiera el sentido que debe tener para no sólo declarar el derecho a favor de una de las partes, sino que la justicia formal que reconoce la Constitución Política del Estado adquiera el sentido de eficacia ejecutando la sentencia que ha invocado el justiciable.

El trabajo fue dividido en cinco capítulos que comprende los Aspectos Metodológicos, el Marco Teórico referido a la propiedad, posesión, los títulos posesorios que no acreditan propiedad, y al final las discusiones sobre la Hipótesis planteada a fin de establecer el logro de los objetivos trazados, para al final arribar a las conclusiones y sugerencias.

Se presenta al Jurado el presente trabajo de investigación, el mismo que es el resultado del esfuerzo de lo aprendido en las aulas de post grado, así como de la preocupación constante porque la justicia que impera en el país sea una que atienda de la mejor manera las necesidades judiciales de las partes, pues, el Poder Judicial como Poder del Estado debe ser también reconocido en su eficacia y servicio a los demás.

EL AUTOR

**CAPITULO I**  
**ANALISIS DEL OBJETO**  
**DE ESTUDIO**

### 1.1. Realidad Problemática

Una de las pretensiones procesales que con mayor frecuencia los justiciables presentan ante los distintos juzgados civiles es la de Mejor derecho a la propiedad. Si bien es cierto que el derecho de acción en el derecho procesal peruano resulta por así decirlo copioso en cuanto a la variedad para sugerir pretensiones, es cierto también que cada demanda presentada ante el órgano jurisdiccional lleva consigo una solicitud de justicia a la que se tiene que dar respuesta, más aún si se peticiona la declaración y el reconocimiento judicial de propiedad como es el caso que se analiza en esta parte de la investigación.

En esto, resulta oportuno recordar que en el ámbito procesal, pretensión es el fin concreto que persigue el demandante al interponer una demanda, es decir, que se reconozca su derecho a través de una sentencia judicial. En este orden de ideas, la pretensión de mejor derecho a la propiedad está dirigida a que el juzgado civil ratifique como Titular del derecho de propiedad a quien exhibe documentos o alega situaciones jurídicas de mayor jerarquía que las del demandado, como pretendido título o causa del derecho que se espera se dedare en una resolución judicial.

Esta controversia irreconciliable que surge entre las partes, se origina a partir del conflicto suscitado debido a la concurrencia de adquirentes de un mismo bien. Cada quien alega tener el derecho de propiedad exclusivo sobre dicho bien y para ello invoca un pretendido título (causa del derecho), como se hizo alusión.

Ahora, ¿cómo está determinada la “jerarquía” de los referidos documentos o situaciones jurídicas? La respuesta la encontramos en el texto del artículo 1135 del Código Civil<sup>1</sup>. Aunque también podemos inferirla de los supuestos de otras normas como los artículos 949 y 2022<sup>2</sup> del cuerpo sustantivo.

---

<sup>1</sup> Artículo 1135 del Código Penal: Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

<sup>2</sup> Artículo 950: La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

En todo proceso de acción de mejor derecho a la propiedad, cada parte, necesariamente alega la mayor jerarquía de sus situaciones jurídicas o de sus documentos, y pretende que, sobre esa base se ratifique el derecho de propiedad en su favor, con exclusión de la otra parte.

Pero frente a estas clases de demanda que como se indicó son frecuentes, cabe preguntarse: ¿si resulta necesaria la Acción de mejor derecho a la propiedad?; además si es imperioso establecer: ¿qué conflicto se soluciona o que obstáculos se salvan con la declaración judicial de “mejor” derecho a la propiedad?, y ¿cuál es la finalidad de la pretensión?

Debemos decir, en primer lugar, que la sentencia no va a atribuir calidad de “título” al documento, porque ello ya viene siendo determinado por la ley. En segundo lugar, que la sentencia no va a “documentar” el “título” por cuanto, ya existe dicho “documento”, como sucede, por ejemplo, con las Sentencias de Prescripción Adquisitiva de dominio, que resultan necesarias para “documentar” el título.

En este orden de ideas, consideramos que la Sentencia de mejor derecho a la propiedad no es ni constitutiva ni declarativa del “mejor” derecho a la propiedad. Entonces, ¿podríamos decir que la Sentencia de “mejor” derecho a la propiedad sólo pretende atribuir “eficacia” a un título de propiedad (o al derecho de propiedad)?, ¿o es que, acaso, sin la declaración judicial, el título del demandante no tendría eficacia?

Las respuestas a las preguntas que se formulan constituyen la finalidad del presente trabajo de investigación, pues de inicio consideramos que dicha pretensión por ser frecuente en el ámbito jurisdiccional, puede resultar innecesaria para generar consecuencias jurídicas, y puede originar que el conflicto entre las partes respecto a la discusión de la titularidad de un bien termine agudizándose, sin que con ello se resuelva el problema, cuando en realidad resulta ser diferentes las pretensiones que se deben presentar ante el órgano jurisdiccional.

---

Artículo 2022 Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.



## **1.2. El Problema**

### **1.2.1. Formulación del problema**

Lo expuesto nos lleva a formular el siguiente problema expresado en forma de interrogante.

#### **1.2.1.1. Problema general**

¿Bajo qué supuestos de constitución o declaración de propiedad de bienes resulta oficiosa la pretensión procesal de Mejor derecho a la propiedad, a partir de casos judicializados en los juzgados civiles de Chiclayo, años 2011-2012?

#### **1.2.1.2. Problemas específicos**

¿De qué manera se constituye o declara la propiedad en el derecho civil peruano vigente?

¿Cuáles son las razones que sustentan las demandas de Mejor derecho a la propiedad presentadas por los justiciables ante los juzgados civiles de Chiclayo, años 2013-2014?

¿Cuáles son las razones de motivación que sustentan las sentencias emitidas en los procesos sobre Mejor derecho a la propiedad en los juzgados civiles de Chiclayo, años 2013-2014?

¿Cuáles son los efectos jurídicos de las sentencias emitidas en los procesos de Mejor derecho a la propiedad, en los juzgados civiles de Chiclayo, año 2013-2014?

¿Corresponde mantener la pretensión de Mejor derecho a la propiedad dentro de la práctica procesal peruana como pretensión “autónoma”, o debe considerársele comprendida dentro del objeto de determinadas pretensiones?

### **1.2.2. Justificación**

La investigación que pretendemos iniciar se justifica por cuanto se trata de desvirtuar la utilidad de una de las pretensiones procesales que se utiliza con mucha frecuencia como es la de "Mejor Derecho a la Propiedad"; sacando a la luz su verdadera naturaleza, revelando sus precariedades, y sustentando su Inoficiosidad en cuanto a sus efectos jurídicos como pretensión "autónoma".

Así también, esta investigación resulta importante en la medida en la que se aborda un tema respecto del cual no encontramos polémica registrada ni en sede doctrinaria ni jurisprudencial, en tanto que los tratadistas y los Magistrados no cuestionan dicha figura, a pesar de su intrínseca naturaleza controversial. Pretendemos, entonces, no sólo, propiciar el debate doctrinario, sino también demostrar la Impropiiedad del nomen juris, y, sobretudo la Inoficiosidad de la pretensión como "autónoma", contra la orientación que hasta la fecha ha habido al respecto.

### **1.2.3. Objetivos**

#### **1.2.3.1. Objetivo General**

Determinar si existen supuestos legales válidos de constitución o declaración de propiedad de bienes que hagan oficiosa la pretensión procesal de Mejor derecho a la propiedad, a partir de casos judicializados en los juzgados civiles de Chiclayo, años 2013-2014.

#### **1.2.3.2. Objetivos Específicos**

Precisar los supuestos legales de constitución y declaración de la propiedad en el derecho civil peruano vigente.

Establecer las razones que sustentan las demandas de Mejor

derecho a la propiedad presentadas por los justiciables ante los juzgados civiles de Chiclayo, años 2013-2014.

Identificar los efectos jurídicos de las sentencias emitidas en los procesos de Mejor derecho a la propiedad, en los juzgados civiles de Chiclayo, año 2013-2014.

Determinar si corresponde mantener la pretensión de Mejor derecho a la propiedad dentro de la práctica procesal peruana como pretensión “autónoma”, o si debe considerársele comprendida dentro del objeto de determinadas pretensiones.

### **1.3. Aspectos metodológicos**

#### **1.3.1. Formulación de hipótesis**

Si no existen supuestos válidos de constitución o declaración de propiedad de bienes, entonces en todos los casos la pretensión procesal de Mejor derecho a la propiedad resulta ser inoficiosa como pretensión “autónoma”, a partir de casos judicializados en los juzgados civiles de Chiclayo, años 2013-2014.

#### **1.3.2. Variables e Indicadores**

##### **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

Supuestos válidos de constitución o declaración de la propiedad

##### **VARIABLE DEPENDIENTE:**

La pretensión procesal de mejor derecho a la propiedad

### **INDICADORES**

- Título de propiedad
- Acto constitutivo
- Acto declarativo
- Oficioso – Inoficioso
- Posesión pacífica
- Posesión continua
- Posesión de buena fe
- Ejecución – inejecución de sentencia

#### **1.3.3. Población y muestra**

La población está formada por el total de expediente que expresan casos sobre mejor derecho a la propiedad.

Del total de expedientes, se seleccionarán un total de veinte casos, siendo las piezas procesales a analizar las siguientes: a) demanda; b) contestación de demandas; c) sentencias emitidas por los Juzgados civiles.

La técnica de selección será al azar simple, mediante sorteo.

**CUADRO N° 01: MUESTRA A LA QUE SE VA APLICAR LA FICHA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS A FIN DE ESTABLECER LAS CARACTERÍSTICAS DE LA MUESTRA SELECCIONADA**

<b>Aspectos</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>Piezas procesales</b>		
<b>DEMANDAS</b>	20	30.35
<b>CONTESTACIÓN DE DEMANDAS</b>	20	30.35
<b>SENTENCIAS</b>	20	30.35

**Año: 2014**

Fuente: Poder Judicial

#### **1.3.4. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.**

- LOS MATERIALES son de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros.
- LAS FUENTES consultadas pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de investigación.
- LA TECNICA a emplear es la dogmática jurídica.
- En lo que respecta a la RECOLECCION DE INFORMACION DE COMPILACION DE DATOS será necesario el empleo de fuentes de información tales como la observación de la problemática generada en torno a la adopción de menores declarados judicialmente en estado de abandono en el Perú información primaria), así como de libros, periódicos, revistas, internet, etc. (información secundaria). Por su parte, también se utilizarán fuentes impersonales de datos primarios como el análisis y finalmente la encuesta para que los sujetos a los cuales voy a aplicarlas me proporcionen datos sobre el tema materia de investigación.

#### **1.3.5. Métodos y procedimientos para recolección de datos:**

##### **a) Método de Análisis**

El presente método fue empleado por cuanto se ha iniciado el trabajo por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad, habiéndose establecido una relación de causa efecto entre los elementos que componen el objeto materia de investigación.

##### **b) Método Explicativo:**

Explicar las consecuencias que podrían darse debido a la limitación que pone frente a los niños susceptibles de adopción que se encuentran en un albergue, sin importar el Principio del Interés Superior del Niño, así como la restricción de derechos

respecto a las parejas que deseen adoptar por el simple hecho de no contar con el sagrado sacramento del matrimonio.

# **CAPÍTULO II**

## **LA PROPIEDAD**

## 2.1. Punto de vista constitucional

Iniciamos este tema bajo la influencia del escrito por el profesor Luis Castillo – Córdova<sup>3</sup>, quien señala que en el artículo 2.16 CP se ha reconocido que toda persona tiene derecho a la propiedad, mientras que en el artículo 70 CP se ha establecido que “[e]l derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza”. El reconocimiento del derecho de propiedad aparece también en las normas internacionales sobre Derechos Humanos. Así en el artículo 21 DUDH, en el que se reconoce que “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”; y en la Convención Americana de Derechos Humanos cuando se ha dispuesto que “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”.

El reconocimiento de la propiedad como derecho constitucional constituye un elemento fundamental en el régimen económico previsto en la Constitución, al punto que el constituyente peruano ha manifestado que “[l]a economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad” (artículo 60 CP). En palabras del Tribunal Constitucional, se trata de “uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica”<sup>4</sup>; sin embargo, no es un derecho absoluto, sino que se debe “ejerce[r] en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley” (artículo 70 CP). O como se ha dicho en la Convención Americana de Derechos Humanos, “[l]a ley puede subordinar tal uso y goce al interés social” (artículo 21.1).

Precisamente por tratarse de un derecho constitucional plenamente vinculante al poder político, éste tiene el deber constitucional no sólo de no vulnerar este derecho, sino de garantizarlo plena y efectivamente, al punto que se ha establecido que “[a] nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública,

---

<sup>3</sup> CORDOVA CASTILLO, Luis. El derecho de propiedad como objeto del proceso de amparo. Facultad de derecho de la Universidad de Piura. Piura – 2006, p.p.3 s.s.

<sup>4</sup> EXP. N.º 2727-2002-AA/TC, de 19 de diciembre de 2003, f. j. 5.



declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio” (artículo 70 Constitución Política).

En este mismo sentido se manifiesta la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando ha reconocido que “2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”; y la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer que “2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (artículo 21).

### **La dimensión subjetiva o de libertad**

Como todo derecho fundamental, puede también descubrirse en el contenido constitucional del derecho de propiedad tanto una dimensión de libertad o subjetiva, como prestacional u objetiva<sup>5</sup>. En virtud de la primera de las mencionadas dimensiones se ha de reconocer como contenido constitucional de un derecho fundamental todo un conjunto de facultades de acción y de disposición a favor de su titular, a través de cuyo ejercicio se conseguirá lograr la finalidad del reconocimiento del derecho de propiedad.

En clara referencia a esta dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho de propiedad “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 productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, (...) e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”<sup>6</sup>. Complementariamente, el derecho de propiedad otorga a sus titulares la facultad “para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como

---

<sup>5</sup> Sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano, cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005, en particular el capítulo V y VI.

<sup>6</sup> EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, f. j. 26.a.

también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa”<sup>7</sup>.

### **La dimensión objetiva o prestacional**

Sin embargo, el contenido constitucional de un derecho fundamental no se agota con su dimensión de libertad o subjetiva, sino que abarca igualmente una dimensión objetiva, prestacional o social. A través de esta dimensión, y dado el especial significado de los derechos fundamentales, el poder político se vincula a los derechos fundamentales comprometiéndose a garantizar y favorecer su plena vigencia, adquiriendo con ello una serie de obligaciones, no sólo negativas de no acción, sino especialmente positivas de acción.

En lo que respecta al derecho de propiedad, es innegable la existencia de esta dimensión y de los correspondientes deberes que de ahí se generan para el poder político. Todos estos deberes -de acción y de no actuación-, como no podía ser de otra manera, van en la línea de promover la plena vigencia de un contenido constitucional que, como se verá más adelante, viene bastante afectado por la función social que constitucionalmente se ha atribuido al ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional termina confundiendo lo que es la garantía institucional con la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales.

En el siguiente apartado se argumentará por qué la teoría de la garantía institucional resulta siendo innecesaria para predicarla de los derechos fundamentales como el derecho de propiedad. Ahora sólo conviene poner de manifiesto que el Alto Tribunal ha manifestado que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico”<sup>8</sup>. Pues bien, la defensa y promoción del derecho de propiedad no se debe a que se trata de un instituto constitucional al cual haya que reconocerle una garantía institucional, sino que se debe a que se trata de un derecho fundamental cuya dimensión objetiva precisamente obliga al poder político a

---

<sup>7</sup> Ibidem.

promover y garantizar su pleno cumplimiento.

Incluso, la manifestada necesidad de institucionalización del derecho de propiedad es fruto de su dimensión objetiva, en la medida que a través de ello será posible un más pleno y seguro ejercicio del derecho de propiedad. Sin duda que “para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consubstanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho”<sup>9</sup>. Pues bien, esta obligación estatal de brindar las garantías que permitan institucionalizar el derecho de propiedad es fruto del reconocimiento de su dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental.

## **2.2. Propiedad y función social**

### **Justificación de la función social**

El desacierto del Tribunal Constitucional no queda en considerar el derecho a la propiedad como una garantía institucional, sino que va más allá al considerar que la función social que constitucionalmente se ha atribuido a la propiedad, es precisamente fruto de configurar este derecho fundamental una garantía institucional. Así se concluye de declaraciones del Tribunal Constitucional como aquélla en la que afirmó que el derecho de propiedad es “una garantía institucional (reconocimiento de su función social)”<sup>10</sup>.

Si se parte de que los derechos fundamentales tienen un contenido constitucional que es único e ilimitable, que se delimita siempre en función de los casos concretos, y sin que en ningún caso pueda reconocerse como parte de su contenido constitucional (objetivo o subjetivo)<sup>11</sup>, alguna facultad o algún deber que suponga a su vez la agresión de otro derecho fundamental o de otro

bien jurídico constitucional, entonces, se deberá admitir que no puede formar parte del contenido constitucional de los derechos fundamentales ninguna circunstancia que resulte contraria al interés general. Por tanto, el ejercicio de los derechos fundamentales no puede desarrollarse de tal forma que resulte atentatorio al bien común.

Sin embargo, hay derechos fundamentales cuyo ejercicio influye de tal modo en la consecución de ese bien común, que normalmente el Constituyente toma la decisión de regular especialmente su ejercicio. Esto ha ocurrido con el derecho a la propiedad, derecho que debido a su especial relevancia patrimonial y a su influencia en la economía de una comunidad política, ha sido objeto de regulación por la Constitución, en particular su relación con el bien común. Igual circunstancia puede llegar a verificarse con otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo, o el derecho a la salud.

Pues bien, que al derecho de propiedad se le reconozca una función social no es fruto que a ese derecho de le haya aplicado la doctrina de la garantía institucional. Lo tiene porque su contenido constitucional así lo exige, contenido que se delimita tanto en base a su naturaleza jurídica (significación ontológica), como en función a las distintas decisiones del Constituyente recogidas en el texto constitucional. Obviamente, las decisiones que sobre la propiedad haya podido adoptar el Constituyente dependerá mucho de la concepción que éste tenga de lo que es el bien común y, en particular, por la caracterización que haya hecho de la economía. La concepción de la propiedad variará de modo notorio entre una economía liberal y una economía socialista, y entre estas dos con una economía social de mercado. Así, en una economía liberal puede que no se reconozca o se reconozca muy reducidamente una función social a la propiedad, en comparación con una concepción casi estatista que podría manifestarse en una economía socialista.

## **Definición de la función social**

Una vez aclarado que la función social de la propiedad no depende del reconocimiento de este derecho como garantía institucional, entre otras cosas porque no es una garantía que se predique de los derechos fundamentales, conviene estudiar cual es el significado de esa función social. Esa definición será distinta dependiendo del ordenamiento constitucional en el cual se formule. Obviamente, aquí interesará definir la función social de la propiedad dentro del ordenamiento constitucional peruano.

Como ya se tuvo oportunidad de adelantar, el derecho de propiedad viene recogido en el artículo 2.16 CP. Lo escueto de la fórmula de esta disposición constitucional, viene debidamente complementado por otras disposiciones, como aquélla en la que se establece que la economía peruana se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad” (artículo 60 CP); o aquella otra en la que el Constituyente ha establecido el deber de ejercer el derecho de propiedad en armonía con el bien común (artículo 70 CP). En esta misma línea, y en aplicación de la norma internacional vinculante para el Perú, se admite que la ley pueda subordinar al interés social el uso y goce que supone el derecho de propiedad (artículo 21.1 CADH). Manifestación de esto último, sin duda, es la previsión constitucional que admite las expropiaciones, siempre que así lo requiera la seguridad nacional o la necesidad nacional (artículo 70 CP). Estas son las principales disposiciones del ordenamiento constitucional peruano que ayudarán a definir la función social del derecho de propiedad en una economía.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de manifestarse acerca de la función social que cumple la propiedad. En primer lugar, ha reconocido que “el derecho constitucional a la propiedad tiene una incuestionable connotación económica”<sup>8</sup>. A partir de aquí ha admitido el Alto Tribunal que “[e]l funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> EXP. N.º 0016-2002-AI/TC, citado, f. j. 5.

Con base en esta especial relación del derecho a la propiedad con la economía nacional, ha planteado el Tribunal Constitucional la significación de la función social de la propiedad. Ha dicho que no sólo se trata de un derecho del propietario a explotar y aprovecharse para su propio beneficio del bien objeto de propiedad, sino que es imprescindible que “el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía”<sup>13</sup>.

En buena cuenta, la función social que es intrínseca al derecho de propiedad obliga al propietario a armonizar su interés personal con el interés social, o al menos, a estar dispuesto a que esa armonización se llegue a dar. Recuerda el Tribunal Constitucional que “dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se *despliega hasta lograr una misión social*, por cuanto ésta 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*”<sup>14</sup>.

## **2.3. Límites del derecho de propiedad**

### **Criterios delimitadores: la función social y los derechos fundamentales**

Queda clara la función social que está llamado a cumplir el derecho de propiedad en el ordenamiento constitucional peruano. A partir de aquí se puede afirmar que esta función social, con la significación apuntada antes, se convierte en uno de los principales elementos que se ha de tener en cuenta al momento de delimitar el contenido constitucional del derecho fundamental. Dependiendo

de las circunstancias de cada caso concreto, el contenido constitucional del derecho de propiedad tendrá un contenido u otro. En este contexto se ha de interpretar la declaración del Tribunal Constitucional por la cual ha afirmado que “la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general”<sup>15</sup>.

La función social de la propiedad, en estricto, el bien común, ayuda a determinar en cada caso concreto si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional del derecho de propiedad. Sin embargo, este no es el único criterio delimitador que se deberá tener en cuenta. Existe también otro criterio igualmente importante: los derechos fundamentales. En efecto, no debe olvidarse que el contenido constitucional de un derecho fundamental no puede incluir ninguna circunstancia o facultad que llegue a vulnerar otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional (como el bien común o interés público).

Es así que se ha de reconocer que el ejercicio del derecho de propiedad “importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar: El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos. El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales. El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común”<sup>9</sup>.

### **El principio de no confiscatoriedad**

En relación a los elementos delimitadores del contenido constitucional del derecho fundamental de propiedad, se ha de ver uno más en el principio de no confiscatoriedad que se predica respecto del establecimiento y cobro de tributos. En el ordenamiento constitucional se ha dispuesto categóricamente que “[n]ingún tributo puede tener efecto confiscatorio” (artículo 74 CP).

Se ha de considerar que el principio de no confiscatoriedad es un

---

<sup>9</sup> ibidem.

elemento delimitador del contenido constitucional del derecho de propiedad en la medida que a través de la aplicación del mencionado principio se busca evitar que con el cobro de un determinado tributo se afecte indebidamente el derecho de propiedad. En palabras del Tribunal Constitucional, “teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente se admite para no vulnerar el derecho a la propiedad”<sup>10</sup>.

En general, se puede afirmar que “[e]ste principio informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal y, como tal, constituye un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, empezando, desde luego, por el derecho de propiedad, ya que evita que la ley tributaria pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas”<sup>11</sup>.

### **La expropiación**

Se ha establecido en el texto constitucional peruano que a la regla general de que la propiedad es inviolable, se le puede plantear una excepción. Esta salvedad consiste en que la propiedad podrá ser privada de su titular cuando así lo requiera la seguridad nacional o la necesidad pública. En estas situaciones el poder político tiene la facultad de privar de su propiedad a un particular, si es que han concurrido los siguientes dos elementos. Primero, que la situación de seguridad nacional o de necesidad pública, así como la conveniencia de la expropiación haya sido declarada por ley; y segundo, que la expropiación se llegue a ejecutar sólo después de pagada la indemnización justipreciada (artículo 70 CP).

Como ya se dijo, el contenido constitucional de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de propiedad, se formula siempre en relación a la vigencia de los demás derechos fundamentales y de los bienes jurídico constitucionales. De manera que, por ejemplo, al derecho de propiedad

---

<sup>10</sup> EXP. N.º 2302-2003-AA/TC, de 13 de abril de 2005, f. j. 13.

<sup>11</sup> EXP. N.º 2727-2002-AA/TC, citado, f. j. 4.



no se le puede llegar a reconocer un contenido que no permita la vigencia del bien común, concretizado en la seguridad nacional o la necesidad pública. Como ya se argumentó, el bien común es otro elemento que se ha de tomar en consideración cuando se quiera definir en cada caso concreto el contenido constitucional del derecho de propiedad.

En razón de él, puede ocurrir que en determinadas circunstancias, el propietario de un bien está constitucionalmente obligado a admitir el cambio del bien por otro de equivalente valor económico, es decir, está obligado a admitir ventas forzosas o actos expropiatorios, siempre que estos se lleven a cabo según el procedimiento establecido constitucionalmente. Esto ocurre en el caso del ordenamiento constitucional peruano, en el cual se ha reconocido que a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (artículo 70 CP). Es así que en el ordenamiento jurídico peruano, el contenido constitucional del derecho a la propiedad, se configura de tal forma que es constitucionalmente posible que el contenido de la relación dominal entre *dominus* y el bien, varíe al variar el bien por otro de igual valor patrimonial.

Por la especial significación de la figura de la expropiación para el bien común, y por la especial dificultad que esta representa, es preciso ahondar un poco más en la significación de esta figura reconocida en el texto constitucional peruano, y de la procedencia del amparo en situaciones de expropiación.

## **2.4. Teorías sobre la propiedad**

Una buena clasificación al respecto, sin duda la tenemos en la reseña que el profesor Gonzales Barrón<sup>12</sup> hace al respecto, contenido que nos permitimos reproducir.

---

<sup>12</sup> GONZALES BARRÓN, Günter.. La teoría del derecho real construida a partir de la Constitución, Gaceta Constitucional N° 56, Lima – Perú, p.p.

#### **2.4.1. Teoría clásica del derecho real: la propiedad como poder absoluto**

La teoría clásica del derecho real se consolida en el siglo XIX, en pleno auge del racionalismo, aunque su construcción se inició desde el Derecho común. En efecto, según la escuela del Derecho natural, las normas civiles no pueden prohibir lo que ha sido ordenado por la razón, ni pueden ordenar lo que está naturalmente prohibido. La propiedad es una institución natural, pues si bien las cosas fueron dadas en común a todos los hombres; sin embargo, el reparto mediante acuerdos voluntarios resulta conveniente para la humanidad, pues se previene conflictos y fomenta el uso adecuado de los recursos, por lo tanto, si la propiedad es una figura anterior al Estado, entonces los gobernantes sólo pueden reconocerla (Hugo Grocio)<sup>13</sup>. De esta forma, el dominio sobre las cosas inanimadas queda configurado como un poder absoluto, que ni siquiera la autoridad puede desconocer<sup>14</sup>. Esta idea representa ya un paso adelante para la modernidad liberal, pues la cosa se libera de sus gravámenes y restricciones, con lo que se diferencia nítidamente del feudalismo medieval<sup>15</sup>, que pronto será rebasado y aniquilado por efecto de la creciente fuerza económica de la burguesía. La teoría clásica también se denomina subjetiva, pues en ella se glorifica la voluntad del propietario para decidir el destino de la cosa a su libre arbitrio. Según esta concepción, el derecho real recae directa e inmediatamente sobre algún bien individualmente determinado, lo que permite obtener alguna utilidad, sin necesidad de intermediario o de una persona obligada. Por ejemplo, el derecho de propiedad sobre una casa. Este confiere las facultades, entre otras, de usar y disfrutar del objeto, sacando de él toda la utilidad que sea susceptible de proporcionar mediante el ejercicio directo sobre el objeto. Dentro de este contexto, las características comunes de los distintos tipos de derechos reales son la inmediatez del titular sobre el bien, y la

---

<sup>13</sup> RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. Teoría general de la propiedad. Temis, Bogotá, 2011, pp. 71-73. Hugo Grocio llegó a definir el derecho real como “un derecho de propiedad entre una persona y una cosa, sin relación necesaria con otra persona”. LEITAO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. Almedina, Coimbra, 2009, p. 32. Citado por Gonzales Barrón

<sup>14</sup> RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. Ob. cit., p. 84.

<sup>15</sup> RIGAUD, Luis. El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional. Traducción de J. R. Xirau, Reus, Madrid, 1928, p. 85.

exclusividad que conlleva su oponibilidad frente a los terceros. La inmediatez significa la posibilidad de obtener del bien el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona, pues en teoría no precisa de acto ajeno para satisfacer este interés. Por ejemplo: el titular del derecho de servidumbre puede transitar por el fundo gravado sin necesidad de cooperación del dueño. Igual ocurre con el acreedor hipotecario, quien puede instar la venta judicial sin necesidad de autorización del propietario del bien inmueble. Por otro lado, la exclusividad implica la facultad de impedir a los demás cualquier interferencia en el goce del derecho (exclusión)<sup>16</sup>. Según esta tesis, los derechos patrimoniales pueden tener por objeto las realidades del mundo exterior (derechos reales) o pueden tener por objeto los actos del hombre (derechos obligacionales). El primero es un derecho que recae directamente sobre el bien, sin necesidad de una persona obligada<sup>17</sup>. El segundo es el derecho de exigir cierta prestación de una persona determinada, que puede consistir en dar, hacer o no hacer<sup>18</sup>. Un ejemplo de esta última categoría: si X ha prestado a Y una determinada suma de dinero, Y se encuentra obligado a la restitución del dinero. El derecho de X no recae sobre objeto alguno, solamente tiene el derecho a exigirle a Y la restitución del valor. En buena cuenta, X no es propietario de la suma de dinero, sino que sólo tiene el derecho como acreedor de exigírselo al deudor, por lo que aquel necesita la cooperación de este (a través del pago) para satisfacer su interés. Distinto es el caso de un propietario que no necesita de ningún deudor (o persona obligada) para que se cumpla su interés. Él es titular del bien y por esa circunstancia nadie puede interferir en su goce. Las diferencias principales entre ambas categorías jurídicas (derechos reales y obligaciones), desde el punto de vista de la

---

<sup>16</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. Elementos de Derecho Civil. Tomo III-1, Derechos Reales. Posesión y Propiedad. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 10-12.

<sup>17</sup> "Ejemplo: Si A es propietario de un cesto de manzanas, nadie puede quitárselas. Ejemplo contrario: A ha vendido sus manzanas a B (venta, contrato obligacional), con el cual, por consiguiente, está comprometido. Si antes de que A entregue las manzanas, C se las roba, B no puede hacer nada contra C; solo de A, todavía propietario, puede exigir que haga lo necesario para entregarle, a pesar de todo, las manzanas (en virtud de la relación obligacional existente entre ellos". HEDEMANN, Justus Wilhelm. "Derechos reales". En: LEHMANN-HEDEMANN. Tratado de Derecho Civil. Traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, EDESA, Madrid, 1955, p. 35. Citado por Gonzales Barrón

<sup>18</sup> RIGAUD, Luis. El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional. Ob. cit., p. 6

teoría clásica, pueden resumirse en los siguientes puntos<sup>19</sup>:

**- Los elementos constitutivos:**

- en el derecho real sólo existe la persona (sujeto titular) y el bien;
- en el derecho obligacional existe un sujeto titular (acreedor), un sujeto deudor (obligado) y la prestación debida (conducta consistente en un dar, hacer o no hacer).

**- Efectos:**

- el derecho real genera persecución del bien (el titular puede perseguir el bien contra cualquiera que lo tenga en su poder), a diferencia del derecho obligacional que solo se ejerce contra el deudor.

-Por otro lado, el derecho real genera preferencia del titular, en cuanto este, por su propia naturaleza, excluye del goce a cualquier tercero. El derecho obligacional, por su carácter relativo, no tiene esta característica<sup>20</sup>

**- Por la estabilidad:**

- el derecho real es una situación estable de poder sobre un bien, muchas veces de índole perpetua. Por otro lado, el derecho obligacional es por esencia un vínculo temporal, nacido para extinguirse con el pago.

-El derecho real nace para durar indefinidamente, mientras que el obligacional nace para extinguirse.

**- Por los modos de adquisición y extinción:** existen algunos modos de adquisición de los derechos reales (por ejemplo, la usucapión) que son incompatibles con los derechos obligacionales. Igual ocurre con los modos de extinción, como es el caso de la destrucción del bien, que pone fin al derecho real; sin embargo, si ese bien fuera contenido de una prestación, su pérdida no implica necesariamente la extinción de esta, pues la prestación original puede ser sustituida con la indemnización. La difusión de esta teoría, sistematizada por un sector de la pandectística, se nota hasta la actualidad. Así, existen muchos autores que la recusan en la superficie, pero terminan adhiriéndose a ella, pero con otras palabras. El

---

<sup>19</sup> RIGAUD, Luis. El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional. Ob. cit., p. 86 y ss.

<sup>20</sup> GIORGIANNI, Michelle. "Los derechos reales". En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N° 458, Madrid, enero-febrero, 1967, pp. 9 y 10

caso más notable es el de un profesor argentino que rechaza la tesis clásica, por lo que propone que la diferencia entre los derechos reales y los de obligación se encuentran en que el primero constituye un poder jurídico, mientras que el segundo es una facultad jurídica. El poder lo define como el derecho subjetivo, cuya esencia es el señorío de la voluntad sobre personas o cosas, que se ejerce de propia autoridad, en forma autónoma e independiente de otra voluntad. La facultad, por el contrario, es un derecho subjetivo que consiste en una pretensión, esto es, la posibilidad del titular de requerir al obligado la actuación de cierto comportamiento, para lo cual se requiere la colaboración de este<sup>21</sup>.

En verdad, el llamado poder no es otra cosa que el poder directo e inmediato de los pandectistas, sin necesidad de intermediarios; mientras que la facultad esconde la relación jurídica que requiere la conducta del deudor.

#### **2.4.2. Teoría personalista del derecho real: la propiedad como derecho que impone un deber universal de abstención**

Para la doctrina clásica, el derecho real es uno que recae –directa e inmediatamente– sobre una cosa individualmente determinada, de la cual se puede obtener la utilidad total o parcial dispensada por la ley, sin que exista intermediario o persona obligada para ello. En cambio, el derecho de crédito se presenta cuando una persona exige a otra una determinada prestación de contenido patrimonial.

Sin embargo, la filosofía del derecho de Immanuel Kant planteó la imposibilidad de relacionar las personas con las cosas, en cuanto solo podían existir relaciones entre personas. Esta afirmación parte de la perspectiva de que todo derecho conlleva un deber correlativo impuesto a otra persona, por lo que a los bienes no se les puede imponer deber alguno. Si ello es así, los llamados derechos reales tienen, en verdad,

---

<sup>21</sup> GATTI, Edmundo. Derechos Reales. Teoría General. Lajohuane, Buenos Aires, 2006, pp. 69-71.

una estructura idéntica a los derechos obligacionales, esto es, generan una relación jurídica entre personas. Sin embargo, en el ámbito de los primeros, los obligados vendrían a ser todos los miembros de la comunidad, sobre los que se impone un deber general de abstención para no interferir en el goce del titular. Esta idea de corte filosófico es posteriormente recogida, entre otros, por los pandectistas alemanes Bernard Windscheid y August Thon.

Este último, por ejemplo, sostuvo que “[e]l derecho de propiedad no consiste tanto en lo que el propietario pueda directamente hacer en su jardín (goce), como en la posibilidad de ponerle al jardín una verja y excluir a los demás de la utilización del jardín. Se deduce de aquí que la pretensión del propietario se dirige a que los demás observen un determinado comportamiento”<sup>22</sup>. En esta medida, la teoría obligacional de los derechos reales toma como paradigma teórico los derechos de obligación, en tanto estos sirven para explicar la estructura de todo tipo de prerrogativa jurídica. Así, el derecho de propiedad viene a configurarse como una obligación impuesta a toda la comunidad con el fin de respetar el derecho del titular; por lo tanto, no significaría el poder sobre una cosa, sino más bien una obligación de todos para no entrometerse en el derecho del propietario. En nuestro país, esta teoría ha tenido eco en los autores influidos por el Análisis Económico del Derecho<sup>23</sup>.

#### **2.4.3. Teoría intermedia del derecho: la propiedad como poder absoluto que impone un deber universal de abstención**

Las críticas se intentaron salvar con la tesis intermedia que suma las dos ideas claves de la teoría clásica y la obligacional; de esta manera, el derecho real estaría conformado por un lado interno (poder directo e inmediato sobre una cosa) y uno externo (deber de no interferencia que surge en los terceros a favor del sujeto titular). Nótese que lo único que se

---

<sup>22</sup> DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Ob. cit., p. 61.

<sup>23</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I, CRPME, Madrid, 199, pp. 56 y 57.

ha conseguido es agregar las dos posturas en una sola, pero sin que se produzca una síntesis armoniosa. Por ello se ha dicho, con razón, que si ambas tesis son defectuosas, entonces la suma de las dos tesis sólo logra aglutinar los defectos de ambas.

No obstante, la tesis intermedia de Rigaud es la que más influencia ha tenido en el Derecho Civil moderno y constituye un intento serio por superar las deficiencias anotadas en ambas teorías: “En términos lógicos, la propuesta de Rigaud concibe los derechos reales como el resultado de normas permisivas (fuertes y débiles) dirigidas al titular de la cosa y prohibiciones dirigidas a terceros. Solo que Rigaud considera que el aspecto interno es el elemento constitutivo de los derechos reales. El aspecto externo es accidental y variable. Esto le permite afirmar que los derechos reales pueden carecer de los atributos de persecución y preferencia o ampliar la lista de los derechos reales. Sin duda, esta concepción es la más cercana a un análisis lógico correcto de los derechos reales”<sup>24</sup>.

Es cierto que la propiedad está constituida por un aspecto interno y otro externo, uno permisivo y otro prohibitivo. Sin embargo, la mera unión de ambos factores no explica el fenómeno en su integridad. El ordenamiento jurídico está conformado por normas regulativas (permisiones, prohibiciones, obligaciones), pero también por normas constitutivas (procedimientos, competencias), entre las que se encuentran las que fijan los procedimientos legislativos o judiciales, o las que establecen los requisitos de validez de un contrato. Las normas regulativas vienen acompañadas de algún tipo de sanción en caso de su inobservancia; en cambio, las normas constitutivas no generan una sanción, sino que su aplicación incompleta no permite modificar el ordenamiento jurídico. El concepto de propiedad requiere, también, de normas constitutivas que permitan al propietario enajenar el bien (poderes) o que lo defiendan frente a confiscaciones o restricciones

---

<sup>24</sup> RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. Ob. cit., p. 114.

arbitrarias (inmunidad).

En suma, la propiedad otorga competencias precisas e inmunidades amplias, por lo que una adecuada comprensión de la figura excede el marco clásico de privilegios y deberes. Por lo demás, hoy no puede sostenerse que los derechos reales sean cotos cerrados para la voluntad omnímoda, y hasta arbitraria, del titular. La teoría-síntesis adolece de estos graves defectos.

## 2.5. La Propiedad.-

El Código Civil define la Propiedad, por su contenido jurídico, como "El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe; ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley" (Art. 923 del Código Civil). La propiedad es el derecho civil patrimonial más importante y en el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia, en segundo punto será la materia de análisis del presente trabajo, en primer lugar la propiedad es un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: *usar, disfrutar disponer y reivindicar*<sup>25</sup>.

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

*Disfrutar* es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades.

---

<sup>25</sup> VIDAL RAMOS, Roger, EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO CIVIL PERUANO, [https://www.google.com.pe/?gfe\\_rd=cr&ei=rS2uVqOxClja8gehpYnAAQ&gws\\_rd=ssl#q=derecho+de+propiedad+como+derecho+real+en+el+per%C3%BA+pdf](https://www.google.com.pe/?gfe_rd=cr&ei=rS2uVqOxClja8gehpYnAAQ&gws_rd=ssl#q=derecho+de+propiedad+como+derecho+real+en+el+per%C3%BA+pdf)



Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.

*Disponer* es prescindir del bien, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. La disposición es la facultad de transferir la propiedad, la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia.

*La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad*, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cuál recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuáles, en conjunto, configuran un *derecho pleno y absoluto*. Ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos<sup>26</sup>.

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

---

<sup>26</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado- Por los Cien Mejores Especialistas*, tomo V, Gaceta Jurídica, 1 Ed. 2003-Lima. pp. 187-188.

que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de **usar, disfrutar y modificar la cosa**<sup>27</sup>.

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

Todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado: **Universalidad**: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. **Exclusividad**: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. **Transferibilidad**: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos<sup>28</sup>.

Un sector de la doctrina sostiene que entre un sujeto de derecho y un bien (mueble o inmueble) existe una relación jurídica esta posición queda obsoleta y errónea, sabemos que solo se puede hablar de relación jurídica<sup>29</sup> entre dos sujetos de derecho así tenemos que el derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor, lo mismo es el contrato de compra-venta donde interactúan el vendedor y el comprador.

---

<sup>27</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Mitos en Torno al contenido del derecho de Propiedad*, En: Ius Et Veritas, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XI N° 22, pp. 117.

<sup>28</sup> TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 49.

<sup>29</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Prescripción Extensiva y Caducidad*, Gaceta Jurídica, Lima, 1996, p. 25.

Pero cuando tenemos un derecho real solo se crea una **situación jurídica** entre el titular y la cosa, es decir el titular tiene un **poder o atribución sobre la cosa** y jamás podría existir un relación jurídica entre el bien o cosa con el titular del bien, solo existe una situación jurídica o una atribución del propietario sobre el bien del cual ejerce un poder jurídico pleno.

El maestro *DÍEZ PICAZO* nos dice “los sujetos de toda relación jurídica son siempre las personas entre quienes la relación se traba o se establece. Una relación jurídica es siempre una situación en la cual se encuentra dos o más personas. No es admisible, *en buena técnica jurídica, utilizar la idea de relación jurídica para aludir a la situación en que se encuentra una persona respecto a una cosa, una persona respecto a un lugar o varias cosas entre si. La relación jurídica es siempre relación entre personas*<sup>30</sup>”.

*GUILLERMO BORDA* nos indica que: *i) derecho real* es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella.

*ii) derecho personal*, en cambio, es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación; en otras palabras, es una vinculación jurídica, que une a dos personas (o grupos de personas) en virtud de la cual el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida<sup>31</sup>.

La doctrina nos señala la teoría de la *obligación pasivamente universal*<sup>32</sup>, que nos indica que la colectividad o los integrantes de la sociedad, tienen el deber jurídico de respetar el derecho real, de la cual surge una obligación de no hacer que recae sobre la colectividad.

---

<sup>30</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, Volumen I, pp. 49

<sup>31</sup> BORDA A. Guillermo. “*Manual de Derecho Civil-Parte General*”, Ed. Abelardo Perrot, Bs. Aires, 1996. pp. 359-363.

<sup>32</sup> Ibidem. pp. 362-363.

A entender de *BORDA*, sostiene que no encuentra una razón por la cual el derecho objetivo no puede amparar una relación directamente establecida entre una persona y una cosa, y el derecho rige relaciones entre las personas, puesto que su campo de acción es precisamente la coexistencia humana. Pero ello no se opone de modo alguno a que proteja ciertos bienes del hombre, teniendo en mira precisamente una posible agresión por parte de los demás individuos. Y así como hay un derecho al honor, a la vida, etc., hay también un derecho sobre los bienes que sirven para la satisfacción de nuestras necesidades económicas. ¿Qué error hay en decir, en este caso, que existe una relación directa entre el titular y la cosa? Y es que, en efecto, hay una vinculación directa entre ambos, puesto que ninguna otra persona se interpone ni puede legalmente interponerse en el uso y goce de la cosa.

Tampoco satisface la idea de la obligación pasivamente universal como características de los derechos reales, puesto que el deber de respetar los derechos que tienen los miembros de una colectividad, existe tanto en el caso de los derechos reales como en el de los personales, y aun en los de carácter extramatrimonial.

Finalmente, esta concepción supone poner el acento en algo que es completamente secundario en los derechos reales; porque lo esencial y característico de estos no es la obligación pasiva que el resto de la sociedad tiene de respetarlos, sino el poder de goce y disposición que se reconoce al titular sobre la cosa<sup>33</sup>.

El derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor. En cambio, el derecho real solo crea una situación jurídica entre el titular y la cosa<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Ibidem. pp. 366.

<sup>34</sup> LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre El Contrato de Compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 11.

Se emplea en dos sentidos uno impropio y otro riguroso; en el primero, se refiere, en general, a los bienes y derechos patrimoniales. Cuando se habla entonces de propiedad, se alude a todo aquel o cualquiera de ellos.

En el segundo, significa uno de los derechos patrimoniales sobre bienes: el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa, poder en cuya virtud esta –en principio– queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo<sup>35</sup>. Con lo que sostenemos que entre una persona y un derecho real existen una situación jurídica, relación de dependencia del bien a favor de la persona, y la potestad que tiene el sujeto del derecho real sobre la cosa o el bien.

## **2.6. Sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad**

En el derecho occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, a saber: el *sistema de la unidad del contrato* y el *sistema de la separación del contrato*. El primer sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. El segundo sistema, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad<sup>36</sup>.

### **2.6.1. Sistema de Unidad del Contrato**

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

---

<sup>35</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I, Tomo III, Derecho de Bienes*, Vol. I. Barcelona; Librería Bosh 3ª. Ed. 1977, pp. 243-245.

<sup>36</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El Contrato y los Efectos Reales*, En: *Ius Et Veritas* revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII N° 25, pp. 46.

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

**2.6.1.2. Sistema consensual o espiritualista.-** Virtud del cual solo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su más lato grado la autonomía de la voluntad (*hoy autonomía privada*) es aquella posibilidad que tiene la persona como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico<sup>37</sup>.

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

---

<sup>37</sup> VEGA MERE, Yuri. *Contratos de Consumo*, Grijley-Lima-Perú. 2001. p. 27.

(ej. La tradición, la inscripción, etc.<sup>38</sup>). Dentro del presente sistema tenemos los siguientes subsistemas.

**2.6.1.4. Sistema Real o de Tradición o Sistema de la unión del título y el modo.-** Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 de su C.C.), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su C.C.), el sistema cubano (art. 178 de su C. C.) y solo para la transmisión de que bienes recoden este sistema, el sistema chileno Arts. 670 y 684 de su C.C.), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su C.C.) y el sistema peruano (Art. 947 de nuestro código civil valido para muebles).

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

## **2.6.2. El Sistema de Separación del Contrato**

El sistema de separación tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en *Alemania del siglo XIX*<sup>39</sup> la teoría del título y el modo, este sistema postula de la separación de los contratos, es decir existen dos contratos o actos jurídicos, uno que produce los efectos obligatorios y otro que genera la transferencia de la propiedad. De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de

---

<sup>38</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón, *La Obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la Propiedad inmueble en el Perú*. En: Themis-Revista de Derecho N°. 30. Lima. 1994. pp. 160..

<sup>39</sup> ESCOBRA ROZAS, Freddy. *El contrato y los Efectos reales* Ob. Cit. pp. 49.

la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia, el sistema de separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real<sup>40</sup>.

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

## **2.7. Sistemas clásicos de transferencia de propiedad<sup>41</sup>**

### **2.7.1. El sistema romano**

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

Según Cayo, eran *res Mancipi* las cosas mas preciosas: “los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el

---

<sup>40</sup> LARENZ, Kart. *Derecho de Obligaciones*, Madrid: Revista de Derecho Privado. Citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy, El Contrato y los Efectos Reales, Ob. Cit. pp. 50.

<sup>41</sup> BELTRAN PACHECO, Jorge. *Exorcizando el espiritualismo: registro vs. Consenso en la transferencia de propiedad inmobiliaria*. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 38. 2001. pp.81-85.



cuello o por el lomo, por ejemplo , los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rusticas<sup>42</sup>.

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

La *in jure cessio* utilizada también para la transferencia de las *res mancipi*, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquiriente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanada a ello. La *traditio* (tradición) era empleada para alinear las *res nec mancipi*. Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *trasdens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe)<sup>43</sup>.

En Roma la voluntad ni la obligación<sup>44</sup> podían transmitir por si sola la propiedad, para que esto ocurriera, era necesaria la presencia de un acto exterior, sea formal (como la *mancipatio* o la *iure cessio*) o material (como la *traditio*) con el transcurso del tiempo, los actos formales entraron en crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente opero a través de la *traditio*<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> ARIAS-SCHEREIBER PESET, Máx. *Exégesis*, Tomo IV, Gaceta Jurídica, 1998, pp. 307.

<sup>43</sup> ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Máx. Ob. Cit. pp. 308.

<sup>44</sup> OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. I XVI, primera parte, Tomo I, pp. 371-372.

<sup>45</sup> CUENA CASAS, Matilde. *Función del Poder de Disposición en los Sistemas de Transmisión Onerosa de Derechos Reales*. Barcelona: Bosch, 1996. pp.42 y 43. Citado Por: ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El Contrato y los Efectos Reales*, Ob. Cit. pp. 46-47.

En Roma los contratos no transferían nunca la propiedad, la transmisión de los derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no solo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distinguía así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesaria la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el derecho romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitro esta forma de publicidad que es la entrega de la cosa<sup>46</sup>.

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

La separación del contrato en dos momentos en Roma<sup>47</sup>, no fue por un simple capricho, la razón se justificaba de establecer un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Una publicidad que permite conocer a la comunidad de las transferencias de propiedad realizadas.

### **2.7.2. El sistema francés**

Según el código francés de 1804, Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos indica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (*consensus*); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; La tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el

---

<sup>46</sup> BORDA, Guillermo A. *Manual de Derechos Reales*, Ed. Perrot, Bs. Aires, Cuarta Ed. pp. 192.

<sup>47</sup> FORNO FLORES, Hugo. Ob.Cit. pp. 80.

dominio, sino solo de poner al adquiriente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad; hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento.

El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan<sup>48</sup>. Así podemos mencionar que para el transmisor de los derechos reales, basta el solo contrato (*convención*), sin necesidad de la tradición (*entrega*); las transferencias de bienes tienen lugar por el simple consentimiento.

El consentimiento viene a reemplazar la tradición, pues las partes entienden que se realiza la tradición cuando así se obligaron. De esta manera, el sistema francés considera que vender es enajenar, y *PLANIOL*, dice que ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad, y que hoy se confunden<sup>49</sup>, el comprador pasa a ser propietario y acreedor al mismo tiempo, acreedor dentro de la relación obligatoria y propietario por la misma razón, sin mas, no es necesario otro requisito mas que la voluntad de las partes contratantes.

Los hermanos *MAZEAUD*, sostienen diversas disposiciones del Código Civil afirman el principio de la transmisión “*solo consensus*” (por el simple consentimiento), la voluntad, toda poderosa para crear obligaciones, es todo poderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales, ***el contrato además de su efecto obligatorio, posee un efecto real***; la compraventa, por ejemplo, no solo crea obligaciones entre las partes, sino que el transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*-Tomo III. Ed. Civitas. Madrid 1988. pp. 111.

<sup>49</sup> Ibidem. pp. 534.

<sup>50</sup> MAZEAUD, Henri y León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil-Derechos Reales Principales (El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones)*, Parte Segunda: Volumen IV, Ed. Jurídica. Europa-América, Buenos Aires-1960, pp. 323-324

La entrega es importante, pero esta entrega no transmite el derecho real, la entrega se justifica no para adquirir o transmitir el derecho, sino porque este ha sido ya transmitido o adquirido, es tradicional la opinión de *ALBALADEJO*, ***al sustentar que la entrega es un simple traspaso posesorio y no una tradición***<sup>51</sup> (entrega de la posesión con ánimo de transferir el derecho de la cosa), con ello demuestra que en el sistema francés, uno es propietario con el solo consentimiento, y que la entrega de la propiedad es un simple traspaso posesorio del bien, con el fin de que el propietario pueda ejercer sus potestades de propiedad sobre el bien.

El Código Civil Francés tomando como base el principio de la voluntad, considera que el simple acuerdo entre las partes es suficiente para que se realice la transmisión de la propiedad<sup>52</sup>.

La voluntad del individuo es considerada como instrumento todo poderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser el contrato<sup>53</sup>. El código de Napoleón marco el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico; en consecuencia, protegió fundamentalmente a los adquirentes convertidos de manera inmediata en propietarios, mientras el transmitente solo podía ejercer las acciones personales o de impugnación del contrato.

Según el código francés, la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación, conforme a este sistema la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa, *“la obligación nace y muere sin solución de continuidad”*<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> ALBALADEJO Manuel. Ob. Cit. pp. 234.

<sup>52</sup> VAZQUES RIOS, Alberto. *Los Derechos Reales: La propiedad*, Ed. San Marcos, Lima-Perú, p. 100.

<sup>53</sup> FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. Cit. pp. 81

<sup>54</sup> OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. Cit. pp. 412.

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

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

### 2.7.3. El sistema alemán

La transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la “*Ausflassung*” que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de “**auflassung**” emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que esté al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El “**Auflassung**” también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la “*in iure cessio*” era un juicio simulado; el adquirente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este de allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del accionante entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la

inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro.

El que compra una cosa quiere adquirirla no solo para aprovecharse de ella temporalmente, sino con carácter definitivo y excluyente y para disponer de ella; por lo tanto, con la sola entrega de la cosa el vendedor no ha cumplido su obligación totalmente: está obligado a proporcionar la propiedad sobre ella. La transmisión de la propiedad está regulada en el derecho de cosas. Esta transmisión, cuando se refiere a cosas muebles, exige la entrega y el acuerdo de ambas partes de “transmitir la propiedad” no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial contrato “real” diferente, cuyo único contenido es que la *“propiedad sea transmitida”*, este contrato real es independiente del contrato de compraventa que le sirve de base, es decir, es un contrato “abstracto”<sup>55</sup>.

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

En el primer caso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, en tanto que en el segundo es necesaria la inscripción del contrato en el registro de la propiedad o en los libros territoriales<sup>56</sup>.

## **2.8. El sistema peruano**

El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble es por excelencia de herencia e influencia francés, por lo cual adopta el sistema espiritualista francés o sistema declarativo, el antecedente del artículo 949 del Código Civil de 1984 lo ubicamos en el artículo 1172 del Código Civil de 1936

---

<sup>55</sup> LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la Transferencia de la Propiedad*, En: Folio Real año III N°. 7 febrero 2002, pp. 104.

<sup>56</sup> ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Máx. *Exégesis*, Tomo II. Gaceta Jurídica, 1998. Lima-Perú. pp. 25.

que a la letra regulaba *“la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”*. Esta norma que también estaba contenida en el Código Civil de 1852 en sus artículos 574 y 1306. Todos los artículos mencionados abandonan el sistema del derecho romano del título (el consentimiento) y el modo (la tradición), adoptando el sistema espiritualista francés para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles determinados.

### **2.8.1. En el código de 1852**

Este código es influenciado eminentemente por el código de napoleón, en el cual considera que solo el consentimiento *“consensus”* era necesario para poder transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa *“aun antes de su entrega y pago del precio”*, debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que el derecho francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, urgida de su celebración<sup>57</sup>.

### **2.8.2. En el código de 1936**

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

---

<sup>57</sup> OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Ob. Cit. , pp. 407.

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

Uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de propiedad de bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema todavía imperante, *sustentado en el simple consentimiento*, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de su vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones.

### **2.8.3. En el código de 1984**

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

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

#### **POSICIÓN DE JACK BIGIO CHREM .-**

Para el profesor *BIGIO* entiende , los contratos solo tienen una eficacia obligatoria, es decir generan la obligación, el contrato de enajenación es al mismo tiempo, título y modo, por cuanto el solo consentimiento hace producir el efecto traslativo (refundiendo, por tanto,



el título y el modo en un instante cronológico), por lo menos así sucede entre las partes contratantes. Pero si existe un conflicto entre dos compradores que han adquirido el mismo bien inmueble de parte de un vendedor común, la situación se resolvería a favor del primer inscribiente, con lo cual, en esta situación excepcional de incertidumbre jurídica, sería la inscripción la que atribuiría la propiedad, y en consecuencia, tendría carácter constitutivo<sup>58</sup>.

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

### **POSICIÓN DE MIGUEL TORRES MÉNDEZ<sup>59</sup>.-**

El profesor *TORRES* nos indica que el artículo 1529<sup>60</sup> del código civil consagra el régimen del título y el modo en referencia a manera de la transferencia de propiedad inmueble, la compraventa, tanto mobiliaria como inmobiliaria, no es traslativa sino obligatoria (*no opera como consecuencia directa del contrato sino como consecuencia de la entrega del bien realizada en cumplimiento de un título válido*) , para la constitución de la compraventa es necesario a su vez la celebración de

---

<sup>58</sup> BIGIO CHREM, Jack. *La compraventa y la transmisión de propiedad*, En: *Para Leer el Código Civil*. Lima Fondo Editorial de la PUCP, 1991. pp. 94

<sup>59</sup> TORRES MENDEZ, Miguel. *La transferencia de propiedad de los bienes incorporales en el código civil*, En: *Derecho* N° 45, Diciembre 1991, PUCP. pp. 163.

<sup>60</sup> Este autor empieza recordando el problema interpretativo que, surge entre los artículos 949 y 1529 del Código Civil. Por este último, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador, y este establece que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del inmueble. Según esta norma, la compraventa inmobiliaria es traslativa y no obligatoria. Ello establece que la transferencia se produce sin que sea necesario el cumplimiento o ejecución de la obligación de enajenar, sino basta únicamente que se haya constituido dicha obligación. Citado por: GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, pp. 302.

la compraventa, esto quiere decir, pues, que la transferencia inmobiliaria se consigue con la sola celebración de dicho contrato.

El doctor *TORRES*, sostiene que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio, “el contrato genera la obligación de transferir la propiedad, obligación que nace del contrato y que no debe confundirse con el, obligación que la ley da por ejecutada”. Para el mencionado profesor algunos contratos determinados para la transferencia de propiedad, requieren de una actividad concreta (modo), que sería la entrega en el caso del contrato de compraventa.

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

### **POSICIÓN DE HUGO FORNO FLOREZ.-**

A entender del doctor *FORNO* indica que el contrato es susceptible de producir efectos reales, pues el artículo 1351 del Código Civil establece que aquel tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, el cual no se agota en la obligación, en tanto que existen situaciones jurídicas subjetivas distintas del débito y el crédito y también expone una crítica al sistema espiritualista francés cuestionando sobre el efecto traslativo del contrato en el cual el legislador francés se olvidó de atribuirle al contrato el efecto traslativo<sup>61</sup>.

Si la obligación es absolutamente inútil pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación –cumplimiento ya que el pago de tal

---

<sup>61</sup> FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. Cit. p. 84.

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

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

#### **POSICIÓN DE GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ.-**

El doctor *FERNÁNDEZ* en forma precisa nos indica la preferencia que profesa sobre el sistema espiritualista francés constitutivo y justifica su posición de la siguiente manera: “en nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría

los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas<sup>62</sup>.

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

Motivo por lo cual el profesor *FERNÁNDEZ*, nos explica que el consenso constituye el sistema de transferencia de la propiedad inmueble mas adecuado para su aplicación a la realidad peruana, por ser aquel que traduce –en términos económicos- la opción más conveniente para *maximizar la circulación de la riqueza*, dado el carácter eminentemente agrario de la economía nacional<sup>63</sup>.

El Sistema de Transferencia de dominio perfecto es aquel que conjuga las tres finalidades: a) la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, b) la reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vía de la cooperación, c) la reducción o eliminación, de ser esto último posible, de todo riesgo de adquisición de un “*nom domino*” o de perdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

El artículo 949 del Código Civil, lejos de adoptar la teoría del título y el modo, le otorga al contrato (su finalidad traslativa) la virtualidad de transferir directamente la propiedad<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit. pp. 152.

<sup>63</sup> Ibidem. pp. 159.

<sup>64</sup> Ibidem. pp. 173.

## POSICIÓN DE ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

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

La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros<sup>65</sup>.

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

La posición de *FERNÁNDEZ CRUZ*, sobre los costos de transacción, elimina ciertos costos, pero el problema es que genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el *costo de incertidumbre*. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le

---

<sup>65</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Sistemas de Transferencia de Propiedad*, En: Derecho y Economía, Palestra Editores, Lima-2003. pp. 156.

compre o le compre más barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre<sup>66</sup>.

Un Sistema registral constitutivo tiene reglas claras. Es como la isla que se ve lejos. Sabemos que si el registro dice algo voy a llegar a mi meta. Mientras que en el consenso debo confiar: (1) que la persona que me está vendiendo es el propietario; (2) que no le haya vendido a otro; o (3) que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello sólo genera inseguridad. La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos<sup>67</sup>.

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

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

---

<sup>66</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Ob. Cit. pp. 146.

<sup>67</sup> Ibidem. pp. 151.

Pero cualquier abogado<sup>68</sup> sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el artículo 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Para el profesor *BULLARD*, el artículo 949 se refiere a una “propiedad relativa”, pues finalmente el agente económico racional sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es un escalón en el camino, pero de ninguna manera el fin del viaje, y que la aplicaron coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 pareciera cumplir con los otros requisitos, los cuales son el de reconocibilidad al registro y se concede a este el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros.

#### **POSICIÓN DE MÁX ARIAS-SCHEREIBER PEZET<sup>69</sup>.**

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

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto en contrario de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil, a este respecto

---

<sup>68</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. Cit. pp.156-157.

<sup>69</sup> ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Max. Ob. Cit. pp. 293-327.

es preciso puntualizar que la expresión salvo disposición legal diferente no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135<sup>70</sup> del Código Civil.

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

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

---

<sup>70</sup> ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Max. Ob. Cit. pp. 305.



viii) promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias, que aumentaría su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles, ix) mediante la inscripción constitutiva, se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquirente que ignoraba la primera enajenación y, aun la venta de lo ajeno. Es preciso imponer en nuestro país el sistema de la inscripción, en forma distinta a la vigente, exigiendo esta como requisito consultivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

### **POSICIÓN DE MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE<sup>71</sup>**

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

En el caso de inmuebles el vendedor debe entregar al comprador la cosa materia de la venta, pues solo así dicho comprador podrá disfrutar de todos los derechos inherentes a la propiedad contemplados en el artículo 923 del código. Versando la venta sobre un derecho, el vendedor debe efectuar lo necesario para que se produzca la transferencia del derecho y, si el derecho se produce la transferencia del derecho y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle esta. La entrega de la cosa al comprador, que es la primera obligación principal del vendedor, no tiene por finalidad, pues, hacerle adquirir la propiedad de la cosa, que ya tiene, sino permitirle la posesión de ella. La entrega es para el comprador el medio ordinario de conseguir la posesión. El título de adquisición, en efecto, califica el sentido posesorio de la disponibilidad de hecho del bien: en cuanto recibe la

---

<sup>71</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad*, En: Scribas, N°. 2, Arequipa-1996, pp. 37-42.

detención de la cosa, el comprador deviene poseedor. El doctor *DE LA PUENTE LAVALLE*, nos menciona sobre *el perfeccionamiento del contrato*<sup>72</sup> el cual es sustentado por el artículo 1549<sup>73</sup> que consiste en hacer lo necesario para que se transfiera al comprador la plena propiedad del bien. En los bienes inmuebles la transferencia se obtendrá mediante la celebración de un contrato de compraventa que cree a cargo del vendedor una obligación pura de transferir la, propiedad del bien, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

**Perfeccionamiento constitutivo<sup>74</sup> y perfeccionamiento complementario<sup>75</sup>:**

“Pienso que el problema, y también su solución, se encuentran en el sistema del título y el modo adoptado por el derecho contractual peruano. En virtud de este sistema la transferencia por compraventa de la propiedad de un bien requiere de una causa remota (título) que está constituida por el contrato consensual de compraventa (perfeccionamiento en virtud de los artículos 1351 y 1373) por el cual el vendedor se obliga a transferir al comprador la plena propiedad del bien; y una causa (modo) destinada a cumplir esa obligación.

En el caso de bienes inmuebles, la causa próxima de la adquisición de la propiedad es la aplicación de artículo 949 del Código Civil, que hace al comprador (como acreedor de la obligación de que se le transfiera la propiedad del bien) propietario de él. Sin embargo, en este

---

<sup>72</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la Transferencia de Propiedad*, Ob. Cit. pp. 37-42.

<sup>73</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “*Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad*” en “temas de Derecho Civil”, Universidad de Lima, 1991, pp.234.

<sup>74</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. Cit

<sup>75</sup> Ibidem.

caso, la transferencia de la propiedad no lleva incluida la posesión del bien, por lo cual para que el comprador goce del pleno dominio del bien, incluida la posesión, se requiere su entrega.

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

A fin de que opere el ***perfeccionamiento complementario*** tanto en el caso de bienes muebles como de inmuebles, se requiere que previamente se haya producido el ***perfeccionamiento constitutivo*** de producido el ***perfeccionamiento constitutivo*** del respectivo contrato de compraventa, que crear la obligación del vendedor de transferir al comprador la propiedad del bien. Sólo cuando se haya celebrado el contrato de compraventa podrá efectuarse el ***perfeccionamiento complementario*** de la transferencia del bien mediante la entrega del mismo, que en el caso de bien mueble tendrá como efecto la transferencia de la plena propiedad, y en el caso de bien inmueble la adquisición de la posesión”.

#### **POSICIÓN DE FELIPE OSTERLING PARODI Y MARIO CASTILLO FREYRE**

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

Para los mencionados profesores no es el contrato sino más bien la obligación de enajenar creada por el mismo la que en definitiva provoca la transferencia de la propiedad inmueble. A continuación mencionaremos las ideas más importantes sobre su posición (en la cual

coinciden con el Dr. De la Puente y Lavalle) expresado en un ensayo jurídico<sup>76</sup>:

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

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

### **POSICIÓN DE JORGE AVENDAÑO VALDEZ<sup>77</sup>.-**

El doctor AVENDAÑO, diferencia el título y el modo, el título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva, el contrato. El título se presenta en el nivel obligacional y contractual, que es eminentemente privado. El modo es el hecho determinante que produce la traslación, aunque es consecuencia del título<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *La transferencia de Propiedad en el Perú*, En: *Ius Et Praxis*, Universidad de Lima, N° 30, 1999. pp.163.

<sup>77</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *El Derecho de Propiedad, El sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil*, En: *Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, Año I N° 2, Agosto 2000, Palestra Editores, pp.101-106.

<sup>78</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “*Clasificación de los Bienes y transferencia de propiedad*” citado por: GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Jurista Editores, Lima-2002, pp. 295.

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

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

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

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

## POSICIÓN DE GUNTHER GONZÁLES BARRON<sup>79</sup>

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

- i)* Se adopta el principio **consensualístico**, propio de los sistemas jurídicos francés e italiano. Sin embargo, este principio se halla moralizado o corregido por la introducción del registro y los efectos de la inscripción.
- ii)* La transferencia de propiedad (o de cualquier otro derecho real) opera en virtud de un contrato traslativo, por lo que se trata de un sistema **causalista**, en donde no es necesario un “*modo*” específico de adquisición.
- iii)* No existe una independiente “*obligación de enajenar*” (art. 949 C.C.) en cambio, desde una perspectiva teleológica y sistemática, si es posible hablar de una “obligación de dar en propiedad” como obligación esencial del vendedor en todo contrato de compraventa. En este sentido debe entenderse el artículo 1529 del código.
- iv)* La obligación esencial del vendedor es compleja y unitaria, consistente en hacer propietario y entregar la cosa al comprador.
- v)* el momento exacto de la transferencia de propiedad es una cuestión de política jurídica. El legislador puede hacer coincidir ese momento con la consumación de la “*obligación de dar en propiedad*”, esto es, con la tradición; o también puede preferir un momento distinto a cualquiera de los dos anteriores (la inscripción). Si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera antes de la tradición (principio consensual), el comprador ya es propietario, y el vendedor

---

<sup>79</sup> GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario* Ob. Cit. pp. 641

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

# **CAPITULO III**

## **LA POSESIÓN**



### 3.1. La posesión

La posesión<sup>80</sup> puede ser el sustrato material de ciertos derechos reales o bien puede servir para que opere la adquisición originaria de un derecho real. El modo originario y el derivativo son medios mediante el cual se adquiere el derecho, el primero requiere que no existe una relación preexistente entre el anterior titular y el nuevo en cambio en el segundo si, por ende son hechos ambos que permiten la adquisición de un derecho donde la relevancia de la diferencia entre título y modo cobra importancia<sup>81</sup>.

Al tocar el tema de la posesión<sup>82</sup> se hace referencia a la diferencia entre el *Ius possessionis* (Derecho de Posesión) del poseedor inmediato y el *Ius possidendi* (Derecho a la Posesión) del poseedor mediató, ambos poseedores en diferentes ámbitos (Superposición de posesiones, figura admitida en sistemas posesorios como el nuestro). Debemos dejar en claro que el *Ius possessionis* es motivo de protección (por medio de los interdictos), al margen que exista un derecho real que le asista al que la detenta. Lo se protege es a la posesión considerada en si misma sea que el que la reclamase fuese el propietario o un usurpador.<sup>83</sup>

El código Civil Peruano en el libro de Derechos reales no regula la tenencia como si lo hace el Código Argentino la razón de ello, es que el primero desecha la tenencia y se acoge a la clasificación germana de posesión mediata e inmediata "(...) Otros Códigos, como el alemán, suizo (...) borran esta distinción [entre tenencia y posesión] y llaman poseedores a los que tienen un poder de hecho sobre la cosa [Art.896 del Código civil peruano]. En consecuencia, eliminado el *animus domini*, para estos cuerpos legales, el locatario es

---

<sup>80</sup> SAVIGNY, Frederic Charles de, Tratado de la Posesión (según los Principios del Derecho Romano ), Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid , 1846, p. 7-8

<sup>81</sup> COVELLO, Nicola, Doctrina General del Derecho Civil, Traducción al Castellano de la 4ed. Italiana por Felipe J. Tena, Licenciado en Derecho y Revisada por el prof. Leonardo Coviello, Perú: Ara Editores, 2007, pag.369.

<sup>82</sup> Con lo expuesto por Nikolay Mosquera Ramos, Sistemas Posesorios con referencia al Código Civil del Perú; En [http://www.derechoycambiosocial.com/revista028/la\\_posesion.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista028/la_posesion.pdf)

<sup>83</sup> Exp. N° 645-90-La Libertad, Primera Sala Civil de la Corte Suprema de la República: "En materia de defensa posesoria se distinguen las acciones posesorias que corresponden a quienes tienen derecho a la posesión, de los interdictos que corresponden a los poseedores inmediatos, para defender su posesión, sin entrar a considerar si tienen derecho o no a la posesión".

poseedor, pues tiene ese poder de hecho. Mas recurren a otras clasificaciones (...) y, en materia de usucapión exigen que el poder de hecho se tenga "a título de propietario" o "como propietario", es decir, hacen reaparecer el animus domini [Es el caso del ordenamiento peruano que en materia posesoria se inspira en el sistema posesorio Germánico]<sup>84</sup>

La diferencia entre posesión y tenencia en sistemas posesorios inspirados en Savigny es el conocido animus domini o sea la intención de comportarse como señor de la cosa no reconociendo en otro señorío superior. Los comentaristas del código civil Argentino que en materia posesoria reciben la influencia de Savigny; establecen de 3 a 4 tipos de clasificaciones que surgen de la relación del hombre con las cosas, en estas líneas que siguen hablaremos de dos ellas<sup>85</sup>

Para evitar confusiones nuestro sistema posesorio, da por sentado que el animus está mezclado en el corpus, por ende la posesión en nuestro ordenamiento positivo no exige un animus domini para calificarla como tal, por ello estas clasificaciones que hago a modo ejemplificativo tienen como finalidad un mayor entendimiento de la fenomenología posesoria.

La primera de ellas:

#### A. Yuxtaposición Local

- Es toda relación que se establece con la cosa en la que hay ausencia de voluntad
- Bien se carece de un mínimo de voluntad.
- No es normado por el derecho positivo

Ejemplos:

- El preso que se encuentra respecto de las cadenas o grilletes que lo atan

---

<sup>84</sup>Mariani de Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales, Buenos Aires, Editorial Zavalia, Séptima Edición Actualizada, 2004, Tomo I, pag115.

<sup>85</sup> KIPPER y Leandro S.PICADO, Código Civil Comentado, Derechos Reales, Buenos Aires —Argentina , Rubinzal-Culzoni Editores , 2004,Tomo I ( Art.2311 a 2360), pág. (147-148).

- Cuando a una persona se le coloca un objeto estando está dormida
- El caso del niño, demente o cualquier persona que carezca de voluntad relevante para ser calificada como merecedora de efectos jurídicos

#### B) Tenencia<sup>86</sup>

- Se tiene el corpus más no el animus:
- Se ejerce un poder efectivo sobre la cosa
- Aquí se encuentra el locatario y el comodatario que reconocen la posesión en nombre de otro en virtud de un derecho personal (tenencia con interés por parte del tenedor).

Aquí se encuentra el depositario y el mandatario (tenencia desinteresada) [Hacemos referencia al ordenamiento jurídico argentino, que se adhiere a la postura subjetiva de la posesión (Savigny) a diferencia del nuestro ordenamiento de corte objetivista.

En la tenencia la cosa se encuentra sometida al poder de hecho de una persona que tiene la posibilidad de disponer físicamente de ella, pero en los hechos reconoce en otro sujeto una potestad o señorío superior, ergo no hay animus domini. Si la persona tiene el bien en su poder pero en interés ajeno, es decir, por encargo o siguiendo instrucciones de otro, estaremos frente a la tenencia. La doctrina la identifica como servidor de la posesión algunos autores la identifican como tenencia relativa, en razón de que se tiene el bien, no obstante no se posee por la relación de dependencia -o de autoridad y subordinación-, que tiene con determinada persona, que es precisamente el poseedor; es el caso de la relación generada por el arma entregada al soldado, el inmueble entregado al guardián, el negocio entregado al administrador, etc.<sup>87</sup>

Ihering<sup>88</sup> al hablar de tenencia las clasifica en: Absoluta: Aquí por esta fuera del comercio no puede ser adquirida por nadie; Relativa: El tenedor reconoce la

<sup>86</sup> MUSTO, Néstor Jorge, Derechos Reales, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2000, Tomo I, pág. 146.

<sup>87</sup> Héctor Ima More, El Título Posesorio en el Derecho Civil Peruano, [http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=168](http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=168)

<sup>88</sup> Cit. Eugenio Ramírez Cruz, Tratado de Derechos Reales (Exposición y crítica al Sistema Universal Dominante), Lima —Perú, Editorial Rodas, Primera Edición, 1996, Tomo I pág. (466)

posesión de otra persona en la cosa que el detiene

- a) Interesada: Donde el tenedor tiene ciertos beneficios o ventajas con la cosa
- b) Desinteresada o “*por procuración*”: Cuando el tenedor no obtiene provecho directo de la cosa, pues la tiene en interés del poseedor. Llegado a este punto merece detenernos en los estudios de Savigny para después estudiar a Ihering lo cual nos ayudara de mucho en el estudio del tema posesorio .Debemos de recordar que en el Perú la posesión es considerada como el ejercicio de hecho de ciertos poderes (de ordinario el uso y disfrute) que le corresponden a la propiedad <sup>89</sup>

### 3.2. Teorías de la posesión (elementos de la posesión)

#### 3.2.1. Teoría subjetiva de Savigny

Savigny<sup>90</sup>, partiendo de sus estudios del Derecho Romano, concluyó que la posesión requiere, para lograr su existencia, de la necesaria concurrencia de dos elementos: el corpus y el animus domini o animus rem sibi habendi<sup>91</sup>.

#### El animus de Savigny

Es “el animus lo que distingue al poseedor del tenedor; el otro elemento, el corpus no permite por sí distinguirlos, ya que tanto el poseedor

---

<sup>89</sup> Así lo ha entendido la jurisprudencia peruana en algunas casaciones: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes de la propiedad, estos son el uso, el disfrute y la disposición, por tanto quien ejerce de hecho uno o cualquiera de estos atributos, en estricto posee”.(Cas.N°282-96.Gaceta Jurídica. Explorador Jurisprudencial). Cas. N°877-2003 .La Merced Junín , publicada en el Diario Oficial el Peruano el 30 de Junio del 2005 -Boletín de Sentencias de Casación (pág. 14348 )-, La Sala Civil de la Corte suprema señaló “ Que el Art 896 del Código civil define a la posesión como el ejercicio factico de uno de los poderes inherentes a la propiedad independientemente del animus domini de quien lo ejerza ; en ese sentido , según la teoría de la posesión de Ihering a la que se afilia nuestro código sustantivo , en la posesión hay una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica , no requiriéndose el animus “. La posesión es un hecho que si coincide con la titularidad del domino el poseedor es a título de dueño, pero si coincide con la titularidad de un derecho personal piénsese en un arrendamiento, el arrendatario no tiene intención de poseedor a título de dueño si no solo tiene un animus posesorio. En puridad toda relación que se tenga con la cosa en nuestro ordenamiento es posesión por eso es correcta tal afirmación “ en nuestro sistema patrimonial será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad , como es el caso del arrendatario , el comodatario , el usufructuario , etc , sino además quien no reconozca en otro la propiedad , como lo es el actual precario Art.911 del C.C ; el usurpador , el ladrón , quien se considere propietario del bien , si serlo realmente , entre otros .”Héctor Lama More, La posesión y la Posesión precaria en el derecho civil peruano, en tesis PUCP, <http://tesis.pucp.edu.pe/tesis/ver/224>, (recuperado el 19 de Diciembre del 2011 , 22:45 hs),Publicada bajo licencia CreativeCommoms

<sup>90</sup>Savigny, Jurista Alemán de una familia de origen francés, emigrada de resultas de revocación del edicto de Nantes (debería ser más adelante enemigo Jurado del Código de Napoleón), publico en 1803 su Tratado de la Posesión .Sostiene en él la idea de que la intención que anima al poseedor debe ser el animus domini, es decir la intención de comportarse como un propietario. MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, Lecciones de Derecho Civil , Parte Segunda , Volumen IV , Traducción de Luis Alcalá —Zamora y Castillo, pág. 140

<sup>91</sup> Claudio Kipper (Director) y Leandro S.Picado (Autor), op.cit, pág. 150.

como el detentador tienen la cosa de la misma manera”.<sup>92</sup> El poseedor es aquella persona que se comporta como señor de la cosa (Poseedor ad usucapionem) o que sabiendo que no lo es no reconocen en otro señorío superior (usurpador, ladrón). EL animus domini no sería otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad; animus que dejaría de existir cuando el poseedor reconociese la propiedad de la cosa que posee (rectius: detenta o tiene) en otro la intención de tener la cosa -animus possidendi -supone prever ejercer el derecho de propiedad en sus dos modalidades: al modo del propietario (animus domini) o para el mismo (*animus rem sibi habendi*); si por el contrario, tiene la voluntad de ejercer la propiedad para otro, será tenedor. En el primer caso, el animus possidendi se transforma en animus domini, resultando sinónimos y se contrapone al *animus detinendi* del detentador. Para que una conducta posesoria tenga el rango de posesión se necesita un elemento que la configure como tal y es precisamente el animus rem sibi habendi o animus domini la que la califica caso contrario sería una mera relación de lugar (yuxtaposición local); si falta esa voluntad necesaria o será tenencia si se ejerce actos posesorios reconociendo un derecho de propiedad en otro.

### **El corpus de Savigny**

El corpus supone un acto externo y visible que revela la existencia de una dominación de hecho sobre la cosa misma; pero las condiciones de hecho que han de engendrar esta toma de posesión en sentido moral, son:

1. La disponibilidad de la cosa.
2. La posibilidad física directa e inmediata de someterla a su poder físico;
3. y por último, la de excluir toda intromisión de extraños.<sup>93</sup>

La posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento a la sola voluntad fue concebida de otra manera por Ihering que tiene otra concepción de corpus que la de Savigny<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> BORDA, Guillermo A, Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales , Abeledo-Perrot, 1992, Tomo I, pág. 33

<sup>93</sup> RAMÍREZ CRUZ, Eugenio, op.cit pág. (428)

<sup>94</sup> Highton, Elena, <http://www.scribd.com/doc/19422535/Posesion-y-tenencia-Highton>, ob.cit, pág. 1 citando a Savigny dice “Este contacto físico no es lo esencial, sino el poder hacer de la cosa lo que se quiera y evitar toda acción extraña.

Ihering procura despojar al corpus de sus atributos materiales para convertirlo en un factor jurídico y práctico que varía según las circunstancias: "Por exterioridad del dominio entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres".<sup>95</sup>

En Ihering se requiere que el corpus se ha ejercido de una manera cualificada, como puedo saber que una persona es poseedora si no ejerce actos que manifiesten exterioridad del dominio; solo de esa manera se podrá decir que se es poseedor o no y además que dicha relación sea calificada por el ordenamiento como tal. Lo que sucede es que el legislador al hacer valoraciones de conductas de ordinario económicas establece cuales deben ser calificadas como tenencia y que otras como posesión. Ergo la diferencia entre posesión y tenencia lo establece la ley no el *animusdomini*.<sup>96</sup> Ihering, si alegó ser poseedor, debo probar sólo el "corpus"; si existe, quien niega ese carácter y sostiene que soy tenedor, deberá a su vez probar que se originó en una causa *detentionis*, es decir, que conforme al título por el cual entró en relación con la cosa, la ley me priva de acciones posesorias. Ejemplo: alego ser poseedor, y pruebo que he cultivado un campo, que lo he cercado, edificado en él, etc., es decir, que me he comportado exteriormente como normalmente lo haría un propietario. Seré considerado poseedor a menos que la contraria pruebe que existe un contrato de locación (causa *detentionis*), ya que a los locatarios la ley les niega acciones posesorias. Ihering en la Teoría de la causa nos dice que solo basta probar el corpus más no el animus, ahora si esto lo trasladamos al terreno práctico luego de avanzada su teoría basta demostrar hechos materiales posesorios que no necesitarían de presunciones legales; si el contradictor objeta ello la carga de la prueba le corresponde a él consistente en demostrar la causa *detentionis*.

Supuestos donde existe posesión derivada en Savigny donde a estos se les otorga acciones posesorias

- El del enfiteuta

---

<sup>95</sup> Claudio Kipper (Director) y Leandro S. Picado (Autor), op.cit, pág. 152

<sup>96</sup> Casación N° 58-1998. Lima: 17-06-1998.

- El acreedor prendario,
- El secuestratario
- El precarista

### **3.2.2. Teoría objetiva de Ihering**

#### **El animus en Ihering**

El elemento intencional está determinado en la ley no en la conciencia del hombre.<sup>97</sup> Esa voluntad de poseer está dentro del mismo concepto de posesión y de tenencia, y como ya lo hemos dicho es una norma legal la que diferencia ambas categorías.

#### **El corpus en Ihering**

El corpus es el elemento según el cual, se manifiesta la exterioridad del dominio .Ihering sostiene que el lenguaje moderno tiene una noción amplia del corpus.

- a) corpus: la mera relación de lugar con la cosa
- b) animus: el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación, y hace de ella una relación de posesión. Colocándose de este modo el corpus y el animus en una sola y única posición, como dos elementos completamente independientes, a riesgo de caer en el error de creer que el corpus sería posible sin el animus, al modo como el animus es posible sin el corpus.

Por eso es errado afirmar que en Ihering la no existe del animus, ya que es todo lo contrario es imprescindible su existencia por ser copulativo con el corpus en toda relación fáctica ;el hecho de que titule a su teoría de objetiva es preponderar la importancia de elementos objetivos como es la ley en sustitución del animus domini o rem sibi habendi según sea el caso de Savigny y al corpus como elemento probatorio en toda relación posesoria .De ahí que llegue a la

---

<sup>97</sup> Eugenio Ramírez Cruz ,op.cit pág.(438)

conclusión que lo primero es la posesión como relación fáctica que surge a primera vista con las cosas y otorgue acciones posesorias a todo tipos de sujetos , por ende aquel que niegue el carácter de posesión a dicha relación deberá demostrar la existencia de una norma legal que degrade dicha relación a una mera tenencia .<sup>98</sup>

La posesión como derecho es la consecuencia jurídica de la posesión como hecho, es decir, la posesión se sustenta en la apariencia de un derecho frente a terceros (conducta posesoria). El fundamento de la posesión en la doctrina difiere, sin embargo, como señala el autor, en nuestro país el Código Civil ha adoptado uno, el cuál debe ser adecuado acorde al tiempo y al sistema registral. La posesión se configura como un sustituto de la prueba de propiedad ante la dificultad que significa acreditar el dominio en cada momento, aunque ilegítimos (no propietarios) se benefician de ello; por ello la aspiración es perfeccionar la prueba de la propiedad. Es decir, la posesión es ahora sólo la mejor fórmula que existe para resolver el problema de las dificultades probatoria<sup>99</sup>.

Prescribe el artículo 896 del Código Civil que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil), pero no son todos. En realidad el propietario puede actuar sobre el bien del modo más amplio imaginable, siempre que no contravenga una norma prohibitiva, puede hacer todo lo que no le esté prohibido. Habrá posesión, cualquiera sea la conducta sobre el bien, en tanto el comportamiento de la persona corresponda al ejercicio de algún atributo del dominio. De ahí que la

---

<sup>98</sup> En el CODE de 1804 los Mazeud comentan la diferencia del distinto tratamiento de considerar a un sujeto poseedor y a otro tenedor en relación a las acciones posesorias ; expresan "Cuando exista detentación el poseedor es ,por lo tanto, no el detentador , sino la persona de la que el detentador tenga su derecho (arrendador , depositante , etc.) , esta posee corpore alieno , y ella es la que se beneficia de la protección posesoria .Por el contrario el derecho alemán y el derecho suizo que han sufrido la influencia de las Teorías de Ihering , conceden la protección de las acciones posesorias a los simples detentadores , (...) en el derecho francés , lo mismo que en el derecho alemán , el detentador no está favorecido ni con la presunción de propiedad ni con la adquisición de la propiedad por la usucapión ; por estar reservadas estas prerrogativas tan solo para el poseedor .Pero mientras que el detentador dispone en el derecho alemán o suizo , de todas las acciones posesorias , el derecho francés no le concede sino la acción de recobrar la posesión [entiéndase por esta última como interdicto de recobrar . MAZEAUD Henri y León, MAZEAUD Jean, *obcit*, pág. (142-143). (*"el subrayado es nuestro"*)

<sup>99</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín., La posesión en el Código Civil Peruano-



posesión no solo se genera para quien actúa como dueño, sino también para cualquiera que realiza la explotación económica del bien, incluso como acto temporal desmembrado de la propiedad.

Se trata de un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales, que nace por la sola conducta que despliega una persona respecto a una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre ella. La posesión es el derecho que surge del propio comportamiento y del impacto de éste sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El actuar del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer.

Así, es poseedor quien actúa sobre el bien de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien, sea éste real o no.

Es un derecho real autónomo, diferente a la titularidad que se refleja en el comportamiento del poseedor. Aquí vale la pena acuñar una diferencia entre el derecho de posesión y el derecho a la posesión, entendiendo al primero como el que deriva de la conducta y al segundo como el que proviene de un título. No todo el que tiene derecho de posesión ostenta título para poseer, y no todo el que cuenta con título posee el bien.

El contenido del derecho de posesión es uno de los más complejos, pues surge de medios singulares y genera una serie de consecuencias en diversos ámbitos. Menciono las más importantes: esté ejerciendo de hecho ninguna conducta sobre el bien (artículo 904), iv) también goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el sólo hecho de haber conferido un título temporal para que otro posea de manera inmediata (artículo 905), v) goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe) y soporta cargas también especiales si posee de mala fe, es decir a sabiendas que carece de derecho sobre el bien (artículos 906 al 910), vi) se han

previsto presunciones legales que ante situaciones de controversia invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915), vii) el poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en el bien ajeno (artículos 916 al 919), viii) cuenta con el derecho a mantenerse en la situación posesoria, para lo cual se le ha dotado de medios extrajudiciales y judiciales de defensa (artículos 920 y 921), ix) la posesión prolongada que cumple ciertos requisitos puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad o servidumbre (artículos 950 y 1040) y x) finalmente, la posesión es el modo de adquirir o ser preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales (artículos 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136).

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 Thinbaut la posesión es el respaldo a la permanencia del estado de cosas, hasta que no se den motivos determinantes para alterarlas. Para Roder y Arehens 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<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> la adquisición de la posesión no solo se produce de manera originaria con el despliegue de la conducta exigida por la ley para calificar al poseedor, sino también a través de mecanismos ficticios a los que se denomina *adquisición ficta* (artículos 902 y 903), ii) el poseedor tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898), iii) tiene derecho a conservar la calidad de poseedor.

En la mayoría de los casos estas explicaciones no derivan de los sistemas jurídicos correspondientes a los autores citados, sino de la lectura de un solo derecho: el Derecho Romano. Al no hallarse con facilidad textos de doctrina y legislación romanas, los más importantes juristas de los siglos XVIII y XIX hicieron gala de erudición para desentrañar los misterios del Derecho Romano en materia de posesión. Lo central para ellos no fue evaluar la utilidad o pertinencia de las instituciones romanas en sus respectivas sociedades, sino rescatar la «esencia» del derecho posesorio, lo que supone por cierto la curiosa idea de que los conceptos jurídicos son universales y eternos.

Este solo hecho es suficiente para dudar de los fundamentos que exhibe la doctrina clásica. Debemos hallar un fundamento que explique qué queremos nosotros (en Perú) de los derechos sobre las cosas, y de qué modo se debe enfrentar la situación de las personas que de hecho desarrollan conductas sobre los bienes. Aquí debemos distinguir entre la *posesión como hecho*, que es el comportamiento económico sobre los bienes, y la *posesión como derecho* que es la consecuencia jurídica atribuida por el artículo 896 del Código Civil. No olvidemos que la posesión como hecho precede a la regulación jurídica. Las personas no poseen porque exista un derecho real llamado posesión o porque el Derecho Romano lo desarrolló ampliamente. La conducta posesoria es un hecho fundamentalmente económico, un hecho de la realidad al que hay que juzgar conforme a las particulares características de cada sociedad y atribuir consecuencias según lo que más convenga a la justicia y valores imperantes.

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 a la que me referí antes. 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.

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, por tanto a 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.

Por supuesto habrán situaciones en las que es necesario establecer quién es el real propietario o titular del bien, a cuyo efecto el despliegue probatorio, por complejo y difícil que sea, será inevitable. Son las situaciones en las que se discute el mejor derecho a poseer. Es el caso de la acción reivindicatoria y las acciones posesorias.

El fundamento desarrollado por Ihering es claramente atemporal y útil especialmente para nuestra realidad. En el Perú existen dificultades probatorias de la propiedad y otros derechos, y seguramente existirán por mucho tiempo más debido a la informalidad y a las imperfecciones de nuestro sistema registral. En nuestro país existe un enorme porcentaje de predios cuyos propietarios no cuentan con títulos que los acrediten como tales. No me refiero a los llamados Pueblos Jóvenes o Asentamientos Humanos, sino a los predios rurales y a algunos bienes ubicados en sectores marginales, en los que los poseedores son normalmente propietarios pero no cuentan con documentos y registro de sus titularidades. El excesivo costo de la legalidad ha sido la causa principal de que los propietarios y otros titulares permanezcan únicamente en la esfera de la apariencia: la esfera de la posesión. Mientras dichas dificultades no se superen la posesión cumple un rol fundamental para nuestros propietarios, pues no solo es un sustituto ocasional para la prueba de la propiedad, sino en muchos casos la única forma de ejercer el dominio pacíficamente.

Por supuesto, tratándose de bienes muebles no identificables la posesión cumple un rol probatorio impresionante. Virtualmente la posesión se equipara a

la propiedad: si se observa a una persona poseer un teléfono celular, difícilmente se podrá demostrar que el teléfono pertenece a persona distinta. Si en el futuro se lograra una formalización absoluta y un mecanismo de prueba sin errores sobre la existencia de los derechos, la posesión ya no tendría sentido, por lo menos no con la justificación que hoy es su principal fundamento. La aspiración es perfeccionar la prueba de la propiedad, para lo cual la tecnología es de gran ayuda. La posesión no es la meta, es solo la mejor fórmula que existe actualmente para resolver el problema de las dificultades probatorias, a pesar de que algunos ilegítimos se benefician de ello.

De otro lado, el análisis de probabilidades sobre los poseedores que son propietarios en el Perú sigue siendo favorable para justificar la existencia de la figura, aun a riesgo de que poseedores no propietarios se hagan pasar por tales.

La aparente resignación del maestro no es más que un análisis funcional de costos y beneficios. Sustituir la prueba del derecho por el ejercicio de hecho es un medio para que las relaciones sean pacíficas y mas baratas. La posesión es pues un derecho cuya importancia no se centra en la esfera espiritual del poseedor. No es una herramienta que busque la satisfacción individual como propósito primero, sino la facilitación de los intercambios y la interacción en general. Considero que el núcleo de este singular derecho está en la apreciación de las personas ajenas al poseedor. Se trata de un derecho privado de clara función pública.

Si la posesión se sustenta en la apariencia de un derecho, sólo habrá posesión cuando los terceros (espectadores de la apariencia) crean que quien está desplegando la conducta sobre el bien es titular de un derecho. Es decir, no se trata solo de usar, disfrutar o disponer de hecho de un bien, sino de que a partir de esas conductas se genere la señalada *apariencia*. Si a pesar de existir ejercicio de hecho no es posible generar esa *apariencia* (porque se sabe públicamente de la ausencia del derecho), no debería existir posesión.

De ahí por ejemplo que en aquel lamentable incidente en el que un grupo de terroristas tomó la casa del Embajador de Japón, situación en la que todo el mundo sabía de la ilegitimidad de los delincuentes, no podía hablarse de posesión a favor de ellos, a pesar de que usaron el inmueble por varios meses. En el mismo sentido, si el ejercicio de los atributos de la propiedad se realiza de manera clandestina, de modo que no es posible advertir dicho ejercicio, no habrá posesión. Lo dicho no significa que la posesión deba ser expuesta a los ojos del mundo para ser tal, pues es evidente que existen bienes cuya explotación es por naturaleza reservada, como por ejemplo el uso de ropa interior (en la mayoría de los casos) o el uso de una prótesis instalada en el interior del cuerpo humano.

Estas reflexiones no contradicen la existencia legal de la *posesión ilegítima*, ya que la ilegitimidad no es apreciable con facilidad por los terceros. Un ladrón que usa con total desparpajo el reloj robado, es poseedor ilegítimo, pero es poseedor porque no se puede advertir de su conducta que el bien fue robado. Si el ladrón fuera capturado en el mismo acto del robo y mientras toma «posesión» del bien, claramente no se generaría posesión aun cuando de hecho el bien ya estuviese en su muñeca.

El Código Civil regula la situación del poseedor ilegítimo y establece una serie de consecuencias. Sin embargo, dichas consecuencias sólo surgen cuando se ha concluido el examen sobre el derecho a poseer y se ha establecido la ausencia del derecho, luego de la actividad probatoria. Precisamente la actividad probatoria cuya dificultad justifica la existencia de la posesión como derecho autónomo. En consecuencia, en estos supuestos (consecuencias de la posesión ilegítima) la posesión ya no está en funcionamiento como institución jurídica. Se ha prescindido del ejercicio de hecho y se ha identificado al verdadero titular del bien.

Habiendo identificado el rol principal de la posesión y por tanto el alcance guía del concepto legal, debo hacer mención a algunas normas del Código Civil

que describen efectos de la posesión, pero que prescinden del concepto guía y por tanto parecen contradecir su fundamento.

El artículo 905 del Código 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 persona adicional legitimada para utilizar los efectos de la posesión, por ejemplo para la defensa posesoria. En realidad, con el pretexto de la posesión se ha instituido a un ayudante para la defensa del poseedor inmediato, único titular aparente. La prueba de que estamos ante un artificio es que la ley ha establecido la clasificación de poseedor mediato e inmediato sin señalar consecuencias (como si lo hace con la posesión ilegítima). Si el poseedor mediato fuera poseedor por definición, no requeriría de una norma especial que lo diga, bastaría el concepto general de posesión.

**CAPÍTULO IV**  
**MEJOR DERECHO A LA**  
**PROPIEDAD**



## 4.1. El título de posesión y el ejercicio de la propiedad

### 4.1.1. Título posesorio como acto jurídico.

Diversos autores, nacionales como extranjeros, han señalado que el título, en torno al cual gira la posesión, no es necesariamente un documento, sino el acto jurídico que dio origen a la posesión; con ello se incide, predominantemente, en la autonomía de la voluntad; concentrando la atención en el título posesorio adquirido bajo la forma derivativa, es decir obtenido de otra persona; así, por ejemplo, el profesor sanmarquino Max Arias-Schreiber, al comentar sobre la necesaria existencia del título como uno de los elementos de la posesión ilegítima de buena fe, refiere que éste no es otra cosa que el acto jurídico por el cual se transmite la posesión de un bien, ya sea en propiedad, usufructo, arrendamiento o comodato, entre otros; aun cuando al final establece, de modo genérico, que el título viene a ser la causa generadora del derecho, en estricto su atención se encuentra centrada en la manifestación de la voluntad<sup>101</sup>. Salvat<sup>8</sup> nos refiere que la palabra título se emplea en derecho para designar, sea al acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, la causa de él, sea el documento que lo constata y sirve de prueba de su existencia; pero aclara que cuando se refiere a la posesión ilegítima -regulada en el artículo 2355° del Código Civil de su país- la palabra título está empleada en el primero de los dos sentidos indicados, es decir, el que lo considera como acto jurídico, que constituye la causa de su derecho.

En nuestro país, el profesor Jorge Avendaño sigue, en esto, la idea expuesta por el citado jurista argentino -Raymundo Salvat- al precisar que la palabra título -en la posesión ilegítima- está empleada en términos del acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, es decir, la causa de la posesión; el profesor Avendaño insiste en esta calificación al precisar que la posesión será ilegítima cuando falta el título, cuando hay ausencia del acto jurídico que da

---

<sup>101</sup> LAMA MORE, Héctor, El título posesorio en el derecho civil peruano (<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a/8.+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+H%C3%A9ctor+Lama+More.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a>)

lugar a la posesión legítima. No obstante, el citado jurista peruano, al igual que Salvat, aclara que puede ocurrir que el título siendo perfectamente válido haya sido otorgado por quien carezca de derecho; es el caso de un contrato de arrendamiento extendido por un no propietario; concluye señalando que a pesar de la existencia de un título válido, el arrendatario sería un poseedor ilegítimo, pues estaría derivando su derecho de una persona carente de facultad para otorgarlo.

#### **4.1.2. Título como causa del derecho posesorio**

Si bien es correcto afirmar que el título de la posesión puede estar referido al acto jurídico que constituye la causa del derecho posesorio, como lo han expuesto los autores antes citados; es también válido afirmar que ello es sólo una de las expresiones que puede tener el título posesorio; debemos entender, como así lo ha hecho nuestra jurisprudencia, que el título que da sustento a la posesión y que la justifica jurídicamente, puede estar referido no a la manifestación de voluntad de determinada persona -acto jurídico-, sino a fuente distinta, como la ley o un hecho o acontecimiento jurídico que de modo válido justifica prima facie - en algunos casos de modo temporal- el ejercicio del derecho posesorio de una persona.

Previamente, es preciso establecer que en la idea que se tiene sobre la posesión de bienes muchas veces se prescinde de la existencia del título; así, como bien lo precisa Messineo<sup>102</sup>, aún sin título, la posesión tiene relevancia para el derecho; pero, agrega algo muy importante, no se excluye tampoco que además del hecho de la posesión, exista un título como fundamento de la posesión misma; en tal caso la posesión es manifestación derivada de otro poder; así, concluye, que la posesión, con título, frente a un eventual juicio petitorio se encuentra en una situación mejor que el poseedor sin título.

Como se puede apreciar, para este autor, el título es la causa que da

---

<sup>102</sup> Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América; 1954. Pág. 203.

justificación jurídica a la posesión; no obstante, aclara, que si el título de la posesión deriva del título del derecho subjetivo, no forma un todo único con él, pues si se posee por ser arrendatario o inquilino, el título de la posesión está en el arrendamiento o en el alquiler; cosa distinta es que sea arrendatario o inquilino; pues tal posibilidad puede existir, aún sin que se tenga la posesión, o sea, antes de comenzar a poseer.

En nuestro país Toribio Pacheco<sup>103</sup>, comentando el Código Civil Peruano de 1852, refiriéndose a la posesión -con título o sin título-, señaló con singular precisión que en materia posesoria, se entiende por título un hecho capaz de producir efectos civiles, o la causa de un derecho verdadero o aparente. Aludiendo a la posesión como base de la prescripción, señala que será título el hecho que ha dado origen a la posesión, es decir la causa de ésta.

Esta definición se presenta de manera más amplia y permite un espectro mayor en el estudio y tratamiento del título posesorio, superando el estrecho marco que impone la autonomía de la voluntad -acto jurídico-.

En esta misma línea se enmarca la definición hecha por el jurista Julio Verdugo, en su obra "Del título en la posesión" -citado por el profesor chileno Victorio Pescio<sup>104</sup>-, quien al referirse a las diversas significaciones asignadas por el derecho al vocablo "título", centrándose a la posesión sostiene que es la causa jurídica de la posesión, esto es, aquel hecho o conjunto de hechos de los cuales se deriva la posesión como una consecuencia jurídica.

#### **4.1.3. Título posesorio concebido como el derecho que la ley reconoce al poseedor**

El derecho que la ley reconoce al poseedor, respecto de un bien determinado, puede constituir la causa del derecho a la posesión del citado bien. Así ha quedado establecido en reiterada jurisprudencia nacional, veamos.

---

<sup>103</sup> PACHECO, Toribio, Tratado de Derecho Civil. 2 DA EDICIÓN Lima III, imprenta del Estado. 1872, p.71

<sup>104</sup> PESCIO, V. Manual de derecho Civil. IV. De la colección "Manuales Jurídicos". N° 44. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.; 1958. Pág. 181.

En la *Casación N° 3135-99 - Lima*, de fecha 13 de Junio del año 2000, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República<sup>105</sup>. Se trata de un proceso iniciado por ante el vigésimo Juzgado Civil de Lima donde el demandante pretende la restitución de un inmueble de su propiedad, indicando como fundamento que éste se encuentra ocupado por la demandada con quien no le une vínculo contractual, que no cuenta con título alguno y que por ello tiene la condición de precaria; en autos se acredita que la demandada residía en dicho inmueble con su menor hijo tenido con el demandante fruto de relaciones de convivencia; el Juzgado ampara la demanda -teniendo en cuenta el estado procesal de rebeldía de la demandada- y dispone la restitución del bien; apelada la sentencia la Sala Superior la confirma, con el argumento que el menor hijo de la demandada viene percibiendo del demandante una asignación anticipada de alimentos y que en ella se incluye lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Interpuesto el recurso de casación la Sala Civil Suprema declara fundado dicho recurso, casa la sentencia de vista, y -actuando en sede de instancia- revoca la sentencia del juzgado y reformándola declara infundada la demanda; en dicha ejecutoria se establece que "la posesión ejercida por el hijo menor de edad sobre los bienes de propiedad del padre, nunca va a ser **título posesorio es justamente su calidad de hijo**" (resaltado nuestro); agrega el colegiado supremo que "el solo hecho de acudir a los hijos con una pensión alimenticia, no exime al padre de la obligación de proporcionarles vivienda, pues este hecho, debe ser tomado en cuenta a efectos de fijar la pensión, y no tiene efecto alguno en la calidad posesoria del hijo finaliza precisando que de obtenerse el desalojo de la madre, que ejerce la tenencia del menor, se estaría obteniendo de forma indirecta el desalojo del hijo, quien no tiene la calidad de precario.

Haciendo abstracción de los asuntos procesales -rebeldía de la demandada, situación procesal del menor, etc.- se pueden extraer del citado pronunciamiento supremo algunas conclusiones en materia sustantiva, referidas al título

---

<sup>105</sup> Expediente signado con el número autogenerado 1998-48554-0-0100-J-CI-20, que puede ser ubicado en el archivo central de la Corte Superior de Justicia de Lima

posesorio y su validez:

- a. El título posesorio que es la causa o fundamento de la posesión es el derecho que la ley reconoce al poseedor. En tal supuesto el *título* no es un acto
- b. En el presente caso, la ley impone al padre la obligación de proporcionar habitación o vivienda a sus menores hijos -dentro del concepto de alimentos- ; tal derecho del menor es el *título* posesorio respecto del bien, de propiedad del padre, donde reside.
- c. La madre que ejerce la tenencia del menor, cuenta también con *título* posesorio, en la medida que ejerza la tenencia de su menor hijo y resida con él en el mismo inmueble. A diferencia del menor, su *título* posesorio no es el derecho a vivienda -como sucede en el caso del menor- es, en estricto, un derecho distinto, es el que emana de su condición de madre y de la propia tenencia que ejerce respecto del menor, el que a su vez concurre con el derecho del menor de no ser separado de quien le provee los cuidados, en este caso, su progenitora.

Tiene título posesorio justificativo quien construyó edificación en terreno ajeno, en tanto no se decida en sede judicial el destino de la edificación bajo las reglas de la accesión. La *Casación N° 1763 -Lambañeque<sup>u</sup>*, estableció que no tiene la condición de precario -según el artículo 911° del Código Civil, es poseedor precario quien posee un bien sin título alguno- quien es dueño de la edificación construida sobre el terreno de la demandante.

En este caso el título de posesión de la demandada consiste en el derecho que la ley reconoce a quien construye un bien -aún en terreno ajeno- en tanto no se dilucide -en sede judicial- si la construcción se levantó de buena o mala fe.

#### 4.1.4. Título putativo y justo título, como títulos posesorios

El título putativo y el justo título, adquiridos de buena fe por el poseedor,

aún cuando constituyen una variedad de posesión ilegítima, constituyen títulos posesorios que pueden justificar válidamente la posesión de bienes, en tanto, según las circunstancias, no se desvirtúa por completo la buena fe, o en su caso no se declaren -por el órgano jurisdiccional- su invalidez o ineficacia.

Se considera título putativo al título inválido obtenido de buena fe. Salvat<sup>15</sup>, comentando el artículo 2357° del Código Civil de su país, refiere que en el derecho argentino el título putativo es aquel que solo existe en la creencia del poseedor, y que puede presentarse en dos supuestos: 1) cuando el título falta de modo absoluto; y 2) cuando el título existe pero no se aplica a la cosa poseída; para explicar el primer supuesto, se refiere el caso del legatario que ha entrado en posesión de la cosa legada, ignorando que el testamento había sido revocado; y si después aparece un nuevo testamento donde consta que la cosa ha sido legada a otro, que la reivindica, resulta necesario saber si existía o no buena fe; agrega el jurista argentino que para resolver esta cuestión se debe tener en cuenta si existía o no justo título y la ley resuelve que cuando el título existía solo en apariencia o para emplear la fórmula legal, en la creencia del poseedor, el título es eficaz; con relación al segundo supuesto se expone el caso de una apersona que entra en posesión de los bienes que, según él, son de la herencia, pero que luego toma conocimiento que no era así.

Es necesario, sin embargo, distinguir entre título putativo y justo título. En principio diremos que el primero de ellos es insuficiente para adquirir bienes por la prescripción ordinaria, así lo reconoce Salvat <sup>106</sup> en el derecho argentino, y el maestro sanmarquino Jorge Eugenio Castañeda<sup>17</sup> en nuestro país; éste último refiere que si bien el título putativo no sirve para la usucapión, dicho título no transforma al poseedor en poseedor de mala fe, ya que para la posesión de buena fe -aunque ilegítima- solo se requiere título, "aún cuando éste sea rematadamente malo" (sic).

Un caso típico de título putativo, expone el citado jurista nacional, es el que se da si A otorga poder a B para que le compre un inmueble determinado;

---

<sup>106</sup> Salvat, R. *Derecho Civil argentino (Derechos reales)*. Tomo I. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez; 1927. Pág. 33 y 34.

en efecto, B afirma haberlo comprado y pone en posesión de dicho inmueble a su mandante A; es obvio que la posesión de A no se sustenta en un justo título -sino en un título putativo-, si realmente B no compró el bien y no comunicó de tal hecho a su mandante.

Por otro lado, la posesión puede estar sustentada en el denominado justo título. A diferencia del título putativo, el justo título que es en esencia un acto traslativo de dominio -adquirido de buena fe de quien no es propietario- permite al poseedor adquirir por prescripción corta -u ordinaria- el bien que tiene en su poder. Aún cuando nuestro Código Civil no ha establecido las características que debe tener tal título posesorio, la doctrina, nacional y la que se expone en el derecho comparado, es uniforme al considerar que se trata de un título suficiente para adquirir el dominio del bien que se posee, según los modos o formas prescritos en la ley; así, por ejemplo si una apersona recibe en posesión un bien en virtud de una compra venta, pensando que quien le vendió era el propietario y en realidad no lo era, ni se encontraba autorizado para enajenar el bien; o cuando se posee en virtud a una donación hecha a favor del poseedor, cumpliendo las formalidades establecidas en la ley para tal acto jurídico -por escritura pública si se trata de inmueble-, pero el donante no se encontraba habilitado para efectuar tal transferencia.

El justo título -para el profesor Castañeda<sup>18</sup>- no es el instrumento sino el negocio jurídico que sirve de causa a la transferencia del dominio; sin embargo, como ese negocio jurídico deberá acreditarse, la prueba más sólida es la instrumental. Debe tenerse en cuenta que en este caso quien transfiere no es el propietario, pues, obviamente, si lo fuera la transferencia se hubiera producido y estaríamos frente a la posesión del nuevo propietario, y no se requeriría de la usucapión para adquirir la propiedad del bien.

En el derecho civil español se considera justo título como el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate; Albaladejo<sup>19</sup> refiere que ello significa acto transmisivo, como compraventa, donación, transacción, permuta etc., apto para -en abstracto- haber producido la adquisición del derecho -de propiedad u otro- de que se trate,

y que en el caso concreto no la produjo, por cualquier razón externa a él -como por ejemplo que la cosa que compramos, se nos donó o concedió en transacción no era del vendedor o donante o transigente-.

Históricamente se han identificado diversos títulos posesorios que han pretendido ser considerados como "justo título" para justificar la adquisición de la propiedad por usucapión; así tenemos el título de heredero conocido como título pro haerede; se trata del título posesorio que tendría quien creyéndose heredero accede a la posesión de bienes de la herencia, cuando en realidad no tiene tal condición; o quien siendo heredero accede a la posesión de bienes creyendo que son de la herencia, cuando en realidad no lo son; es evidente, como lo reconocen Albaladejo<sup>20</sup> y Castañeda<sup>21</sup>, que ambos supuestos de títulos pro haerede no son justo título en razón de que no constituyen actos traslativos de dominio y no son suficientes para adquirir los bienes objeto de posesión por prescripción ordinaria -o corta-.

En términos generales, el justo título debe ser transmisivo o traslativo, no debe ser originario; así por ejemplo no constituye justo título el que se tiene por poseer cosa abandonada, conocida en la doctrina como título pro derelicto. Si el bien abandonado es mueble, se trataría de una res nullius es decir una cosa sin dueño; podrá adquirirse la propiedad por apropiación; si el bien abandonado es inmueble será siempre del Estado.

Tampoco es justo título el título pro legato<sup>22</sup>; se trata del título que tiene quien como legatario recibe un bien que no era propiedad del causante pero que éste estaba usucapiendo en virtud de cualquier título; aquel continuará como sucesor de la usucapión basada en dicho título.

El título putativo y el justo título -adquiridos de buena fe por el poseedor- son títulos posesorios que expresan una variedad de posesión ilegítima de buena fe; no obstante, dejarán de ser títulos justificativos de la posesión en la medida que desaparezca la buena fe; en tal caso, estaremos frente a un poseedor ilegítimo de mala fe y su situación jurídica es la que equivale a la de posesión sin título.



#### **4.1.5. Interversión del título de la posesión**

Una antigua regla de origen romano establecía que: nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión.

Si la posesión que se ejerce deviene en tenencia o la tenencia deviene en posesión, se dice que se ha producido la interversión o mutación del título posesorio. Sin embargo, es necesario precisar que el concepto de posesión y el de tenencia; variará teniendo en cuenta la teoría posesoria a la que se ha adscrito el sistema jurídico vigente en cada país.

La figura de la interversión del título de posesión es aplicable tanto a los sistemas jurídicos que se adscriben a la teoría subjetiva de la posesión - impulsada por Savigny- como a aquellos que se han adherido a la teoría objetiva de la posesión, sostenida por Ihering y otros juristas; en los primeros se consideran poseedores a aquellos que cuentan con "animus domini", es decir a quienes tienen el bien sin reconocer en otro la propiedad, y tenedores a aquellos que tienen el bien en "interés ajeno", es decir reconociendo en otro la propiedad, ubicándose en éste último el arrendatario, el comodatario, el usufructuario, el precario clásico, etc; en los sistemas que se adscriben a la segunda de las citadas teorías -entre los que se ubican el peruano, brasilero y mexicano- se identifica al poseedor a aquel que tiene el bien ejerciendo sobre él un señorío táctico o un poder de hecho similar a la que se le reconoce al propietario, pero en interés propio, entendido éste como aquel que satisface su propia necesidad, aún cuando se reconozca en otro la propiedad del bien que se tiene en su poder, en este sistema es poseedor el arrendatario, el comodatario, el usufructuario, el precario -tanto el que se conoce en el sentido clásico, como el que se identifica en el artículo 911° del actual Código Civil. Peruano-; identificándose como tenedor a aquel que tiene el bien por encargo o siguiendo instrucciones de otro; se ubican en este grupo, por ejemplo al guardián, al depositario, etc.

Pues bien, en materia de interversión del título posesorio, Pescio<sup>23</sup>, que sigue al sistema savigniano de la posesión, vigente en el derecho civil chileno de Andrés Bello, sostiene que en los dos tipos de interversión -la transformación del poseedor en mero detentador o a la inversa, transformación del mero detentador en poseedor- subsiste inalterable el elemento físico o material de la posesión, es decir la tenencia de la cosa; lo que varía -según refiere- es el elemento psíquico o intelectual; así en transformación de poseedor en tenedor, el bien sigue en poder del que poseía pero a partir de un momento dado la retiene reconociendo en otro el dominio; en el segundo tipo de interversión el mero detentador que tiene la cosa nomine alieno, es decir, reconociendo el dominio ajeno, cambia de disposición de ánimo y, en lo sucesivo la retiene con ánimo de señor: el nomine alieno a sido sustituido por el animus domini.

Ihering, citado por Salvat<sup>24</sup>, refiere que la célebre regla de origen romano -mencionada líneas arriba- no puede considerarse aplicable solamente a los casos de transformación de una tenencia en posesión o viceversa, como parecería denominarlo la palabra Mutare de la máxima romana, sino que debe aplicarse también al hecho mismo del nacimiento de la relación posesoria; así ella nacerá como simple tenencia o como posesión, según sea la causa que la origina con prescindencia absoluta de la voluntad individual del adquirente, impotente para modificar por si sola los efectos de aquella.

Castañeda<sup>25</sup>, bajo la vigencia del Código Civil Peruano de 1936 -adscrito a la teoría objetiva de la posesión-, señala que la interversión del título no se produce por el simple cambio en la voluntad del poseedor inmediato, sino por causa que provenga de un tercero o por la contradicción que oponga al derecho del propietario. Diversos tratadistas -entre ellos Butera- agregan que si no se prueba el cambio de la causa o de título se presumirá que continúa la mera tenencia, porque es perpetua e indeleble.

En nuestro sistema jurídico vigente, la interversión del título de la posesión puede presentarse de diferente manera; así por ejemplo: el arrendatario puede mutar su título si adquiere la propiedad del bien que posee; el guardián dejará de ser tenedor o servidor de la posesión si intervierte su título al empezar a pagar renta, convirtiéndose en arrendatario, y como tal en poseedor; si el arrendatario deja de pagar renta por efecto de la conclusión del arrendamiento, su título posesorio muta y se convierte en un poseedor precario -según el artículo 911° del actual Código Civil Peruano-, y como tal, apto para adquirir el bien que posee por prescripción si cumple con los requisitos que prevé el artículo 950° del actual Código Civil. Peruano; si el guardián deja de seguir instrucciones del poseedor y ante el requerimiento de éste, se resiste a la entrega del bien, haciendo uso de él en interés propio y por su cuenta, deja de ser detentador y se convierte en poseedor sin título alguno -precario-; así, también habrá intervención del título si el que posee el bien de su propiedad lo vende y continúa en uso del mismo, pues habrá mutado su título posesorio, al pasar de poseedor como propietario, al de simple poseedor, salvo que se mantenga en posesión del bien con anuencia del comprador, o resistiéndose a la entrega -sin título-, en cualquier caso su status posesorio habría disminuido, etc.

En todos los casos citados en el párrafo precedente, para que se considere producida la interversión del título debe tenerse en cuenta, como lo señala Musto<sup>26</sup>, que no bastan las simples manifestaciones de la voluntad, sino que la actitud debe consistir en hechos exteriores que impliquen una verdadera contradicción a los derechos del propietario, un verdadero alzamiento contra su derecho, o actos de fuerza que impidan al propietario el ejercicio de su derecho.

Diversas legislaciones han regulado, aunque parcialmente la figura materia de comentario; así en el Código Civil Brasileiro se identifica el precepto que establece: "Salvo prueba en contrario, se entiende que la posesión se mantiene con el mismo carácter con que fue adquirida". Esta presunción sigue la

lógica de la regla romana citada al empezar este punto. En el derecho argentino se conoce el precepto contenido en el Código Civil que establece: "Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por si y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha empezado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario".

No existe en nuestro país una regulación idónea sobre esta materia; en realidad no se ha legislado nada relacionado a los alcances jurídicos de la mutación del título posesorio, pese a la gran importancia que reviste esta figura.

#### **4.2. La traditio brevi manu, el constituto posesorio y los efectos del cambio del título posesorio**

Lo único que existe regulado en el actual Código Civil peruano, con relación al cambio del título posesorio se encuentra ubicado normativamente en los llamados sucedáneos de la tradición, previstos en el artículo 902<sup>27</sup>. Se trata de supuestos donde la relación posesoria cambia, produciéndose una mutación del título de la posesión, cuyo efecto inmediato es el haberse producido o no la tradición o entrega del bien a quien debe recibirlo. Se trata de las figuras de origen romano conocidas como la traditio brevi manu y el constituto posesorio, las que, como es obvio se encuentran vinculadas a los efectos de la interversión -o transformación- del título posesorio.

Comentando acerca de la transformación de la relación posesoria, Valencia Zea<sup>28</sup> señala que no solo es necesario sentar la presunción relativa de continuidad de la posesión inicial; es preciso agregar cómo puede destruirse dicha presunción, es decir en qué casos una posesión se transforma en otra: Refiere -siguiendo la lógica de la teoría subjetiva de la posesión- que el constituto posesorio tiene la virtualidad de transformar una posesión en nombre

propio en una posesión en nombre ajeno; y la traditio brevi manu implica la transformación de una posesión en nombre ajeno en una posesión de propietario, como cuando el arrendatario compra la cosa al dueño.

Aplicadas las mismas figuras -de origen romano- a nuestro país, que sigue las reglas de la teoría objetiva de la posesión, tendremos que el supuesto conocido como traditio brevi manu, se presenta cuando, por ejemplo, quien posee un bien en virtud de un arrendamiento -título posesorio de arrendatario- adquiere la propiedad de dicho bien; en este caso el título posesorio muta del de arrendatario al de propietario; como adquiriente tiene derecho a que se le entregue el bien, sin embargo se entiende entregado en bien al poseedor -ahora propietario- por haber cambiado su título posesorio, lo que se logrará reteniendo el bien que ya se encontraba en su poder. Hay también traditio brevi manu, cuando el guardián -tenedor no poseedor- empieza a pagar renta, convirtiéndose por ello en poseedor arrendatario; y teniendo derecho a recibir el bien, se entiende entregado por haber mutado el título posesorio, lo que sucederá reteniendo el bien en su poder.

En el constituto posesorio la mutación del título se presenta en descenso; así por ejemplo si alguien que posee un bien de su propiedad y lo transfiere, y acto seguido celebra con el adquiriente un arrendamiento, de tal manera que continúa en uso del bien vendido, sigue siendo poseedor, no obstante el título posesorio se transformó produciéndose una disminución de la calidad del mismo, pues ahora posee el bien ya no como propietario, sino como un simple arrendatario. Por otro lado, es aplicable también a esta figura -constituto posesorio- la tradición originada en la mutación de la relación posesoria que existía entre la persona que poseía el bien como arrendatario y el propietario arrendador, producida cuando aquel deja de pagar la renta y conviene con el propietario en dar el servicio de guardianía del bien que ocupa, recibiendo por tal servicio una contraprestación económica; en este supuesto quien tenía el bien como poseedor, lo tendrá en adelante como detentador; puede, en este caso,

objetarse el hecho de que en este supuesto el detentador no tiene título posesorio y que por ello no se habría producido mutación del título sino su desaparición; sin embargo, para los fines materia de este estudio, tal objeción resultaría irrelevante, pues, lo que importa en esta figura es el hecho que el bien continuó en poder de quien era poseedor no requiriéndose actos materiales adicionales para la entrega del mismo; y además tal situación se produjo como consecuencia de una disminución de la calidad del poder que ejercía sobre el bien, que es lo que caracteriza al constituto posesorio.

Las figuras antes referidas se encuadran dentro de los alcances del inciso 1) del artículo 902° del actual Código Civil, referidos a los sucedáneos de la tradición; los ejemplos consignados en los párrafos precedentes son solo una parte de lo que puede suceder en esta materia. A continuación analizaremos otros supuestos.

#### **4.3. La posesión mediata, la posesión inmediata y el título posesorio**

Nuestro sistema admite la posibilidad de la posesión aún sin el contacto físico con el bien; la doctrina la reconoce como una posesión como derecho o espiritualizada; se trata de un poseedor que no tiene físicamente el bien, pero que, pese a ello ejerce uno de los atributos de la propiedad; es el caso, por ejemplo del poseedor mediato que entregó el bien a otra persona -poseedor inmediato- en virtud a un título<sup>29</sup>. Hernández Gil<sup>30</sup> refiere que se trata de un fenómeno conocido como la "conurrencia horizontal de posesiones". Intentando una definición, el citado autor refiere que posesión mediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión, correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación, de donde surge la dualidad posesoria.

En el derecho alemán al "poseedor mediato" se le conoce como poseedor superior y al "poseedor inmediato" como mediador posesorio o sub poseedor; Enneccerus<sup>31</sup> precisa que la "posesión mediata" es la que se tiene por mediación de la posesión de otro; entre el "poseedor mediato" y la cosa media

aquel que -en contraposición al servidor de la posesión- tiene la posesión misma. Por otro lado, refiere el mencionado jurista la "posesión mediata" es susceptible de varios grados, por ejemplo se considerarán series de la posesión: arrendador, sub arrendador; sub arrendatario; en este caso habrán dos poseedores mediatos y un poseedor inmediato, ello en razón de que -como lo refiere Albaladejo- la posesión mediata siempre es una posesión de derecho, nunca de hecho. La doctrina reconoce una serie mayor de grados.

Es del caso precisar que la relación entre el poseedor mediato y el poseedor inmediato no tiene que ser válida; Arias-Schreiber<sup>32</sup> señala que así ha quedado claramente establecido en la doctrina germánica; efectivamente Enneccerus<sup>33</sup> sostiene que el poseedor mediato es únicamente el que tenga una pretensión válida de entrega. No hace falta -agrega- que dicha pretensión sea incondicional ni que esté exenta de excepciones; ni tampoco necesaria, finalmente, la validez de la relación de arrendamiento, usufructo, porque la ley no presupone que el mediador sea arrendatario, usufructuario, sino sólo que posea como arrendatario o como usufructuario.

Como se sabe, este fenómeno posesorio fue incorporado a nuestro sistema de derechos reales en el Código Civil de 1936; el artículo 825° de dicha norma señaló: "El poseedor temporal, en virtud a un derecho es poseedor inmediato, correspondiendo la posesión mediata a quien le confirió el derecho". Tal definición de la mediación posesoria se prestaba a confusión, pues podría pensarse que la relación jurídica existente entre ambos poseedores -mediato e inmediato- tendría que ser, necesariamente, arreglada a derecho; es decir una relación válida; cuando la doctrina más autorizada sobre esta materia reconoce que dicha relación podría no ser válida, como se ha indicado líneas arriba; por ello con la entrada en vigencia del actual Código Civil Peruano -vigente desde 1984- se reemplazó la palabra "derecho" por la de "título"; en realidad no se trata de un problema semántico, sino de una precisión normativa en la cualidad de la posesión.

#### **4.4. Mediación posesoria en los sucedáneos de la tradición**

La concurrencia posesoria tiene presencia también en los sucedáneos de la tradición, prevista en el artículo 902° del actual Código Civil. Así tenemos que en el supuesto previsto en el segundo inciso de dicha norma sustantiva, en el sentido que la tradición se considera realizada si se transfiere el bien que está en poder de un tercero, en cuyo caso, precisa la norma, la transmisión produce efecto, respecto del tercero, sólo desde que le es comunicada por escrito. Se trata de la entrega tácita al tercero que se produce respecto del nuevo dueño o el adquirente; es decir que el bien transferido se entiende entregado al tercero poseedor por el nuevo dueño desde que se le comunica -por escrito- de la transferencia. El tercero sigue siendo poseedor inmediato, pero ahora del nuevo dueño.

Cosa distinta sucede con los que integran la relación jurídica de la transferencia, es decir entre el transferente y el adquirente del bien -ocupado por un tercero-; en este caso se presenta el desplazamiento de la mediación posesoria, de tal manera que el original poseedor mediato traslada su condición al adquirente quien en adelante será el nuevo poseedor mediato, quien adquiere además -con la transferencia- la pretensión de entrega que podrá dirigirla al tercero -mediador posesorio-. Este desplazamiento posesorio espiritualizado produce sus efectos entre las partes -transferente y adquirente-, independientemente de la comunicación al tercero.

Con relación al primer inciso del mencionado artículo 902°, se puede apreciar que su texto tiene una leve pero significativa modificación respecto del que tenía su similar en Código Civil anterior; como se ha indicado el inciso 1) del artículo 845° del Código Civil de 1936, señalaba: "La tradición se considera realizada cuando: 1º para quien está poseyendo el bien por título distinto "; por su parte el inciso 1) del artículo 902° del actual Código Civil Peruano, señala: "la tradición también se considera realizada cuando: 1º cambia el título posesorio de quien está poseyendo ". Si bien la norma anterior entiende realizada la tradición para quien está poseyendo, tal limitación no aparece del nuevo texto normativo,



que no precisa respecto de quien se habría producido la entrega, pudiendo entenderse que la mencionada tradición se entiende realizada respecto del que no tiene el bien físicamente, como es el caso del constituto posesorio que se presenta cuando el cambio de título posesorio proporciona el derecho de entrega a quien no tiene el bien físicamente; es el caso, por ejemplo, del que vende el inmueble de su propiedad que al mismo tiempo posee, y que no lo entrega físicamente al comprador o nuevo dueño; en tal caso, en virtud de lo previsto en el inciso 1º del artículo 902º antes citado, se ha producido la entrega o tradición al adquiriente, quien habría adquirido la posesión de modo espiritualizado, pasando el nuevo dueño a tener la calidad de poseedor mediato, mientras que el anterior dueño pasa a ser el mediador posesorio; por ello, tiene en este caso el adquiriente un derecho de entrega que puede hacerlo valer en la vía restitutoria del desalojo.

#### **4.5. Posesión ilegítima y el título posesorio**

Nuestra norma sustantiva carece de una regulación que contenga el concepto de la posesión legítima, como sucede en el derecho civil argentino<sup>34</sup>. Sin embargo, tratándose de un tipo de posesión por su origen, es fácil advertir la posesión legítima no es otra -como refiere el profesor Avendaño- que una posesión arreglada a derecho.

Implícitamente nuestro Código Civil identifica en los artículos 900º y 901º a la posesión legítima, al señalar que la posesión se adquiere por la tradición -salvo los casos de adquisición originaria- y luego establece que la tradición es la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece; sin embargo en esta definición no se prevé un elemento importante, pues nada se dice respecto de la persona que entrega el bien; pues, como es obvio para que la posesión sea legítima, debe ser entregada por la persona autorizada para ello, sea por el propietario o por la ley.

Por su parte la posesión será ilegítima cuando no se encuentre arreglada a

derecho. El Código Civil no dice nada sobre este tema y se limita a establecer el supuesto de posesión ilegítima de buena fe, calificándola como aquella en la que el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título; según la citada norma, para que exista posesión ilegítima de buena fe se requiere -necesariamente- de la existencia de un título posesorio, y que el poseedor considera válido o legítimo, cuando en realidad no lo es.

No existe en la norma sustantiva definición alguna sobre la posesión ilegítima de mala fe; no obstante se infiere que se trata de la posesión que se ejerce por quien conoce perfectamente de la ilegitimidad o invalidez de su título posesorio o que es perfectamente conciente que posee el bien sin título alguno, o con un título manifiestamente inválido o inoponible al que cuenta con derecho inscrito. Dentro de este grupo se ubica precisamente al poseedor precario, quien según el artículo 911° de la norma sustantiva civil, es quien ejerce posesión de un bien sin contar con título posesorio alguno, sea porque nunca lo tuvo o porque el que tenía feneció.

#### **4.6. Sistema registral y sus implicancias determinantes: la seguridad jurídica**

Es crucial para el abordaje de este tema, tratar la configuración del sistema registral. Este sirve para otorgar seguridad jurídica en las distintas relaciones de carácter intersubjetivo entre los sujetos de derecho (personas naturales o jurídicas). Un sistema registral sustentado en los principios de prioridad de inscripción, rogación, legalidad, especialidad y publicidad, principalmente, servirá para que el Estado proteja las múltiples relaciones jurídicas de carácter patrimonial y extrapatrimonial que celebran sus ciudadanos.<sup>107</sup>

Dentro del tema que nos compete desarrollar, damos especial tratamiento a los principios de oponibilidad y prioridad de rango. Por el primero podemos

---

<sup>107</sup> VIGO SALDAÑA, Flaminio Gilberto, **LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ACERCA DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO PERSONAL INSCRITO SOBRE EL DERECHO REAL NO INSCRITO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL**

advertir que para oponer un derecho es preciso que este haya sido inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Esto tiene correlato con el segundo principio a tratar, que es el de prioridad de rango. Así, la prioridad en el tiempo va a determinar la preferencia de los derechos que otorga el registro.

El registro va a otorgar seguridad jurídica de manera que si existiera un derecho que se quiera oponer frente a uno previamente inscrito, de plano se preferirá al derecho inscrito. Sin embargo, encontramos una situación en el segundo párrafo del artículo 2022º del Código Civil, en la que aparentemente no se va a tomar en cuenta el momento de la inscripción para determinar la preferencia de un derecho; esto sucederá cuando se confronten derechos de distinta naturaleza; es decir, derechos reales y personales.

Cuando se genere este supuesto, en el cual un derecho real se oponga frente a un derecho personal inscrito con anterioridad, gran parte de la jurisprudencia prefiere independientemente del registro, al derecho real, resquebrajándose así la razón de ser del registro, la cual es otorgar seguridad jurídica *erga omnes*. El principio de prioridad preferente establece que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro, otorgando así seguridad a quien inscribe su derecho con fecha anterior. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 2022º del Código Civil, prescribe que, tratándose de derechos de diferente naturaleza se aplicarán las disposiciones del derecho común. Viene entendiéndose que en este caso, tendrán preferencia los derechos reales frente a los derechos personales, inaplicándose así la razón y fines de los registros públicos sujetos a los principios de legalidad y efectividad de los actos jurídicos que se realizan sobre la base de la situación que fluye de las inscripciones registrales que existan. Flaminio Gilberto Vigo Saldaña - Prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito.

En cuanto al principio de especialidad, está contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y alude a que cada inmueble tiene como correlato una sola, única, exclusiva y excluyente

partida registral donde está inmatriculado el bien. Por ejemplo, una sola persona puede tener varios inmuebles de los cuales es propietario, pero cada inmueble en particular tiene o está inscrito en una partida registral diferente de los demás inmuebles. Esto no sólo sucede con bienes inmuebles, sino con cualquier bien, acto o contrato inscribibles. Los derechos inscribibles, cualquiera fuere su naturaleza, al momento de su inscripción se individualizan y se vuelven únicos y exclusivos respecto de los demás derechos, así sean de igual o diferente naturaleza o pertenezcan a una misma persona; es decir, que figuren inscritos en el registro con plena determinación de su extensión y alcance en la partida, folio, asiento al que pertenecen o al que corresponden. En el principio de publicidad, contenido en el artículo 2012º del Código Civil y los artículos I y II del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, se establece una presunción *iure et de iure*, según la cual toda persona tiene conocimiento de las inscripciones, o mejor aún, del contenido del registro. Este principio está referido a los mecanismos previstos en el reglamento registral en materia de publicidad, a fin de dar a conocer el contenido de los asientos registrales, sea a través de la manifestación directa de los libros y las fichas registrales, o mediante los certificados y copias expedidas por el Registro a quien lo solicite, sin importar el fin que tengan dichos documentos.

Este principio es muy importante pues opera frente a terceros cuando un derecho o acto se inscribe y es oponible a otros que lo manifiestan suyo, de tal manera que la publicidad de este derecho o acto es de conocimiento de terceros ya que, como se explicó, la veracidad de la publicidad registral se presume sin admitir prueba en contrario. Existen dos clases de publicidad, la material (por la cual, el contenido de las partidas registrales produce efectos con respecto a los terceros, aún cuando estos no tengan conocimiento de su contenido: artículo 1º del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos) y la publicidad formal (otorgada por el Registro a través de sus funcionarios: artículo II del mismo cuerpo legal).

#### 4.7. La confrontación entre derechos de distinta naturaleza

A nivel de doctrina nacional debemos empezar citando lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil, pues señala que “[...] si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del artículo, tendrá preferencia el titular del derecho real porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal y además porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria, de la que también carece el derecho personal”.

A favor de la primacía del derecho personal, comentando la resolución casatoria recaída en el Expediente N° 527-2003, Avendaño Arana ha expresado que “[...] para la oponibilidad de derechos sobre un mismo bien no debe importar la supuesta naturaleza real o personal del derecho involucrado. Lo relevante es la publicidad”. Prosigue diciendo “No hay razón para que prevalezca la propiedad sobre un embargo, si este último se inscribió primero. Si una persona vende su propiedad y el comprador no registra su adquisición, el adquirente tiene un derecho que no puede oponer a todos”<sup>12</sup>.

El problema no da visos de una solución armónica. De un lado está el derecho real, que no obstante tener como una de sus características el principio de oponibilidad *erga omnes* basado desde siempre en la apariencia de derecho que genera el detentar la posesión —como condición básica de los derechos reales de goce— y por otro lado, el derecho personal, el cual genera vínculos jurídicos invisibles a los ojos del colectivo social. Asumir la prevalencia del derecho real respecto del derecho personal tiene su razón de ser —obviamente— en el elemento “apariencia de derecho”, y es por ello que ante una disyuntiva como la que se observa, de ver enfrentados un derecho real y personal, se deba optar por el primero. Sin embargo, ocurre que el registro, en una realidad como la nuestra puede cumplir un mejor papel si de oponibilidad frente a terceros hablamos.

En un medio dominado por la globalización, en el que las relaciones sociales de los hombres ya no se guían necesariamente por la vecindad, habida cuenta que en muchos de los casos, moradores de un mismo inmueble no tienen trato alguno y convendría señalar, por decirlo de alguna manera, que estamos ante una “sociedad de anónimos”, el registro resulta ser una herramienta mejor adaptada a la negociación de bienes o valores, de suerte que la verificación en su fuente de datos, podrá conjurar maniobras fraudulentas y mal intencionadas orientadas a aprovechar la confianza y buena fe de los contratantes.

El registro nacional, si bien imperfecto, resulta ofrecer mayores garantías al trato mercantil y civil. Bajo el auspicio de los principios que lo cobijan, como son la publicidad, especialidad, legalidad, tracto sucesivo, legitimación, fe pública registral, prioridad preferente y prioridad excluyente, regulados en los artículos 2011º, 2012º, 2013º, 2014º, 2015º, 2016º del Código Civil, desarrollados en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, el registro puede ser un mejor aliado de la seguridad jurídica y buena fe de terceros, al tiempo de determinar el valor de derechos de distinta naturaleza, como eventualmente lo pueden ser el derecho personal y el real.

La realidad no hace más que darnos la razón, pues la propiedad como derecho real pleno, en la mayor parte de nuestro país es acreditada con títulos imperfectos, que ni siquiera resultan ser documentos públicos en muchos casos. En un contexto como éste, sostener que un derecho real es superior a uno personal que se encuentra respaldado por la fe registral, simplemente es cerrar los ojos frente a una grave injusticia en ciernes. Somos uno de los convencidos de que la calidad de los títulos y derechos inscritos en el registro, sean estos personales o reales, son de mayor calidad a los que no se encuentran inscritos en él, pues basta leer el Reglamento General de Registros Públicos para darnos cuenta que al tiempo de proceder a la inscripción de los títulos, existe un escrutinio de mayor rigor que el que eventualmente hagan funcionarios como los notarios públicos, jueces de paz, entre otros, al extender documentos de transferencia de derechos. Así, por ejemplo, en el artículo 32º de la norma citada se establece que los alcances de la calificación comprende: a) la confrontación

de títulos a inscribirse con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, así como con los antecedentes registrales, b) verificación de obstáculos que emanen de la partida en la que deberá practicarse la inscripción, c) verificación de la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que este consta y la de los demás documentos presentados, d) comprobación que el acto o derecho inscribible se ajuste a la corrección normativa, e) verificación sobre la competencia del funcionario administrativo o notario que autorice o certifique el título; f) verificación de la capacidad de los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral y de los antecedentes registrales, g) verificación de la capacidad de representación invocada por los otorgantes; h) búsqueda de los datos en los índices y partidas registrales respectivos.

#### **4.8. La posición de la jurisprudencia suprema**

Justamente por la multiplicidad de vinculaciones contractuales o acciones que generan a su vez derechos personales y derechos reales, estudiamos veintitrés ejecutorias suprema sobre el tema, referidas a la posición de la jurisprudencia. Comentaremos estas ejecutorias, antes de emitir nuestra apreciación personal.

Dichas ejecutorias corresponden al universo de resoluciones emitidas sobre el tema investigado entre 1996 y 2006, revisándose los pronunciamientos de las Salas Civil Permanente y Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en procesos de conocimiento en los que se emitió pronunciamiento sobre el fondo. De esas veintitrés ejecutorias, las dieciocho primeras se muestran a favor de la preeminencia del derecho real no inscrito frente al derecho personal inscrito, siendo que las cinco últimas adoptan el criterio de otorgarle preeminencia al derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito.

Del análisis de esas resoluciones precedentes, se infiere que los principales criterios asumidos por nuestra judicatura, que sustentan la posición de

prevalencia de los derechos reales sobre los derechos personales, se pueden resumir en: a) Cuando concurren dos derechos de distinta naturaleza se aplica la segunda parte del artículo 2022º del Código Civil; es decir, el derecho común, de conformidad con lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil. b) El artículo 949º del citado Código es una norma de derecho común. c) Quien aparece en el registro público inscrito como propietario, no lo es necesariamente. d) La preferencia dentro los derechos se determina solo por la certeza y la fecha en que se constituyeron, sin referencia a la fecha de la inscripción registral. e) Las disposiciones del derecho común tienen preferencia sobre la disposición general del artículo 2016º del Código Civil. f) La inscripción en los registros públicos no es constitutiva de derechos, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada. g) El derecho real es un derecho *erga omnes*. h) El principio de prioridad registral solo se aplica para los casos de conflictos entre derechos de la misma naturaleza, mas no para el caso de conflictos entre derechos de distinta índole, en el que se aplican las disposiciones del derecho común., i) El segundo párrafo del artículo 2022º del Código Civil, constituye una excepción al principio de prioridad previsto en el artículo 2016º del mismo cuerpo legal. j) Al contraponer derechos de distinta naturaleza el derecho registral desaparece. k) Las disposiciones del derecho común establecen, según lo dispone el artículo 949º del Código Civil, que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. l) El supuesto del artículo 2014º del Código Civil, prevé la adquisición de derechos adquiridos, a su vez, por terceros de buena fe y a título oneroso, lo que es distinto al embargo en forma de inscripción, puesto que en la medida cautelar no concurre voluntad de los co-demandados y el conocimiento respecto de la libre disposición que estos hayan tenido sobre dicho bien, sin que se afecte derechos de terceros, como es el caso de los demandados. m) La inscripción de un derecho personal en los registros públicos no lo convierte en real. n) El artículo 1135º del Código Civil no es aplicable por cuanto el titular del derecho real en momento alguno ha celebrado acto jurídico con el titular de la medida cautelar obligándose a entregar el inmueble. o) La clasificación en derechos reales y derechos personales es el sustento de muchas decisiones jurisdiccionales, dándole



prioridad al primero por razones “doctrinarias”. p) El sustento básico es que de acuerdo con el derecho común los derechos reales se pueden hacer valer frente a cualquier persona y los derechos de crédito solo pueden oponerse a terceros.

Por su parte, los principales argumentos para otorgar primacía al derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito en las resoluciones estudiadas, son los siguientes: a) Que no se debe hacer distinción entre derecho real y derecho personal. b) Que el artículo 2016º del Código Civil, referido a la prioridad de rango, no hace distinción entre derecho real y derecho personal. c) El artículo 1135º del Código acotado, constituye una norma de derecho común que recoge el principio de prioridad en el tiempo para determinar la preferencia en el derecho y resulta aplicable para la solución del conflicto. d) Para que el derecho inmobiliario tenga la certeza necesaria para su protección y posibilidad de tráfico comercial, se requiere de su inscripción.

# **CAPÍTULO V**

## **DISCUSIÓN DE LOS**

### **RESULTADOS**

En esta parte, consideramos dos aspectos desde el punto de vista del análisis: uno de ellos es el estudio de las normas y jurisprudencia que nos lleva a analizar la inviabilidad material de la acción de Mejor derecho a la propiedad, y por otro lado analizamos también sentencias específicas de casos que han ocurrido en los juzgados civiles de la ciudad de Chiclayo, Corte Superior de Justicia de Lambayeque, para luego al finalizar este capítulo validar nuestra hipótesis y formular nuestra propuesta.

### **5.1. El análisis normativo de la acción de mejor derecho a la propiedad**

Empezamos este trabajo señalando que existe un número considerable de pretensiones que tienen por objeto la declaración del mejor derecho a la propiedad, a fin de que los juzgados civiles emitan sentencia que declara fundada la demanda en dicho extremo. Si bien es cierto en el derecho patrimonial cada persona realiza en la práctica la defensa de su propiedad para a la vez demostrar el señorío que le confiere precisamente el ser propietario, muchas veces dicho aspecto, característica que explica la relación entre sujeto y res, debe ser reconocido por un tercero que en este caso es el juez ante una duda sobre la aceptación de titularidad de propiedad ante los demás.

Por ello es que el artículo 923<sup>108</sup> del Código Civil establece que la propiedad es un poder jurídico a través del cual se puede disponer, gravar, transferir la propiedad, esto es, que sin una limitación expresa que no sea la propia ley, el propietario puede ejercer su derecho su propiedad con la única limitación que impone las normas morales y las buenas costumbres, y esto resulta de elemental comprensión incluso dentro de las primeras clases de derechos reales en el pre grado universitario..

Sin embargo, si es que delimitado el derecho de propiedad, fundamentalmente el que recae en bienes inmuebles, cómo es que existen tantos problemas expresados en las acciones de Mejor derecho a la propiedad,

---

<sup>108</sup> **Artículo 923.-** 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

que son frecuentes en los juzgados civiles del país, y en los que las partes supeditan el “reconocimiento de su propiedad” a la decisión que pueda optar un juez dentro de un proceso judicial?

Entonces, si es que consideramos que la propiedad es el ejercicio de los derechos que establece la relación propietario-objeto, de tal forma que basta tan sólo con la aprehensión del bien para que muchas veces se inicie la ejecución precisamente de las facultades que establece el Código Civil, entonces por qué surgen los procesos sobre mejor derecho a la propiedad, cuando se conoce que tal existe?

## **5.2. El análisis de los casos**

En este aspecto presentamos cuadros precisos sobre la forma cómo los litigantes presentan sus pretensiones de Mejor derecho a la propiedad, qué es lo que pretenden con sus acciones procesales, la viabilidad de las mismas, como también el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, que en buena cuenta es lo que las partes persiguen al formular y presentar su demanda.

**CUADRO N° 02: MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD POR  
PREVALENCIA DE ACREENCIAS**

<b>FRECUENCIA</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>
<b>ASPECTO</b>		
Fundada	-	-
Infundada	2	50
Improcedente	2	50
Total	4	100

Año 2013

Fuente Propia

De la revisión del presente cuadro, encontramos que de los casos seleccionados, cuatro de ellos se refirieron al mejor derecho de la propiedad a partir de la existencia de acreencias, buscando que el juez civil declare propietarios de la propiedad a los demandantes, como consecuencia de una acreencia por cobrar la misma que se encuentra debidamente acreditada. A pesar de que resulta difícil de admitir, hemos encontrado casos en los que se reclama se declare fundada una demanda de mejor derecho propiedad, y como consecuencia de ello se declare propietario al acreedor de una obligación del demandado. Es decir, se pretende mediante esta pretensión la ejecución de una acreencia o de un documento en el que se otorga como garantía un inmueble que pertenece al demandado.

La respuesta de parte del órgano jurisdiccional es de la siguiente forma: Infundada la demanda, no tanto porque se reconozca o desconozca la acreencia, pues el fundamento en realidad es que mediante esta vía no se puede obtener una sentencia constitutiva de propiedad, cuando el demandante nunca ha sido propietario; y en este extremo la Casación N° 3312-2012-JUNÍN se señala que Resulta erróneo interpretar bajo el artículo 1135º del Código Civil, que el emplazado

ostenta un "mejor derecho de propiedad" frente a la demandante no obstante que la aplicación de la norma en mención resulta impertinente al caso concreto pues la misma está orientada a regular los actos jurídicos que contiene obligaciones de dar en el caso de concurrencia de acreedores de bienes inmuebles y no las situaciones que atañen a los derechos reales como en el caso de autos las cuales se encuentran reguladas en los artículos 923 y siguientes así como en el artículo 2014 del Código Civil y en los artículos 2 numeral 16 y 70 de la Constitución Política del Perú por tratarse de un derecho fundamental e inviolable el cual tiene el carácter de exclusivo y excluyente afectándose la seguridad jurídica que su inscripción en los Registros Públicos otorga.

**CUADRO N° 03: MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD Y DEMANDA  
ACUMULADA DE REIVINDICACIÓN**

<b>FRECUENCIA</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>
<b>ASPECTO</b>		
Fundada	-	-
Infundada	1	50
Improcedente	1	50
Total	2	100

Año 2013

Fuente Propia

En este caso, estamos frente a demandas que acumuladamente han interpuesto una acción de mejor derecho a la propiedad, y a la vez de reivindicación. Particularmente consideramos que no es necesario postular de manera “autónoma” la pretensión de Mejor derecho a la propiedad. La situación de hecho que genera el conflicto es la no posesión del bien por quien –como demandante- alega ser el propietario; es decir, el sujeto que considerándose propietario no ejerce la posesión

del bien y recurre al órgano jurisdiccional para que se le reconozca dicha condición, pero a la vez para que se le restituya el disfrute del bien que se reclama.

Sin duda que la única pretensión, en este caso, debe ser la de Reivindicación, pues la de Mejor derecho a la propiedad terminará formando parte del contenido de la primera, en razón a que en el análisis probatorio el Juez Civil se verá obligado a verificar la condición de propietario del actor, para lo cual recurrirá a las normas sobre Modos “Excepcionales” de Adquisición del derecho de Propiedad Inmueble aplicables y contenidas en los artículos 1135, 2014 y 2022 del Código Civil –según corresponda-, (excepcionales al modo “general” previsto por el artículo 949 del Código Civil), y, necesariamente, el resultado de dicho análisis formará parte del trabajo argumentativo expresado en la sentencia.

Incluso se ha discutido si es que admitida la demanda y emplazado el demandado, éste demuestra ser el propietario del inmueble que se reclama y que se pretende reivindicar, al final la demanda terminará siendo una de mejor derecho a la propiedad, por cuanto el juez civil habrá establecido la titularidad de propiedad a favor del demandado. Pero es posible que una sentencia de condena como puede ser la invocada por el demandante mediante la reivindicación, termine expidiéndose una sentencia declarativa al establecerse que más bien el emplazado es el propietario?

Consideramos que, desde el punto de vista estrictamente procesal, sólo sería posible en el caso de formularse Reconvención por parte del demandado, pues de lo contrario, es decir, mientras el demandado no postule expresamente una “pretensión” el juez no podrá declarar derecho en su favor ya que estaría fallando extra petita. Entonces, en tales casos, sólo podrá desestimar la demanda en razón de que el derecho de propietario del actor no se encuentra acreditado.

**CUADRO N° 04: SÓLO LA PRETENSIÓN DE MEJOR DERECHO DE LA PROPIEDAD**

<b>FRECUENCIA</b>	<b>N°</b>	<b>%</b>
<b>ASPECTO</b>		
Fundada	8	80
Infundada	2	10
Improcedente		
Total	10	100

Año 2014

Fuente Propia

Pero sobre todo nos interesa este cuadro. Está referido a las pretensiones que únicamente se refieren al Mejor derecho de la propiedad, sin presentar materias acumuladas principales o accesorias. Desde ya iniciar una acción civil para que se nos declare lo que ya somos, sin duda resulta inoficioso. Ello en coherencia con lo que venimos afirmando, en cuanto consideramos que únicamente si hay una razón de hecho adicional que justifique la búsqueda de tutela jurisdiccional, razón o razones como por ejemplo que se haya privado de la posesión del bien al demandante o esté impedido de ejercer los demás atributos de la propiedad en base a documentos registrales o extrarregistrales que se los atribuyen a otro sujeto (el demandado). La propiedad, hemos referido se transmite consensualmente, esto es, de común acuerdo entre las partes: comprador y vendedor, y a partir de esto se expide un título generalmente escrito que resulta ser una documento con el que se sirve para acreditar la propiedad. Entonces, si somos ya propietarios cómo es que recurrimos ante el órgano jurisdiccional para que nos expida un documento llamado sentencia y en el que una vez se nos declare lo que ya somos?

Esto, dentro del más sano contexto analítico, por cuanto podríamos considerar que –en algunas circunstancias- buscar tutela jurisdiccional



mediante la pretensión de Mejor derecho a la propiedad en realidad significa pretender (a veces sin saberlo o sin tener la conciencia plena de ello) que sea más bien el Poder Judicial quien invista del ropaje de propietario a una de las partes, lo cual equivaldría a eliminar la convencionalidad en la transferencia de la propiedad en contravención a los principios en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico en este específico tema.

Entonces, queda claro que postular la Declaración de “Mejor derecho a la propiedad” como pretensión “autónoma”, es decir, sin que haya conflicto de hecho, resulta Inoficioso, nada útil para los intereses del demandante.

### **5.3. El Lado Negativo de “tener” una Pretensión “autónoma” de Mejor derecho a la propiedad**

Esta parte del análisis la consideramos fundamental.

Sin embargo, es necesario citar las sumillas de algunas ejecutorias supremas relevantes.

**Casación N° 374-95:** En esta sentencia, la Sala Civil Transitoria Suprema resuelve que se debe declarar Improcedente la demanda de Reivindicación por cuanto no se puede dilucidar el Mejor derecho de propiedad en dicho proceso.

**Casación N° 1394-2000:** En esta ejecutoria, la Sala Civil Permanente Suprema determina que la Reivindicación procede únicamente contra quien no tiene título para poseer, y que, por lo mismo, no procede dilucidar en este proceso la “conurrencia” de dos derechos reales sobre un mismo bien, y que se debe recurrir a “otra vía”.

**Casación N° 1298-2003:** En esta sentencia, la Sala Civil Transitoria Suprema considera que cuando existe un conflicto de derechos reales entre dos sujetos, la pretensión idónea es la de Mejor derecho a la propiedad y no la de Reivindicación.

Éstas son apenas unas muestras de la orientación jurisprudencial que nos viene desde nuestro máximo tribunal jurisdiccional cimentada en el reconocimiento de la “existencia autónoma” de la pretensión de Mejor derecho, y que, por lo mismo, está tan arraigada en el espíritu de la función jurisdiccional, y, obviamente, es casi imposible de modificar.

Según estas casaciones, la Declaración Judicial del Mejor derecho a la propiedad es un “requisito previo” para ordenar mediante sentencia, por ejemplo, la Restitución de la Posesión al demandante (sea vía Reivindicación o vía Desalojo).

Sin embargo, al declarar Improcedente una demanda así formulada (con la sola pretensión de Reivindicación, o con pretensiones Acumuladas de Reivindicación y de Mejor derecho a la propiedad) y obligando al justiciable a iniciar un nuevo proceso judicial con una demanda “bien formulada”, en realidad está ocasionando un grave perjuicio a aquél, pues no solamente le habrá hecho perder innecesariamente tres o cuatro años en un proceso que resultó infructuoso sino que en muchos casos –y esto es lo peor y más lamentable-habrá perjudicado de manera definitiva su derecho pues se corre el riesgo de que el bien “a reivindicar” haya pasado por “innumerables manos”.

Entonces, éste es, tal vez, el más evidente y negativo efecto de reconocer “existencia autónoma” a la pretensión de Mejor derecho a la propiedad.

Y a partir de este aspecto de la problemática, es que se hacen las propuestas que se exponen más adelante.

#### **5.4. Presentación del modelo teórico**

Bajo los comentarios y análisis realizados, al final del presente trabajo de investigación arribamos a formular nuestro modelo teórico que en verdad resulta ser el aporte de este estudio a solucionar el problema.

Consideramos que es un derecho de las partes en un proceso judicial recurrir ante el órgano jurisdiccional para que se establezca la viabilidad de su pretensión, pero sobre todo para acceder a la denominada tutela jurisdiccional efectiva que no es otra cosa que el derecho de la parte vencedora para que se ejecute la sentencia favorable en un proceso judicial. Este es el sentido de la justicia formal que reconoce la Constitución Política del Perú, en sus artículos 138 y 139.

A partir de esto, una demanda cuya sentencia no pueda ejecutarse porque en sí no puede originar consecuencia jurídicas, deviene en una sencilla pérdida de tiempo para todos, pues la pretensión es inoficiosa, en la medida en la que se reconoce lo ya reconocido, o de otra manera, lo declarado en la sentencia ya estaba antes declarado. Esto origina consecuencias jurídicas bastante lamentables, pues coloca al Poder Judicial en el órgano incapaz de administrar justicia de manera seria y coadyuva a la desacreditación de este poder del Estado.

Por esto, nos permitimos proponer la propuesta que explicamos.

##### **5.4.1. Fundamento filosófico-legal de la propuesta**

La dignidad humana es lo que nos hace distintos a los demás seres que existen en la tierra. Por este atributo somos sujetos de derecho y se nos reconoce facultades previamente constituidas y se nos asigna deberes que

debemos ir observando a lo largo de todo ese tiempo, conforme se establece el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en el que se establece como finalidad del Estado la defensa de la dignidad humana en todos sus aspectos.

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional del Perú, quien en reiterada jurisprudencia ha reclamado como fin del Estado la protección de la dignidad de los ciudadanos:

*“La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana (FJ 10)<sup>109</sup>”*

De tal manera en todo proceso judicial, además de la garantía que debe otorgarse a las partes para sustanciar el debido proceso, se debe tener en claro que toda actuación judicial atenderá siempre la protección de la dignidad humana, pues en función del Estado garantizar dicho amparo a todos los miembros de una colectividad civil.

#### **5.4.2. Fundamento constitucional de la propuesta**

La propiedad es un derecho que es elevado por nuestra Constitución Política al nivel de derecho fundamental, pues se encuentra numerado en el artículo 2°, inciso 16, de tal forma que el Estado se obliga a brindarle protección especial, entendiendo que toda persona tiene el derecho de tener lo “suyo”, producto de su propio esfuerzo, y siempre ejerciendo el “señorío” de su propiedad dentro del interés social y el bien común.

---

<sup>109</sup> Expediente N.º 02273-2005-PHC/TC

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano, refiriéndose a la propiedad ha señalado:

*“Se indica que lo constitucionalmente amparable en el derecho de propiedad, son los elementos que lo integran tanto en su rol de Instituto sobre el cual interviene el Estado, así como, en su calidad de derecho individual. En ese sentido, se establece que la posesión no está referida al contenido esencial del derecho de propiedad, pues su análisis depende únicamente de consideraciones de índole legal (FJ 3)”.*

Resaltando el TC que incluso se tutela como derecho esencial la propiedad en el ejercicio de un derecho individual, que se impone incluso sobre el derecho a la posesión, el mismo que queda supeditado a la regulación legal que se realice, en este caso a partir de normas especiales o de la materia como es el Código, en el Libro de los derechos reales..

Entonces, resulta válido que a nivel jurisdiccional el Estado dé soluciones a conflictos referidos a la propiedad, incluso como parte de las pretensiones denominadas Mejor derecho a la propiedad.

#### **5.4.3. Normas ordinarias que sustentan también la realidad la posibilidad de protección de la propiedad**

Al respecto son muchas las normas que terminan favoreciendo una decisión judicial que proteja la propiedad:

Como derecho constitucional, está protegida en nuestra Carta Magna, conforme hemos referido, pero conforme también hemos expuesto en el desarrollo del presente trabajo, el artículo 923 del Código Civil, e incluso la regulación del ejercicio de la propiedad se encuentra establecida en el artículo 924 del mismo Cuerpo de Leyes, por lo que la acción denominada Mejor derecho a la propiedad es posible de ser analizada judicialmente.

Lo que importa fundamentalmente es llegar a establecer cómo una pretensión de dicha naturaleza puede dejar de ser inoficiosa a fin de que realmente se pueda cumplir el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, y precisamente la propuesta que presentamos apunta a esto.

#### **5.4.4. Propuestas para hacer viable la acción de Mejor derecho a la propiedad:**

Dentro del marco arriba expuesto, presentamos dos tipos de propuestas: de ejecución mediata y de ejecución inmediata; considerando además que tiene utilidad la reflexión sobre problemáticas como las relacionadas con las pretensiones de mejor derecho de la propiedad, y, por lo mismo, deben merecer nuestra atención urgente pues, como tenemos dicho, el excesivo tiempo en que se resuelven (un mínimo de tres años) perjudica de manera directa al ciudadano común.

##### **a) Propuestas de ejecución mediata:**

A lo largo de estos años muchas personas preocupadas por el tema de Mejor derecho a la propiedad, han tratado de ofrecer soluciones con respecto a que la solución al problema pasa por tener que adoptar por medidas destinadas a corregir los errores que puedan aparecer en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Resulta lógico establecer que siendo el Sistema de Registro Público de la Propiedad Inmueble único en nuestro país, no se puede entender como existan bienes que tienen doble partida de inscripción o bienes que una sola partida aparezcan con dos o más propietarios.

Precisamente cuando el Registro debería dar la seguridad con la verificación y anotación de un solo y único propietario, muchas veces aparecen dos o más titulares de un mismo predio o bien, sin que se pueda advertir una explicación lógica al respecto.

Si bien este problema puede ser resuelto a partir de la cancelación de la partida que resulte ser manifiestamente válida por cuestiones de temporalidad, verosimilitud y buena fe, lo cierto es que una sola acción de Mejor derecho a la propiedad deviene en insostenible de por sí, pues una declaración judicial de propiedad no puede relevar de por sí otra expresión de voluntades de compra – venta, que puede aparecer en otros actos jurídicos, pues el carácter consensual de la transferencia convierte a su mínima eficacia la acción de Mejor derecho a la propiedad, en la medida en la que van a subsistir los efectos de otros tantos actos jurídicos.

Por esto, nuestra propuesta va dirigida a superar las imperfecciones del Registro y, con ello, las deficiencias en las inscripciones (que son una de las Causas de la Doble Inscripción que, a su vez, es causa del Conflicto por el “Mejor Derecho a la Propiedad”). Son de ejecución “mediata” porque están condicionadas a la existencia de partidas presupuestarias adicionales.

- Implementación de un sistema de CATASTRO Urbano y Rural completo, con actualización permanente, reglas uniformes y aplicación generalizada; de tal modo que permita la inequívoca identificación de las unidades inmobiliarias y evite duplicidad de partidas registrales.

- Actualización y Perfeccionamiento del Sistema Normativo de Titulación y Formalización de Propiedad Urbana y Rural, introduciendo mecanismos y procedimientos modernos y seguros que garanticen el derecho de los verdaderos propietarios o poseedores y eviten la duplicidad de transferencias de inmuebles y el tráfico de tierras.

Sin embargo, estas propuestas de ejecución mediata necesitan una decisión administrativa por no señalar que dependen de una decisión política que implique en la práctica la puesta en ejecución de partidas presupuestales, material logístico, equipamiento, etc., para poder acceder a la elaboración de instrumentos fiables que eviten la duplicidad u ordenamiento de las inscripciones registrales.

## **b) Propuesta de ejecución inmediata:**

Por esta razón, la viabilidad de las acciones de Mejor derecho a la propiedad necesariamente deben ser reorientadas en la tarea que corresponde a los jueces, de tal forma que dentro de la aplicación del Principio de Iura Novit Curia el juez pueda acudir al derecho sin que la parte lo haya invocado o lo haya hecho indebidamente. Esto es que junto a la pretensión de Mejor derecho a la propiedad puede advertirse que el demandante pretende también que en esa pretensión se le considere como único propietario, de tal forma que se descarte o deje de lado cualquier otra intención o cualquier otro derecho que busque mellar precisamente esa titularidad. Claro está que quien interpone una demanda de Mejor derecho a la propiedad busca ser declarado como exclusivo titular del bien en litis, no aceptando ninguna otra posibilidad de que haya un tercero que se crea incluso con un derecho mínimo a pretender el ejercicio de la propiedad sobre el mismo bien.

Entonces se propone la modificación de las acendradas prácticas JURISPRUDENCIALES, girando la orientación del debate JUDICIAL sobre los Modos excepcionales de Adquisición del Derecho de Propiedad de Inmuebles conforme a los Arts. 1135, 2014 y 2022 del Código Civil; de tal modo que el mismo (el debate) no se siga considerando como objeto o contenido de una Pretensión “Autónoma” y distinta (“Mejor derecho a la propiedad”) sino que pase a ser parte necesaria de la argumentación central en Procesos con Pretensiones de Nulidad de Acto Jurídico, Reivindicación, Desalojo y/o Cierre de Partidas Registrales derivados de conflictos generados por los referidos Modos Excepcionales de Adquisición de la Propiedad Inmueble.



## CONCLUSIONES

1. Las pretensiones de Mejor derecho a la propiedad analizada, en su mayoría sólo consideran exclusivamente dicha pretensión, sin que acompañen pretensión alguna que permita ejecutar la sentencia favorable que podrían obtener en un proceso contencioso. Las sentencias analizadas consideran declarar al demandante como propietario, reconocer su derecho, amparado en un acto jurídico realizado con la solemnidad que requiere la transferencia de la propiedad, pero no existe otra declaración de un derecho ni mucho menos se hace alusión a dejar sin efecto cualquier otro acto jurídico o administrativo orientado a reconocer derechos al demandado o a terceras personas. De esta manera, las pretensiones analizadas devienen en inviables y sin efecto legal.
2. Bajo el criterio de que conjuntamente con la pretensión de Mejor derecho a la propiedad el accionante pretende se le considere como único propietario de un bien cuya titularidad demanda, se puede advertir que lo que persigue en el caso concreto es ser declarado como único y exclusivo propietario del bien que reclama, de tal forma que desvirtúe por falta fundamento legal cualquier declaración o documento en favor de otro sujeto.
3. Esto por cuanto el derecho a la propiedad en el Perú no es constitutivo a nivel de los pronunciamientos judiciales, esto es, que los jueces civiles en los procesos contenciosos no establecen ni constituyen derechos de propiedad a favor del demandante o demandado. Al ser la transmisión de la propiedad un acto netamente consensual, queda consumado desde el momento en el que las partes acuerdan transferir y adquirir un bien.
4. Es posible esbozar supuestos legales válidos que permitan al juez civil pronunciarse por la Declaración del Mejor derecho de la propiedad como

parte de la labor argumentativa concerniente a Pretensiones postuladas expresamente en la demanda (como por ejemplo: Nulidad de acto jurídico, Reivindicación, Desalojo, Cierre o Cancelación de Partida Registral, etc.), y No como Pretensión de "Existencia Autónoma".

## **RECOMENDACIONES**

1. Fomentar el debate sobre estos temas, a partir de considerar que la tutela jurisdiccional debe ser en todos los casos efectiva, es decir, brindar protección al vencedor de un proceso. Por ello se debe animar el debate en el que también a través del proceso de Mejor derecho a la propiedad se debe también recibir la protección judicial que como servicio le corresponde otorgar al Estado.
2. Dada la gravedad de los casos en los que aparecen dos propietarios con derechos sobre un bien, duplicidad de los registros, debe difundirse la necesidad de elaborar un único catastro registral que comprenda todo clase de predios, y que permita identificar los propietarios y posibles vendedores.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I, Tomo III, Derecho de Bienes*, Vol. I. Barcelona; Librería Bosh 3ª. Ed. 1977

ARIAS-SCHEREIBER PESET, Máx. *Exégesis*, Tomo IV, Gaceta Jurídica, 1998

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado- Por los Cien Mejores Especialistas*, tomo V, Gaceta Jurídica, 1 Ed. 2003-Lima.

BELTRAN PACHECO, Jorge. *Exorcizando el espiritualismo: registro vs. Consenso en la transferencia de propiedad inmobiliaria*. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Nº 38. 2001.

BORDA A. Guillermo. *"Manual de Derecho Civil-Parte General"*, Ed. Abelardo Perrot, Bs. Aires, 1996.

BIGIO CHREM, Jack. *La compraventa y la transmisión de propiedad*, En: *Para Leer el Código Civil*. Lima Fondo Editorial de la PUCP, 1991.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005

CÓRDOVA CASTILLO, Luis. *El derecho de propiedad como objeto del proceso de amparo*. Facultad de derecho de la Universidad de Piura. Piura – 2006

CUENA CASAS, Matilde. *Función del Poder de Disposición en los Sistemas de Transmisión Onerosa de Derechos Reales*. Barcelona: Bosch, 1996

COVELLO, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, Traducción al Castellano de la 4ed.Italiana por Felipe J. Tena, Licenciado en Derecho y Revisada por el prof. Leonardo Coviello, Perú: Ara Editores, 2007

DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Mitos en Torno al contenido del derecho de Propiedad*, En: *Ius Et Veritas*, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XI Nº 22

ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El Contrato y los Efectos Reales*, En: *Ius Et Veritas* revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII Nº 25

FERNANDEZ CRUZ, Gastón, *La Obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la Propiedad inmueble en el Perú*. En: *Themis-Revista de Derecho* Nº. 30. Lima. 1994.

GATTI, Edmundo. Derechos Reales. Teoría General. Lajohuane, Buenos Aires, 2006

GONZALES BARRÓN, Günter.. La teoría del derecho real construida a partir de la Constitución, Gaceta Constitucional N° 56, Lima – Perú

KIPPER y Leandro S.PICADO, Código Civil Comentado, Derechos Reales, Buenos Aires —Argentina , Rubinzal-Culzoni Editores , 2004,Tomo I ( Art.2311 a 2360)

LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre El Contrato de Compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999

LARENZ, Kart. *Derecho de Obligaciones*, Madrid: Revista de Derecho Privado. Citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy, El Contrato y los Efectos Reales

LEHMANN-HEDEMANN. Tratado de Derecho Civil. Traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, EDESA, Madrid, 1955

LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. Elementos de Derecho Civil. Tomo III-1, Derechos Reales. Posesión y Propiedad. Bosch, Barcelona, 1990

LEHMANN-HEDEMANN. Tratado de Derecho Civil. Traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, EDESA, Madrid, 1955

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “*Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad*” en “temas de Derecho Civil”, Universidad de Lima, 1991

MAZEAUD, Henri y León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil-Derechos Reales Principales (El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones)*, Parte Segunda: Volumen IV, Ed. Jurídica. Europa-América, Buenos Aires-1960

OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. I XVI, primera parte, Tomo I

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I, CRPME, Madrid, 1999

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*-Tomo III. Ed. Civitas. Madrid 1988

RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. Teoría general de la propiedad. Temis, Bogotá, 2011

RIGAUD, Luis. El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional. Traducción de J. R. Xirau, Reus, Madrid, 1928

SAVIGNY, Frederic Charles de, Tratado de la Posesión (según los Principios del Derecho Romano ), Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid , 1846

TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1987

TORRES MENDEZ, Miguel. *La transferencia de propiedad de los bienes incorporales en el código civil*, En: Derecho N° 45, Diciembre 1991, PUCP

VAZQUES RIOS, Alberto. *Los Derechos Reales: La propiedad*, Ed. San Marcos, Lima-Perú

VEGA MERE, Yuri. *Contratos de Consumo*, Grijley-Lima-Perú. 2001

#### **DOCUMENTOS:**

EXP. N.º 2727-2002-AA/TC, de 19 de diciembre de 2003

EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003.

EXP. N.º 0016-2002-AI/TC

EXP. N.º 2302-2003-AA/TC, de 13 de abril de 2005

EXP. N.º 2727-2002-AA/TC

Expediente N.º 02273-2005-PHC/TC

#### **LINKOGRAFÍAS**

VIDAL RAMOS, Roger, EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO CIVIL PERUANO, [https://www.google.com.pe/?gfe\\_rd=cr&ei=rS2uVqOxClja8gehpYnAAQ&gws\\_rd=ssl#q=derecho+de+propiedad+como+derecho+real+en+el+per%C3%BA+pdf](https://www.google.com.pe/?gfe_rd=cr&ei=rS2uVqOxClja8gehpYnAAQ&gws_rd=ssl#q=derecho+de+propiedad+como+derecho+real+en+el+per%C3%BA+pdf)

Héctor lama More, El Título Posesorio en el Derecho Civil Peruano,

[http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=168](http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=168)

<http://tesis.pucp.edu.pe/tesis/ver/224>,

LAMA MORE, Héctor, El título posesorio en el derecho civil peruano (<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a/8.+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+H%C3%A9ctor+Lama+More.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fb777b0043eb7ba1a80beb4684c6236a>)

VIGO SALDAÑA, Flaminio Gilberto, LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ACERCA DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO PERSONAL INSCRITO SOBRE EL DERECHO REAL NO INSCRITO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL

## ANEXO

### **CAS. N° 3394-2010 CUSCO.**

Mejor derecho a la propiedad.

Lima, veintiocho de setiembre del año dos mil once.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**, vista la causa número tres mil trescientos noventa y cuatro - dos mil diez, en Audiencia Pública llevado a cabo el día de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Teresa Ferro de Castillo mediante escrito obrante a fojas ochocientos setenta y tres, contra la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, obrante a fojas ochocientos cincuenta y cuatro del mismo expediente, su fecha cinco de julio del dos mil diez, que confirma la sentencia apelada corriente a fojas trescientos setenta y siete que declara infundada la demanda interpuesta, con lo demás que contiene. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha cuatro de noviembre del año dos mil diez, por la causal de **infracción normativa** prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia: **1) Se infringe el artículo dos mil catorce del Código Civil**, toda vez que se alega que no existió buena fe por parte de la recurrente y su cónyuge al adquirir el inmueble sub litis, sin tener en cuenta que la buena fe se presume mientras no se demuestre lo contrario; y en autos no se ha acreditado que a la fecha en que adquirieron el inmueble sub litis - veintiuno de julio de mil novecientos noventa y nueve- o a la fecha de su inscripción - veintidós de julio del mismo año-, los demandantes tuvieran conocimiento de la inexactitud del registro, esto es, que la Escritura Pública de Donación de fecha veintiuno de junio del año mil novecientos noventa y nueve, celebrada por la donante Carmen Aguilar Ojeda a favor de sus vendedores José Ferro Aguilar y Agripina Leyva Rodríguez. así como su inscripción registral fueran nulas, pues la sentencia que declaró su nulidad recién fue dictada el cinco de abril del año dos mil tres, y confirmada por sentencia de vista de fecha veintidós de setiembre del mismo año, conforme se desprende del proceso de nulidad de acto jurídico y otros, signado como Expediente número mil novecientos noventa y nueve - cuatrocientos veinticinco, en el cual no fueron considerados como parte procesal. Agrega que ni ella ni su cónyuge tenían conocimiento de que hubiera construcciones en el terreno materia de litis, porque a la fecha de su adquisición nadie se encontraba en posesión del mismo, siendo que los demandados empezaron a construir recién en enero del año dos mil tres y no en la época en que la recurrente y su esposo adquirieron el terreno - veintiuno de julio de mil novecientos noventa y nueve-. Por último, refiere que la recurrida no contiene un mínimo de motivación fáctica, pues no se señala por qué se llega a la decisión adoptada y/o cuáles son los medios probatorios actuados que sustenten la afirmación de que los demandantes conocían la inexactitud del registro; **2) Se infringe el artículo mil ciento treinta y**

**cinco del Código Civil**, pues frente a la concurrencia de acreedores que ostentan similar derecho se prefiere al que tiene derecho inscrito de buena fe con anterioridad, de manera que habiéndose evidenciado la buena fe en el proceder de los demandantes, corresponde aplicar la norma invocada. Añade que la parte demandada no ha desvirtuado la presunción iuris tantum respecto de la buena fe de los demandantes en la adquisición y posterior inscripción del inmueble materia de controversia; y, **CONSIDERANDO:**

**Primero.-** Que, conforme aparece de autos, los esposos Porfirio Castillo Olarte y Teresa Ferro Avilés de Castillo interponen demanda para que se declare el Mejor Derecho de Propiedad a su favor respecto del lote de terreno signado con el número P- cuatro de la Asociación Pro Vivienda Los Nogales, distrito de San Sebastián, provincia y departamento del Cusco, solicitando como pretensión accesoría la restitución del citado lote. Sostienen haber adquirido el terreno mediante Escritura Pública de Compraventa de fecha veintiuno de julio del año mil novecientos noventa y nueve de sus anteriores propietarios, José Ferro Avilés y Agripina Leyva Rodríguez, habiéndose inscrito su derecho de propiedad en el Asiento Registral número sesenta y nueve de la Ficha Registral número uno uno uno nueve nueve del Registro de Predios de la Oficina Registral de Cusco. Señalan que se han visto privados de su derecho de dominio en razón a que los demandados Julio César Gamboa Maldonado y Sonia Maldonado Pacheco empezaron a levantar construcciones en el terreno, alegando haber adquirido la propiedad del mismo de sus transferentes Aquilino Rupa Rojas e Hilda Camaza Alagón de Rupa mediante Escritura Pública de Compraventa de fecha diez de enero del año dos mil, quienes habrían adquirido el inmueble por documento de fecha nueve de mayo del año mil novecientos noventa y cinco que suscribieron con Alfredo Aguilar Ayanz -dos meses antes de su fallecimiento- y posteriormente mediante Minuta de fecha tres de diciembre de mil novecientos noventa y seis, elevada a Escritura Pública de fecha cinco de diciembre del mismo año, siendo que ninguna de esas transferencias se encuentra inscrita en los Registros Públicos, por lo que les corresponde ser declarados con Mejor Derecho de Propiedad a tenor de lo regulado en las normas registrales contenidas en los artículos dos mil trece, dos mil catorce y dos mil dieciséis del Código Civil debiendo los demandados restituirles el terreno tal como se encontraba antes de que ejerzan la posesión ilegítima y de mala fe, o en caso contrario pasarán a hacer suyas las construcciones.

**Segundo.-** Que, los demandados Julio César Gamboa Maldonado y Sonia Maldonado Pacheco fueron declarados rebeldes mediante resolución de fojas cuarenta y cinco del expediente principal, y luego de llevarse a cabo la Audiencia de Saneamiento y Conciliación, así como la Audiencia de Pruebas, el Juez de la causa dicta sentencia declarando infundada la demanda interpuesta, por cuanto: **i)** Si bien es cierto que los demandantes adquirieron el inmueble sub litis mediante Escritura Pública de Compraventa de fecha veintiuno de julio del año mil novecientos noventa y nueve de sus anteriores propietarios, José Ferro Avilés y Agripina Leyva Rodríguez también es verdad que el acto jurídico de donación que contiene la Escritura Pública del veintiuno de junio mil novecientos noventa y nueve, mediante la cual Carmen Rosa



Aguilar Ojeda de De La Torre transfirió el citado inmueble a los esposos Ferro-Leyva, así como su inscripción registral, fueron declarados nulos mediante sentencia de fecha cinco de junio del año dos mil tres, confirmada por sentencia de vista de fecha veintidós de setiembre del mismo año, reconociéndose en dicha sentencia a los demandados Julio César Gamboa Maldonado y Sonia Maldonado Pacheco la titularidad del bien sub litis, extendiéndose a favor de estos la sentencia antes referida; **ii)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada, ni modificar los efectos de la misma. En este entender, habiéndose declarado por sentencia firme nulo el derecho del que proviene la propiedad de los demandantes, la pretensión materia de autos deviene en infundada.

**Tercero.-** Que, apelada que fuera esta decisión, la Sala Superior ha emitido sentencia confirmando la sentencia, por cuanto: **i)** El inmueble sub litis forma parte de un inmueble de mayor extensión -ex Hacienda Surihuaylla Grande- que perteneció a la Sucesión de Rafael Aguilar Páez, conformada por sus herederos Carmela Emperatriz, Gloria Mercedes, Fanny Segunda, Edgar Alfredo Aguilar Ayanz y Lilia Elizabeth Aguilar Ayanz viuda de Casafranca; **ii)** Carmela Emperatriz, Gloria Mercedes, Fanny Segunda y Edgar Alfredo Aguilar Ayanz, otorgaron poder especial y general a favor de Lilia Elizabeth Aguilar Ayanz viuda de Casafranca para efectos de que proceda a la venta de los bienes raíces legados por su padre - poderes de fecha trece y veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro-; **iii)** El tres de junio de mil novecientos ochenta y seis, Lilia Elizabeth Aguilar Ayanz viuda de Casafranca otorga poder a su hermano Edgar Alfredo Aguilar Ayanz para que proceda a la venta de una fracción de la ex Hacienda Surihuaylla; siendo que en mérito a este poder, el último nombrado vende a los esposos Aquilino Rupa Rojas e Hilda Camaza Alagón de Rupa el Lote cuatro de la manzana P de la Asociación Pro vivienda Los Nogales, de doscientos metros cuadrados de extensión. Posteriormente, mediante Escritura Pública de Compraventa de fecha cinco de diciembre del año mil novecientos noventa y seis, Lilia Elizabeth Aguilar Ayanz vende a favor de los esposos Rupa-Camaza el mismo inmueble, en virtud a los poderes de los que estaba premunida; **iv)** De otro lado, se tiene que al fallecimiento de Edgar Alfredo Aguilar Ayanz -ocurrido el dieciséis de julio de mil novecientos noventa y cinco - fue declarada como heredera -entre otros- su hija Carmen Rosa Aguilar Ojeda de De La Torre, siendo que en mérito a esta declaración como heredera, procede a donar el inmueble sub litis a favor de los esposos José Ferro Avilés y Agripina Leyva Rodríguez, mediante Escritura Pública del veintiuno de junio del año mil novecientos noventa y nueve. No obstante ello, pese a que la venta sólo lo efectuó uno de los herederos, quien no detentaba título alguno que acredite su derecho de propiedad, se procedió a inscribir la donación a favor de los esposos Ferro-Leyva. Cabe señalar que este hecho era perfectamente conocible de parte de los demandantes Porfirio Castillo Olarte y Teresa Ferro Avilés, por el Principio de Publicidad Registral y del Tracto Sucesivo establecido en los artículos dos mil doce y dos mil quince del Código Civil; siendo que éstos adquirieron el inmueble sub litis mediante Escritura Pública de

Compraventa de fecha veintiuno de julio del año mil novecientos noventa y nueve; **v)** Los esposos Castillo-Ferro interpusieron demanda de reivindicación y desalojo contra Julio César Gamboa Maldonado y Sonia Maldonado Pacheco - Expediente mil ciento diecinueve - dos mil-, la misma que fue declarada infundada mediante sentencia de fecha veintiocho de abril del año dos mil tres bajo el principal fundamento que primero debía dilucidarse el Mejor Derecho de Propiedad antes de interponerse con éxito la reivindicación, no obstante lo cual dicho proceso acredita que ya existía un conflicto entre las partes respecto de la propiedad del inmueble, y que los actuales demandados eran quienes se encontraban en posesión del inmueble; **vi)** Los esposos Rupa-Camaza interpusieron demanda de nulidad de acto jurídico contra José Ferro Avilés y Agripina Leyva Rodríguez, la misma que fue resuelta por sentencia de fecha cinco de junio del año dos mil tres que declaró fundada la demanda y nulo el acto jurídico de donación contenido en la Escritura Pública de veintiuno de junio de mil novecientos noventa y nueve, nula su inscripción registral y la cancelación del asiento respectivo; **vii)** Estando al escenario descrito, no es de aplicación a los demandantes Porfirio Castillo Olarte y Teresa Ferro Avilés de Castillo el Principio de Buena Fe Registral previsto en el artículo dos mil catorce del Código Civil, ya que éstos conocían de la inexactitud del registro, pues no existía documento alguno que acredite o respalde la propiedad que Carmen Aguilar Ojeda afirmaba tener sobre el bien sub litis; además que sabían que los demandados se encontraban realizando construcciones sobre el terreno sub litis a la fecha de interposición de la presente demanda, tal como ellos mismos afirman en su escrito postulatorio, por lo que conocían que el inmueble que compraron se encontraba en poder de otras personas, encontrándose en la posibilidad de conocer y saber que el inmueble no estaba en posesión de los vendedores, esposos Ferro-Leyva, siendo que de acuerdo a las reglas de la experiencia ninguna persona compra un inmueble sin antes verlo físicamente.

**Cuarto.-** Que, resulta necesario absolver, en primer lugar, si resulta pertinente la aplicación de lo normado en el artículo mil ciento treinta y cinco del Código Civil, tal como pretende la impugnante en el **punto 2)** de los fundamentos de su recurso. La citada norma regula la forma en que debe dilucidarse la concurrencia de acreedores sobre un mismo inmueble a quien un único deudor se ha obligado a entregar, conforme al siguiente texto: "Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores **a quienes el mismo deudor** se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua" -el resaltado es nuestro-. Como puede advertirse, el presupuesto para que esta norma se aplique parte de considerar que exista una obligación de dar asumida por un único deudor frente a dos o más acreedores, siendo que a partir de esa premisa se aplican las reglas de preferencia. Sin embargo, en el caso de autos la hipótesis planteada no se verifica, pues la obligación de dar un bien inmueble no ha partido de un único obligado, sino que cada una de las partes -demandantes y demandados- es acreedor de un deudor diferente, y éstos a su vez han adquirido la propiedad del bien sub litis

también de distintas personas; razón por la cual las reglas de la preferencia descritas en el artículo mil ciento treinta y cinco del Código Civil no resultan aplicables al caso concreto y, por ello, se concluye que este extremo del recurso debe ser desestimado.

**Quinto.-** Que, entrando al análisis del **punto 1)** de los fundamentos del recurso de casación, corresponde establecer si es correcta o no la interpretación que da la Sala Superior a los alcances del artículo dos mil catorce del Código Civil. Previamente a este estudio, debe quedar claro que no puede existir discusión alguna respecto de la declaratoria de nulidad del acto jurídico de donación contenido en la Escritura Pública del veintiuno de junio del año mil novecientos noventa y nueve celebrada entre Carmen Rosa Aguilar Ojeda de De La Torre con los esposos Ferro-Leyva - transferentes de los demandantes-, así como de su inscripción registral, al haberse establecido judicialmente tal nulidad mediante sentencia del cinco de junio del dos año mil tres, confirmada el veintidós de setiembre del mismo año, y que obran - respectivamente- a fojas ochocientos cincuenta y ocho y novecientos treinta y uno del Expediente número mil novecientos noventa y nueve - cero cero cuatro dos cinco que se acompaña, por lo que cabe discernir si los demandantes, no obstante ello, aún gozan de la titularidad del derecho pese a la falta o ausencia del derecho de sus otorgantes o transferentes;

**Sexto.-** Que, el artículo dos mil catorce del Código Civil consagra el Principio de Fe Pública Registral, el cual, para su configuración, exige la concurrencia copulativa de determinados requisitos, como son: **a)** Que el adquirente sea a título oneroso; **b)** Que el adquirente actúe de buena fe, tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro -presunción iuris tantum-; **c)** Que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; **d)** Que el adquirente inscriba su derecho; y, **e)** Que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos en los Registros Públicos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. Este principio busca proteger al tercero que ha adquirido, de buena fe, un derecho de quien finalmente carecería de capacidad para otorgarlo, lo que implica la búsqueda de la seguridad en el tráfico inmobiliario, y que supone a veces un sacrificio en la seguridad del derecho. Conforme aparece en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, "(...) quien quiera ampararse en el principio de fe pública registral, deberá asegurarse que el derecho del otorgante no padece de causas de nulidad, rescisión y resolución en ninguno de los registros en los que podría aparecer (...). La buena fe que se exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, **es la de ignorar la existencia de inexactitud** en lo publicado por el registro. En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no aparecen en el registro, ellas deben ser además desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado" -Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Cultural Cuzco,

Lima, dos mil catorce, páginas doscientos cuarenta y dos - doscientos cuarenta y tres-.

**Sétimo.-** Que, el Contrato de Compraventa es sin duda un contrato oneroso, porque oneroso es todo aquello que genera una contraprestación, como en el caso de autos en que por un lado los esposos Ferro-Leyva han transferido un bien inmueble, y por el otro los esposos Castillo-Ferro han pagado un precio por el mismo, por lo que se ha cumplido con el primer requisito establecido en el considerando precedente. En lo que respecta al segundo requisito; sin embargo, entendiendo que la presunción de buena fe asiste al adquirente a título oneroso siempre que no se pruebe que conocía de la inexactitud del registro, es de advertirse que conforme a las conclusiones arribadas por las instancias de mérito, y de lo resuelto en el proceso de nulidad de acto jurídico y otras pretensiones - Expediente mil novecientos noventa y nueve - cero cero cuatro dos cinco-, se ha probado que los demandantes, en efecto, conocían de la inexactitud del registro, pues de los propios asientos registrales y la secuencia del tracto sucesivo se desprendía con claridad que el derecho de los transferentes - esposos Ferro-Leyva- fue adquirido de persona que no detentaba la propiedad sobre el Lote P- cuatro de la Asociación Pro Vivienda Los Nogales, situación que no podía ser ignorada por un comprador diligente, en aplicación de los principios de Publicidad Registral y de Tracto Sucesivo a que se refieren los artículos dos mil doce y dos mil quince del Código Civil, razón por la cual a los demandantes no les asiste la presunción de la buena fe registral. En cuanto al tercer y cuarto requisitos, los demandantes adquirieron el derecho de propiedad de aquellas personas que aparecían en el registro como titulares del bien inmueble, habiendo inscrito el suyo a continuación, no obstante conocer la inexactitud del registro, cuya ignorancia tampoco han podido sustentar. El quinto y último requisito asimismo no se verifica, porque al tiempo de la inscripción del derecho de los demandantes, éstos conocían que existían circunstancias que afectaban la inscripción del título en el que se sustentaba el derecho de propiedad de sus otorgantes.

**Octavo.-** Que, siendo así, verificándose en los hechos que el acto jurídico de transferencia de dominio suscrito por los esposos Ferro-Leyva conjuntamente con la recurrente y su cónyuge, no reúne los requisitos para ampararse en la buena fe registral -esto es, en la presunción de desconocimiento de la existencia de las razones de nulidad, rescisión y resolución que afectaban al acto jurídico- resulta certera y ajustada a derecho la interpretación del Colegiado Superior, en el sentido que los efectos del artículo dos mil catorce del Código Civil -protección al tercero registral- no alcanzan a quien adquiere un bien registrado a título oneroso y sin buena fe, y en consecuencia no protege a los demandantes en este proceso.

**Noveno.-** Que, no obstante, la recurrente pretende alegar en Sede Casatoria que la inexactitud del registro recién pudo ser advertida al expedirse la sentencia final en el proceso de nulidad de acto jurídico y otras pretensiones, Expediente número mil novecientos noventa y nueve - cero cero cuatro dos cinco, y que por ser dicha sentencia posterior a la inscripción de su título de propiedad, no tiene por qué

afectarlo; sin embargo, el hecho de que los esposos Rupa-Camaza se hubieran visto obligados a recurrir a un prolongado proceso judicial para obtener la nulidad de la Escritura Pública de Donación celebrada entre Carmen Rosa Aguilar Ojeda de De la Torre con los esposos Ferro-Leyva, no quiere decir que la causa que lo afectaba de nulidad no constara desde antes en los Registros Públicos; todo lo contrario, dicha causa que afectaba de nulidad el derecho de los transferentes -esposos Ferro-Leyva- se evidenciaba de la simple revisión del tracto sucesivo del que fluye precisamente la inexactitud del registro siendo que el Órgano Jurisdiccional se ha limitado a constatarlo y declararlo para afectos de que los esposos Rupa-Camaza puedan ejercer los derechos que les correspondían.

**Décimo.-** Que, finalmente, con respecto al hecho de que no existían construcciones sobre el bien sub litis a la fecha de su adquisición por parte de la recurrente y su cónyuge, cabe señalar que tal afirmación resultaría cierta, toda vez que cuando los demandantes hicieron referencia a las construcciones existentes actualmente en el bien sub litis, jamás indicaron que las mismas preexistiesen a la fecha de celebración de la Escritura Pública de Compraventa del veintiuno de julio del año mil novecientos noventa y nueve. No obstante ello, este Supremo Tribunal advierte que la subsanación del vicio en la motivación de este extremo de la sentencia de vista no modificará sustancialmente el sentido de lo resuelto, toda vez que el conocimiento sobre la inexactitud del registro por parte de los demandantes es lo que determina que éstos no puedan invocar el Principio de Fe Registral a su favor y, como consecuencia de ello, que no puedan ser declarados con derecho preferente a la transferencia de dominio celebrada a favor de los demandados. Por tanto, debe procederse en aplicación del Principio de Subsanación previsto en el cuarto párrafo del artículo ciento setenta y dos del Código Civil, según el cual no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal; razón por la cual este extremo del recurso tampoco merece ser amparado.

**Décimo Primero.-** Que, por las razones expuestas, al no configurarse la causal de infracción normativa prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete de la citada norma procesal; declararon:

**INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Teresa Ferro de Castillo mediante escrito obrante a fojas ochocientos setenta y tres del expediente principal; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas ochocientos cincuenta y cuatro del mismo expedientes, de fecha cinco de julio del dos mil diez; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Porfirio Castillo Olerte y otra contra Julio César Gamboa Maldonado y otra, sobre Mejor Derecho de Propiedad y otro; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.-