

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZAN

ESCUELA DE POST GRADO



LA NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL LIBRO DE DERECHOS REALES DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO EL “MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

TESISTA:

Mg. Hamilton ESTACIO FLORES

ASESOR:

Dr. Lorenzo PASQUEL LOARTE

HUÁNUCO – PERÚ

2015

Dedicatoria

Con amor,

A mi familia.

A mis hijos Juan Diego y Daniel L. Marcelino.

Mi alegría y razón de vida.

*A mi esposa Liliam con quien comparto el ideal de hacer de
nuestros hijos ciudadanos de bien.*

*A mis padres Marcelino e Yraida por enseñarme que la
educación es la mejor herencia para los hijos.*

Agradecimiento

*Al Dr. Lorenzo Pasquel Loarte,
a Franklin, Santiago Y Wilber,
entrañables amigos
por su colaboración y consejos
en el desarrollo de la presente tesis.*

Índice

• Dedicatoria	ii
• Agradecimiento	iii
• Resumen	iv
• Summary	viii
• Introducción	x
• Índice	xviii

CAPÍTULO I PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	22
1.2. Formulación del problema	30
• Problema general	30
• Problemas específicos	30
1.3. Objetivos general y objetivos específicos	31
• Objetivo general	31
• Objetivo específicos	31
1.4. Hipótesis	32
1.5. Variables	32
1.6. Justificación e Importancia	33
1.7. Viabilidad	35
1.8. Delimitación	35
1.9. Limitaciones	36

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1.	Antecedentes	37
2.2.	Bases teóricas	37
2.2.1.	Derecho patrimonial	37
2.2.2.	Derechos reales	40
2.2.3.	Creación de los derechos reales	58
2.2.4.	Principios que informan los derechos reales	60
2.2.5.	Características generales de los derechos reales	62
2.2.6.	Elementos de los derechos reales	66
2.2.7.	La Seguridad jurídica y el efecto erga omnes	106
2.2.8.	La oponibilidad registral y la publicidad registral	110
2.2.9.	Bases teóricas y positivas de la reivindicación	114
2.2.10.	La reivindicación en la jurisprudencia.	122
2.2.11.	El mejor derecho a la propiedad en la doctrina	125
2.2.12.	La figura de la doble venta	131
2.2.13.	Responsabilidad del acreedor preferido frente al preterido.	148
2.2.14.	Semejanzas y diferencias.	192
2.2.15.	Base positivo nacional o jurisprudencial	200
2.3.	Definiciones términos conceptuales	207
2.4.	Bases epistémicas	218
2.5.	Bases legales	219

CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO

3.1.	Tipo y nivel de investigación	223
3.2.	Diseño y método de investigación	223
3.3.	Población y muestra	224
3.4.	Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.	225

CAPITULO IV RESULTADOS

4.1	Resultados de trabajo de campo y aplicación estadística	228
4.2	Contrastación de hipótesis	244

CAPITULO V DISCUSION DE RESULTADOS

5.1	Contrastación de los resultados de trabajo de campo con los referentes bibliográficos	246
5.2	Presentación del aporte científico	251
•	CONCLUSIONES	253
•	SUGERENCIAS	256
•	BIBLIOGRAFÍA	258
•	ANEXOS	263

Resumen

Nuestra investigación sobre la necesidad de incorporar en el libro de derechos reales del código civil peruano el mejor derecho a la propiedad, absuelve desde el ámbito *ius privatistico*: ¿Por qué es necesario incorporarlo? y específicamente ¿Cuál es el conceptual, características, similitudes y diferencias entre reivindicación y mejor derecho a la propiedad? ¿La regulación del mejor derecho a la propiedad soluciona la doble venta? con el objetivo de incorporar legalmente, estableciendo la génesis de la doble venta, su solución legal y la propuesta de cambio del consensualístico por el sistema registral constitutivo no convalidante o causal, por adecuarse a nuestra realidad que permite al Estado cumplir el encargo constitucional de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ellas al existir la necesidad de incluir en el libro de derechos reales del código civil vigente el mejor derecho a la propiedad, se justificación porque permite a los propietarios, jueces, abogados a ejercer sus derechos a cabalidad y en caso de litigio a seguir el procedimiento correcto teniendo en cuenta su índice de procesos judiciales con mejora sustancial de la administración de justicia porque no es suficiente sentirse propietario, sino; ser realmente propietario, al oponer su derecho a otro, amparado en legalidad y legitimidad; así el Estado cumple con garantizar la inviolabilidad de la propiedad. Permite un estudio amplio de las características y atributos de la propiedad porque el mejor derecho a la propiedad no ha sido estudiado en el Perú, sin embargo de vasto trajín jurisdiccional.

Es viable porque está previsto la reforma del código civil, así hay opinión favorable de teóricos que la sustentan. La metodología y diseño empleado dieron los resultados que discutidos los mismos dieron lugar a las siguientes

conclusiones: 1) Establece dos modos de adquirir la propiedad: i) mediante el simple consenso o contrato entre las partes (art. 949) y ii) por medio del registro cuando hay que oponerlos a terceros, (art. 1135). 2) El actual sistema no permite un seguro tráfico inmobiliario, sino únicamente mayor frecuencia impregnada de inseguridad jurídica. 3) Lo más adecuada a nuestra realidad es la aplicación del sistema registral constitutivo no convalidante por ser seguro. 3) En tanto subsista el consensualismo existe la necesidad de incorporar el mejor derecho a la propiedad para combatir la doble venta. 4) Los registros públicos han evolucionado y cuenta con: i) infraestructura moderna e interconectada virtualmente, ii) costos bajos; iii) avanzado sistema catastral registral que neutraliza a los timadores. 5) Las consecuencias del consensualismo son la desconfianza, incertidumbre y el concurso de acreedores urgidos de justicia legal. Existe una relación directa entre la transferencia de la propiedad inmueble y la seguridad jurídica registral, la que se evidencia a través del coeficiente de correlación de Pearson, que tiene un valor de 0,738 y 0,685, en los instrumentos aplicados a los jueces y fiscales del distrito de judicial de Huánuco, respectivamente que indica que existe una correlación significativa entre las variables en estudio. Que la propiedad, sus atributos y caracteres han cambiado en el tiempo tanto como el propio ser humano, se nutre de la dignidad y de la historia, por su nexos con la vida, la libertad, cuyo respeto social y del Estado, no ocurre de pronto, ni de manera graciosa sino es el resultado dialéctico en el tiempo y en el espacio descubriéndolo, positivándolo para que nos permite asegurar las condiciones de una existencia y coexistencia cabalmente humana.

Summary

Our research on the need to include in the book of real rights of the Peruvian civil code the better right to property, absolves from ius privatistico field: Why is it necessary to incorporate? What specifically is the conceptual, characteristics, similarities and differences between claim and better property rights? Is the regulation of property rights best solves the double sale? in order to legally incorporate, establishing the origin of the double sale, the legal solution and the proposed change of consensualístico by not establishing causal convalidante or registration system, adapted to our reality that allows the state to fulfill the constitutional order of protection private property and legitimate actions of them to be a need to include in the book of real rights of the Civil Code the better right to property is justified because it allows owners, judges, lawyers to exercise their rights fully and in case of dispute to follow the correct procedure given its index of lawsuits with substantial improvement in the administration of justice because it is not enough to feel owner but; really be the owner, the right to oppose another, protected by legality and legitimacy; and ensure the state meets the inviolability of property.

It allows a comprehensive study of the characteristics and attributes of the property because the best right to property has not been studied in Peru, however far-court grind.

It is viable because the reform of the civil code is planned and no favorable opinion of theorists that support it. Design methodology and employee gave the results discussed them at the following conclusions resulted: 1) Establishes two ways of acquiring property: i) simply by consensus or agreement between the parties (Article 949) and ii) through. registry when to oppose them to third parties (art.

1135). 2) The current system does not allow a secure property transactions, but only impregnated frequency greater legal uncertainty. 3) The most suitable to our reality is the application of establishing convalidante no registration system to be safe. 3) While the consensualism there subsists the need to incorporate the best property rights to combat double sale. 4) Public records have evolved and has: i) modern and interconnected virtually ii) lower infrastructure costs; iii) advanced cadastral registration system that neutralizes the scammers. 5) The consequences of consent are distrust, uncertainty and urged the bankruptcy of legal justice.

There is a direct relationship between the transfer of real property registration and legal certainty, which is evidenced through the Pearson correlation coefficient, which has a value of 0.738 and 0.685, the instruments applied to judges and district attorneys Huanuco judicial respectively indicating that there is a significant correlation between the variables under study. That property, their attributes and characteristics have changed over time as much as the man himself, is nourished by the dignity and history, its link with the life, liberty, and the State whose social respect, does not happen soon, or funny way but it is the dialectical result in discovering time and space, allowing us positivándolo to ensure the conditions for a fully human existence and coexistence.

Resumo

Nossa pesquisa sobre a necessidade de incluir no livro de direitos reais do código civil peruano, o melhor direito à propriedade, absolve de campo privatístico ius: Por que é necessário incorporar? O que especificamente é o conceituais, características, semelhanças e diferenças entre pedido e melhores direitos de propriedade? É a regulação dos direitos de propriedade melhores resolve o duplo venda? a fim de incorporar legalmente, que institui a origem do duplo venda, a solução legal ea proposta de alteração da consensualístico por não estabelecer sistema convalidante ou registro causal, adaptado à nossa realidade que permite ao Estado para cumprir a ordem constitucional de proteção propriedade privada e ações legítimas de que eles sejam uma necessidade de incluir no livro de direitos reais do Código Civil o melhor direito à propriedade se justifica, pois permite que os proprietários, juízes, advogados de exercer plenamente os seus direitos e em caso de disputa de seguir o procedimento correto dado o seu índice de ações judiciais com melhoria substancial na administração da justiça, porque não é o suficiente para se sentir proprietário, mas; realmente ser o proprietário, o direito de se opor a outro, protegidos pela legalidade e legitimidade; e assegurar o Estado atende a inviolabilidade da propriedade.

Ele permite que um estudo detalhado das características e atributos da propriedade porque o melhor direito de propriedade não foi estudada no Peru, no entanto-court longe moagem.

É viável porque a reforma do código civil é planejada e sem parecer favorável de teóricos que o apóiam. Metodologia de projeto e funcionário deu os resultados discutidos-los às seguintes conclusões resultaram: 1) estabelece duas formas de aquisição de propriedade: i) simplesmente por consenso ou acordo entre as

partes (artigo 949) e ii) através de. Registro quando se opor-los a terceiros (art. 1.135). 2) O sistema actual não permite que uma transação de propriedade seguros, mas apenas impregnados freqüência maior insegurança jurídica. 3) O mais adequado à nossa realidade é a aplicação de estabelecer convalidante nenhum sistema de registro para ser seguro. 3) Enquanto o consensualismo subsiste a necessidade de incorporar as melhores direitos de propriedade para combater a dupla venda. 4) Os registros públicos têm evoluído e tem: i) moderno e interligados virtualmente ii) custos de infraestrutura mais baixos; iii) avançou sistema de registo cadastral, que neutraliza os scammers. 5) As consequências de consentimento são desconfiar, incerteza e pediu a falência da justiça legal. Existe uma relação direta entre a transferência do registo predial e da segurança jurídica, o que é evidenciado pelo coeficiente de correlação de Pearson, que tem um valor de 0,738 e 0,685, os instrumentos aplicados a juízes e procuradores distritais Huanuco judicial, respectivamente, indicando que há uma correlação significativa entre as variáveis em estudo. Essa propriedade, seus atributos e características mudaram ao longo do tempo, tanto quanto o próprio homem, é alimentada pela dignidade e história, sua ligação com a vida, a liberdade eo Estado cujo respeito social, não acontece em breve, ou jeito engraçado, mas é o resultado dialético no tempo e no espaço descoberta, permitindo-nos positivándolo para garantir as condições para uma existência plenamente humana e coexistência.

Introducción

La investigación partió de la necesidad de modificar el Código Civil, Libro V Derechos Reales sección tercera, Derechos Reales Principales, sub-capítulo IV, transmisión de la propiedad, artículo 949.- que a la letra dice: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario” y el artículo 1135 que dice.- “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” y como solución efectiva al problema, la incorporación en el Código Civil, “el mejor derecho de propiedad”, tema que pese a no ser de reciente data al haber aparecido en la faz del Derecho Civil, hace ya bastante tiempo, empero; no ha sido trabajado teóricamente, ni legislativamente en la comunidad jurídica peruana y ocurre algo parecido en el Derecho comparado, sin embargo con alto trajinar en los repertorios jurisdiccionales unas veces dentro de la reivindicación y otras opuesta e inconfundiblemente diferente y evidentemente los fallos judiciales también heterogéneo, con descontento social que por su ligazón al tráfico jurídico de la riqueza de suma preocupación para los ciudadanos, propietarios y no propietarios, para el propio Estado y particularmente para los hombres de derecho en la que nos incluimos y decidimos investigar con el propósito de contribuir con nuestro aporte en solucionar la necesidad del servicio legal de justicia y la doctrina, a la legislación.

“La propiedad”, es un poder y como tal puede adoptar muchas formas ya políticas, económicos, bélico, del derecho y la ley etc., y a su vez puede ser

estudiada desde el ángulo histórico, sociológico, económico, antropológico, político, jurídico, etc.

Nosotros nos ocupamos del poder que nace del Derecho y que recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos), cuyos atributos, cualidades, propiedades, o derechos que confiere a su titular son : usar, disfrutar, disponer y “reivindicar o perseguir la cosa”; tal aparece en el artículo 923 de nuestro Código Civil vigente y que conforme al sistema de fuentes encuentro su fundamento en la Constitución, que la reconoce como un derecho fundamental que el Estado garantiza la inviolabilidad; derecho que se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, que presupone de un lado: que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelven de acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho y por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común.

El derecho fundamental de la propiedad desde la óptica ius privatista parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de derecho como el nuestro.

Por ello el derecho a la propiedad debe ser concebido e interpretado no solo a partir del artículo 2° Inciso 8° y 16° de la Constitución vigente sino también a la luz de su artículo 70°, el cual establece que este se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.

Es así que desde una perspectiva constitucional de la propiedad al igual que los demás derechos posee un doble carácter: de *derecho subjetivo* y a su vez de *institución objetiva valorativa*. Es decir; que nuestra constitución reconoce a la

propiedad no solo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones.

La función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ellas se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la nación.

La teoría general de los derechos reales se innova con las transformaciones del instituto de la propiedad, lo cual es posible con la creación de las diversas formas de propiedad, basado en la preeminencia y jerarquía de la propiedad civil esencia del gran sistema científico jurídico real y el normativo.

La constitución del 93, consagra a la propiedad como el fundamento del desarrollo económico-patrimonial del Perú. Concepción que se extiende a las “diversas formas de propiedad” y a la naturaleza múltiple y también a su profundo contenido económico patrimonial como son la propiedad: civil, comercial, industrial, minera, urbana, rural, de marcas, intelectual, agraria, comunal, formal, nativa, etc.

Concepción que a la vez impone que la investigación y la didáctica superior, de la propiedad común corresponden al derecho civil o común y a los derechos especiales las demás propiedades, porque el derecho de propiedad no es solo el regulado por el Código Civil, sino también el regulado por otras leyes especiales y sin olvidar que el sistema jurídico de los derechos reales comprende desde los bienes y las propiedades, como los instrumentos jurídicos de desarrollo económico, social y ambiental, junto a las diversas formas de empresas.

Desde la perspectiva objetiva todo patrimonio está fundamentado y orientado por el binomio bienes-propiedades, cuyo común denominador en su operatividad o

que hacer diario es el bienestar de la persona individual o colectiva, en medio de una economía globalizada por lo que es posible acuñar como una verdad axiomática *“que los bienes y las propiedades son la vida misma del ser humano”*.

La trascendencia y complejidad destacada nos condujo a concebir el Derecho Patrimonial actualmente la que está compuesto por los derechos personales, reales, de invención e intelectuales; por lo que podemos señalar que derecho patrimonial es aquella parte del Derecho civil integrada por los derechos reales o IUS IN RE y el derecho de obligaciones o IUS IN PERSONAM, en la que estudia la atribución de los bienes económicos a la persona y las transacciones que son realizadas entre las personas con dichos bienes en cuyo contexto la investigación se ocupa solo de los Derechos Reales, y en el de la propiedad y el mejor derecho a la propiedad, su diferencia y similitudes con la acción reivindicatorias y la necesidad de incluirla mediante disposiciones en el libro de los Derechos Reales del Código Civil dispositivos sobre el mejor derecho a la propiedad junto a la acción reivindicatoria.

Jeremy Bentham, decía: “Antes de las leyes, no existía la propiedad, suprimida las leyes, toda propiedad desaparece” porque para los hombres, las cosas fueron y seguirán siendo un gran nexo con todo cuanto le ofrece la naturales, tal cual o ya transformado en una o múltiples formas, que al ser reguladas por el derecho objetivo real adquieren la categoría de bienes por su utilidad económica, destinados a satisfacer directamente las necesidades individuales y colectivas del ser humano, creando de esta manera una gran gama de relaciones jurídicas entre los hombres.

La exclusividad como carácter de la propiedad sea mueble o inmueble, únicamente puede pertenecer a una y solo a una persona (titular). Si el bien ha sido transferido a dos o más personas, entonces necesariamente tendrá que

dilucidarse en un proceso judicial para determinar quién es el verdadero y único dueño o *verus dominus*; a esta Litis es conocida como mejor derecho a la propiedad, que se produce en el sistema de transferencia adoptado por nuestro ordenamiento jurídico nacional denominado "sistema consensual o espiritual" en el cual resulta suficiente la convención para producir la transferencia o como dice nuestro Código Civil, la sola obligación de transferir un bien inmueble hace propietario al adquirente, sin que sea necesario su inscripción en los Registros Públicos o la Traditio (entrega de mano a mano), en consecuencia permite sucesivas transferencias con un gran número de personas perjudicadas o estafadas.

Proceso de mejor derecho en la que se va dilucidar cuál de los dos o más compradores es el verdadero propietario, hecho que ha dado lugar a una mejor e idónea sustanciación procesal del tema.

Ello no impide, empero que sea uno de los procesos reales que más se presentan en el ámbito procesal. No tenemos datos recientes, pero mencionaremos unas cifras dadas por el Centro de Investigación Judiciales, tomando en cuenta los recursos de casación presentados en la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema durante el año 2003. Podemos señalar que de un total de 1,223 casos 560 (45.79%) se referían a Obligaciones; 331 (27.06%) casos a derechos reales; 158 (12.92%) a Acto Jurídico; 90 (7.36%) a familia etc.

Esto quiere decir en términos porcentuales, los procesos sobre sobre derechos reales son los segundos que más se emplean. Ahora bien, de ése total 1,223 específicamente en cuanto a procesos reales, 94 casos versan sobre tercería de propiedad, 16 sobre mejor derecho a la propiedad, 14 sobre prescripción adquisitiva de dominio y 8 sobre interdicto de recobrar, sin contar los procesos de ejecución de garantía (193).

De suerte pues que los procesos de carácter real que más se encauza son los de tercería propiedad y luego los de mejor derecho de propiedad ello nos sirve de fundamento para afirmar que debe modificarse el artículo 949 del Código Civil y los que están en conexión con él como son los artículos 1135° 2022, concluyendo de esta manera que “el mejor derecho de propiedad” es uno de los procesos reales que más se presentan en la práctica y por ende se justifica su regulación expresa en el Código Civil y estudio dentro de la doctrina de los Derechos Reales.

Es así que en cumplimiento de las exigencias de la comunicabilidad que debe contener toda investigación científica, presentamos a continuación el informe final de la investigación realizada, esperando que sobre la temática abordada se puedan continuar mayores investigaciones, en pos de la innovación teórica y legislativa para de esta manera desarrollen nuevas tendencias que puedan coadyuvar al mejor desarrollo de los Derechos de propiedad y de los Derechos Reales en el Perú.

El Capítulo I: Problema de investigación, donde identificamos el problema que se convierte en un objeto de reflexión sobre el cual se percibe la necesidad de investigar y planteamos los objetivos respectivos, las hipótesis, las variables, así como la justificación e importancia de la investigación.

El Capítulo II: Marco teórico, embarcamos la investigación a conocimientos existentes de antecedentes y las bases teóricas y asumimos una posición frente a ello.

El Capítulo III: Marco metodológico, los centramos en las metodologías utilizadas para el desarrollo de la investigación, la población y muestra utilizadas así como las técnicas de investigación.

El Capítulo IV: Resultados, mostramos los resultados más relevantes de la investigación, con aplicación de la estadística como instrumento de medida.

El Capítulo V: Discusión de resultados, mostramos la contrastación del trabajo de campo con los referentes bibliográficos, la prueba de la hipótesis y el aporte de esta investigación.

En las conclusiones y recomendaciones, realizamos un compendio en relación a la investigación.

El autor

CAPÍTULO I EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema.

Se eligió el presente tema, en el campo del Derecho Civil, debido a que en el contexto nacional y muy particularmente en Huánuco, se percibe una insatisfacción en la prestación del servicio de justicia legal por el Estado y la carencia de efectividad en los procesos judiciales referidos a la propiedad inmueble, sobre todo los vinculados a la compraventa múltiple de inmuebles que da lugar a los procesos judiciales de mejor derecho de propiedad, supuesto éste que no está previsto en el Código Civil, ni en el Código Procesal Civil pese a su importancia y su alto trámite procesal, poniendo en cuestión la seguridad jurídica, el debido proceso y la tutela procesal efectiva por lo urge su regulación expresa, máxime cuando se trata de la propiedad, sustento del bienestar y desarrollo de la nación peruana, cuya inviolabilidad está garantizado por el Estado.

La propiedad puede ser estudiada desde ángulos diversos ya sean históricos, sociológicos, económicos, antropológicos, políticos, jurídicos, etc. La investigación aborda la perspectiva jurídica y parte de la concepción de propiedad como poder jurídico, diferente a las demás formas de poder como es el de la fuerza, el político, el bélico, etc., el poder al que nos referimos nace del derecho y recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos), que permite a su titular cuatro atributos: el derecho de usar, disfrutar, disponer y “reivindicar o perseguir la cosa”; admitida tanto por la doctrina, la ley y la jurisprudencia. Asimismo, se le reconoce cuatro caracteres, como el de ser un derecho real; un derecho absoluto; un derecho exclusivo y un derecho perpetuo. Es

un derecho real porque establece una relación directa entre el titular y el bien, habida cuenta que el propietario ejerce sus atributos sin la mediación de otra persona.¹

1Atributo. (Del lat. attribūtum). m. Cada una de las cualidades o propiedades de un ser. Microsoft Encarta 2009. 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Es un derecho absoluto porque confiere al titular las facultades sobre el bien ya de usar, disfrutar y disponer.

Es exclusiva, mejor dicho excluyente, porque elimina o descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo desde luego que el propietario lo autorice. Tan completo (absoluto) es el derecho de propiedad que no deja lugar a otro derecho. La institución de la copropiedad (propiedad que ejercitan varias personas) no desvirtúa este carácter de la exclusividad porque en la copropiedad el derecho sigue siendo uno. Lo que ocurre es que lo ejercitan varios titulares. Estos constituyen un grupo, que es el titular del derecho y que excluye a cualesquiera otros.²

2La propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos. Es esta la expresión de la llamada "oponibilidad" que caracteriza a todos los derechos reales y, en especial, a la propiedad.

Finalmente, es perpetua porque no se extingue por el solo no uso. El propietario puede dejar de poseer (usar o disfrutar) y esto no acarrea la pérdida del derecho. Para que el propietario pierda su derecho será necesario que otro adquiera por prescripción, como lo establece el artículo 927 de nuestro Código Civil, que en primer término pone de manifiesto la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, con lo cual se declara la perpetuidad del derecho que esa acción cautela; y en segundo lugar dice que la reivindicación no procede contra quien adquirió el bien por prescripción, lo que significa que otro ha adquirido la propiedad.

Este poder jurídico es reconocido y elevado a derecho fundamental por la constitución cuya inviolabilidad está garantizada por el Estado; el ejercicio de este derecho se hace en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, dicho sea de paso la propiedad al igual que los demás derechos posee un doble connotación: el de derecho subjetivo y de institución objetiva valorativa. Es decir; no solo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones.

La función social de la propiedad explica la doble dimensión y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ellas se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la nación.³

3El artículo 70 de la Constitución del 93 marca sustancial diferencia con lo que preceptuaba el artículo 125 de la Constitución de 1979 al suprimir la cusa del interés como causal de la privación del derecho de propiedad; por lo que cambia también el contenido y sentido del artículo 923 del Código Civil del 84 que tuvo como fuente la Constitución del 79 la que resulta fuertemente influenciada por el velasquismo.

La propiedad puede también recaer en una variedad y cantidad ilimitada de bienes ya sea urbana, rural, muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, públicos y privados, etc. puede regularse en diversos “estatutos”, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso debe ser tratado en función a sus elementos que tienen una común configuración.⁴

4ESTATUTO. (Del lat. statūtum). m. Establecimiento, regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo. || 2. Ordenamiento eficaz para obligar; p. ej., un contrato, una disposición testamentaria, etc. || 3. Ley especial básica para el régimen autónomo de una región, dictada por el Estado de que forma parte. || 4. Der. Régimen jurídico al cual están sometidas las

*personas o las cosas, en relación con la nacionalidad o el territorio.
Microsoft® Encarta 2009. 1993-2008 Microsoft Corporation.
Reservados todos los derechos.*

El aludido reconocimiento constitucional a la propiedad como derecho fundamental también conlleva una connotación económica cuya defensa y promoción se constituyen en garantías institucionales para el desarrollo económico. Tan es así que para un pleno desarrollo y ejercicio del derecho de propiedad no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales, es decir; es necesario que el Estado debe crear las garantías que permitan institucionalizar el derecho.

La concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho frente a terceros y tener la oportunidad de producir a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que ellas les son consustanciales.

Es la inscripción del derecho de propiedad de un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

Es evidente que aquellos individuos que cuentan con un título de propiedad registrado poseen una especial ventaja frente a aquellos que no cuentan con la inscripción. Tal ventaja se traduce especialmente en facultades de índole

económica. Los que ostentan un título inscrito cuentan con un derecho de propiedad oponible erga omnes, razón por la cual será más difícil despojarlos injustamente de su propiedad, con el desmedro económico que ello acarrea y tiene mayores posibilidades de convertirse en sujetos de crédito, por mencionar una de las referidas ventajas. Existiendo así, marcadas distancias entre un título registrado y uno que no lo está, y, por ende, entre los que ostentan un derecho de propiedad con las prerrogativas que la constitución aspira y aquellos que no.

Los derechos alcanzan su concreción a partir de su instrumentalización, es así que en materia de propiedad surge “la reivindicación” que viene a ser el ejercicio de la persecutoriedad, que simplemente es la facultad del que goza el titular de todo derecho real, que consiste en perseguir el bien sobre el cual recae su derecho.

El jusvindicandi, es el derecho que permite al propietario recurrir a la justicia reclamando el objeto de su propiedad, evitando la intromisión de un derecho ajeno; para ello el reclamante debe probar ser el propietario del bien cuya titularidad ostentas y que el demandado debe poseer sin tener derecho oponible al demandante tal como fluye de la interpretación correcta del 923 del Código Civil, puesto que el atributo de la reivindicación solo puede ser ejercido por el propietario respecto de un a un poseedor no propietario sin derecho oponible a su parte, siendo la acción de reivindicación imprescriptible de acuerdo al artículo 927 del texto legal referido, es decir: “la acción reivindicatoria” persigue la restitución del bien y la ejerce el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para recuperar su posesión.

La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, porque protege el derecho real más completo y perfecto que el dominio, porque por ella se reclama no solo la propiedad sino también la posesión.

Es así que la reivindicación no es propiamente un atributo de la propiedad, sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real, lo dice el artículo 927 que en primer término resalta la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, con lo cual se declara la perpetuidad del derecho que esa acción cautela; y en segundo lugar señala que la acción de reivindicación no procede contra quien adquirió el bien por prescripción, lo que significa que no hay acción (y por tanto la propiedad ya se ha extinguido) si otro ha adquirido por prescripción.

La imprescriptibilidad se extiende a “la acción de mejor derecho de propiedad”, por cuanto está también se funda en el derecho de dominio de un individuo sobre el bien y por lo mismo, la acción no es prescriptible, porque se iría contra los fundamentos de la exclusividad, inalienabilidad y perpetuidad del derecho de propiedad, sobre todo si no existe otro tipo de derecho en el cual se defina el mejor derecho de propiedad de dos personas respecto a un mismo bien, por lo que en consecuencia, es aplicable a este proceso la regla de imprescriptibilidad.

Es así que en el foro nacional y particularmente en Huánuco, se ha venido incurrido en confusión entre lo que es el mejor derecho de propiedad, llamada también pretensión declarativa de propiedad, o declarativa de dominio y la acción de reivindicación, al no reparar en sus diferencias y semejanzas, máxime cuando el mejor derecho de propiedad se trata de un tema muy poca o nada tratada en nuestro medio, y paradójicamente de uso frecuente en el ámbito jurisdiccional. Cuya individualidad jurídica se

determinó en la presente investigación porque la reivindicación y el mejor derecho son pretensiones reales y tienen por objeto debatir el derecho de propiedad que se acreditan con títulos de propiedad, procesalmente hablando se ventilan en un proceso de cognición y están reservadas para quienes tienen la calidad de propietarios, cuya particularidades han sido materia de investigación para ser incorporados en el Código Civil vigente para poner coto a las decisiones contradictorias por falta de dispositivos legales que la regulen expresamente que han producido en abogados, propietarios, jueces y fiscales conciban y manejen conceptos y criterios singulares y a veces contradictorios, porque vienen de un lado sosteniendo que cuando concurren varios derechos subjetivos, cuyo objeto sea un bien jurídico idéntico (un inmueble), se produce una colisión entre ellos cuando tales derechos pertenecen a varios titulares, éste conflicto de intereses no pueden resolverse en la pretensión reivindicatoria porque esta acción real está prevista para el propietario no poseedor y la dirige contra el poseedor no propietario que no ostentar título alguno que respalde tal posesión, por lo que su prevalencia el uno respecto al otro debe determinarse en otra vía, ya sea por la declaración del mejor derecho de propiedad o alegando las normas de solución de derechos reales, de otro lado, se afirma con la misma vehemencia y convicción que en la reivindicación es procedente determinar el mejor derecho de propiedad, cuando ambas partes aleguen tener título sobre el bien controvertido, y ante un conflicto de derechos reales debe prevalecer aquel que tiene un derecho inscrito registralmente.

Estos criterios encontrados han generado grandes debates jurídicos, inclusive fallos jurisdiccionales contradictorios luego de plazos prolijos con perjuicios económicos en los propietarios, agentes económicos y en propio

Estado encargado de tutelar la connotación económica e institucional de la propiedad. Por otro lado, la exclusividad como carácter de la propiedad, únicamente puede pertenecer a una y sólo a una persona (titular).

Si el bien ha sido transferido a dos o más personas, entonces necesariamente tendrá que dilucidarse en un proceso judicial para determinar quién es el verdadero y único dueño o verus dóninus; este conflicto de interés con relevancia jurídica se le ha denominado mejor derecho de propiedad, también se le denomina pretensión declarativa de propiedad, o declarativa de dominio, que tiene su génesis en el sistema de transferencia adoptado por nuestro ordenamiento jurídico nacional denominado "sistema consensual o espiritual", conforme al cual resulta suficiente la convención para producir la transferencia del inmueble, o como dice el Código Civil, la sola obligación de transferir un bien inmueble hace propietario al adquirente, sin que sea necesario su inscripción en los Registros Públicos o la traditio (entrega de mano a mano), en consecuencia ha venido permitiendo sucesivas transferencias con un vasto número de personas perjudicadas o estafadas.

En el mejor derecho de propiedad se viene dilucidando cuál de los dos o más compradores es el verdadero propietario, hecho que ha dado lugar a una sustanciación procesal sin regulación expresa en el derecho escrito civil y procesal, inclusive en el proyecto de reforma del Código Civil del año 2006 no se ha incluido, problema que dio lugar a la presente investigación.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

- ¿Por qué es necesario incorporar en el Libro de Derechos Reales del

Código Civil peruano el mejor derecho de propiedad?

1.2.2. Problema específico

- ¿El Código Civil regula expresamente el mejor derecho de propiedad?
- ¿La incorporación del mejor derecho de propiedad en el Código Civil mejoraría el ejercicio de la propiedad?
- ¿El sistema consensual de la adquisición de la propiedad de inmuebles influye en el tráfico inmobiliario?

1.3. Objetivo general y objetivos específicos

1.3.1. Objetivo general

- Analizar por qué incorporar en el Libro de derechos reales del Código Civil el mejor derecho a la propiedad.

1.3.2. Objetivos específicos

- Establecer las bases, el contenido, la relación y diferencias entre la reivindicación y el mejor derecho de propiedad.
- Establecer la causa de la venta múltiple en el tráfico inmobiliario en Huánuco para remediarla jurídicamente.
- Proponer la incorporación expresa del mejor derecho de propiedad en el Código Civil como alternativa de solución a la venta múltiple.

1.4. Hipótesis

1.4.1. Hipótesis general:

- H_i = Existe la necesidad de modificar e incluir en el Libro de derechos reales del Código Civil vigente "El mejor derecho a la propiedad.
- H_o = No Existe la necesidad de incluir en el Libro de derechos reales del Código Civil vigente el mejor derecho a la propiedad

1.5. Variables e indicadores

1.5.1. Variables Independiente:

- El Libro de Derechos Reales del Código civil vigente en el Perú.

1.5.2. Variable Dependiente:

- El mejor derecho a la propiedad

1.5.3. Indicadores:

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
V. I. El Libro de Derechos Reales del Código civil vigente en el Perú	Doctrina	<ul style="list-style-type: none"> • Enseñanzas • Instrucciones • Doctrina jurídica • Ordenamiento Jurídico
	Juez y Magistrados de las partes	<ul style="list-style-type: none"> • Autoridad y potestad • Miembros de sala de audiencia • Actividad y función de las partes • Justicia
	Proceso Civil	<ul style="list-style-type: none"> • Son tratadas como medidas cautelares genéricas. • Son tratadas como medidas cautelares innovativas. • Son concedidas regularmente de acuerdo con su naturaleza y finalidad prevista en el CPC.
V. D. El mejor derecho a la propiedad	Decisión Jurisdiccional	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución judicial • Medios impugnatorios • Finalmente los medios impugnatorios • Acto procesal impugnado
	Conocimiento de las medidas impugnatorias en el	<ul style="list-style-type: none"> • Conocimiento suficiente y adecuado. • Conocimiento incipiente. • Son confundidas frecuentemente con

	ámbito	otras medidas cautelares.
--	--------	---------------------------

1.6. Justificación e Importancia

La investigación se encuentra justificada en términos prácticos necesarios y teóricos porque ayuda a los propietarios, abogados, y jueces, a resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica surgido como consecuencia de la transferencia de un mismo inmueble a varias personas, hecho no prohibido por la ley, máxime cuando hemos adoptado el sistema consensual para transmitir la propiedad y al resultar varios acreedores o propietarios adquirentes judicialmente hay que dilucidar quién es el dominus verus o propietario verdadero.

En este supuesto existen varios caminos a seguir por los justiciables que en mayor de los casos sin éxito al haber optado por pretensiones incorrectas y la investigación va permitir a todos ellos que acción le corresponde seguir ya para recobrar la posesión del que la tiene sin derecho oponible a éste (propietario), y cuando dos o más personas aleguen derechos de propiedad respecto de un mismo bien inmueble a fin de determinar quién tiene el mejor derecho, conflictos de intereses con relevancia jurídica que ocurren y se promueven debido al alto tráfico jurídico de bienes inmuebles en nuestro tiempo.

También la investigación nos permite establecer doctrinariamente las diferencias entre la reivindicación y el mejor derecho de propiedad, sus similitudes y diferencias para un correcto uso tanto por los justiciables y operadores de justicia mejorando significativamente la administración de justicia.

Es de suma trascendencia social, porque permitirá al Estado tutelar la propiedad privada como derecho fundamental y como institución económica y social trascendental para la realización del ser humano y de la sociedad peruana en su conjunto y en todos los casos donde existan litigio derivada de la doble venta de un mismo inmueble permitirá con normas jurídicas expresas decidir en justicia al propietario verdadero, innovando así el cuerpo legal de gran trascendencia para los ciudadanos y para el ordenamiento jurídico como es el Código Civil.

Con la presente investigación se benefician los ciudadanos propietarios y no propietarios, ya sean personas naturales o jurídicas, al asegurar normativamente la propiedad y su efectivo ejercicio, cuya seguridad jurídica permitirá una mejora en la economía y en las relaciones intersociales.

La investigación permitió resolver las contradicciones y confusiones conceptuales y prácticas que existían en los propietarios, abogados, jueces y estudiosos de los Derechos Reales ante la ausencia de conceptos jurídicos expresos sobre reivindicación y mejor derecho de propiedad, su basamento y sirve de exposición de motivos para incorporar al libro de Derechos Reales disposiciones expresas.

Inclusive sus alcances alcanza a la teoría ius privatista, porque puede iniciar un estudio de mayor amplitud sobre los sustentos teóricos del derecho del propietario en defensa de la cosa de su propiedad.

Con la investigación se contribuye no solo a impulsar nuevas investigaciones sobre el mejor derecho a la propiedad como atributo del propietario.

1.7. Viabilidad

Es procedente por cuanto está previsto la reforma del Código Civil y cuenta con opinión favorable de los diversos autores nacionales de perfeccionar el cuerpo legal aludido, más aún cuando a la fecha han transcurrido tres décadas desde que entrara en vigencia por lo que hay que renovarla acorde a los nuevos fenómenos jurídicos que se pretende regular y resolver.

1.8. Delimitación

En esta investigación reconocemos los siguientes toques operativos con el exterior:

- Los resultados no van a ser generalizados.
- Se limita a un solo aspecto de beneficio que adquieren los propietarios.
- Se limita solo a un aspecto de la propiedad.
- El tiempo dedicado por los investigadores es parcial; por sus tareas laborales y estudios.

1.9. Limitaciones:

En esta investigación reconocemos los siguientes toques operativos de las limitaciones originadas según la investigación:

a) Teórica.

Durante el proceso de investigación, se utilizarán teorías de análisis jurídico, que expliquen la necesidad de incorporar en el libro de derechos reales del código civil peruano el “mejor derecho a la propiedad.

b) Temporal.

El estudio de tipo básica, para poder describir y explicar los diversos problemas que afrontan la necesidad de incorporar en el libro de derechos reales del código civil peruano el “mejor derecho a la propiedad.

c) Práctica

La compleja modalidad de vulnerabilidad de la compraventa de inmuebles y consecuente problemática judicial sin regulación expresa sustantiva e instrumental en el ordenamiento jurídico vigente.

d) Social

El grupo poblacional vulnerable creciente, insatisfecho, desconfiado y la problemática judicial poco o nada predecible.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

No se ha encontrado registrado en la Biblioteca de la UNHEVAL y UDH antecedentes de nuestra investigación jurídica a nivel de tesis en el ámbito local, por medio del internet se buscó el registro de trabajos anteriores en las universidades nacionales y con el mismo resultado en el plano supranacional, tanto en el plano de pregrado y postgrado.

2.2. Bases teóricas

La ciencia del Derecho tiene fuentes propias de orden material y formal, correspondiendo en la primera al propio ser humano individual y colectivo, mientras que en el segundo a la ley, la costumbre jurídica, la jurisprudencia y la doctrina. En atención al discurso de la segunda fuente del derecho en general procedimos a desarrollar las bases teóricas de la investigación:

2.2.1. Derecho patrimonial

La teoría general de los derechos reales se va renovando progresivamente a partir de las transformaciones del instituto de la propiedad, creación y surgimiento de las diversas formas de propiedades especiales, y que tiene lugar sobre la base de la preeminente jerarquía que ostenta la propiedad general o civil esencia del gran sistema científico ius real y el normativo.

La propiedad en el presente siglo se comporta como derecho fundamental y como institución económica trascendental para el bienestar individual y social, tal consagración se localiza en el inciso 16º del Artículo 2º, en los Artículos 60º y 70º de la Constitución vigente, que lo considera fundamento del desarrollo económico del país,

encumbrándolo a la cima de la pirámide del desarrollo económico-patrimonial del Perú.

Concepción que se extiende a las naturaleza múltiple, a las “diversas formas de propiedad” como son la propiedad: civil, comercial, industrial, minera, urbana, rural, de marcas, intelectual, agraria, comunal, formal, nativa, etc. y a su profundo contenido económico patrimonial.

Concepción que impone que el estudio, la investigación y la didáctica superior de la propiedad general o común corresponden al Derecho Civil y los derechos especiales a las demás propiedades.

Aquí es donde el especialista tiene que observar la universalidad del conocimiento de los derechos reales, al tratar la propiedad civil y la totalidad de las propiedades especiales; porque derecho de propiedad no es solo el regulado por el Código Civil, sino además lo regulado por otras leyes especiales teniendo presente que el sistema jurídico de los derechos reales concibe a los bienes y las propiedades, como los instrumentos jurídicos de desarrollo económico, social y ambiental, junto a las diversas formas de empresas.

Desde la perspectiva objetiva todo patrimonio está fundamentado y orientado por el binomio bienes-propiedades, cuyo común denominador en su operatividad o que hacer diario es el bienestar de la persona individual o colectiva, en medio de una economía globalizada por lo que es posible acuñar como una verdad axiomática “que los bienes y las propiedades son la vida misma del ser humano”.

El Derecho Patrimonial está básicamente integrado por los derechos personales, reales, de invención e intelectuales; por lo que podemos señalar que derecho patrimonial es aquella parte del Derecho civil

integrada por los derechos reales o *ius in re*⁵ y el derecho de obligaciones o *ius in personam*⁶. Los que construyen jurídicamente el derecho civil patrimonial, o como enseña Díez-Picazo, Luis, que el derecho patrimonial estudia la atribución de los bienes económicos a la persona y las transacciones que son realizadas entre las personas con dichos bienes por lo que es aquella parte del derecho civil que se dedica al estudio pormenorizado de cada uno de los elementos del patrimonio, es decir, de cada una de las relaciones jurídicas que lo componen o que abstractamente consideradas lo pueden componer;

5Entendido como aquello que atribuye a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que dentro de los márgenes de la ley pueden ser más amplios o menos amplios

6Comprendida como aquella que nace de una relación inmediata entre dos personas en virtud de la cual una -deudora- está en la necesidad de cumplir una determinada prestación -dar, hacer o no hacer- a favor de otra -acreedora- que por su parte está facultada para exigir tal cumplimiento

tanto el llamado derecho de obligaciones como el derecho de bienes, no son compartimientos estancos en la disciplina normativa de la vida económica, tampoco sectores independientes, sino porciones o partes de una unidad, que es el Derecho Civil Patrimonial, de cuyo contexto para las preces de la investigación nos ocupamos solo de los derechos reales y en él, de la propiedad y en ésta la diferencia y similitudes de la acción reivindicatoria y el mejor derecho de propiedad y la necesidad de incluir en el libro de los Derechos Reales del Código Civil, dispositivos que regulen expresamente éste el Mejor Derecho de propiedad junto a la Acción reivindicatoria.

2.2.2. Derechos Reales

Precisado la ruta temática ingresamos a la evolución de los derechos reales que está íntimamente vinculado a la propia naturaleza humana y a su historia, la que nos recuerda que todo lo que le es útil o necesario al ser humano para su supervivencia está indisolublemente vinculada al ser humano y a la necesidad de regularla jurídicamente en todos los lugares y en todos los tiempos de la mejor manera y ello a su vez explica su múltiple transformación en el tiempo.

Sin cuya presencia no se hubiera alcanzado a desarrollar en el mundo civilizado actual, el concepto de pertenencia de un bien (propiedad) o la significación real del concepto de utilidad – fines sociales y económicos de los bienes - , los cuales son realidad jurídica gracias a los Derechos Reales, que en modo directo contribuye con el hombre a llevar una vida civilizada junto a los bienes que nos brinda la naturaleza o los creados por él, por ello Bentham⁷ decía: “Antes de las leyes, no existía la propiedad, suprimida las leyes, toda propiedad desaparece”.⁷

⁷Jeremy Bentham (n. 15 de febrero de 1748 en Houndsditch — Londres el 6 de junio de 1832) fue un pensador inglés, padre del utilitarismo. Fue reconocido como niño prodigio por su padre al encontrarlo en su escritorio leyendo varios volúmenes de la Historia de Inglaterra. A los tres años leía tratados, tocaba el violín a los cinco, estudiaba latín y francés. Hijo de una familia acomodada, estudió primero en Westminster School y a los doce años ingresó en la Universidad de Oxford y empezó a ejercer como abogado a los diecinueve años. Pero enseguida se mostró crítico con la educación de su época y con la práctica jurídica, dedicándose por completo a tareas intelectuales. Dotado de una fuerte personalidad, a lo largo de su vida escribió largos manuscritos donde proponía ambiciosas ideas de reformas sociales. Desde 1814 convirtió su casa en centro de intercambio intelectual y foco de un activo movimiento utilitarista. Entre sus amigos y seguidores más cercanos se encontraba James Mill, el cual quiso hacer de su hijo, John Stuart Mill, el heredero de Bentham al frente del movimiento. Ambos fueron editores de importantes obras de Bentham, quien tenía la costumbre de

escribir mucho, pero dejando la mayor parte de los textos inacabados para que los completaran sus editores. DOCTRINA UTILITARISTA.- Sus trabajos iniciales atacando el sistema legal y judicial inglés le llevaron a la formulación de la doctrina utilitarista, plasmada en su obra principal: Introducción a los principios de moral y legislación (1789). En ella preconizaba que todo acto humano, norma o institución, deben ser juzgados según la utilidad que tienen, esto es, según el placer o el sufrimiento que producen en las personas. A partir de esa simplificación de un criterio tan antiguo como el mundo, proponía formalizar el análisis de las cuestiones políticas, sociales y económicas, sobre la base de medir la utilidad de cada acción o decisión. Así se fundamentaría una nueva ética, basada en el goce de la vida y no en el sacrificio ni el sufrimiento. El objetivo último de lograr «la mayor felicidad para el mayor número» le acercó a corrientes políticas progresistas y democráticas: la Francia republicana surgida de la Revolución le honró con el título de «ciudadano honorario» (1792), si bien Bentham discrepaba profundamente de Rousseau y consideraba absurdo el planteamiento iusnaturalista subyacente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Negaba también la «religión natural», que construía el concepto de Dios por analogía con los soberanos de la tierra, y defendía la «religión revelada». En la teoría del conocimiento, era nominalista.

La extraordinaria trascendencia económica y social de los derechos reales en el mundo actual permite afirmar que “el desarrollo de la sociedad y la evolución de su propia organización jurídica, se realiza principalmente en el campo de los derechos reales”. Para los hombres, las cosas fueron y seguirán siendo un gran nexo con todo cuanto le ofrece la naturales tal cual, o ya transformado en una o múltiples formas, que al ser reguladas por el derecho objetivo real adquieren la categoría de bienes por su contenido de utilidad económica, destinados a satisfacer directamente las necesidades individuales y colectivas del ser humano, creando de esta manera una gran gama de relaciones jurídicas entre los hombres.

Los derechos patrimoniales se objetivan con mayor efectividad sobre los bienes de carácter material, es decir; estamos hablando de la relaciones

reales, caracterizadas por ser directas e inmediatas entre el sujeto y los bienes objeto de los derechos reales.

El derecho patrimonial, en su conjunto, encuentra en los derechos reales y su positividad el fundamento jurídico para la regulación y seguridad de la propiedad privada. Por consiguiente, la importancia de los derechos reales es también la del derecho privado, porque se funda en la propiedad para erigir su gran construcción.

Sin la propiedad, sería insostenible hablar de derecho civil patrimonial. No olvidemos que las relaciones culturales, políticas, tecnológicas, económicas, comerciales y financieras que el hombre de hoy afronta, se dan por la presencia de una civilización globalizada, basada en bienes, sustancialmente corporales, de los cuales normativamente se ocupan el Derecho Real.

2.2.2.1. Los Derechos Reales concepción y etimología

La doctrina y la legislación, emplean la expresión Derechos Reales para referirse al derecho de cosas o derecho de bienes, sencillamente porque este derecho solo se ocupa o tiene como objeto de estudio los bienes, estrictamente materiales o que adquieran materialidad (ejemplo, el libro de un autor). La pluralidad de la expresión, es por la gama de institutos jurídicos de naturaleza real, que son regulados por la normatividad ius real, por ejemplo la posesión, propiedad, servidumbre, medianería, etc. es así que cuando decimos derechos reales, tenemos la representación mental inmediata de una clasificación jurídica del Derecho Civil patrimonial.

Derechos Reales implica una clasificación jurídica del derecho civil, organizado y sistematizado en un cuerpo denominado Código Civil.

El vocablo “real” deriva del latín *res* que significa cosa, e identifica la rama jurídica del derecho civil bajo la denominación derechos reales o *ius in re*, para expresar que su objeto inmediato son las cosas, y su positividad material en el Código Civil, como la normatividad de carácter general o común. De tal manera que los derechos reales se constituyen en las vigas maestras que sostienen el edificio del derecho privado, bajo los cimientos del derecho de propiedad. En la antigua Roma los derechos reales fueron reconocidos como *iura in re* – derecho de cosas-, y actualmente los Códigos emplean con gran generalidad la expresión Derechos Reales (en contraposición a los derechos personales o de obligaciones).

Los Derechos Reales son derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto los bienes corporales. En lo jurídico el concepto cosa, nos importa como bienes corporales, concepto que armoniza con el empleado por el Código Civil. El término bien implica, de un lado – *in lato* – la *corporalis* y de otra *res incorporalis*, de tal manera que nuestro Código Civil, *stricto sensu*, habla de Derechos Reales en los cuales subyacen los bienes (Libro V).

2.2.2.2. Nomen iuris

La materia objeto de nuestro estudio ha tenido varias denominaciones, tanto en el derecho comparado como en el interno; así tenemos: en el Código Civil de 1852 en su Libro II se le denominó *Derecho de Cosas*, en el Código Civil de 1936, en el Libro IV, la denominación *De los Derechos Reales*. En el Código Civil de 1984, en el Libro V, con mejor redacción denomina *Derechos Reales*.

Las denominaciones de derecho de bienes o derecho de cosas, aparecen como restrictivas al propio contenido de los derechos reales, al expresarse simplemente cosas o bienes, aluden solo a una parte de su contenido y regulación positiva.

La denominación de derechos reales es expresión con equivalencia a derechos patrimoniales con poderes jurídicos sobre bienes a favor de su titular, de manera corporal (*res corporalis*). Por tanto, esta denominación resulta la más idónea y de aceptación uniforme.

Como ya se dijo la palabra “real” se entronca con la latina “*res*”, que en una de sus principales acepciones significa cosa; por consiguiente, la expresión *ius in re* – derecho sobre la cosa está referida al derecho real. En la doctrina como en la legislación ha quedado establecida la denominación “derechos reales” por tener como rasgo esencial, que los distingue de otras disciplinas jurídicas, el recaer de manera directa sobre los bienes muebles e inmuebles de contenido corpóreo, y desde luego por los rasgos típicos instituidos por los derechos de persecución (*ius persequendi*), de preferencia (*ius preferendi*) y de venta (*ius destrahendi*), los cuales potencialmente son conferidos al titular de un derecho real, por ejemplo, en los derechos reales de garantía (anticresis, mobiliaria, hipoteca, etc.).

A manera de corolario sobre el tema señalamos que el origen de la expresión “*derechos reales*”, se toma como el punto inicial del sistema jurídico romano, con la denominación *iura in re* derecho sobre las cosas, con facultades inherentes a los bienes ejercidas por el titular o titulares, con independencia del que mantenía el dominio sobre el bien o los bienes que no obstante las precisiones realizadas en lo

fundamental la categoría de los derechos reales (*iura in re*) y su consideración técnico sistemática, así como los ejes fundamentales de su regulación normativa (excluidos los aspectos hipotecarios), constituyen un legado del Derecho Romano. Pautas en la destaca la consideración del derecho real o *ius in re* como un poder o un señorío inmediato sobre la cosa que en consecuencia su titular puede hacer valer frente a cualquiera de los restantes miembros de la colectividad (*erga omnes*: frente a todos).

2.2.2.3. Naturaleza jurídica de los derechos reales

En la doctrina se esgrimen varias teorías para explicar la naturaleza jurídica de los derechos reales con el objeto de determinar las relaciones jurídicas reales que produce. Así se habla de la teoría clásica o tradicional del derecho real, luego de la teoría personalista de los derechos reales. Lo que se pretende es establecer la naturaleza de las relaciones que producen los derechos reales y también determinar las disimilitudes de la dicotomía derechos reales – derechos personales o de crédito.

2.2.2.4. Teorías sobre los derechos reales

Las teorías determina la naturaleza jurídica de los derechos reales que tienen mayor injerencia en la doctrina, tales como la llamada “Tradicional o Clásica” y la “Personalista”;⁸

8Una teoría es un sistema lógico-deductivo[1] constituido por un conjunto de hipótesis, un campo de aplicación (de lo que trata la teoría, el conjunto de cosas que explica) y algunas reglas que permitan extraer consecuencias de las hipótesis de la teoría. En general las teorías sirven para confeccionar modelos científicos que interpreten un conjunto amplio de observaciones, en función de los axiomas o principios, supuestos y postulados, de la teoría

pero su tratamiento para algunos involucra un estudio más detenido y básicamente con el objeto de la distinción de los derechos personales, como en efecto lo hace Pérez Lasal, José Luis, tomando el llamado dualismo que comprende la teoría personalista y la realista, luego la "Teoría Tripartita", bajo la categoría del *ius ad rem* como intermedia entre el *ius in re* y el *ius in personam*, y por último la "Teoría de Negación" de la existencia de los derechos reales como lo hace los planteamiento de Ginossar.⁹

9En su texto DERECHOS REALES Y DERECHOS DE CRÉDITO, DEPALMA, Buenos aires, 1967, pp. 105-122

En la doctrina, se debaten los planteamientos tradicionales sobre la naturaleza jurídica de los derechos reales, los criterios jurídicos de mucho peso que han sido esgrimidos con el talento de sus propulsores; pero sin estar exento de severas críticas, cuando se argumenta en el sentido de que, "quien estime en considerar al derecho real como relación de sujeto a sujeto indeterminado, equivaldría a una obligación de no hacer, de la que ha de diferenciarse de todos modos, por lo que la obligación de no hacer significa una limitación del derecho del deudor y constituye una carga en su patrimonio, es un derecho en el patrimonio del acreedor. Lo que no sucede en el derecho real, donde la obligación que tiene la sociedad por el derecho del titular, no es una limitación a expreso derecho, ni pesa en el patrimonio de sujeto pasivo". En este entender no solamente los derechos reales estarían vinculados a un derecho pasivo universal o sujeto indeterminado, sino en general se hace extensivo a todos los derechos incluyendo a los obligacionales, toda vez que en el orden jurídico obliga a toda la colectividad, sin distingo

alguno, a tener que respetar (por el carácter general de la ley), el patrimonio de las personas, por ejemplo la libertad, la vida, las relaciones de crédito la posesión, la propiedad, etc.

Dentro de un análisis crítico-reflexivo, la teoría tradicional o clásica que preconiza la existencia de relaciones jurídicas entre las personas y los bienes (sujeto y objeto), nos resulta en los tiempos actuales y frente a las concepciones eco-ambientales de los bienes, una posición muy débil, insostenible, porque se debe tener en cuenta que esa relación de la persona con el bien no es de este en sí mismo, sino un medio de relaciones de funcionalidad socio-económicas del titular, es decir, los bienes de contenido económico regulados por el derecho real no son un fin en sí mismos, sino están fuertemente inscritos en los fines de la sociedad. Las relaciones jurídicas de los derechos reales producen efectos económicos por tanto sociales y ambientales.

La “Teoría del sujeto pasivo universal”, tal como lo presentan algunos ius realistas no es aceptable en atención a la dinamicidad de los conceptos de bienes que en la actualidad nos ofrece la naturaleza y la que nos informa las ciencias eco-ambientales (de carácter holístico). Los bienes han sufrido una reconceptualización jurídica, económica y social en las relaciones con el hombre más allá de las cosas están los bienes.

Las relaciones reales han generado efectos jurídicos que producen los bienes a través del aprovechamiento económico por parte de su titular, quien actualmente ha sufrido grandes limitaciones por los principios de contexto global, como la sustentabilidad y la racionalidad en la explotación y en particular sobre los recursos

naturales (renovable o no renovables) y los creados por el hombre (ejemplo, las edificaciones, que también deben cumplir función eco-ambiental) o los que nos proporcionan beneficios personales, sociales y económicos.

Las relaciones jurídicas creadas por acción directa de la persona sobre los bienes dan lugar jurídicamente al seguimiento de derechos y obligaciones de profundo contenido moral y humano y decimos relaciones jurídicas por que encontramos atributos o facultades (derecho subjetivo) y regulación jurídica (derecho objetivo) en la protección, conservación y explotación económica de esos bienes (como los recursos naturales).

Cuadros encuentra la justificación del derecho real en los dos extremos de la relación: en el contenido económico de ella, que da al titular el aprovechamiento de los bienes y en el contenido jurídico que garantiza ese aprovechamiento frente a los demás, *erga omnes*.¹⁰

10Ferdinand Cuadros Villena.

El Derecho avanza en dirección al mayor uso social de los bienes y los derechos reales constituyen la organización jurídica de las relaciones de propiedad cuando se dan al titular, potestades plenas sobre los valores de uso y de cambio de las cosas o cuando limitan esas facultades al mero uso.

El derecho no está regulando las relaciones del hombre con las cosas, esta ordenando las relaciones sociales con el motivo del aprovechamiento de las cosas. Pretender negar a los bienes sus efectos de utilidad y economicidad frente a las acciones humanas es negarle la funcionalidad social de los bienes; pues sin ella, los

derechos reales podrían llegar a extinguirse. A todo ello se debe agregar la funcionalidad ambiental que deben cumplir los bienes, no olvidemos que el hombre: manipula al servirse de ello y estos responden con sus efectos de utilidad y economicidad en función socio-ambiental. ¿Acaso no se habla de los derechos de los bienes que integran o engloban la naturaleza viva? El hombre actual ha reconceptualizado sus relaciones con los bienes (que en gran parte pertenecen a la naturaleza renovable o no renovable), pues se le exige un código de acciones moral de respeto en sus relaciones con el medio y los bienes que en él se encuentran, dentro de una fuerte interdependencia del hombre y la naturaleza, esta como elemento vital para la propia coexistencia del hombre en sociedad; es decir, en una interacción con los bienes, los cuales producen efectos de utilidad económica de extraordinaria proyección para la colectividad que es originada por la acción del hombre y sus relaciones con la naturaleza, con una visión de bienestar. De los bienes que nos ofrece la naturaleza se derivan casi todos los bienes tal cual nos ofrece, o con una o múltiples transformaciones, y gracias a todo ello vamos aprendiendo a convivir con la naturaleza, en su concepción más amplia, porque somos parte inescindible de ella y si alguien se escinde, es porque ha dejado de tener vida por ello los hombres somos eco-ambientales por genética.

Definir los derechos reales, como ocurre con toda disciplina jurídica material, resulta delicado e inclusive peligroso, así lo advierte el brocardo romano *omnia definitio in ius periculosa est*, en cuanto podría limitar su propio contenido y desarrollo científico; sin embargo,

por razones de método es necesaria, como también así lo comprenden la gran mayoría de los autores, proceder con la definición, o como son definidos los derechos reales en el pensamiento ius real.¹¹

11Un BROCARDO (del latín brocardae) es un veredicto, dicho, axioma legal o máxima jurídica, normalmente escrito en latín, y que expresa concisamente un concepto o regla evidente. Hay

A nuestro entender no existe definición perfecta, sino, crecientemente perfectible, como en toda obra o creación humana, y por la propia relatividad del conocimiento humano. Es así que en el devenir histórico del pensamiento de los cultores ius realistas han dado respuesta a la pregunta ¿Qué es derecho real?, con una gama de definiciones que la doctrina ha elaborado, tales como la que considera que “es el derecho objetivo que atribuye a su titular un poder que entraña el señorío, completo o menos, sobre una cosa de carácter directo y excluyente, protegido frente a todos, sin necesidad de intermediario alguno individualmente obligado, si bien, principalmente en los derechos reales limitados, impone al que cada momento sea dueño de la misma cosa – un *pate a non facere* – posiblemente conectado a un *facere*” o de cómo se fija con claridad y precisión su significación al definirse que, “el derecho real es aquel que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal modo que no se encuentran más que dos elementos a saber: la persona que es sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto”. De esta definición bosquejamos que el derecho real crea una relación real inmediata y directa entre la persona y la cosa o mejor crea una

relación fáctica directa con los bienes, que puede tener consecuencias jurídicas.

Sin embargo, creemos firmemente que la relación directa e inmediata entre el titular del derecho y el bien -objeto de esa relación- no ha cambiado, en el sentido de que, si existe esa relación directa con el bien, es a través de la funcionalidad económico-social y ambiental que produce en su beneficio de su titular y de la colectividad. Si se habla de la relación del hombre con el mundo externo o ya de la comunicación del hombre con el mundo social, no podemos descartar una realidad, en cuanto existen también relaciones con la naturaleza, propiamente con los bienes que esta nos ofrece y que ya no pueden ser tratados como se pensaba en el siglo XIX, en que el hombre podía hacer lo que mejor les plazca con ellos. En este mismo sentido se define cuando se expresa que “derecho real es el poder jurídico que ejerce directa o indirectamente una persona sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial y que es oponible a cualquier otro”.

Recordemos que hoy asistimos a un mundo económico- patrimonial que cada día se va globalizando más, considerándose la naturaleza como un bien jurídico protegido por el derecho objetivo, toda vez que el hombre no puede escindirse de ella, sencillamente porque es parte vital de la misma, es su usuario y beneficiario natural, y como tal ha adquirido una nueva y extraordinaria categoría socio-jurídica y natural, de “ser eco ambiental de tipo genético”

Consecuencia de lo afirmado es que existen relaciones jurídicas que generan derechos y obligaciones, en la construcción de un mundo que busca y ofrece al hombre un nuevo estilo de vida, conviviendo

con la naturaleza y los bienes que nos ofrece genuinamente o con una o múltiples transformaciones. Cada hombre, hablando globalmente, tiene el deber de forjar un código de acción moral frente a los bienes que nos ofrece la naturaleza, porque el mismo es naturaleza pura, y pertenece a ella.

La llamada doctrina moderna con Planiol¹² considera que todo derecho es una relación entre personas, es decir; así como en los derechos personales, la relación se establece entre acreedor y deudor, en los derechos reales existe una relación entre el titular del derecho y todo el mundo, así no habría mayor diferencia entre los derechos de crédito u obligacionales y los derechos reales, toda vez que los derechos reales no serían sino los derechos personales, esto es, la relación se daría entre el titular como sujeto activo y la colectividad en la obligación pasivamente universal.¹²

12MARCEL FERDINAND PLANIOL (Nantes, 23 de septiembre de 1853 - París, 31 de agosto de 1931) fue un abogado francés, profesor de Derecho Civil e Historia del Derecho en la Universidad de Rennes y en la Universidad de París. Con Raymond Saleilles (1855-1912) y François Géný (1861-1959), fue uno de los tres renovadores del Derecho Civil francés en la Belle Époque. Fue el autor del Tratado Elemental de Derecho Civil. Es considerado uno de los juristas más influyentes del Derecho continental contemporáneo

Sería lo mismo decir, que a todo derecho le corresponde una obligación, y tratándose de los derechos reales los demás ajenos (sujeto pasivo universal) estarían para respetarlos.

La cual no es verdad plenamente porque la propia concepción jurídica de las cosas que nos ofrece el mundo exterior o la naturaleza, a la luz del novísimo derecho ambiental y la ecología (derecho eco ambiental), van cambiando no solo el estilo de la vida de los hombres,

sino, las propia concepción de las relaciones jurídicas entre el hombre y los bienes naturales y artificiales.

Luego tenemos la definición propuesta en la doctrina española cuando se explica que el derecho real “es un poder directo e inmediato sobre una cosa que concede a su titular un señorío, bien pleno o bien parcial, sobre aquella, de forma que el ámbito de poder concedido tiene la cosa sometida a su denominación”. Esta concepción nos habla de un poder pleno que no es sino la propiedad o de un poder parcial como son los derechos reales sobre bienes ajenos.

En las palabras de Bonnecase, “el derecho real es una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona” sin embargo no todos los bienes son susceptibles de apropiación, en el concepto semántico del término apropiación.¹³

13JULIÁN BONNECASE presenta su teoría económica como una variante de la escuela clásica, afirmando que hay una separación absoluta no solo desde el punto de vista jurídico sino del económico entre los derechos reales y personales, pues en tanto que el derecho real persigue la apropiación, el aprovechamiento y la regulación de una riqueza propia o ajena, el derecho personal no es otra cosa que la organización jurídica del servicio.

Una de las definiciones de los derechos reales, que insinúa su completitud por su contenido descriptivo y didáctico es la que nos proporciona la doctrina ius real Argentina en cuanto expresa que se trata de “un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata,

que previa publicidad obliga a la sociedad (objeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *iuspersequendi* y al *iuspraeferendi*". En esta se resalta las características de los derechos reales como las de ser absolutos, la patrimonialidad, el contener normas de orden público, los sujetos y el objeto.¹⁴

14GONZALES LINARES, Nerio DERECHO CIVIL PATRIMONIAL – DERECHOS REALES, 2da.Edc. – Actualizada y aumentada, JURISTA EDITORES; Pág. 66 - 69

2.2.2.5. Los Derechos Reales y los derechos objetivo y subjetivo¹⁵

15El derecho subjetivo son las facultades o potestades jurídicas inherentes al hombre por razón de natural. Un derecho subjetivo nace por una norma jurídica, que puede ser una ley o un contrato, a través de un acuerdo de voluntades para que pueda hacerse efectivo este derecho sobre otra persona determinada.

Derecho objetivo es el ordenamiento jurídico dictados por el Estado, es conjunto de normas que regulan los hechos, actos, y situaciones jurídicas de los hombres e impuestas por éste a los sujetos de derecho mediante su poder o *ius imperium*.

A diferencia el derecho subjetivo es el poder o la facultad atribuida a una voluntad o a un interés jurídicamente protegido. El derecho subjetivo y objetivo mantiene gran vinculación de complementariedad, el derecho subjetivo es un interés protegido por el derecho objetivo, por medio de la atribución de un poder (jurídico) o una facultad a una voluntad. Consecuentemente, los derechos objetivo y subjetivo son vinculantes -correlativos- lo que quiere decir, que no existe derecho objetivo que no otorgue o conceda derechos subjetivos, tampoco puede haber derechos subjetivos que no emanen de una norma

jurídica objetiva. Derecho, en el concepto objetivo, no es sino la norma legal que concede a una persona la posibilidad de acatar u observar una conducta orientada imprescindiblemente a una actitud lícita.

En el ámbito de los derechos reales, el derecho subjetivo, está integrado por tres elementos:

- 1) El sujeto o la persona, que es el titular del Derecho Real, es quien tiene la voluntad de comportarse como titular de aquello que el ordenamiento jurídico le atribuye como poder o facultad, sus derechos están protegidos por el derecho objetivo.
- 2) El objeto, que es el bien sobre el cual la persona ejerce su señorío o poder.
- 3) La causa, que es el hecho, causa o negocio jurídico que le da nacimiento.

Sin duda el derecho objetivo presupone la existencia del derecho objetivo (norma jurídica) en cuanto este es garantía para que el poder, contenida en aquel se pueda ejercer de manera efectiva; en este sentido se comenta “que el contenido propio del derecho subjetivo es ante todo, un poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido al sujeto por el ordenamiento jurídico.

El poder se puede manifestar: a) como un señorío sobre un objeto del mundo exterior b) como una pretensión en cuanto al sujeto (sujeto pasivo de una relación jurídica) se comporte de un modo determinado.

Cuando se menciona el poder de la voluntad, como contenido del derecho subjetivo, se quiere aludir a la voluntad potencial, no

necesariamente actual. Esto explica como el derecho subjetivo, aunque sea potestad de querer, puede corresponder también al incapaz de entender o de querer.

El derecho subjetivo debe ser entendido como el poder o la facultad que se atribuye a una voluntad o como el interés jurídicamente protegido se clasifica según diversos criterios tenemos:

- 1) Atendiendo a su posibilidad que a su vez se sub clasifican en absolutos y relativos: siendo el primero los derechos denominados *erga omnes*, lo que quiere decir que la facultad o el poder del titular implica la exigencia de la abstención de todos los demás, porque solo le corresponde o pertenece al titular. Entre estos derechos subjetivos absolutos tenemos los derechos de la personalidad, de la familia, intelectuales y desde luego los derechos subjetivos reales y el segundo son derechos relativos subjetivos que solo otorgan al titular el poder de exigir un determinado comportamiento a personas determinadas, este comportamiento no es de abstención, sino básicamente de acción (de obrar). Entre estos derechos subjetivos relativos están los derechos de obligaciones o de crédito.
- 2) Atendiendo al carácter económico o no económico de su contenido: Que también se sub- clasifican en patrimoniales y sub extrapatrimoniales, según sean apreciados en dinero o no. Dentro de los derechos subjetivo -patrimoniales están los derechos reales, los de obligaciones, los de familia (régimen patrimonial), los contractuales (negocios jurídicos patrimoniales), los de sucesiones (patrimonio hereditario), los de naturaleza agraria (posesión,

propiedad, contratos, empresas, créditos agrarios, etc.). Entre los derechos subjetivos extra-patrimoniales tenemos los derechos de la personalidad, los derechos de familia, etc.

- 3) Por su objetivo inmediato: Esta clasificación está alejado de la visión de lo patrimonial y lo extra-patrimonial; así se dice que los derechos civiles se dividen en derechos personales, en las relaciones de familia y derechos personales en las relaciones sociales.

Algunos han llegado a la clasificación de los derechos reales como lo hace Freitas, comprendiendo a todos los derechos civiles en derechos reales y derechos personales, teniendo en cuenta su objeto inmediato, cosas en los derechos reales y personas en los derechos personales.¹⁶

16NERIO GONZALES LINARES, Ob. Cit., Pág. 70 - 72

2.2.3. Creación de los derechos reales

En nuestro sistema jurídico la creación de los Derechos Reales es únicamente por ley por lo que corresponde al sistema de *numerus clausus* y de ninguna manera al sistema *numerus apertus*: En el primer sistema de número cerrado o limitativo fue tratado por el derecho romano limitando el surgimiento de los derechos reales solo a la ley por lo que es su única fuente; podemos entonces, advertir rápidamente la incidencia del orden público en la creación de los derechos reales.

En nosotros como antecedente inmediato del referido sistema lo encontramos en el artículo 852º del Código Civil de 1936, y en el vigente Código Civil que prescribe “son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes”. 17

17Artículo 881º CC-84,

Dicho sea de paso no se mejoró la redacción anterior, y asimismo el artículo precitado es imperativa y de orden público y que la autonomía de la voluntad de las personas no existe en la creación de los derechos reales.¹⁸

Este sistema en el derecho comparado es la que ha tenido mayor acogida así tenemos el argentino, en el artículo 2502º, en este mismo sentido se tiene el comentario de CastánTobeñas, y Arean, que es el más adecuado conforme a los intereses de los terceros. ¹⁹

18“los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

19JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (Zaragoza, 11 de julio de 1889 - Madrid, 10 de junio de 1969), fue un jurista español, especialmente destacado por sus trabajos sobre el Derecho Civil. Procurador en las Cortes Españolas durante las nueve primeras legislaturas del período franquista.

En el que el sistema consiste en que la ley establece en forma taxativa y en número limitado los derechos reales a los que los particulares pueden dar nacimiento. Se trata de reales típicos o nominados por la ley, la que fija el contenido de cada uno de los derechos reales. En suma, podemos reiterar que este sistema, en la creación de los derechos reales, básicamente para dotar de tipicidad y nominación a los derechos reales.

Sobre la valoración del numerus clausus, expresa Alterini, siguiendo a Vélez Sarsfield – y refiriéndose al mismo – que, este jurista puso énfasis en la importancia política, económica y social de los derechos reales que explica la dominante incidencia de la noción de orden público y de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares.

Sin duda la relevancia jurídica de los derechos reales creados por ley, está en la seguridad que otorga a las personas de sus titulares.

El sistema cerrado de creación de los derechos reales, no es atentatorio a la autonomía de la voluntad individual, sino, todo lo contrario, es asegurador de la autonomía sistémica que debe existir entre el interés individual y social.

En el sistemas *numerus apertus*, abierto, o sistema de lista libre, que la doctrina *ius real* habla en oposición al anterior, la tipicidad o la innominación en la creación de los derechos reales tiene el inconveniente de encontrar tantos derechos reales como tantas voluntades de las personas pudieran dar lugar a su constitución mediante los negocios jurídicos patrimoniales; y como consecuencia se daría origen a un indiscriminado nacimiento derechos reales atípicos o innominados por lo que esta situación de libertad no se adaptaría a nuestra realidad socio-económica, o como decía Vélez Sarsfield, la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes de una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y pueden perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades.

En el derecho comparado encontramos que este sistema tiene aplicabilidad en Italia y Francia, en este último, al guardarse silencio sobre la limitación legal del nacimiento de derechos reales, se hace permisible el *numerus apertus* (artículo 543^o del Code) y solo es enunciativo. Al respecto, Planiol y Ripert expresaban que “es preciso respetar la libertad de contratación con tal que esta no vaya contra una disposición de orden público, lo que sucedería, por ejemplo, si se quisieran resucitar algunos derechos feudales”. Este sistema, sencillamente no se adapta a nuestra realidad

social, económica y cultural. Querer ser dueños para crear derechos reales solo produciría desorden en nuestra compleja vida jurídica nacional.²⁰

20NERIO GONZALES LINARES, Ob. Cit., Pág., 73- 76.

2.2.4. Principios que informan los derechos reales

Encontramos los principios que orientan la operatividad de los derechos reales, en nuestro Código Civil en la Sección Primera del Libro V, Derechos Reales, y entre otros son:

- 1) El principio de legalidad (*ex lege*) en el artículo 881º, constituyendo la fuente legal de los derechos reales que sustenta el sistema *numerus clausus* adoptado.
- 2) El principio de libertad de enajenación de los bienes, toda vez que “no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.²¹

21 artículo 882º CC.-84

Entendiéndose por enajenar como señala el diccionario de la lengua española, “transmitir a otro el dominio de una cosa o algún otro derecho sobre ella”.

La ratio de esta norma en esencia es proteger la libertad del titular en ejercicio del poder jurídico de disposición que le confiere el ordenamiento jurídico.

Todo propietario está facultado para disponer con plena libertad el bien de su legítima y exclusiva propiedad. Lo que trata de proteger la ley es garantizar la libertad de poder enajenar, nadie puede obligar al propietario a enajenar o no enajenar, a gravar o no gravar el bien; excepcionalmente por causa de necesidad pública puede el Estado expropiarla previa ley del congreso y pago de justiprecio. La norma señalada es imperativa y de orden público, por ende de imperativo

cumplimiento. La prohibición que contiene va dirigida a la voluntad de las partes quienes no pueden pactar lo contrario. En el fondo se trata de una disposición imperativa y prohibitiva.

- 3) El principio "*nemo plus iuris*" en virtud del cual "nadie puede transmitir un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba", del que se desprende su correlativo, que dice: Nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere.
- 4) El principio de la convalidación de los derechos reales, la que se encuentra establecido en la regla siguiente: si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir, lo adquiere después, se debe entender que transmitió o constituyó un derecho verdadero, como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución²²

22NERIO GONZALES LINARES, Ob. Cit., Pág.77 - 80

2.2.5. Características generales de los derechos reales

Se caracterizan por tener una relación directa e inmediata la persona con el bien, y en esto, *strictu sensu*, consisten los derechos reales. Situación que le confiere al titular un poder directo e inmediato sobre el bien, imponiendo al mismo tiempo a todos –entiéndase a todos los integrantes de la sociedad - un deber de abstención y de respeto frente a ese poder. De esa situación emergen los rasgos propios de los derechos reales, como el de su eficacia frente a todos (*erga omnes*).

Como se tiene anotado los derechos reales integran el grupo de los derechos patrimoniales, es decir, de aquellos que se identifican con el patrimonio de contenido económico (pecuniario), que satisfagan los

intereses del titular. De este grupo forman parte sustancial los derechos personales-patrimoniales o de crédito, así como también los derechos intelectuales, los de contratos, de sucesiones (bienes que integran el patrimonio o la masa hereditaria). Lo que, desde ya, nos permite advertir que existe contraposición de los derechos reales con los derechos de obligaciones o de crédito, y para marcar sus diferencias en el plano jurídico, lo idóneo y metódico es acudir a las características de los derechos reales, que dicho sea de paso, les proporcionen tipicidad inconfundible frente a los derechos de obligaciones y a los de las demás ramas de derecho civil.

Las características de mayor relevancia son:

- 1) El ser un poder jurídico del titular, porque el titular del derecho real tiene inherencia con el bien sobre el que ejerce el poder jurídico; pero esto no significa que siempre haya aprehensión material o física, sino basta la jurídica o formal como ocurre con la propiedad de inmuebles que conlleva ínsitamente, el uso, el disfrute o la disponibilidad del bien. La titularidad es directa.
- 2) El poder jurídico del titular es inmediato o la inmediatez del titular del bien le da la nota típica, en cuanto para ejercitar este poder no se requiere de la intervención o la intermediación o colaboración de sujeto alguno, pero basta la relación o el contacto inmediato sujeto-bien (relación real), o mejor, no es necesaria la cooperación de otro sujeto para el ejercicio de tal poder. La conceptualización de la expresión "titular" es de connotación amplia que no se puede identificar al que ejerce el derecho de propiedad; así, será titular todo aquel que ejerce un derecho real, como por ejemplo, el usufructuario es el titular del

derecho de usufructo, igual ocurrirá con el superficiario, titular del derecho de superficie.

- 3) Es un poder jurídico excluyente: los derechos reales son un poder excluyente de todo otro poder igual o concurrente sobre el bien, por lo que existe la posibilidad de negar a otro el ejercicio y la titularidad del derecho. Si el derecho de propiedad es excluyente, el titular del derecho real tiene el pleno derecho de excluir a terceros del bien sobre el que ejerce algún derecho real, por ejemplo impidiendo que ingresen al bien o pongan objetos en él, cercando el perímetro, levantando muros en resguardo del ingreso de terceros.

La presencia de un derecho real cualquiera, le atribuye a su titular el derecho de exigir a todos los demás – miembros de la sociedad- el respeto al bien sobre el cual ejerce inherencia, es decir, el señorío que imprime en forma directa e inmediata sobre el bien.

- 4) Es un poder jurídico absoluto: porque permite al titular oponerse a todos (erga omnes), sin que sea necesaria la invocación de una causal. De este carácter surge el derecho de perseguir porque si el bien no se halla en sus manos carentes de toda titularidad, de la que colegimos el carácter absoluto de los derechos reales, en razón de que estos son erga omnes y dan cabida al ius persecuendi.

En consecuencia, todo titular de un derecho real, aun cuando este sea limitado, está en la facultad de ejercer todos los poderes que le son inherentes, con independencia de quien sea la persona con la que haya de vincularse inclusive con el mismo propietario - directamente sobre el bien.

- 5) Es un poder protegido por la reivindicación El poder jurídico completo que producen los derechos reales, es solo concedido al titular del derecho de propiedad; así, por ejemplo, frente a quien desconoce esa titularidad sobre un bien determinado surge la presencia de su tutela jurídica (artículos 923º y 979º del Código Civil) con la posibilidad de accionar con la pretensión reivindicatoria, asimismo, el titular del derecho real de propiedad también puede hacer uso de las pretensiones posesorias e interdictales u otras según el caso.
- 6) Otras características: En la doctrina también se le atribuye a los derechos reales otras características no menos importantes que las anteriores, aun cuando algunas se repitan, veamos:
- a) La del poder del titular al bien; el poder del titular se proyecta de manera directa sobre el bien y no se aparta de este aun cuando este en posesión de un tercero (es el poder jurídico del titular sobre el bien).
 - b) La determinación del objeto del derecho real: Los derechos reales funcionan en base a bienes determinados o no indeterminados. Los bienes deben ser inconfundibles, la duda o la confusión de la individualidad del bien, crea dudas en la titularidad del bien.
 - c) Su inmediatez: El poder del ejercicio del derecho real es un carácter de inmediatez (es el poder jurídico del titular sobre el bien). Es mediante la inmediatez del titular con el bien, en cuanto este último debe cumplir funciones económicas y sociales, dando surgimiento a las vinculaciones y relaciones del bien y su titular (relaciones reales),
 - d) Por la oponibilidad y la eficacia del derecho real frente a todos (erga omnes): Este es el carácter propio de los derechos reales, con lo cual

contribuyen con gran eficacia en el cumplimiento de los créditos (por ejemplo: los derechos reales de garantía).

- e) Por el derecho de persecución del bien: el *ius perseguendi* es atributo inherente de los derechos reales de garantía, v., gr., la garantía inmobiliaria, hipoteca, anticresis, etc.).
- f) Por la preferencia del derecho real sobre el derecho personal patrimonial, se trata del *ius perfendi* o de otro atributo inherente a los derechos reales de garantía,
- g) Por la economicidad del contenido de los derechos reales sin duda los bienes como objeto de los derechos reales se involucran como parte del patrimonio del titular, bajo el típico rasgo de tener un valor económico directo e inmediato. “Son derechos patrimoniales los que garantizan al hombre los medios económicos o su existencia y su actividad volitiva”.²³

23NERIO GONZALES LINARES, Ob. Cit., Pág. 82-85.

2.2.6. Elementos de los derechos reales.

En la doctrina se consideran como elementos de los derechos reales el sujeto, el objeto y la causa; para otros, solo el sujeto y el objeto:

1. Sujeto. El hombre al ingresar al mundo del derecho se reviste de juridicidad como persona natural (derecho de personas), y es sujeto de derechos y obligaciones, por ello podemos decir, que el único sujeto de los derechos reales, como de todo el derecho, es el ser humano individual o colectivo. Algunos autores al solo hablar de personas a secas, no lo hacen con precisión jurídica, por cuanto excluyen a los otros sujetos de derecho, como la persona jurídica, el patrimonio autónomo, el *nasciturus*, entonces, es pertinente hablar de sujeto de derecho, por que

comprende la noción jurídica de persona humana en las diferentes expresiones que para el derecho le son útiles a fin de asignarle imputación normativa. Siendo así, todo sujeto de derecho puede ser titular de derechos reales, como la propiedad, copropiedad, posesión, servidumbre, superficie, etc.

Por nuestra parte nos parece inadecuado para el momento actual, hablar del sujeto pasivo universal en la relación jurídico- real, atribuyéndole una abstención o un no hacer a la colectividad, frente a los derechos reales. No cabe duda que el titular del derecho real ejerce su derecho sobre el bien, con prescindencia de la intervención de otro sujeto obligado a quien no se le afecta en nada, esta prescindencia también funciona en los derechos de obligaciones, si la prestación no le afecta.

La persona guarda correspondencia con el bien por el contacto directo e inmediato que mantiene con él, es decir, "en relación jurídica implícita en el derecho real, se da un contacto inmediato, entre la persona y la cosa, si bien dicha intermediación se ha de concebir bajo la garantía y supervisión del Estado (principio que domina el régimen de todos los derechos subjetivos), la cosa queda vinculada a la persona, algo así como obligada a obedecerla, de suerte que – solo en este sentido – puede hablarse de un derecho sobre la cosa y convenir a la misma en uno de los dos polos e la relación jurídica, bien entendido que se trata de una construcción parabólica, pues de todos es sabido que las cosas nunca pueden ser sujetos pasivos ni activos de los derechos. En la relación jurídica- real, se da un contacto inmediato entre la persona y la cosa, o mejor el bien, de modo tal, que ella queda vinculada a la

persona, algo así como obligada a obedecerla. La aludida relación entre la persona y un bien determinado es claramente posible por que este le pertenece, es decir, existe correspondencia entre persona y bien.

2. Objeto. En derechos reales el objeto es un bien de naturaleza corporal o material, en cambio el derecho personal tiene por objeto la conducta de otra persona, los derechos reales tiene por objeto un bien. Si armonizamos la regulación de los bienes bajo esta denominación (bien), la cosa adquiere esta categoría al revestirse la juridicidad por la fuerza de su utilidad y sus beneficios económicos que le brinda al titular, y pasar a ser normada jurídicamente como bien e instituirse como objeto de los derechos reales. Los bienes pueden ser corpóreos o materiales (res corporalis) por ejemplo un edificio; y también, incorpóreos o inmateriales (res incorporalis) como la libertad, la prestación, etc., es decir, bienes que no son cosas.²⁴

24según nuestro ordenamiento ius real los derechos de autor son derechos reales, art. 2093º del Código Civil.

2.1. Requisitos del Objeto.

Los requisitos para la configuración de los bienes como objetos de los derechos reales, son: los bienes o cosas que deben tener existencia.

Los bienes deben estar dentro del dominio de las personas, es decir, tienen que estar en el comercio de los hombres (in commercium).

Los bienes deben tener existencia actual, real y efectiva, toda vez que no pueden ser objeto de derecho real los bienes futuros.

Los bienes son determinados o individualizados, porque la indeterminación no es propia de los bienes en los que recaen

derechos reales, además estos no operan sino sobre bienes determinados, es así que resulta improcedente una pretensión real sobre bienes indeterminados o en su caso será viciosa la transferencia de bienes muebles o inmuebles a cualquier título, sin que hayan sido debidamente determinados.

Los bienes deben ser objetos singulares. Una universalidad de hecho tomada como una unidad no es objeto de derecho real, si se tiene en cuenta que los derechos reales recaen sobre bienes identificables que lo componen.

Si el bien forma una sola unidad es objeto de derecho real tomado en su totalidad, como podría ocurrir con los bienes accesorios, estos conforman la unidad del bien real principal.

Siendo así, los derechos reales solo pueden tener por objeto bienes, lo cual jurídicamente es lo más idóneo en la regulación de la cosa. Podemos adelantarnos expresando que la acepción bien, in genere, envuelve todo bien corporal e incorporal un bien inmueble o un bien intelectual. Sin embargo, strictu sensu, en materia de derechos reales no toda cosa es bien ni todo bien es cosa, esta adquiere la categoría jurídica del bien por la utilidad que le presta al hombre. Este concepto jurídico de bienes involucra los corporales y los incorporales.

Sobre el tema de los elementos de los derechos reales son interesantes las palabras de la profesora Areán de Argentina, quien considera hasta cuatro elementos de la relación jurídica, y para ello afirma que todo derecho subjetivo implica una relación entre sujetos: si una persona es titular de un derecho otra u otras, necesariamente,

estarán adheridas a un deber, y es por ello, según la mencionada jurista, que los elementos de la relación jurídica ya no son tres, sino cuatro: 1. Sujeto activo, que es titular del derecho; 2. Sujeto pasivo, que es la persona o personas sujetas al deber correlativo; 3. Objeto, que es la conducta que debe cumplir el sujeto pasivo; y, 4. Causa, que es el hecho o acto jurídico que da nacimiento a la relación.

Para nosotros el bien genera relación frente al titular y de este frente a la colectividad, por lo que la relación jurídico-real se concretiza entre el sujeto y el bien; así, existe correlación del sujeto frente al objeto determinado, sobre el cual se ejerce la titularidad con todas las facultades o atribuciones que el derecho subjetivo real le concede, bajo la protección del derecho objetivo real. Hablar de un sujeto pasivo universal no tiene mayor trascendencia jurídica; como tampoco de la causa, cuando esta es un acto jurídico, pues los derechos reales no nacen de un acto jurídico, sino de la ley, como en el caso de la usucapión (finalmente esta también nace de la ley art. 250º del Código Civil).

3 CAUSA. Se afirma que no hay un derecho que no provenga de un hecho. Si los derechos nacen, se modifican o se extinguen es a consecuencia o por medio de un hecho. Esta facticidad en la doctrina instituye algunos principios sobre la causa, con especificidad en los derechos reales, como ocurre con la tradición de trascendencia en los bienes muebles por su injerencia en los bienes muebles, como elemento constitutivo de los derechos reales, juega un papel importante en la adquisición derivada de la posesión de los bienes. Por actos entre vivos o por sucesión hereditaria. Denominada posesión civilísima. Por

consiguiente, la tradición opera en los derechos reales a través de los negocios jurídicos patrimoniales, lo que demuestra que la tradición es consecuencia de los actos bilaterales.

3. Los Derechos Reales en el contexto de la nueva funcionalidad que le Asigna el Ambiente. Hasta aquí sabemos que los derechos reales y derechos personales o de crédito integran el gran grupo de derecho civil patrimonial, son pues, dos grandes ramas del frondoso árbol de derecho civil – patrimonial en la protección jurídica de los intereses del titular (sobre los bienes). En los derechos reales el titular ejercía actos de uso, disfrute o disposición directamente del objeto económico del derecho. En los derechos de crédito el bien garantizado o protegido jurídicamente solo puede satisfacerse por la mediación de actos ajenos, esto significa, que es a través de la prestación de parte del sujeto obligado directa y personalmente a cumplir a favor del titular del bien protegido por el orden jurídico.

En la determinación de las similitudes entre los derechos reales y los derechos de crédito existe unanimidad tanto en la doctrina como en la legislación con el propósito de marcar una clara y definitiva diferencia; que desde ya, por ejemplo, solo se podrían diferenciar en cuanto se dice, que unos son absolutos (reales), y otros son relativos (personales); también resulta también suficiente las facultades que tiene el titular sobre los bienes en la relación jurídico – real, cuyo titular ostenta facultades que las ejercita directa e inmediatamente sobre el bien como es el goce, disfrute o disposición, de tal manera que puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido. En cambio en los derechos de crédito el titular solo puede exigir el cumplimiento de una

obligación de dar, hacer o no hacer a otros u otros, personalmente obligados a una prestación favorable a sus intereses.

Los derechos reales crecen y evolucionan al compás de la globalización de la economía, la tecnología y la ciencia (de gran desarrollo de las vías de comunicación), se van proyectando a través de sus institutos propios o típicos a adquirir mayor dinamicidad en el intercambio o tráfico de los bienes, por ejemplo, con la extraordinaria facilidad que nos proporciona la informática. Los institutos jurídicos de los derechos reales en la actualidad y en especial el de propiedad, armonizando con los avances de la ciencia y la tecnología, sufren nuevas tendencias doctrinarias y positivas como la aparición de nuevas formas de propiedad que van acrecentando el contenido de los derechos reales. Acaso no es cierto que con el surgimiento del novísimo derecho agroambiental la propiedad ha experimentado una nueva función que debe cumplir como es la ambiental (extendida a todos los bienes, mayor aun si son de utilidad productiva -tierra agraria- para el hombre); en consecuencia, hablar de los derechos reales ambientales o de los derechos reales agrario ambientales, no es ni será extraño.

Ciertamente, la visión y reconceptualización actual de la naturaleza en su concepción holística y de los bienes que nos ofrece, nos crea el deber de asumir una nueva actitud fundada en la buena fe para el aprovechamiento de todo lo que nos brinda la naturaleza en función eco-ambiental", de la cual no se liberan las propiedades y los demás derechos reales.

Es por ello, que la visión económica de los bienes se expresa en su aprovechamiento sostenible e imponen nueva y distinta normatividad

jurídica, dando paso a formas especiales de propiedad, como la propiedad comunal, la propiedad agraria en función ambiental y ecológicamente equilibrada. En consecuencia, se puede apuntar como en las concepciones jurídicas de la propiedad, por ejemplo, la consideración del rol económico que a los distintos bienes corresponde, ha influido decididamente en el surgimiento de las llamadas formas especiales de propiedad, que continúan perfilándose cada vez de manera más marcada, hasta el extremo de atomizar la universal noción de dominio. A ello podemos agregar, que en el futuro habrá lugar a otras nuevas clasificaciones y sub clasificaciones de los bienes, sin que escapen de la regulación del derecho real ambiental. Lo ambiental es actividad antropogénica y holística que juega un importante rol en todo cuanto derecho real existente o por existir. Lo ambiental es conocimiento transversal, es cultura le ofrece al hombre un nuevo estilo de vida.

Hoy la propiedad y los demás derechos reales deben cumplir función ambiental que implica un ambiente sano y ecológicamente equilibrado destinado a la vida y salud humana y la preservación y conservación sustentables de los recursos naturales para las generaciones actuales y futuras. Tanto es así que “el hombre desde que tenga uso de razón debe elaborara un código de acción moral y de buena fe frente a la naturaleza a la que pertenece”; así como también que “el hombre es un ser agroambiental por genética” o que es “un ser ecosistémico por genética”²⁵

4. La propiedad en la realidad socio-jurídica general. El ser humano por naturaleza tiene la necesidad de establecerse en un determinado lugar, como consecuencia inmediata, comienza adquiriendo toda clase de bienes que le sea útil para su existencia, por lo que en adelante seguirá adquiriendo cosas, bienes mientras transcurra el tiempo y se origine nuevas necesidades estimulada por la mejora económicas dando lugar a las transacciones comerciales, y estos no tienen únicamente implicancias económicas sino también jurídicas, por constituirse estos hechos en contratos de compra venta que requieren ser protegidos y amparados por nuestro ordenamiento jurídico, que en la mayoría de los casos se celebran sin prever las consecuencias de las mismas, es una de las razones por las que con frecuencia existe concurrencia de derechos reales u otros de distinta naturaleza sobre un mismo bien inmueble.²⁶

26 www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

Las relaciones y situaciones jurídicas se regulan en función a intereses personales e intereses colectivos, primando este último sobre el primero, con el transcurso de los años, requieren ser regulados con mayor eficacia y por consiguiente todo ordenamiento jurídico tiene la obligación de otorgarle seguridad jurídica.²⁷

27 por relación jurídica entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. De esta manera es relación la de los cocontratantes, la de padre e hijo, y así sucesivamente. Y por situación jurídica entenderemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho. Son situaciones jurídicas las de padre, hijo, marido, profesor, ministro de Estado, etc. Rubio Correa, Marcial. Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen III, "Título Preliminar", sexta

edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, Pág. 203.

En la visión eurocéntrica de la historia, tenemos un proceso ampliamente divulgado y conocido que resulta ilustrativo para nuestros afanes de como la humanidad empezó, la actividad económica con la cacería y cultivo de las tierras, iniciándose con la ocupación de todos los bienes, las cosas que los tenía a su alrededor, configurándose así, la posesión, estos de manera colectiva, dependiendo de organización de cada cultura primitiva, y luego la propiedad, de tal forma, originariamente la propiedad fue comunal donde el grupo, al ocupar durante un período más o menos largo la tierra que cultiva, consolida una situación de hecho denominada posesión, en la cual la ocupación permanente y la necesidad de continuar usufructuando de los frutos provenientes del trabajo en la tierra determina el derecho del poseedor, precisamente en el hecho de poseer las tierras es donde se origina la propiedad inmobiliaria, es decir con la posesión directa y pública se adquiriría una situación de relación directa entre el hombre y el bien.

La propiedad privada no ha existido siempre, como tampoco lo han sido las clases sociales, el Estado, la división del trabajo, etc.²⁸

28Del latín tribus, una tribu es un grupo social cuyos integrantes comparten un mismo origen y ciertas costumbres y tradiciones.

la aparición de la propiedad privada está íntimamente ligada a la de estos fenómenos. Inicialmente, las tierras eran de propiedad de la tribu, donde se dividen entre todas las familias que la integran asignándose terrenos o parcelas temporalmente, dicha división de las tierras en familias posteriormente adquiere permanencia, entonces surge la propiedad familiar que luego se convierte en hereditaria y autónoma.²⁹

Empero, como consecuencia inmediata, se empezó a generar algunos problemas, como no respetar las propiedades privadas, entonces acordaron organizarse en sociedad y Estado, con la finalidad de preservar su vida, libertades y propiedades.

Es así, que en los pueblos de la antigüedad encontramos la propiedad quiritaria romana, a la que se le denominaba, *dominium ex iure quiritium*, por estar sancionada por el derecho civil, requiriéndose para ser propietario: que se tratara de una cosa *mancipi*, que el propietario fuera ciudadano romano y que el dominio se hubiera adquirido por *mancipatio* o por *in jure cessio*.

El derecho de propiedad en Roma, se desarrolló en función a su expansión en conquistas, lo que le permitió confiscar las tierras y adjudicarse a particulares previo pago de una tasa anual. Tal situación de hecho, se denomina *possessio*, donde paulatinamente el Estado atribuyó un verdadero derecho a quien puede conseguir la posesión u ocupación. Posteriormente se habla de *dominio ex jure quiritum* o propiedad quiritaria que manifestaba la propiedad con carácter de exclusividad, perpetuidad, absolutismo y pleno derecho sobre la cosa, donde los únicos que la ejercían eran los ciudadanos romanos. 30

30La propiedad quiritaria es el derecho de propiedad que solo aquellos que eran ciudadanos (quirites) podían ejercer

Por otro lado existía un tipo de propiedad inferior a la quiritaria para los extranjeros denominada *in bonis* o propiedad provincial, pretoriana o peregrina.³¹

La propiedad quiritaria, solo se podía obtenerse (o transferirse) por medio de formalidades o procedimientos esenciales establecidos por el derecho civil, tal como:

a) Que el propietario fuera ciudadano romano³²

32En roma se entendía por ciudadano a aquel hombre nacido en la urbe (hijo de padres romanos), lo que excluía a los extranjeros, a los esclavos, entre otros, quienes no eran considerados ciudadanos. Esto operaba también en Grecia, donde se protegía a los ciudadanos (principalmente en Atenas), pero se excluía a los metecos (extranjeros), a los esclavos, etc.

b) Se hiciera a través del procedimiento especial de *la mancipio* o *in iure cesio*, y no por mera tradición (de lo contrario era propiedad *in bonis*,

c) Que fuera una *res mancipio*, ambas formas de propiedades se distinguen en los modos de adquirirlas.

La mancipatio. Fue un acto formal de adquisición de propiedad celebrado en presencia de un mínimo de cinco testigos, que implicaba la presencia de un objeto que represente el bien materia de contrato y un pedazo de cobre, el cual simbolizaba el pago a todo ello y debían pronunciarse fórmulas rituales a fin que se entendiese materializada la adquisición". ³³

Por otro lado tenemos la *in iure cesio*, un acto formal de adquisición que se celebraba en presencia del pretore implicaba una reivindicación simulada, en la que el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenamiento se allanaba a ello.³⁴

33Pretor (del latín Prætor) era un magistrado romano cuya jerarquía se alineaba inmediatamente por debajo de la de cónsul. Su función principal era la de administrar justicia en la fase in iure, conceder interdictos y restituciones in integrum y otras funciones judiciales. Este cargo, llamado pretura, fue creado en el año 367 A. C. y abierto desde el principio a los plebeyos. Desde su creación

hasta el año 241 A. C. solo existió uno en Roma, encargado de la organización de los procesos, con posterioridad se creó otro para proteger a los peregrinos. Su número fue creciendo a la par que Roma iba conquistando nuevos territorios, pero a pesar del número de pretores, esta magistratura no estaba colegiada, ya que todos no tenían las mismas competencias y estas eran sorteadas.

34RAMIREZ CRUZ, Eugenio María "Tratado de derechos reales" TOMO II, Editorial Rodhas, 2da Edición Abril del 2003. Pág. 24.

Como la *in jure cesio*, eran utilizados por los ciudadanos romanos, mientras los extranjeros, al no poder utilizar ninguno de estos modos, el pretor, con el fin que puedan adquirir la propiedad inmobiliaria, dio valor legal a la tradición.

Sin embargo, el concepto de propiedad inmobiliaria evoluciona al desaparecer el concepto que existía en Roma respecto a la persona y a la cosa cuando el emperador romano Marco Aurelio Antonino Basiano, declara como ciudadanos romanos a todos los súbditos del Imperio.³⁵

35Nació el 4 de abril de 188 en Lugdunum, en la Galia (hoy Lyon, en Francia). Su nombre fue el de Marco Aurelio Antonino Basiano, aunque se ganó el apodo al introducir en la moda romana una capa larga o túnica propia de la Galia, llamada la caracalla. Hijo del emperador Lucio Séptimo Severo que falleció en el 211, convirtiéndose Caracalla en emperador, junto con su hermano menor, Publio Séptimo Geta. En el 212, fue único emperador, tras mandar asesinar a Geta (que fallecería entre los brazos de su madre, Julia Domna) y acabar con varios miles de sus seguidores. Fue cruel y extravagante, aunque también promulgó el edicto que concedió el derecho de ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (Edicto de Caracalla), también conocido como Constitución Antonina, dictado en el 212, que igualaba a los ciudadanos bajo la suprema autoridad imperial. Mandó construir en Roma las famosas y extraordinarias termas que llevan su nombre. Su política exterior se basó en la Consolidación fronteriza por lo que se realizaron dos campañas en el Danubio y se emprendió la guerra contra los partos. El jefe de la Guardia Pretoriana (prefecto del Pretorio) Marco OpelioMacrino le asesinó en Mesopotamia y le sucedió como emperador. www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

Con Justiniano se sustituye los modos de adquisición que hemos mencionado por la *traditio* que consistía en la entrega física del bien que se enajenaba, la misma que se daba de común acuerdo entre el que lo entregaba (*tradens*) y el que lo recibía (*accipiens*). Podemos apreciar que en Roma, la propiedad inmueble tuvo un ritmo evolutivo partiendo de una forma comunitaria y familiar hasta llegar a ser individual, donde el grado superior de la propiedad inmobiliaria se consagra en las Doce Tablas que la tipifica como un derecho individual. Además de tener sus facultades el propietario como *las ius utendi, ius fruendi y el ius abutendi*, donde el propietario tenía poder exclusivo y absoluto, perpetuidad y derecho de transmitir el bien por herencia, pero los romanos tenían ciertas limitaciones hacia estos tres efectos como, derechos de usufructo, uso y habitación, condominio e incluso, por cuestiones de interés y uso público como caminos, servidumbres, construcción de obras, relaciones de vecindad, entre otros.³⁶

36Las XII Tablas se basan en los principios como: La salvaguarda del patrimonio, La autoridad del "pater familias" como único titular de derecho y la fijación de castigos para las infracciones.

La Edad Media o feudalismo se inicia con la caída del imperio romano de occidente a manos de los barbaros, siglo VI dc. En la visión eurocéntrica muy distinta al resto del mundo, empero hechos posteriores como la colonización de América, ligan la historia del nuevo con la del viejo continente en el siglo V después de Cristo, tiempo en que se consolidan las invasiones bárbaras que destruyen el imperio romano, en cuyos territorios surgen diversos reinos, de los cuales el de los francos fue el más famoso.

Estas monarquías no eran del todo absolutistas, pues distintos señores feudales tenían prerrogativas que limitaban la autoridad real. Sin embargo, el Papa, máximo poder espiritual de Occidente, consagró en manos de Carlomagno, la dignidad imperial.³⁷

37Carlomagno (742-814), en latín, Carolus Magnus, 'Carlos el Grande', rey de los francos (768-814) y emperador de los romanos (800-814), condujo a sus ejércitos francos a la victoria sobre otros numerosos pueblos, y estableció su dominio en la mayor parte de Europa central y occidental. Fue el rey más influyente en Europa durante la edad media. Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

A raíz de la decadencia imperial y las invasiones de los normandos, el territorio se dividió en numerosas posesiones, cuyos jefes militares proveyeron a la defensa y gobierno de sus respectivos señoríos, hasta que se convirtieron en "Señores," exigiendo vasallaje a sus pobladores, y debilitando consiguientemente el imperio, con el apoyo del pontífice.³⁸

38Dominio y libertad en obrar, sujetando las pasiones a la razón. Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Durante esta época se difumina el Estado, hielga el sentimiento nacional (pueblo), las grandes unidades de dominio territorial terminó por desfigurar el boceto de Estado, un poder que se fragmentaba a la par con el territorio cuya estructura piramidal del Estado se basa en militares, nobles, caballeros, terratenientes, libres (profesionales liberales), siervos y esclavos, y el gobierno recaía en reinos, señoríos, ducados, jerarquías eclesiásticas, feudos, burgos y villas.

No está demás señalar que existía permanente conflicto entre los poderes temporales de los monarcas con los poderes espirituales o de la iglesia, que intentaron dominar y prevalecer por la fuerza de la espada o

del evangelio, convirtiendo en épica esta etapa impregnado de teología e “inquisición”.

El medioevo, se extiende desde el siglo VI hasta aproximadamente el siglo XIII, tiene una historia rica en hechos, en modelos políticos y en la gesta de los estados contemporáneos. Sin embargo, en sí mismo, no cuenta ni con Estado, en el sentido actual, y muchas veces ni con gobiernos poderosos como los de la antigüedad. El poder está fraccionado y el feudalismo predomina en los lugares más significativos de Europa, en los cuales el señor feudal es dueño de la tierra y máxima autoridad en su territorio. Este puede ser grande o pequeño, pero la autoridad no varía sustantivamente sus características. El rey (o emperador, cuando lo hay con intermitencias a partir de Carlomagno, no son señores con supremacía y mando, por el contrario, son a su vez señores que tienen que aliarse y combatir con los otros (según el caso), y logran mantener su trono solo en virtud de un balance favorable de fuerzas y alianzas. Por eso en el lenguaje común de la historia, se les llama *primo inter París*, es decir; el más importante de los iguales, pero en ningún caso el superior o como se dirá a partir de fines del siglo XVI el soberano.

En todo este periodo llamado alta edad media, el derecho es algo sumamente confuso, cada uno de los pueblos que se ubican en Europa asume sus costumbres como reglas de vida e interacción, los señores imponen ciertas reglas y administran justicia en su calidad de tales, sin otro título, ni particularidad.

Si bien existen ciertas normas comunes que caracterizan al feudalismo, pero en ningún modo son reglas generalizadas ni válidas para extensos

campos normativos. La iglesia conserva su trascendental importancia como guía espiritual y poco a poco va desarrollando determinadas reglas comunes sobre diversos aspectos que le son particularmente importantes en el ámbito temporal (bautismos, matrimonio, familia, bienes) y con el tiempo ello se consolida en el derecho canónico, de suma importancia para la historia del derecho en esta parte del mundo y aun a esta hora de la historia quedan algunos resabios deteriorados del Derecho Romano cuyas normas se aplican a los latinos que permanecen en los territorios conquistados por los pueblos barbaros, según el principio de aplicación personal del derecho.

Todo esto conforma una materia jurídica confusa, superpuesta, fraccionada, en definitiva, algo muy lejano a lo que hoy podemos considerar nuestro derecho, y aun a lo que un ateniense o un romano podían considerar el suyo antiguamente.³⁹

39Una característica del derecho en aquella época era la aplicación no territorial de sus normas. Hoy en día cada Estado tiene su territorio y, en principio salvo excepciones, sus normas se aplican dentro de él (principio de territorial). Antiguamente, a cada persona se le aplicaba el Derecho su origen, no importando donde estuviera ni quien le gobernara (principio de personalidad). Por eso, a los latinos se les aplicaba el Derecho Romano en el Medievo.

No obstante, casi imperceptiblemente, a lo largo del alta edad media, se produce en Europa una progresiva diferenciación entre los pueblos cada uno de los cuales va asentando su propia cultura, germinando de esta manera las nacionalidades ibéricas, los franceses, ingleses, escoceses, alemanes, italianos, húngaros, etc. que en medio de éste sistema autocrático lograron independizar sus ciudades del vasallaje feudal exigiendo que en una *carta* o *fuero* se reconociera expresamente la

libertad de cada ciudad. Así se constituyeron las comunas libres de gobierno electivo y temporal, donde un vasto sector popular entró a intervenir en el gobierno local por medio del ayuntamiento o la municipalidad. Cuyos mecanismo de participación, sirvieron de base para el establecimiento de las libertades políticas y civiles y a las nuevas formas estatales que surgirían en las postrimerías de la edad media, es conduciendo así Europa a la confrontación de la identidad nacional y al final del Medievo, se podrá hablar ya de sus particularidades y de las diferencias entre sí en materia cultural, idiomática, consuetudinaria, económica, creándose las condiciones para formar las naciones sobre las cuales se posara el Estado-Nación moderna.

Cada pueblo a la par de su cultura fue desarrollando sus propias formas de organización política. Con el surgimiento del Estado moderno se pasa del señor feudal, al dueño de la tierra, al propietario, y del siervo de la gleba a proletario, al establecerse como clase social dominante la burguesía en el Estado liberal y establece como principios fundamentales: 1) El rechazo a la autoridad arbitraria la cual surge por si sola y toma el poder por la fuerza de las armas. 2) La libertad absoluta de la persona, que entre otras de sus características de este Estado es el individualismo. Porque hasta en un Estado Liberal la gente era súbdita del rey absolutista. La reacción del individuo que pasa a ser ciudadano era un término impensable en un régimen absolutista. 3) La Propiedad privada, porque es propio de cada ciudadano, en razón de que el Estado no puede quitarle dicho privilegio. Aquí surge el denominado mercado libre, el cual se caracteriza por la permanente vigencia de la ley de la

oferta y la demanda que subsiste sin la intervención del Estado, 4) soberanía, la que actualmente reside en la nación y no en una persona o en un rey, como ocurría antaño y 5) Bienestar o bien común.

Las nociones principales del Estado liberal no cuajaron mucho durante el desarrollo político de la época debido a la declaración de la libertad absoluta de las personas, lo cual se interpretó también como un sistema económico totalmente libre (capitalismo feroz) en que el papel del Estado se encontraba prácticamente anulado, pues este no podía ni debía de intervenir. La propiedad privada, la libertad individual y la constitución como el instrumento que las recoge y garantiza mediante el control del poder político con la división de poderes.

Es este Estado moderno que va desde la revolución francesa y la constitución americana de 1787, llegamos al Código de Napoleón de 1804 de transcendental importancia para el Derecho continental o romano canónico germánico y particularmente para el Derecho Civil peruano a la que se suma el Código Civil alemán de 1900, cuyas influencias resultan determinantes en nosotros.

En el Código Civil francés se produce una mezcla entre el antiguo régimen y el derecho nuevo. El antiguo régimen se manifiesta en la definición de la propiedad como suma de facultades (uso y disfrute), recordando así a la propiedad feudal como pertinencias. El derecho nuevo se advierte en la definición de propiedad como un derecho único (abstracto), aplicable a todo tipo de cosas, es la multiplicidad de formas dominiales presentes en el régimen feudal. Por el contrario, en el Código Civil alemán repugna toda definición de contenido, y su abstracción es total.

Entonces resulta difícil desarrollar un concepto único respecto al derecho de propiedad debido a que este tema ha sido siempre objeto de interminables y acalorados debates.

Surgen dos grandes corrientes en el derecho comparado sobre el derecho de propiedad. La primera, originaria del Código Civil francés (Art. 544 CODE: “Es el derecho de gozar y de disponer las cosas de manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos”), por la cual se define a la propiedad mediante la individualización de cada uno de los poderes o facultades.

La segunda originaria del Código Civil alemán artículo 903 del BGB: “*El propietario de una cosa, en tanto que la ley o los derechos de terceros no se opongan, puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión*”, por el cual se define a la propiedad como síntesis de poderes, sin un contenido precisable. La cuestión no es meramente dogmática y puede traer importantes consecuencias de orden práctico, sin contar el elemento histórico subyacente en cada una de estas perspectivas

5. La Propiedad en nuestra Realidad socio-jurídica Específica.

Hoy en día la propiedad es al mismo tiempo derecho y deber y términos económicos, la importancia de la propiedad obedece a que la misma permite interiorizar los perjuicios o beneficios que se producen en el uso de los bienes.

La propiedad permite crear los incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del propio bien la que en una comunidad política su protección pasa por el reconocimiento constitucional como lo hace el nuestro en el artículo 2º inciso 16º,

consagrándola como un derecho fundamental, y partir de ello la delimitación de su contenido correrá a cargo de las leyes ordinarias, teniendo en cuenta el bien común, las leyes infra constitucionales no podrán disminuir su contenido esencial, pues caería dentro del ámbito de inconstitucionalidad.

Para el Derecho peruano la propiedad es el derecho real por excelencia, puesto que se trata de un poder otorgado a un individuo por un ordenamiento jurídico sobre una determinada cosa, con las limitaciones establecidas en las leyes basadas en el bien común.

Las funciones a las que está llamado a cumplir un sistema de derechos de propiedad presuponen que el mismo cuente con tres características:

- 1) Universalidad. Todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que por su abundancia puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás.
- 2) Exclusividad. Lo que significa que el sistema debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Los derechos de propiedad únicamente aparecen, entonces, cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.
- 3) Transferibilidad. Se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos. Este rasgo no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter *erga omnes*, es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad.

La oponibilidad es la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para transportar los beneficios y perjuicios derivados de él. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien.⁴⁰

40BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Los sistemas de transferencia de propiedad. Op. cit., p. 149.

La propiedad es un derecho elástico con doble sentido, pues por un lado, no dejará de ser tal derecho por más que los atributos (goce, uso y disposición) estén momentáneamente reducidos y constreñidos, pero por otro tiene la virtualidad de recuperar su plenitud tan pronto cese la causa limitativa.⁴¹

41Ramírez Cruz, Eugenio María "Tratado de Derechos Reales, Tomo II" Segunda Edición, Abril 2003, Pág. 109.

Además el derecho de propiedad es tendiente a ser perpetuo. Por lo que conforme al Código Civil vigente la propiedad es un poder jurídico, porque nace del Derecho y que recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos).

Cuatro atributos o derechos confiere la propiedad a su titular: usar, disfrutar, disponer y reivindicar: Usar es servirse del bien, así usa la casa quien vive en ella. Usa un reloj quien lo lleva puesto y verifica la hora cuando desea.

Disfrutar, es percibir los frutos del bien, o aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original, son también las

rentas, las utilidades, porque 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.⁴²

42 artículo 891 Código Civil-84

Ejemplo de los primeros son las crías de ganado; ejemplo de los frutos industriales son las cosechas o los bienes que se obtienen de la actividad fabril; y ejemplo de los frutos civiles son los intereses del dinero o la merced conductiva de un arrendamiento. Disponer, es prescindir del bien (del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; hipotecarlo; abandonarlo o destruirlo. Reivindicar, es recuperar, es decir; el bien que se encuentra en poder de un tercero y no del propietario por muchas causas, el propietario está facultado, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, a recuperar el bien de quien lo posee ilegítimamente. Por esto se dice que la reivindicación es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario (poseedor ilegítimo, habría que precisar.

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 cual recae su derecho por lo que no nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuales, en conjunto, configuran un derecho pleno y absoluto. Porque ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos.

Aparte de los atributos o derechos del propietario, la doctrina nacional luego de su análisis ha establecido cuatro caracteres de la propiedad:

1. Es un derecho real. La propiedad es el derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, porque el propietario ejercita sus atributos sin la mediación de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, se ejercita contra todos. Es esta la expresión de la llamada "oponibilidad" que caracteriza a todos los derechos reales y, en especial, a la propiedad.
2. Es un derecho absoluto. Porque confiere a su titular las facultades sobre el bien, de usar, disfrutar y disponer. Tan completo (absoluto) es el derecho de propiedad que no deja lugar a otro derecho.
3. Es un derecho exclusivo. Mejor dicho excluyente, porque elimina o descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo desde luego que el propietario lo autorice. La institución de la copropiedad (propiedad que ejercitan varias personas) no desvirtúa este carácter de la exclusividad porque en la copropiedad el derecho sigue siendo uno. Lo que ocurre es que lo ejercitan varios titulares. Estos constituyen un grupo, que es el titular del derecho y que excluye a cualesquiera otros.
4. Es un derecho perpetuo. Esto significa que ella no se extingue por el solo no uso. El propietario puede dejar de poseer (usar o disfrutar) y esto no acarrea la pérdida del derecho. Para que el propietario pierda su derecho será necesario que otro adquiera por prescripción, como lo establece el artículo 927 de nuestro Código Civil, que en primer término pone de manifiesto la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, con lo cual se declara la perpetuidad del derecho que

esa acción cautela; y en segundo lugar dice que la reivindicación no procede contra quien adquirió el bien por prescripción, lo que significa que otro ha adquirido la propiedad.

5. Límites de la propiedad peruana.⁴³

A la entrada en vigencia del Código Civil vigente, el estado peruano se regía por la Constitución del 79, de marcada influencia estatista debido a los acontecimientos generados por los ideales velasquistas de expropiación de la propiedad privada hasta entonces en manos de los hacendados, el Código Civil del 84 recepciona la noción de que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley y que vigente Constitución lo ha reemplazado por la de necesidad pública o seguridad nacional declarada por ley, por lo que debemos entender que el artículo 923 del Código Civil está modificado.⁴⁴

⁴³artículo 124 Const. De 1979.

“El 3 de Octubre de 1968 amaneció en Lima al ritmo de las marchas militares, el anuncio de golpe de Estado y los bandos de la Junta Militar que los noticieros propalaban. Momentos de que los estudiantes de la UNI tenían tomado el local de la Universidad exigiendo planes de estudios enfocados en la realidad peruana, y más rentas al gobierno de Belaúnde que agonizaba de corrupción y mediocridad.

El 9 de octubre, cuando las tropas apoyadas por tanques y, comandadas por el general Fermín Málaga, ocuparon las instalaciones petroleras de la IPC, en Talara, acontecimiento insuflaba a todo el Perú de nacionalismo, dando origen a lo que luego se proclamó como el Día de la Dignidad.

⁴⁴El 31 de diciembre del 68 se decreta la nacionalización de la Banca (no confundir nacionalización con estatización) que exigía que el accionariado mayoritario de los bancos fuese de capital nacional. Esto posibilitó que el grupo Romero, engreído de Velasco, se hiciera del Banco de Crédito hasta entonces de propiedad italiana. También se nacionalizó y estatizó la Cerro de Pasco Corp. y Marcona Mining.

El 29 de Junio de 1969 se decreta la Ley de Reforma Agraria y el lema "el patrón no comerá más de tu pobreza" hizo carne y habitó entre los campesinos que hasta entonces eran un ente esclavizado que trabajaba gratis para los hacendados sin la esperanza de un salario digno".

Dicho sea de paso necesidad pública o seguridad nacional entraña el concepto de bien común, entendida como el bien general, el bien de todos. El interés social, en cambio, es el que puede tener un grupo social determinado. Así, por ejemplo, existe el interés de los campesinos, de los empresarios y de quienes viven en pueblos jóvenes. Otra diferencia es que la noción de bien alude a beneficio, a lo que es conveniente. El interés, por otra parte, responde a la satisfacción de una necesidad resultando así cuando menos discutible que el ejercicio de la propiedad armonice con el interés social o con el bien común.

En el primer caso -interés social- por ejemplo, el ejercicio de la propiedad e incluso su subsistencia pueden ceder ante un programa de vivienda para personas de escasos recursos, lo cual ciertamente no se daría cuando está de por medio el bien común.

Finalmente otros límites que pueden imponerse al ejercicio de la propiedad resultan de la ley misma, porque la ley puede imponer válidamente límites a la propiedad. Ejemplos de esto son la imposibilidad de la disposición total de sus bienes que se impone a un testador que tiene herederos forzosos, y la determinación por ley de la rentabilidad de ciertos bienes (caso de las viviendas de bajo costo).

Surge entonces la pregunta de: ¿cómo se puede explicar que la propiedad sea un derecho absoluto y al mismo tiempo admita

limitaciones o restricciones? La respuesta es que comparativamente con otros derechos reales, la propiedad es absoluta. Ningún otro derecho real confiere todas las facultades juntas. Pueden estar restringidas, pero están todas.⁴⁵

45Jorge AVENDAÑO VALDEZ, CODIGO CIVIL COMENTADO,(COMENTAN 209 ESPECIALISTAS EM LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL, Vol. V- DERECHOS REALES) Pág. 137-139.

En la actualidad dentro del Derecho Civil Patrimonial, uno de los temas de mayor relevancia jurídica de interés económico y social, es el tema del derecho de propiedad, por la sobrepoblación mundial y el alto tráfico jurídico como efecto del particular crecimiento económico del Perú, que según el Fondo Monetario Internacional, seguirá siendo el de mayor crecimiento económico de Latinoamérica al menos hasta el 2015.⁴⁶

46<http://elcomercio.pe/economia/487533/noticia-fmi-liderara-crecimiento-economico-latinoamerica-hasta-2015>

En la coyuntura actual se presenta la escasez de materias primas y de recursos naturales generando la necesidad de establecer medios de seguridad jurídica por medio de instituciones que aseguren la colocación y asignación de recursos en manos de quién mejor administra.

De esta manera, el propietario tendrá la seguridad de que la inversión realizada en la explotación del recurso no se perderá, y en caso de producirse amenaza o vulneración de su derecho podrá contar con un marco institucional que le permita solicitar tutela y protección. Por tanto mientras no existan medios e instituciones que

garanticen la inversión en una actividad el derecho de propiedad se ve desprotegida.

6. El sistema de transferencia en el derecho de propiedad peruano.

Considerando las características, su importante económica y social dentro del Estado peruano ha previsto en nuestro ordenamiento jurídico dos grandes sistemas de transferencia: El Sistema de Unidad de Contrato, también conocido en foro nacional como sistema espiritualista, consensual o francés que sostiene que el contrato es la única fuente que produce la consecuencia transmisora de propiedad, pudiendo darse dicho efecto de forma inmediata o de forma mediata o diferida, donde el contrato es suficiente para producir el efecto traslativo de la propiedad no requiriéndose acto complementario. La autonomía de la voluntad cumple un rol determinante, en la circulación de los bienes y al respecto algunos autores señalan que este sistema permite mayor tráfico inmobiliario, dicho sistema tiene su origen en el Código francés de 1804.⁴⁷

47www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

El sistema de separación de contratos conocido también como alemán o sistema de la doble causa del título y modo. Que se exige de un acto de reconocimiento social que permita constituir el derecho de propiedad en el adquirente y paralelamente permita acceder a la publicidad de los demás. Este sistema incluye a las teorías de la yuxtaposición del título y el modo o sistema romano y la del sistema registral constitutivo no convalidante. Por lo que este sistema entiende por el título al contrato de compra venta y al modo a la tradición.

La transferencia de bienes, según nuestro Código Civil de 1852, establece el carácter consensual de la transferencia de la propiedad de los bienes y señalaba además que en la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y el pago del precio. Ello nos permite advertir que el contrato de compra venta en bienes muebles e inmuebles era consensual también la transferencia de la propiedad y asimismo que aún no se hizo distinciones entre cosa, bien o bienes muebles o inmuebles. Por ello resulta trascendental lo manifestado por Manuel Augusto Olaechea sobre el modo de transmitir la propiedad.⁴⁸

48Se encuentra en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo V, p. 3-8. Imprenta Castrillón, Lima, 1928.

“Señores: tiene capital importancia para establecer el régimen legal de las obligaciones de dar, resolver previamente sobre el sistema que conviene adoptar en orden a definir si la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o si es solución preferible, tratándose de los inmuebles, consagrar el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, para ello es conveniente precisar que el código civil peruano de 1852 seguía el modelo francés y que a la fecha de entrada vigencia del Código bajo comentario (1852), no estaba aún en vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del Código Civil francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, razón por el cual el Código Civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código de Napoleón.

En el Perú al no producir derecho nacional, se ha limitado a preservar lo recogido del Código de Napoleón al principio y luego se recoge los aportes realizados por Manuel Augusto Olaechea, válido y justificado para su época que fueron recogidas en el entonces nuevo Código Civil de 1936 y de éste al Código Civil de 1984, olvidando que en el Derecho Romano la tradición era absolutamente necesaria para operar el desplazamiento de la propiedad y que el código francés presume que existe una tradición de derecho implícito y como consecuencia de este sistema exageradamente espiritualista, la convención pone desde luego los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el simple consentimiento de las partes.⁴⁹

49www.derechocambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

El sistema adoptado por el Código Napoleón no ha sido uniformemente seguido por los códigos modernos, así; el Código Italiano (de 1865) imitó absolutamente al francés, el Código argentino, establece que antes de efectuarse la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere ningún derecho real, el Código brasilero establece continuando las enseñanzas de Freitas, que el derecho real no se constituye sino por la tradición, cuando la cosa es mueble o por transcripción si fuese inmueble. El contrato dentro de este sistema es título que constituye la razón jurídica o fundamento de la tradición o de la transcripción, según los casos respectivos.

Como hemos manifestado antes, en el Derecho Romano, el simple consentimiento de las partes no bastaba para operar la traslación de la propiedad. El adquirente no tenía la calidad de propietario respecto

de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición; hasta este momento no existía sino un derecho de acreencia y no un derecho real, *jus ad rem y no jus in re*.

La situación creada por el Código francés de 1804 se ha modificado grandemente en virtud de la ley de 23 de marzo de 1855, según la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté transcrito al registro.

El sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial. Los derechos y obligaciones son relaciones entre individuo e individuo, que no afectan a terceros, al paso que los derechos reales existen erga omnes, y aquel a quien pertenecen puede ejercerlos contra cualquiera.

El sistema de la tradición implantado por el Código Argentino y por el español, reviste una marcada inferioridad respecto del actual sistema francés. La tradición es el hecho de entregar la cosa; este hecho no está sometido a formas superficiales y se prueba como todo hecho. La tradición como medio de publicidad es completamente ineficaz y deja vivos los propios inconvenientes que se pretenden allanar.

Es preferible indudablemente el sistema de la inscripción. La transmisión de los derechos reales no se efectúa, o no tiene efecto respecto de terceros, sino cuando el acto jurídico ha sido debidamente inscrito en el Registro.

La radical diferencia que separa al derecho francés del derecho alemán es conceptual, debido al distinto concepto que uno y otro

derecho tiene de las relaciones jurídicas que afectan a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria.

Para el pueblo alemán y para el anglosajón, las relaciones que el hombre tiene con las cosas inmuebles deben ordenarse de una manera adecuada a la naturaleza física de éstas, exigiendo, por tanto, una serie de disposiciones que tienen por fin aclarar, ordenar y fijar establemente aquellas relaciones, dando lugar con esto al nacimiento de una legislación inmobiliaria, de que carecen los pueblos latinos y particularmente el nuestro.

Por lo que puede afirmarse que en el derecho alemán, las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho público, y de aquí que los poderes públicos y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o investidura de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama inscripción.

Para el derecho francés apenas si tiene interés la diferente naturaleza de las cosas muebles o inmuebles, y por eso suelen aplicarse las mismas reglas jurídicas a los unos que a otros.⁵⁰

50El sistema francés, conocido tradicionalmente en la doctrina como sistema de la transcripción, apelativo que en la actualidad ya no resulta muy exacto, como veremos, viene regulado fundamentalmente en el Código Civil de 1904 y la Ley de Transcripciones de 23 de marzo de 1855, modificada

posteriormente por las Leyes de 1 de marzo de 1918 y 24 de julio de 1921, así como por el Decreto-ley de 4 de 30 de octubre de 1935. La más importante reforma es la introducida por Decreto-ley de 4 de enero de 1955, desarrollado por el de 14 de octubre del mismo año y las Ordenanzas de 7 de septiembre de 1959 y de 5 de septiembre de 1960. Dentro del sistema francés, existen dos regiones, Alsacia y Lorena, incorporadas a Francia tras la Primera Guerra Mundial, con un derecho registral particular, conciliador del sistema francés tradicional con principios de raigambre germánica, que ha influido en la preparación de la reforma de 1955, antes citada. Así, admite el principio de legalidad, con un mayor ámbito de calificación registral, y también la presunción de exactitud del Registro, al modo de la Ordenanza alemana. Igualmente valora la importancia básica de la finca en la llevanza del Registro, regula el tracto sucesivo y admite ciertas anotaciones preventivas.

Las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho privado y por consecuencia niegan la intervención de los poderes públicos para la garantía y seguridad de tales relaciones y de aquí que la propiedad territorial puede adquirirse por el mero consentimiento del transmitente, sin que la inscripción en el Registro tenga más valor que el de un simple anuncio para los terceros que no han intervenido en el acto, pero no le concede una propia y verdadera sustantividad.⁵¹

51www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822

Tratándose de cosas muebles el dominio de ellas se adquiere por la tradición.

- ✓ Respecto de los inmuebles, mantengo el sistema francés contemporáneo, que es el vigente en el Perú, desde 1888, en que se dictó la ley sobre Registro de la Propiedad Inmueble.
- ✓ Reconoce seguidamente los defectos de este sistema que pueden sintetizarse en que crea una propiedad relativa al lado de una propiedad absoluta. Pero el sistema de la transcripción aplicado a

la manera legislativa alemana, o a la manera brasileña, es inoperante en el Perú, por ser impracticable.

Carecemos aún del Registro, y no alcanzo a ver, dada nuestra incipiente sociabilidad, el momento de su implantación en todo el país. Y bien no concibo la vida de un sistema que presupone como base necesaria la inscripción, sin el registro, sin títulos escritos que no existen en todo el país, sin notarios, sin abogados, sin ambiente propicio, en suma, para establecer la inscripción con carácter de obligatoriedad general e imprescindible; implantados legislativamente los registros de estado civil por el Código vigente, desde 1853, no funcionan todavía en la mitad del país, y este dato desconsolador pero palpitante, es un signo que indica cuál sería la suerte de tan audaz reforma.⁵²

52Manuel Augusto OLAECHEA y OLAECHEA, abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, logró graduarse a los 19 años. Conforme a las leyes vigentes de la época no podía ejercer su profesión razón por la cual su padre Dr. Manuel Pablo Olaechea Guerrero, lo envió a Francia para que continúe sus estudios en derecho con los mejores juristas de Paris-Francia. Magdalena del Mar, 11 de Agosto de 1925

- ✓ Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados.⁵³

53Argumentos de Manuel Augusto Olaechea ante la comisión reformadora del Código Civil, cuyos criterios fueron recogidos por el entonces nuevo código civil de 1936.

Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros.

Los segundos o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban seguirán sujetándose a las mismas reglas o reglas semejantes a las que contienen en nuestro Código Civil.

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del sistema de torrens o del germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24876 urbanos, 21398 rústicos

Lo vertido en líneas precedentes se incorporan en el Código Civil de 1936, Libro Quinto de la sección segunda, Del derecho de las obligaciones relativas a las obligaciones y sus modalidades incluía en su Artículo 1172, que ratificaba el principio del artículo 1308 del código civil de 1852, con la única diferencia de que el código de 1936 regula de manera exclusiva para los bienes inmuebles.⁵⁴⁻⁵⁵

54CC-36 Artículo 1172.- La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

55En relación a la transferencia de bienes inmuebles, en el acta de la comisión correspondiente a la 120 sesión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, Olaechea presentó su ya famoso memorándum en el que señalaba su parecer favorable respecto al sistema francés, con reforma introducida por ley de 23 de marzo de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble. Consideraba, además, que se los sistemas argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad inmueble no era un sistema adecuado, ya que la tradición podía revertir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

Resultó ilustrativo para las preces de la investigación el memorándum presentado por Solf y Muro, a la comisión reformadora

del Código Civil, en la sesión del miércoles 19 de agosto de 1925, en la que resaltaba las ventajas del sistema del registro de la propiedad, la que conforme a estadística llevada en el registro de propiedad hasta el año 1921 habría aumentado y que seguirá aumentando cada día. Y que fuera apoyado por Pedro M. Oliverira, en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y afirmando que: “Urge civilizar al país, y uno de los medios en dotarlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las reglas jurídicas”.

Para comprender el sistema vigente en el Perú de hoy es indispensable lo ocurrido en la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, Solf y Muro señaló que el principio de la inscripción en el Registro como condición indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativa y doctrinarias que lo conducen a proponer a la comisión rechazar la fórmula alemana y suiza –a pesar de considerar superior la primera sobre la segunda. Y optar por la brasileña. Y la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, Juan José Calle, presentó por escrito sus apreciaciones sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro y concordaba con la posición de Olaechea. Él concluía con que el nuevo Código Civil debía mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiriera por la tradición; y respecto de las inmuebles, se mantuviera el sistema establecido por ley del dos de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo su inclusión en el proyecto de debate. La creación de este

registro únicamente convirtió en declarativo mas no en constitutivo el derecho de propiedad, razón por la cual por la sólo obligación de enajenar se transmitía la propiedad.

Esta postura que adoptaba el sistema peruano para Juan José Calle era la más apropiada y acorde a la realidad peruana.

Por lo que tras varios debates, la Comisión encargada de la elaboración del Código Civil de 1936 decide mantener el sistema espiritualista.

Así, en dicho cuerpo legislativo, en la Sección Segunda del Libro quinto del Derecho de Obligaciones, relativa a las obligaciones y sus modalidades, incluye el artículo 1172, por el que se ratificaba el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes citado, pero en esta oportunidad exclusivamente para bienes inmuebles, cuando disponía que “La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”.

Por su parte el Código Civil de 1984 vigente regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el Libro V, Derechos Reales, Sección tercera, derechos reales principales, título II, propiedad, capítulo segundo, adquisición de la propiedad, subcapítulo IV, transmisión de la propiedad, artículo 947 dice: “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

Este artículo trata de la transferencia en bienes muebles que también a veces requiere la modificación y que su sistema de inscripción sea también constitutivo y sea modificado junto con el artículo 949 que a letra dice: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado

hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

En la actualidad hay corrientes que sostiene por un lado que en nuestra sociedad es costoso hablar de registro, por lo que pretender imponerlo puede evitar que los bienes circulen y la riqueza fluya, en especial si, para colmo, esa imposición fuese indirecta, a partir de una norma que no garantiza la seguridad jurídica sino que crearía una situación paralela e informal.

Otros en el que nos encontramos sostenemos la necesidad de adoptar el sistema de separación de contratos o alemán o sistema de la doble causa del título y modo en atención al crecimiento económico del Perú, y por la trascendencia ecológica económica y social de la propiedad, máxime cuando hay condiciones tecnológicas, institucionales y tráfico jurídico inmobiliario creciente que el Estado debe garantizar por encargo constitucional de garantizar la inviolabilidad de la propiedad privada eje central del bienestar y desarrollo económico de la nación y porque el sistema que tenemos ha llegado a su fin y se ha convertido en generador de conflicto de intereses como efecto de la venta múltiple de un mismo inmueble por un solo enajenante y por su innegable ligazón al lavado de activos y crimen organizado que hace uso y abuso del mismo cuyo control se pretende a través de la bancarización de la economía que liga la escritura pública de compraventa con el notariado y los Registros públicos.

En virtud del artículo 949 del Código Civil, que prescribe que la sola obligación de enajenar un bien inmueble hace propietario a su acreedor, por lo que se entiende que no exige ninguna forma o complemento para

el cumplimiento de la ejecución de prestación, por lo que aparentemente sólo con la celebración del contrato (escrito o verbal) automáticamente se genera la obligación de ejecución por consiguiente el cumplimiento del mismo. Dejándose vacío la forma o el modo de ejecución.

Nuestro actual ordenamiento jurídico adoptó el sistema romano-germánico para la transferencia de bienes muebles por ello exige la *traditio*, en el artículo 947 del código civil y para el caso de inmuebles tal condición es inexigible, resultando suficiente el asentimiento para producir efectos traslativos del dominio, éste último hecho automático ha dado lugar a que algunos autores sostengan que el título y el modo se encuentran en la regulación del artículo 949 del Código Civil; sin embargo, nuestra realidad nos muestra que la regulación del artículo antes referido per sé no es el más adecuado ni eficiente, dado que la obligación no se puede extinguirse en el momento en que nace, pues la obligación entendida en su conceptualización histórica no puede prescindir de la conducta fáctica (positiva o negativa) con el objeto de cumplir la prestación objeto de la obligación (en el presente caso la transferencia del bien inmueble).

Como señala Gastón Fernández, un sistema de transferencia debe permitir “el consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, ante la imposibilidad material de aplicar –en un sistema jurídico dado– las tres funciones o finalidades que persigue todo sistema ideal de transmisión de dominio, tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias y, de este modo, maximizar la circulación de la riqueza, reducir o eliminación de riesgo de *un non domino*.”

Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de modo que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivadas del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.

Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. Solo a partir de que el adquirente reciba la facultad plena de exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente a quien goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y por tanto, su decisión debe basarse en determinados criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del Derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos.

El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar dos derechos de propiedad idénticos sobre el mismo bien) y de un relativo bajo costo en relación con el valor del bien cuya propiedad publicita.

La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad, de lo contrario estaremos ante el absurdo

de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

Es cierto que el consenso como principio traslativo permite que se genere más rápido y en mayor cantidad la riqueza inmobiliaria pero insegura y débil al ser el acuerdo lo único que valida la transferencia, dicha riqueza resulta efímera en cuanto no es totalmente seguro que lo adquirido se haya adquirido definitivamente y por lo tanto termina siendo un empobrecimiento, pues lo pagado para adquirir el bien se perderá. Ello sucede en los casos de adquisición de un *non domino* (un no propietario, un simple poseedor, un tenedor, un poseedor precario, un servidor de la posesión, un estafador, un aparente poseedor, o cualquier individuo que pretenda aprovecharse de quien quiere adquirir), tales supuestos sin duda, se produce con frecuencia, lo adquirido se constituye en una simple riqueza, patrimonio sujeta a la suerte, que en adelante, se busca, que no nos veamos afectados con ninguna nulidad del contrato por el que se adquirió el bien inmueble o éste bien se encuentre sujeto a gravámenes que no conocíamos en su oportunidad, más cuando la seguridad jurídica está sujeta a los ingresos económicos de cada familia. Ello implica que tenemos un sistema de transferencia de bienes inmuebles no publicístico en consecuencia no permite excluir a tercero y ello a todas luces no incentiva el libre intercambio de bienes, dejándose así de lado uno de las funciones modernas del Derecho, que es la de brindar seguridad jurídica a los propietarios de un bien inmueble.

Es así que nuestro actual sistema de transferencia, no permite un seguro tráfico inmobiliario, sino únicamente con mayor frecuencia de

inseguridad Jurídica, principalmente a los ciudadanos de escasos recursos económicos.⁵⁵

55De la Puente y Lavalle, mencionado por Max Arias SCHREIBER PEZET en "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984" Tomo III, Lima 2000

2.2.7. La seguridad jurídica y el efecto erga omnes en la transferencia de bienes inmuebles en la doctrina nacional

La seguridad jurídica objetiva consiste en saber que el derecho que conocemos protege nuestro interés objetivo, (vida, propiedad, y libertad) ya que nos concede un margen de tranquilidad psicológica, que es en lo que estrictamente consiste el valor de la seguridad jurídica. Tenemos seguridad jurídica, sólo, si el derecho que conocemos protege, también, nuestro interés, y no solo por el mero hecho de conocer bien un Derecho, de estar seguros de lo que éste dice. Por lo que podemos decir también, entonces, que tenemos, o no, seguridad jurídica; y no que hay, o no hay, seguridad jurídica, pues lo mismo que la hay, siempre, para unos, no la hay o la hay más limitada, siempre también, para otros. El Tribunal Constitucional sostiene que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del derecho y la legalidad.⁵⁶

56En el Expediente N.º 016-2002-AI/TC. 46 (Exp. 04-1997-AI/TC).

En esta sentencia el Tribunal Constitucional ha reconocido que la inscripción registral del derecho de propiedad dota de una incuestionable seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho, sin embargo, ha sido cuidadoso en señalar que la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es de que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extra registral. Con esta premisa, y acudiendo al test de proporcionalidad, el Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable, pues, no obstante que ello genera un grado de sustracción en la garantía que la seguridad jurídica dispensa, el principio no se ve afectado en su contenido esencial, siendo todavía plenamente reconocible su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico. Además es necesario también señalar, el notario dota de fe pública y seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos que ante él se celebren. Por ello podemos señalar que seguridad jurídica, aunque no se encuentre expresamente regulada en la constitución, se desprende que es un derecho fundamental de todo ciudadano y elemento consustancial del Estado de Derecho Constitucional.

La seguridad es una de las grandes funciones del derecho; expresa certidumbre y certidumbre lo otorga los registros públicos.

La doctrina hace distinción entre la seguridad jurídica estática y dinámica y se ha señalado que el derecho debe defender la llamada seguridad

estática, es decir proteger al derecho habiente, o a la relación que existe entre un sujeto y una cosa, frente a las turbaciones o ataques de terceros que inmiscuyen en esa relación; y, por otra parte la seguridad dinámica, o de tráfico, procurando brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de riqueza, aspecto este último que se proyecta en dos vertientes: Los acreedores del enajenante, que contaban con el patrimonio de ese sujeto como garantía de sus créditos y que no sean burlados por enajenaciones fraudulentas; y los adquirientes, no deben estar expuestos a sorpresa de que el bien que se les transmite se encuentre gravado o embargado.

Juan Vallet de Goytisolo, nos habla de la existencia de “dos intereses dinámicos: el del crédito y el del comercio propiamente dicho. Un adquiriente de cosa mueble frente a un acreedor a quién se ha garantizado con esta misma cosa la satisfacción de su crédito” , la distinción entre unos derechos que pueden ser opuestos a todos los individuos y otros que pueden ser opuestos a algunos resulta, a estas alturas del discurso dogmático, caduca. En efecto, partiendo de la consideración de que todos los derechos subjetivos no constituyen otra cosa que medios de realización o satisfacción de intereses, no es posible admitir que la relevancia de algunos esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelven, tal como lo quería la doctrina clásica; pues debido a que tales intereses se ubican en un plano de convivencia, es absolutamente posible que cualquier tercero provoque su lesión, de donde se deduce la necesidad de que todos los derechos subjetivos puedan ser opuestos a cuanto individuo esté en aptitud potencial de lesionarlos”
Muchos de los que cuestionan la posibilidad de que el contrato pueda

generar efectos reales se basan en que los contratos no pueden generar nunca efectos absolutos, ya que sus efectos sólo son oponibles inter partes. Esta manera de visualizar los efectos del contrato tiene su base en la antiquísima clasificación de los derechos subjetivos que los distingue entre absolutos y relativos. Pero en realidad no pueden hacer valer frente a cualquier persona y que son relativos aquellos otros que, por el contrario, solo pueden oponerse frente a ciertos sujetos. Pero, dicha manera de clasificar a los derechos subjetivos ha sido sólidamente cuestionada por un sector muy autorizado de la moderna doctrina.

En efecto, desde un inicio dicha clasificación no fue unánimemente admitida en la doctrina, ya que se ponía continuamente en duda la existencia de derechos subjetivos que carezcan de relevancia general. Siendo así, un sector importante, aunque también minoritario, de autores europeos a inicios del siglo pasado intentaron, en base a diversas concepciones acerca del derecho subjetivo, hacer caer la mentada clasificación.

Nuestro sistema jurídico peruano, entiende que el efecto erga omnes, se produce con la sola celebración de un contrato, pero que en realidad nuestro criterio, no siempre tiene eficacia práctica y su eficacia muchas veces termina desvaneciéndose frente a la oponibilidad registral.

2.2.8. La oponibilidad registral y la publicidad registral como mecanismos de seguridad jurídica

La seguridad jurídica tiene a la publicidad como uno de los instrumentos que garantiza su eficacia a través de efecto *erga omnes*. La cognoscibilidad general es un elemento fundamental para la organización del sistema de oponibilidad en el derecho; donde la posesión se diferencia nítidamente

de la publicidad registral porque este último constituye un mecanismo más eficiente para oponer derechos. Sin embargo, no podría considerarse a la registral como última fase de desarrollo de la publicidad.

A decir de Tirso Carretero “de tiempo en tiempo la publicidad (...) sufre crisis de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse (...)”, para luego resurgir remozada, acomodada a los nuevos requerimientos sociales, muchas veces reforzada para vengarse del periodo de loca clandestinidad.

La inscripción registral nos permite no solo con facilidad informarnos sobre la real situación jurídica del bien inmueble inscrito, sino también que terceros a través del efecto erga omnes, respeten nuestro derecho de propiedad. La inscripción registral no acredita la titularidad del bien inscrito y menos que dicho bien inscrito corresponde al área o perímetro que se indica en la inscripción más cuando nuestro sistema registral es declarativo.

La moderna doctrina distingue entre registros de seguridad jurídica y registros de información administrativa.⁵⁷

57 www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 19

Los registros de seguridad jurídica presentan como características esenciales la existencia de un control de legalidad o calificación, conexión entre los asientos registrales, carácter documental público de sus asientos, oponibilidad o eficacia de sus datos y cognoscibilidad general.⁵⁸

58 El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la

garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.

A su vez, los registros de información administrativa constituyen archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales etc. es decir; todo registro de seguridad jurídica se distingue por su publicidad y eficacia sustantiva, es decir; por la oponibilidad de las situaciones jurídicas que publicita, la legitimación de sus datos y la tutela del tercero registral. Asimismo, esta exteriorización no se agota en un solo acto sino que permanece en el tiempo y sirve de sustento a aquellos que pretenden acceder al registro; siendo que, en tanto se encuentre vigente el asiento registral surte plenos efectos legales.

Por tanto podemos, señalar que el principio de publicidad (a través de la inscripción registral) nos permitirá tener mejor información y certeza de saber con seguridad quién es el verdadero propietario con respecto al primer problema (la propiedad), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre existe la dificultad de la "prueba diabólica", además de la posesión y saber los gravámenes de la bien inmueble, por lo que consideramos la más adecuada a nuestra realidad la aplicación del sistema registral constitutivo no convalidante o causal, muy a pesar que inicialmente puede generar

mayores costos que el actual sistema de transferencia pero generará mayor seguridad jurídica y las condiciones actuales nos ayudan por la existencia de COFOPRI, PEET, Ley N° 27775 (uso de formularios que crea el Sistema Nacional Integrado de catastro y su vinculación con el registro de predios.

La regla que establece la norma del artículo 2022 del Código Civil, para la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, no está destinada a probar el mejor derecho de propiedad sobre un bien, sino a determinar el derecho de preferencia y de exclusión de un derecho real respecto a otros derechos reales que se le opongan.

En relación a los efectos jurídicos de la inscripción de documentos existen tres sistemas; el constitutivo, el declarativo y el sustantivo. Por cuanto atendiendo a los efectos de la inscripción se tienen tres sistemas: el sustantivo, el constitutivo y el declarativo. En el sustantivo, la propiedad se adquiere por medio de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad; en el constitutivo, la inscripción perfecciona un derecho nacido del contrato o de un acto jurídico; y, en el declarativo, la transmisión de la propiedad se lleva a cabo por el mero efecto del contrato sin que haya necesidad ni de la entrega de la cosa ni de su inscripción en el registro público de la propiedad.

De los cuales en la experiencia peruana tenemos decir que:

En el sistema constitutivo se da la constitución de derechos hasta que el documento logra su registración, de tal manera que para que quede constituido el derecho, deberá quedar inscrito el documento.

En el sistema declarativo, es el que sigue nuestro sistema jurídico para los Bienes Inmuebles y Muebles, se llama así, por cuanto reconoce la

preexistencia de los derechos reales, el derecho real se crea, se modifica o se extingue fuera del Registro Público. Se puede presumir que lo que no aparezca en los asientos registrales, no existe en la realidad jurídica, disminuyendo así considerablemente las posibilidades de fraudes y engaños pues los efectos contra terceros comienzan desde el instante de la presentación del título al Registro Público (...). Frente a la concurrencia de derechos reales o no reales, en relación a un mismo bien inmueble, en la actualidad se le da mayor prevalencia, preferencia y prioridad al que esté inscrito con anterioridad, además la inscripción de dicho derecho exige que sea un acto oneroso.⁵⁹

59Joaquín Contreras Cantú y Eduardo Castellanos Hernández. El Registro Público de la Propiedad Social en México. ISBN: 968-5365. En SISTEMAS, PROCEDIMIENTO Y PRINCIPIOS REGISTRALES, Publicado por Hilda López B el 6 noviembre, 2014 en UNIDAD XI

2.2.9. Bases teóricas y positivas de la reivindicación

La doctrina tradicional divide en dos las acciones que protegen el dominio: las acciones reales y las acciones personales, cuyos antecedentes más remotos se localiza en el Derecho Romano, donde se conoció esta división como *la actio in rem* en contraposición a la *actio in personam*, de las que se derivaron los derechos in rem y los derechos in *personam*, respectivamente.⁶⁰

60Artículo 927 del CC.-84.-"La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción". Concordante con la Constitución artículo 70. Código Civil arts. 665, 923, 950, 953, 1989. C .P. C. artículo 486, incisos. 2º, 5º, y Ley 27287, artículo 15

De lo anotado se desprende que existen, diferencias fundamentales entre los derechos reales y los derechos personales, entre las que podemos mencionar a las siguientes:

a) en cuanto al número de elementos: el derecho real presenta únicamente dos elementos, el sujeto (titular del derecho), y el bien, por lo que se afirma que el derecho real es el poder directo e inmediato que ejerce una persona sobre un bien, originando así una relación directa entre dicha persona y dicho bien.

El derecho personal, en cambio, se compone de tres elementos: el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto o la prestación, estableciéndose una vinculación entre ellas y quedando el sujeto pasivo obligado a efectuar una prestación específica.

b) En cuanto a la oponibilidad: el derecho real es un derecho absoluto, es decir, oponible erga omnes, por ejemplo, todos tienen la obligación de respetar mi propiedad, en cambio, el derecho personal es un derecho relativo, ya que solo es exigible al sujeto pasivo.

c) En cuanto al modo de ejercicio: en el derecho real, el objeto se obtiene directamente, sin ningún intermediario; en cambio, en el derecho personal el objeto se alcanza por medio de otra persona.

d) En cuanto al número: los derechos reales tienen un número limitado (numerus clausus), ya que solo pueden ser creados taxativamente por la ley, así lo señala nuestra norma sustantiva civil en el artículo 881; en cambio, los derechos personales pueden crearse ilimitadamente (numerus apertus). De lo anterior se desprende que en los primeros se trata de normas de orden público, mientras que en los segundos, prima el principio de la libre autonomía de la voluntad.

e) En cuanto a la determinación del bien: los derechos reales se refieren a bienes corporales e individualmente determinados, la propiedad "A", el

usufructo "B", la hipoteca "C", en cambio, los derechos personales están referidos a objetos inmateriales.

- f) En cuanto al *ius preferendi*: el derecho real confiere a su titular un derecho de preferencia frente al que tiene un derecho crediticio, y además establece la primacía ante otro derecho similar, según su antigüedad. Los derechos crediticios no poseen esta característica, pues todos están en igualdad de condiciones.
- g) En cuanto al *ius persecuendi*: el derecho real otorga a su titular el derecho de persecución sobre el bien, por lo tanto es oponible a cualquier tercero que lo posea (excepto en los bienes muebles poseídos de buena fe que son irreivindicables), en cambio, los derechos personales no tienen esa naturaleza "rei persecutoria".

Como consecuencia de lo anteriormente anotado se desprende, que los derechos reales dejan expedito a su titular para invocar una acción real que le hará reivindicar el bien contra aquella persona que lo tenga en su poder; en cambio, los derechos personales solo se dirigen contra el obligado, quien deberá cancelar su obligación.

En ese mismo sentido quepa señalar que: en el derecho obligacional la acción nace con el derecho mismo, en el real la acción nace de la violación de él.

Ahora bien, el artículo 927 de nuestro Código Civil que textualmente dice.-"La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción" consagra, como una característica propia de los derechos reales, la potestad inherente del propietario para restituir a su dominio un bien de su propiedad a través de la llamada acción reivindicatoria.

La palabra reivindicación tiene su origen en las voces latinas res, que significa cosa y vindicare, que significa reclamar todo aquello que se ha desposeído, vale decir que, etimológicamente, esta acción persigue la restitución de un bien.

Nuestro Código Civil no lo define dejando a la doctrina la tarea de definirla así tenemos de:

- Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, que señala que la reivindicación es: "la recuperación de lo propio, luego del despojo o de la indebida posesión o tenencia por quien carecía de derecho de propiedad sobre la cosa".
- Lucrecia Maisch Von Humboldt, "la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio",
- Planiol, Ripert y Picard, afirman que "la reivindicación es la acción que ejercita una persona para reclamar la restitución de un bien (cosa) del que pretende ser propietario. Se basa, por tanto, en la existencia del derecho de propiedad y tiene como finalidad la obtención de la posesión",
- Guillermo Borda, sostiene que "es la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa (bien) para reclamarla de quien efectivamente la posee". Es preciso mencionar que esta definición se refiere acertadamente a el que tiene derecho a poseer un bien al que lo posea.

De esta manera, podemos señalar que la acción reivindicatoria reclama con justo derecho la restitución del bien indebidamente poseído por una tercera persona que carece de título legítimo y/o aparente y/o incompleto

para poseerlo o para tener justo derecho sobre él. Consecuentemente, por esta acción se pretende restituir la posesión de un bien.

En ese mismo sentido, Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, indican que "la reivindicación es la acción dirigida al reconocimiento del dominio y la restitución de la cosa a su dueño por el tercero que la posee". Esta definición es pues ratificada por el Código Civil chileno, al estipular que: "La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela", se colige que existen requisitos necesarios para la procedencia de esta acción, tales como:⁶¹

61 artículo 889 Código Civil chileno.

- a) Que el demandante o titular del derecho tenga legítimo derecho de propiedad sobre el bien que pretende reivindicar.
- b) Que el legítimo propietario o titular esté privado de la posesión del bien, y
- c) Que se trate de un bien inmueble determinado, preciso e identificable.

Estos requisitos nos llevan a determinar que el fundamento de la acción reivindicatoria no es otro que el poder de persecución y la inherencia del derecho a la cosa, propios de todo derecho real y muy en particular del derecho de propiedad.

Que precisar que no es rigurosamente exacto que la acción reivindicatoria nazca cuando el propietario ha perdido la posesión del bien, puesto que también detenta el derecho a ejercitarla, en los casos en los que el propietario nunca tuvo dicha posesión, Por consiguiente a

los requisitos anteriormente señalados se debería añadir como requisito sine qua non para ejercitar esta acción, la presentación del título que determina la propiedad del bien, coincidiendo con lo expuesto por Louis Josserand, que manifiesta que "el propietario que obra en reivindicación debe presentar la prueba de su derecho de propiedad".

Como corolario de lo anteriormente acotado, podemos determinar que solo el propietario puede reivindicar un bien, ya que la titularidad de la cosa le otorga capacidad legítima para iniciar esta acción.

La reivindicación es de antigua data ya que se origina en el Derecho Romano, que inspiró al derecho español y consecuentemente al derecho peruano al producirse la conquista. Esta acción tomaba el nombre de *reivindicatio*, y cuyo fundamento y base de la misma subsisten hasta nuestros días, señalando así que la acción reivindicatoria ampara al propietario civil *-dominus ex iure quiritium-* que no posee la cosa, contra el tercero que la posee ilícitamente o contra el poseedor no propietario, a fin de que se le otorgue la propiedad del bien mediante una resolución judicial, que ampare o reconozca su derecho y, consecuentemente, se le restituya la cosa a su dominio o se haga efectivo el pago equivalente de la misma.

Nuestro Código Civil de 1852 no establece dispositivo alguno que defina expresamente la mencionada acción, sin embargo, podemos apreciar que el fundamento de la misma y los alcances de dicho concepto se encuentran en el inciso 4) del artículo 461, al señalar que: "son efectos del dominio: (...) el de excluir a otros de la posesión o uso de la cosa".

Del mismo modo, el Código Civil de 1936 legislaba esta acción en el artículo 850 como una de las características omnipotentes del derecho

de propiedad, vale decir que el propietario de un bien, además de poseer, percibir los frutos y disponer de él dentro de los límites de la ley, también estaba facultado para reivindicarlo, otorgándole con ello un poder amplio y exclusivo respecto del bien.

De igual forma, cabe anotar que nuestro actual Código Civil del 84 en el artículo 923, contiene una semejante redacción al artículo 850 del acotado Código Civil de 1936, ya que ambos señalan expresamente las características del derecho de propiedad a que se hace referencia en el párrafo precedente, siendo una de ellas el derecho a reivindicar el bien como facultad inherente, absoluta e inoponible del derecho de propiedad.

Asimismo, en el artículo 927 del vigente Código Civil cierta el legislador al calificar expresamente la acción reivindicatoria como un derecho exclusivo del titular legítimo del bien, agregando que esta acción es imprescriptible porque no se extingue con el por el transcurso del tiempo, es decir, protege al titular del derecho de propiedad durante todo el tiempo, de modo que el propietario siempre podrá reivindicar el bien de su propiedad en caso de desposesión.

Teniendo en cuenta que la prescripción consiste en un modo de adquirir la propiedad de un bien por el simple transcurso del tiempo (artículo 950 del C.C.), nuestra norma adjetiva civil, bajo la denominación de "prescripción adquisitiva de dominio" (artículo 504 inc. 2 del Código Procesal Civil), establece el procedimiento para lograr el reconocimiento del derecho de propiedad a favor del prescribiente. Contrario sensu, la imprescriptibilidad supone el hecho de que la propiedad del bien no

puede perderse por la falta del ejercicio de los elementos inherentes a la propiedad a través del transcurso del tiempo.

Dicho concepto está ligado necesariamente a la duración del derecho de propiedad que detenta el titular de un bien, ya que si ese derecho concluye, la acción reivindicatoria también concluye o en todo caso se transfiere al sucesor o al nuevo adquirente.

La segunda parte del artículo in comento establece la improcedencia de la acción reivindicatoria respecto de aquella persona que adquirió el bien por prescripción.

En efecto, aquel que adquiere un bien inmueble por el mero transcurso del tiempo, tuvo que haberlo hecho con la concurrencia y las formalidades establecidas por el Código Procesal Civil, como es el haber poseído el inmueble en forma continua, pacífica y pública como propietario, durante cinco años con justo título y buena fe y diez años si no concurrieran estas dos condiciones. En consecuencia, si cumplidos tales trámites para que se otorgue la titularidad del bien por prescripción, no aparece el legítimo propietario de la cosa, o existiendo este, no hizo valer su derecho oportunamente, se colige que ha renunciado tácitamente a su derecho a la propiedad del bien, consecuentemente, el prescribiente se convierte en el legítimo propietario, no solo por el simple transcurso del tiempo, sino también por haber regularizado y concluido la acción de prescripción adquisitiva de dominio mediante resolución firme. En tal sentido, la acción reivindicatoria resultaría improcedente contra aquel que adquirió el bien por prescripción a tenor de lo que dispone el artículo que se comenta.

Por lo vertido resulta oportuno lo vertido en esta parte por Lucrecia Maisch Von Humboldt, en la exposición de motivos del Código Civil respecto a que la segunda parte de este artículo contiene un error substancial evidente, pues "aquel que adquirió el bien por prescripción" es, sin lugar a dudas, el nuevo propietario, ya que el verbo está en pasado: "adquirió"; en consecuencia, el que perdió el bien se convierte simplemente en un "expropietario"; quien lógicamente, ya no tiene ni los derechos que otorga la propiedad, ni las acciones que la tutelan. Ahora bien, ¿quién es el titular de la acción reivindicatoria? Obviamente, el nuevo propietario, es decir, aquel que adquirió el bien por usucapión, este desafortunado error conlleva a implicancias mayores si se efectúa una interpretación de la norma. No es que la acción reivindicatoria "no proceda contra aquel que adquirió el bien por prescripción" sino que, muy por el contrario, es la persona que se ha beneficiado con la usucapión (prescripción adquisitiva) y se ha constituido en propietario quien puede, de ser el caso, reivindicar su bien, incluso del expropietario, es decir del que lo perdió por prescripción.

2.2.10. La reivindicación en la jurisprudencia, fuente formal del derecho peruano

La jurisprudencia entendida como el conjunto de sentencias que determinan un criterio a cerca de un problema jurídico omitido u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho o "interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce" como es entendida por el foro nacional que en sobre el tema ha establecido lo siguiente:⁶²

62Guillermo Cabanellas de Toirres, *Diccionario Jurídico Elemental*,
1ª Edc. Peruana- 1989. Pág. 174

- "La acción de reivindicación faculta al propietario de un bien determinado e identificado con sus respectivos linderos y medidas perimétricas a solicitar la entrega al poseedor no propietario".
Exp. N° 523-95 - Arequipa, GACETA JURÍDICA N° 40, p. 16-C.
- "La acción reivindicatoria es la que tiene el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, en consecuencia, un extremo de la acción exige la probanza plena del derecho de propiedad de la cosa reclamada y el otro que quien posee lo haga sin título alguno. El propietario tiene derecho a poseer y este derecho, que es exclusivo y excluyente, constituye el sustento real de la acción reivindicatoria".
Exp. N°1322-90-Lima, GACETA JURÍDICA N° 15, pág.13 A.
- "Cuando se posee en calidad de arrendatario no procede la reivindicación".
Exp. N° 234-96/3AG, Resolución del 20/01/97, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad.
- "La acción de reivindicación corresponde ejercitarla al propietario no poseedor de un bien contra el poseedor no propietario del mismo y para que surta sus efectos el accionante debe acreditar de manera indubitable el derecho de propiedad que invoca sobre el bien cuya reivindicación demanda".
Exp. N° 955-86-Lima, Normas Legales N° 150, pág. 350.
- "Para ejercitar la acción reivindicatoria no basta probar el dominio, sino que además es necesario establecer que el demandado posee indebidamente el bien".
Exp. N° 1419-92-Lima, Normas Legales N° 236, pág. J-1S.

- "Son requisitos esenciales de la acción reivindicatoria que el demandante justifique la propiedad de los bienes reclamados por un título legítimo de dominio y que acredite que los mismos se hallan poseídos o de tentados por el demandado".

Exp. N° 265-95-Lima, GACETA JURÍDICA N° 40, pág. 15C.

- "No es en el proceso de reivindicación donde debe definirse cuál de las partes tiene mejor derecho de propiedad, sino en la acción legal correspondiente".

Exp. N° 619-95-Ica, GACETA JURÍDICA N° 43, pág. 14-A.

- "Si la actora tiene título sobre el lote del terreno pero carece de título sobre la fábrica del inmueble, resulta improcedente la reivindicación demandada por falta de título sobre la integridad del inmueble".

Exp. N° 732-90-Ayacucho, Primera Sala Civil de la Corte Suprema, "Jurisprudencia Civil", pág. 185.

- "La facultad de reivindicar o ius vindicando, es el derecho del propietario de recurrir a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero"

Cas. N° 3034-2001 Arequipa. El Peruano, 0210512002, pág. 8756.

- "La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, pues protege el derecho real de propiedad uno de cuyos atributos es precisamente, la posesión, siendo oportuno señalar que mediante dicha acción el propietario no poseedor de un bien obtiene la restitución por parte del poseedor no propietario"

Cas. N° 3017-2000. Lima. El Peruano, 05/1112001, pág. 7959.

- "La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que el dominio; por ella se reclama no solo la propiedad sino también la posesión".

Cas. N° 2539-2000. Lima. El Peruano, 05/11/2001, pág. 7974.

2.2.11. El mejor derecho a la propiedad en la doctrina

El tema sobre el "mejor derecho a la propiedad" es un tema muy poco o nada tratado en nuestra comunidad jurídica, sin embargo paradójicamente muy usado en el ámbito jurisdiccional, y lo encontramos ligado al sistema espiritual de transferencia de la propiedad, llamada también consensual en el foro peruano, en atención a que fue adoptado éste sistema por nuestro ordenamiento jurídico desde el Código Civil de 1852 que siguiera el modelo francés de 1804, sin la innovación introducida por la ley de 23 de marzo de 1855, que establece el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, como se ha anotado la posición originaria del código de Napoleón se mantiene en el código civil del 36, y también en la del 84 que prescribe que la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o por el simple consentimiento.

En aras de la calidad se debe precisar que en el Perú el sistema de transferencias de propiedad en general es mixto porque para el caso de transferencia de bienes muebles ésta se perfecciona con la tradición por lo que es manifiesta la adopción del sistema de separación de contratos (título y modo) al exigirse la tradición como requisito sine qua non y para la transferencia de inmuebles la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario, así aparece en el artículo 949 del Código

Civil. Empero el Artículo 1529 del mismo texto legal exige una conducta obligacional al vendedor, transferir la propiedad y al comprador pagar el precio, evidenciándose la incongruencia.

Nuestro sistema al permitir la transferencia de bienes inmuebles basados únicamente en la convención permite la celebración de contratos de compraventa de inmuebles sujetos a la voluntad de las partes, y que si bien existe el efecto erga omnes, pero, eventualmente, pueden verse perjudicados los terceros que desconozcan la celebración de dichos contratos, para efectos de ejercer oponibilidad alguna frente a la celebración del contrato antes referido.

Frente al sistema de transferencia de propiedad adoptada por nuestra legislación, toma mayor relevancia la oponibilidad registral, precisamente por el principio de publicidad registral, ya que lo que se encuentra inscrito no sólo se presume exacto sino cierto y en consecuencia es de conocimiento general, por lo que no admite prueba en contra.

Que, cuando exista la concurrencia de derechos no reales, también es perfectamente aplicable la prevalencia que señala el código civil en el artículo 2022 que dice: “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” y el artículo 2014 que dispone que. El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se

anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”, debido a que nuestro actual sistema registral, permite la inscripción no sólo de derechos reales sino de derechos de distinta naturaleza porque tratándose del derecho de propiedad, no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos personas titulares del derecho real de propiedad, por cuanto este es excluyente por lo que la reivindicación no es la vía idónea para discutir el derecho de propiedad que recíprocamente invocan ambas partes" máxime cuando la acción reivindicatoria la dirige el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario y resulta forzado asumir que la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia , siendo procedente esta acción para dilucidar el concurso de derechos reales, en este sentido cuando dos personas aleguen derechos de propiedad respecto de un mismo bien inmueble a fin de determinar quién tiene mejor derecho, resultan aplicables las normas sobre concurrencias de acreedores, prioridad registral oponibilidad de derechos reales y fe pública registral generando, pese a que ley no lo dice expresamente y por su parte el derecho comparado y la doctrina dicen lo contrario hecho que en ha venido generando en el Perú criterios encontrados no solo en la doctrina sino en nuestra jurisprudencia incumpliendo el Estado peruano con garantizar la institucionalidad de la propiedad por lo que debería dotarle seguridad jurídica dado el alto tráfico jurídico inmobiliario y de connotación económica fundamental para el desarrollo de la persona y de la nación. Por lo que es necesario la incorporación en el vigente Código Civil

normatividad jurídica que recojan lo vertido por la Corte Suprema en sus fallos de principio, así como lo establecido en los plenos jurisdiccionales que regulen el ejercicio del mejor derecho de propiedad que tiene objeto y naturaleza propia pues la acción de mejor derecho de propiedad tiene por objeto oponer este derecho real frente a un tercero que también alega este mismo derecho sobre el bien, habida cuenta que esta acción también se encuentra sustentada en el derecho de propiedad al igual que la reivindicación, gozan de los mismos atributos que le confiere la propiedad, y consecuentemente tiene la misma naturaleza imprescriptible.⁶³⁻⁶⁴⁻⁶⁵⁻⁶⁶⁻⁶⁷

63De GerbertAgusto Huanca Quispe en OPONIBILIDAD DE DERECHOS REALES INIDONEIDAD PARAPROBAR EL MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD, 64www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 22

65Tratándose del derecho de propiedad, no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos o más titulares del derecho de propiedad, por cuanto este es excluyente"(Exp. N° 479-95-Lambayeque, Sala Civil de la Corte Suprema, HinostrizaMinguez, Alberto, "Jurisprudencia Civil", tomo 111, p. 239).

(Exp. N° 324-95-Junín, Normas Legales N° 247, p. A-17).

67Cas. N° 95 – 2002- La libertad, 16 Sep. 3003, en: Jurisprudencia Procesal Civil, Normas Legales, setiembre 2004, Trujillo, T. III, pp. 184-187

Que el concurso de derechos reales, que puede dar lugar a un conflicto de mejor derecho de propiedad, solo se configura cuando el demandante y el demandado tienen igual categoría de título de propiedad, como por ejemplo las escrituras públicas y que los títulos se encuentran inscritos en los registros públicos, mas no así, cuando el título del actor se encuentra inscrito y del demandado no lo este, pues en este último caso tratándose por ejemplo de una minuta que no acredita el trato sucesivo cabe solamente la reivindicación sin ser necesario la declaración de mejor

derecho real ya que al no existir el tracto sucesivo no se acredita el derecho de propiedad.⁶⁸

68Cas. N° 3588-2000 – Puno, 23 mar. 2001 en: Jurisprudencia Civil, Editora, Normas Legales, 2002, Trujillo, T. I, pp. 174-178.

El mejor derecho puede clasificarse en declaración positiva y negativa. Por la primera, el titular pretende que su derecho sea declarado frente a quien lo niegue o desconozca, (es decir a otro que también pueda tener el mismo derecho); y en la segunda el titular de un derecho real pretende que se declare que otro carece de un derecho de la misma naturaleza de la cosa.⁶⁹

69Cas. N° 3588-2000 – Puno, Lima 23 mar. 2001 en: Jurisprudencia Civil, Editora, Normas Legales, 2002, Trujillo, T. I, pp. 174-178.

Determinación del mejor derecho en un Proceso de reivindicación. Nada impide para que un proceso sobre reivindicación se determine también el mejor derecho de propiedad cuando ambas partes tengan dicho título; por lo mismo debe ordenarse el reenvío a fin de que las instancias de mérito se pronuncien sobre el mejor derecho de propiedad y la reivindicación.⁷⁰

70Cas. N° 2376-2001 – Loreto, 23 Nov. 2001 en: El peruano – Lima 1 abril 2002.

Que, si bien la acción reivindicatoria la interpone el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, también lo es que, nada obsta para que en dicho proceso pueda discutirse el mejor derecho de propiedad en caso de que la parte contraria también alegue la titularidad respecto del mismo bien; tal como quedara establecido en reiteradas ejecutorias supremas.⁷¹

71Cas. N° 3134-2001 – La Libertad, 11 Feb. 2002 Trujillo, T. I, pp. 181-184.

Sin embargo quepa señalar que la jurisprudencia nacional en este aspecto dice que constituyendo la acción reivindicatoria la acción real por

excelencia y en esta la vía corresponde dilucidar el mejor derecho de propiedad, poniendo fin a la incertidumbre jurídica y que también procede la acción reivindicatoria sobre una persona que ostenta también títulos de dominio respecto del mismo bien y que incluso pudiera tener su derecho inscrito en los Registros Públicos, en cuyo caso debe dilucidarse dentro del mismo proceso de reivindicación quien es el que tiene mejor derecho de propiedad, y si bien el mejor derecho de propiedad pueda promoverse en vía de acción no se trata de una acción real “stricto sensu” y no es necesariamente una lección aparte o independiente de la reivindicatoria, sino que esta incursa dentro de ella como una cuestión probatoria por lo que en la presente investigación se ha precisado su singularidad jurídica para poner coto a las confusiones y criterios diversos que se vienen dando.⁷²

72Aníbal Torres Vásquez, DICCIONARIO DE JURISPRUDENCIA CIVIL, Pág. 472 - 479

Que si bien la reivindicación y el mejor derecho son pretensiones reales y tienen por objeto debatir el derecho de propiedad que se acreditan con títulos de propiedad, procesalmente hablando se ventilan en procesos de cognición y están reservadas para quienes tienen la calidad de propietarios, cuyo objeto sea un bien jurídico idéntico (un inmueble), se produce una colisión entre ellos y que al pertenecen a varios titulares se genera un conflicto de intereses que no pueden resolverse en la pretensión reivindicatoria porque esta acción real está prevista para el propietario con título inscrito no poseedor que la dirige contra el poseedor no propietario que no ostentar título alguno que respalde tal posesión, por lo que su prevalencia el uno respecto al otro debe determinarse específicamente en vía distinta a la declaración del mejor derecho de

propiedad ya que en el mejor derecho de propiedad se discutirá cuando ambas partes aleguen tener título sobre el bien controvertido y ante un conflicto de derechos reales debe prevalecer aquel que tiene un derecho inscrito los registros que pueden ser generados por la doble venta, en la que la primacía o preferencia del que inscribe su derecho en los registros encuentra su sustento en la teoría de la derogatoria del sistema consensual de la transmisión de dominio, puesto que esta sufre una corrección a través de reglas especialmente ideadas para proteger la apariencia de ciertas situaciones jurídicas especialmente confiable para los terceros y cuya función es tutelar la circulación de la riqueza en general y la segura adquisición de derechos en singular. Para tal efecto, en determinadas hipótesis se deroga el principio consensualístico en beneficio del principio de publicidad de los títulos, que brindan seguridad al tráfico jurídico frente a las transmisiones ocultas que denotan elevada inseguridad por lo que corresponde al Estado tutelar la transmisión de los derechos.

En buena cuenta, el tercero adquirente del inmueble como libre de gravámenes no inscritos o del dominio pleno del inmueble a pesar de que esta pudiera tener un propietario anterior según el estricto derecho civil, luego, el gravamen no inscrito o la venta no registrada son inexistentes para el tercero que inscribió. Frente a el se extinguen ambos derechos: la finca queda libre y el primer comprador ve resuelto su dominio. En tal caso, el juego de la publicidad registral (oponibilidad de los títulos clandestinos) haría configurar una verdadera adquisición a *non domino* en el supuesto de la doble venta.

En segundo término, otros autores buscan explicar la primacía del segundo comprador a base de una común y corriente adquisición a domino, es decir como si la transmisión proviniese del mismo titular o propietario del bien. ¿Cómo es posible admitir que el transmitente de la propiedad con la primera venta, y en virtud del principio de transferencia consensualístico, resulte que aun siga siendo propietario y, en consecuencia, en tal condición, pueda transmitir a “domino” a favor del segundo comprador? Evidentemente la congruencia de la hipótesis no es nada sencilla, y por ello los distintos tratadistas que han optado por estas tesis, han debido realizar complejas elaboraciones dogmáticas explicativas del extraño fenómeno jurídico que de allí surge.

En esta segunda tesis, (adquisiciones *a domino* existen variantes principales: a) una tesis defendida por Luzzato, y seguida por una buena parte de la doctrina italiana con sus diversas sutilezas, reconoce el consenso como suficiente para operar en forma absoluta la transferencia dominical de los bienes, aun cuando en caso de existir conflicto con un inscribiente, se distinguen dos periodos: En uno, el primer comprador es dueño frente a todos los terceros, pero su adquisición no está asegurada y puede decaer de presentarse la hipótesis excepcional de la doble venta. En el segundo periodo, de ocurrir dicha hipótesis, el inscribiente se convierte en dueño, haciendo ineficaz el primer acto y, en consecuencia adquiriendo el *a domino*, esto es, en virtud al revivido derecho del vendedor común. En este caso, la inscripción funciona como causal legal de extinción del derecho que ostentaba el primer comprador, quien de esta manera queda privado de la propiedad, con lo cual el vendedor readquiere el dominio tan solo para efectos de transmitírselo al segundo

comprador. Por otra parte Luigi Mengoni, ha señalado que desde el punto de vista del supuesto de hecho primario, constituido por el contrato, la segunda enajenación es un acto de disposición de un derecho ajeno puesto que el enajenante se ha despojado del derecho a favor del primer adquirente.

Pero esta calificación solo opera entre las partes, esto es, entre el enajenante y el ulterior adquirente, no en las relaciones entre este último y el primer adquirente (terceros entre sí). De allí que todos los sucesivos causahabientes son considerados adquirentes "a domino", provistos de un título de adquisición válido, por lo que se trata de un conflicto de títulos que la ley resuelve, mas sobre la base del supuesto de hecho primario, por referencia al supuesto de hecho secundario. Se aplica siempre el principio de primacía temporal, pero no por referencia al acto de adquisición del derecho, sino al supuesto de hecho secundario, constituido por la publicidad. Como se puede apreciar, se trata de elaboraciones conceptuales artificiosas; que a nuestra opinión, solo esta primera variante resulta defendible, por cuanto la segunda y tercera adolecen de serias deficiencias que lo atacan desde su propia base, tal se verá a continuación. b) La segunda variante, sostenida por Cano, considera, en cambio, que nos encontramos ante una situación de pendencia, en donde el primer comprador no se convirtió en propietario "pleno" , por cuanto dicha plenitud solo se alcanza con la inscripción, convirtiéndose esta en el mecanismo técnico por la que se pone fin al estado de interinidad. En realidad, esta variante, es análoga a la vieja doctrina francesa de la "doble propiedad", de tal suerte que antes de la inscripción el comprador solo es propietario "inter partes" con un dominio

relativo o “no pleno” y, tratándose de una situación de pendencia o de interinidad que concluye con la inscripción, este es el único mecanismo que otorga el dominio absoluto o “pleno”. La identidad de fundamentos, aunque con distinta terminología, es bastante evidente. Nuevamente debemos indicar que esta tesis con distinta etiqueta no puede ser compartida, en tanto, contraviene la naturaleza de las cosas.

En tal sentido, es erróneo sostener que mientras el primer no inscriba todavía no es dueño, el cual implica un desconocimiento de la realidad, en donde el comprador con título, con precio pagado e incluso con posesión, ejerce el aprovechamiento y goce del bien, pudiendo arrendar, usar, edificar y realizar cualquier otro acto de disfrute o disposición, incluyendo el ejercicio de su derecho en defensa judicial o administrativa. También es incoherente llamar *dueño interino* al vendedor que se desentendió del bien, que recibió el precio, y que no ejerce acto posesorio alguno sobre el bien. ¿Una vez más le brindamos preferencia a las formas vacías de contenido con tal de salvaguardar el edificio geométrico de los conceptos jurídicos? es más, sobre la situación del acto jurídico aun no inscrito, Cano afirma: “Abre una situación de pendencia en que las titularidades de los derechos involucrados son meramente interinas o provisionales, en espera de que se consolide o se desbarate esa situación pasajera ¿Alguien puede llamar como “situación de pendencia” al propietario sin inscripción que goza del bien desde hace cinco, diez o cincuenta años? Es una realidad incontestable que muchos propietarios no han inscrito sus adquisiciones y el contenido del Registro sigue inalterable manifestando una “verdad” inexistente. Si siguiéramos esta opinión, tal vez el 80% de los derechos de propiedad se encontrarían “en pendencia”, lo cual no

pasa de ser una caricatura de la realidad sociológica. Por todas estas razones debemos rechazar la tesis referida a una “situación de interinidad o pendencia”. Todas ellas tienen el mismo defecto: desconocen la realidad.

Una tercera variante parte, también, de la misma idea ya estudiada del dominio “no pleno” y en el sentido de que el vendedor conserva de alguna manera el poder de disposición sobre el inmueble a favor del segundo comprador inscrito. Esta variante se diferencia de la anterior, por cuanto reconoce que el vendedor ya no es propietario, ya que dejó de ser titular, con lo cual teóricamente deberíamos dirigirnos a la doctrina de las adquisiciones a *non domino*. Sin embargo, para evitar este efecto, los sostenedores de esta tercera variante consideran que el vendedor conserva una especie de legitimación extraordinaria que le permite disponer válidamente del bien, aun cuando hubiera realizado una venta anterior no inscrita. En buena cuenta se trata de un no propietario que conserva la legitimación de propietario, con lo cual se pretende salvar el escollo de las adquisiciones a *non domino*. Esta tercera variante cuenta con un gran número de seguidores y tal vez podría considerársele como mayoritaria en doctrina. Así se dice: “para que un acto jurídico sea, sin embargo, eficaz no es suficiente que su autor tenga aptitud subjetiva para realizarlo (es decir, capacidad de obrar) sino que es también necesario que tenga el reconocimiento, otorgado por el Derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión.

El reconocimiento de este poder recibe el nombre de legitimación el titular aparente -en los casos en que así lo determina el ordenamiento jurídico

tiene una verdadera legitimación (extraordinaria) para disponer, gozando del poder jurídico necesario para realizar actos de disposición, sobre la esfera jurídica ajena. El fundamento de su legitimación para disponer es la apariencia de titularidad de que está investido.

Esta tesis considera al transmitente como *legitimado* “extraordinario” para transferir una propiedad que no tiene. Según Bustos Pueche, ha expuesto argumentos irrefutables en contra de la doctrina de la “legitimación extraordinaria”, esta perspectiva es equivocada, por cuanto la tutela de la apariencia es una institución destinada a proteger a terceros adquirente y no a un transmitente carente de poder de disposición, y al cual, no se le puede brindar protección. Es decir, si se protege a alguien, ese debe ser el adquirente (por la confianza que en él le suscita una apariencia de verdad) y no el transmitente. El error de perspectiva se pone claramente de manifiesto si se cae en cuenta que la permanencia de la situación del adquirente depende, entre otras cosas, del requisito de la buena fe de este, ante lo cual cabe preguntarse por que la buena o mala fe del adquirente influye en la situación de otro sujeto, como es el transmitente y su “legitimación extraordinaria”. Si este, en virtud de la apariencia, tenía poder, pues lo sigue teniendo con independencia de la situación personal del adquirente. Si aparece como titular, y ello le da una legitimación extraordinaria para obrar, no puede perderla porque el adquirente se halle en estado personal de mala fe, o puede o no puede. Lo que no parece razonable es condicionar el poder extraordinario que se dice tiene el titular aparente en un estado psicológico ajeno a el mismo, cual es, la situación espiritual del adquirente. Por lo tanto, no se trata de una cuestión de poder -a la que no podría afectar una cualidad personal ajena

-sino de una situación de hecho en que se en cuenta el adquirente o tercero de buena fe.

Como conclusión de lo expuesto, podría decirse que las posturas aceptables en torno a este tema son la referida a la adquisición a *non domino* y la relativa a la adquisición a *domino* en su primera variante. Sin embargo, debe recordarse que la transmisión normal de un derecho exige negocio valido y titularidad pre existente. En las adquisiciones a *non domino* falta este segundo requisito (titularidad del transferente), por lo cual la Ley suple su ausencia haciendo eficaz el negocio transmisivo valido y expropiando de su derecho al titular real que no lo hizo constar en el Registro.

En la adquisición a *non domino* hay título, pero no hay poder de disposición. El negocio celebrado entre el titular aparente y el tercero es perfectamente válido; sin embargo, ocurre que el mecanismo es completamente ineficaz por sí solo. Y en efecto, la ley subsana la inexistencia del segundo requisito en forma muy parecida a lo que ocurre en los supuestos de usucapión ordinaria (con justo título y buena fe). Se trataría siempre de un supuesto de adquisición legal, aunque dependiendo de los autores podría hablarse de que esta es originaria o derivativa.

En relación la primera variante de la adquisición a *domino*, esta considera que el derecho del primer acreedor se resuelve o extingue frente al segundo acreedor inscrito, por lo cual este adquiere del verdadero titular, por cuanto la consumación de la causal resolutoria convierte al vendedor nuevamente en dueño, encontrándonos en presencia de una adquisición voluntaria y derivativa a *domino*. Definitivamente, se trata de

una teoría discutible (por el excesivo conceptualismo jurídico) y, en este sentido, es preferible la doctrina de la adquisición *a non domino*.

No obstante, a poco de profundizar en ambas posiciones, se notara que las divergencias son más aparentes que reales. Así pues, en ambas se reconoce al primer comprador (aun no- inscrito) como dueño pleno del bien inmueble adquirido, solamente que su adquisición no está asegurada y por ello es posible la existencia de un segundo comprador preferido en virtud a la inscripción de su derecho, en cual, a su vez, pasara a ser titular pleno.

En ambos casos, es necesaria la existencia de adquisiciones derivativas, ya que incluso en las adquisiciones *a non domino* es imprescindible un contrato transmisivo válido. Por lo que resulta válido preguntarse ¿Cuál es la diferencia entonces?, simplemente, lo que ocurre es que en las adquisiciones “a non domino” el gran protagonista de este fenómeno jurídico, es la ley misma buscando titular la apariencia, mientras que las adquisiciones “a domino” el protagonista viene a ser la voluntad de las partes (manifestada en el negocio celebrado entre el vendedor y el segundo comprador), pero con la colaboración de la ley, que extingue la primera venta para tutelar la apariencia en la que confía el segundo comprador. La diferencia entre ambas doctrinas es aún más pequeña si tenemos en cuenta que, en cualquiera de ellas, el substrato existente en la adquisición es siempre un negocio jurídico válido, el cual sirve de justificante de la atribución patrimonial, solo que en un caso el protagonismo se lo lleva la ley y en el otro se lo lleva siempre la voluntad de las partes, más la necesaria cooperación de la ley.

La teoría que mejor explica este fenómeno es aquella de la adquisición a *non domino*.

Las razones de esta toma de posición pueden encontrarse en que el transmitente que no goza de poder de disposición por cuanto este no puede depender de un hecho ajeno a él, como es la buena fe de la otra parte, todo lo cual permite deducir que el elemento relevante no es el transmitente, sino la situación de hecho en la que se halla el tercer adquirente de buena fe.

Aquí, la cuestión dogmática pasa a segundo plano al tratar de solucionar problemas prácticos comunes a todos los ordenamientos, por cuanto el conflicto de la doble venta, no solo está presente en los sistemas consensualístico (Francia, Italia, Perú), sino también entre los que acogen el sistema del título y modo (España).

En buena cuenta: los ordenamientos de nuestro entorno resuelven todos de la misma manera este conflicto, demostrando que los hombres y sus problemas son mucho más universales de lo que se pudiera pensar, relegando a la doctrina y sus discusiones sobre el título y el modo, el consentimiento productor del efecto transmissivo y otros rubicones dogmáticos a un humilde segundo plano.⁷³

73Rubicón. (Del lat. Rubico, -ōnis, Rubicón, río de Italia que marcaba la frontera entre este país y la Galia Cisalpina). Pasar el ~. (Por alus. al momento en que Julio César, sin autorización del senado, cruza este río con sus legiones y penetra en Italia). fr. Dar un paso decisivo arrojando un riesgo.

Microsoft Encarta® 2009. 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Pero, a su vez, en tal segunda fila, la doctrina no puede renunciar a desenvolver su inherente cometido: debe comprender y, luego, explicar el cómo y por qué de la situación práctica y con ello ¿Quién lo niega?

También puede aportar su pequeño grano de arena a la propia praxis jurídica.

- 2.2.12. La figura de la doble venta o de la concurrencia de acreedores en el derecho peruano.

La situación de incompatibilidad existente entre dos compradores (o acreedores) sobre un mismo bien inmueble, debe ser resuelta de alguna u otra manera, ya sea prefiriendo al primer contratante, al primer poseedor o al primer inscribiente, el derecho no puede inventar la realidad y si solamente existe un objeto, entonces solo puede existir un acreedor preferido.

Este problema busca ser solucionado a través de la figura de la doble venta o de la concurrencia de los acreedores, el artículo 1135º.- “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. Y el 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” señala el Código Civil, de tal manera que uno de los adquirentes sea preferido, mientras que el otro (u otros, si es más de uno) queda excluido de la protección y debe conformarse subsidiariamente con las acciones civiles indemnizatorias o penales.

Efectivamente no existen dudas respecto a que el comprador preterido puede dirigirse contra el vendedor en reclamación de indemnización, aunque el citado artículo 1135º no diga nada al respecto. Por lo que la discusión se centra en determinar la naturaleza de la acción pertinente.

En el derecho peruano, Osterling, señala que “el acreedor de buena fe burlado, podría ejercer, adicionalmente acción indemnizatoria contra el deudor y el acreedor de mala fe” y puede tener diversas variantes;

- a) En primer lugar si el bien fue entregado al segundo comprador, pero resulta preferido el primero por virtud de la inscripción, aquel puede reclamar del vendedor el saneamiento por evicción, en tanto ha sido privado del bien transmitido en virtud de un mejor derecho preexistente a su título adquisitivo.
- b) En segundo lugar, si resulta preferido el segundo comprador, aunque haya tradición a favor del primero, resulta de alguna manera dudosa la procedencia de la evicción, pues esta figura entra en juego cuando se priva al comprador de todo o parte del bien por sentencia firme y en virtud a un de derecho anterior a la compra. En este sentido el artículo 1491º de nuestro Código Civil establece: “Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de un tercero, anterior a una transferencia”.

Sobre la norma in comento dice Arias Shreiber, que el derecho del eviccionante debe ser anterior a la transferencia efectuada a favor del adquirente, ya que el transferente no podría responsabilizarse por el derecho inexistente de un tercero cuando hizo la transferencia.

Siguiendo este criterio restrictivo y como el derecho del segundo comprador (inscribiente) es posterior al del primero, entonces no podría hablarse de un saneamiento por evicción y por ello un sector de la doctrina entiende que la responsabilidad del vendedor es extracontractual.

Así opinan Cano Tello, García Cantero, Petit Segura y Navarro Castro, frente a esta dudosa tesis, se ha respondido enérgicamente que el primer comprador defraudado sí goza del saneamiento aunque la evicción se hubiese en un derecho posterior a su compra, por cuanto la patología contractual es imputable directamente al vendedor. Un ejemplo típico de este caso es la doble venta, en donde el segundo comprador acude antes al registro de la propiedad. Para evitar inconveniente derivado del derecho positivo, la doctrina española verbigracia se ha limitado a señalar que se trata de un supuesto excepcional en donde la mala fe del vendedor lo hace automáticamente responsable en cuanto incumple su obligación de transmitir el dominio. Otros intentan eliminar el escollo legal mediante la subsunción de la hipótesis en la regla general del de incumplimiento contractual, resultando procedente la resolución del contrato más la indemnización de daños y perjuicios.

En cualquier caso, la gran mayoría de la doctrina se inclina por considerar que esta hipótesis cae de lleno en el ámbito de la responsabilidad contractual, puesto que el vendedor al enajenar en dos ocasiones el mismo bien o derecho, contraviene claramente la obligación fundamental impuesta por el contrato: transmitir la titularidad del bien o del derecho a favor del comprador obligación de

dar en propiedad. Si este acreedor preterido es un acreedor injustamente insatisfecho, en aplicación de una lógica elemental deberá contar con todos los remedios tradicionales que integran la tutela represiva del crédito.

Si el acreedor preterido ni siquiera llegó a entrar en posesión del bien comprado, podrá apoyarse en la resolución por incumplimiento total, mientras que si dicho acreedor llegó a gozar de la posesión podrá instar –normalmente- el saneamiento por evicción cuando su adquisición sea resuelta por virtud del título inscrito.

En el derecho peruano, efectivamente, también puede utilizarse la acción resolutoria por incumplimiento (artículo 1428º del Código Civil) o las reglas de saneamiento, debiendo resaltarse que aquí se ha salvado el problema de aplicación de la evicción por el requisito de privación de la adquisición por derecho anterior a la transmisión, mediante la expresa incorporación del saneamiento por hecho propio del transferente, en donde el transferente se encuentra obligado a un deber especial de abstención respecto del adquirente, como consecuencia inevitable de la buena fe exigible en todo contrato. El enajenante está impedido de practicar cualquier acto que prive al adquirente del uso de la cosa transmitida, pudiendo tratarse de perturbaciones de hecho o de derecho.

[En buena cuenta, el vendedor se encuentra obligado a proteger al comprador contra toda perturbación, por lo que el mismo vendedor no puede ser el causante de la turbación y si bien no corresponde propiamente la evicción por tratarse de un derecho de tercero posterior a la transferencia; entonces, el remedio civil se consigue a

través del saneamiento por hecho propio del transferente cuyo presupuesto de aplicación se halla en la existencia de una turbación posterior al contrato de transferencia.

En consecuencia, si el segundo comprador es privado de la propiedad por causal anterior a su adquisición (ejemplo: una primera venta inscrita, también celebrada con anterioridad, en conflicto de una sucesiva venta), entonces resulta procedente el saneamiento por evicción. En cambio, si el primer comprador es privado de la propiedad por causal posterior a su adquisición (segunda venta que llega a ser inscrita antes), entonces procede el saneamiento por hecho propio del transferente. Justamente esta figura surge en el nivel doctrinario y legislativo (Código Civil italiano de 1942) como un mecanismo para evitar la estéril distinción entre el hecho anterior o el hecho posterior la transmisión de la propiedad. Con esta doctrina se descarta que el comprador afectado por hecho posterior se vea obligado a recurrir al remedio de la acción por responsabilidad extracontractual, y claramente es un supuesto pensado para los casos de doble venta o concurrencia de acreedores.

La responsabilidad por la evicción procedente del hecho del vendedor, tiene lugar también (aunque más raramente) en caso de que el vendedor, después de haber vendido la cosa al comprador, la venda por segunda vez a otra persona, la cual, (si se trata de cosa inmueble o de mueble registrado) consiga registrar el acto de venta antes de quien es comprador de fecha anterior.

Aquí operan en las relaciones entre los dos sucesivos compradores, las reglas de que adquiere quien primero tenga la posesión o

respectivamente, quien primero inscriba, de manera que el primer comprador no adquiere el derecho, o sea que queda sujeto a la evicción. Por esto -en cuanto el vendedor ha dado causa, o contribuido, a la adquisición del derecho predominante del segundo comprador- pone en sí, precisamente un caso de evicción por hecho del vendedor, en las relaciones entre el vendedor y el primer comprador”.

En este sentido, la doctrina es prácticamente uniforme al establecer que la propia obligación de saneamiento por hecho propio no fue sino una construcción *ad hoc*, que pretendía justamente vencer la dificultad que entrañaba la desmedida reverencia al novedoso requisito de la anterioridad. Con ella, de una forma práctica que tuvo éxito y se conseguía responsabilizar al vendedor en hipótesis que, extramuros del ámbito operativo tradicional de la obligación de saneamiento, lo pedían a voz en grito.

La admisión del saneamiento por hecho propio del transferente en el Código Civil peruano se justifica, precisamente, para cubrir aquellos supuestos en donde existen dudas respecto a la aplicación del saneamiento por evicción, por tratarse de privaciones ocasionadas por hechos posteriores a la transferencia; sin embargo; existe una cuestión que si resulta francamente criticable. Las dos figuras (saneamiento por evicción y por hecho propio) son prácticamente idénticas, salvo la particularidad de que la evicción se produce por hecho anterior y no posterior, lo que en realidad no justificaba un tratamiento diferenciado. Hubiera sido preferible que el legislador nacional incluya la figura de “saneamiento por hecho propio del

transferente” como un supuesto más de la evicción (si se quiere, especial). El código italiano, fuente inspiradora de nuestro código en este punto, lo hace así, en tanto contempla el llamado saneamiento por hecho del vendedor. Dentro del ámbito general de la evicción. Por claridad sistemática hubiera sido realmente preferible que nuestro código adopte la misma actitud, siguiendo decididamente el modelo legislativo italiano. Téngase en cuenta que cualquiera de los casos, el fundamento de la responsabilidad por evicción se hace consistir en la no -conseguida finalidad de la compra venta por parte del comprador; o sea en la falta de adquisición de la titularidad del derecho por efecto del incumplimiento del vendedor, con lo que se quiebra el sinalagma funcional. El efecto genético del contrato se agota, normalmente, cuando este haya dado lugar a la relación obligatoria o al derecho real. Se habla, entonces, de un sinalagma genético. Pero no siempre un contrato está limitado a un ciclo de vida tan restringido. Cuando se trata del nacimiento de una relación con prestaciones recíprocas y, especialmente cuando tenga una ejecución continuada o periódica, el contrato permanece con vida, como fuente reguladora del ulterior desarrollo de la relación, hasta que se agote la relación jurídica (el llamado sinalagma funcional). La diferencia entre sinalagma genético y sinalagma funcional se puede establecer, también, diciendo que en cuanto al primero el contrato establece la interdependencia entre las obligaciones en el momento del perfeccionamiento del contrato, mientras que en cuanto al segundo, tal interdependencia se establece entre las prestaciones a efectuar.

En este sentido, recuérdese que la obligación principal del vendedor es entregar el bien en propiedad derivándose de ello que la obligación de entrega no se agota con el mero traspaso posesorio, sino más bien debe admitirse que dicha obligación de entrega se prolonga con el deber de saneamiento. Por tal razón, el doble vendedor queda comprometido frente al comprador pretérito en virtud al saneamiento por evicción, sea en su modalidad natural, o sea en su modalidad de hecho propia del transferente.

El contrato de compra venta no solo genera para el vendedor una obligación de entrega (no estamos ante un contrato de arrendamiento o de depósito), sino que convierte jurídicamente debido el resultado adquisitivo proyectado, mediante un vínculo obligatorio que abarca y no se agota en la simple exigibilidad de la entrega. Es precisamente este vínculo el que tiñe de incorrección e ilicitud el posterior acto de enajenación del que ya era vendedor, sino hubiera obligación de transmitir del vendedor, ¿Cómo se podría sostener que el mero acto de concluir un contrato de compraventa es un ilícito? La naturaleza contractual de la responsabilidad del doble vendedor es más que evidente.

2.2.13. Responsabilidad del acreedor preferido frente al acreedor preterido.

a) Supuesto de hecho y soluciones

En el derecho italiano, especialmente, se ha admitido la posibilidad que le comprador preterido se dirija contra el acreedor preferido cuando este haya conocido de alguna manera la existencia del primer título. Como ya hemos visto, la gran mayoría de los autores italianos consideran que la primacía del primer inscribiente no se halla

condicionada a su buena o mala fe, con la consecuencia de que un segundo comprador de mala fe con transcripción anterior resultara siempre protegido.

Para evitar el resultado socialmente intolerable, la doctrina italiana reacciono de muchas maneras. Como la ley no puede evitar que se premie a los oportunistas, entonces se buscó encontrar algún paliativo y este no es otro que imputar responsabilidad extracontractual al acreedor preferido frente al acreedor preterido. Por tanto, este supuesto de hecho tiene vital importancia en los ordenamientos jurídicos, en donde la protección registral no requiere de buena fe.

En primer lugar, se consideró nula la segunda venta, y su transcripción, si había sido realizada con fraude del primer comprador. La jurisprudencia, sin embargo, puso en duda la existencia de una acción de nulidad, por lo que la doctrina italiana acudió al artículo 1235º del Código Civil de 1865 regulador de la acción paulina, para fundamentar la ineficacia de la segunda venta en la insolvencia en la que se colocaba el vendedor al no poder cumplir con la obligación asumida en el primer contrato. Sin embargo, el debate no ceso por cuanto algunos autores negaron uno de los requisitos de la acción pauliana, cual es, la preexistencia de un crédito a la enajenación impugnada, ya que en la hipótesis de la doble venta, el crédito del primer comprador se funda en la sobrevenida evicción, y consecuentemente surge solo en el momento de la transcripción de la segunda venta; y también porque es un requisito de la acción paulina que el bien enajenado sea de propiedad del deudor, mientras en la doble venta la propiedad es ya del segundo comprador inscrito. Algunas de estas objeciones fueron

dejadas sin efecto cuando el artículo 2901º del Código Civil de 1942 regulo la acción paulina admitiendo su ejercicio, incluso contra un acto anterior al nacimiento del crédito cuando dolosamente se haya llevado a cabo con el fin de perjudicar su cumplimiento, lo que ha llevado a una buena parte de la doctrina italiana (Carraro, Luigi Ferri, Rosario Nicolo, Domenico Rubino, entre otros) a admitir el ejercicio de la acción paulina por parte del primer comprador preterito frente al segundo comprador preferido por la transcripción fraudulenta, aun cuando solo se trate de una acción personal. Un minoritario sector doctrinal (Mariconda, Luigi Ferri) consideran posible ejecutar la acción personal de resarcimiento directamente sobre el bien salido fraudulentamente del patrimonio del deudor. Sin embargo, muchos autores italianos consideran improcedente la acción pauliana para dejar sin efecto la segunda venta y su transcripción. Ugo Natoli descarta la acción paulina, porque la adquisición del segundo comprador no es a título derivativo, sino originario; Roberto Triola, opina que el enajenante no empobrece su patrimonio con la segunda enajenación, por cuanto el bien enajenado ya había salido de él con la primera. Las discrepancias parecen haber encontrado otra solución dogmática con el apoyo de las decisiones jurisprudenciales las cuales han venido concediendo al primer comprador (preterido) la tutela extracontractual con base a la lesión de su derecho de crédito por parte del segundo comprador, aunque haya negado la posibilidad, mantenida por algunos (por ejemplo: Busnelli), de que a la tutela del primer comprador puede ser a través de un resarcimiento en forma específica, esto es, mediante la atribución directa de esta al bien.

El supuesto de la doble transferencia inmobiliaria es uno de los casos en que la jurisprudencia, sin que exista disposición expresa al respecto, reconoce la reparación del daño en virtud a la tutela extracontractual de un derecho de crédito, cuando el dañador induce dolosamente al incumplimiento por parte del deudor ocasionando perjuicio al acreedor insatisfecho. Por eso se dice que: El caso paradigmático es la adquisición, por parte de un tercero de un bien inmueble que el enajenante ya había vendido a otro, a pesar de ello el tercero inscribe en primer lugar o que ya había sido prometido en venta o alquiler a otro. El problema que se ha presentado muchas veces, incluso en épocas no tan recientes, ha sido el de establecer si el primer adquirente o promisorio puede de andar el resarcimiento de los daños no solo frente al vendedor, sino también frente al tercero, por su complicidad en la violación del contrato. Se podría objetar que las dos hipótesis -la doble transferencia inmobiliaria y la violación de la promesa- no están vinculadas entre sí, porque en la primera no está en cuestión un concurso del tercero en la violación del contrato, sino más bien en la lesión de un derecho real (del primer adquirente); en cambio en el segundo supuesto (violación de una promesa de venta), lo que está en cuestión es justamente, la participación en el incumplimiento de una obligación contractual. Sin embargo tales apreciaciones se vinculan con la tradicional contraposición entre los derechos reales, como los derechos absolutos, y por lo tanto, caracterizados por su oponibilidad erga omnes y los derechos de crédito como derechos relativos y por lo tanto, solo oponibles al deudor. Como es sabido y para los fines de la determinación de la responsabilidad por hechos

ilícitos, esta contraposición ha terminado siendo dejado de lado por la jurisprudencia (...). Las mayores objeciones para una afirmación de la responsabilidad del tercero que si son comunes a las dos hipótesis derivan, más bien, del régimen de la publicidad inmobiliaria. En efecto, se podría pensar razonablemente que la primacía concedida por la ley al segundo adquirente que inscribe en primer lugar, con prescindencia de cualquier indagación sobre la buena o mala fe del mismo (véase, art. 2644^o código civil Italiano.), es incompatible con la afirmación de una responsabilidad *aquiliana* de este, fundada en su concurso en la violación de un contrato.

En otras palabras, del juego de reglas obre la inscripción se podría deducir la inoponibilidad del contrato deducido por el tercero, y por lo tanto, la ausencia de responsabilidad de este último, por haber creado un obstáculo al cumplimiento del contrato. Sin embargo todo ello se presta a abusos por parte de terceros de mala fe, y favorece los fraudes. Por otro lado, una interpretación tan mecánica de las reglas de publicidad registral no es suficientemente segura. Por el contrario, se puede considerar que dichas reglas no están dirigidas a favorecer al tercero de mala fe, sino más bien a favorecer la ulterior circulación del bien porque la hipótesis en que el segundo adquirente transfiere, a su vez, el inmueble, su acreedor adquirirá legítimamente.

La jurisprudencia italiana viene considerando los fraudes que ocasionan daños al primer adquirente, pero al mismo tiempo se considera insuficiente la prueba de mero conocimiento de la venta anterior por parte del segundo comprador. Sin embargo, existe una tendencia hacia la extensión de la responsabilidad para comprender al

tercero que actúa como cómplice del incumplimiento. Incluso esta toma de posición puede ser implícita en cuanto se tiende a facilitar la prueba del fraude lo que llega hasta la presunción del propósito fraudulento, aunque en Italia, por lo menos, todavía se está lejos de una responsabilidad del tercero fundada en el simple conocimiento de la existencia de una adquisición anterior o de una precedente promesa de venta.

En efecto, la jurisprudencia no recurre jamás a una presunción de conocimiento del crédito preexistente, siempre se requiere el conocimiento efectivo de la venta anterior, a la cual se le adiciona una presunción de dolo, es decir; de concierto fraudulento cuando existe una lograda demostración del conocimiento de dicho crédito y de un conjunto de circunstancias adicionales.

A pesar de la inscripción constitutiva en el derecho alemán, también en ese país se concibe por parte de la doctrina y jurisprudencia que el primer comprador pueda dirigirse contra el segundo, cuando este haya preferido en virtud de la inscripción, pudiendo plantearle una reclamación de indemnización del daño, todo ello con base en el párrafo 826 del BGB, a cuyo tenor quien dolosamente causa un daño a otro en forma atentatoria contra las buenas costumbres está obligado a la indemnización.

Es necesario hacer dos precisiones: uno, que el 826 se considera aplicable a la doble venta en cuanto haya existido inducción al quebrantamiento de un deber contractual ajeno, pero no solo se entiende que la conducta del segundo comprador es contraria a las buenas costumbres si concurren circunstancias especiales, sea que se

haya empleado medios reprobables, sea que la inmoralidad resulte del fin perseguido. No basta la mala fe, esto es, que el segundo comprador conozca la existencia del primer contrato de compraventa. El profesor alemán Dieter Medicus señala como ejemplo de contravención a las buenas costumbres que el segundo comprador haya determinado la transgresión del contrato por el vendedor mediante recursos especiales, como la promesa de liberarle de las acciones de resarcimiento y en otro promover la pretensión de resarcimiento puede ser meramente dineraria, u optar por el equivalente *in natura*, de manera que el primer comprador pueda exigir tanto una indemnización pecuniaria como la entrega inmediata de la cosa a él por parte del segundo comprador.

La teoría esbozada es de difícil aplicación en la nuestra porque se entiende que en nuestro Código Civil la preferencia al comprador (o acreedor) inscrito requiere de buena fe, esto es, del desconocimiento del anterior acto de disposición del vendedor (artículo 1135º). Siendo ello así, no parece admisible una imputación de responsabilidad extracontractual (subjetiva) por los perjuicios sufridos por el acreedor pretérito, por cuanto el otro no podría haber actuado dolosamente para propiciar el incumplimiento del transmitente en la primera (frustrada) enajenación, sin ver retirada la protección legal. En caso de eliminarse el requisito de buena fe, vía una reforma legal, pues allí sí entrarían en juego todas las posibilidades doctrinales estudiadas por los autores italianos.

En consecuencia y tomando como punto de partida la necesaria exigencia de buena fe, la única forma de impugnar el primer acto

inscrito será por la vía de demostrar su nulidad por cualquiera de las causales establecidas por la ley (con lo que decae el título primeramente inscrito y en consecuencia, el título del contradictor tiene expedito su derecho a inscribir), o invocar la mala fe o el fraude del segundo comprador que inscribió primero.

Quepa precisar en este estado la errónea creencia de que artículo 1135º código civil surte efectos exclusivamente obligacionales porque se estila sostener que este contiene una norma de carácter meramente obligatoria en el problema del concurso de acreedores. Para ello se sostiene, en primer lugar, que esta norma se encuentra incluido dentro del capítulo de las obligaciones de dar y en consecuencia, su ámbito de aplicación se concentra en determinar el acreedor preferido en la entrega del bien. Así se ha dicho: el artículo 1135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores como consecuencia de cualquier acto jurídico que origine una relación obligatoria con prestación de dar y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo ofrece, por tanto, una solución obligacional al caso de los acreedores y no una de carácter real al de los propietarios.

Esta difundida tesis no resulta compatible con los siguientes fundamentos: a) La solución de carácter real no se circunscribe solo a la determinación de quien es el propietario, sino, a la pertenencia genérica sobre cualquier otro derecho real.

En consecuencia, sostener que la norma no se reduce a determinar el propietario es una afirmación correcta, pero de allí no se puede avanzar hasta descartar que el artículo 1135º ofrezca una solución *real*, en tanto la propiedad no es el único derecho real admitido por nuestro ordenamiento. Los bienes son realidades tangibles del mundo externo susceptibles de un aprovechamiento económico. En tal sentido, un bien (entendido como una realidad correcta) no puede ser objeto de disposición a favor de más de un titular (salvo la hipótesis de comunidad de derechos) ya que esa situación contraviene la lógica. Por ello, el art. 1135º del Código Civil establece una solución real al problema planteado, en tanto determina la pertenencia del bien a un titular, siendo ello un problema estrictamente referido a los derechos reales, por cuanto, versan, precisamente, sobre la pertenencia de los bienes. En cambio, los acreedores preterido o defraudados mantienen intacto su vínculo obligatorio con el deudor común, conformándose con iniciar pretensiones por incumplimiento contractual o de saneamiento por evicción. A muestra opinión la jurisprudencia nacional se inclina por la tesis aquí sostenida: *“la norma de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, se refiere a la prelación que tienen los acreedores a quienes un mismo deudor se obligó a entregarlo, que podría ser el caso de varias ventas de un mismo bien a favor de distintas personas u otros contratos que generen obligación de entregar*

un inmueble, como los derechos reales de usufructo, habitación, superficie o anticresis".74

74Casación Nº 672-97, publicada en el diario oficial el día 15 de Octubre de 1998

Por tal razón, el precepto legal en cuestión no ofrece una solución obligatoria al problema (ya que todas las obligaciones son válidas, y en todo caso, siempre entrara a discutirse la responsabilidad del deudor por incumplimiento) sino, más bien una *solución real*, por cuanto se establece la pertenencia del bien con un titular.

También se alude en defensa de la tesis cuestionada, que el artículo 1135º otorga preferencia a cualquier acreedor de una obligación de dar, pudiendo tratarse de un acreedor de derecho real (propiedad o usufructo) o de un derecho obligatorio (arrendamiento o comodato).

El arrendamiento esconde una falacia que demostraremos a continuación. En el registro se inscriben, normalmente derechos reales (art. 2019º, inciso 1º Código Civil) y solo por excepción acceden algunos pretendidos derechos obligatorios (arrendamiento, opción). Sin embargo, en estos dos últimos casos existen normas específicas que resuelven los conflictos vinculados con estos derechos (art. 1670º, 1708º, y 2023º del Código Civil), por lo que no les resulta aplicable al artículo 1135º; siendo así que esta norma se limita a regular el conflicto entre titularidades reales, el comodato no entra a tallar en este conflicto por no ser acto inscribible en el registro por ejemplo. Por otro lado el arrendamiento inscrito constituye un derecho real al que aspira configurar; por lo tanto, el artículo 1135º otorga una *solución real* al problema de las concurrentes obligaciones de dar bienes inmuebles, en tanto, determina la permanencia de este con respecto a un titular

determinado. En tal sentido, la única particularidad del artículo 1135º del Código Civil es regular un supuesto de hecho mucho más amplio que el tenido en cuenta por otros ordenamientos jurídicos. Así, a través de la concurrencia de acreedores se soluciona las cuestiones derivadas de la colisión de títulos de adquisición de propiedad, como de otros derechos generadores de una obligación de dar.

Otros supuestos diferentes a la doble venta o a la concurrencia de acreedores

Ya se ha señalado que esta figura requiere la existencia de un deudor común obligado por distintos títulos a la entrega de un mismo bien con relación a diversos acreedores. El artículo 1135 del código o el artículo 2022 referido a los bienes inmuebles, determina la preferencia del acreedor que inscribe su título. Los acreedores en conflicto deben contar con títulos válidos y eficaces; porque en caso contrario estaríamos fuera del ámbito de aplicación de la figura. En este sentido, los elementos propios de un supuesto de concurrencia de acreedores son tres: 1) Unidad del transmitente (deudor), 2) Pluralidad de adquirientes (acreedores), y 3) Pluralidad de contratos. Por ejemplo, si uno de los contratos que se encuentra en pugna está afectado por una causal de nulidad, entonces dicho acto jurídico no surte efectos. En consecuencia, el conflicto entre un acto válido y un acto nulo, no existe en realidad concurrencia de acreedores, por cuanto el único acreedor será aquel que justifique su derecho en el título válido. El otro no tiene título, no tiene derecho, ni es acreedor, es simplemente un efecto de nulidad del acto jurídico. A decir de Betti: se denomina inválido, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos

esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio al que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es conjuntamente la sanción al deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios.

Cuando uno de los contratos enfrentados es nulo o queda anulado, no existe elección alguna que realizar, por cuanto la pertenencia del bien deberá recaer necesariamente en el único acreedor que queda en lista. En consecuencia, lo mínimo que debe exhibir el acreedor en contienda es un título válido e incluso si este inscribe, la parte preterida podrá salvaguardar su derecho siempre que logre anular el primer acto inscrito, en el caso de encontrarse este afectado por alguna de las causas legales de invalidez. Recuérdese que la inscripción no convalida los actos nulos (art. 46º, segundo párrafo, Reglamento General de los Registros Públicos).

Por ejemplo: un vendedor transfiere la propiedad a favor de un comprador quien no cumple con el pago del precio convenido, en cuyo caso se insta la acción resolutoria por incumplimiento. Luego, el vendedor dispone del bien con un segundo comprador. En este caso, no existe concurrencia de acreedores, ya que el primer contrato no subsiste y en consecuencia, no entra en conflicto con el segundo contrato. Por supuesto, tal situación se complica cuando el vendedor en forma apresurada y por propia autoridad da por resuelto el primer

contrato, con lo cual se considera autorizado para el segundo acto dispositivo.

Empero, que la segunda enajenación que lleva a cabo el vendedor debe producirse después de que el incumplimiento definitivo del comprador sea ya una realidad inamovible.

En efecto, si la segunda enajenación se concluye antes, el primer comprador podría enervar la resolución de su contrato, señalando que él ha suspendido el pago del precio en aplicación de la *exceptio non ad impleti contractus* o de la *exceptio imminente sevictionis*, en particular, al ser vendedor quien no ha cumplido puntualmente las obligaciones a su cargo. No se olvide que es requisito general de toda resolución por incumplimiento que el peticionario de la misma sea un contratante cumplidor o impecablemente dispuesto a cumplir, lo que no es un vendedor que enajena por dos veces. Por ello, si es el momento en que queda fijado incontrovertiblemente el incumplimiento resolutorio la línea que delimita una resolución fundada y otra enervable, no es necesario, para que el vendedor vuelva a enajenar, sin que la problemática de la doble venta irrumpa en el horizonte, que se dicte el fallo judicial que decreta la resolución. Cosa distinta es que, desde un punto de vista hasta que el juez no declare bien hecha tal resolución, ese vendedor corre el riesgo de que, si el juez no le apreciare luego, por cualquier motivo, debe enfrentarse a una verdadera doble venta.

Por otro lado, debe destacarse que el supuesto de doble venta o de concurrencia de acreedores contenidos en el artículo 1135 y 2022 del Código Civil se refiere exclusivamente al conflicto de títulos otorgados por un deudor común a favor de varios acreedores reclamantes del

mismo bien. Esta norma no se aplica en los casos de que existen dos cadenas de transmisiones independientes, en donde cada uno los compradores (o acreedores) en conflicto deriva su derecho de un titular distinto, por lo cual en esta hipótesis debe determinarse cual de esos causantes era el verdadero propietario, y de allí seguir la cadena de transmisiones hasta llegar a quien deriva su derecho de aquel, convirtiéndose por tanto en propietario. Es la misma figura que acontece en los sistemas registrales de la transcripción (francés e italiano) cuando existen distintas cadenas de transmisiones. Sin embargo, debe señalarse que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la solución a este encuentro deberá buscarse a través del mismo registro artículo 2014 del Código Civil, o en la usucapión (artículo 950º del Código Civil). La acción pertinente será la reivindicatoria o la declarativa de propiedad, en la que el órgano jurisdiccional compulse la legalidad de los títulos exhibidos y resuelve a favor de quien demuestre ser propietario del bien inmueble, sea en virtud de cualquiera de los institutos jurídicos reseñados.

El título del acreedor preferido (inscrito) es válido, aunque su título sea segundo en el orden cronológico.

Debemos estar precavidos contra la opinión (totalmente errada consistente en que el título del segundo comprador (inscrito) se halla viciado de nulidad por falta de legitimación dispositiva del vendedor, quien supuestamente habría dejado de ser propietario con la primera venta. Tratemos de reordenar la hipótesis:

- Un vendedor celebra una venta con el primer comprador. Este título no se inscribe.

- El mismo vendedor celebra una segunda venta con un segundo comprador. Este título se inscribe, y en consecuencia tiene la preferencia del artículo 1135º del Código Civil.
- El primer comprador, alertado con esta situación, demanda la nulidad de la segunda venta aduciendo que el vendedor ya había dejado de ser propietario en virtud del primer contrato (principio consensualístico de transferencia) y por ende, dicho vendedor nada transmitió. Esta demanda de nulidad generalmente se sustenta en la imposibilidad jurídica del objeto o en el fin ilícito del contrato o por ultimo en la rescisión del contrato por venta de bien ajeno. En cualquiera de los dos casos, la idea es dejar sin efecto el segundo contrato y consecuentemente la inscripción, con el fin de dejar libre el registro para que el primer contrato (que no fue inscrito oportunamente) pueda, ahora sí, acceder a la inscripción.

Sobre el particular, debe partirse que el hecho de la venta de bien ajeno está permitido por la ley artículo 1509º Código Civil y además la ineficacia nacida por la falta de derecho del transmitente no es un vicio congénito o intrínseco del negocio jurídico. En consecuencia, las dos ventas son válidas en el mundo obligacional, aunque una de ellas no lograra producir el efecto jurídico real. Por tanto, el tema se resuelve como un conflicto de títulos adquisitivos. En cambio, si se entendiera que la segunda venta es nula por falta de objeto o por falta de legitimación dispositiva (no ser propietario) ya no habría que proteger al comprador inscrito, por cuanto su título siempre estaría afectado por la nulidad. Si ello fuera así la primacía de títulos terminaría dándose a favor del contrato más antiguo, es decir, se

habría consagrado el retorno a la clandestinidad inmobiliaria. ¿Es posible aceptar que la segunda venta sea nula, cuando ello nos lleva directamente al absurdo? Siguiendo con la opinión de García:(...) la doble venta, que es un supuesto de conflicto de títulos, que el legislador resuelve prescindiendo del problema de validez o nulidad, (...) pues parte de que la venta eficaz es la que se inscribe en el registro de propiedad y la otra venta anterior, que es válida, es inoponible a la venta inscrita. Ni es nula la venta anterior (que queda limitada a una validez y eficacia en el plano obligacional de las indemnizaciones entre las partes y en el pleno real relativo a los terceros que tampoco inscribieron), ni menos es nula la segunda venta que se inscribió en el Registro. Esta segunda venta es válida y eficaz frente a la anterior venta, y no puede ser tachada de venta nula por falta de objeto ni por falta de legitimación del vendedor.

Por tal razón, no puede aceptarse, que la segunda venta preferida por virtud de la publicidad registral sean nula, en tanto ello implicaría directamente aceptar el principio consensualístico en todos sus efectos y reducir el papel del registro a un simple archivo de documentos sin mayor eficacia de orden sustantivo. Esta solución es inaceptable por donde se le mire, ya que en primer lugar obligaría abrogar en los hechos los artículos 1135 y 2022 del código civil, en tanto la preferencia por la concurrencia de los acreedores no se daría con el primer acto inscrito, sino con el primer acto celebrado. En segundo lugar, dicha solución sería un duro golpe a la eficacia de las inscripciones y en general, significaría un retroceso a la época de la clandestinidad de las transmisiones inmobiliarias. ¿Para qué serviría

el registro si finalmente la preferencia se daría a favor del primer acto celebrado, aun cuando esto sea clandestino? en tercer lugar los adquirentes de buena fe no tendrían nunca seguridad contra cualquier acto de enajenación oculto que hubiese podido realizar el vendedor y, en consecuencia no sabrían a ciencia cierta quien es el propietario del inmueble sobre el cual tienen interés. Todo ello llevaría a una paralización del tráfico inmobiliario, en tanto existiría un elevado riesgo de efectuar adquisiciones inseguras. Nada de eso puede admitirse, por lo que no es aceptable que cualquiera de los títulos involucrados en una concurrencia de derechos pueda considerarse *per se* nulo o ineficaz, con el siguiente regreso a la clandestinidad existente en la época anterior a la creación del registro.

La jurisprudencia, lamentablemente, no ha sido concluyente y a veces se ha dejado impresionar por argumentos leguleyos y faltos de toda precisión técnica. Es el caso de una ejecutoria del año 1998, la cual declaro nulo un acto jurídico por fin ilícito: (...) la ley permite la compra venta sobre cosa ajena, siempre que el comprador conozca esa situación, de lo contrario, el hecho constituye un acto ilícito. No debe confundirse la acción de rescisión que corresponde al comprador de cosa ajena, con la nulidad que le corresponde al propietario despojado porque son situaciones totalmente diferenciadas⁷⁵ (...).

75casación Nº 1017-97, publicada en el diario oficial el 10 de diciembre de 1998

Poco después, en un caso análogo se reiteró la declaración de nulidad aunque en esta ocasión se cambió el fundamento,

regresando ahora a la nulidad por objeto imposible (...) el contrato de compra venta requiere de la manifestación de voluntad del propietario del inmueble o el apoderado en el caso que se encuentre debidamente facultado, pero no de la voluntad de quien ha dejado de ser dueño por haber vendido el inmueble y por qué la transferencia de un bien ajeno convierte al objeto de la compraventa en jurídicamente imposible, porque no se puede vender el bien del cual no se es el dueño, ya que la venta de un bien ajeno, sin autorización o consentimiento de su verdadero dueño es un contrato contrario a las leyes (...).⁷⁶

76Casación Nº 1376-99, publicado en el diario oficial el 22 de Noviembre de 1999

Los argumentos expuestos por la Corte Suprema en estos dos últimos casos son francamente deleznable. En el primer caso, el fin lícito alude a la noción de causa ilícita del negocio jurídico, debiendo entenderse por esta a todo propósito negociar contrario a la ley o a los valores. El negocio es inmoral (buenas costumbres) cuando el resultado práctico pretendido repugna a la conciencia social, considerándosele indigno de amparo jurídico.

En este sentido, el llamado "propósito práctico" es el fin económico-individual que tienen las partes al celebrar el negocio. En la hipótesis estudiada no existe un propósito comercial inmoral compartido por ambas partes y, por tanto, no hay fin ilícito. Las partes quieren celebrar un contrato de compraventa, lo que implica el intercambio de un bien a cambio de su precio en dinero, y este esquema típico es perfectamente válido, lícito y moral; es más, se encuentra expresamente tutelado por el ordenamiento jurídico (contrato de

compra venta). Una cosa distinta es que el vendedor por dolo o culpa se ponga en situación de no cumplir la prestación a su cargo, y en consecuencia, se encuentre sujeto a las normas de responsabilidad contractual o de saneamiento por evicción, si fuere el caso, lo cual agrava (mayor indemnización) en el caso de existir dolo. Además, la hipotética motivación dolosa del vendedor es irrelevante para calificar la licitud o no de un negocio jurídico. Es conocido que los móviles, deseos y expectativas de una o ambas partes (siempre que el motivo no se haya casualizada) son indiferentes para el negocio. Nada de eso sucede en la venta de bien ajeno y, menos aún en los casos de concurrencia de acreedores, por lo cual resulta un auténtico despropósito sancionar dicho negocio con la nulidad, salvo el caso patológico del fraude convenido entre ambas partes.

Con respecto al argumento del objeto imposible, esto resulta aún más insostenible que el anterior. En derecho tiene conceptos precisos, debidamente moldeados luego de un largo periodo histórico de decantación doctrinal no pudiéndose modificar arbitrariamente su contenido, ya sea por ignorancia o conveniencia. Díez Picazo, señala claramente que la imposibilidad de carácter legal o jurídico hace referencia a la prohibición legal que impide a determinado tipo de bien objeto de circulación en el tráfico jurídico:

El objeto contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae, puede chocar con una prohibición legal o con un precepto normativo que lo impida. En estos casos, aunque físicamente existe posibilidad, se da una imposibilidad jurídica, que debe equipararse a la primera.

Por otro lado, el acto jurídico tampoco es nulo cuando el vendedor no pueda transmitir la cosa al comprador por falta de poder de disposición.

Y la razón de esta afirmación es muy sencilla: la única imposibilidad anulatoria un contrato es la absoluta, y no relativa:

Desde el derecho común la doctrina viene distinguiendo una imposibilidad absoluta u objetiva y una imposibilidad simplemente relativa o subjetiva. La imposibilidad es absoluta cuando la prestación prometida en virtud del contrato no puede ser llevada a cabo por ninguna persona en ningún momento. La imposibilidad, en cambio es relativa cuando la prestación o el servicio prometido, que es posible en términos generales, es, sin embargo imposible para el promitente en las condiciones tiempo y lugar en que lo ha prometido la imposibilidad absoluta determina un defecto radical en uno de los presupuestos de objetivos de eficacia del contrato: cuyo objeto es absolutamente inválido e ineficaz; en los demás casos de imposibilidad puramente relativa, el contratante ha celebrado un contrato válido y se encuentra obligado a cumplirlo poniendo en juego para ello, los medios que son necesarios, incluso los financieros. El acreedor puede, en defensa de su legítimo interés, reclamar la ejecución, incluso de un modo forzoso, entre otras razones, señala Emmerich, porque esta es la vía de la constatación de la imposibilidad al ser la ejecución del contrato imposible, el contratante que no cumple, debe a la otra parte los daños y perjuicios. Esta responsabilidad, por regla general, no exige la culpa, ya que se parte de la idea de que toda persona, al contratar garantiza a la otra parte su capacidad o aptitud de prestación en ese momento y además, el conocimiento de tales circunstancias, que está determinado

por la natural diligencia en consecuencia, si el vendedor se pone por sí mismo en situación de incumplimiento (por no ser propietario) a lo sumo estamos en imposibilidad relativa, es decir; el deudor personalmente no puede cumplir, pero ello no significa que la prestación en forma objetiva y absoluta sea imposible. Siendo ello así, el acto jurídico no está afectado de nulidad, lo cual solo alcanza a la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación debida.

En resumen, la solución de nulidad propugnada la Corte Suprema es inconveniente por las siguientes razones: a) La nulidad implica una deficiencia estructural del negocio, por lo que se tienen a este como no-celebrado. En consecuencia, las partes se encuentran obligadas a devolver las prestaciones y nada más. En cambio, el incumplimiento por culpa o dolo, genera en el deudor no solo la obligación de devolver lo recibido, sino, además, de resarcir el daño sufrido. Por tanto, en el terreno práctico, no es conveniente la solución de la nulidad por cuanto beneficia al incumplidor. b) Ninguna de las causales de nulidad engloba los supuestos de actos adquisitivos en las que no pueden ejecutarse la prestación del enajenante por falta de poder de disposición. En estos casos, a lo sumo se produce una imposibilidad relativa del cumplimiento, lo cual genera responsabilidad contractual del deudor. c) Conforme ya se ha señalado, la pretendida nulidad de estos actos conlleva un regreso a la clandestinidad inmobiliaria, por cuanto el único acto válido y eficaz será aquel celebrado en primer término dese un punto de vista cronológico. Aunque este quedase oculto. De esta manera se niegan los avances producidos con la publicidad en las

transmisiones inmobiliarias y se retrocede al sistema clandestino en donde no había seguridad de quien era el propietario de los bienes:

- a) Conforme se ha señalado, la nulidad del título del segundo comprador (inscrito) significa derogar por vía pretoriana los artículos 1135 y 2022 del Código Civil, maximizando los conceptos del consensualístico contenido en el artículo 949 del mismo Código.
- b) Se coloca en peor situación al comprador (agraviado), pues, la nulidad impedirá que se apliquen las normas de adquisición *a non domino* (pues estas presuponen un título válido) y las de usucapión ordinaria (que requieren de un justo título).

Afortunadamente, la tendencia jurisprudencial antes descrita no es uniforme y existen pronunciamientos en el sentido exactamente contrario. Así, puede citarse una sentencia de la Corte Suprema expedida en 1998 y en la que se rechaza la nulidad por objeto imposible a una doble venta. "(...) se hace interpretación errónea del inciso 3º del artículo 219 del Código Civil, si se considera que la venta que hizo quien había transferido el mismo bien a otra persona, es un acto jurídico física o jurídicamente imposible, pues se estaría confundiendo el objeto del contrato con el acto jurídico, y en este caso el objeto es la transferencia en venta de un bien que se halla entre el comercio de los hombres, como es un lote de terreno, que no tiene connotación de ese dispositivo"⁷⁷

77Casación Nº 27-98, publicada en el diario oficial el 22 de enero de 1999.

La sustentación empleada es algo confusa, pero aun así, se puede extraer dos conclusiones valiosas: 1) Ninguno de los títulos involucrados en una doble venta o en una concurrencia de acreedores se encuentra

afectado “per se” en la causal de nulidad por objeto imposible. 2) El objeto jurídicamente imposible causante de la invalidez del acto jurídico, se refiere a un bien que se encuentra fuera del comercio de los hombres (bien de uso público prohibición legal de comercio sobre determinado bien, etc.), pero no en los casos en donde el bien es perfectamente comerciable (lote de terreno), aunque exista el inconveniente de la falta de poder dispositivo del vendedor o de la concurrencia de varios títulos adquisitivos, válidos y eficaces cada uno individualmente, pero en donde el ordenamiento jurídico deba preferir alguno de ellos en base a criterios más o menos estacionales. La doctrina señala sobre este punto lo siguiente: “un objeto es físicamente imposible de acuerdo a la naturaleza. No quiere decir que no exista en el momento en que se realiza el acto, porque puede ser creado o elaborado. La imposibilidad física es equivalente a la imposibilidad de existencia natural. Un objeto es jurídicamente imposible cuando la ley prohíbe su existencia, aun cuando la naturaleza lo permita”.

Una sentencia del 15 de Agosto del 2001 también opina de la misma manera:“(...) el actor no ha probado que la compraventa del inmueble sublitis entre los demandados carezca del requisito de validez provisto en el inciso tercero del artículo 140 del Código Civil, ni que su fin sea lícito y por lo tanto el acto jurídico sea nulo de acuerdo a lo que prescribe el artículo 219, inciso cuarto del Código Civil, que en efecto el hecho de que el propietario primigenio hubiera vendido el inmueble dos veces no supone la segunda venta fin ilícito justiciable penalmente (...), que en el caso sub-judice, el caso de concurrencia de acreedores de un bien inmueble lo regula el art. 1135^o del CC., el que fue aplicado con acierto

por el juzgado de primera instancia, en el cuarto considerando de su resolución, lo que fue confirmado por la vista que reprodujo los fundamentos de aquella (...).”⁷⁸

78Casación N° 384-01, publicada en el diario oficial el 30 de Noviembre del 2001

En consecuencia, es urgente que la Corte Suprema unifique su jurisprudencia, en el sentido de admitir sin reticencias los efectos sustantivos de la inscripción, materializados en la preferencia del acto registrado en los casos de concurrencia de acreedores y sin involucrarse con el tema de nulidades que no existen, siendo además innecesario este tipo de remedio para lograr una efectiva seguridad en el tráfico.

El principio de fe pública en la doctrina nacional

Una vez superado el primer problema del legislador en materia publicitaria, lo cual es optar entre el principio de inscripción (constitutiva) o el principio de inoponibilidad, cabe inmediatamente plantear un nuevo problema, ya en un segundo plano: ¿Qué ocurre si el acto jurídico contenido en la inscripción es nulo? el conflicto de intereses se manifiesta en cuanto al negocio nulo afecta no solo a las partes contratantes, sino además, afecta a los terceros causahabientes del negocio viciado.

El esquema puede plantearse de la siguiente manera:

A _____ B

(Negocio nulo)

(La causal de nulidad no
consta en el Registro

B _____ C

(El tercero “cualificado” C

es inmueble a la causa de nulidad que
no consta en el Registro).

En los sistemas con el principio de fe pública, “C” se encuentra protegido por cuanto el vicio de nulidad del negocio antecedente no lo afecta. El

tercero "C" es tutelado por su confianza en el registro, ya que se presupone exacto. En tal caso, "C" sería un tercero protegido o cualificado, pero dejando bien en claro que se trata de un segundo plano de protección, distinto al principio de inoponibilidad, en cambio en un sistema en que no se reconociera la presunción de exactitud, "C" vería decaer su adquisición si el negocio entre "A-B" es nulo, por cuanto haría caer por su base el negocio subsiguiente entre "B-C".

La regla típica de protección en los sistemas germánicos es el principio de fe pública, en donde el inscribiente es protegido frente a las acciones reivindicatorias, anulatorias o revocatorias de la propiedad, por el cual se busca: tutelar al nuevo dueño tabular frente a aquellos vicios, defectos y limitaciones que aquejando a la titularidad de su antecesor y transferente, no venían publicados en folio de la finca ni tampoco era conocidos de dicho nuevo dueño. Consiguiendo así, que adquirente que contrata en vista de los datos y titularidades que el Registro le manifiesta quedase protegido conforme la apariencia creada por el asiento anterior y por lo tanto libre de las acciones de cualquier titular inscrito que no resultasen de las propias inscripciones.

En este caso, existe una lucha entre el *verus dominus* ("A") y el tercero confiado en el registro ("C"). El primero trata de hacer valer la realidad extrarregistral en donde el negocio de transmisión es nulo, con el consiguiente arrastre de nulidad a los sucesivos causahabientes. El segundo trata de hacer valer su realidad exclusivamente tabular o registral, a fin de obtener protección.

En el esquema estudiado debe distinguirse correctamente entre la inscripción del tercero inscrito, cualificado, frente a la protección del que

es parte en el negocio susceptible de anulación o ineficacia, por ejemplo: A, incapaz de ejercicio, vende un inmueble a B, el contrato es nulo y por ende B, no ha adquirido nada. Si a pesar de ello, B, (con derecho inscrito) vende el inmueble a favor de C, este si adquirirá por tratarse de un tercero protegido en base a su confianza en el registro. Es decir: mientras la relación determinante se centre entre A y B, este último como titular registral solo goza de una presunción relativa de exactitud, por cuanto su situación jurídica es susceptible de prueba en contrario (principio de legitimación). Recuérdese que B es parte del negocio anulable y su derecho depende directamente de la validez del negocio causal. En cambio, cuando entra en escena un tercero como C, este confía en lo manifestado por el registro (B es titular) y además C, no es parte -es tercero- del negocio susceptible de decadencia. Esta especial característica lo hace protegible *iuris et de iure*, lográndose una gran seguridad quienes confían en la información del registro.

Como ejemplo de una correcta distinción entre “parte y “tercero registral”, puede citarse la muy reciente sentencia expedida en la casación N° 2852-01- La Libertad, con fecha 28 de enero de 2002 y publicada el 02 de mayo de 2002. “(...) Fundamentos del recurso: por resolución de esta Sala del doce de Octubre del 2001 se declaró procedente dicho recurso, por las causales previstas en el artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, expresándose con relación a la primera causal, que la sala de mérito ha inaplicado el art. 2014º del Código Civil que establece que el tercero de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho para lo cual

argumenta que dicha norma protege a los adquirentes de derechos de buena fe y a título oneroso, pues siendo el Banco un tercero Registral no puede verse afectado por los alcances de la nulidad del título transferente; que respecto de la segunda causal que acusa la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que se ha declarado fundada la contradicción en base a un supuesto de nulidad de fondo de la escritura y no en base a una nulidad formal, como lo prescribe el art. 722º del Código Procesal Civil, ya que los efectos de nulidad de compraventa se han hecho extensivos a los actos subsiguientes, como es la hipoteca otorgada a su favor; Considerando: (...) sexto.- Que, en lo referente a la afectación del bien inmueble por parte del propietario, es de tenerse en cuenta que en la constitución de la hipoteca se otorga un derecho real de garantía a favor de persona determinada, siendo que nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger tal derecho ha creado la figura jurídica de buena fe registral, que se encuentra regulada por el art. 2014º del Código Civil, lo que para su validez requiere que el título sea entregado a título oneroso y por persona que en el registro aparezca con facultades para hacerlo; es decir, que el Banco únicamente debía verificar si en el registro de la propiedad de La Libertad aparecía como propietario del bien materia del bien materia de hipoteca el coejecutado, requerimiento que fue cumplido, puesto que a la fecha de constituirse el derecho, esto es el 10 de diciembre de 1997, parecía este como propietario, por tanto el banco obtuvo un derecho de quien tenía y aparecía con facultades para hacerlo; sétimo.- Que, a ello se agrega que la garantía hipotecaria fue inscrito en el Registro y otorgada con la finalidad de garantizar las obligaciones del

otorgante y por un monto determinado, por lo que cumplió con todas las exigencias formales para su validez, en consecuencia la contradicción, interpuesta por la coejecutada, mal fue declarada fundada por adolecer el título de un requisito formal; octavo.- Que cabe mencionar que la sala al hacer extensivos los efectos de la sentencia que declaro la nulidad del contrato de compraventa del bien dado en garantía a la escritura pública de constitución hipotecaria está afectando un derecho de un tercero que adquirió el bien en base de un principio de buena fe registral, siendo que en todo caso debe determinarse la vía jurisdiccional correspondiente si los efectos de tal nulidad son extensivos la escritura de constitución de hipoteca, mas no este proceso por implicar un procedimiento sobre nulidad de fondo, lo que es ajeno a las exigencias del art. 722º del Código Procesal Civil y al proceso de ejecución de garantías; (...)"

Esta resolución contiene un criterio exacto en la distinción entre parte del negocio nulo y tercero ajeno del negocio nulo.

Fundamento. La situación de normalidad del tráfico inmobiliario se presenta cuando el propietario inscribe su título y el registro refleja la realidad jurídica sin discordancias, sin embargo, es frecuente que no exista dicha coincidencia, ante lo cual emerge el principio de fe pública como instrumento normativo que brinda seguridad jurídica a los terceros cualificados confiados en los pronunciamientos del registro. La situación patológica de falta de coincidencia entre la realidad registral y la realidad extra-registral obliga a que las causas de resolución o nulidad no inscritas sean tenidas como inexistentes para el tercero cualificado. Su protección requiere algunos requisitos adicionales, lo cual es lógico por cuanto dicho

régimen tuitivo implica la lesión de un derecho ajeno, el cual ya no podrá hacerse efectivo frente a él.

El principio de fe pública se presenta cuando el título del transmitente se halla afectado de alguna causal de nulidad o ineficacia que puede originar un efecto en cadena respecto a los actos sucesivos. Por ejemplo supongamos que A (titular inscrito) vende a B, luego, B vende a C, y ambos adquirentes inscriben sucesivamente sus títulos. En tal caso la eventual nulidad de la venta entre A-B, aunque se declare judicialmente, no producirá el efecto de privar a C de su adquisición, si la causa de nulidad (por ejemplo falta total de consentimiento o ilicitud de la causa del contrato) no constaba en el registro. Otro ejemplo: A, vende a B una finca, estableciéndose como condición resolutoria que si B no edifica en el plazo de cinco años el contrato quedara resuelto y volverá la finca a poder de A (lo cual obviamente implica también que este devuelva el precio a B). Si este pacto figura en el documento privado de venta, pero no se incorporó por acuerdo de partes a la correspondiente escritura a pesar que A y B quisieron mantener su vigencia, entonces el registro se limitara a inscribir la escritura sin pacto resolutorio. Si en estas circunstancias B vende la finca a C este no se verá afectado por una resolución de contrato de compraventa entre A y B ya que no se le permitió conocer la existencia de dicha condición, la cual quedo oculta.

Estos conflictos se resuelven teniendo en cuenta la confianza en el contenido del registro, reputándolo como una verdad oficial, de tal suerte que nadie podrá verse privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título del transmitente adolecía de algún vicio

inválidamente o aunque dicho título, valido en un principio, quede más tarde sin valor.

El derecho peruano contempla expresamente esta figura en el artículo 2014 del Código Civil, como es lógico suponer, la preferencia por la realidad jurídica extraregstral conlleva gran inseguridad en el tráfico patrimonial, por cuanto los potenciales adquirientes nunca podrían conocer con certeza la situación jurídica de la finca. En cambio, de darse preferencia a la realidad jurídica registral el adquirente sabe perfectamente que su confianza en sus pronunciamientos del registro lo hace inmune frente a cualquier irregularidad en la cadena de transmisiones, le basta caer en el registro para salvarse como dice Roca Sastre: la presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por si sola el tráfico inmobiliario si el que contrata de buena fe, apoyándose en el registro, no tuviera seguridad de que las declaraciones de este son incontrovertibles. Aunque los asientos estén en desacuerdo con la realidad jurídica, su valor es decisivo en cuanto lo que expresan prevalece sobre la realidad ante el tercer adquirente protegido por el principio de fe pública. En beneficio de este tercero el contenido registral se presume verdadero, con presunción *iuris et de iure* o se finge por la ley irrefutablemente exacta, con lo cual se proporciona base firme a las transacciones inmobiliarias.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de esclarecer el fundamento subyacente en el principio de fe pública en la Casación N° 1167-98 al decir.- "(...) el fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial, cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen terceros

adquirientes y que se hayan producidos confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales. El principio de fe pública registral protege al tercer adquirente frente a la inexactitud del contenido del registro (...).

Debe tenerse en cuenta que la aplicación de este principio tiene como sustento la presunción de exactitud en el contenido del registro. Esta presunción es normalmente *iuris tantum* (principio de legitimación), pero puede convertirse en *iure et de iure* cuando existe un tercero reclamante de protección (fe pública), con la cual se otorga una gran seguridad a los negocios inmobiliarios, aclaremos nuestra afirmación con el siguiente ejemplo, tomado nada menos que de la doctrina alemana.

Cualquier inscripción de registro “se presume que refleja siempre la situación jurídica real de los inmuebles y hacen fe lo mismo cuando declaren la existencia de derechos que cuando reclamen su extinción.

Esta presunción solo puede destruirse mediante prueba en contrario. (...)

la norma que acabamos de ver -simple norma de prueba, de carácter puramente objetivo- no bastaba para llenar las necesidades del crédito inmobiliario. Era menester que el comercio pudiese confiarse en absoluto a los datos del registro, sin recelo de posibles pruebas de falsedad. (...) en su virtud, las inscripciones del registro se reputan por verdaderas aun cuando no lo sean en realidad, para todo aquel que, de buena fe y por acto de voluntario adquiere derechos sobre una finca –o sobre todo derecho inmobiliario, v. gr., sobre una hipoteca-. Supongamos, por ejemplo que X hace que se inscriba a su nombre una hipoteca, falsificando la necesaria autorización del dueño de la finca. Si luego Z adquiere de buena fe esta hipoteca, la adquisición será perfectamente

válida dentro de los términos de la inscripción, pues X se reputa con respecto a él como verdadero hipotecarista. (...) para comprender el alcance de este régimen, no hay más remedio que distinguir entre la posición jurídica del primeramente inscrito y la de sus sucesores o causahabientes; es decir, entre la de X y la de Z en nuestro anterior ejemplo”.

Efectivamente, X es parte en el negocio jurídico (nulo) de transferencia, y la presunción de exactitud del Registro puede enervarse con la correspondiente declaración de nulidad (protección *iuris tantum* del titular inscrito). En cambio, Z, es un tercero de buena fe con respecto al negocio anterior de transferencia, y si este inscribe resultara ser un tercero “cualificado” (protección absoluta del tercero). La jurisprudencia reconoce la diferencia de protección entre el titular registral –pero que es parte del negocio nulo, cuya inscripción genera una presunción de exactitud susceptible de prueba en contrario (legitimación) y el titular registral con calidad de tercero protegido o cualificado, por cuanto este último no intervino en el negocio jurídico nulo, y si bien derivó su derecho de dicho negocio, su confianza en pronunciamiento del registro le hace merecedor de especial protección (fe pública).

Explicación teórica del principio de fe pública.

La doctrina del siglo XIX consideró posible que la regla de protección de los adquirentes de bienes inmuebles, existente desde el derecho intermedio, se pudiese entender a favor de los adquirentes de los inmuebles, llegándose así a consagrar finalmente el artículo 892 del BGB, En buena cuenta, la apariencia de propietario de la que goza el poseedor de una cosa mueble no puede perjudicar a un adquirente de buena fe

que confió razonablemente en dicha apariencia. Lo mismo se aplicaría a los bienes inmuebles, solamente modificando la apariencia socialmente significativa de la posesión, ahora constituida por la inscripción. De esta forma quedo abierto el camino para hacer encajar esta figura dentro de los supuestos propios de las adquisiciones *a non domino*, en donde el transmitente no era propietario, pero igual el adquirente se hacía dueño en virtud de la tutela de la apariencia.

En efecto, la gran mayoría de la tutela de la doctrina considera al principio de fe pública como un supuesto propio de las adquisiciones a non domino. En esa misma línea se encuentran muchos autores alemanes. En cuyo país nació esta protección de la confianza en el contenido del registro, en la que concibe que: la adquisición y la pérdida correlativa del derecho se producen en virtud de disposición de un no titular. Al hacer valer como exacto el contenido del registro, la ley atribuye en forma de ficción, al titular inscrito una legitimación (poder) para disponer a favor de terceros de buena fe de un derecho ajeno no inscrito.

La doctrina española en gran medida se muestra partidaria de dicha tesis. Vallet de Goytisoló, considera a la protección de confianza en el contenido del registro como un típico caso de adquisición *a non domino*. En este sentido dice: El titular inscrito tiene un poder dispositivo limitado estrictamente a los efectos registrales. Solo él mientras esté vigente su inscripción, puede provocar, por cualquier título, un nuevo asiento de acuerdo con la extensión del derecho que tenga inscrito. Asimismo solo con su consentimiento, por regla general, podrá ser cancelado. Pero no tiene ningún poder dispositivo de carácter sustantivo fijémonos en que no surten efecto sus enajenaciones a título lucrativo ni las hechas a favor de

un adquirente de mala fe o que no inscriba su adquisición. Eso por si solo ya hace sospechar que la adquisición a non domino del tercero protegido por la fe pública no deriva a un poder dispositivo del titular inscrito, sino de algo independiente de la voluntad de este. La adquisición del tercero deriva de la ley misma está basada en la publicidad del registro (elemento o dato material), en la buena fe, o fe en la verdad del contenido del registro, del adquirente a título oneroso (elemento espiritual impulsivo) y en el incumplimiento por este de la formalidad de la inscripción (requisito a posteriori para que se mantenga definitivamente la adquisición).

Es una adquisición que, como las derivadas de la usucapión o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno.

Diez Picazo, opina sobre la naturaleza de esta protección causada por la confianza en el registro, frente a la interrogante de ¿Es una pura situación de irreivindicabilidad o se llega a establecer una genuina adquisición? el efecto fundamental del principio de fe pública es la protección del adquirente y en consecuencia su mantenimiento en la adquisición de aquí se deduce que hay una irreivindicabilidad y más genéricamente, una inatacabilidad del título del adquirente. La irreivindicabilidad lleva a consumir una verdadera adquisición. No tiene sentido pensar en una situación irreivindicable del tercero, aunque no haya adquirido definitivamente el derecho. Por eso, el aludido concluye que en esta hipótesis se produce una verdadera adquisición. Asimismo, se muestra partidario de considerarla como una adquisición derivativa, en la medida en que se exige un negocio derivativo (nacido de la apariencia jurídica) y en donde el derecho no se adquiere puro, sino con las cargas y gravámenes constatados en el registro.

De la misma idea es García García, para quien la nulidad o ineficacia del negocio precedente determina que el transmitente no sea dueño. Sin embargo, la apariencia en la confianza registral ocasiona la plena eficacia de tal adquisición. Respecto al carácter de adquisición originaria o derivativa producida en este caso, el citado autor sigue la compleja idea de Sanz Fernández.

Esta transmisión de la apariencia registral juega perfectamente con las reglas de la sucesión: el adquirente deriva este derecho aparente del titular anterior. En cambio, la adquisición del derecho es independiente de estas reglas: el derecho del adquirente no puede derivar, ni del titular inscrito, puesto que este no lo tenía, ni del verdadero dueño, porque no intervino en la transmisión. Hay que entender, por tanto, que existe una adquisición derivativa de la apariencia jurídica, que opera en virtud del título inscrito y una adquisición originaria del derecho mismo, que tiene lugar en virtud de la ley como consecuencia directa de la inscripción.

Realmente, este punto de opinión de García García, siguiendo a Sáenz, se hace demasiado conceptual, aunque tal vez no haya otra salida dogmática. En todo caso, la discusión parece no tener mucha importancia práctica, por cuanto, sea adquisición originaria o derivativa, el nuevo titular adquiere la cosa en el estado en la que tenía el *verus dominus*, es decir; se transmiten cargas y gravámenes que existiesen sobre la cosa. En esta línea se mueve la doctrina alemana:

El propietario según registro que transmite la finca al tercero de buena fe, no produce la extinción de la propiedad y la antigua y la constitución de una nueva, sino la transmisión de la primera: el adquirente adquiere

derechos existentes. Pero sin ser sucesor jurídico: porque no existe un derecho del predecesor, en el que se base la adquisición del derecho.

En nuestro parecer es que la solución debe necesariamente matizarse. Así pues, en los casos de nulidad (sin necesidad de declaración) o de ineficacia absoluta por haber sido ya declarada) del título del transmitente, entonces si evidentemente estaremos en presencia de una adquisición a *non domino*, por cuanto dicho título habría decaído y, en consecuencia, el primer transmitente no habría transferido ningún derecho. Por ejemplo: A, es un incapaz absoluto de ejercicio, pero vende un inmueble a B, el contrato es nulo y B, no ha adquirido nada. Si a pesar de ello, B, (con derecho inscrito) vende a su vez el inmueble a C, este si adquirirá por tratarse de un tercero protegido por la confianza en el registro.

En este caso, un no-propietario habrá consumado una transferencia válida y eficaz y, por tanto, se tratará de una adquisición a *non domino*.

En cambio sí A, vende un inmueble a B, pero el contrato se encuentra afectado por una causal de lesión. B, seguidamente vende el inmueble a C, quien consolida su adquisición por haber confiado en la apariencia registral. Sin embargo, en este último caso, la causal de ineficacia del contrato (rescisión) no actúa en forma automática y, por ende el contrato es provisionalmente válido. En tal sentido, B era propietario al momento de vender el bien a favor de C y en consecuencia, se trata de una común adquisición a *domino*.

En ambas hipótesis juega el principio de protección de la confianza en el contenido del registro (fe pública), pero solo en algunos casos (causales radicales de nulidad o ineficacia) se podrá decir verdaderamente que estamos en presencia de adquisiciones a *non domino*. Sobre este tema

se ha pronunciado Díez Picazo, admitiendo la doctrina generalizada pero haciendo la precisa salvedad a la que nos adherimos:

Sobre el principio de fe pública, debe recordarse su origen claramente germánico. La finalidad de esta regla se halla en que las nulidades de un acto o negocio inscrito no afectan a los sucesivos negocios derivados del acto viciado. Esta protección se realiza cuando el tercero confía en una determinada situación jurídica del registro, y en base a ella contrata o se relaciona jurídicamente.

Si después el negocio antecedente se anula o es ineficaz, esas vicisitudes no se perjudican. Si recordamos que el sistema transmisivo alemán se sustenta en los negocios reales abstractos, es decir, en los simples acuerdos de transmisión, adquisición sin manifestar la causa subyacente en ellos, es fácil advertir que en el registro no se publican negocios causales (con sus vicisitudes de nulidad o ineficacia), sino simples negocios abstractos, en los cuales no constan las indicadas vicisitudes jurídicas. Siendo ello así, el principio de fe pública resulta del todo coherente, por cuanto las eventuales nulidades no constan, ni pueden constar, en el registro, son irrelevantes y no afectan el válido perfeccionamiento de las transmisiones y adquisiciones inmobiliarias. El reconocimiento del negocio abstracto *Auflassung* y la irrelevancia de las nulidades del negocio causal para extinguir los derechos inscritos, hacen fácilmente explicable como la nulidad de una transmisión anterior no afecta al tercero registral; aquí el principio de fe pública resulta coherente.

En cambio, en los sistemas causalistas es mucho más complicado justificar dogmáticamente la existencia del principio de fe pública. De allí,

las complejas construcciones teóricas detalladas en las páginas anteriores. En este sentido puede decirse que el sistema causalista de atribuciones patrimoniales permite al transmitente recuperar la cosa por medio de una acción reivindicatoria, no solo frente a su no-contratante, sino frente a cualquier tercero sub-adquiriente, fundándose en cualquier tipo de irregularidad o defecto del antecedente negocio obligatorio que el celebros con el primer adquiriente; lo cual, si bien es aceptable desde el nivel teórico, sin embargo desde el punto de vista práctico, destruye las legítimas expectativas de los subadquirientes e introduce un grave factor de inseguridad en el tráfico.

La concepción abstracta de las atribuciones patrimoniales conduce a que los efectos reales de la transmisión se produzcan plenamente a favor, incluso del cocontratante en los casos más graves de inexistencia o ilicitud de la causa, y solo permite al transmitente una acción personal por enriquecimiento sin causa. Ante ello, la doctrina propia de los ordenamientos jurídicos causalistas ha buscado posturas intermedias protectoras de la seguridad del tráfico y en base a ello se sostienen que la sola existencia y eficacia del contrato produce la transmisión del dominio justa causa y cualquier hipótesis sobreviniente de ineficacia no puede destruir lo ya efectivamente creado, esto es, el instrumento idóneo de la atribución patrimonial, a esta misma conclusión podría arribarse en el ámbito de los negocios meramente anulables por cuanto a falta de una acción de impugnación exitosa (artículo 222º CC. 84) el contrato es eficaz y el traspaso dominical se entiende producido. En este sentido, el transmitente podrá recuperar la cosa si esta continúa en manos del primer adquiriente, pero no si paso a manos de terceros. Esta

tesis matizada es perfectamente defendible en nuestro país. El Código Civil establece en su artículo 1372^o que la resolución y rescisión (dos de las principales causales de ineficacia negocial) no producen efecto frente a los terceros de buena fe y por lo tanto una vez producida la transmisión del dominio esto ya pasa a engrosar el patrimonio del adquirente, quedando solamente la opción de la acción personal de restitución entre las partes del negocio primigenio.

Asimismo, se busca apoyar esta tesis en la naturaleza personal y no real de la acción de pago indebido. En este sentido se dice que la entrega de un bien cuyo título de transferencia ha decaído por nulidad o ineficacia constituye precisamente el pago de lo indebido.

La entrega o traspaso posesorio es consecuencia de un contrato justa causa y por tanto, dicha entrega es un pago y si el título ha devenido en nulo o ineficaz, se estará en presencia de un pago indebido. Sobre el particular, se ha señalado que la mayoría de los ordenamientos nacionales reconocen solo una acción personal en los casos de pago indebido; de lo cual se infiere que el adquirente se hace propietario del bien y el transmitente solo tiene una acción personal de restitución, razón por el cual el adquirente puede válidamente transferir su derecho a favor de un tercero sub adquirente, cuya atribución patrimonial será inobjetable. Esta posición también puede sostenerse en sistemas jurídicos causalistas, en donde la atribución patrimonial requiera de una justa causa, pues la necesidad del causalismo no obliga adoptar soluciones extremas. Se dice, entonces, que la cuestión no es el causalismo, sino la medida del causalismo.

En este sentido, y de acuerdo con esta tesis basada en la justa causa genética aunque después desaparezca por anulabilidad o ineficacia y por el régimen legal del pago indebido, cuando acontezca la ineficacia sobrevinida del negocio antecedente rescisión, revocación, resolución, ello no significa la ineficacia de la transmisión de la propiedad realizada con base en aquel contrato y como ejecución de él.

El Código Civil peruano (artículos 1270º y 1272º) ha adoptado la naturaleza personal y no real del pago indebido, en tanto reconoce que la enajenación a un tercero subadquiriente de buena fe y a título oneroso impide la restitución *in natura* del bien, lo cual significa una transmisión de propiedad válida.

Diez Picazo, incluso llega más lejos y sostiene que en los casos de inexistencia del contrato o nulidad radical, la solución depende del alcance de las normas sobre el pago indebido. Por tal razón, este autor sostiene el carácter personal de la citada acción, y en consecuencia, cuando se haya producido el traspaso posesorio como acto de ejecución o acto con función solutoria, esta *causa solvendi* justifica la transferencia de propiedad y el adquirente puede transmitir válidamente a un tercero subadquiriente.

Este último punto referido a las nulidades radicales sí parece dudoso, en tanto la doctrina da cuenta que la primera consecuencia directa de la nulidad de un negocio es la total pérdida de sus efectos y la consiguiente decadencia (ineficacia) de todas las transmisiones sucesivas realizadas sobre la base del negocio nulo.

La denominación de nulidad absoluta se ha mantenido, más que por no depender ella de la voluntad individual, por su efecto general o *erga*

omnes, se entiende con ello, que cabe oponerla trascendencia general en cuanto al círculo de personas a las que puede interesar o afectar la nulidad que se explica porque la nulidad se considera aquí como acto contrario a la ley y por tanto, indigno o inadecuado para la protección jurídica.

Se habla también de trascendencia general de la nulidad en el sentido de que el negocio nulo no puede ser fundamento de ningún efecto negocial. De modo que la nulidad de un negocio puede originar una reacción en cadena de nulidades; su caída arrastrara la de titularidades, derechos, nuevos negocios, enajenación y transmisión de derechos, obligaciones, en fin la de todo aquello que en el negocio tuviera su fundamento, se apoyara en el o de él se derivase. Esta ineficacia se refiera a los propios efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido. El negocio nulo, como acto, puede originar responsabilidad por daños y unido a la buena fe puede originar efectos negociales o *causi* negociales, como en el matrimonio putativo, en la protección del adquirente de buena fe y hasta a favor del poseedor de buena fe.

Como conclusión, puede decirse que las nulidades radicales afectantes de los negocios antecedentes sí influyen en las sucesivas transmisiones de propiedad (trascendencia de la nulidad), salvo cuando el tercero subadquirente reúne los requisitos de protección establecida por el principio de fe pública registral (artículo 2014° CC). De esta manera se guarda coherencia con nuestro sistema causalista de atribución patrimonial, entendiéndose que el principio de fe pública es una excepción a la falta del poder de disposición, aunque suplido por la ley en base a la tutela de la confianza generada por los pronunciamientos del registro y

por lo que el legislador a semejanza de lo ocurrido con los bienes muebles se ha visto en la necesidad de establecer una regla de adquisición a *non domino* que le permita mantener la seguridad jurídica en el tráfico patrimonial sobre inmuebles.

La doctrina suele justificar esta figura en el principio de tutela de la apariencia.

Con respecto a las otras causales de invalidez (anulabilidad) e ineficacia (resolución, rescisión), estas no enervan la producción de efectos jurídicos de sus negocios causales, aunque ello ocurra en forma provisional, por lo cual el adquirente del negocio afectado sí es propietario y en caso de una sucesiva transmisión convierte al subadquirente en propietario inatacable. Este sistema de causalismo moderado se deduce de las reglas de pago indebido, en donde se considera que la enajenación a un tercero subadquirente de buena fe y a título oneroso impide la reivindicación del titular primigenio, sin perjuicio de las normas previstas en los artículos 1372^o (rescisión y resolución) y 222^o (anulabilidad), por las que también, se protege a los terceros subadquirentes de buena fe. En consecuencia, en estas hipótesis de invalidez e ineficacia, la transmisión de la propiedad o de cualquier otro derecho real constituyen adquisiciones a *domino*.

Por lo tanto, en el ámbito de la ineficacia negocial el ordenamiento ha consagrado el principio de tutela de la confianza a favor de los terceros de buena fe, mientras conserva como regla excepcional la ineficacia sucesiva contra los terceros subadquirientes⁷⁹

⁷⁹Gunther Hernán GONZALES BARRÓN, TRATADO DE DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO, TOMO II. "Ediciones Legales" Pág. 378 - 387

2.2.14. Semejanzas y diferencias entre reivindicación y mejor derecho de propiedad.

La reivindicatoria busca restituir la posesión en el propietario, es decir; busca la coincidencia entre el derecho y el hecho. En este sentido, estamos en presencia de una típica acción real persecutoria y cuya finalidad es la recuperación fáctica de un bien poseído sin título por cualquier tercero. Análoga a ésta, existen otros mecanismos de tutela de la propiedad, siempre vistos desde la óptica real. Es el caso de la acción declarativa de dominio, la discutida acción *publiciana*, el deslinde y la acción negatoria.

La acción reivindicatoria, es una de condena, porque el juez ordenará finalmente la restitución del bien a favor del demandante; sin embargo, es posible que el propietario no requiera una sentencia de condena si ya es poseedor por ejemplo, sino una sentencia meramente declarativa en la que se decida su condición de propietario. Si bien esta acción a diferencia de lo que ocurre con la reivindicatoria no está contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, ello no es óbice para admitirla sin reserva alguna, pues en el derecho moderno no rige un sistema formalista para el ejercicio de las pretensiones, bastando que la petición del actor sea clara y se sustente en la voluntad de la ley, en este caso, en el artículo 923 del Código Civil.

Por lo demás, la acción declarativa de dominio exige los mismos requisitos de una reivindicatoria a excepción de la posesión del demandado, como son: la prueba de propiedad del actor, la falta de derecho del demandado y la identificación del bien. La Corte Suprema ha declarado en múltiples ejecutorias que el ejercicio nominal de la acción

reivindicatoria puede ser interpretado como si se tratase de una acción declarativa de dominio (si no hay condena de restitución por el demandado), sin que ello afecte el principio procesal de congruencia; lo cual indica que estamos en presencia de un criterio judicial consolidado. En buena cuenta, nuestros tribunales están manifestando que el *nomen juris* utilizado para la pretensión procesal no es decisivo, si la verdadera naturaleza de ésta puede deducirse del contexto del petitorio. Teóricamente es correcto este criterio de primacía de lo sustantivo, frente a lo formales; empero para dotarle de seguridad y firmeza a la propiedad, base del desarrollo humano y del Estado y éste debe protegerlo y conviene legislarlo para así consolidarlo lo expresado en la casuística nacional que señala: "...Primero. Que, el sustento principal del medio impugnativo radica en que se han contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso por cuanto la sala ha debido limitar su pronunciamiento a la reivindicación objeto de demanda y no a declarar el mejor derecho de propiedad de las accionantes, como ha ocurrido, violando el principio de congruencia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al fundar su decisión en hechos no alegados. Segundo. Que, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no sólo la propiedad sino también la posesión. Tercero. Que, precisamente en este tipo de procesos debe judicialmente quedar establecido, como lo es en el caso de autos, el título que a cabalidad acredite la propiedad del reivindicante, es decir, que en la acción de reivindicación también procede determinar el mejor derecho de propiedad, cuando ambas partes tengan dicho título. Cuarto. Que, el juez

al resolver un proceso, deberá atender a que la finalidad concreta del mismo es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz en justicia, tal como lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Quinto. Que, en el caso de autos, la sala de mérito ha concluido que aun cuando no se ha demostrado la nulidad ni la falsedad de la venta a favor de la codemandada Marina Díaz y la causante de los otros emplazados; sin embargo, el derecho de los nuevos compradores del bien *sub litis*, a su vez vendedores de los accionantes, es preferente al de los emplazados, pues son propietarios registrales que adquirieron el bien de buena fe y a título oneroso; añadiendo que no es necesario exigir a los demandantes el inicio de una nueva demanda de mejor derecho, ya que al no asistirle tal derecho a los demandados, se concluye que el derecho de los demandantes es mejor. Sexto. Que, además en el punto sexto de la contestación de la demanda, se exponen los fundamentos del mejor derecho de propiedad, que es materia de la revocación que se precisa a fojas ciento cuarenta y nueve..."⁸⁰

80sentencia de la Corte Suprema, Casación No. 2539-2000, fechada el 11 de mayo del 2001, y publicada el 05 de noviembre de ese mismo año,

Esta sentencia es muy importante, en tanto considera que la acción reivindicatoria incluye también a la acción declarativa de mejor derecho de propiedad. Esta solución es correcta, en tanto, la reivindicación es la acción plenaria entablada por el propietario para que se le reconozca como tal. Siendo ello así, dentro de la reivindicatoria se puede actuar todo tipo de pruebas para determinar quién es el propietario del bien o quien tiene mejor derecho de propiedad lo cual viene a ser lo

mismo y ello no obliga a pretender la anulación del título contrario, Es decir; para tener éxito en la reivindicatoria no es necesario anular, previamente el título invocado por la parte contraria ya que en esta acción plenaria el juez evalúa los títulos presentados y decide cuál de ellos acredita la propiedad. Es superflua e innecesaria la exigencia de anular el título contrario para recién obtener un pronunciamiento de fondo en la reivindicación. La ajenidad del bien no es causal de nulidad del acto jurídico y más bien existe norma expresa que sanciona su validez (artículo 1409 C.C.) aunque obviamente un título de estas características será impotente para transmitir algún derecho (ineficaz). Otro caso importante sobre esta materia se resolvió por la Corte Suprema mediante fallo del 29 de agosto del 2001 (casación No. 1102-01) publicado en el diario oficial el 02 de enero del 2002. Primero. Que, de mérito se ha desestimado la demanda de mejor derecho de propiedad interpuesta por el actor Desiderio Fuster Gomales, considerándose que el demandado Banco Hipotecario en liquidación acredita un mejor derecho de propiedad sobre el inmueble; sin embargo, no se ha amparado su reconvención sobre reivindicación por cuanto se ha considerado que ella procede contra el poseedor no propietario, situación jurídica que no tiene el demandante por cuanto posee en virtud de un título. Segundo. Que, al respecto, debe tenerse presente que la acción reivindicatoria tiene como sustento el derecho de propiedad, siendo su finalidad obtener el derecho de la posesión que tiene otra persona, la misma que posee el bien ilegítimamente, es decir; sin tener derecho a poseer. Tercero. Que, conforme lo establece la doctrina en materia de derechos reales tal es el caso del doctor Jorge Avendaño en su libro de Derechos Reales, editado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda edición, páginas ciento treintiséis y ciento treintisiete, la posesión

ilegítima es aquella en la cual no se tiene derecho a poseer la cosa, pudiendo esa posesión ilegítima tener múltiples causas, como por ejemplo que el título del poseedor sea anulado, que el título de posesión haya sido otorgada por una persona que no estaba legitimada o simplemente que el poseedor no tenga ningún título para poseer. Cuarto. Que, en ese mismo sentido, puede existir situaciones en las cuales el poseedor tiene un título de posesión, entendido éste como acto jurídico o documento, pero no tiene derecho a la posesión, ya sea porque el título ha sido anulado o porque ha sido otorgado por una persona que no estaba legitimada. Quinto. Que, en consecuencia, si la finalidad de la reivindicación es recuperar la posesión contra aquél que posee el bien ilegítimamente o no tiene derecho a poseerlo, resulta evidente que esa acción también procede contra aquél que no obstante tener un título, no tiene derecho a ocupar el inmueble por cuanto su título ha sido otorgado por persona que no estaba legitimada. Sexto. Que, en el caso submateria, la sala de mérito ha desestimado la reconvención sobre reivindicación al considerar que ella no procede porque el demandante tiene un título, sin tener en cuenta que la acción reivindicatoria procede también contra aquél que teniendo un título no tiene derecho a poseer el bien porque sus transferentes no estaban legitimados para otorgarlo, como es el caso de la transferencia primigenia otorgada por don Manuel Ramírez Escobedo. Sétimo. Que, por consiguiente, no obstante que se ha establecido que el Banco demandado tiene mejor derecho de propiedad sobre el inmueble *sublitis*, la sala de mérito al desestimar la reconvención sobre reivindicación ha incurrido en causal de inaplicación del artículo novecientos veintitrés del Código Civil, que establece como uno de los atributos de la propiedad del

propietario reivindique la cosa contra aquél que lo posee ilegítimamente. Octavo. Que, siendo así y habiéndose incurrido en la causal de inaplicación de una norma de derecho material, corresponde actuar como sede de instancia, resolviendo el fondo del asunto; por lo que debe ampararse la reconvención sobre reivindicación del inmueble ubicado en la calle Mariano Cornejo número (...), tal como se encuentra descrito en la ficha registral de fojas ciento treinta; por las razones expuestas y en virtud de lo preceptuado en el inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil: declararon fundado el recurso de casación..."

De lo vertido fluye la necesidad de establecer diferencias y semejanzas entre las pretensiones reivindicatoria y declarativa del mejor derecho a la propiedad establecidas por la doctrina y la jurisprudencia nacional.-

Para no entrar en confusiones como ocurre en la práctica entre la pretensión declarativa de propiedad o también conocida como mejor derecho de propiedad (declarativa de dominio para algunos) y la reivindicación, veamos sus diferencias y semejanzas: La individualidad jurídica de la reivindicación se determina: 1) Por la materia es pretensión real por excelencia. 2) Por el objeto de la sentencia es declarativa, de condena y constitutiva de derecho. 3) Es persecutoria (*ius persecuendi*) porque su objeto es perseguir el bien en poder de quien se encuentre. 4) Que el propietario no poseedor haya sido privado de la posesión del demandado no propietario. 5) Que el bien se encuentre en posesión del demandado no propietario. 6) Que el bien objeto de la reivindicación debe estar debidamente identificado o determinado. 7) La probanza del derecho de propiedad es con pertinencia e idoneidad con los títulos de propiedad indubitables, fehacientes y en tracto sucesivo (si es por

adquisición derivativa). 8) La controversia, en proceso, solo versa sobre el derecho de propiedad y 9) La legitimidad activa radica en el propietario no poseedor.

La declarativa del mejor derecho a la propiedad trata de una pretensión muy poca o nada tratada, en el Perú, pero de amplio uso en el ámbito de la discusión jurisdiccional sobre el derecho de propiedad. Su individualidad jurídica se determina de la manera siguiente: 1) Es pretensión real por la materia. 2) Tiene por objeto dilucidar el derecho de propiedad sobre la base del mejor título. 4) Los bienes deben estar en posesión del propietario o demandante o actor. 5) Por su objeto es declarativa (la sentencia firme, es objeto de inscripción en los Registros de Propiedad Inmueble en ejecución de sentencia). 6) Esta pretensión debe ser ejercitada por el poseedor-propietario. Si pretendiera ejercerla quien no se encuentra en posesión, devendría la demanda en improcedente. Es preciso recordar que, para quien no tiene la posesión y tiene la calidad de propietario, la pretensión expedita e idónea es la reivindicación. 7) En la declarativa no existe privación de la posesión, porque es demandante quien se encuentra en la misma. 8) No hay restitución de la posesión (es propia de la reivindicación). 9) La probanza también es con títulos de propiedad fehacientes, según el modo de adquisición y 10) La legitimidad activa, corresponde al propietario poseedor.

Ahora bien, tanto la reivindicatoria como la declarativa son semejantes porque ambas: Son pretensiones reales, tienen por objeto debatir el derecho de propiedad, se acreditan con títulos de propiedad, se tramitan

en la vía del proceso de conocimiento y están facultadas solo para quienes tienen la calidad de propietarios.

Finalmente, reiteramos que la reivindicación tiene la legitimación activa en el propietario no poseedor y la pretensión de declaración del mejor derecho a la propiedad, tiene la legitimidad activa en el poseedor y propietario.

2.2.15. Base positivo nacional o jurisprudencial.

El derecho como ciencia tiene fuentes propias de orden material y formar y en el presente caso resultó de particular trascendencia recoger lo que la jurisprudencia como fuente formal del derecho nos refiere:

1. Pleno jurisdiccional distrital de la corte superior de justicia de Junín, el pleno jurisdiccional distrital en materia civil, de 24 y 25 de septiembre de 2007 sobre: mejor derecho de propiedad y reivindicación, señala que:

“Tesis: Si se puede analizar y resolver en un proceso de reivindicación uno de mejor derecho de propiedad no obstante no haber sido demandado.

Antítesis: No se puede analizar y resolver en un proceso de reivindicación uno de mejor derecho de propiedad si no ha sido demandado.

Conclusión: por mayoría: Si se puede analizar y resolver en un proceso de reivindicación uno de mejor derecho de propiedad, no obstante no haber sido demandado con las limitaciones que se han señalado; que no se haya demandado pero que si se haya propuesto por el demandado como argumento de defensa, se haya fijado como punto controvertido y que no se resuelva en el fallo sino en la parte considerativa.

2. Pleno casatorio nacional en materia civil, en lo referente a la reivindicación y mejor derecho de propiedad, realizado en Lima, los días 6

y 7 de junio de 2008 nos manifiesta: en el tema N° 02, la reivindicación y mejor derecho de propiedad, en la que se abordó de la siguiente manera:

1. Problema: ¿En un proceso de Reivindicación puede discutirse y evaluarse el mejor derecho de propiedad? 2. Posturas: 1. Primera posición: En un proceso de reivindicación el juez puede analizar y evaluar el título del demandante y el invocado por el demandado para definir la reivindicación. 2. Segunda posición: dentro de un proceso de reivindicación no procede emitir pronunciamiento sobre el fondo de la reivindicación, si el demandado opone título de propiedad. El fallo será inhibitorio, pues; de producirse tal situación, será necesario derivar a otro proceso.

3. Fundamentos: La Primera posición sostiene: Que, la acción de Reivindicación es la acción real por excelencia e importa, en primer lugar, la determinación del derecho de propiedad del actor y en tal sentido, si de la contestación se advierte que el incoado controvierte la demanda oponiendo título de propiedad, corresponde al Juez resolver esa controversia; esto es, analizar y compulsar ambos títulos, para decidir si ampara o no la reivindicación. Que, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el juez puede resolver fundándose en hechos que han sido alegados por las partes; en consecuencia, en el caso concreto, se puede analizar el mejor derecho de propiedad como una categoría procesal de punto controvertido; pero no de pretensión. Que, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesales no resulta procedente derivar la demanda de reivindicación a otro proceso de mejor derecho de propiedad y además, porque la declaración judicial de mejor derecho de propiedad no es requisito previo y autónomo a la

demanda de reivindicación; sostener lo contrario implica alimentar la mala fe del demandado que sabiendo que su título es de menor rango que el del actor, opta por no reconvenir especulando que se declare improcedente la demanda. Que, no se afecta el principio de congruencia procesal; porque desde el momento en que por efecto de la contestación se inicia el contradictorio y se fijan los puntos controvertidos, las partes conocen lo que está en debate y las pruebas que sustentan sus afirmaciones y negaciones; de modo que al declararse fundada o infundada la reivindicación por el mérito de éste debate, no se está emitiendo pronunciamiento sobre una pretensión diferente a la postulada en la demanda o *extrapetita*. Que, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema se inclina por esta primera posición; como puede verse de la casación N° 1320-2000-Ica de fecha 11 de junio de 2002, publicada el 30 de junio de 2004; casación N° 1240-2004-Tacna de 1 de septiembre de 2005; casación N° 1803-2004-Loreto, de fecha 25 de agosto de 2005, publicada el 30 de marzo de 2006; casación N° 729-2006-Lima de fecha 18 de julio de 2006 y asimismo, el acuerdo del pleno distrital civil de la Libertad de agosto de 2007. La segunda posición sostiene: que, la reivindicación se define como la acción real que le asiste al propietario no poseedor frente al poseedor no propietario y en tal razón, cuando de la contestación producida en un proceso de reivindicación se advierte que el demandado también ostenta título de propiedad, el caso debe resolverse orientando al actor a otro proceso de mejor derecho de propiedad, porque aquél no ejerce la posesión en la condición de poseedor no propietario. Que, según el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil el juez no puede ir más allá del petitorio; por lo que no es factible que fije

como punto controvertido y someta a debate y prueba un tema que no se ha postulado en la demanda. Que, es contrario al principio de congruencia y al derecho al debido proceso, así como al principio de seguridad jurídica, ampliar el petitorio de reivindicación y someter a debate y juicio el mejor derecho de propiedad; ello solo es posible cuando el demandado formula reconvencción. Que, el principio *jura novit curiae* autoriza a suplir las deficiencias de la demanda en cuanto al derecho invocado, más no respecto a la pretensión demandada; por lo que no corresponde estimar que la demanda de reivindicación importa también la de declaración de mejor derecho de propiedad.

Que, existen dos casaciones que apoyan esta postura, la casación N° 1112-2003-Puno de fecha 20 de mayo de 2005 y la casación N° 1180-2001-La Libertad, de fecha 29 de octubre de 2002, publicada el 3 de mayo de 2004. 3. Votación: por la primera posición: total 70 votos, por la segunda posición: total 12 votos, abstenciones: ninguna, otras posiciones: total 02 votos. 4. Adoptando por mayoría.

Conclusión plenaria: el pleno jurisdiccional nacional civil, el siguiente acuerdo: “En un proceso de reivindicación, el juez puede analizar y evaluar el título del demandante y el invocado por el demandado para definir la reivindicación”.

3. La casación nacional sobre la diferencia de la reivindicación y el mejor derecho de propiedad ha establecido⁸¹⁻⁸²

81La casación no solo tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional, sino que además cumple otras funciones como la función dialéctica, es decir, buscar la Justicia del caso concreto.

82Casación N° 3588-2000 – Puno, 23 mar. 2001, de Jurisprudencia Civil, Editora, Normas Legales, 2002, Trujillo, T. I, pp. 174-178.

“Que el concurso de derechos reales, que puede dar lugar a un conflicto de mejor derecho de propiedad, solo se da cuando el demandante y el demandado tienen igual categoría de título de propiedad, como por ejemplo las escrituras públicas y los títulos se encuentran inscritos en los registros públicos, más no así, cuando el título del actor se encuentra inscrito y del demandado no lo este, pues en este último caso tratándose por ejemplo de una minuta que no acredita el trato sucesivo cabe solamente la reivindicación sin ser necesario la declaración de mejor derecho real ya que al no existir el tracto sucesivo no se acredita el derecho de propiedad”

4. La doctrina como fuente formal del derecho, que unas veces se adelanta a la ley y en otras cumple la función de llenar los vacíos normativos resulta trascendental en que quehacer del derecho es así que según Nerio, Gonzales Linares, en su libro Derecho Civil Patrimonial, Derechos Reales, 2012, señala que la declarativa del mejor derecho a la propiedad, Se trata de una pretensión muy poca o nada tratada, en nuestro medio, pero de amplio uso en el ámbito de la discusión jurisdiccional sobre el derecho de propiedad. Su individualidad jurídica se determina por la materia, el mejor título, sobre la posesión del demandante, etc. por su parte Gerbert Augusto Huanca Quispe, oponibilidad de derechos reales inidoneidad para probar el mejor derecho de propiedad, en cuyas conclusiones se dice: Primero: El sistema de transferencia de bienes inmuebles adoptado por nuestra legislación es el sistema de transferencia espiritual o consensual. Sin embargo el sistema de transferencias de

propiedad en general es mixto, ya que para el caso de bienes muebles se adopta el sistema de separación de contratos (título y modo) al exigirse la tradición como requisito sine qua non. Segundo: Lo regulado en el Art. 949 del Código Civil peruano no genera la obligación de enajenar (porque no puede nacer y morir al mismo tiempo la obligación de alguna conducta transmisora) por tanto no existe prestación y además no señala un modo (modus operandi) para la transferencia del bien inmueble, en tanto el Art. 1529 del Código Civil, exige una conducta obligacional al vendedor, transferir la propiedad y al comprador pagar el precio, evidenciándose la incongruencia⁸³

83www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 22

Tercero: Nuestro sistema de transferencia en bienes permite la celebración de contratos de compra venta en bienes inmuebles sujetos a la voluntad de las partes, si bien existe el efecto erga omnes, pero, eventualmente, pueden verse perjudicados los terceros que no lleguen a conocer la celebración de dichos contratos, para efectos de ejercer oponibilidad alguna frente a la celebración del contrato antes referido⁸⁴

84Artículo 1135.- 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.

Cuarto: Frente al sistema de transferencia de propiedad adoptada por nuestra legislación, toma mayor relevancia la oponibilidad registral, precisamente por el principio de publicidad registral, ya que lo que se encuentra inscrito no sólo se presume exacto sino cierto y en consecuencia es de conocimiento general, por lo que no admite prueba

en contra. Quinto: Que, cuando exista la concurrencia de derechos no reales, también es perfectamente aplicable la prevalencia que señala el Artículo 2022 y 2014 del Código Civil, debido a que nuestro actual sistema registral, permite la inscripción no sólo de derechos reales sino de derechos de distinta naturaleza.⁸⁵⁻⁸⁶

85Artículo 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.

86Art. 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos

2.3. Definiciones de términos

- 1) Acciones reales y acciones personales. Según el jurista Gayo, una acción es personal (*actio in personam*) cuando reclamamos frente a quién está obligado con nosotros, como consecuencia de un contrato o un delito, como por ejemplo, una deuda: si el deudor no paga, entonces el acreedor tiene que iniciar un proceso ejecutivo, siempre y cuando medie un título ejecutivo o de lo contrario será procedente iniciar únicamente un proceso ordinario para reclamar el(los) derecho(s) pretendido(s). Una acción es real (*actio in rem*) cuando decimos que un objeto es de nuestra propiedad o que un derecho nos compete. Las acciones personales servían para proteger un derecho de obligación y las acciones reales para proteger un derecho real.
- 2) Acciones civiles y acciones honorarias. Las acciones civiles son las concedidas por el derecho civil para proteger determinadas relaciones jurídicas, contempladas en él de antemano. Por otro lado, las acciones

honorarias son aquellas creadas y concedidas por el magistrado (normalmente por el *Pretor*) para proteger aquellas relaciones no contempladas en el derecho civil. Entre las acciones honorarias distinguimos también las acciones útiles y las acciones *in factum*. Las primeras son acciones civiles que el Pretor extendía a otros supuestos semejantes no incluidos en el derecho civil. Las acciones *in factum* son las creadas por el magistrado para proteger un supuesto nuevo, no reconocido en el derecho civil.

- 3) Acciones *reipersecutorias* penales y mixtas. Las *reipersecutorias* persiguen la devolución de una cosa de la que hemos sido privados, o la reparación de un daño que se nos ha causado. Su función es, pues, la de indemnizar al afectado. Las acciones penales persiguen el pago de una pena pecuniaria (*poena*) por parte del responsable, por lo que su función es punitiva. Acciones mixtas son las que persiguen la indemnización, pero también tienen carácter punitivo.
- 4) Acciones de estricto derecho y acciones de buena fe. Las acciones de estricto derecho (*strictii iuris*) son aquellas en las que no se deja al juez margen de duda o de matiz para su resolución. Al contrario, en las acciones de buena fe (*bona fides*) se le deja al juez un amplio margen de valoración para su resolución.
- 5) *Actio in personam*. Según el jurista Gayo, una acción es personal (*actio in personam*) cuando reclamamos frente a quién está obligado con nosotros, como consecuencia de un contrato o un delito, como por ejemplo, una deuda: si el deudor no paga, entonces el acreedor tiene que iniciar un proceso ejecutivo, siempre y cuando medie un título ejecutivo o de lo contrario será procedente iniciar únicamente un

proceso ordinario para reclamar el(los) derecho(s) pretendido(s). Una acción es real (*actio in rem*) cuando decimos que un objeto es de nuestra propiedad o que un derecho nos compete. Las acciones personales servían para proteger un derecho de obligación y las acciones reales para proteger un derecho real.

- 6) *Actio in rem*. La acción surge por primera vez en Roma, en un principio, para que el ciudadano romano defendiese sus derechos de una manera formalista, repitiendo fórmulas memorizadas y estrictas. Sin embargo, en vista de que los no ciudadanos romanos no podían acogerse al derecho arcaico, surge en la república la figura del *pretor* o *praetor*, que suaviza el derecho al dotar de acciones al *ius gentium*.

Con el paso del tiempo y ya rumbo a la llegada del Imperio, el formalismo cae en desuso y los mismos ciudadanos romanos prefieren acudir al pretor y a un *iudex* que a los juicios a la antigua usanza.

Pero el Imperio, con un procedimiento que en principio surgió para casos extraordinarios (de ahí su nombre; *extra ordinem*), revoluciona el derecho al regresar, por un lado, a un procedimiento monofásico ante una misma autoridad, pero, por el otro, romper de una vez y para siempre con el formalismo. La gente fue acogiéndose más y más a éste proceso, de forma tal que ya no hubo quien acudiera a los otros, por lo que el emperador los disolvió.

Debido a que los teóricos clásicos se centraban más en los aspectos prácticos del Derecho, formularon poca doctrina en torno a la acción, y la única clasificación de ésta formulada por los propios romanos es según el objeto de la misma: *actio in rem* o *actio in personam*.

La mayoría de los derechos neo romanistas conservan, del Derecho Romano, un procedimiento *uni instancial* para cosas de poca cuantía o gravedad (juzgados de paz), y un procedimiento *bi instancial*, como el pretoriano, para cuestiones más importantes.

Hoy en día, existen tantas teorías en torno a la acción como autores, pero en su esencia, la acción persiste, y persiste como derecho de la persona para exigir a la autoridad jurisdiccional que le reconozca un derecho y que ordene que se actúe en consecuencia. Recibe el nombre de acción porque es la manera en que el individuo actúa para exigir sus derechos de forma legal. Más como característica común a los autores modernos se caracteriza a la acción como un derecho público, autónomo, abstracto, independiente

En el derecho común anglosajón (*commonlaw*) la acción tiene el mismo sentido, es la demanda a iniciativa del reclamante que exige ante la autoridad hacer valer sus derechos. Las acciones se clasifican según los derechos que se reclaman.

- 7) Non domino. Es la que se efectúa cuando la cosa o derecho se recibe de persona que no tiene el poder de disposición sobre la cosa. Un no propietario es un simple poseedor, un tenedor, un poseedor precario, un servidor de la posesión, un estafador, un aparente poseedor, o cualquier individuo que pretenda aprovecharse de quien quiere adquirir
- 8) Adquisición a non domino. A pesar de que la regla general determina que sólo el dueño puede transmitir la propiedad de las cosas, el ordenamiento prevé en algunos casos la eficacia de las adquisiciones de quien no es verdadero dueño en aras del tráfico jurídico. La adquisición a non domino de bienes inmuebles se encuentra prevista

en el art. 907 CC. para quien adquiere de buena fe y a título oneroso del titular registral y la de los bienes muebles.

- 9) Acceso a la justicia. Es un derecho constitucionalmente protegido y del que nadie debería ser privado para recurrir en demanda o defensa de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales.
- 10) Acción. Entendida como derecho subjetivo que corresponde a toda persona por el hecho de serlo, merced al cual se puede acudir a los órganos jurisdiccionales a pedir tutela cuando nuestros derechos han sido conculcados o puestas en peligro.
- 11) Acción reivindicatoria. Es el derecho subjetivo real por el cual el propietario con derechos inscritos en los registros puede acudir al órgano jurisdiccional a pedir que el poseedor no propietario (sin derecho) le restituya el bien. Se define por la concurrencia de los siguientes elementos; a) Que la ejercite el propietario que no tiene la posesión del bien, b) Que esté destinada a recuperar el bien no el derecho de propiedad, c) Que el bien esté poseído por otro que no sea el dueño, d) que el bien sea una cosa determinada.
- 12) Barrera al acceso a la justicia. Son aquellos obstáculos que impiden un normal ejercicio del derecho a participar en un proceso en igualdad de condiciones, una de las barreras por ejemplo es la carencia de medios económicos.
- 13) Conflicto de intereses. Son las pretensiones llevadas al Poder Judicial, son siempre contrapuestas de manera que al juez le toca decidir el derecho; existe en consecuencia conflicto porque las partes en el proceso que tienen intereses contrarios sostienen de acuerdo a sus puntos de vista que el derecho les corresponde, situación que tiene

definir el juez.

- 14) Debido proceso. Es principio y a la vez un derecho constitucional y está conformado por un haz de derechos como el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a la igualdad en el proceso, a la obtención de una decisión judicial oportuna; ello en el ámbito del derecho procesal, existiendo también el debido proceso sustantivo referido a las normas de derecho material.
- 15) Desarrollo del proceso. Es el trámite que propiamente viene a ser el contenido del proceso y se llama procedimiento, el mismo que está diseñado por etapas: postulatoria, probatoria, resolutoria y de ejecución.
- 16) Erga omnes. Es una locución latina, que significa: respecto de todos o frente a todos, utilizada en derecho para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato.

Significa que aquél se aplica a todos los sujetos, en contraposición con las normas inter partes (entre las partes) que sólo aplican a aquellas personas que concurrieron a su celebración. Normalmente, para que un contrato tenga efectos más allá de inter partes y sea oponible a terceros, es necesario que cumpla ciertas formalidades que normalmente tienen fines probatorios, como haber sido inscritos en un registro público.

Las normas, por el contrario, suelen tener siempre efectos erga omnes, dado que por definición son de aplicación general. Sólo en casos muy especiales se dictan normas específicas para casos concretos.

- 17) Igualdad en el acceso a la justicia; es decir que no debe existir un trato diferenciado en el acceso a los órganos jurisdiccionales a los que se

acude para la solución de un conflicto de intereses o una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica.

- 18) Incertidumbre con relevancia jurídica, es el hecho susceptible de ser sometida al conocimiento de un juez para ser resuelta puesto que la pretensión no puede mantenerse de forma indefinida de manera incierta.
- 19) Instituto procesal. denominado también institución procesal, el proceso civil tiene como principales instituciones a la acción, la jurisdicción, la competencia, la pretensión procesal, la tutela jurisdiccional, los medios probatorios, los medios impugnatorios, la postulación del proceso, los principios procesales que orientan el proceso civil y las resoluciones judiciales, entre otras, está considerado el auxilio judicial.
- 20) Juzgado civil. Es el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo contiendas entre particulares, sujetas a las normas del Derecho Privado.
- 21) La prueba diabólica. Llamada también prueba inquisitorial, en latín, *probatio diabólica*, es una expresión del ámbito del derecho que describe la práctica de exigir por parte del jurado a la defensa una prueba a favor de la no participación del reo en la comisión del delito imputado. En una *probatio diabolica* el interpelado deberá, por ejemplo, demostrar que algo no ha ocurrido, la inexistencia de algo, o su propia inocencia en un proceso judicial, cuando lo correcto según el derecho moderno es que la “carga de la prueba” corresponde a quien ha de probar la existencia de algo o probar la culpabilidad.

La ilegitimidad de la prueba diabólica en los tribunales de los modernos Estados de derecho se basa en que en caso de no encontrarse

pruebas a favor de la comisión del delito por parte del reo, éste debería ser declarado libre en virtud de la presunción de inocencia existente en estos estados. Pero con la petición de prueba diabólica, tal presunción de inocencia se infringiría al crearse la necesidad de descubrir además una evidencia de no haber tenido el sujeto parte en el delito imputado, impidiéndose así que el acusado saliera libre de cargos en espera de hallar unas pruebas cuya aparición nadie puede garantizar tampoco. Dicho en otras palabras: los estados de derecho modernos establecen en sus leyes que si es imposible probar la culpabilidad de un reo éste debe ser declarado inocente, lo cual no podría ocurrir si se dictaminara además que se hubieran de buscar pruebas de su inocencia que podrían no encontrarse nunca (igual que ocurre con las de su culpabilidad), obligando esta última eventualidad a la dilación indefinida de una sentencia con resultado de inocencia a la que el acusado tiene derecho por ley (por la propia presunción de inocencia). Y explicado de una tercera forma: no tiene sentido buscar legalmente pruebas de la inocencia de alguien que ya es legalmente inocente por no aparecer pruebas de su culpabilidad, ya que la ley presume inocentes a todos aquéllos cuya culpabilidad no se pueda demostrar.

Los procedimientos judiciales de la inquisición (como cualquier otro en el antiguo régimen) no respetaban la presunción de inocencia y solían incurrir en absurdos lógicos de los que los acusados no podían salir, por ejemplo: si confiesas, eres culpable; si no confiesas, ni aun bajo tortura, es que el diablo te ha dado fuerzas para soportarla y por tanto eres también culpable.

22) Mejor derecho de propiedad. Es una acción real por el cual se va

decidir el derecho de propiedad al concurrir derechos de propiedad en varios sujetos que afirman ostentar los mismos derechos que el peticionante, pudiendo ser positiva y negativa.

- 23) Patrimonio. La palabra patrimonio deriva del término latino *patrimonium* y significa hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes o bien, también significa bienes propios que se adquieren por cualquier título, se le identifica con el vocablo riqueza.
- 24) Órgano jurisdiccional. Los jueces de nuestra patria pueden ser unipersonales o colegiados; llamase unipersonales cuando la función judicial (impartición de justicia) es ejercida por una sola persona; se llaman colegiados cuando lo componen 3 o más jueces; las Salas Superiores están conformadas por tres jueces superiores, mientras que las Salas Supremas las conforman cinco jueces supremos.
- 25) Persona jurídica. Es aquella que se constituye por gestión de las personas naturales, o persona colectiva como por ejemplo las asociaciones, las sociedades comerciales, etc.
- 26) Persona natural. Es el ser humano individual.
- 27) Reivindicación. Tiene su origen en las voces latinas *res*, que significa cosa y *vindicare*, que significa reclamar todo aquello que se ha desposeído, vale decir; que etimológicamente esta acción persigue la restitución de un bien.
- 28) Tutela jurisdiccional efectiva. Se le denomina así al derecho a obtener una decisión justa en un proceso judicial, la misma que no siempre es favorable al demandante sino que tiene que estar sustentada en la Constitución y la ley. Es un derecho fundamental consagrado en la Constitución que consiste en obtener una decisión judicial justa, sin que

ello signifique que la pretensión sea amparada.

- 29) Cumplimiento. En el ámbito del derecho existe las obligaciones que son de ejecución y por lo mismo se exige su realización, cuando ello ocurre se produce el cumplimiento, que puede ser parcial o total.
- 30) Finalidad. Denominado también el objetivo o aquello que se persigue o a que se pretende que se destine determinado acto o hecho de la realidad.
- 31) Igualdad. Es la equivalencia, se llama tratamiento igualitario cuando quienes participan en un proceso tienen los mismos derechos procesales.
- 32) Indefensión. Estado en el cual se priva a la persona del derecho a la defensa, por diversas circunstancias.
- 33) Influencia. Es el resultado parcial o total de un hecho o de un acto en determinada situación de hecho, que puede modificarla igualmente en forma total o parcial; se dice que existe influencia cuando factores extraños a los que se hallan en debate pueden modificar o no situaciones de hecho.
- 34) Justiciable. El justiciable es en el proceso civil el litigante, persona que es parte en un litigio judicial.
- 35) Juzgado. Es el órgano jurisdiccional a cargo de un juez, llamase juzgado a los que resuelven en primera instancia.
- 36) Mecanismo. Son medios diseñados de antemano por los cuales se pretende la consecución de determinados objetivos.
- 37) Proceso. El procedimiento es el conjunto de actos procesales que conforman el proceso, el mismo que se inicia con la demanda y concluye con una decisión final que generalmente es la sentencia. Se

sostiene que el procedimiento es el contenido y el proceso es el continente.

- 38) Justicia. Está considerada como la finalidad abstracta del proceso, pues se sostiene que la finalidad concreta es la solución del conflicto de intereses o la eliminación de una incertidumbre con relevancia jurídica.

2.4. Bases epistémicos.

La presente investigación se sustenta en el derecho patrimonial, en su segmento de los derechos reales en el derecho civil peruano, como un orden de un sistema normativo, el orden de un sistema existencial y el orden axiológico de la justicia, concebida en tres dimensiones íntimamente ligados, porque derecho no es otra cosa que vida humana intersubjetiva, regulada por normas jurídicas y orientada hacia valores.

2.5. Base jurídica positiva

- 1) La Constitución Política.- La Constitución de 1993, que ha sufrido una variación en el tratamiento de la propiedad en relación a la Constitución de 1979. En el artículo 70 se señala que "El derecho de propiedades inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley."⁸⁷

87"La Constitución de mil novecientos noventitrés, cuyo artículo sesenta establece que a nadie puede privársele de su propiedad sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o de necesidad pública, declarada por ley; que este modifica el artículo ciento veinticinco de la Constitución Política de mil novecientos setentinueve al suprimir la causa de interés como causal de la privación del derecho de propiedad, que en consecuencia se ha de considerar modificado el artículo novecientos veintitrés del Código Civil en cuanto a que el concepto de usar la propiedad en armonía con el interés social no implica privar de dicho derecho al propietario" (Cas. N° 84-94. Gaceta Jurídica. Explorador Jurisprudencial).

A nadie puede privarse de su propiedad sino exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

Por lo que se puede apreciar, se establece diversamente que la Constitución de 1979, al señalar que se ejerce en armonía al bien común y dentro de los límites de la ley, substituyendo aquella referencia al interés social. Pero la sobreprotección de la propiedad privada se desprende del celo excesivo mostrado en cuanto a la expropiación, concibiéndola restrictivamente en referencia a las causales de la misma, pudiéndose sólo expropiar por causa de seguridad y necesidad públicas, declarada por ley, suprimiendo la causa de interés social, establecida en la Carta derogada.

Como comentario del artículo 70° sobre la propiedad, Bernales⁴⁷ señala: "La primera parte del artículo bajo comentario dice que el derecho de propiedad es inviolable. Nadie puede atentar válidamente contra ella, salvo el caso de expropiación que analizaremos más adelante. Según este principio, el Estado debe proteger la propiedad. Hay que recordar que conforme al inc. 16 del artículo 2° de la Constitución, la propiedad es uno de los derechos fundamentales de la persona".

Bernales, plantea que la expropiación en la Constitución ha sido establecida en términos muy restrictivos, con lo que coincidimos plenamente. Así, señala: "En general, las disposiciones dictadas son duras y restrictivas en relación a la expropiación. Debe anotarse, como dato para el análisis, que el gobierno que dio la Constitución de 1993 no era partidario de la expropiación

y puso exigencias significativas para incorporarla al nuevo texto constitucional. Más allá de ellas lo que debe primar es el criterio de la razonable protección de la propiedad".

Pero la sobreprotección de la propiedad privada se desprende del celo excesivo mostrado en cuanto a la expropiación, concibiéndola restrictivamente en referencia a las causales de la misma, pudiéndose sólo expropiar por causa de seguridad y necesidad públicas, declarada por ley, suprimiendo la causa de interés social, establecida en la Carta derogada.

2) Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

a) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3) El código civil del 84, libro v, derechos reales, sección primera, disposiciones generales, artículo 881, en la legislativamente se delimita el ámbito de los derechos reales al decir que. "Son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes". título II, propiedad, capítulo primero, disposiciones generales; en cuyo artículo 923 define a la propiedad 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

El artículo 925. prescribe las restricciones legales en los siguientes términos:

Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de

necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico, el artículo 926, las restricciones convencionales que *ad literam* dice. “Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo” y la acción reivindicatoria en el artículo 927, que a la letra dice. “La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción”

A detalle nuestro ordenamiento civil comprende los artículos 881º a 1131º, distribuidos en cuatro secciones: sección primera, disposiciones generales, (artículos 881º a 884º); sección segunda, bienes (artículo 885º a 895º), dividida en III títulos: clases de bienes, partes integrantes y accesorios, frutos y productos; sección tercera, comprende VI títulos y cada uno en capítulos sobre derechos reales típicos o nominados, sección cuarta, derechos reales de garantía en IV títulos y estos en capítulos.

Normatividad que guarda armonía sistémica con la regulación de los demás ramas del derecho civil, objetivados en el Código Civil peruano vigente. En este cuerpo normativo de tanta transcendencia por la vida jurídica de nuestra nación, encontramos principios de derecho real que le otorgan connotación de derecho objetivo general frente a las demás ramas que integran el derecho civil, entre estos principios tenemos: legalidad de los derechos reales (art. 881º); libertad de disposición de los bienes (art. 882º); remisión a las leyes especiales (en lo que respecta al art. 883º, sobre predios rústicos, fue una arbitraria derogación realizado por la primera disposición final del D. Lg. N° 653, Ley de promoción de las inversiones en el sector agrario del 01/08/1991); propiedad incorporal (art. 884º); principio de uso de la propiedad en armonía con el interés social (art. 923º); derechos

reales sobre medios de transporte (art 2092^o); derechos reales relativos a obras intelectuales (art. 2093^o)

La metodología legislativa concretada en el libro V de los derechos reales del código civil, supera al trato que se le dio en el código civil de 1936, en cuanto este se ocupaba en el libro cuarto, en cambio la ubicación en el código vigente es después del libro IV, Derecho de sucesiones. El legislador ha empleado una metodología legal en cuanto a la ubicación de los derechos reales, con la precisión que la técnica legislativa aconseja.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo y nivel de investigación.

3.1.1. Tipo de investigación.

La presente investigación por su finalidad es básica, porque busca solamente la producción teórica, es decir parte de un marco teórico y gira en el mismo.

Por el periodo de ejecución es longitudinal, porque busca demostrar evolución de la norma, materia de estudio en un periodo de determinado según la investigación, consecutivos y por lo tanto, será materia de observaciones diversas para ver la evolución de la misma.

3.1.2. Nivel de investigación

El presente trabajo de investigación por sus características constituye una investigación descriptiva y explicativa.

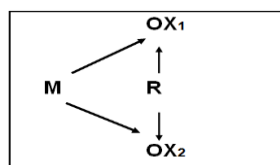
3.2. Diseño y esquema de la investigación.

Por el diseño es descriptivo correlacional, porque en una primera parte se describe el problema materia de investigación y luego se procede a la corrección de las variables en estudio.

Se observa y describe variable X1

Se observa y describe variable X2

Se observa y describe relación X1 - X2



3.3. Población muestra

3.3.1. Población

El ámbito geográfico se circunscribirá al Distrito Judicial de Huánuco, en donde se aplicarán encuestas y se analizarán los procesos de aplicación del principio de oportunidad por parte de los magistrados especializados en materia penal (Ministerio Público y Poder Judicial), tanto en la etapa de investigación preliminar así como a nivel judicial, en el periodo comprendido del año 2013.

Se analizarán los actuados de las investigaciones preliminares que se encuentran con la necesidad de incorporar en el libro de derechos reales del código civil peruano el mejor derecho a la propiedad.

3.3.2. Muestra

Se aplicarán encuestas a 22 magistrados de la provincia de Huánuco, constituidos por 02 fiscales superiores y 02 fiscales adjuntos superiores, de la primera y segunda fiscalía superior en lo civil de Huánuco; 05 fiscales provinciales y 05 fiscales adjuntos provinciales de la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta fiscalía provincial civil de la provincia de Huánuco; 01 fiscal provincial y 01 fiscal adjunto provincial de la fiscalía provincial civil, 05 jueces especializados en lo civil del primero, segundo, tercero, cuarto y quinto juzgado especializado civil de la provincia de Huánuco, y 01 juez del juzgado civil transitorio de la provincia de Huánuco.

En cuanto a los magistrados las muestras constituyen poblaciones finitas de manera que se sustentada en la fórmula:

$$N = n$$

- o Unidad de análisis.

La unidad de análisis constituye la opinión de 22 magistrados entre jueces y fiscales.

3.4. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos

- o Técnica de análisis documental:

Según Héctor Martínez Ruiz y Elizabeth Ávila Reyes esta técnica “se basa principalmente en el trabajo de archivo, que consiste en la consulta de fuentes escritas (libros, periódicos, diarios, etc.)”.

Como podemos visualizar, siendo nuestra investigación de tipo descriptivo, en su nivel básico o pura, razón por la que nos desprendemos de aplicaciones prácticas, la técnica de análisis documental se enmarca convenientemente al proceso de nuestra investigación en vista que se justifica por su utilidad, que se traduce en la optimización de los esfuerzos, la mejor administración de los recursos y la comunicabilidad de los resultados.⁸⁸

88 Tamayo y Tamayo, Mario. Diccionario de investigación científica, 2004, p. 141.

- o Estudio de documentos:

Como fuente muy valiosa, en este caso, los expedientes judiciales con sentencias de primera instancia y de vista, los recursos impugnatorios, dictámenes fiscales, nos ayudó a entender el fenómeno central de estudio: nos permitió conocer y reflexionar sobre cómo funciona y qué experiencias negativas o positivas se tiene como resultado de su uso.

Como sabemos esta técnica denominada estudio de documentos puede ser utilizado de dos formas: individual o grupal. Por la naturaleza de la investigación en curso utilizaremos el estudio de documento grupal, denominado específicamente documentos y materiales organizacionales,

el mismo que nos ayudará a estudiar de forma organizada las resoluciones y los medios impugnatorios producidos en un expediente judicial.

o Entrevistas

Fue necesario obtener referencias sobre el sistema consensual de la adquisición de la propiedad inmueble, la regulación del mejor derecho de propiedad y la reivindicación, y su regulación expresa en el ordenamiento jurídico nacional y su aplicación en el distrito judicial de Huánuco por los magistrados y en los dictámenes del Ministerio Público en el tema.

Para ello fueron necesarias las entrevistas a los dos jueces civiles, al Presidente de la corte superior y a los fiscales de Huánuco, en relación a lo siguiente:

- ✓ Concepción personal del instituto de la propiedad y su transmisión en el tráfico inmobiliario.
- ✓ Seguridad jurídica, eficacia del principio de primacía registral y la fe registral.
- ✓ Opinión personal sobre la doble venta.
- ✓ Sugerencias sobre el proceso de reivindicación y mejor derecho de propiedad.

Cuyo cuadro resumen fue la siguiente:

TECNICAS	INSTRUMENTOS
De la recolección de la información.	<ul style="list-style-type: none"> • Fichas bibliográficas. • Referencias de información
Del procesamiento y análisis de la	<ul style="list-style-type: none"> • Cuadros de tablas estadísticos • Escala de Logro y deficiencias

información.	<ul style="list-style-type: none"> • Ponderaciones. • Promedio. • Proporciones (%) • Gráficos Estadísticos. • Ratios de comparaciones.
De la redacción del informe.	<ul style="list-style-type: none"> • Esquema del informe estratégico • Módulos de investigación.
De la exposición y sustentación	<ul style="list-style-type: none"> • Equipo de proyección. • Equipo de sonido. • Software. • Protocolo de Exposición de tesis. • Protocolo de sustentación de tesis.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Resultado de trabajo de campo con aplicación estadística y mediante distribución de frecuencia y gráficos.

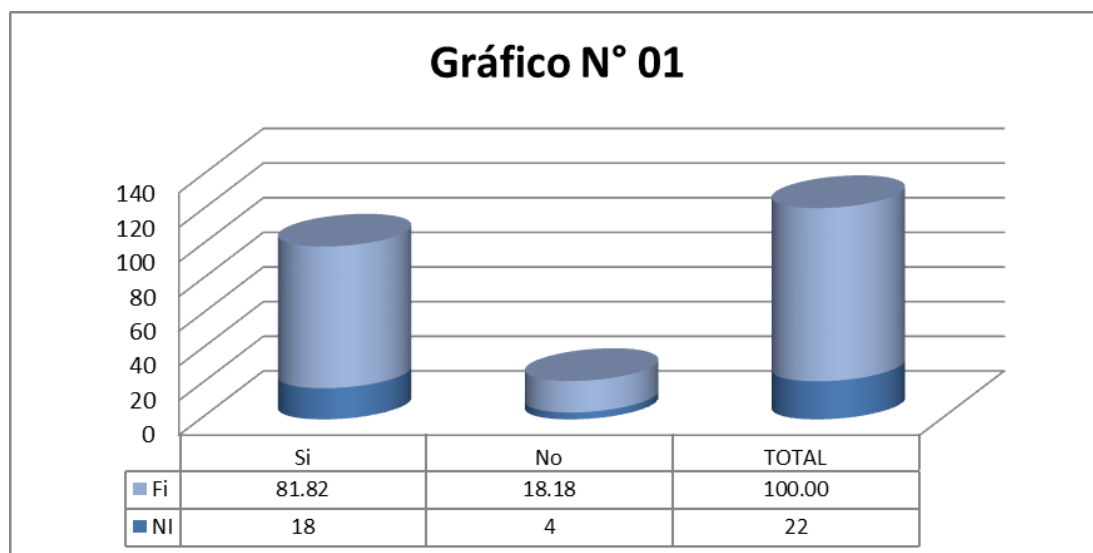
Los resultados fueron obtenidos en base al cuestionario aplicado a las fiscales del distrito fiscal del Ministerio Público y a los jueces del Distrito judicial de Huánuco, la misma que ha sido organizada, tabulada y sistematizada en las tablas de frecuencia simple e interpretada y analizada en base a ella y de esta forma se ha determinado los diversos niveles que a continuación se presentan en los gráficos.

CUADRO N° 01

El derecho de propiedad privada debe ser garantizado efectivamente por el Estado			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	18	81,82
	No	4	18,18
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 81,82% si, 18,18% no.

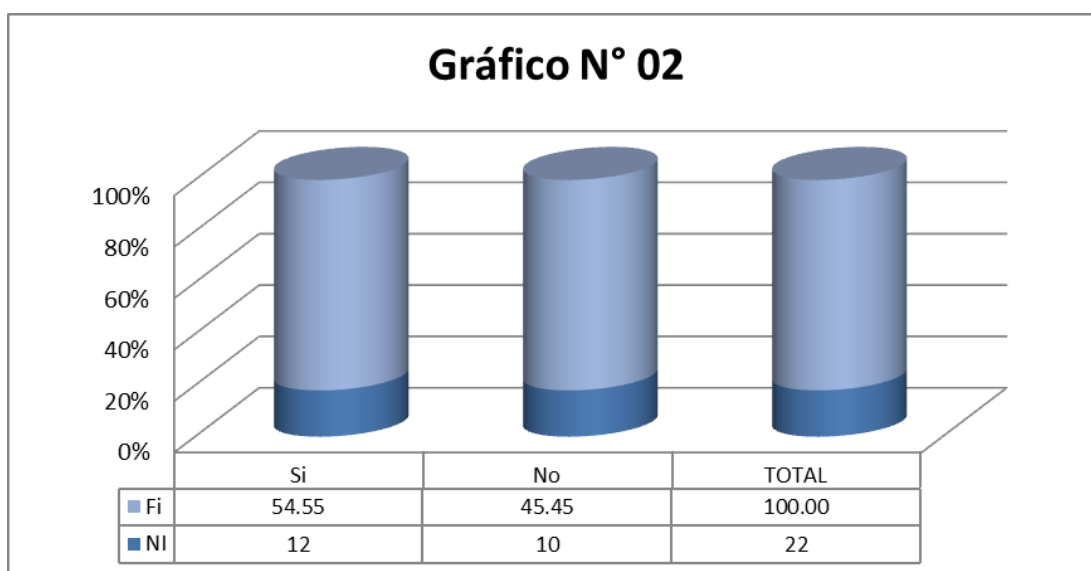
El Estado de derecho y constitucional, por encargo del constitucional está obligado a proteger y garantizar la propiedad no solo mediante normas jurídicas, sino a través de instituciones especializadas como registros públicos y juzgados civiles o mixtos que permitan asegurar legalidad y legitimidad del derecho y tráfico jurídico en tanto circulación de la riqueza en aras del bienestar de la nación.

CUADRO N° 02

Está usted de acuerdo de que el código civil vigente solo regule la facultad del propietario no poseedor de pedir al que la tiene sin derecho que se denomina acción de reivindicación, sin regular expresamente lo referido al mejor derecho de propiedad que se produce cuando dos personas alegan tener los mismos derechos sobre un bien.			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	12	54,55
	No	10	45,45
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los jueces y fiscales y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 54,55% sí, 45,45% no.

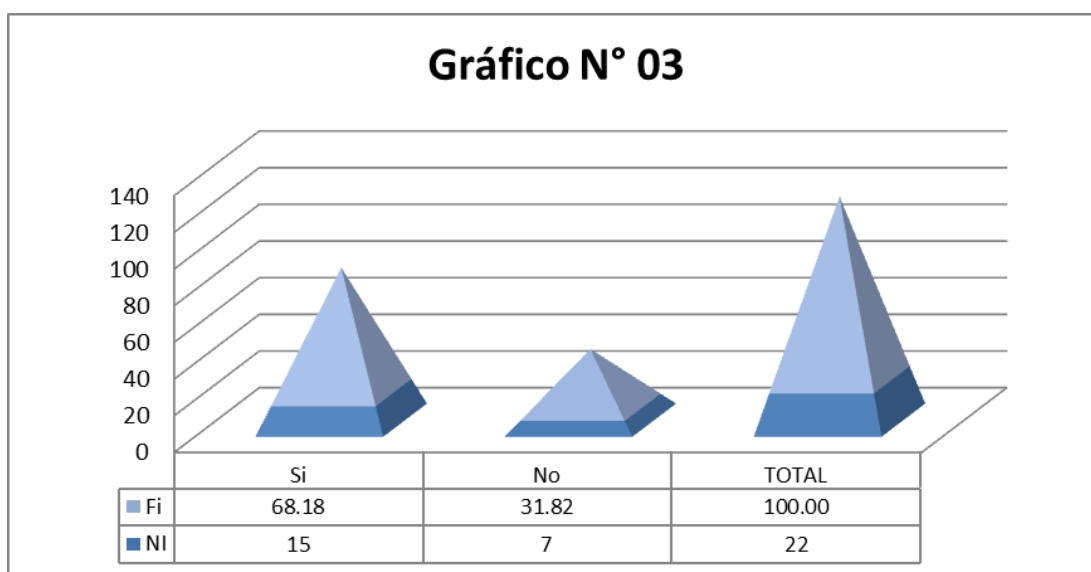
Que es urgente e indispensable llenar normativamente este vacío ya que los criterios de los jueces y fiscales son diversos y contradictorios por lo que el servicio de justicia legal no es satisfactorio.

CUADRO N° 03

Estaría de acuerdo usted que se incorporen artículos sobre mejor derecho de propiedad en código civil vigente al igual que la acción de reivindicación			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	15	68,18
	No	7	31,82
TOTAL		22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

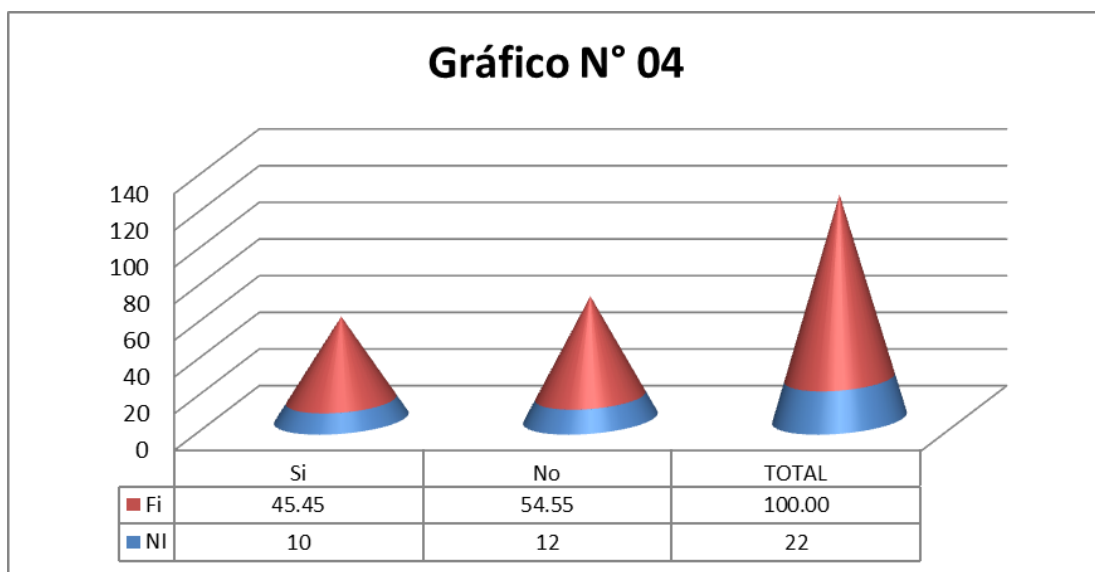
La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 68,18% sí, 31,82% no.

Nos precisó que están de acuerdo por la inmediata legislación sobre el mejor derecho de propiedad para afrontar la doble venta y remediar los conflictos originados por el Sistema consensual de transmisión de la propiedad inmueble que la genera.

En el caso de doble venta de un mismo bien se puede judicializar en la acción de reivindicación o en el de mejor derecho de propiedad			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	10	45,45
	No	12	54,55
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

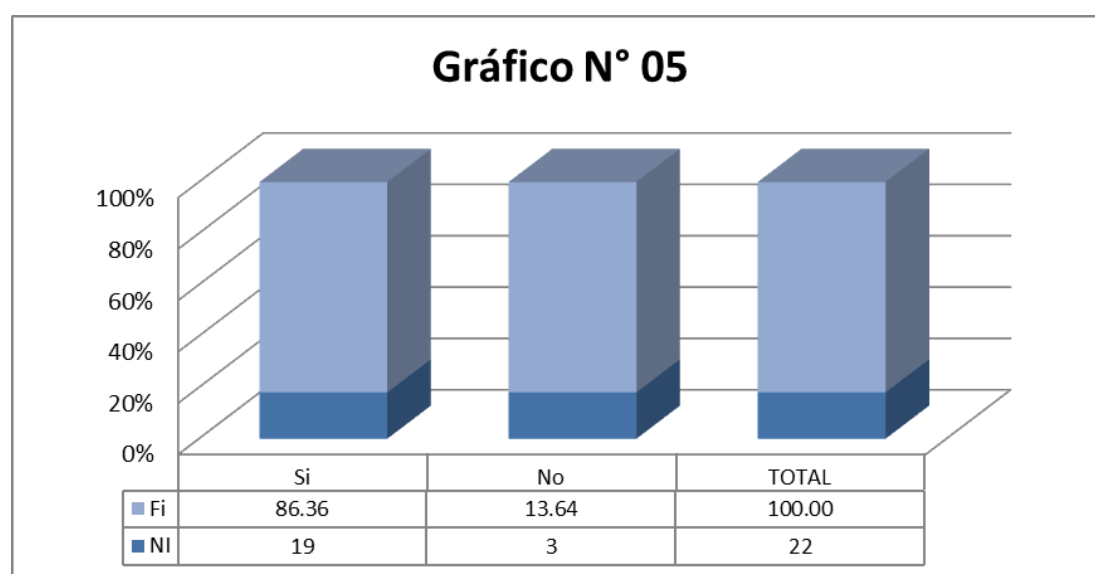
La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 45,45% sí, 54,55% no.

Se pudo establecer que se judicializa en el mejor derecho de propiedad en base a la preferencia registral.

Para incluir artículos en el código civil vigente sobre mejor derecho a la propiedad sería conveniente recoger lo que dice mayoritariamente las sentencias de la Corte Suprema dadas a la fecha			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	19	86,36
	No	3	13,64
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 86,36% sí, 13,64% no.

Por la fuerza normativa de los artículos del código civil, ya que la jurisprudencia es fuente formal del derecho de orden secundario de la que es posible apartarse emotivamente, mientras que la aplicación de la ley en dictámenes y resoluciones judiciales es parte de la debida motivación.

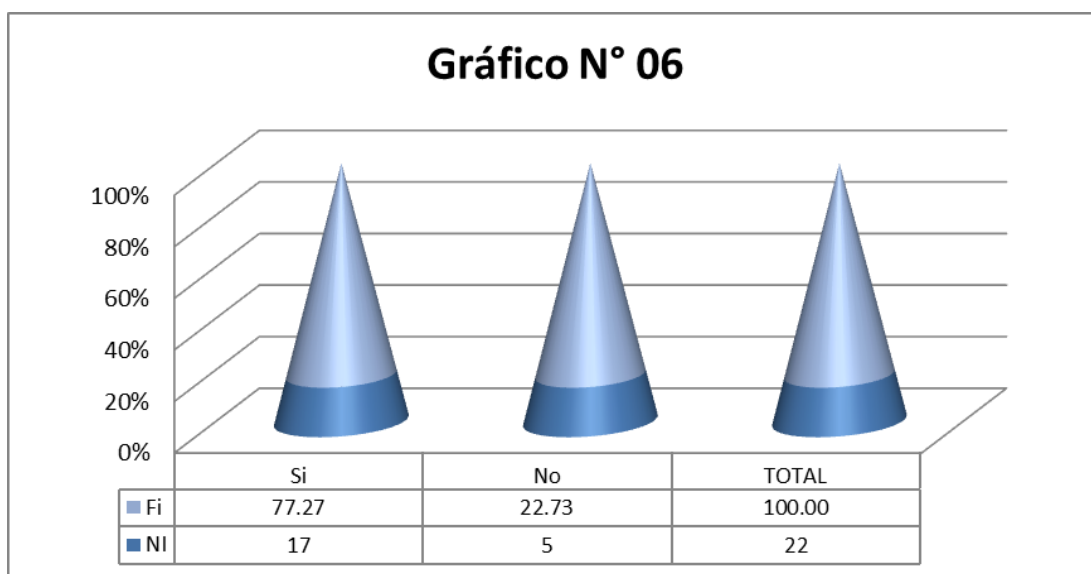
CUADRO N° 06

Está usted de acuerdo que las leyes deben garantizar la plena vigencia de la propiedad para asegurar el desarrollo económico, personal y del Estado

		NI	Fi
Escala valorativa	Sí	17	77,27
	No	5	22,73
	TOTAL		22

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 77,27% sí, 22,73% no.

Las leyes meramente declarativas se divorcian de la realidad y no cumplen la función social del derecho por lo que hay que dotarle de vida humana en su interferencia intersubjetiva y de valores como instrumento de ingeniería social que en derecho de propiedad pueda asegurar efectivamente su doble connotación de derecho e institución fundamental para la realización personal y social en un Estado democrático, de derecho, social y constitucional.

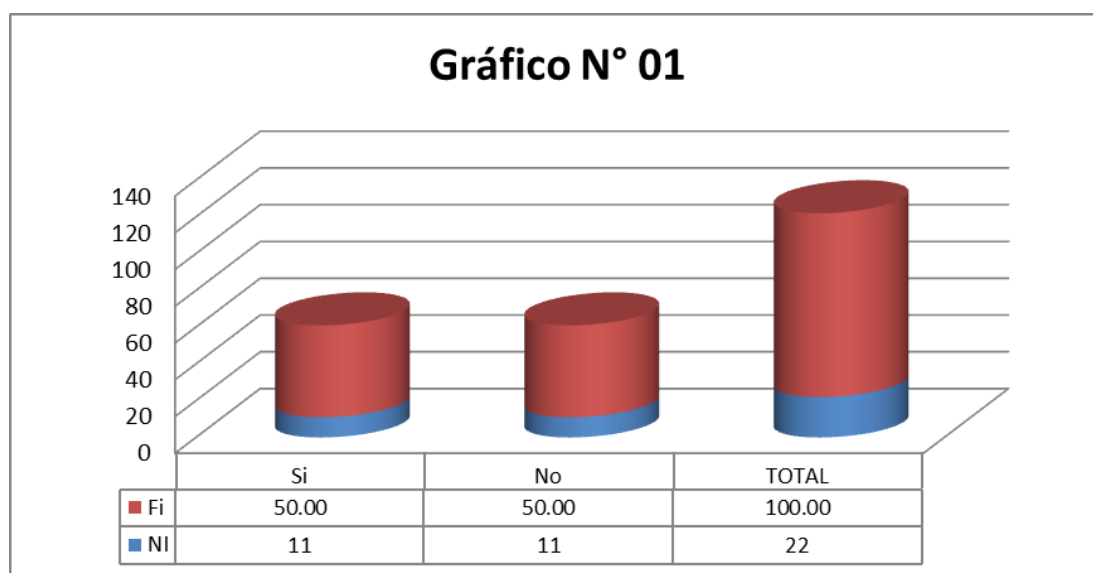
CUADRO N° 01

ENCUESTA PARA JUECES Y FISCALES.

El código civil expresamente regula el mejor derecho a la propiedad			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	11	50,00
	No	11	50,00
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 50,00% sí, 50,00% no.

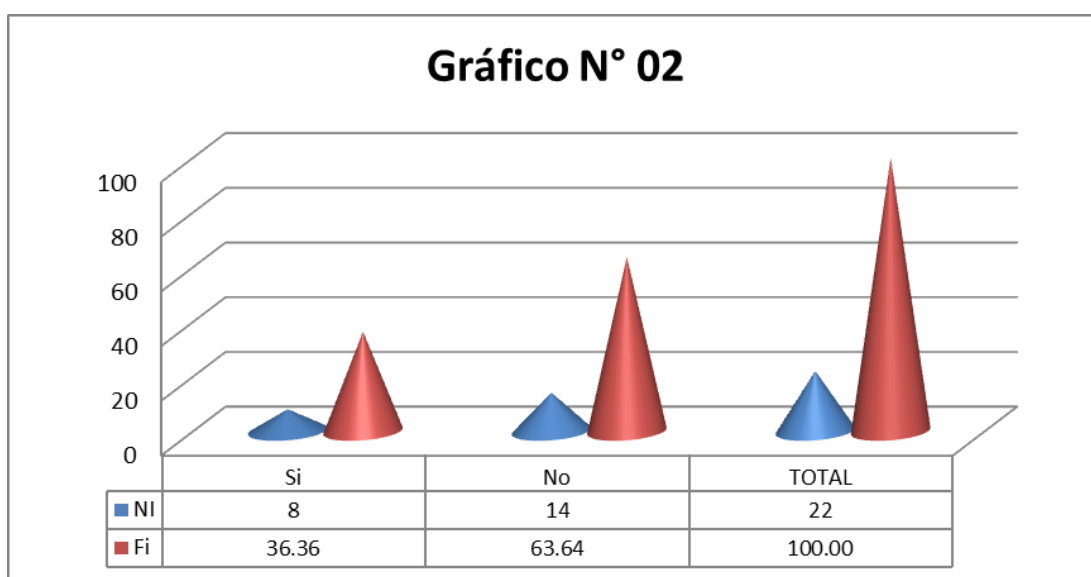
El cuadro nos mostró la confusión en los aplicadores del derecho en considerar que el mejor derecho de propiedad está regulado por el código civil, derivado de la falta de investigación y difusión de la teoría en la comunidad jurídica y por efectos de falta de uniformidad de la jurisprudencia y de legislación expresa que conlleva a la sinonimia de reivindicación y mejor derecho de propiedad.

CUADRO N° 02

El Código Civil vigente regula expresamente la acción reivindicatoria			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	8	36,36
	No	14	63,64
TOTAL		22	72,73

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 36,36% sí, 63,64% no.

El cuadro nos revela la confusión de la reivindicación y el mejor derecho de propiedad por falta de información o por información distorsionada del mejor derecho de propiedad y la reivindicación que lleva a una falta de predictibilidad en el resultado de los procesos que desprestigia a los administradores de justicia con consecuente pérdida de confianza en la justicia por los justiciables y propietarios, por otro lado se genera una situación favorable a los timadores, traficantes y

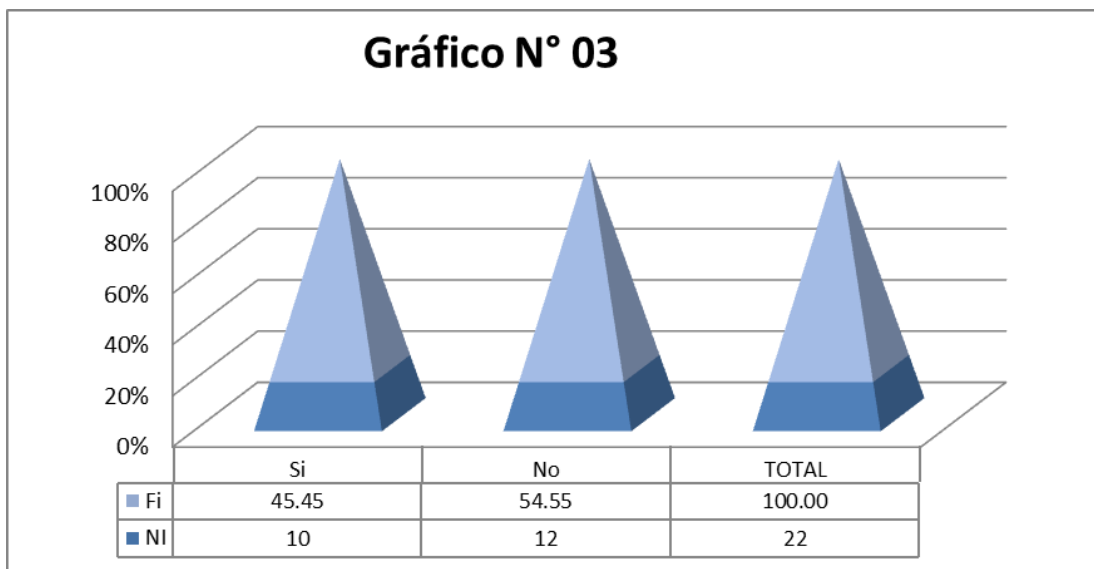
estafadores de inmuebles estimulado por el crecimiento poblacional y económico peruano.

CUADRO N° 03

A su entender el mejor derecho a la propiedad es un derecho real al igual que el derecho el de reivindicación			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	10	45,45
	No	12	54,55
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplico a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 45,45% sí, 54,55% no.

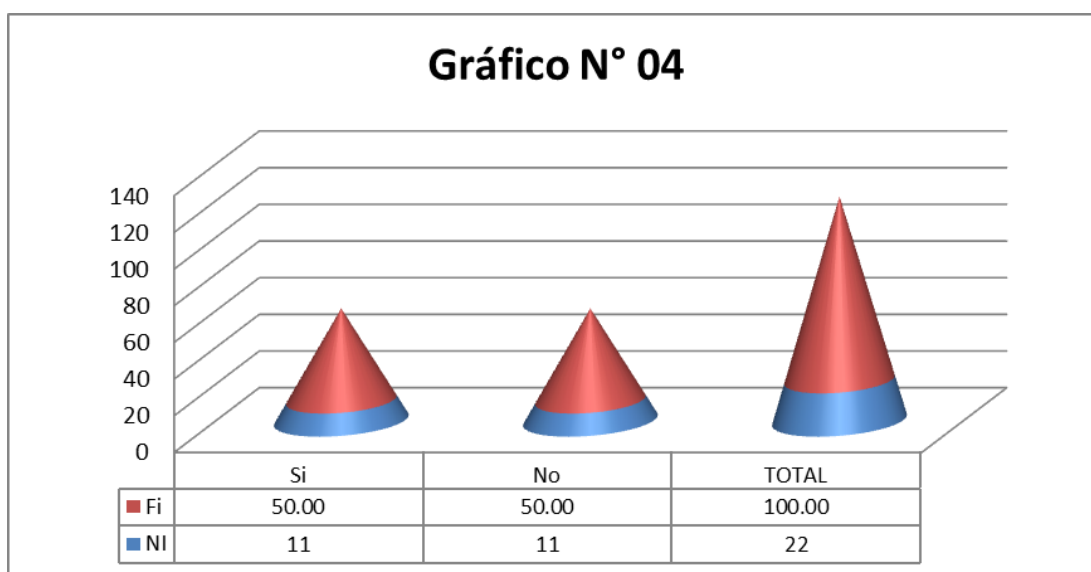
El cuadro nos ilustra que la percepción de los aplicadores del derecho mayoritariamente concibe como diferente al mejor derecho de propiedad y a la reivindicación.

CUADRO N° 04

Fundamente legalmente (ley expresa, clara) en sus demandas el mejor derecho de propiedad				
Escala valorativa			NI	Fi
	Sí		11	50,00
	No		11	50,00
	TOTAL		22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 50,00% sí, 50,00% no.

El cuadro nos muestra que al fundamentar sus pretensiones invocan el artículo 923, 1135, 2022¹ y 2014² del código civil, por equiparar la reivindicación con el mejor derecho de propiedad.

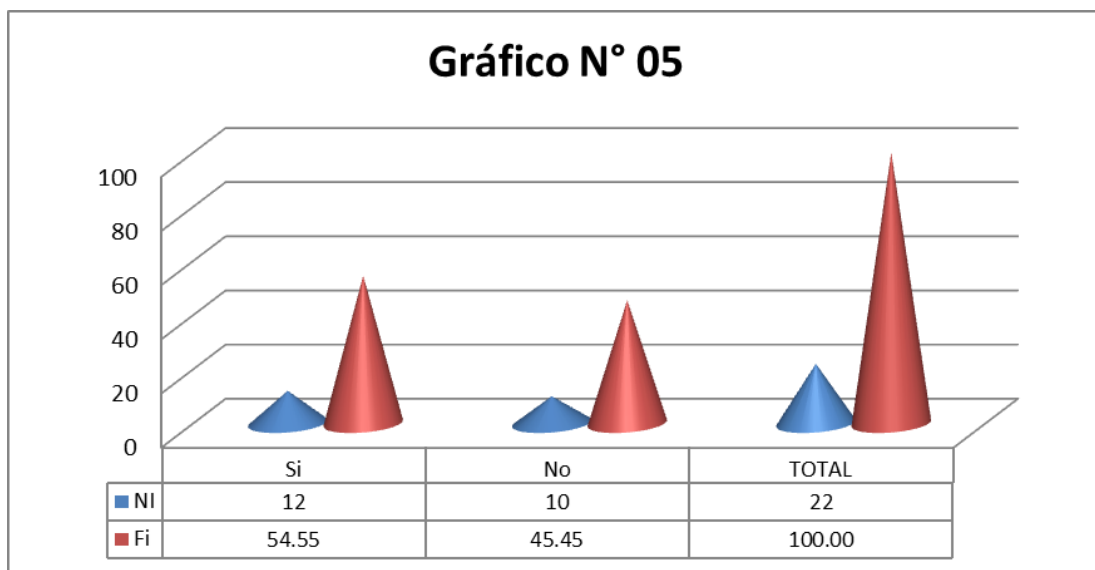
CUADRO N° 05

-
- 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.
 - El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos

Fundamenta usted jurídicamente (jurisprudencia, plenos jurisdiccionales y doctrina) sus pretensiones de mejor derecho de propiedad			
Escala valorativa		NI	Fi
	Si	12	54,55
	No	10	45,45
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 54,55% sí, 45,45% no.

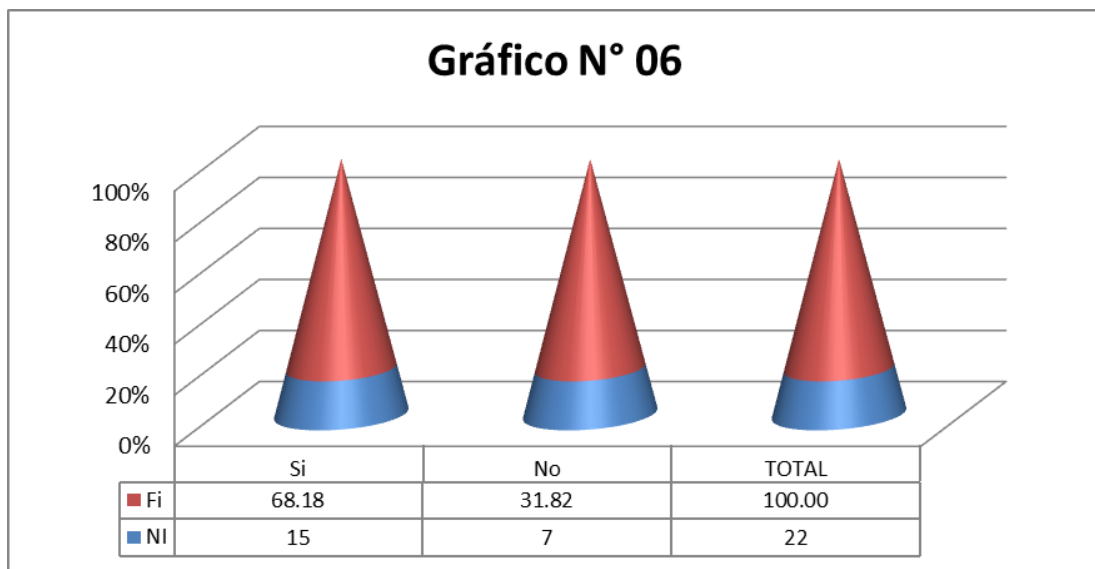
El cuadro nos mostró que los plenos jurisdiccionales no son usados mayoritariamente para fundamentar el mejor derecho de propiedad porque su difusión no es plena en la comunidad jurídica y que solo alcanza a un porcentaje de hombres de derecho a diferencia del código civil que cobertura a la totalidad por su divulgación codificada en medios a costo módicos mientras los plenos y jurisprudencia se hace en medios especializados y a mayor costo.

CUADRO N° 06

A su parecer urge una modificación del Código civil vigente en este punto (mejor derecho de propiedad)			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	15	68,18
	No	7	31,82
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

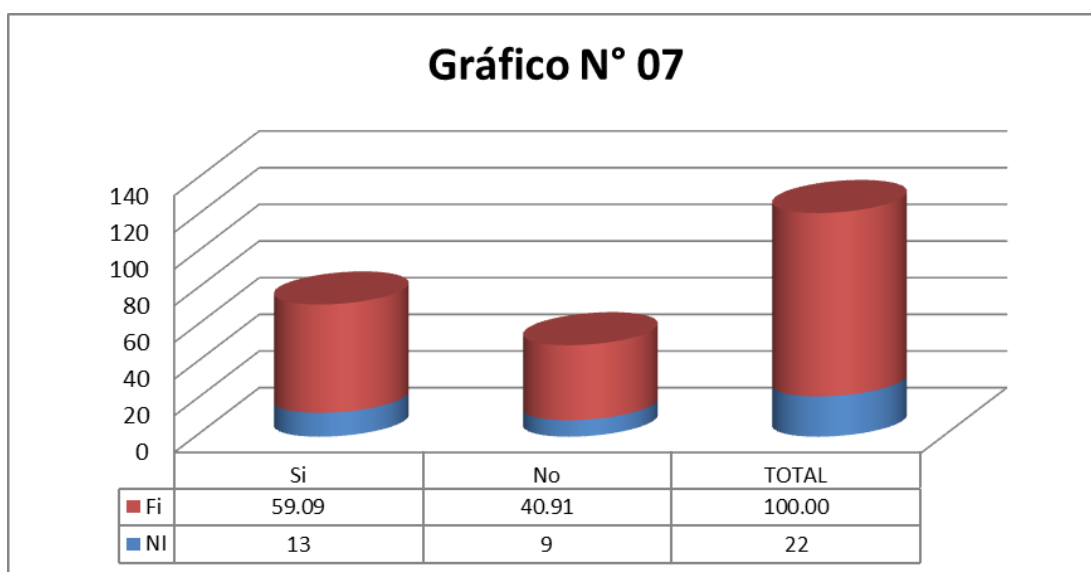
La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 68,18% sí, 31,82% no.

El gráfico nos ilustra sobre la necesidad inmediata de legislar sobre mejor derecho de propiedad.

En los casos de doble venta de bienes inmuebles usted en sus demandas pide reivindicación o mejor derecho a la propiedad			
Escala valorativa		NI	Fi
	Sí	13	59,09
	No	9	40,91
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta aplicada a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 59,09% sí, 40,91% no.

El cuadro y el gráfico nos ilustran sobre el uso del mejor derecho de propiedad pese a su ausencia legislativa para corregir los conflictos derivados del consensualismo en la adquisición de inmuebles.

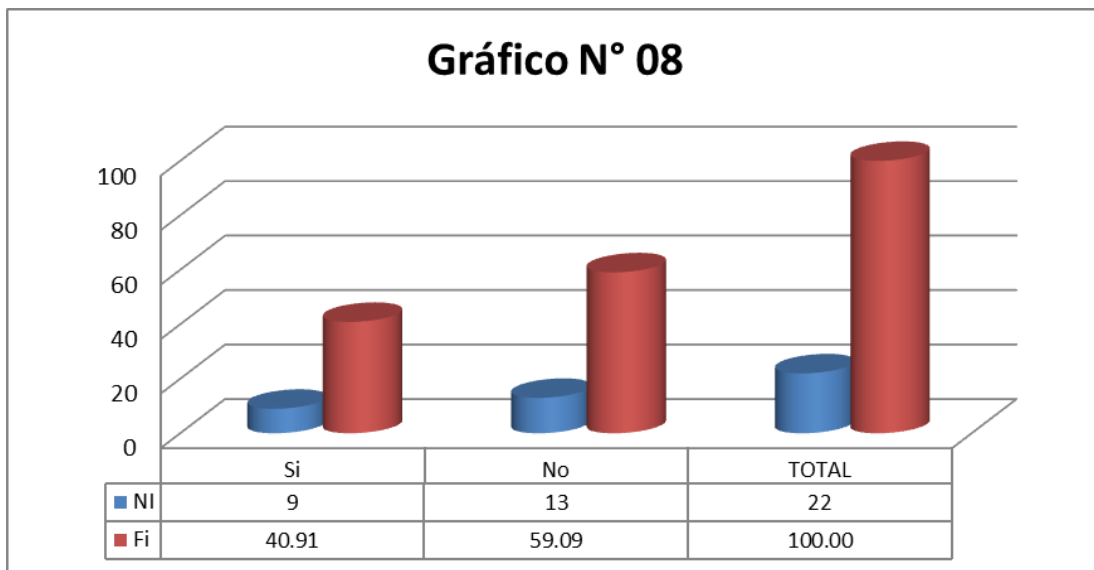
CUADRO N° 08

No se requiere modificación al código civil porque como esta normado es satisfactorio

		NI	Fi
Escala valorativa	Si	9	40,91
	No	13	59,09
	TOTAL	22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 40,91% sí, 59,09% no.

El cuadro y el gráfico resultaron ilustrativos porque permiten apreciar que no es satisfactorio como está regulada la protección jurídica sustantiva e instrumental en nuestro sistema jurídico.

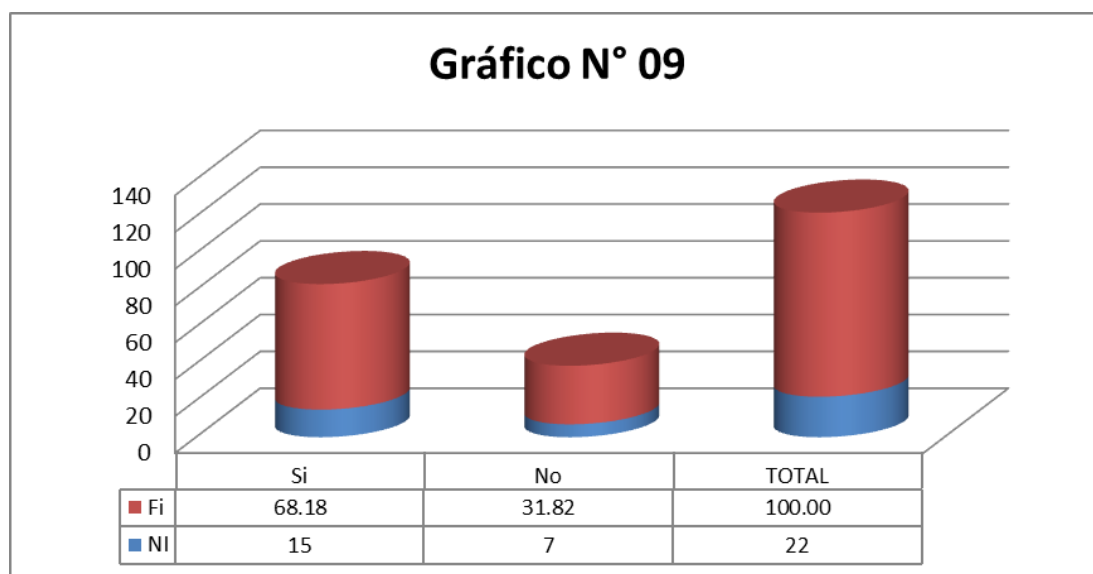
CUADRO N° 09

El mejor derecho de propiedad es un derecho real imprescriptible y diferente a la acción de reivindicación y está establecido así en la jurisprudencia y la doctrina como fuentes formales del derecho

Escala valorativa		NI	Fi
	Si	15	68,18
	No	7	31,82
TOTAL		22	100,00

Fuente : Encuesta aplicada

Elaboración : El tesista



Interpretación

La encuesta se aplicó a los miembros involucrados y se determinó en base a la muestra de 22 y se ha obtenido los siguientes resultados: 68,18% sí, 31,82% no.

En el cuadro y en el gráfico se muestra la característica singular de los derechos reales como poder jurídico que al haber adoptado el estado peruano el sistema consensual de transmisión de inmuebles la reivindicación es un medio para proteger al propietario y que encuentra su complemento en el mejor derecho de propiedad derecho en caso de doble venta por ello precisamente tanto la reivindicación y el mejor derecho son expresiones de la naturaleza imprescriptible y oponibilidad erga omnes.

4.2. Contrastación de la hipótesis secundaria.

- Validación estadística- prueba de hipótesis

- Hi= Existe la necesidad de modificar e incluir en el libro de derechos reales del código civil vigente el mejor derecho a la propiedad

Comprobación:

Nuestra hipótesis ha sido confirmada por los resultados obtenidos que “Existe la necesidad de modificar e incluir en el libro de derechos reales del código civil vigente el mejor derecho a la propiedad.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. Contrastación de Resultados de Trabajo de Campo con los Referentes

Bibliográficos.

Algunas precisiones sobre el derecho de propiedad.

Dentro del derecho civil patrimonial, uno de los temas con mayor relevancia jurídica y de interés no sólo económico sino de orden social, es el tema del derecho de propiedad, puesto que se va incrementando el tráfico inmobiliario por la misma sobrepoblación mundial.

La humanidad empezó, la actividad económica con la cacería y cultivo de las tierras, iniciándose con la ocupación de todos los bienes, las cosas que los tenía a su alrededor, configurándose así, la posesión y la propiedad, pero como consecuencia inmediata se empezó a generar algunos problemas, como no respetar las propiedades privadas, entonces se acordaron organizarse en sociedad y estados con la finalidad de preservar su vida, libertades y propiedades, siendo más adelante, la manera cómo nace el Estado mediante un contrato social.

De tal forma, originariamente la propiedad fue comunal donde el grupo, al ocupar durante un período más o menos largo la tierra que cultiva, consolida una situación de hecho denominada posesión, en la cual la ocupación permanente y la necesidad de continuar usufructuando de los frutos provenientes del trabajo en la tierra determina el derecho del poseedor.

Justamente, en el hecho de poseer las tierras es donde se origina la propiedad inmobiliaria, es decir con la posesión directa y pública se adquiría una situación de relación directa entre el hombre y el bien. La propiedad privada no ha existido siempre, como tampoco lo han sido las clases sociales, el Estado, la división del trabajo, etc. La aparición de la propiedad privada está íntimamente ligada a la de estos fenómenos.

Inicialmente, las tierras eran de propiedad de la tribu, donde se dividen entre todas las familias que la integran asignándose terrenos o parcelas temporalmente, dicha división de las tierras en familias posteriormente

adquiere permanencia, entonces surge la propiedad familiar que luego se convierte en hereditaria y autónoma. En el mundo contemporáneo, se presenta la escasez de materias primas y recursos naturales, lo que genera la necesidad de establecer instituciones que aseguren la colocación y asignación de los recursos en manos de quién mejor administren. De esta manera, el propietario tendrá la seguridad de que la inversión realizada en la explotación del recurso no se perderá, y en caso de producirse amenaza o vulneración de su derecho podrá contar con un marco institucional que le permita solicitar tutela y protección.

Por tanto mientras no existan medios, mecanismos, instituciones, etc. que garanticen la inversión en una actividad el derecho de propiedad se ve a todas luces desprotegida. Sin embargo no es para menos resaltar el derecho de propiedad en Roma, que se desarrolló en función a su expansión en conquistas, lo que le permitió confiscar las tierras y dárselas a particulares, y estos hacer el pago de una tasa anual. Tal situación de hecho, se denomina *possesio*, donde paulatinamente el Estado atribuye un verdadero derecho a quien puede conseguir la posesión u ocupación. Posteriormente hablamos de *dominio ex jure quiritum* o propiedad quiritaria⁸ que manifestaba la propiedad con carácter de exclusividad, perpetuidad, absolutismo y pleno derecho sobre la cosa, donde los únicos que la ejercían eran los ciudadanos romanos. En segundo lugar, existía un tipo de propiedad inferior a la quiritaria para los extranjeros denominada *in bonis* o propiedad provincial, pretoriana o peregrina.

El sistema de transferencia en el derecho de propiedad.

En relación a la transferencia de bienes inmuebles, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tenemos dos grandes sistemas de transferencia que

uno de ellos es el sistema de unidad de contrato (sistema espiritualista, consensual o francés) y el sistema de separación de contratos (alemán o del título y modo). El primer sistema sostiene que el contrato es la única fuente que produce la consecuencia transmisiva de propiedad, pudiendo darse dicho efecto de forma inmediata o de forma mediata o diferida, donde el contrato es suficiente para producir el efecto traslativo de la propiedad no requiriéndose acto complementario.

La autonomía de la voluntad cumple un rol determinante, en la circulación de los bienes y al respecto algunos autores señalan que este sistema permite mayor tráfico inmobiliario, dicho sistema tiene su origen en el código francés de 1804.

Por otro lado tenemos el sistema de la doble causa (sistema del título y modo) en el que se exige de un acto de reconocibilidad social que permita constituir el derecho de propiedad en el adquirente y paralelamente permita acceder a la publicidad de los demás.

Éste sistema incluye a las teorías de la yuxtaposición del título y el modo o sistema romano y al del sistema registral constitutivo no convalidante. Por lo que este sistema entiende por el título al contrato de compra venta y al modo a la tradición. La transferencia de bienes, según nuestro código civil de 1852, estuvo regulado, en el libro tercero, de las obligaciones y contratos, sección segunda; de los contratos consensuales, título primero, legislaba el contrato de compra venta definiéndolo en su artículo 1305 y estableciendo el carácter consensual de la transferencia de la propiedad de los bienes y en tanto en el artículo 1308 se señalaba que en la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y el pago del precio. Ello nos permite advertir que el contrato de compra venta

en bienes muebles e inmuebles era consensual también la transferencia de la propiedad, además de la redacción del artículo 1308 se deduce que aún no se hizo distinciones entre cosa, bien o bienes muebles o inmuebles. Podemos entonces señalar, que el código civil peruano de 1852 seguía el modelo francés. Además, conviene aclarar a la fecha de entrada vigencia del código bajo comentario (1852), no estaba aún en vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del código civil francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato, razón por el cual el código civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del código de Napoleón.

Al respecto es necesario resaltar la postura de Manuel Augusto Olaechea²⁸ en el que ya hablaba de una clasificación de bienes registrados y no registrables.

Seguridad jurídica y el efecto *erga omnes* en la transferencia de bienes inmuebles

La seguridad jurídica objetiva consiste saber que el derecho que conocemos nos protege nuestro interés objetivo, (vida, propiedad, y libertad) y a que nos concede, por ello también, un margen de tranquilidad psicológica, que es en lo que, estrictamente consiste el valor de la seguridad jurídica estrictamente. En relación a lo mencionado por su parte Álvarez González, señala: tenemos seguridad jurídica, sólo, si el derecho que conocemos protege, también, nuestro interés y no sólo por el mero hecho de conocer bien un Derecho, de estar seguros de lo que éste dice. Por lo que podemos decir también, entonces, que tenemos o no seguridad jurídica y no que hay o no hay seguridad jurídica, pues lo mismo que la hay siempre para unos,

no la hay o la hay más limitada, siempre también para otros.

El Tribunal Constitucional sostiene que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista del documento fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad. En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la inscripción registral del derecho de propiedad dota de una incuestionable seguridad jurídica al ejercicio de ese derecho, sin embargo, ha sido cuidadoso en señalar que la garantía que reviste el título inscrito será meramente aparente si no se crean las condiciones razonables y suficientes para que el procedimiento previo a la inscripción esté provisto también de la suficiente seguridad jurídica, pues de lo que se trata es de que el registro sea fiel reflejo de la realidad jurídica extrarregistral.

Con esta premisa y acudiendo al test de proporcionalidad, el Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable, pues, no obstante que ello genera un grado de sustracción en la garantía que la seguridad jurídica dispensa, el principio no se ve afectado en su contenido esencial, siendo todavía plenamente reconocible su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico. Además es necesario también señalar, el notario

dota de fe pública y seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos que ante él se celebren. Por ello podemos señalar que seguridad jurídica, aunque no se encuentre expresamente regulada en la constitución, se desprende que es un derecho fundamental de todo ciudadano y elemento consustancial del estado de derecho constitucional.

5.2. Aporte Científico.

El sistema de transferencias de propiedad en general adoptado por nuestra legislación es mixto, ya que para el caso de bienes muebles se adopta el sistema de separación de contratos (título y modo) al exigirse la tradición como requisito *sine qua non* y para el caso de bienes inmuebles el sistema de transferencia es espiritual o consensual.

Mientras subsista el sistema espiritual el ordenamiento jurídico peruano requiere institucionalizar el mejor derecho de propiedad en el código civil para contrarrestar los dobles actos de disposición, doble venta o venta múltiple instalada ya en nuestro medio debido al creciente tráfico jurídico de bienes inmuebles y por la presencia de estafadores profesionales que cotidianamente es divulgada por los medios de comunicación. Haber demostrado que el aludido sistema de transferencia no permite un seguro tráfico inmobiliario, sino; únicamente con mayor frecuencia e impregnada de inseguridad jurídica, perjudicando principalmente a los ciudadanos de menos recursos económicos.

Nuestra contribución permite generar en la comunidad jurídica debates sobre el mejor derecho de propiedad y la conveniencia de modificar prontamente el sistema consensual de la transferencia de la propiedad inmueble por el sistema del contrato y del modo o modelo alemán, máxime cuando como se ha demostrado los registros públicos ha evolucionado

grandemente y se encuentra interconectado en todo el territorio nacional y el soporte técnico del sistema de comunicaciones permite esta interconexión en tiempo real y los costos del servicio son realmente módicos a diferencia de antaño para que así el Estado cumpla con el encargo constitucional cabalmente.

CONCLUSIONES

- 1) Que tenemos dos modos de adquirir la propiedad inmueble: i) mediante el simple consenso o contrato entre las partes (art. 949) y ii) por medio del registro cuando hay que oponerlos a terceros, (art. 1135), que es el modo *sui generis*. Tales reglas no hacen sino reconocer dos sistemas contrapuestos que regulan la transferencia de la propiedad inmobiliaria.
- 2) Nuestro actual sistema no permite un seguro tráfico inmobiliario, sino únicamente con mayor frecuencia impregnada de inseguridad jurídica y con perjuicio de los ciudadanos por el fraude.
- 3) Lo más adecuada a nuestra realidad es la aplicación del sistema registral constitutivo no convalidante porque generará mayor seguridad jurídica.

- 4) En tanto subsista sistema actual existe la necesidad de incorporar legislativamente en nuestro código civil el mejor derecho a la propiedad para combatir la doble venta porque permite dilucidar quién es el verdadero y único propietario del inmueble basado en el que primero registró el inmueble en atención a su alta incidencia al ocupar el segundo de los procesos civiles que se emplea.
- 5) Los registros públicos han evolucionado significativamente con relación a épocas pasadas porque cuenta con: i) una infraestructura moderna e interconectada virtualmente, ii) costos sustancialmente más bajos que antes, al igual que los costos de los notarios; iii) avanzada elaboración del sistema catastral registral por lo técnicamente se puede evitar a los timadores profesionales.
- 6) Las consecuencias del consensualismo son la desconfianza, la incertidumbre y el concurso de acreedores urgidos de justicia legal.

SUGERENCIAS.

1. Sensibilización a los fiscales, jueces, abogados, notarios y cámaras de comercio a nivel del distrito judicial de Huánuco y de la oficina zonal de registros públicos del departamento, respecto a la importancia que tiene la seguridad jurídica registral en la transferencia de la propiedad inmueble, para evitar de esa forma: la desconfianza, la incertidumbre y el concurso de acreedores que son comunes en la realidad circundante.
2. Fortalecer los registros públicos y notarías con sistemas informáticos (plataformas) que permitan crear un archivo interconectado a nivel nacional que garantice a los usuarios una real seguridad jurídica registral en todos los aspectos.

3. Promover la dación de una ley que permita incluir en el código civil, libro de derechos reales el mejor derecho a la propiedad que permita dilucidar quien es verdadero propietario entre los varios adquirientes de un mismo bien.
4. Que el Ministerio de Justicia previo empadronamiento a todo costo interconecte mediante sistemas informáticos a los abogados, cámaras de comercio, notarios para que virtualmente y en tiempo real puedan informarse de los contenidos registrales del bien o bienes materia de compraventa al momento de la facción de la minuta y escritura pública.
5. Promover la difusión de las diferencias y similitudes de la acción reivindicatoria y del mejor derecho a la propiedad por medio de actos académicos y en instrumentos de comunicación masivos.
6. Recomendar que los docentes de pregrado de nuestra universidad incluyan en sus syllabus los temas de reivindicación y mejor derecho a la propiedad como instituciones distintas y propias de los derechos reales.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Álvarez Caperochipi, José Antonio, Derecho inmobiliario registral, 3ra Impresión, 1ra Impresión el Perú. Octubre del 2010. Jurista Editores.
2. Amorós Guardiola, Manuel. la teoría de la publicidad registral y su evolución. (Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción pública como académico de número y contestación de Luis Diez- Picazo y Ponce de León). Madrid- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998.
3. Barandiarán, León, Tratado de derecho civil tomo V, VI, VII, VIII derecho de los contratos, contratos nominados (primera parte) contratos de compra venta, Gaceta Jurídica versión 2002.
4. Borda, Guillermo. Tratado de derecho civil, derechos reales, tomo II, tercera edición, editorial Perrot, Buenos Aires, 1994.
5. Bullard González, Alfredo. La propiedad inconclusa. En: lus et veritas, año XIV, n.º 29, p. 100.

6. Bullard González, Alfredo. Los sistemas de transferencia de propiedad. Op. cit., p. 149.
7. Cabanellas de Toirres, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Cultural Cuzco SA. editores. 1ª edición peruana- 1989.344 PP.
8. Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Editorial Santillana. Quinta Edición. Buenos Aires, 1962.
9. Castillo Freyre, Mario Y Rosas Berastain, Verónica "4 temas de hoy" derecho y sociedad (asociación civil integrada por los estudiantes de la facultad de derecho del Pontificia Universidad Católica del Perú), Primer edición, abril del 2005. Editorial DESA S.A.
10. Castillo Freyre, Mario, Contrato de Compra Venta. Edición 2003, ediciones legales. www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 23.
11. Castillo Freyre, Mario, La transferencia de la propiedad inmobiliaria en el Perú y la seguridad jurídica, Palestra editores 1ra. edición. Lima, enero del 2007.
12. Chanamé Orbe, Raúl, Dandero Ugarriza Flavia Fiorella, Pérez Casaverde Efraín Javier y Calmet Luna Armando Guillermo, Manual de derecho constitucional, derecho, elementos e instituciones constitucionales, editorial ADRUS, 1ª Edc., Junio 2009, Perú, 733 pp.
13. Chico Ortiz, José María: La seguridad jurídica y el registro de la propiedad intelectual, R.G.L.J., abril 1988.
14. Contreras Cantú, Joaquín y Eduardo Castellanos Hernández. El registro público de la propiedad social en México. ISBN: 968-5365. En: Sistemas, procedimiento y principios registrales, publicado por Hilda López B el 6 noviembre, 2014 en UNIDAD XI.
15. Corte superior de justicia de La Libertad, Compraventa a satisfacción del comprador y compraventa a prueba. revista VOX IUDEX, pp. 60-74. Lima: N.º 1, febrero 2008.
16. Díez-Picazo, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial, Barcelona - José María Bosch Editor, S.A., 1991.
17. Eto Cruz, Gerardo, Introducción al derecho civil constitucional, normas legales, Trujillo-Perú, Edc.2000, 415Pág.

18. Eugenio Castañeda, Jorge, Instituciones de derecho civil, los derechos reales, tomo 1, editorial Castrillón Silva S.A., Lima, 1952.
19. Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Información especializada para abogados y jueces. Gaceta Jurídica, Tomo 208, marzo del 2011.
20. Gaceta Juridica, Código civil comentado (comenta 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil), Vol. V- Derechos reales Obra Colectiva 2ª Edic., mayo-2007, 743 pp.
21. Gaceta Jurídica, Código civil digital “”. Lima-Perú. Edición enero 2011.
22. Gaceta Jurídica, Código procesal civil digital (Gaceta Jurídica). Lima-Perú. Edición enero 2011.
23. Gaceta Juridica, Congreso de la república del Perú, obra colectiva escrito por más 117 destacadas juristas del país, Walter Gutiérrez Director, La constitución comentada , análisis artículo por artículo , T. I- II-, 1ª Edc., diciembre 2005,
24. Gaceta Juridica, Las garantías reales, -GACETA CIVIL-, autores: Ricardo Beaumont Callirgos, Jackeline Bravo Joaquin, Gunther Hernan Gonzáles Barrón, Maria Elena Guerra Cerrón, Martin, Alejandro Hurtado Reyes, María Elena Guerra Cerrón, César Ernesto Lupedi Gamboa, Percy Howell Sevilla Agurto, Sara Taipe Chavez, Alberto Meneses Gómez, Sussy Johanna Vargas Cabellos, Jackeline Bravo Joaquín, Erika Rospigliosi Caso, Jimmy Ronquillo Pascual, Carlos Franco Montoya Castillo.
25. Gaceta Jurídica, Los derechos reales en la jurisprudencia. (Diálogos con la Jurisprudencia). primer edición, julio 2012. Gaceta Jurídica.
26. Gaceta Jurídica, Los derechos reales en la jurisprudencia. (Diálogos con la Jurisprudencia). primer edición, julio 2012.
27. Gonzales Linares, Nerio, Derecho civil patrimonial, 2da. 2012, Edc, jurista editores, 1100pág.
28. González Barrón, Gunther, Tratado de derecho registral inmobiliario, segunda edición: enero 2008; Juristas editores E.I.R.L.
29. González Barrón, Gunther, Tratado de derechos reales, segunda edición: enero 2008; Juristas editores E.I.R.L.
30. Hinostroza Miguez, Alberto, Procesos civiles relacionados con la propiedad y la posesión, doctrina-jurisprudencia, segunda edición, mayo del 2011. Juristas Editores.

31. Iglesias Juan, Derecho romano, instituciones de derecho privado. editorial Ariel. 1979
32. Josserand, Louis. Derecho Civil. tomo i, volumen iii, ediciones jurídicas Europa-América. Bosch y Cía-Editores. Buenos Aires, 1950.
33. Maisch Von Humboldt, Lucrecia, Los derechos reales, tercera edición, librería Studium, Lima, 1984;
34. Moisset de Espanés, Luís, La publicidad registral, cuarta edición, Lima marzo del 2004. Palestra editores.
35. Osterling Parodi, Felipe, Exposición de motivos y comentarios al libro VI del código civil, Lima, 1985. pág. 293.
36. Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel, Derechos reales, derecho hipotecario, segunda edición, editado por la sesión de publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1986.
37. Ramirez Cruz, Eugenio María, Tratado de derechos reales, tomo ii, editorial RODHAS, 2da Edición abril del 2003.
38. Ramírez Cruz, Eugenio María, Tratado de derechos reales, tomo II" propiedad-copropiedad. 2da. edición, abril 2003, Pág. 109.
39. Revoredo de Debackey, Delia. (compiladora). Código civil, exposición de motivos y comentarios. comisión encargada del estudio y revisión del código civil, tercera edición, Lima, 1988.
40. Romero Romaña, Eleodoro, Derecho civil, los derechos reales, tomo 1, segunda edición, Lima; PUIG BRUTAU,
41. Rubio Correa, Marcial, El sistema jurídico, (introducción al derecho), 7ª, edc. Pontificia Universidad Católica del Perú, fondo editorial 1996.
42. Rubio Correa, Marcial, La interpretación de la constitución según el tribunal constitucional, PUCP, Lima, 2005,
43. Schreiber Pezet, Max Arias, Exégesis del código civil peruano de 1984" tomo III, Lima 2000.
44. Schreiber Pezet, Max Arias, Los derechos reales en el código civil, en: Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. cultural Cuzco SA. editores. Lima, 1992. Pp. 53-72.
45. Valencia Zea, Arturo, Derecho civil, derechos reales, tomo 11, quinta edición, editorial Temis, Bogotá, 1958.

Fuentes :(páginas de internet):

- ✓ www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 8
- ✓ <http://dspace.uah.es/jspui/handle/10017/1255>".17.
www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822
- ✓ www.derechoycambiosocial.com | ISSN: 2224-4131 | Depósito legal: 2005-5822 24 LEYVA, J.A. "Planteamiento General de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos", En: "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" del "Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España". Madrid, Nº 591, marzo - abril 1989.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN



HUÁNUCO

CUESTIONARIO

INSTRUCCIONES: Le agradeceré responder los ítems marcando un X en el recuadro correspondiente a la respuesta que a su criterio es la correcta.

LA ESCALA VALORATIVA

1 = Si

2= No

CUESTIONARIO DE ENCUESTA PARA JUECES

1. ¿El derecho de propiedad privada debe ser garantizado efectivamente por el Estado?
 a) Si ()
 b) No ()
2. ¿Está usted de acuerdo de que el Código Civil vigente solo regule la facultad del propietario no poseedor de pedir al que la tiene sin derecho que se denomina acción de reivindicación, si no regular expresamente lo referido al mejor derecho de propiedad que se produce cuando dos personas alegan tener los mismos derechos sobre un bien?
 a) Si ()
 b) No ()
3. ¿Estaría de acuerdo usted que se incorporen artículos sobre mejor derecho de propiedad en código civil vigente al igual que la acción de reivindicación?
 a) Si ()
 b) No ()
4. ¿En el caso de doble venta de un mismo bien se puede judicializar en la acción de reivindicación o en el de mejor derecho de propiedad?
 a) Si ()
 b) No ()
5. ¿Para incluir artículos en el Código Civil vigente sobre mejor derecho a la propiedad sería conveniente recoger lo que dice mayoritariamente las sentencias de la Corte Suprema dadas a la fecha?
 a) Si ()

b) No ()

6. ¿Está usted de acuerdo que las leyes deben garantizar la plena vigencia de la propiedad para asegurar el desarrollo económico, personal y del Estado?

a) Si ()

b) No ()

ENCUESTA PARA FISCALES.

1. ¿El código civil expresamente regula el mejor derecho a la propiedad?
Si ()
No ()
2. ¿El Código Civil vigente regula expresamente la acción reivindicatoria?
Si ()
No ()
3. ¿A su entender el mejor derecho a la propiedad es un derecho real al igual que el derecho el de reivindicación?
Si ()
No ()
4. ¿Fundamente legalmente (ley expresa, clara) en sus demandas el mejor derecho de propiedad?
Si ()
No ()
5. ¿Fundamenta usted jurídicamente (jurisprudencia, plenos jurisdiccionales y doctrina) sus pretensiones de mejor derecho de propiedad?
Si ()
No ()
6. ¿A su parecer urge una modificación del Código civil vigente en este punto (mejor derecho de propiedad)?
Si ()
No ()
7. ¿En los casos de doble venta de bienes inmuebles usted en sus demandas pide reivindicación o mejor derecho a la propiedad?
Si ()
No ()
8. ¿No se requiere modificación al código civil porque como está normado es satisfactorio?
Si ()
No ()
9. ¿El mejor derecho de propiedad es un derecho real imprescriptible y diferente a la acción de reivindicación y está establecido así en la jurisprudencia y la doctrina como fuentes formales del derecho?

a) Si ()

b) No ()

TÍTULO: "LA NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL LIBRO DE DERECHOS REALES DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO EL MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD"

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	MARCO TEORICO	OPERACIONALIZACION DE VARIABLES				METOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN	TECNICAS DE LA INVESTIGACIÓN	INSTRUMENTOS
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO PRINCIPAL	HIPOTESIS PRINCIPAL	ANTECEDENTES TEÓRICOS	VARIABLE INDEPENDIENTE y DEPENDIENTE	CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIONES	INDICADORES			
¿Por qué es necesario incorporar en el Libro de Derechos Reales del Código Civil peruano el mejor derecho de propiedad?	-Establecer las bases, contenido, la relación y diferencias entre reivindicación y mejor derecho de propiedad. -Establecer la causa de la venta múltiple inmobiliario para resolverla. -Proponer la incorporación del mejor derecho en el código civil como.	Existe la necesidad de modificar e incluir en el Libro de derechos reales del Código Civil vigente "El mejor derecho a la propiedad"	- Nivel local: efectuada las indagaciones en la Biblioteca general y de la escuela de Post grado de la Universidad nacional Hermilio Valdizan, así como en la universidad Privada de Huánuco, no se ha encontrado registro alguno. -Nivel nacional ni internacional no se ha encontrado registrado.	<u>V.I.</u> - El libro de derechos reales del código civil vigente en el Perú <u>V.D.</u> El mejor derecho a la propiedad	- El mejor derecho de propiedad permite determinar el verdadero propietario en los supuestos de doble venta o venta múltiple de un bien inmueble. Identificación la causa de la doble venta y como resolver legalmente.	1) Función de fiscales en procesos civiles 2).Rol de los jueces civiles. 3) rol de los abogados en la compraventa de inmuebles 1).identificación de la doble venta en la transferencia de inmuebles. 2). La reivindicación y la declaración de derechos.	Procesos judiciales dictámenes contratos de compraventa Asientos registrales ensayos	por su finalidad es básica Por el periodo de ejecución es longitudinal por sus características constituye una investigación descriptiva y explicativa Por el diseño es descriptivo correlacional	Técnica de análisis documental Estudio de documentos los expedientes judiciales con sentencias de primera instancia y de vista, los recursos impugnatorios, dictámenes fiscales, entrevistas	Fichas bibliográficas, referencias de información cuadros de tablas estadísticas, escala de logro y deficiencias, ponderaciones promedio, proporciones (%), gráficos estadísticos, ratios de comparaciones esquema del informe estratégico, módulos de investigación, equipo de proyección, equipo de sonido, software, protocolo de exposición de tesis, protocolo de sustentación de tesis.
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS SECUNDARIOS	HIPOTESIS ESPECÍFICA	ANTECEDENTES TEÓRICOS	VARIABLE INDEPENDIENTE y DEPENDIENTE	CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIONES	INDICADORES			

