



## ANEXO DE LECTURAS

TALLER “PRINCIPALES PROBLEMAS DEL  
DERECHO A LA PROPIEDAD”

UNIDAD I: PROBLEMÁTICA SOBRE EL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN NUESTRO SISTEMA CIVIL Y CONSTITUCIONAL.

- 1) Vincenzo ROPPO. *Las situaciones jurídicas subjetivas*. En: AAVV. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Lima: Jurista Editores, 2007, pp. 46-60.

LEYSSER L. LEÓN

Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

*For. Alvarado Cordeiro*  
ABOGADO  
Reg. C.A.L. 4804\*

# Derecho de las relaciones obligatorias

Lecturas seleccionadas y traducidas  
para uso de los estudiantes universitarios

Lima, 2007



JURISTA  
Editores

1ª edición: Setiembre de 2007.  
Derechos reservados: Jurista Editores.

*Derecho de las relaciones obligatorias*

- © De la compilación: Leysser Luggi León Hilario.
- © De las traducciones: Leysser Luggi León Hilario.
- © De la presente edición: Jurista Editores E.I.R.L.

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.

LIMA  
Jr. Miguel Aljovín N° 201  
Teléfono: 427-6688 - 428-1072  
Telefax: 426-6303

SUCURSALES:

TRUJILLO  
Jr. Bolívar N° 542  
Telf.: (044) 200785

AREQUIPA  
Calle Colón N° 127 - Cercado  
(054) 203794

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N°: 2007-07764  
ISBN: 978-9972-229-29-9

*Composición y Diagramación:* Mirtha Ríos M.  
*Diseño de carátula:* Victor Arrascue C.

cia es proporcional a la división social del trabajo, el Código Civil tiende a especializar la regla cuando la relación tiene que ver con el ejercicio de una actividad profesional o, más en particular, con una actividad de empresa.

### 8. Derecho de obligaciones y economía.

MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA (\*)

Algunos apuntes permitirán destacar el nexo bastante singular que existe entre el derecho de obligaciones y la vida económica. Es importante tomarlo en cuenta.

Sabemos que la economía estudia la aplicación que los individuos dan a los recursos escasos. Ella enfoca las actitudes racionales frente a los bienes y servicios. Sin embargo, éstos adquieren utilidad económica solamente a través de los derechos que les conciernen. A la inversa, se puede afirmar que las relaciones jurídicas atinentes a los bienes o servicios se asientan en una apreciación económica de su correspondiente utilidad. El derecho y la economía constituyen, entonces, dos ángulos desde donde apreciar una misma realidad, dos disciplinas complementarias, a pesar de las peculiaridades de sus fines y de sus respectivas técnicas.

Tanto la ciencia económica cuanto la ciencia jurídica tienen por objeto comportamientos humanos y relaciones sociales: la economía, al preocuparse directamente de los fenómenos económicos en sí mismos, apunta hacia una solución que conduzca a la máxima utilidad; la ciencia jurídica, por su parte, al contemplar esos fenómenos económicos a través de los derechos y obligaciones que implica su desenvolvimiento, procura la solución más justa. De un equilibrado enlace de ambas perspectivas ha de resultar, según cada caso, el régimen conveniente para los intereses individuales y colectivos. Por lo tanto, las dos técnicas descritas no deben desconocerse.

Los juristas no pueden ignorar la utilidad económica de los bienes y servicios, porque es en función de ella que se constituyen los derechos y obligaciones sobre éstos. Los economistas, a su vez, no pueden ignorar, sin perjuicio de la validez de sus investigaciones y conclusiones, los aspectos jurídicos relativos a los bienes o servicios cuyas vertientes específicas estudian. Y es que, en general, todas las iniciativas que la ciencia económica indica como factores de prosperidad —sea en el nivel de una simple empresa privada o pública, sea en relación con la economía de un Estado o de una comunidad internacional— se realiza mediante transformaciones y actos jurídicos. Así pues, para que los economistas propongan adecuadamente sus

\* ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, 9ª. ed. revisada y aumentada (2001), reimpresión, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 120-122. Se omiten las notas a pie de página.

estimaciones, será necesario que estén en condiciones de apreciar el alcance y la eficacia de los vectores jurídicos correspondientes.

Los especialistas del derecho y de la economía deben realizar un trabajo conjunto. Para ello, sería ventajoso que los economistas conozcan la terminología y el mecanismo intelectual de los juristas. Y viceversa, unos y otros deben saber cuál es la colaboración recíproca que se deben requerir.

El derecho de obligaciones representa, sin duda, la rama que más evidencia la solidaridad entre la ciencia jurídica y la ciencia económica. La verdad es que la perspectiva del economista es esencialmente dinámica; los bienes y servicios le interesan por su movimiento, desde la producción hasta el consumo. Este circuito económico se realiza, básicamente, por medio del mecanismo de los vínculos obligativos o crediticios.

De tal forma, el derecho de obligaciones, al cual se atribuye un especial valor educativo para los juristas, desempeña también un importante papel en la formación de los cultores de la economía. Esto se debe a que no sólo comunica el rigor típico del método jurídico, sino que también les posibilita un conocimiento pleno de la vida económica.

### 9. Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas.

VINCENZO ROPPO (\*)

CONTENIDO: §1. Las situaciones jurídicas.- §2. Situaciones activas y situaciones pasivas.- §3. El derecho subjetivo.- §4. El derecho potestativo.- §5. La facultad.- §6. La expectativa.- §7. El interés legítimo.- §8. Los intereses difusos.- §9. El deber.- §10. El *obbligo*.- §11. La sujeción.- §12. La responsabilidad.- §13. La potestad.- §14. La carga.- §15. El status.- §16. El carácter «convencional» de las situaciones jurídicas.- §17. La relación jurídica: las partes.- §18. Partes y terceros.

#### § 1. Las situaciones jurídicas.

Como es sabido, la función del derecho es dar un orden a los intereses humanos, a la luz de los valores y de los objetivos imperantes en una sociedad y época histórica determinadas. Para desarrollar esta función las normas jurídicas establecen una *gradación entre los intereses*, entre los muchos y diversos intereses que corresponden a los distintos protagonistas de la vida del derecho. Los intereses, a su vez, se definen *en relación con los bienes*, capaces de satisfacer necesidades humanas. Fijar una gradación entre los intereses significa, por lo tanto, establecer que en relación con un determinado bien el interés de A prevalece sobre el de B, el de C, el de X; por

\* ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. 4ª. ed. Bolonia: Monduzzi, 2001, pp. 48-67.

consiguiente, se da a A, en relación con dicho bien, posibilidades que no son dadas, en cambio, a B, C o X. Ello también puede significar que se regulen los comportamientos de B, C o X, de forma tal que sus acciones se orienten a favor de A. El instrumento para realizar esto consiste en la atribución a los sujetos de determinadas situaciones (o posiciones) jurídicas, y el hecho de que éstas se refieran, por definición a los sujetos explica por qué se habla también de «situaciones subjetivas» (o de «posiciones subjetivas»).

Puede afirmarse que las situaciones jurídicas subjetivas resumen la forma como las normas regulan las posibilidades de los diversos sujetos, en relación con los distintos bienes, de conformidad con la gradación que las propias normas buscan establecer entre los intereses de los sujetos.

Tratemos de simplificar la explicación. Si A es propietario de una casa, lo normal es que corresponda a él, y a nadie más, la posibilidad de habitar en ella; incluso puede decirse que todos los demás tienen que evitar hacer algo que impida a A habitar tranquilamente en ella. Ello se resume afirmando que A tiene la situación de propiedad sobre aquella casa, mientras que todos los demás tienen la situación distinta consistente en el deber de respetar la propiedad ajena. Pero puede presentarse el caso en que, aun siendo A el propietario de la casa, la posibilidad de habitarla no sea dada a él sino a B, como ocurre, por ejemplo, cuando B es usufructuario de la misma casa. En dicho supuesto, en efecto, en relación con la posibilidad de habitar la casa, el interés de B prevalece sobre el de A, el cual no puede pretender habitarla. Esta posibilidad dada a B, y el correspondiente límite impuesto a A se expresan afirmando que B tiene una situación de usufructo sobre aquella casa (sobre la cual A tiene una situación de pura propiedad). En la figura también puede entrar a tallar un tercer sujeto, C, al cual el usufructuario B haya dado en arrendamiento la casa que es de propiedad de A. Si ocurre esto, la posibilidad de habitar la casa no es dada ni a A ni a B, sino a C (el inquilino o, con expresión más apropiada, el arrendatario). La situación de arrendatario de una casa determina esta ventaja a favor de aquel que tiene, y paralelamente determina, la exclusión de toda posibilidad de habitación para todos los demás, incluso los que tengan una situación de usufructo o una situación de propiedad sobre la misma casa.

## § 2. Situaciones activas y situaciones pasivas.

Los ejemplos que acabamos de dar aclaran, así mismo, el sentido de la distinción fundamental entre las situaciones jurídicas, que pueden clasificarse en dos grandes categorías.

Las situaciones jurídicas activas son aquellas que determinan la preeminencia del interés de quien es su titular sobre el interés de otros sujetos. Tal es la situación de propiedad (que, en cuanto a la posibilidad de utilizar una cosa, hace prevalecer el interés de su titular sobre el interés de quien no tiene la propiedad o alguna otra situación activa). Lo mismo puede afirmarse del usufructo, que hace prevalecer el interés del usufructuario aun sobre el interés del propietario, pero no, como ya hemos visto, sobre el del arrendatario, cuya situación – más fuerte, en cuanto al uso de la cosa, que todas

las demás, incluso que la propiedad y el usufructo – es también una situación jurídica activa.

Pero las situaciones jurídicas activas no son todas iguales. Al interior de tal categoría son posibles clasificaciones ulteriores, que permiten identificar varios tipos de situaciones activas, atendiendo a las diversas características que éstas pueden presentar. Las principales, en las cuales nos detendremos más adelante, son: el derecho subjetivo, con la particular subespecie del derecho potestativo; la facultad; la expectativa; el interés legítimo. Y al tocar las situaciones activas hablaremos, además, de los llamados «intereses difusos».

Las situaciones jurídicas pasivas son, en cambio, aquellas que determinan la subordinación del interés de su titular respecto del interés de otros sujetos, a los cuales se busca conceder preeminencia. Todos aquellos que no tienen la propiedad u otra situación activa sobre una determinada cosa deben comportarse de tal forma que se respete la propiedad ajena, evitando, por ejemplo, dañar dicha cosa. Ellos tienen una situación pasiva. También es una situación pasiva la de A, que concede en arrendamiento una de sus cosas a B. En este supuesto, A no sólo no puede pretender usar la cosa, sino que debe hacer todo lo necesario para permitir a B (el cual, como es claro, tiene una situación activa) utilizar tranquilamente y provechosamente la cosa de la cual es arrendatario.

También las situaciones pasivas pueden subdistinguirse en varias figuras, entre las cuales consideraremos, en especial: el deber, el *obbligo*, la sujeción, la responsabilidad.

Hablaremos, finalmente, de otras tres situaciones jurídicas subjetivas, de las cuales es difícil afirmar que sean activas y no pasivas, porque presentan elementos de una y otra categoría: la potestad, la carga, el status.

## § 3. El derecho subjetivo.

El derecho subjetivo (que ya hemos aprendido a distinguir del derecho objetivo) es la más importante situación jurídica activa.

Podemos definirlo como el poder de obrar en interés de uno mismo, o de pretender que otro efectúe un determinado comportamiento en interés del titular del derecho. Son derechos subjetivos, por ejemplo, el poder del propietario de utilizar de varias formas la cosa que le pertenece; el poder del acreedor de pretender y obtener que el deudor le pague la suma adeudada; el poder de todo sujeto de oponerse y reaccionar frente a ofensas contra su honor.

El contenido de los derechos subjetivos corresponde al tipo de poderes que ellos confieren a su titular, y al tipo de intereses que les permiten realizar, al tipo de utilidades que les permiten obtener. Estos poderes, intereses, utilidades pueden ser de lo más variados: atendiendo a dicha variedad se distinguen diversas categorías de derechos. Por ejemplo, el derecho de propiedad permite al propietario: excluir a toda otra persona de la utilización de la cosa; decidir si la utiliza él mismo (de cierta forma, en lugar de otra);

hacerla utilizar a otro (vendiéndola o regalándola, cediéndola en arrendamiento o de otra forma); dejarla sin utilizar o, en caso límite, destruirla. Pero al propietario no se le permite pretender que otro se haga cargo de proveer para las reparaciones que necesite la cosa. En cambio, el derecho del arrendatario (del inquilino de un cuarto, por ejemplo) atribuye a éste el poder de habitar el inmueble, de hospedar a un amigo, o dejarlo vacío inclusive, pero no el de transformarlo, demolerlo o venderlo; y a diferencia de la propiedad, atribuye también la pretensión de que otro (el arrendador) se haga cargo de realizar las reparaciones necesarias. Por esta razón, el derecho del propietario se debe clasificar en una categoría de derechos subjetivos distinta de la categoría a la que pertenece el derecho del arrendatario.

Todos los derechos subjetivos tienen un elemento común, el cual constituye la característica fundamental de esta situación subjetiva: todo derecho subjetivo reserva para su titular un espacio de *autonomía de juicio y de decisión*, dentro del cual el titular del derecho es libre de *evaluar según su propio arbitrio, sin vínculos ni condicionamientos externos, cuál es su propio interés y cuál es el mejor modo para perseguirlo y, por lo tanto, obrar de la manera escogida para perseguirlo*.

En tal sentido, el derecho subjetivo adquiere el valor de una categoría política: expresa un principio de *libertad y autodeterminación del particular*, sea frente a otros particulares, sea, sobre todo, frente al poder público.

#### § 4. El derecho potestativo.

El derecho potestativo es una subespecie de derecho subjetivo que merece destacarse por una característica en particular, que lo distingue de otros tipos de derecho subjetivo.

Consiste en el *poder de incidir en las situaciones subjetivas ajenas - creándolas, modificándolas o cancelándolas - sin que el titular de la situación incidiada pueda impedirlo jurídicamente*. En una relación de trabajo, por ejemplo, el dependiente tiene el poder de renunciar, y éste es un derecho potestativo que le corresponde. Si el dependiente lo ejerce, cancela las situaciones jurídicas que el empleador tenía sobre la base de aquella relación (primera entre todas, el derecho de pretender que el trabajador labore para él). El empleador no puede oponerse a este resultado jurídico, aun cuando lo afecte, porque está constreñido a someterse a él.

Si se aprecia bien, estamos ante un mecanismo que recuerda las modalidades de funcionamiento del derecho público, y que se opone, en cierta medida, a las características generales del derecho privado que vimos en su momento.

#### § 5. La facultad.

La facultad es la *posibilidad, reconocida al titular de un derecho, para efectuar un determinado comportamiento, el cual está comprendido en el contenido del*

*derecho, pero que no agota dicho contenido*. El propietario de una joya, por ejemplo, tiene la facultad de portarla; de depositarla en la caja de seguridad, de un banco, de venderla, de prestarla o de darla en prenda, regalarla, etc. El titular del derecho sobre una creación literaria (derecho de autor) puede mantener la obra inédita, o publicarla por su propia cuenta, y de tal forma utilizarla económicamente de forma directa, o ceder el derecho a un editor, gratuitamente o a cambio de dinero, etc.

Cada uno de estos modos de ejercicio del derecho corresponde a una facultad de su titular. La específica facultad, por lo tanto, no agota el derecho, sino que es, digámoslo así, una parte de éste, un componente elemental. Y el *contenido del derecho subjetivo* resulta de la *suma de las diversas facultades* que pertenecen a su titular.

El concepto de facultad expresa la idea de una *libertad de acción*, de una *libertad de decisión* entre varios comportamientos, todos los cuales son *lícitos*, es decir, permitidos (ni prohibidos ni impuestos) por la ley. Usar la cosa de la forma «x» en lugar de la forma «y» es una facultad del propietario, porque él es libre de escoger entre una y otra forma, y la ley no le impone ni una ni otra de éstas. Desde este punto de vista, incluso el no usar para nada la cosa (mantenerla del todo inutilizada) es una facultad del propietario, comprendida en su derecho. En el mismo sentido se afirma, incluso en el lenguaje común, que un determinado comportamiento es *facultativo* (en lugar de obligatorio o prohibido).

#### § 6. La expectativa.

La expectativa es la *posición de quien no tiene en el momento actual una determinada situación activa (por ejemplo, un derecho subjetivo), pero tiene la perspectiva de adquirirla, siempre que se verifique un determinado evento*.

La expectativa puede ser una simple expectativa de hecho, cuando el derecho no la protege, es decir, no da ningún remedio para garantizar que la expectativa se transforme en la situación subjetiva esperada. Por ejemplo: el anciano y rico señor A tiene como único familiar a su nieto B. Si A muere sin dejar testamento, B será su heredero; por lo tanto, él tiene la expectativa de adquirir una ingente fortuna, pero la suya es una simple expectativa de hecho, que podría frustrarse por las más variadas circunstancias, contra las cuales B no tiene remedios (B puede morir antes que A; A puede despilfarrar su propio patrimonio y quedar en la pobreza extrema; A puede hacer un testamento en el que ignore a B, y deje todos sus bienes a X; etc.).

La expectativa de derecho, en cambio, se presenta cuando la *posición del titular es protegida por la ley, que ofrece remedios contra determinados eventos, capaces de frustrarla y de impedir su transformación en un derecho pleno*. Por ejemplo: A regala su automóvil a B, pero sólo bajo la condición de que, y a partir del momento en que, B obtenga su título profesional con la mención «sobresaliente». Así, antes de titularse, B aún no es propietario del automóvil, pero tiene la expectativa de devenir su propietario, y ésta es una expectativa de derecho, la cual permite a B reaccionar legalmente si, por ejemplo,

A usa en el ínterin el automóvil de forma tal que lo destruye o daña gravemente.

### § 7. El interés legítimo.

El interés legítimo es aquella situación activa que corresponde a los particulares que han sido afectados directamente, en uno de sus intereses por el ejercicio de un poder público y, para ser precisos, por parte de la Administración pública. Esta situación se presenta cuando el particular se encuentra frente a la Administración pública, la cual obra, no sobre la base de su capacidad de derecho privado ni por lo tanto, en un plano de igualdad con los demás sujetos, sino como autoridad pública que actúa para realizar intereses públicos, y que en nombre de éstos está dotada de poderes de supremacía frente a los particulares.

Ahora bien, el particular afectado desfavorablemente por el ejercicio de los poderes públicos no tiene el derecho de pretender que la Administración pública realice actos conformes a su interés, o que no cumpla actos contrarios a su interés. Él sólo puede pretender que la Administración pública, en la realización de los actos con los cuales persigue el interés público, respete las normas jurídicas que regulan su accionar. Ello corresponde al interés del particular (damnificado por la irregularidad) y al interés público, al mismo tiempo (porque es de interés de la entera colectividad que el la Administración pública actúe en regla). Esta situación subjetiva es el interés legítimo, que podemos definir como la *pretensión del particular para que sea regular la acción con la cual la Administración pública incide en sus intereses*, o bien como la *pretensión del particular para obtener la anulación de los actos de la Administración pública que sean lesivos de sus intereses, cuando estos actos sean ilegítimos* (en tanto y en cuanto realizados en oposición a alguna norma que regula el accionar público).

Veamos un ejemplo. Aquel que se presenta a un concurso de méritos para un puesto de trabajo en una entidad pública no tiene un derecho subjetivo de ganar y ser contratado para el cargo ofertado. Lo que él puede pretender es que el concurso se desarrolle con pleno respeto de las normas que lo regulan. Si dicho candidato pierde el concurso (que es ganado por otro participante) y éste se ha desarrollado en regla, él no tiene ninguna situación activa que pueda hacer valer. En cambio, si el concurso ha sido irregular (si, por ejemplo, la comisión evaluadora no estuvo compuesta como lo preveía la ley), él tiene un interés legítimo, y puede hacerlo valer. Ello no significa que él pueda pretender ser proclamado vencedor: sólo puede requerir que el concurso irregular sea anulado, y que se repita en condiciones de regularidad (y lo ganará el mejor, o sea que podrá ser él o algún otro).

El interés legítimo es una típica *situación regulada por el derecho público*, porque se refiere a la posición del particular frente a la autoridad pública. Por ello se pueden apreciar analogías con *situaciones reguladas por el derecho privado*, en las cuales se atribuye al titular un poder para la realización de un interés propio, pero que coincide con un interés más vasto y general. Por

ejemplo, el derecho del socio de hacer anular el acuerdo de la asamblea societaria que haya sido adoptado de manera irregular. El ejercicio de este derecho realiza el interés del socio en particular, que se opone al acuerdo, pero a la vez el interés, más general, de todos los demás socios, en que su sociedad tome decisiones de modo regular.

### § 8. Los intereses difusos.

A diferencia de las situaciones subjetivas descritas hasta este punto, el interés difuso es una figura elaborada recientemente, en vinculación con *fenómenos y problemas típicos de las sociedades industriales avanzadas*, y que todavía suscita gran controversia.

Es usual definir el interés difuso como la *situación de un sujeto, damnificado por comportamientos ajenos, los cuales dañan al mismo tiempo, sin embargo, intereses de una multitud de otros sujetos*. Los ejemplos más habituales se refieren a la posición de los consumidores frente a la publicidad engañosa de las empresas, frente a los defectos que presentan los productos fabricados en serie, frente a la inseguridad o la mala calidad de los servicios públicos. Y se refieren, igualmente, a la posición de los habitantes de un lugar amenazado por fenómenos de contaminación o de degradación del medio ambiente natural, causados por actividades industriales.

Es claro que el ciudadano o el grupo de ciudadanos que exigen protección contra tales hechos dañosos actúan, por un lado, en su propio interés (por haber sido afectados personalmente), pero por otro lado, y al mismo tiempo, actúan por un interés colectivo: el interés en prácticas comerciales serias y leales, en servicios públicos eficientes, en un medio ambiente saludable, e la integridad de las bellezas naturales.

Por otro lado, dichos intereses son hechos valer, no por particulares, sino por *organizaciones* destinadas a la protección de los valores correspondientes.

En otros sistemas, sobre todo en Estados Unidos, la posibilidad de que individuos u organizaciones salgan a juicio por cuenta del público, es decir, de todos los interesados potenciales (las llamadas «acciones de categoría» o «de clase») está expresamente prevista y regulada. A falta de previsiones análogas; en Italia dicha posibilidad ha sido por mucho tiempo obstaculizada, debido al modo tradicionalmente individualista en el que se conciben los derechos y su defensa en el proceso. En el decenio 1970-1980 comenzó a manifestarse cierta apertura. En primer lugar, por parte de los jueces: una asociación para la protección del medio ambiente fue admitida para salir a juicio contra la aprobación de una obra pública acusada de alterar el equilibrio ecológico de la zona; sindicatos de trabajadores han sido admitidos también para obrar en procesos por accidentes de trabajo; organizaciones feministas han participado en procesos por violencia sexual.

Otros pasos se han dado por iniciativa del legislador. En un primer momento, en ámbitos sectoriales: por ejemplo, legitimando a las organiza-

ciones de consumidores para actuar judicialmente contra la publicidad engañosa y contra las cláusulas abusivas en los contratos. Luego, con una previsión general: frente a todo hecho lesivo de los intereses de los consumidores, las asociaciones de consumidores reconocidas como «representativas a nivel nacional» pueden obrar en juicio para la protección de los «intereses colectivos» de los consumidores, con la petición de la cesación futura de los comportamientos lesivos y la eliminación o reparación de los efectos dañosos ya verificados (artículo 3 de la Ley N. 281 de 1998).

### § 9. El deber.

A cada situación activa le corresponde, normalmente, una determinada situación pasiva, o sea, la situación del sujeto cuyo interés es sacrificado frente al del titular de la situación activa, cuya acción sufre, para estos efectos, restricciones o compromisos.

Situación pasiva es, por ejemplo, el deber, que impide realizar comportamientos capaces de lesionar el derecho subjetivo ajeno, y en particular, aquel derecho subjetivo que se denomina «derecho subjetivo absoluto» (como, por ejemplo, el derecho de propiedad o el derecho al honor, que veremos mejor más adelante). Es una situación que tiene carácter general, en el sentido de que grava, en principio, a todos los sujetos diversos del titular del derecho: todos tienen el deber de respetar y de no dañar la propiedad ajena; todos deben evitar ofender el honor ajeno. Y tiene carácter negativo, en el sentido de que, más que imponer al titular hacer algo, le impone no hacer algo, abstenerse de realizar ciertos comportamientos: no hacer nada que dañe o disturbe la propiedad ajena, abstenerse de comportamientos capaces de ofender el honor ajeno.

### § 10. El obbligo.

El obbligo es la situación pasiva que consiste en un vínculo impuesto a la acción del titular, en el interés de quien tiene un derecho subjetivo dirigido directamente y exclusivamente hacia él (es decir, un derecho subjetivo relativo como, por ejemplo, el derecho de crédito). Quien tiene un obbligo se llama obligado o deudor.

El obbligo tiene, por lo tanto, cierta conexión con el deber (el vínculo para la acción del sujeto, en interés de otro sujeto), pero el hecho de corresponder a un derecho relativo, y no absoluto, determina dos importantes diferencias. La primera es que el obbligo tiene carácter individual y no general, en el sentido de que no grava a todos los sujetos o a una multitud indeterminada de sujetos, sino más bien a uno o más sujetos particulares y a bienes determinados. Frente a un crédito, por ejemplo, sólo el deudor correspondiente está «obligado» a pagar. La segunda es que puede tener carácter negativo o carácter positivo, en el sentido de que puede consistir (y normalmente consiste) en vincular al deudor para hacer algo, para realizar un determinado comportamiento en interés de quien tiene el derecho correspondiente: pagar al acreedor la suma de dinero, o entregarle la cosa que tiene el derecho de recibir, o realizar para él el servicio prometido.

### § 11. La sujeción.

La sujeción es la situación pasiva correspondiente al derecho potestativo. Ella grava a aquel que se encuentra expuesto al derecho potestativo ajeno y sufre, por ello, como consecuencia del ejercicio de tal derecho, la creación, la modificación o la cancelación de una situación jurídica propia, sin poderlo impedir. El empleador tiene el derecho subjetivo de que el dependiente (gravado con el correspondiente obbligo) trabaje para él. Pero la ley reconoce al dependiente el derecho potestativo de renunciar. Si lo hace, el resultado es cancelar aquel derecho que el empleador tenía frente a él. Incluso si el empleador no está de acuerdo, no tiene ningún medio jurídico para evitarlo.

### § 12. La responsabilidad.

«Responsabilidad» es una categoría fundamental del derecho privado y, más en general, de todo el sistema jurídico. Fuera de la responsabilidad de la que se ocupa el derecho privado (y que, comúnmente, se llama «responsabilidad civil») existen, en efecto, la responsabilidad penal (de la que se ocupa el derecho penal) y la responsabilidad administrativa (regulada por el derecho administrativo).

La responsabilidad es, en general, la situación en la que se encuentra el sujeto expuesto a sufrir las consecuencias, para él desventajosas, previstas a su cargo por una norma jurídica, atendiendo a la verificación de algún presupuesto.

Los casos más importantes son aquellos en los que tales consecuencias derivan, a cargo del sujeto, del presupuesto de que él haya violado una regla, y representan, por lo tanto, la sanción por la violación de la regla (que, como veremos, da lugar al acto ilícito). En relación con estos casos, la responsabilidad puede definirse, entonces, como la situación de quien, habiendo cometido un acto ilícito, está expuesto a sufrir la sanción consiguiente. Quien viola una norma penal, cometiendo aquel acto ilícito particularmente grave que es el delito, incurre en responsabilidad penal, y por ello recae sobre él la pena correspondiente. En el derecho privado, quien daña injustamente a otro (contra la norma que le prohíbe hacerlo) o no paga las deudas que tiene con otro (contra la norma que lo obliga a hacerlo) incurre en responsabilidad civil: y la sanción que surge para él es el nacimiento de una nueva situación pasiva a su cargo, consistente, esencialmente, en el «obligo» de resarcir el daño que su ilícito ha causado.

Pero la situación de responsabilidad tiene confines más amplios, porque ella puede gravar incluso a alguien que no ha violado ninguna regla y que, por lo tanto, no ha cometido ningún acto ilícito. Si presto mi automóvil a un amigo, y éste atropella con él a un peatón, surge a mi cargo una responsabilidad frente a la víctima: también yo estoy obligado a resarcirlo, aun cuando no he cometido personalmente ningún acto ilícito. En casos como éstos se habla de responsabilidad objetiva, como veremos mejor más adelante.

En el derecho privado se habla, por otro lado, de responsabilidad en otro sentido: por ejemplo, cuando se dice que el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes. Así se quiere decir que si el deudor no paga

espontáneamente el acreedor puede – sobre la base de un específico procedimiento judicial – hacer que se venda algún bien del deudor, y hacerse cobro de la suma que le corresponde con la suma recabada por la venta. Al respecto, se habla de *responsabilidad patrimonial del deudor*. En este significado particular, la responsabilidad no da lugar al nacimiento de una obligación a cargo del responsable (que ya está obligado, por el hecho de tener una deuda); ella hace, más bien, que el deudor quede expuesto a la posibilidad de perder sus propios bienes (incluso contra su propia voluntad) por iniciativa del acreedor: termina identificándose, por lo tanto, con la situación que hemos definido como sujeción.

### § 13. La potestad.

La potestad es la primera de las figuras que se encuentran, digámoslo así, entre las situaciones activas y las situaciones pasivas.

Consiste en el *conjunto de los poderes atribuidos a un sujeto, el cual, sin embargo, tiene que ejercerlos en interés de otro, y no en interés propio*. El ejemplo principal está dado por la potestad que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad.

Como su propio nombre lo indica, la potestad tiene algo en común con el derecho potestativo: el que lo ejerce puede incidir en las situaciones jurídicas ajenas, independientemente de la voluntad del titular de éstas (por ejemplo, la decisión de los padres de vender un bien del hijo menor de edad para reinvertir lo recabado hace perder al menor la propiedad de dicho bien, y le hace adquirir la nueva inversión, aun cuando el interesado no ha participado de ninguna manera en la decisión). Volvemos a encontrar, entonces, el modelo de funcionamiento del derecho público: en efecto (como en el derecho público) las situaciones de potestad implican la autoridad de alguien sobre otro; por lo tanto, una relación entre personas que no están en paridad jurídica (como ocurre en la relación entre padres e hijos menores de edad).

La potestad se diferencia claramente, además, del derecho subjetivo: las valoraciones y las elecciones del titular no son autónomas ni se orientan exclusivamente al interés del titular mismo: ellas, por el contrario, *se encuentran ligadas a la función de servir al interés ajeno, y sujetas a controles externos para garantizar que tal función sea realizada adecuadamente* (por ejemplo, la decisión de los padres de vender un bien del hijo menor está sometida a la autorización del juez, que verifica si ella es conveniente para el menor). Esto también hace recordar al derecho público: porque también el poder de supremacía que las autoridades públicas tienen sobre los particulares no es libre en sus fines, sino que está comprometido para la realización del interés público.

### § 14. La carga.

La carga es la situación de *aquel que debe efectuar un determinado comportamiento si quiere tener la posibilidad de utilizar alguna situación activa suya,*

porque las normas subordinan dicha posibilidad a la condición de que él realice tal comportamiento. Por ejemplo, quien ha comprado una cosa y luego se da cuenta de que ésta tiene un defecto, tiene derechos a hacer valer contra el vendedor; pero para ejercerlos tiene la carga de denunciar el defecto dentro de ocho días a partir del descubrimiento del defecto. Si no lo hace, la ley no le permite ejercer aquellos derechos.

También la carga, por lo tanto, tiene doble naturaleza. Participa de las situaciones activas, porque el objetivo final es *atribuir alguna utilidad al sujeto*, o en todo caso realizar un interés suyo (en el ejemplo anterior, darle algún remedio contra la adquisición que no fuera conveniente). Pero participa también de las situaciones pasivas, porque consiste en un *vínculo impuesto para su acción*: el comprador *debe* hacer la denuncia oportunamente, *si quiere* aquellos remedios. Además, se diferencia claramente del *obbligo*: si el sujeto no observa la carga (si el comprador no denuncia el defecto de la cosa) *no comete un ilícito y no incurre en responsabilidad*, como sí ocurre, en cambio, a aquel que no observa un *obbligo*. El primero simplemente renuncia a una ventaja, porque no se pone en condición de utilizar su propia posición activa (por ejemplo, la de obtener remedios contra aquel que le vendió la cosa defectuosa).

### § 15. El status.

Más que una específica situación jurídica, el *status* (o «estatuto») es un *conjunto de situaciones jurídicas, algunas activas, otras pasivas, que corresponden al sujeto en virtud de una cualidad o posición social que él ostenta*.

Fundamental entre todos es el *status del ciudadano*. Dependiendo de si uno es ciudadano italiano, y no indonesio, se resulta titular de ciertas situaciones activas y pasivas, en lugar de otras (dado que se aplican las normas del derecho italiano, y no las del derecho indonesio). Pero la ciudadanía es fundamentalmente un *status* de derecho público: las situaciones que él comprende se refieren, las más de las veces, a las relaciones entre el ciudadano y el Estado, reguladas por normas del derecho público.

Existen, sin embargo, *status* «de derecho privado»: el *status* de cónyuge, de padre, de hijo, de socio, de empresario, etc. Y cada uno de ellos comprende situaciones de distinto género. Por ejemplo, el *status* de padre de un hijo menor de edad comprende el derecho a ser respetado por el hijo; el *obbligo* de proveer con medios económicos adecuados para mantenerlo, instruirlo y educarlo (pero a la vez el derecho frente al otro padre a que también él provea por su parte); así mismo, la potestad de tomar, en su interés, decisiones que le conciernen; y así por el estilo.

### § 16. El carácter «convencional» de las situaciones jurídicas.

Llegados a este punto es útil una advertencia. Las definiciones y las clasificaciones de las situaciones jurídicas que acabamos de exponer no deben ser asumidas de manera rígida y absoluta, sino con algo de relatividad.

Ello se debe, en primer lugar, a que entre los juristas (que son sus principales autores) no existe pleno acuerdo al respecto. Otros juristas pueden proponer una variedad de definiciones y clasificaciones diversas de las que aquí se han propuesto. En segundo lugar, a que (incluso en el seno de una determinada concepción de las situaciones jurídicas) siempre se termina percibiendo cierta pobreza de lenguaje, o modificación del lenguaje común, lo cual afecta la rigurosa coherencia del discurso. Por ejemplo: si digo — como hago usualmente — que el deudor «debe» pagar al acreedor, en realidad hago alusión a una posición, no de «deber», sino de «*obbligo*», y así por el estilo. Finalmente, a que a menudo el propio lenguaje de las normas jurídicas no es coherente. Por ejemplo: en el artículo 143, 1º párrafo del Código Civil se señala que «con el matrimonio, el marido y la mujer [...] asumen los mismos *deberes*», y a renglón seguido se habla de su «*obbligo* recíproco de fidelidad, de asistencia moral y material, etc.».

No es necesario preocuparse en demasía por lo anterior. Los nombres de las situaciones jurídicas, y el uso de ellas en los discursos relativos al derecho, tienen un valor convencional, de comodidad: sirven para *simplificar el discurso, en tanto resumen de forma «artificial» aquella que es la verdadera «realidad» del derecho — la realidad de las normas, hechas de reglas y de sanciones aplicadas por los entes —*, que para ser explicitada requeriría discursos muy amplios. Así, para explicar la norma sobre el pago de las deudas uno debería decir: «el deudor no es libre de pagar o no pagar; la ley compromete su comportamiento, al imponerle pagar: si el deudor no paga, la ley da al acreedor la posibilidad de dirigirse al juez para requerir etc., etc.; y entonces el juez dispondrá la venta forzada de los bienes del deudor, etc., etc.; y al final, el acreedor realizará su crédito». Pero todo ello puede resumirse, con útil economía de palabras, si se dice que el deudor tiene el «*obbligo*» de pagar, y que el acreedor tiene el «derecho» de ser pagado: porque — por convención — «*obbligo*» y «derecho» expresan sintéticamente todas aquellas convenciones jurídicas. Y las convenciones (en especial las convenciones lingüísticas) jamás son rígidas, inmutables, absolutas.

Lo importante es entender cuáles son las consecuencias que las normas atribuyen a los hechos y a los comportamientos: estas son la «cosa», cuyo «nombre» es representado por las situaciones jurídicas. Y el nombre sigue a la cosa, no a la viceversa. El nombre ayuda a entender, más allá de las palabras, la realidad de ciertos fenómenos. Cuando se dice que en el decenio 1970-1980 nació un nuevo derecho subjetivo en Italia, el derecho «a la identidad personal», por el cual, a partir de entonces, los jueces conceden un resarcimiento a aquel que vea alterada su propia imagen pública, por ejemplo, en un artículo de un periódico, no se debe entender que *antes* nació aquel derecho, y que *luego*, en consecuencia, los jueces comenzaron a conceder aquellos resarcimientos. La realidad es que *antes* los jueces, interpretando las normas de modo evolutivo, comenzaron a conceder aquellos resarcimientos, y *luego* — para expresar sintéticamente la realidad de esta nueva consecuencia jurídica — se comenzó a decir que había nacido este nuevo «derecho». Veamos otro ejemplo: si una nueva norma establece que las organizaciones de consumidores pueden obrar legalmente contra la publi-

cidad engañosa, se puede afirmar que han cambiado las situaciones jurídicas correspondientes, en el sentido de que ha nacido un derecho subjetivo, allí donde antes no había más que un interés difuso. En realidad, las normas han cambiado, y también las consecuencias jurídicas producidas por éstas; y en dependencia de ello es que cambian los nombres con los cuales el lenguaje jurídico, por comodidad, las resume.

### § 17. La relación jurídica.

Hemos dicho, y así resulta con claridad de los muchos ejemplos brindados, que casi siempre existe una *relación entre una determinada situación activa y una correspondiente situación pasiva* (o, si se prefiere, entre el titular de la primera —que se llama *sujeto activo*— y el titular de la segunda, que es el *sujeto pasivo*). Dicha relación se define como *relación jurídica*.

La coligación entre posición activa y situación pasiva —es decir, la existencia de la relación jurídica entre sus titulares— es muy evidente en algunos casos, como cuando se refiere, por una parte, a un derecho subjetivo relativo, y por otra parte, el correspondiente *obbligo*. Afirmar que el acreedor —sujeto activo— tiene el derecho de recibir la suma que le es debida por el deudor —sujeto pasivo—, significa obviamente que el deudor tiene el *obbligo* de pagarla. Sin este comportamiento comprometido del deudor (o sea, si éste fuera libre de pagar o no pagar), el derecho del acreedor sería inconsistente.

Es más, hay quien considera que sólo en este caso se podría hablar de una relación jurídica propiamente dicha. Pero una coligación cierta se presenta también de manera menos inmediata, como en el caso de la relación entre un derecho subjetivo absoluto y el deber correspondiente. El propietario puede obtener utilidad de su derecho sobre la cosa simplemente usándola por su cuenta, sin la colaboración de otros sujetos, pero para que esta posibilidad le sea garantizada efectivamente es necesario que los demás sujetos se abstengan de todo comportamiento capaz de obstaculizar el ejercicio del derecho o de dañar la cosa.

El *sujeto activo* y el correspondiente *sujeto pasivo* de una relación jurídica son llamados partes de la relación misma, pero no siempre la parte de una relación jurídica se identifica con una persona en particular. Parte significa, más exactamente, *centro de intereses* (y aún más precisamente, de intereses homogéneos en el ámbito de aquella relación), de modo que una parte puede estar compuesta de varias personas. Si A y B, copropietarios de un bien, lo venden a C, nace de ello un derecho de crédito frente al comprador para el pago del precio, en la correspondiente relación jurídica los dos copropietarios A y B forman una sola parte (parte vendedora, parte acreedora) y C es la otra parte (parte compradora, parte deudora).

Dada una parte de la relación jurídica, la otra parte se llama también *contraparte* de la primera. El deudor, por ejemplo, es contraparte del acreedor y viceversa.

Hasta este punto, y por comodidad, hemos señalado como hipótesis la relación jurídica que *liga una determinada situación activa con una determinada situación pasiva*. Ésta es la llamada relación simple. Pero a menudo la relación jurídica se presenta bajo la forma de la relación compleja. En ésta, *a cada una de las partes no le corresponde una determinada situación, activa o pasiva, sino un conjunto de situaciones diversas, activas y pasivas, coligadas entre sí*. De un arrendamiento, por ejemplo, nace una relación jurídica compleja entre arrendador y arrendatario. El arrendador tiene varios derechos (como el de recibir las rentas, pretender que el arrendatario no dañe la cosa arrendada, obtener la restitución de la cosa al vencimiento del contrato) y varios *obblighi*<sup>NT</sup> (como el de entregar la cosa, efectuar las reparaciones extraordinarias que ésta requiera, defender al arrendador contra las pretensiones que algún otro oponga sobre el uso de la cosa). Correlativamente, también el arrendatario tiene *obblighi* y derechos (pagar las rentas, no dañar la cosa, obtener las reparaciones necesarias, ser defendidos contra extraños que se opongan a su derecho de usar la cosa).

La relación jurídica presupone por lo menos dos partes (cada una de las cuales, como se acaba de ver, puede consistir en más de una persona). Cuando tiene *sólo dos partes* se denomina relación bilateral. Pero puede tener también *más de dos partes*, cuando en el ámbito de ella existan más de dos distintos centros de intereses, y entonces se llama relación plurilateral, por ejemplo, aquella que nace entre los cuatro socios que constituyen, juntos, una sociedad, o entre los tres copropietarios de un bien que se ponen de acuerdo para dividirlos entre sí.

#### § 18. Partes y terceros.

En el derecho privado es muy importante el concepto de «tercero», que es muy usual encontrar en los discursos. Para definirlo se atiende, o mejor aún, se efectúa una contraposición al concepto de parte de la relación jurídica: es tercero, entonces, respecto de una relación jurídica, *todo aquel que no sea parte de dicha relación*.

Por ejemplo: si A vende una cosa a B, nace una relación jurídica de la cual A y B son las partes. Respecto de tal relación, C es tercero (como son terceros D, E, X, Y, Z, etc.). Distinguir entre el que es parte de una relación jurídica y el que es tercero respecto de dicha relación es de fundamental importancia.

Al respecto, la regla general de la que se debe partir es que *lo que ocurre en el ámbito de una relación toca sólo a las situaciones jurídicas de las partes de ésta, y no toca las situaciones de terceros extraños a ella*.

<sup>NT</sup> Plural de «obbligó».

Una regla como ésta no presenta problemas todas las veces (y son las más) en que todos los terceros sean completamente indiferentes a la relación entre las partes: si A vende a B un bien respecto del cual nadie más tiene interés, es claro que nadie tendrá algo que requerir a A o a B sobre aquella relación.

Pero puede ocurrir que la relación entre las partes no sea indiferente a algún tercero. Por ejemplo: si X estaba interesado en el bien vendido por A a B, y habría querido adquirirlo él, es evidente que la relación constituida por la venta entre A y B lo perturba, porque le impide obtener el bien deseado. Y entonces se presenta un problema: saber si el tercero X tiene algún medio jurídico para afirmar su propio interés, algún remedio jurídico que pueda activar contra A o contra B. La respuesta puede ser distinta según las situaciones que se produzcan. Si resulta, por ejemplo, que X se había limitado a cultivar dentro de su esfera interna el interés por aquel bien, sin hablar de ello jamás con nadie, lo cierto es que él no puede pretender nada ni de A ni de B. Se aplica tranquilamente la regla de que la relación entre dos partes no toca jurídicamente a los terceros. Y la misma solución es válida, por regla, incluso si X habiese hecho saber a A su interés por la cosa.

Imaginemos, sin embargo, que A, antes de vender a B, haya prometido a X que iba a vender dicha cosa sólo al propio X y a nadie más, de modo que la venta hecha por A a B representa una violación del compromiso asumido por A ante X. En este caso, X no puede reclamar a B y, en particular, no puede cuestionar su compra con la pretensión de quitar la cosa a B y apropiarse de ella. Aquí, en efecto, tenemos dos relaciones: una entre A y B (nacida de la venta), de la cual no puede nacer una situación activa de X, el cual es tercero respecto de tal relación. En cambio, X puede reclamar a A. La razón es que A es la contraparte de X en la relación nacida entre ellos sobre la base de la promesa hecha por el primero al segundo. Y entre las partes han nacido situaciones jurídicas (un derecho de X frente a A, y el correspondiente *obbligó* de A frente a X) que la parte activa puede hacer valer contra la parte pasiva.

Jorge Naranjo Contreras  
ABOGADO  
Reg. C.A.L. 48041

UNIDAD I: PROBLEMÁTICA SOBRE EL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN NUESTRO SISTEMA CIVIL Y CONSTITUCIONAL.

- 2) Gunther GONZALES BARRÓN. *Derechos Reales*. 3° edición. T. I. Lima: Jurista Editores, 2013, pp. 809-836.

La función social de la propiedad tiene como finalidad alcanzar el bien común, y este último se concreta a través de medidas inspiradas en el interés social, el interés general, el interés cultural o ecológico, etc.

La restricción inconducente respecto de la noción de "bien común", en el sentido que no abarca los beneficios a grupos sociales, ha originado, por ejemplo, que en nuestro país no se pueda expropiar terrenos urbanos faltos de aprovechamiento por 20 o 30 años, cuyos titulares solamente buscan lucrar con la plusvalía generada por el crecimiento de la ciudad, mientras esta crece en forma desordenada con ausencia de servicios básicos y con una extensión que cada vez los hace más onerosos. Lo grave es que la utilidad de un particular es financiada con el pago de los impuestos de todos, que son los que generan la obra pública y, en consecuencia, la plusvalía. En España, por ejemplo, se acaba de sancionar una nueva Ley Estatal del Suelo 8/2007, de 28 de mayo pasado, que busca enfrentar estos problemas sin complejos ideológicos ni recetas ultraliberales<sup>[1380]</sup>. Igual sucede, seguramente para horror de nuestros neo-liberales, nada menos que en los Estados Unidos, en donde una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2005 (Caso *Kelo vs. New London*) consideró válida la expropiación de un conjunto de fincas por parte de un ayuntamiento para efectos de renovación urbana, ya que el "desarrollo económico" autoriza la intervención del Estado sobre la propiedad pues se considera que esta es una modalidad de "uso público" que permite la expropiación, según la Quinta Enmienda de la Constitución<sup>[1381]</sup>. Cómo para hacernos reflexionar respecto de la necesidad de superar dogmas.

Por lo demás, el tema queda zanjado si tenemos en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en forma expresa que el uso de la propiedad de los bienes queda sujeto a las medidas de limitación o intervención fundadas en el interés social (art. 21). En consecuencia, el interés social justifica la imposición de restricciones y deberes al propietario.

<sup>[1380]</sup> Sobre el particular, puede verse el artículo de: SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. "La Propiedad Inmobiliaria en la Nueva Ley del Suelo". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 701, mayo-junio 2007, pp. 1225 ss.

<sup>[1381]</sup> Véase el caso en: LAGO NUÑEZ, Guillermo. "Kelo y el Agente Urbanizador". En *Revista Práctica Urbanística*, La Ley, mayo 2006.

En suma, el bien común y el interés social son conceptos vinculados en donde uno engloba al otro, por tanto, el Código Civil se complementa con la Constitución, pues ambas nociones son compatibles, y una es la causa eficiente de la otra.

Por último, vale mencionar que el "bien común", que abarca todo tipo de intereses generales o colectivos, no se identifica con el Estado o con los intereses públicos. Se trata de cosas distintas. En efecto, la protección del propietario cede frente a las necesidades de los otros seres humanos, del grupo en sentido colectivo, pero no frente al Estado, que constituye una entidad organizativa de los recursos y funciones públicas. Así, por ejemplo, se limita la propiedad para que todos podamos disfrutar la belleza de una obra de arte, o para que contemos con un medio ambiente saludable, o para gozar de un mínimo de calidad de vida en la ciudad, o para acceder a un mínimo existencial en el reparto de la riqueza material. Todos ellos son intereses vitales, humanos, de la colectividad social compuesta por hombres concretos o por las generaciones futuras; y que a veces se contraponen con el ámbito de libertad del propietario individual. Entonces, el conflicto se da entre personas, sea entre el individuo aislado y el grupo de individuos, pero no entre un hombre y una abstracción. Por tanto, aquí no se busca tutelar la preeminencia del Estado o el simple ejercicio del poder público<sup>[1382]</sup>.

## 5. CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

### 5.1 CONSIDERACIONES GENERALES

La propiedad ha variado radicalmente con el tiempo, y en virtud de los cambios sociales, las nuevas situaciones, el reconocimiento universal de los derechos humanos y la conciencia del hombre. Hoy no se tiene la misma noción de propiedad que aquella imperante durante el Estado liberal, y que aún permanece en los Códigos Civiles. Nuestro Tribunal Constitucional se ha encargado de recordarnos la concepción clásica:

<sup>[1382]</sup> La Administración del Estado sirve a la colectividad, y no se incluye en ella, por cuanto se trata de una persona jurídica *quid aliud* (ajena): GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson - Civitas, Madrid 2004, Tomo I, p. 374.

"43. De acuerdo con el ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada "oponibilidad". Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta, dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es perpetuo, pues no se extingue por el no uso" (Exp. N° 005-2006-PI-TC, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Jorge Santistevan de Noriega, en representación de 5000 ciudadanos, contra los artículos 2 a 7 de la Ley N° 28476 y artículos 5 y 10 del Decreto de Urgencia N° 122-2001).

Pero, la definición de la propiedad ha evolucionado hacia una perspectiva social, y ello ha modificado su contenido, conforme lo reconoce el propio Tribunal en otra Sentencia, de gran importancia pues desarrolla los conceptos-base de la llamada "Constitución Económica":

"Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, (la propiedad) es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. (...)

Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con

la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía"

(Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001; 26° fundamento jurídico).

Hoy, la propiedad se encuentra sometida desde su propio interior a una serie de limitaciones y restricciones en orden al bien común. El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina por esfuerzo exclusivamente suyo. El propietario disfruta de bienes económicos por obra de muchos factores ajenos a quienes les debe su actual situación de prerrogativa, tales como la protección del Estado, la actuación de la Administración; las obras y construcciones realizadas por la comunidad; el esfuerzo conjunto de la sociedad; el desarrollo científico y tecnológico de las generaciones pasadas; el esfuerzo ajeno, etc. En buena cuenta, el titular del derecho de propiedad ya no podrá utilizar los bienes en la manera que estime más adecuada para la satisfacción de su interés individual, pues su decisión ha de tener presente la simultánea realización del interés social de la colectividad. De esta forma, la relevancia social que puede tener el ejercicio de la propiedad sobre determinadas categorías de bienes, orienta y dirige la actividad de su titular hacia el destino económico más adecuado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Dentro de la concepción de la propiedad como derecho individual que se justifica por medio de la función social que busca alcanzar el bien común; entonces, solo queda reconocer que la Constitución garantiza un mínimo de rentabilidad del propietario sobre la cosa: pues el uso y disfrute está sujeto a los intereses colectivos, razón por la cual no puede alegarse afectación en el caso de imponerse severas restricciones en la explotación económica, siempre que se trate de medidas proporcionales

y razonables (criterio de la Corte IDH en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador). Por supuesto que ese mínimo, que constituye una severa restricción, debe encontrarse justificado por otro valor constitucional relevante. Así ocurre, por ejemplo, con los predios que se encuentran en áreas naturales protegidas o en zonas paisajísticas o de conservación ambiental, o en patrimonio cultural o monumental. Un titular no puede reclamar por la inconstitucionalidad de la medida que solo le permite construir un piso en su terreno, pues ya tiene un uso que le asegura una rentabilidad sobre la cosa, o incluso cuando no le permite realizar construcción alguna con fines de vivienda, pues tal predio podría tener fines turísticos, paisajísticos, ambientales, sin romper la armonía con el entorno.

El contenido de la propiedad, garantizado por la Constitución es el mínimo disfrute para que el bien mantenga rentabilidad; por lo que dicha medida será "la base", la "esencia", el "parámetro para reconocer el derecho". ¿Y cuál es ese mínimo? La doctrina del Tribunal Constitucional ayuda a encontrarlo: "Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia" (Sentencia de 11 de noviembre de 2003; Exp. N° 0008-2003-AI/TC)<sup>[1383]</sup>.

Sin embargo, la cláusula de la función social no autoriza a intervenir por intervenir, esto es, sin justificación razonable y proporcional.

La propiedad tiene como finalidad natural el disfrute y el goce de los bienes<sup>[1384]</sup>. La Constitución lo presupone en cuanto considera que

<sup>[1383]</sup> En doctrina se dice que: "el contenido esencial parece comprender dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica, que trae su origen de la explotación de los bienes, alcanzada de tal modo que haga accesible a todos el disfrute y participación en los bienes económicos; aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes y sus utilidades; rentabilidad económica y rendimiento social; fin individual y utilidad social; es decir, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva": BARNÉS VÁSQUEZ, Javier. "La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza". En *Revista de Administración Pública*, N° 119, Madrid, mayo-agosto 1989, p. 285.

<sup>[1384]</sup> "Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia": Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 11 de noviembre de 2003; Exp. N° 0008-2003-AI/TC.

este derecho confiere una libertad de acción al propietario. En los Códigos Civiles liberales, el contenido de la propiedad solo sufre límites excepcionales, pero con el constitucionalismo moderno, el derecho se ha "funcionalizado", se ha vuelto función social. Esto significa reconocer una amplia extensión de restricciones y delimitaciones de la propiedad, por lo que la doctrina habla que su contenido será aquel disfrute que permita obtener del bien una rentabilidad básica<sup>[1385]</sup>.

Este ámbito de actuación es protegible por los remedios jurídicos de reconocimiento, recuperación y restitución de la situación jurídica; aunque vale recordar que en todo este radio de acción se entremezcla con la función social de la propiedad, que sin dudas puede delimitar, recortar, limitar e imponer deberes al titular, siempre que no se afecte el contenido esencial.

En resumen, puede decirse que el derecho de propiedad otorga las siguientes prerrogativas (contenido) a su titular, aunque ellas son de distinta índole y confieren diversos poderes:

- i. Aprovechamiento o contenido intrínseco (libertad de disfrute delimitada).
- ii. Disposición (poder para decidir sobre modificaciones jurídicas).
- iii. Aseguramiento (inmunidad frente a agresiones estatales o de terceros).

<sup>[1385]</sup> Ninguna proporcionalidad podría justificar que el derecho de propiedad quede reducida a la nada. En tal caso, esa medida de intervención sería inconstitucional. La doctrina dice: "el contenido esencial parece comprender dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica, que trae su origen de la explotación de los bienes, alcanzada de tal modo que haga accesible a todos el disfrute y participación en los bienes económicos; aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes y sus utilidades; rentabilidad económica y rendimiento social; fin individual y utilidad social; es decir, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva": BARNÉS VÁSQUEZ, Javier. "La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza". En *Revista de Administración Pública*, N° 119, Madrid, mayo-agosto 1989, p. 285.

## 5.2 APROVECHAMIENTO O CONTENIDO INTRÍNSECO (LIBERTAD DE DISFRUTE DELIMITADA)

Todos los derechos subjetivos o las situaciones jurídicas de ventaja sirven para algo, cumplen un fin, están destinadas para cierto cometido que el sistema legal considera valioso. Pero, este disfrute no es absoluto, pues la propiedad se justifica por la ineludible función social (concepto-medio) que debe alcanzar en resguardo del bien común (concepto-fin).

El interés del propietario se centra en realizar actividades de aprovechamiento y explotación material sobre el bien, lo que en buena cuenta equivale a los clásicos atributos del dominio, consistentes en el uso y disfrute, aún hoy presentes en la definición civil de la propiedad (art. 923 CC Peruano). En el ámbito de la filosofía se dice que estamos en presencia de una "serie de libertades (por ejemplo, de usar la cosa, de percibir sus frutos, de edificar sobre el terreno, etc.) cuyo correlativo es el no-derecho de los demás a exigir al propietario que realice o se abstenga de realizar dichas conductas"<sup>[1386]</sup>.

El aprovechamiento del bien, como ya se ha señalado en forma reiterada, no es absoluto, y se encuentra sujeto a crecientes y variados límites. Según nuestro Tribunal Constitucional, la función social tiene por finalidad armonizar: a) el derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos; b) el derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales, c) el derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común<sup>[1387]</sup>.

Por tanto, el aprovechamiento de la riqueza material es la función misma de la propiedad, pero sin que ello se reduzca al ámbito estrictamente individual o utilitarista privado, pues, también se pretende la consecución de aspectos sociales, tales como el bienestar material colectivo, el aumento de la producción, la creación de riqueza, el goce y disfrute sostenible, la armonía con el medio ambiente, la protección de otros intereses generales

<sup>[1386]</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilicitos atípicos*, Op. Cit., p. 48.

<sup>[1387]</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001; 26° fundamento jurídico.

y culturales, etc. En buena cuenta, la propiedad se desenvuelve en un contexto social y no puede renunciar a ello<sup>[1388]</sup>.

La Corte IDH ha señalado que la propiedad privada no es el reino soberano del titular, sino que se encuentra afectada por la función social que permite imponer límites por razones de interés social o utilidad pública (Sentencia de excepción preliminar y fondo de 6 de mayo de 2008, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 60° fundamento jurídico).

El Tribunal Constitucional ha sido todavía más explícito en una serie de sentencias, de las cuales citamos la siguiente:

"5. Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia. De ahí que el artículo 70° de la Constitución precise que el derecho de propiedad se "ejerce en armonía con el bien común". Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos.

6. Teniendo presente ello resulta válido afirmar que el constituyente, al haber establecido la función social del derecho de propiedad, ha querido que la propiedad privada, como institución jurídica y derecho subjetivo, no satisfaga únicamente los intereses privados de sus titulares, sino que al propio tiempo también satisfaga los intereses sociales o colectivos que resulten involucrados en el uso y disfrute de cada tipo de bien"<sup>[1389]</sup>.

Por tanto, el contenido intrínseco de la propiedad reúne dentro de sí, tanto la utilidad individual de la que goza el titular (aprovechamiento

<sup>[1388]</sup> El profesor Avendaño considera que el aumento incesante de las limitaciones de la propiedad obligan a eliminar el concepto de "propiedad absoluta" y reemplazarlo por el de "propiedad reglamentada", correspondiendo a la ley administrativa la reglamentación de la propiedad. En tal sentido, opina que la ley o la administración simplemente hacen efectiva la restricción que en potencia está presente ya en el derecho de propiedad, y por eso la obligación del propietario consiste en admitir tal limitación: AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. "El derecho de propiedad en la Constitución de 1993". En *Thémis. Revista de Derecho*, N° 30, Lima, 1994, p. 118.

<sup>[1389]</sup> Sentencia de 20 de marzo de 2009, Exp. N° 5614-2007-AA; en el proceso de amparo seguido por Aspillaga Anderson Hermanos SA contra Instituto Nacional de Desarrollo y Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña.

del bien), como la función social que condiciona el derecho mismo (delimitaciones, restricciones o deberes, protección de intereses generales, impulso de la producción o generación de riqueza, defensa de los pobres, etc.). Siendo así, el sistema constitucional, o de derechos humanos, no asegura un disfrute máximo sobre la cosa, pues en tal circunstancia las limitaciones serían simplemente externas y excepcionales, sino que protege un contenido de aprovechamiento suficiente para que la explotación del derecho permita lograr una rentabilidad, siquiera mínima.

La garantía constitucional de la propiedad, en el ámbito del aprovechamiento, se circunscribe a dotar al propietario de una utilidad individual o de disfrute que asegure un beneficio o rentabilidad base, de acuerdo con el tipo o clase de objeto y las consideraciones de orden social o general. La circunstancia de que la propiedad sea un derecho individual intervenido, regulado y delimitado por su relevante función social de asegurar el bien común, lleva a considerar que el propietario tiene la garantía de un disfrute básico o esencial, ya que el resto del aprovechamiento queda afectado a los intereses colectivos o generales, siempre que se cumpla el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional Federal Alemán lo ha dicho con toda claridad: "El art. 14 num. 1 LF no protege el uso más lucrativo de la propiedad" (Sentencia de la Sala Primera de 02 de marzo de 1999)<sup>[1390]</sup>.

El Tribunal Constitucional, sobre el particular, ha asumido este importante criterio:

"El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no solo reside un derecho sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza

<sup>[1390]</sup> SCHWABE, Jürgen (Compilador). *Cincuenta años de jurisprudencia de tribunal constitucional federal alemán*, Op. Cit., p. 318.

que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía"<sup>[1391]</sup>.

En una posterior sentencia, el Tribunal ha sido más explícito cuando reconoce que el titular tiene derecho a "supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición. Así lo dijo:

"3. (...) Este Colegiado considera pertinente puntualizar, en perspectiva de futuras demandas constitucionales referidas al derecho de propiedad, y que constitucionalmente resulta amparable de dicho atributo fundamental está constituido esencialmente y como se puso de relieve en la sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2003-AA/TC (fundamento 26), por los elementos que la integran en su rol tanto de instituto sobre el que el Estado interviene bajo determinados supuestos, como de derecho individual de libre autodeterminación. Con lo primero se garantiza que el poder estatal o corporativo no invada los ámbitos de la propiedad fuera de lo permisiblemente aceptado por la Norma Fundamental. Con lo segundo, que la propiedad pueda responder a los supuestos mínimos de uso, usufructo y disposición" (Exp. N° 3773-2004-AA/TC, 3° fundamento jurídico)<sup>[1392]</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español tiene señalado lo siguiente:

"Debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición, o la imposición de deberes positivos al propietario hagan –sin más– irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. No hay razón para entender que infrinja el contenido esencial aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del

<sup>[1391]</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N° 0008-2003-AA/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001; 26° fundamento jurídico.

<sup>[1392]</sup> LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima 2010, p. 233.

propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fundos rústicos, imponga a este o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria"<sup>(1393)</sup>.

Nótese que el Tribunal Español salva la constitucionalidad de las medidas interventoras por función social de la propiedad agraria, siempre y cuando quede a salvo la rentabilidad, se supone por lo menos esencial o básica, del dueño. La razón por la cual el disfrute del propietario solo se asegura en un nivel base o mínimo, se encuentra en la prevalencia del bien común. Esta doctrina ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional:

"37. (...) Tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga, debe preferir el bienestar de todos"<sup>(1394)</sup>.

En cierto tipo de bienes la intervención es de relevancia, pues el interés general se encuentra presente en mayor magnitud. Es el caso típico del suelo, en el que está especialmente marcada la función social de consecución del bien común, según lo señala una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de enero de 1967<sup>(1395)</sup>. En suma,

<sup>(1393)</sup> ROGEL VIDE, Carlos. *Derecho de cosas*. José María Bosch, Barcelona, 1999, p. 118.

<sup>(1394)</sup> Sentencia de 01 de abril de 2005; Exp. N° 0048-2005-AI/TC, sobre inconstitucionalidad de la Ley de Regalía Minera.

<sup>(1395)</sup> "La Ley Fundamental no ordena, contrariamente a la opinión del recurrente, que el tráfico inmobiliario rural deba ser tan libre como el tráfico de otros bienes "de capital". El hecho de que el suelo y la tierra sean indispensables y no sean susceptibles de acrecentarse, impide dejar por completo su uso al libre juego de las fuerzas y deseos de los individuos; un ordenamiento social y legal justo obliga además a que el interés general por el suelo sea tenido en cuenta en mayor medida que para el caso de otros bienes patrimoniales. El suelo y la tierra no son comparables, ni en su significado económico ni social, con otros valores patrimoniales; no se puede tratar en el tráfico legal como

la relevancia social de ciertos bienes, orienta y dirige la actividad de su titular hacia el destino económico más adecuado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad<sup>(1396)</sup>.

Hoy, la propiedad no garantiza el uso y disfrute indiscriminado, pues la ley delimita su contenido en orden a la función social. Por tal motivo, la función social puede imponer, por un lado, la productividad en el uso de la tierra, sin menoscabo de la conservación del suelo y protección del medio ambiente; y por otro lado, la consecución de explotaciones agrarias económicas y socialmente rentables<sup>(1397)</sup>.

Un ejemplo de ello es el deber de arrendar que se impone a los propietarios que mantienen los inmuebles en situación de improductividad. Esta es una típica medida interventora sobre la autonomía del propietario, pero que se justifica ampliamente por la función social a la que se encuentra afecta toda la riqueza material. En el análisis costo-beneficio la medida es altamente razonable, pues la intervención sobre el dominio es

un bien mueble. Del art. 14 num. 2, frase 2 LF en concordancia con el art. 3 LF no se puede derivar una obligación del legislador de someter todos los bienes patrimoniales valorables económicamente, a los mismos principios legales (...)

La Ley Fundamental misma le atribuye al legislador para la determinación del contenido de la propiedad en el art. 14 num. 2 LF un espacio de reglamentación amplio. De ahí que la propiedad no solo conlleva obligaciones sino que "su uso debe servir también al bienestar general". El que el constituyente tuvo en cuenta ante todo el ordenamiento de suelos, lo evidencian los documentos respectivos (...). El mandato de un uso orientado socialmente no es, sin embargo, solo una indicación para el comportamiento en concreto del propietario, sino ante todo una directriz para el legislador, para que en la reglamentación del contenido de la propiedad tenga en cuenta el bienestar general. Aquí se evidencia el rechazo a una reglamentación de la propiedad en la que los intereses individuales primen incondicionalmente sobre los intereses de la comunidad": SCHWABE, Jürgen (Compilador). *Cincuenta años de jurisprudencia de tribunal constitucional federal alemán*, Op. Cit., pp. 286-287.

<sup>(1396)</sup> "En la configuración del sistema de reglas de la propiedad el legislador dispone, pues, de un amplio margen de discrecionalidad: pues, con el límite del respecto al "contenido esencial", puede -para dar cumplimiento a las diversas directrices en que consiste la "función social" de la propiedad- dictar reglas que fijen de manera más o menos amplia o más o menos restringida, respecto de unas u otras categorías de bienes, el alcance de los derechos subjetivos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmundidades que constituyen la condición de propietario": ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Op. Cit., p. 54.

<sup>(1397)</sup> BARNÉS VÁSQUEZ, Javier. "La propiedad agraria: a propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza". En *Revista de Administración Pública*, N° 119, Madrid, mayo-agosto 1989, p. 272.

mínima, o en el peor de los casos es media, pues el propietario siempre es compensado mediante una renta, máxime cuando el bien se encontraba en situación de abandono; pero el fin obtenido es de gran relevancia pues se dota a los más desfavorecidos de una vivienda adecuada. Un examen desde una perspectiva puramente individualista obtendría como conclusión de que se trata de una acción contraria a la *autonomía* del propietario, pero el argumento es erróneo en cuanto la propiedad no tutela solo la libertad del titular, sino también, y fundamentalmente, la consecución de bienes colectivos<sup>[1398]</sup>.

La ponderación no es ajena a la Corte IDH, la cual considera admisible las restricciones de la propiedad siempre que la medida se ajuste al principio de legalidad, el fin sea legítimo y el acto resulte necesario en una sociedad democrática. En este último requisito se analiza la necesidad de la medida y la proporcionalidad en sentido estricto<sup>[1399]</sup>.

El examen que realiza la Corte IDH es una técnica de control ya conocida, y que con anterioridad ha sido aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La misma consiste en determinar las injerencias sobre el dominio y su compatibilidad con el respeto del derecho de propiedad contenido en el artículo 1º del Protocolo N° 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>[1400]</sup>. Para ello se hace una evaluación en tres etapas:

<sup>[1398]</sup> El Tribunal Constitucional Federal Alemán, mediante sentencia de la Sala Segunda de 04 de febrero de 1975, ha tenido oportunidad de enfrentar este problema, decidiéndose por la constitucionalidad de las medidas que exigen una autorización para cambiar el uso de las viviendas, pues se considera relevante el interés de satisfacer la necesidad de morada de amplios sectores de la población, sin embargo, siempre debe respetarse el principio de proporcionalidad: "La exigencia constitucional de utilizar la propiedad en beneficio del bien común (art. 14 num. 2 LF), comprende el mandato de considerar los intereses de aquellos conciudadanos que se encuentran implicados con la utilización del objeto de la respectiva propiedad (...) Esta implicación fundamenta una distribución social y una especial función social del objeto de la propiedad. Grandes partes de la población, sobre todo en las ciudades, no están en capacidad de proporcionarse por sus propios medios, una vivienda y, por consiguiente, se ven abocados ineludiblemente a tomar en arriendo una vivienda": SCHWABE, Jürgen (Compilador). *Cincuenta años de jurisprudencia de tribunal constitucional federal alemán*, Op. Cit., p. 281.

<sup>[1399]</sup> NASCH ROJAS, Claudio y SARMIENTO RAMÍREZ, Claudia. "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)". En *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, Santiago 2009, p. 126.

<sup>[1400]</sup> Art. 1º: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie po-

- i) La limitación debe sustentarse en una ley.
- ii) Debe constatarse si dicha limitación cumple un fin legítimo en una sociedad democrática.
- iii) Debe apreciarse si la medida resulta proporcional, en cuanto mantiene el equilibrio entre el interés general de la colectividad y el interés individual.

La legalidad constituye una condición primordial, la primera, para que la medida interventora sea considerada compatible con el Protocolo (Sentencia TEDH, de 9 de diciembre de 1994, *Iatridis/Grecia*). Una vez que se ha verificado el respeto por el principio de legalidad, y que el acto estatal no es arbitrario, recién puede examinarse las otras condiciones. El Tribunal de Estrasburgo, sin embargo, cuenta con una competencia limitada para evaluar el cumplimiento del derecho interno, y ello por la simple razón de que no se trata de un Tribunal Constitucional que evalúa el ordenamiento estatal, sino de una Corte Internacional (Sentencia TEDH, de 21 de febrero de 1990, *Håkansson et Sturesson/Suecia*). En efecto, una revisión minuciosa de la legalidad interna podría entenderse como una exagerada interferencia en la soberanía estatal, pues ello significaría, incluso, evaluar la regularidad de las normas dentro del marco de actuación que establece el derecho interno.

drá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes, de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas".

En efecto, esta disposición contiene, en realidad, tres normas. Una primera, de alcance general, que consagra el uso y goce pacífico de los bienes; una segunda referida a los requisitos exigidos para privar de la propiedad a sus titulares; y una tercera sobre el reconocimiento a los Estados del poder de controlar el uso de los bienes. Estas normas no son excluyentes, sino complementarias, y las dos últimas se refieren a las interferencias en el goce, la que se conecta con la primera respecto al derecho de todo titular a ser respetado en sus bienes (Sentencia del TEDH de 13 de noviembre de 2008, definitiva 4 de mayo de 2009, *Caso Devecioglu contra Turquía*): ALONSO NUÑEZ, Manuel. "El Derecho Turco. Una aproximación al sistema registral turco a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de fecha 13 de noviembre de 2008 (definitiva 4 de mayo de 2009)". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 718, Madrid, marzo-abril 2010, p. 664.

Ahora bien, el control de legalidad implica que la previsión de una ley previa debe complementarse con la circunstancia de que la disposición sea lo suficientemente "accesible, precisa y previsible" (Sentencia TEDH, de 22 de septiembre de 1994, *Hentrich/Francia*)<sup>[1401]</sup>. Esto se encuentra íntimamente relacionado con la certeza del derecho, esto es, con la seguridad jurídica que se produce como efecto de la claridad normativa.

Por otro lado, la justificación implica que la medida interventora debe inspirarse en cualquiera de los fines u objetivos que pretende alcanzar una sociedad democrática en orden al bien común. Esto se refiere a la existencia de una finalidad plausible según los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, tanto en la protección del hombre como en la organización del Estado.

Con relación a la proporcionalidad, se reconoce en los Estados un amplio margen de disposición para ordenar las medidas de injerencia, sin que se produzca una carga desproporcionada o excesiva en relación al derecho del individuo. Este criterio se deduce del propio artículo 1º del Protocolo Nº 1. En buena cuenta, no basta que la medida privativa persiga un fin legítimo, y que la medida sea idónea para conseguir el fin, pues se requiere una relación de proporcionalidad entre los medios y el fin<sup>[1402]</sup>.

Esta doctrina, consolidada por el Tribunal de Estrasburgo, acaba de ser confirmada en una reciente Sentencia de 28 de junio de 2011 (Caso *Ruspoli contra España*), por la cual se considera válido el derecho de retracto que tiene el Estado respecto de los bienes del patrimonio cultural cuando pretendan ser vendidos por sus titulares<sup>[1403]</sup>.

En consecuencia, el TEDH ha sancionado el amplio margen de intervención de los Estados para regular el uso de los bienes, pero en tal caso debe existir una razón de proporcionalidad entre medio y fin, correspondiendo al Tribunal la evaluación de la proporcionalidad. Así se señala en el caso *Agosi/Reino Unido* (Sentencia de 24 de octubre de

[1401] MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, GONZÁLEZ RIVAS, Juan José y otros. *Constitución Española*, Editorial Colex, Madrid 2002, pp. 369-370.

[1402] ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando. *La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (documento), p. 8.

[1403] IRURZUN MONTORO, Fernando. "Comentario a la sentencia "Ruspoli contra España" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En: *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, Nº 39, Madrid, septiembre-octubre 2011, pp. 88-89.

1986), en la cual se juzgó una confiscación de piezas de oro introducidas ilegalmente en Reino Unido, y que eran objeto de reclamo por la empresa alemana que las introdujo. La Corte considera que los Estados tienen la potestad de "regular o limitar el uso de los bienes por el interés general", y que la confiscación no es más que la consecuencia de tal limitación<sup>[1404]</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo reafirma los extraordinarios poderes que reconoce a los Estados para imponer restricciones en el uso de los bienes, de forma que difícilmente podría conciliarse con los criterios más liberales de la Corte IDH, y menos aún con los del Tribunal Constitucional Peruano.

En relación a las restricciones de la propiedad fundadas en el interés general, se considera válido, por ejemplo, que un Estado impida construir una segunda vivienda en el terreno de propiedad de un particular, por el lapso de más de veinte años, mientras la administración decide la planificación del lugar. Según el TEDH, toda actividad de planeamiento urbanístico viene soportada por un interés general legítimo (Sentencia de 25 de octubre de 1989, Caso *Allan Jacobsson/Suecia*). El caso más dramático se centró en una ley austriaca de 1981 sobre alquileres, que fijaba con efecto retroactivo una renta máxima para determinadas viviendas; reduciéndolas por mandato legal a las que ya habían sido pactadas. En tal hipótesis, no hay expropiación, por lo que la ley de alquileres constituye una típica regulación sobre el uso de los bienes. La Corte dice que en todo caso respetará la decisión de los Estados, salvo que se demuestre desprovista de toda base de razonabilidad. No se examina si el legislador pudo establecer otras medidas menos gravosas para lograr el mismo fin, pues ello es competencia propia del órgano legislativo estatal (Caso *Mellaher y otros /Austria*)<sup>[1405]</sup>.

Un caso realmente interesante sobre el análisis de la proporcionalidad fue decidido en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 12 de junio de 1979, que evaluó la situación de los propietarios que debían mantener el arrendamiento sobre pequeñas fincas dedicadas a la labor de huerto, a cambio de una irrisoria renta y sin posibilidad de resolver el contrato, salvo autorización administrativa. La Corte declaró

[1404] ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando. *La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (documento), p. 10.

[1405] *Ibid.*, pp. 11-13.

que tal medida era inconstitucional pues el sacrificio de la propiedad no era equilibrado con el interés puramente gratificante de contar con un huerto. La sentencia razona en el sentido que el bien común es el fundamento de la propiedad, pero también su límite, en el entendido que una severa restricción motivada por razones nimias o dudosas constituye un ataque frontal contra la propiedad, pues no estaría fundado en el bien común<sup>[1406]</sup>.

Vale acotar lo siguiente: si la intervención sobre la propiedad es de gravedad, sin llegar a la anulación del disfrute, entonces la medida podría mantener su constitucionalidad siempre que la injerencia se base en un fin particularmente relevante que pueda justificar la acción contraria.

Por el contrario, una hipótesis distinta se presenta cuando alguna norma o acto administrativo anula sustancialmente el disfrute del bien, hasta convertirlo en una prerrogativa teórica, pero sin expropiarlo ni indemnizar al perjudicado. Aquí, la falta de transferencia coactiva de la propiedad haría que tal medida no se considere formalmente una expropiación, pero en sustancia el bien carece ya de todo contenido económico, por lo que veladamente se produce una sustracción integral de las facultades del dominio<sup>[1407]</sup>. Es el caso de las denominadas "expropiaciones regulatorias" o "indirectas", esto es, una norma anula el disfrute de un bien, pero sin expropiarlo ni indemnizar la privación. Aquí, la falta de transferencia coactiva de la propiedad haría que tal medida no se considere una expropiación, pero en sustancia el bien carecería de todo contenido económico, por lo que veladamente se produce una sustracción integral de las facultades del dominio. La doctrina italiana, entre muchas otras, reconoce tal hipótesis<sup>[1408]</sup>. Sin embargo, una exageración en esta hipótesis

[1406] SCHWABE, Jürgen (Compilador). *Cincuenta años de jurisprudencia de tribunal constitucional federal alemán*, Op. Cit., p. 297.

[1407] GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, ESI, Nápoles 1998, p. 202.

[1408] "Ningún problema surge cuando los límites y obligaciones mantienen íntegra la posibilidad de ejercitar el derecho de propiedad y restringen sólo su ámbito, pero el discurso llega a ser más complejo cuando los límites son a tal punto incidentes para impedir su mismo ejercicio, así que a la propiedad formal (que es incluso siempre mantenida) no corresponde más una utilidad concreta. En este caso, la funcionalización opera, desde un punto de vista sustancial, como una expropiación, empero luego que formalmente no se asiste a una transferencia coactiva de propiedad no habría indemnización alguna": *Ibidem*.

puede llevar a cuestionar una serie de medidas interventoras legítimas del Estado, con el consiguiente retorno a la concepción de propiedad como poder absoluto. En el capítulo sobre "expropiación", este tema será estudiado con más detalle.

### 5.3 DISPOSICIÓN: PODER PARA LOGRAR MODIFICACIONES JURÍDICAS

La propiedad es un título jurídico que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas, no sujetas a límite temporal, respecto de un bien. Ese complejo comprende las libertades del uso y disfrute, así como los poderes normativos que posibilitan cambios en el *status* normativo del bien; lo que incluye donar, vender, arrendar, entre otros<sup>[1409]</sup>. Se trata de actos que modifican la situación jurídica de la cosa; ya sea transfiriéndola, constituyendo derechos reales limitados sobre ella, o estableciendo derechos personales de uso y goce.

El Código Civil señala que el propietario cuenta con la potestad de disponer sobre el derecho (art. 923 CC). Sin embargo, existen dudas respecto a si los denominados "poderes normativos" del propietario a los que se refieren los filósofos del derecho, constituyen, o no, un sinónimo de los "actos de disposición" que se utiliza en el Derecho civil.

Así, se dice que "negocio de disposición" es un concepto surgido en el Derecho alemán, como antitético del "negocio de obligación"<sup>[1410]</sup>. Por tanto, el primero abarca a los actos que transfieren derechos en forma inmediata (negocio abstracto real); mientras el segundo tiene como finalidad la generación de obligaciones. De esta suerte, la compraventa y la donación son negocios obligatorios; y el negocio real es de disposición. Esta diferenciación, basada en el sistema abstracto de atribuciones patrimoniales, no es aplicable en nuestro derecho, y casi en ningún otro inspirado en el causalismo. En efecto, para el derecho alemán, todos los negocios traslativos (compraventa) no ingresan dentro de la categoría de los de disposición. Quedan fuera los traslativos mediatos, y solo abarca a los traslativos inmediatos<sup>[1411]</sup>. Por el contrario, en el derecho italiano, más

[1409] ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Op. Cit., p. 48.

[1410] MENGONI, Luigi. "Atto di disposizione". En *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milán 1964, Tomo XIII, p. 189.

[1411] *Ibid.*, Tomo XIII, pp. 190-191.

próximo al nuestro, se dice que el negocio obligatorio (de compraventa) constituye el punto de referencia causal del efecto traslativo del derecho y, por tanto, concurre con el hecho sucesivo, que determina la transferencia, a formar el supuesto traslativo<sup>[1412]</sup>. Si este negocio es parte del fenómeno de la transferencia, por su carácter causal, entonces parece lógico considerar que se trata de acto de disposición.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial de la propiedad comprende los actos de transferencia, lo que incluye obviamente los de adquisición y disposición, ya sea a título de donación o herencia, por ejemplo (Sentencia de 01 de noviembre de 2003; Exp. Nº 0008-2003-AI/TC). Nótese que según la decisión de nuestra Alta Corte, los actos de disposición son aquellos que producen la “transferencia del derecho”.

Los negocios de transferencia son aquellos que trasladan todo o parte del derecho a favor de un tercero; entre los que se encuentra la compraventa (negocio traslativo integral) o el usufructo (negocio traslativo parcial); sin embargo, queda la duda respecto de los contratos de arrendamiento o comodato.

La doctrina más moderna formula interesantes consideraciones sobre este tema. Así, se dice que la constitución de un derecho real limitado y la transmisión de un derecho patrimonial en general son negocios dispositivos; y cuyas características serían: la actuación sobre un derecho que es su objeto, y la producción de un efecto perjudicial en quien era su titular. Este sacrificio patrimonial se advierte en el ámbito jurídico y económico: Por el primero, la disposición se relaciona sobre el derecho del que es objeto, y con el efecto de transmitirlo, gravarlo o extinguirlo. Por el segundo, el acto de disposición se considera en relación con el patrimonio al que pertenece el derecho; pero no al patrimonio de destino<sup>[1413]</sup>.

Sin embargo, es posible objetar que el requisito de perjuicio patrimonial sea elemento típico en todos los negocios de disposición. Por

<sup>[1412]</sup> *Ibid.*, Tomo XIII, p. 192.

<sup>[1413]</sup> BADOSA COLL, Ferrán. “El poder de disposición en el dret civil català. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals”. En: BADOSA COLL, Ferrán y GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (Directores). *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, Madrid 2009, p. 41.

tal motivo, se habla de los actos dispositivos “neutros”, en los cuales existe organización u ordenación del derecho. Se trata de un negocio de disposición sin sacrificio económico. Es el caso de los actos de división, constitución de regímenes inmobiliarios, configuración de los derechos, entre otros. Por tanto, el elemento común de todos los negocios dispositivos es la actuación jurídica sobre el derecho que es su objeto<sup>[1414]</sup>.

Por su parte, el poder de disposición es la habilitación jurídica para celebrar actos dispositivos que sean eficaces sobre un derecho patrimonial. El poder de disposición tiene dos componentes: objetivo y subjetivo<sup>[1415]</sup>.

El primer componente (objetivo) es la “disponibilidad del derecho” o la aptitud de este para ser objeto del negocio de disposición, constitución y transmisión (por ejemplo, nuestro art. 1532 CC, sobre bienes cuya enajenación no esté prohibida). La disponibilidad es una calidad general de los derechos patrimoniales, aunque se le excluye en los siguientes casos: i) bienes fuera del comercio; ii) el propio derecho, según su configuración legal; iii) el estatuto legal de un derecho que siendo disponible en sí, está vinculado a una adquisición futura (reversión, fideicomiso)<sup>[1416]</sup>.

El segundo componente (subjetivo) significa que el autor del negocio tenga la habilitación de una persona determinada para realizar eficazmente negocios dispositivos respecto de ella. La facultad de disposición se refiere al ámbito jurídico, y no al poder de disposición material sobre el objeto del derecho. Normalmente la facultad dispositiva (“ordinaria”) corresponde a la titularidad del derecho; mientras que en algunos casos la facultad está conferida a personas ajenas al derecho (“extraordinaria”). La habilitación ordinaria es plena, salvo para casos de transmisiones gratuitas; y la habilitación extraordinaria requiere de una fuente de creación. En algunos casos se presentan conflictos entre ambos<sup>[1417]</sup>.

La facultad de disposición es general en los derechos patrimoniales, reales y de crédito; y corresponde naturalmente al titular del derecho. En caso de titularidad compartida, la facultad de disposición sobre el derecho es mancomunada. Hay una regla importante: el conjunto de las

<sup>[1414]</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

<sup>[1415]</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>[1416]</sup> *Ibid.*, pp. 44-45.

<sup>[1417]</sup> *Ibid.*, p. 47.

titularidades de todos los derechos sobre un objeto determina el derecho pleno sobre el objeto y el correspondiente poder de disposición sobre él. Por ejemplo, la suma de todas las unidades inmobiliarias de la propiedad horizontal permite la disposición plena del edificio; o la suma de la propiedad y sus gravámenes determina la disposición de la propiedad plena<sup>[1418]</sup>.

La vinculación de la facultad de disposición con la titularidad del derecho tiene tres consecuencias<sup>[1419]</sup>: i) la facultad no es suprimible porque atentaría contra la mencionada titularidad, pero sí es limitable, en razón de limitaciones legales o "ex voluntate" mediante la técnica de la prohibición de disponer; ii) La facultad se extingue con la titularidad, y si bien no hay norma expresa, el sistema jurídico presupone que al momento de la transmisión del derecho, el transmitente conserva la facultad inherente a la titularidad; iii) El ejercicio de la facultad ordinaria es una apariencia del ejercicio del propio derecho.

Por su parte, la facultad extraordinaria se presenta en el Derecho sucesorio, de familia y en el estrictamente patrimonial; en algunos casos, mediante figuras próximas a las de un administrador de bienes o de patrimonio, en los que muchas veces se despoja de la facultad al propio titular. Por el contrario, en otras hipótesis, un derecho ajeno retiene la facultad de disposición respecto de otro bien. Es el caso del "ius distrahendi" en los derechos reales de garantía; en los cuales el titular del derecho mantiene la facultad dispositiva. En otras situaciones se presenta la facultad de disposición sobre un derecho ajeno, accesoria a otro derecho de gravamen. Es el caso típico del usufructo con facultad de disposición, reconocido en el Derecho español<sup>[1420]</sup>.

La diferencia entre la disponibilidad y la facultad de disposición es notoria en las limitaciones. Así pues, la falta de disponibilidad es inherente al derecho; mientras que la ausencia de facultad dispositiva se refiere a la persona, y no al objeto. Es evidente que la limitación del primer elemento es excepcional; razón por lo que se tiende a identificar, erróneamente, el poder de disposición con la facultad de disposición del declarante<sup>[1421]</sup>.

[1418] *Ibid.*, pp. 48-49.

[1419] *Ibid.*, p. 49.

[1420] *Ibid.*, p. 50-51.

[1421] *Ibid.*, p. 43-44.

La situación inicial de un derecho puede dar lugar a su propagación o repercusión mediante los actos de transmisión. Ello se expresa en dos reglas propias del concepto de "adquisición derivativa", tales como la "nemo plus iuris" (nadie puede dar más derecho del que tiene) o "resoluto iure concedentis resolvitur ius accipientis" (la extinción del derecho antecedente determina la extinción del derecho consecuente)<sup>[1422]</sup>.

El poder normativo de disposición no es hoy el reino de soberanía del titular, de su voluntad omnímoda; por lo que el legislador puede intervenir para efecto de la consecución del bien común (art. 70 Const.). Por ejemplo, el art. 72 Const. permite que los bienes, que normalmente son objeto de libre tráfico privado, puedan someterse a restricciones temporales o prohibiciones específicas. Es una norma cuya hipótesis se centra exclusivamente en circunstancias de excepción. Las limitaciones eran consideradas situaciones anómalas y de interpretación estricta, sin posibilidad de la analogía para extender sus disposiciones. La visión actual de las cosas es distinta: el contenido de la propiedad ya se encuentra delimitado desde el interior, se trata de un derecho-función, por tanto, admite limitaciones de todo orden siempre que se justifiquen por interés social, interés general o por defensa de otro valor constitucional. No hay interpretación restringida, ni excepcionalidad.

Así tenemos un pronunciamiento importante de la Corte IDH sobre el particular: "La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada (...)" (Sentencia de excepción preliminar y fondo de 6 de mayo de 2008, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 60º fundamento jurídico). Esas limitaciones también pueden recaer, sin dudas, sobre los poderes de disposición del propietario.

El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que el contenido esencial de la propiedad comprende los actos de transferencia, lo que incluye obviamente los de adquisición y disposición, ya sea a título de donación o herencia, por ejemplo (Sentencia de 01 de noviembre de 2003; Exp. N° 0008-2003-AI/TC). En el contexto de la función social, todo el

[1422] *Ibid.*, p. 59.

contenido de la propiedad está "funcionalizado", por lo que cabe imponer restricciones a la disposición.

En efecto, los Tribunales Regionales de Derechos Humanos (Corte IDH y Tribunal de Estrasburgo) reconocen que el poder de disposición también es susceptible de limitaciones por el bien común. En tal caso, se requiere que la medida esté prevista en una ley, se funde en un interés legítimo y sea necesaria de acuerdo con un justo equilibrio entre el interés general de la colectividad y la protección del derecho individual. Podemos mencionar una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2011, por la cual se confirma como válido el derecho de retracto que tiene el Estado Español respecto de los bienes del patrimonio cultural cuando pretendan ser vendidos por sus titulares. En virtud de este mecanismo, España adquirió una pintura de Goya llamada "La Condesa de Chinchón", pero el pago se retrasó por 18 meses, lo que fue impugnado por el anterior propietario, quien exigía una actualización del precio por la demora. La Corte Europea rechazó la demanda porque el plazo de espera para el cumplimiento del pago, en el caso concreto, se ajustó a la ley española (que prevé el pago en dos ejercicios presupuestarios), e incluso el abono se terminó de realizar antes del tiempo máximo, y que esa demora no es una carga desproporcionada que rompa el justo equilibrio entre las exigencias del interés general y el interés individual, máxime cuando la naturaleza del bien hace más patente la necesidad de asegurar el disfrute público de una obra de arte<sup>[1423]</sup>. Nótese, finalmente, que la medida interventora recae sobre el poder de disposición del titular, en cuanto este no puede ejercerlo en forma absolutamente libre y discrecional, pues debe conceder una preferencia a favor del Estado, y con ello someterse a las restricciones presupuestales para hacer efectivo el pago del precio.

Otros casos de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, sobre las limitaciones a los poderes normativos de disposición del propietario, son los siguientes:

En el caso *Marckx contra Bélgica* (Sentencia del 13 de junio de 1979), el TEDH estableció el derecho de la madre natural (no-casada) de disponer

[1423] IRURZUN MONTORO, Fernando. "Comentario a la sentencia "Ruspoli contra España" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N° 39, Madrid, septiembre-octubre 2011, pp. 88-90.

de sus bienes por testamento a favor de su hija. Por tanto, el derecho de disponer de los propios bienes, en este particular caso por testamento, está integrado en el contenido sustancial del derecho de propiedad. No se puede excluir el poder de disposición de una madre por su carácter de soltera, pues ese hecho significaría una injustificada discriminación<sup>[1424]</sup>.

Esta sentencia es la primera que emitió el Tribunal de Estrasburgo respecto a la violación del derecho de propiedad, y en ella se dijo textualmente que: "la facultad de disposición de sus bienes constituye un elemento tradicional fundamental del derecho de propiedad". Siendo así, es preciso incluir dentro del contenido de la propiedad la capacidad de testar, que, en principio, es libre.

Ahora bien, el artículo 1° del Protocolo N° 1 adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, reconoce la potestad del Estado de limitar el contenido del derecho en aras del interés general. Sin embargo, otro artículo del Convenio (N° 14), referido a la igualdad, resultó determinante para la solución del caso. En efecto, si bien el Estado puede limitar la propiedad, empero, ello no puede ocurrir hasta el extremo de sancionar discriminaciones que no se funden en una justificación objetiva y razonable. Por tanto, es incompatible con la Convención que la condición de hijo legítimo o ilegítimo modifique la capacidad de testar<sup>[1425]</sup>.

En el Caso *Inze* (Sentencia del 28 de octubre de 1987), el TEDH discutió una ley austríaca dictada para evitar el excesivo fraccionamiento de la propiedad predial, la cual establecía que los bienes no podían ser objeto de partición hereditaria, sino, que el predio debía atribuirse a un solo hijo, con la obligación de indemnizar a los demás<sup>[1426]</sup>. En el caso concreto, un hijo natural había sido pospuesto por un hijo legítimo, en virtud de una precisa norma legislativa. Sin embargo, la Corte acoge la demanda en cuanto señala que se ha producido la violación del art. 1° del Protocolo, en cuanto la propiedad es entendida como titularidad pro-cuota

[1424] MOSCARINI, Anna. *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè Editore, Milán 2006, p. 233.

[1425] ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando. *La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, (documento), p. 2.

[1426] MOSCARINI, Anna. *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Op. Cit., pp. 233-234.

de una parte del fondo común hereditario. Nótese que en estos casos la medida legal se encuentra afectada por una elevada dosis discriminatoria.

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre el poder de disposición del propietario, en cuanto un acto judicial (providencia cautelar) impidió al titular la cesión de sus acciones, lo que resulta contrario al artículo 21 de la Convención Americana, pues tal medida no se sustenta en el interés social:

"126. Las consecuencias de la medida cautelar fueron inmediatas y evidentes: se impidió al señor Ivcher Bronstein a actuar como director y presidente de la compañía, por lo que no pudo continuar dirigiendo la línea informativa de Canal 2; e igualmente quedó privado de la posibilidad de participar de las reuniones de la junta directiva, en las que los accionistas minoritarios tomaron decisiones importantes, tales como la remoción de los miembros del directorio, entre los que figuraba el señor Ivcher, el nombramiento de nuevos miembros e, inclusive un aumento de capital de la compañía; finalmente, no pudo transferir sus acciones, recibir dividendos de éstas y ejercer otros derechos que pudieron corresponderle como accionista de la compañía"<sup>[1427]</sup>.

Es decir, la restricción de la propiedad, en este caso, originada por acto judicial, no pasa el test de proporcionalidad, pues el fin de la medida no era compatible con algún bien constitucional, ni se fundaba en el interés social, por lo que se trató de una acción simplemente arbitraria.

#### 5.4 ASEGURAMIENTO: INMUNIDAD FRENTE A AGRESIONES DEL ESTADO O DE TERCEROS

La propiedad es un título que compendia un conjunto de posiciones normativas en relación a un bien, no sujeta a límite temporal, y que exige la no-interferencia de todos los demás<sup>[1428]</sup>. Dentro de estas posiciones se encuentra: "una inmunidad referida al status *normativo* de la cosa (o, más precisamente, de las conductas relacionadas con ella) que no puede ser alterado por los demás: por ejemplo, nadie puede ser privado de la

<sup>[1427]</sup> Sentencia de fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 6 de febrero de 2001, Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú.

<sup>[1428]</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Op. Cit., p. 48.

condición de propietario de un cierto bien si no es en determinadas condiciones, por determinado procedimiento y mediante indemnización. Correlativa a esta inmunidad es la incompetencia de los demás para alterar tal *status normativo*"<sup>[1429]</sup>.

El Tribunal Constitucional Peruano ha referido que la propiedad es un derecho irrevocable, con lo cual alude a que la ley le otorga un manto de protección o de especial aseguramiento frente a intromisiones extrañas:

"7. En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: (...) b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política"<sup>[1430]</sup>.

Nótese que el aseguramiento del derecho no solo puede aplicarse a los casos de intervenciones estatales a través de restricciones ilegítimas o expropiaciones de hecho, sino que también constituye un "escudo" (inmunidad) frente a las intromisiones de terceros o producidas por causas extrañas. En efecto, de nada valdría el reconocimiento de la propiedad si es que el sistema podría ser perforado fácilmente por acción de los terceros, o por errores del sistema, que lograsen alterar, menoscabar o derogar el derecho ajeno, sin necesidad de la voluntad del titular. Esto tiene que ver, en una parte, con las llamadas "adquisiciones a *non domino*", donde se produce la extinción del derecho en contra de la voluntad del dueño, y muchas veces sin que éste tenga culpa de ello o que la pérdida le pueda ser imputable de alguna manera.

Las infracciones a la inmunidad de la propiedad se presentan, fundamentalmente, por medio de tres frentes:

- i) las extinciones arbitrarias impuestas por el legislador o actuadas por la administración pública.

<sup>[1429]</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>[1430]</sup> Sentencia de 20 de marzo de 2009, Exp. N° 5614-2007-AA/TC; en el proceso de amparo seguido por Aspillaga Anderson Hermanos SA contra Instituto Nacional de Desarrollo y Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña.

- ii) las hipótesis irrazonables de adquisiciones a *non domino*, ya que la admisión indiscriminada de esta figura relaja la defensa de la propiedad y permite diversas interferencias de terceros sin una adecuada causa justificativa;
- iii) las interferencias ilegítimas realizadas por causa extraña, esto es, por errores de la administración que en algunos casos consuman despojos en contra del propietario por obra de una exagerada (*rectius*: errada) interpretación judicial o administrativa. Esta causal no se identifica con la antes mencionada de "extinciones arbitrarias impuestas por el legislador o la administración", ya que en esta última existe actuación pública, ilegal, pero con una voluntad estatal destinada a extinguir el dominio; en cambio, en las "interferencias por causa extraña" hay un simple error que se pretende como creador o generador de derechos. Ese error se presenta en el caso típico de discrepancia entre el negocio jurídico inscrito y la propia inscripción; pues resulta absurdo que la mala actuación de la administración pública genere un derecho a favor de tercero, cuando éste se encuentra vinculado con el derecho transmitido, tal como es, y no como aparece publicado por obra de un funcionario público.

La inmunidad del derecho de propiedad puede derogarse, sin embargo, por distintos medios (abandono de la tierra, confiscación por acto ilícito, etc.), a través de la expropiación, o de otros mecanismos surgidos de la ley, siempre que tengan amparo directo o indirecto en la Constitución. El Tribunal Constitucional Español en la sentencia 301/1993, de 21 de octubre, señala claramente que la expropiación no es la única hipótesis de ablación del dominio, aunque se trate de un caso específicamente regulado, pues el legislador puede establecer sanciones civiles o penales que afecten el patrimonio de las personas. La propiedad no es un reducto intangible para las sanciones previstas por el ordenamiento<sup>[1431]</sup>.

Por ejemplo, en el ámbito del imperio estatal en orden de las confiscaciones o anulaciones de permisos, se reputa legítima la retirada de una licencia de venta de bebidas alcohólicas por anomalías contables y fiscales (Sentencia de 7 de julio de 1989, Caso *Tre Traktörer/Suecia*). Asimismo,

[1431] MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, GONZÁLEZ RIVAS, Juan José y otros. *Constitución Española*, Op. Cit., pp. 365-366.

se considera una confiscación no arbitraria, el hecho que el Reino Unido ordenase la confiscación y destrucción de los ejemplares de una obra destinada para escolares, considerada obscena y que no podía venderse a menores. El Tribunal Europeo, en sentencia de 07 de diciembre de 1976, Caso *Handyside*, señaló que la protección de la moral de artículo 10.2 de la Convención está comprendida en la idea más amplia de "interés general", por lo que la limitación de la propiedad en contra del editor del libro está justificada en cuanto el Estado juzgue que ciertos bienes son ilícitos o peligrosos, según el interés general<sup>[1432]</sup>. Lo propio ocurre con el comiso de los bienes de contrabando (TEDH, Sentencia de 24 de octubre de 1986, *Agosi/Reino Unido*)<sup>[1433]</sup>.

Muchas veces el Estado puede ocupar bienes por considerarlos de carácter público, esto es, sin reconocer la titularidad privada de sus poseedores. En tales casos se ha señalado que una evidencia relevante para atribuir la condición de bien privado es comprobar la existencia de propietarios particulares en el pasado, o si las adquisiciones se realizaron mediante el uso de fondos privados. Este es un importante criterio para descartar las posiciones simplistas por las cuales la ausencia de un título formal podría consumir una arbitrariedad, en tanto se podría entender que el bien tiene la condición de estatal. Así se dijo en el caso *ex - Rey de Grecia y otros contra Grecia* (Gran Sala TEDH, 23 de noviembre de 2000)<sup>[1434]</sup>.

"98. El Tribunal considera que el Gobierno no ha justificado de forma convincente por qué las autoridades griegas no indemnizaron a los demandantes por la incautación de sus bienes. Admite que el Estado griego pudo considerar de buena fe que las circunstancias excepcionales justificaban la ausencia de indemnización, pero esta apreciación no está fundamentada de manera objetiva.

En primer lugar, el Tribunal recuerda que al menos una parte de los bienes expropiados fue adquirida por propietarios anteriores a

[1432] REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, pp. 378-379.

[1433] MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, GONZÁLEZ RIVAS, Juan José y otros. *Constitución Española*, Op. Cit., p. 370.

[1434] DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (Compilador). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra Editores, Lima 2004, pp. 823 ss.

los demandantes con sus propios fondos. Se fijó una indemnización la última vez que los bienes fueron expropiados en 1973. El Tribunal considera pues que los demandantes podían, legítimamente, contar con que el legislador previera una indemnización por las fincas expropiadas”.

Por otro lado, en algunos casos hay renuencia del Estado para cumplir las resoluciones judiciales de reconocimiento de la propiedad privada, o los mandatos emanados de leyes. El TEDH ha estimado la demanda por violación del derecho de propiedad (Sentencia *Papamichalopoulos contra Grecia*), aunque la infracción se centra, fundamentalmente, en el derecho de tutela judicial efectiva, pues las sentencias no terminaban de ejecutarse<sup>(1435)</sup>.

## CAPÍTULO XIV RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD

---

<sup>(1435)</sup> ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando. *La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (documento), p. 15.

UNIDAD I: PROBLEMÁTICA SOBRE EL CONCEPTO DE PROPIEDAD  
EN NUESTRO SISTEMA CIVIL Y CONSTITUCIONAL.

3. Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita*. En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, pp. 57 a 68.

**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

---

**From the SelectedWorks of Fort Ninamancco Cordova**

---

Winter August, 2015

# La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita

Fort Ninamancco Córdoba, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



SELECTEDWORKS™

Available at: [http://works.bepress.com/fort\\_ninamancco/29/](http://works.bepress.com/fort_ninamancco/29/)



## La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita

Fort NINAMANCCO CORDOVA\*

*El autor, uno de los amicus curiae del VII Pleno Casatorio Civil, considera que no es posible negar la supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita. Fundamenta su posición señalando que el crédito tiene una situación de privilegio dentro del conjunto de derechos patrimoniales protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre y el artículo 70 de la Constitución. Además, afirma que el caso Tibi vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nada tiene que ver con una tercería de propiedad; sin embargo, contiene un puntual fundamento que privilegia la inscripción registral cuando se trata de resolver cuestiones de oponibilidad de derechos.*

Tema relevante

### MARCO NORMATIVO

- **Constitución:** art. 2 inc. 14 y 70.
- **Convención Americana sobre los Derechos del Hombre:** art. 21.
- **Código Civil:** art. 2022.

### Introducción

El 17 de julio último tuve el alto honor de ser uno de los *amicus curiae* convocados por las Salas Civiles reunidas de la Corte Suprema Justicia para el VII Pleno Casatorio Civil. En mi intervención, sostuve, como lo vengo haciendo en los trabajos que he publicado al

respecto, que debía primar el embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita. Varias son las razones de peso para arribar a esta conclusión, las cuales he expuesto ampliamente en un libro<sup>1</sup>. Como lo resalté en una entrevista que me acaba de hacer un medio especializado, tengo un poco de arrepentimiento por no haber aprovechado la amabilidad con el manejo de los tiempos que tuvo el Presidente del Pleno Casatorio, Dr. Enrique Mendoza. Así es, cuando los *amicus* lo solicitaron, el Dr. Mendoza gentilmente aceptó concederles más tiempo para exponer sus ideas. Pude yo también haber hecho tal pedido, pero no lo hice.

\* Abogado y magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho en la UNMSM, Universidad Ricardo Palma y Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro del Consejo Consultivo del Instituto de Derecho Privado.

1 NINAMANCCO CORDOVA, Fort. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Me hubiera gustado solicitar unos minutos más para exponer un par de consideraciones adicionales, ambas de corte constitucional. Aprovecho la oportunidad que me confiere *Gaceta Civil & Procesal Civil* para hacerlo ante usted, amable lector o lectora. De manera que, en estos breves apuntes, voy a exponer, con algo más de detalle por supuesto, tales consideraciones.

Es el caso que se viene repitiendo la idea según la cual el debate sobre la tercería de propiedad quedaría zanjado, en favor del tercerista, gracias al artículo 70 de la Constitución y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención). Dado que la propiedad es constitucionalmente inviolable y es un derecho humano, se tiene que preferir al tercerista, frustrando el crédito del acreedor embargante y afectando negativamente el rol de publicidad y confianza que brindan los registros públicos. En tal sentido, se sugiere que el crédito, supuestamente por carecer del carácter de inviolabilidad, debe ser sacrificado ante la propiedad no inscrita.

Tengo la convicción de que hay razones de peso para discrepar con esta idea. De hecho, en mi exposición ante el Pleno Casatorio señalé que el crédito, al ser el efecto contractual por excelencia, tiene protección constitucional directa en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, por lo que resulta un grave error pensar que el crédito no ostenta respaldo constitucional, de modo que el artículo 70 de la Constitución zanja el debate con facilidad a favor del tercerista. Esta idea también la sostuve en mi libro<sup>2</sup>.

Aunque lo escribí en mi libro, en mi ponencia como *amicus curiae* no alcancé a decir

que, incluso desde una perspectiva constitucional, el crédito resulta ser más importante que la propiedad<sup>3</sup>. Además, y esto no había tenido oportunidad de decirlo antes, el derecho de propiedad contemplado en el citado artículo 70 posee un sentido bastante especial, distinto al tradicional del derecho civil. Lo mismo debe decirse en relación al artículo 21 de la Convención. Se trata de un sentido que, bien vistas las cosas, no hace más que fortalecer la posición del acreedor embargante en el debate sobre la tercería de propiedad. En otras palabras, con base a esta última consideración, parece difícil negar una supremacía constitucional del crédito sobre la propiedad, civilmente entendidos estos derechos subjetivos patrimoniales. Veamos.

#### **I. El argumento constitucional en favor del tercerista de propiedad: la tutela contenida en el artículo 70 de la Constitución y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Se ha dicho que la propiedad es un derecho primordial para el desarrollo de la existencia de cualquier ciudadano, cosa que encontraría cotejo pleno en el artículo 70 de la Constitución, que señala claramente que el derecho de propiedad es “inviolable”. De modo que cuando se pretende oponer un crédito al derecho de propiedad, debe tenerse en cuenta que este es “una meta acariciada por los ciudadanos, y una vez ubicado en ese sitio de dominio, el propietario tiene a favor la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental. Este punto de partida ya nos hace pensar que este último se

2 NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., pp. 112 y 113.

3 *Ibidem*, pp. 113 y 114.

encuentra en una posición valorativa superior frente al titular de una acreencia”<sup>4</sup>.

El argumento supone una ausencia de tutela constitucional en favor del acreedor embargante. Así, se entiende que únicamente el tercerista tiene protección constitucional, en tanto que el acreedor embargante no tiene ninguna protección de este tipo. Por lo que la primacía de la propiedad no inscrita resulta, dentro de semejante contexto, fácilmente defendible. Más todavía si se tiene en cuenta que la propiedad aparece consagrada en el artículo 21 de la Convención. Este argumento se refuerza con otra idea caracterizada por “divorciar” al crédito del embargo. Así, se agrega que en los procesos de tercería de propiedad se pretende oponer una medida superficial, como lo sería el embargo judicial, a un derecho constitucional y fundamental como lo es la propiedad. Según esta línea de pensamiento, es inaceptable que el derecho de propiedad ceda ante una medida provisional y que se dicta sin contradictorio. Bajo tal orden de ideas, se hacen las siguientes afirmaciones:

“Este es el fundamento decisivo por el cual el embargo debe ceder frente al derecho de propiedad acreditado de forma suficiente, aun sin inscripción, pues una medida superficial del juez no puede oponerse a la propiedad, que tiene valor de prerrogativa fundamental (art. 70 de la Constitución) y de derecho humano (art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (...). En tal contexto, la propiedad no puede ser tan débil que una

### Comentario relevante del autor



**El derecho real de propiedad regulado en nuestro Código Civil se circunscribe también a un tipo específico de derecho real privado que recae sobre cosas corporales, muebles o inmuebles. En cambio, el artículo 70 de nuestra Constitución, tal como sucede con el artículo 14 de la Constitución alemana, forzosa-mente debe entenderse en un sentido más amplio, de modo que abarque por igual a los derechos subjetivos patrimoniales en general, entre los cuales destaca –qué duda cabe– el crédito.**

resolución judicial sumaria, sin contradictorio ni certeza, pueda sobreponerse a ella”<sup>5</sup>.

“(…) el embargo no es un derecho, pues se origina en una medida judicial dictada sin contradictorio, a solo pedido del acreedor y sin declaración de certeza sobre la titularidad del bien, por lo que es imposible que se constituya un derecho definitivo e irrevocable cuando su génesis se encuentra en una medida ejecutoria dispuesta por el juez con mínimos elementos de juicio; por tanto, siempre puede enmendársele mediante la oposición del propietario a través de la tercería. Este es el fundamento decisivo por el cual el embargo debe ceder

4 GONZALES BARRÓN, Gunther. “¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2009, p. 39; e Id. *El futuro de la publicidad registral: ¿extremismo o realismo?* En: *Revista Jurídica Thomson Reuters*. Año 2, N° 67, 14 de abril de 2014, p. 11.

5 GONZALES BARRÓN, Gunther. “Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos”. En: *Revista Jurídica Thomson Reuters*. Año II, N° 87, 1 de setiembre de 2014, p. 5.

frente al derecho de propiedad acreditado en forma suficiente, aun sin inscripción, pues una medida superficial del juez no puede oponerse a la propiedad, que tiene valor de prerrogativa fundamental (art. 70 Constitución) y de derecho humano (art. 21 de la Convención)”<sup>6</sup>.

Como es fácil notar, para la opinión que se acaba de describir, el embargo es algo que no se entiende en función del derecho de crédito del acreedor, dándose por descontado que la posición del acreedor embargante, en cuanto tal, nada tiene que ver con el artículo 70 de la Constitución, ni mucho menos con el artículo 21 de la Convención<sup>7</sup>.

## II. El concepto constitucional del derecho de propiedad: el crédito también resulta protegido por el artículo 70 de la Constitución y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Desde hace buen tiempo, la doctrina tiene claro que la propiedad no solo tiene un sentido civil, sino que también tiene un sentido constitucional. Y, obviamente, ambos sentidos son sustancialmente distintos. La confusión entre ellos, hoy por hoy, es sencillamente inaceptable.

La más acreditada doctrina alemana resalta la necesidad de distinguir el derecho de propiedad contemplado en los Códigos Civiles, del derecho de propiedad contemplado en las Constituciones. Así, se enseña que el derecho de propiedad regulado en

### ¿Qué dice Harry Westermann?



**Es evidente que ni la idea de garantía y protección constitucionales, ni, menos aún, la concepción de la función social de los derechos provechosos para los particulares pueden limitarse a la propiedad de cosas, sino que, básicamente, debe englobar todas las posiciones valorables patrimonialmente, en tanto que hayan experimentado una consolidación como derecho a través del simple Derecho legislado (casi siempre, el Derecho privado).**

el Código Civil (BGB) “se circunscribe a un tipo especial de derecho real privado que se refiere a las cosas” y tal regulación “abarca, en igual medida, a las cosas muebles y a las cosas inmuebles”. En cambio, el derecho de propiedad previsto en la Ley Fundamental (Constitución germana - GG) “contiene una garantía constitucional de la propiedad, como institución jurídica (garantía institucional), y un derecho de libertad del ciudadano frente al Estado”. La regulación constitucional del derecho de propiedad “va mucho más allá” que la regulación del Código Civil, puesto que “asegura tanto la propiedad sobre cosas, como, sencillamente, los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial y las posiciones jurídico-públicas próximas a los derechos privados, contra

6 GONZALES BARRÓN, Gunther. “Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos”. Ob. cit., p. 37.

7 Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derecho a la propiedad privada.

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

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

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

una intromisión del Estado demoledora de la utilidad privada del derecho subjetivo en favor de su vinculación social”<sup>8</sup>.

Estas consideraciones, qué duda cabe, son aplicables a nuestro sistema jurídico. El derecho real de propiedad regulado en nuestro Código Civil se circunscribe también a un tipo específico de derecho real privado que recae sobre cosas corporales, muebles o inmuebles. En cambio, el artículo 70 de nuestra Constitución, tal como sucede con el artículo 14 del GG, forzosamente debe entenderse en un sentido más amplio, de modo que abarque por igual a los derechos subjetivos patrimoniales en general, entre los cuales destaca –qué duda cabe– el crédito<sup>9</sup>.

Ya nuestro Tribunal Constitucional, y la doctrina siguiéndole los pasos, ha dejado claramente establecido que el derecho de propiedad, en sentido constitucional, sobrepasa largamente la idea de derecho real privado sobre cosas corporales, sentido propio del derecho civil.

Como es sabido entre nuestros estudiosos del Derecho Constitucional, el Tribunal Constitucional ha planteado el sentido constitucional del derecho de propiedad en la sentencia del conocido “caso Nesta”, expediente

### Comentario relevante del autor



**Es innegable que el derecho de crédito y el derecho de propiedad, civilmente entendidos, tienen amparo constitucional en el artículo 70 de nuestra Constitución, así como tutela internacional en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se incurre en una inexactitud muy grave si se piensa que el tercerista de propiedad es el único protegido por estos dispositivos normativos. El acreedor embargante, al ser titular de un derecho de crédito, también se encuentra protegido por tales dispositivos.**

Nº 0008-2003-AI/TC, pronunciada el 11 de noviembre de 2003. La doctrina ha indicado que la propiedad, siempre en sentido constitucional, más que una facultad de obrar sobre un objeto corporal (sentido civil de propiedad), es una auténtica “libertad” que fundamenta el régimen económico en la Constitución peruana de 1993<sup>10</sup>.

8 WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. *Derechos reales*. Vol. 1. Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia, y Bruno Rodríguez-Rosado. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007, pp. 299 y 300.

9 Nótese la evidente semejanza entre ambos dispositivos constitucionales:

Artículo 70 de la Constitución peruana:

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

Artículo 14 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania:

(1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. (3) La expropiación está permitida solo por razones de bien común. Podrá ser efectuada solo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.

10 KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 775.

## Comentario relevante del autor



**Causa, por decir lo menos, perplejidad que se diga que la sentencia de fondo del caso Tibi contra Ecuador sea una muestra de la preponderancia de la propiedad, civilmente entendida, sobre cualquier otro derecho patrimonial.**

En el fundamento 26 de la referida sentencia se consigna:

“Tal como se estableció en el histórico caso *Campbell vs Holt*, **el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.**

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda **enclaustrada** en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que **abarca y se extiende a la pluralidad in totum** de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

Al respecto, Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997) comenta que ‘incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad

de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles (...) los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción.

(...)

Ahora bien, **nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional** (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un **instituto** constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son solo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria”<sup>11</sup>.

Tal como lo hace la doctrina alemana en torno al artículo 14 de su GG, nuestro Tribunal Constitucional comprende que el derecho de propiedad, en clave constitucional, no se reduce a una específica facultad de obrar sobre objetos corporales (derecho real privado), sino que abarca la totalidad del patrimonio del individuo. No se trata de un mero derecho subjetivo, sino que se traduce en una auténtica garantía institucional.

Por consiguiente, es fácil percatarse de que los derechos de crédito están dentro del derecho constitucional de propiedad. Esto es así ya que “es evidente que ni la idea de garantía y protección constitucionales, ni, menos aún, la concepción de la función social de los derechos provechosos para los particulares

<sup>11</sup> El resaltado es agregado.

pueden limitarse a la propiedad de cosas, sino que, básicamente, debe englobar todas las **posiciones valorables patrimoniales**, en tanto que hayan experimentado una consolidación como **derecho** a través del simple Derecho legislado (casi siempre, el Derecho privado)”<sup>12</sup>.

El sentido constitucional del derecho de propiedad que se acaba de exponer, como no podía ser de otra manera, ha sido también acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia de fondo del caso Baruch Ivcher Bronstein contra Perú, de fecha 6 de febrero de 2001, en el fundamento 122, se precisa el término “bienes”, el cual es empleado en el artículo 21 de la Convención:

“122. Los **bienes** pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, **así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona**; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”<sup>13</sup>.

La misma consideración se plasma en el fundamento 144 de la sentencia de fondo del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTigni contra Nicaragua, de fecha 31 de agosto de 2001.

Los especialistas en Derechos Humanos tienen claro que este sentido es el que maneja, al menos desde la sentencia del caso Baruch Ivcher Bronstein contra Perú, la Corte Interamericana cuando aplica el artículo 21 de la Convención. De esta manera, para esta la

### Comentario relevante del autor



**La Corte Interamericana claramente señala que un derecho de propiedad no inscrito carece de oponibilidad frente a terceros. Ciertamente nadie que defienda la postura del acreedor embargante, en los procesos de tercería de propiedad, ha negado la titularidad del derecho del tercerista. En estos procesos no se trata de ventilar titularidades sobre derechos patrimoniales, sino que se trata de establecer justamente la oponibilidad. Es legítimo, en consecuencia, decir que esta sentencia de la Corte Interamericana no hace más que respaldar la tesis que favorece al acreedor embargante.**

Corte, el derecho de propiedad abarca todo derecho que pueda incluirse en el patrimonio de un sujeto. En este orden de ideas, hace poco se ha sostenido que “el artículo 21 está estructurado sobre la protección de una relación de uso y goce que tiene el sujeto que detenta la propiedad respecto de bienes. Por lo tanto, en primer lugar corresponde definir qué se entiende por bienes en los términos del artículo 21. En ese sentido, la Corte CIDH ha establecido que los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, **así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona**; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los

12 WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. Ob. cit., p. 300.

13 El resaltado es agregado.

elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”<sup>14</sup>.

Así las cosas, es innegable que el derecho de crédito y el derecho de propiedad, civilmente entendidos, tienen amparo constitucional en el artículo 70 de nuestra Constitución, así como tutela internacional en el artículo 21 de la Convención. Se incurre en una inexactitud muy grave si se piensa que el tercerista de propiedad es el único protegido por estos dispositivos normativos. El acreedor embargante, al ser titular de un derecho de crédito, también se encuentra protegido por tales dispositivos.

### III. ¡La sentencia de fondo del caso Tibi vs. Ecuador ampara la postura del acreedor embargante!

A la luz de lo expuesto, causa, por decir lo menos, perplejidad que se diga que la sentencia de fondo del caso Tibi contra Ecuador sea una muestra de la preponderancia de la propiedad, civilmente entendida, sobre cualquier otro derecho patrimonial. En rigor de verdad, no es así.

Citando el fundamento 219 de esta sentencia, se asevera que en “la misma línea protectora se encuentra nada menos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de fondo del 7 de septiembre de 2004, cuya doctrina establece que el título de propiedad preexiste a la inscripción; por lo que un mandato judicial arbitrario debe anularse cuando se acredita el derecho del titular conforme a las reglas civiles”<sup>15</sup>.

El referido fundamento dice:

“219. Por lo que toca al automóvil que conducía el señor Tibi cuando fue detenido, si bien se trata de un bien mueble registrable, **este registro es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de un tercero que pretende tener algún derecho sobre el bien.** En el presente caso no consta que persona alguna haya reclamado la propiedad del automóvil que se encontraba en poder del señor Tibi, por lo cual no debería presumirse que no le pertenecía dicho bien. En consecuencia, era procedente respetar la posesión que ejercía”.

Como se puede observar, la Corte Interamericana claramente señala que un derecho de propiedad no inscrito carece de oponibilidad frente a terceros. Ciertamente nadie que defienda la postura del acreedor embargante, en los procesos de tercería de propiedad, ha negado la titularidad del derecho del tercerista. En estos procesos no se trata de ventilar titularidades sobre derechos patrimoniales, sino que se trata de establecer justamente la oponibilidad. Es legítimo, en consecuencia, decir que esta sentencia de la Corte Interamericana no hace más que respaldar la tesis que favorece al acreedor embargante. Y, además, no resulta ocioso reiterarlo, el derecho de crédito también se encuentra protegido directamente por el artículo 70 de la Constitución y el artículo 21 de la Convención.

Sin embargo, se postula que el fundamento 219, al referirse a “un tercero que pretende algún derecho sobre el bien”, no abarca al

14 PERRONE, Nicolás Marcelo. “Derecho a la propiedad privada”. En: AA.VV. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, pp. 359 y 360 (el resaltado es agregado).

15 GONZALES BARRÓN, Gunther. “Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos”. Ob. cit., p. 5.

**Comentario relevante del autor**



**El embargo carece de sustantividad propia, pero de esto no se deduce que deba ceder ante la propiedad no inscrita. Todo lo contrario, la carencia de sustantividad del embargo no hace sino confirmar la aplicabilidad de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad.**

acreedor embargante, puesto que el embargo no es un derecho. Como ya adelanté, se patrocina un “divorcio” entre el crédito y el embargo. Pero se trata, en realidad, de un “divorcio” sobradamente injustificado.

En efecto, nuestra doctrina y jurisprudencia (incluso la que falla en favor de la propiedad no inscrita) tienen claro que el embargo inscrito no es más que una manifestación del derecho de crédito<sup>16</sup>. Hay que recordar que el embargo carece de sustantividad propia, pero de esto no se deduce que deba ceder ante la propiedad no inscrita. Todo lo contrario, la carencia de sustantividad del embargo no hace sino confirmar la aplicabilidad de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Si el embargo carece de sustantividad propia, es porque “representa” al derecho de crédito. El embargo, en esencia, está al servicio del

derecho de crédito. Así, el “enfrentamiento” entre un embargo inscrito y una propiedad no inscrita no es más que el “enfrentamiento” entre un derecho de crédito y un derecho real<sup>17</sup>. No olvidemos que “la esencia de las instituciones procesales, en consecuencia, no es otra que ser instrumento –de carácter necesario– para la efectiva realización de las situaciones jurídicas materiales”<sup>18</sup>. Consecuentemente, es errado entender al embargo al margen del derecho de crédito.

Permítaseme traer a colación algunas líneas de mi libro, dado que me parecen oportunas:

“(…) considero que el planteamiento usual del problema es correcto. Cuando un embargo inscrito se enfrente a la propiedad no inscrita, en esencia se trata de un enfrentamiento que implica al derecho de crédito. Si se sostiene, como lo ha hecho principalmente Merino, que en el conflicto no participa el crédito, sino el embargo, pues estoy deslindando demasiado al embargo del derecho de crédito. Resulta cuestionable sostener que en el conflicto que existe entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita, no tenga participación efectiva el derecho de crédito. ¿Es que este no se vincula en modo alguno con el embargo? El embargo no puede en modo alguno adquirir una independencia neta del Derecho que busca tutelar o proteger, como querían los antiguos procesalistas. Sin el crédito, simplemente el embargo no tiene ninguna razón de ser. En consecuencia, dado el neto carácter instrumental del embargo

16 NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., pp. 21-33.

17 Es interesante notar que el profesor Walter Gutiérrez Camacho, uno de los *amicus curiae* del último Pleno Casatorio Civil y que sostuvo la primacía de la propiedad no inscrita, también considera que en los procesos de tercería de propiedad se enfrentan dos derechos: el crédito del acreedor embargante y la propiedad del tercerista: “Lo que se está debatiendo aquí, el día de hoy, es si debe preferirse el derecho de crédito, en este caso representado por un embargo inscrito, o si debe primar el derecho de propiedad”.

18 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y Proceso*. Bosch, Barcelona, 1978, p. 47.

## Conclusión del autor

**El crédito es uno de los derechos subjetivos patrimoniales que se encuentran protegidos por la Constitución y la Convención. Pero dentro del conjunto de tales derechos, el crédito ostenta una supremacía indudable.**

frente al derecho de crédito, en el referido conflicto, la participación del derecho de crédito no puede ser negada. Lo contrario implicaría retomar las ya superadas ideas *autonomistas* de los procesalistas de antaño”<sup>19</sup>.

Nótese entonces que el fundamento 119 de la sentencia de fondo del caso Tibi contra Ecuador, sin duda alguna, ampara la posición del acreedor embargante, puesto que este se constituye en “un tercero que pretende tener algún derecho sobre el bien”. Así es, el acreedor embargante pretende hacer valer su derecho a solicitar la ejecución judicial del bien embargado, a fin de realizar su derecho de crédito. Negar esto implicaría entender al embargo como una figura ajena o independiente al crédito respectivo, cosa que no resulta admisible hoy en día, dada la total caducidad de los planteamientos **autonomistas** del derecho procesal<sup>20</sup>.

Y ojo, si en el caso Tibi contra Ecuador se privilegia la propiedad no inscrita, es

precisamente porque, como lo dice la propia sentencia, no existió un tercero interesado que pretendiera hacer valer derechos sobre los bienes del señor Tibi. De hecho, el caso del señor Tibi nada tiene que ver con una tercería de propiedad. Empero, como acabo de resaltarlo, la sentencia contiene un puntual fundamento que privilegia la inscripción registral cuando se trata de resolver cuestiones de oponibilidad de derechos.

## IV. La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita

Ya sabemos que, para la mismísima Corte Interamericana, un derecho de propiedad no inscrito sobre un determinado bien, no se puede oponer a un tercero que pretende hacer valer algún derecho sobre el mismo bien. E, indudablemente, el acreedor embargante es un tercero que pretende realizar su derecho de crédito con el bien cuya propiedad alega el tercerista. La Corte Interamericana, con acierto, salvaguarda el importantísimo rol que cumplen los registros públicos.

Guste o no, no es posible negar la supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita. Desde una perspectiva un tanto más general, es correcto afirmar que el crédito ostenta la supremacía dentro del conjunto de derechos patrimoniales protegidos por el artículo 21 de la Convención y el artículo 70 de la Constitución. Y esto es así porque estos dispositivos deben interpretarse de acuerdo a nuestra realidad normativa y, sobre todo, económica.

19 NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., p. 116.

20 PRIORI POSADA, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia la necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*. Nº 26, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 277: “Se pensó que el Derecho Procesal y el Derecho material podían separarse, divorciarse, en aras de una desesperada proclamación de la autonomía del Derecho Procesal, como si tan ansiada autonomía fuera incongruente con la necesaria relación que debe existir entre el Derecho Procesal y el Derecho material, relación que está dada por una situación de instrumentalidad del primero respecto del segundo”.

Para empezar, debe recordarse que junto al derecho de propiedad, en sentido constitucional, el mercado es la institución básica de nuestra Constitución económica, tal como lo establece el artículo 58 de la Constitución. Y esta institución no se desarrolla con base en la mera propiedad sobre cosas, sino más bien sobre la base de la libertad de empresa y contratación<sup>21</sup>, que tienen como manifestación clave al derecho de crédito (y no a un derecho real).

El desarrollo del mercado trae consigo un rol preponderante para el contrato dentro del sistema económico, en desmedro de la propiedad, lo que conlleva la primacía del crédito sobre otros derechos subjetivos patrimoniales, al ser este último el efecto contractual por excelencia. Al respecto, las líneas que siguen son más que esclarecedoras:

“(…) la sistemática del código napoleónico (y, sobre sus huellas, del código italiano de 1865) colocaba el contrato en posición subordinada e instrumental a la propiedad (...) esta concepción reflejaba una economía preponderantemente agrícola, en la cual la tierra era el recurso productivo fundamental. En tal contexto, era la propiedad –la propiedad del bien– tierra la que determinaba todo el proceso económico, mientras al contrato se reconocía un papel complementario como medio para su ocasional circulación.

Las cosas cambian con el progreso del modo de producción capitalista: con el desarrollo de la industria, basado en la

innovación tecnológica; con la expansión de mercados y de las actividades distributivas; con la creciente dimensión financiera de las actividades productivas. Se abre una fase en la cual la riqueza y los recursos productivos no se identifican más con (la propiedad de) cosas inmuebles, y tampoco materiales: ello corroe la supremacía tradicional de la propiedad, y exalta el papel del contrato. En efecto, en los sistemas económicos evolucionados la riqueza económica y los recursos productivos consisten mucho más que en cosas en relaciones –en pretensiones vinculadas a obligaciones ajenas: y pretensiones y obligaciones que nacen de los contratos (...). En la economía moderna, pues, es sobre todo el contrato el que crea riqueza –las nuevas formas de riqueza productiva–”<sup>22</sup>.

La propiedad inmobiliaria dejó de ser la matriz de la economía cuando la actividades de corte agrícola perdieron el protagonismo (no importancia, puesto que su relevancia no puede ser discutida) en la vida económica de mundo. Basta dar una revisada a nuestro Producto Bruto Interno (PBI) para percatarse con facilidad que la propiedad sobre la tierra no es el eje de nuestra economía, sino las actividades comerciales y de industria. En efecto, más del 90 % del PBI nacional es generado por servicios (que no son otra cosa que relaciones obligatorias) y actividades industriales<sup>23</sup>.

Dado que no se puede prescindir de un mercado evolucionado o de economía dinámica,

21 KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CARDICH, César. Ob. cit., pp. 346 y 347: “Puede afirmarse que la proyección de la libertad de empresa como derecho fundamental es la del mercado como institución, a diferencia de lo que ocurría antiguamente cuando aparecía como lugar de encuentro de libertades no institucionalizadas, pues las instituciones eran el **no mercado**. Lo que observamos ahora en un mercado es su alto grado de institucionalización, pues existen numerosas autoridades de vigilancia, fiscalización, arbitraje, etc., con poderes reguladores y sancionadores (...) Esas instituciones existen entonces para garantizar que el mercado funcione para hacer realidad la libertad de empresa, para evitar una acción estatal al modo antiguo, intervencionista” (el resaltado es agregado).

22 ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 75 y 76.

23 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES y PROINVERSIÓN. Guía de negocios e inversión en el Perú 2015/2016, p. 27.

porque es evidentemente inviable regresar a los tiempos del “reinado” de la “propiedad del bien-tierra”, es inevitable concluir que el crédito tiene un rol de mayor importancia que la mera propiedad sobre cosas.

En conclusión, el crédito es uno de los derechos subjetivos patrimoniales que se encuentran protegidos por la Constitución y la Convención. Pero dentro del conjunto de tales derechos, el crédito ostenta una supremacía

indudable, puesto que así lo indica no solo la Constitución, que consagra al mercado como instituto fundamental del sistema económico, sino también la realidad económica.

Los discursos constitucionales y de derechos humanos que han pretendido defender al tercerista, no deben ser atendidos por nuestros operadores jurídicos, sobre todo por los Jueces Supremos del VII Pleno Casatorio Civil.

UNIDAD II: LA CONSTITUCIÓN Y LA CIRCULACIÓN DE DERECHOS REALES.

1. Freddy ESCOBAR ROZAS. *Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados*. En: *Ius et Verita*. N° 30. Lima, 2005, pp. 164-170.

# Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados

**Freddy Escobar Rozas**

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima

## 1. Introducción

En un modelo económico basado en el principio de libertad de empresa, la posibilidad de crear riqueza depende, entre otras cosas, de que el ordenamiento jurídico incentive y garantice la circulación eficiente de las situaciones jurídicas subjetivas<sup>(1)</sup>. Desafortunadamente, la legislación peruana no presenta un sistema completo y coherente de circulación de dichas situaciones. En efecto, los cuerpos normativos vigentes se limitan a disciplinar la circulación de los derechos de crédito y de los derechos de propiedad. De este modo, en el Perú no se sabe a ciencia cierta cómo circulan, por ejemplo, los derechos personales y reales distintos del crédito y de la propiedad, respectivamente. Es más, ¡ni siquiera se sabe a ciencia cierta cómo circula la alícuota del copropietario!

En las líneas que siguen intentaré sustentar estas afirmaciones y proponer, en clave de

integración, alguna regla que elimine uno de los vacíos más preocupantes, a saber: el relativo a la circulación de los derechos reales derivados.

## 2. El origen del problema

Probablemente, muchos de los grandes problemas que presenta la legislación vigente tienen su origen en el desconocimiento de las categorías fundamentales en las cuales casi invisiblemente se basaron quienes elaboraron los cuerpos normativos que a lo largo de nuestra historia hemos "importado".

Tengo la convicción de que en el caso que nos ocupa -la circulación de los derechos reales derivados- el problema tiene su origen en una de las siguientes confusiones conceptuales: (i) la confusión entre propiedad y pertenencia (o, en términos más generales, entre derecho subjetivo y titularidad); y, (ii) la confusión entre constitución y transferencia. Existe una tercera posibilidad que

(1) La situación jurídica subjetiva es la posición que el sujeto (de derechos) tiene frente al conjunto de reglas que conforman el ordenamiento estatal. Dicha posición deriva de la valoración (positiva o negativa) que el legislador realiza de los intereses que el sujeto en cuestión puede tener con relación a los bienes de la vida. La situación jurídica subjetiva que protege un interés es denominada "situación de ventaja", mientras que la situación jurídica subjetiva que subordina un interés es denominada "situación de desventaja". Tanto una como otra pueden ser "activas" o "inactivas". Eso depende de si para la protección o la subordinación del interés, respectivamente, el legislador ha contemplado la realización de un "programa conductual". Así, la situación de ventaja es activa cuando el sujeto puede obrar para satisfacer su interés (por ejemplo: derecho subjetivo, poder jurídico). En cambio, la situación de ventaja es inactiva cuando el sujeto no puede obrar para satisfacer su interés -que, a pesar de tal circunstancia, resulta protegido por el ordenamiento- (por ejemplo: interés legítimo). Por su parte, la situación de desventaja es activa cuando el sujeto tiene que obrar para satisfacer un interés ajeno (por ejemplo: deber, carga). En cambio, la situación de desventaja es inactiva cuando el sujeto no tiene que obrar para satisfacer un interés ajeno -sino simplemente estar expuesto, sin posibilidad de oponer "resistencia", a los efectos de la actuación del titular de dicho interés- (por ejemplo: sujeción). Debido a que puede subsumir cualquier fenómeno de protección o subordinación de intereses (patrimoniales o extrapatrimoniales, individuales o colectivos, etcétera.), la situación jurídica subjetiva, abstractamente considerada, se identifica con la circunstancia de la existencia jurídica personal, en la cual están contenidas -en potencia- una o más posibilidades de la vida del sujeto (de derecho), con arreglo a las cuales (i) se satisface un interés o (ii) se sacrifica otro. Para una aproximación al fenómeno: ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSSI. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1989. p. 63. NICOLÒ, Rosario. *Le Situazioni Giuridiche Soggettive*. En: *Lecture di Diritto Civile raccolte da Guido Alpa e Paolo Zatti*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1990. pp. 129 y siguientes. BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I. Traducido por Fernando Hinostroza. Bogotá: Universidad Externado. 1992. p. 352.

puede explicar el origen del problema comentado: el simple olvido del legislador. Pero quiero pensar que eso es descabellado.

### 2.1. La confusión entre propiedad y pertenencia

Si uno presta atención a lo dispuesto por los artículos 885 y 886 del Código Civil, advertirá que los derechos reales derivados (usufructo, servidumbre, etcétera) tienen la condición de “bienes”. En efecto, según el inciso 10 del primer artículo, los derechos inscribibles sobre inmuebles tienen la condición de “bienes inmuebles”. Por su parte, según el inciso 10 del segundo artículo, los derechos no inscribibles sobre inmuebles y los derechos sobre muebles, tienen la condición de “bienes muebles”. En consecuencia, resulta claro que según el ordenamiento civil vigente, los derechos reales derivados tienen, al final del día, la misma naturaleza jurídica que la que les corresponde a las cosas sobre las cuales recaen.

Tomando en cuenta este dato, creo que no resulta absurdo pensar que el legislador entendió que la transferencia de los derechos reales derivados se producía en función de lo dispuesto por los artículos 947 y 949 del Código Civil, debido a que tales derechos eran, a su vez, objetos de sendos derechos de propiedad. En efecto, ¿qué podríamos concluir de las siguientes premisas?:

a) El derecho de propiedad incluye, entre otras facultades, a la de disponer.

b) Los derechos reales derivados tienen la condición de bienes (muebles o inmuebles, según el caso).

c) Los derechos reales derivados son transferibles.

Me parece que podríamos concluir dos cosas. Primero: que sobre los derechos reales derivados,

en su condición de “bienes”, existen sendos derechos de propiedad. Segundo: que las reglas que rigen la transferencia de los derechos reales derivados son las contenidas en los artículos 947 y 949 del Código Civil.

Si, como parece posible, el legislador hubiese concluido lo indicado, entonces el vacío detectado tendría su origen en una lamentable confusión entre derecho subjetivo y titularidad.

Como es sabido, el derecho subjetivo permite actuar sobre una entidad material o jurídica a fin de obtener la satisfacción de un interés propio. El derecho subjetivo, en consecuencia, supone un vínculo entre una facultad o un haz de facultades, de un lado; y una entidad material (una cosa) o jurídica (una esfera), del otro<sup>(2)</sup>.

La titularidad, en cambio, permite actuar sobre un derecho (o, en general, sobre una situación jurídica subjetiva) y provocar transformaciones jurídicas que satisfagan intereses propios. La titularidad, en consecuencia, supone un vínculo entre un sujeto y un derecho. En virtud de tal vínculo, el derecho queda asignado al sujeto. Por consiguiente, la titularidad genera una relación de pertenencia o correspondencia. Ahora bien, esa relación es la que permite modificar el derecho, transferir el derecho, renunciar al derecho, etcétera. En consecuencia, resulta claro que ningún derecho contiene las facultades de modificar, gravar, transferir, renunciar, etcétera. Todas esas facultades emanan de la relación de pertenencia o correspondencia<sup>(3)</sup>. Es por ello que el artículo 923 del Código Civil resulta conceptualmente incorrecto, pues la propiedad no incluye la facultad de disponer (ni la de reivindicar<sup>(4)</sup>, aunque sí las de modificar y destruir, a pesar de que no hayan sido comprendidas en la definición del legislador).

(2) Cfr. SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla Teoria delle Situazioni Giuridiche Soggettive*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1944. pp. 5 y siguientes. DE SEMO, Giorgio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Firenze: G. Barbera Editore. 1952. pp. 897 y siguientes. MAJELLO, Ugo. *Situazioni Soggettive e Rapporti Giuridici*. En: *Istituzioni di Diritto Privato*. A cura di Mario Besiguintesone. Torino: G. Giappichelli Editore. 1999. pp. 67 y siguientes.

(3) Cfr. ROMANO, Salvatore. *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno IX. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1955 p. 1012. PUGLIATTI, Salvatore. *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1964. p. 12. FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1969. p. 284. PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. p. 330. LENER, Angelo. *Potere*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXIV. Milano: Giuffrè Editore. 1985. p. 612. FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 182.

(4) La facultad de reivindicar está dirigida a satisfacer un interés consistente en recuperar la posibilidad de actuar sobre la cosa. Así es, dicha facultad, que presupone la imposibilidad del titular del derecho real de actuar materialmente sobre la cosa, tiene como finalidad obtener la restitución de la misma por parte del tercero que la posee (sin título alguno). El interés que sustenta a la facultad de reivindicar no es el de obtener utilidades o ventajas de la cosa, sino el de recuperar su posesión para de este modo tener la posibilidad fáctica de “aprovecharse” de la misma. Por otro lado, a

Nótese que con esto no afirmo que el propietario no puede disponer de su derecho de propiedad. ¡Claro que puede! Lo que afirmo es algo distinto: el propietario puede disponer del derecho de propiedad porque dicho derecho es suyo, porque le pertenece; y no porque tal derecho le permite efectuar un acto de transferencia sobre sí mismo. Del mismo modo, el usufructuario puede disponer del derecho de usufructo porque ese derecho es suyo; el acreedor puede disponer del derecho de crédito porque ese derecho es suyo, etcétera<sup>(5)</sup>.

La clave para saber cuándo se ejerce el derecho y cuándo la titularidad es muy simple. Si el sujeto modifica o destruye la cosa, estará ejerciendo el derecho de propiedad. Si el sujeto construye sobre el terreno ajeno, estará ejerciendo el derecho de superficie. Si el sujeto exige el pago de la prestación, estará ejerciendo el derecho de crédito. Pero si el sujeto transfiere el derecho de propiedad, hipoteca el derecho de superficie o constituye usufructo sobre el derecho de crédito, estará ejerciendo su titularidad sobre cada uno de esos derechos.

La distinción entre derecho y titularidad no es novedosa. En efecto, los romanos diferenciaban el *dominium* (titularidad) de la *proprietas* (propiedad). Así, empleaban el término *dominus proprietatis* para referirse al titular de la propiedad; el término *dominus usufructus* para referirse al titular del usufructo; el término *dominus obligationis* para referirse al titular del crédito; el término *dominus negotii* para referirse al titular del negocio jurídico (parte en sentido sustancial), etcétera.

Pero no se piense que la distinción entre derecho y titularidad es privativa del *Civil Law*. En efecto, todos los sistemas legales que se afilian al *Common Law* distinguen perfectamente entre *property* y *ownership*. El primer término hace referencia a la titularidad, de modo tal que es posible hablar de *real property* (titularidad real) y *personal property* (titularidad personal). El segundo término, por su parte, hace referencia a la propiedad<sup>(6)</sup>.

En nuestro caso, a pesar de que la letra de la ley no establezca expresamente la diferencia entre derecho y titularidad, es obvio que la misma existe. Sin embargo, el no estar conscientes de ello puede generar graves problemas a la hora de elegir la norma aplicable al caso. A título de ejemplo, permítaseme citar el caso de la polémica en torno al modo de transferencia de las acciones. Si se considera que la acción representa un conjunto de derechos personales (de crédito y de participación) frente a la sociedad<sup>(7)</sup>, tendrá que concluirse que la transferencia de la misma se produce con arreglo al sistema de la notificación. En consecuencia, tendrá que aceptarse que no basta la celebración del contrato de enajenación, en tanto que la sociedad necesita saber a quién tiene que entregar información, a quién tiene que aceptar en las asambleas, a quién tiene que pagar los dividendos, etcétera. A pesar de que esto es así de simple y claro, no han faltado quienes sostengan que como la acción tiene la naturaleza de bien mueble (según lo dispuesto por el artículo 882 del Código Civil), su transferencia opera con arreglo al artículo 947 del Código Civil, por lo que la sociedad debe considerar como accionista al

diferencia de las facultades de usar y disfrutar, que permiten actuar sobre la cosa, la facultad de reivindicar únicamente permite exigir la restitución de la cosa, de modo que su objeto no es el mismo que el de las facultades antes indicadas. Como se podrá entender, a la luz de la noción vigente de derecho subjetivo, resulta imposible que la facultad de reivindicar forme, conjuntamente con las facultades de usar y de disfrutar, el contenido de un mismo y único derecho subjetivo. Por tal razón, como lo ha hecho notar la doctrina más autorizada, la facultad de reivindicar viene a identificarse con el contenido de un mecanismo de tutela dirigido a eliminar las consecuencias negativas que supone el incumplimiento, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no interferir la esfera jurídica ajena. Aunque nuestro Código Civil no lo reconozca, ese mecanismo de tutela corresponde tanto al titular del derecho de propiedad como al titular de un derecho real derivado. Véase: GALLO, Paolo. *Arricchimento senza Causa e Quasi Contratti (I Rimedi Restitutori)*. En: *Trattato di Diritto Civile*. Diretto da Rodolfo Sacco. Torino: UTET. 1996. pp. 3 y siguientes. SACCO, Rodolfo y Raffaele, CATERINA. *Il Possesso*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Diretto da Antonio Cicu e Francesco Mesiguitesineo, continuato da Luigi Mengoni. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2000. pp. 32 y siguientes.

- (5) En tal sentido: THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Indagini di Teoria Generale del Diritto*. Traduzione di Alesiguitesandro Levi. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1951. p. 319. VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco. *La facultad de disposición*. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo III. Fascículo IV. MCML. pp. 1043 y 1044.
- (6) A este respecto, resulta interesante hacer notar que el Código Civil de Québec disciplina tanto la *property* como el *ownership*.
- (7) El término "acción" sirve para designar tres cosas distintas: (i) la parte alícuota del capital social; (ii) el conjunto de derechos (políticos y patrimoniales) existente frente a la sociedad; y, (iii) el título valor que representa al conjunto de derechos en cuestión. No obstante ello, es claro que la pregunta sobre cómo se transfiere la acción toma en cuenta la segunda acepción del término en cuestión. Véase: FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. A cura di C. Angelici e G. B. Ferri. Torino: UTET. p. 344.

endosatario del certificado, aun cuando el mismo no figure inscrito en el libro de matrícula de acciones<sup>(8)</sup>.

Si se tuviera en cuenta la diferencia existente entre titularidad y derecho, semejante construcción interpretativa no tendría el menor asidero. En efecto, si se tuviera en cuenta que la acción subsume derechos personales, sería claro que la transferencia de la misma tendría que operar con arreglo a las reglas de transferencia de tales derechos y no con arreglo a las reglas de transferencia del derecho de propiedad.

Estando claro que titularidad y propiedad no son lo mismo, es obvio que las reglas establecidas en los artículos 947 y 949 del Código Civil no son aplicables a los casos en los que la materia enajenada esté constituida por derechos reales derivados o derechos personales.

## 2.2. La confusión entre constitución y transferencia

El Código Civil disciplina cuidadosamente cómo se constituye el usufructo; sin embargo, es impreciso al momento de regular cómo se constituye la superficie y la servidumbre.

En efecto, el artículo 1000 del Código Civil establece que el usufructo se constituye por (i) ley; (ii) contrato; (iii) acto unilateral; o, (iv) testamento. Por su parte, el artículo 1031 del referido código establece que la superficie se constituye por (i) actos *inter vivos*; o, (ii) testamento. Finalmente, el artículo 1035 del mismo Código establece que la ley o el propietario puede imponer gravámenes al predio, a

fin de que un tercero pueda practicar ciertos actos sobre el mismo.

A riesgo de desviarme del tema, nótese el nivel de contradicción que presenta el Código Civil en cuanto a política legislativa. Mientras que por un lado dicho código permite crear unilateralmente derechos reales a favor de terceros, por el otro niega la posibilidad de crear unilateralmente derechos personales a favor de terceros (puesto que exige la aceptación de estos para que las deudas sean exigibles). Y lo que es peor, niega la posibilidad de condonar unilateralmente la deuda. En el Perú, entonces, no necesito del asentimiento de Ticio para crear en su favor un derecho de usufructo o de superficie, ¡pero sí para liberarlo de su obligación! Quien puede lo más, no puede lo menos. Absurdo.

Retornando al objeto materia de análisis, algunos datos relativamente recientes me hacen pensar que el legislador pudo haber creído que la constitución de derechos era un fenómeno jurídico asimilable a la transferencia de derechos. En efecto, el año 1999 la Comisión de Reforma del Código Civil publicó un anteproyecto de ley de enmiendas a dicho código. En ese anteproyecto los artículos 947 y 949 quedaban eliminados. ¿Y por qué? Porque la comisión aprobó un artículo novedoso, que establecía lo siguiente:

“Artículo 884. La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo (...). Tratándose de bienes no

(8) Existe incluso una tesis según la cual la transferencia de las acciones opera con la sola celebración del contrato de transferencia. En efecto, partiendo de la idea que el momento en que un sujeto asume la condición de accionista no tiene por qué coincidir con el momento en que la sociedad le reconoce al mismo dicha condición, algunos han sostenido que el cesionario adquiere los derechos derivados de las acciones con la sola celebración del contrato. Bajo esta tesis, la notificación a la sociedad únicamente determinaría la posibilidad efectiva de ejercer tales derechos. Como es evidente, la disociación entre “titularidad” y “ejercicio” es un fenómeno ampliamente admitido por el ordenamiento. De hecho, la Ley General de Sociedades contempla algunos supuestos en los cuales, por distintas razones, el titular de las acciones no puede ejercer los derechos que le corresponden. Ahí está, por ejemplo, el caso de la sociedad que adquiere acciones de propia emisión o el de la sociedad que adquiere acciones emitidas por su matriz. Ahora bien, salvo casos excepcionales, el hecho que el titular de ciertos derechos se encuentre “incapacitado” de ejercerlos no impide que otro pueda hacerlo en nombre de dicho titular. Lo que no puede ocurrir, sin embargo, es que un tercero pueda ejercer tales derechos ¡en nombre propio! Las razones son obvias. Tomando en cuenta lo indicado, es claro que la tesis comentada no puede sostenerse en pie. En efecto, si el cesionario se convierte en accionista con la sola celebración del contrato, ¿cómo es posible que el cedente pueda seguir ejerciendo en nombre propio los derechos derivados de las acciones? (Como efectivamente lo permite el artículo 91 de la Ley General de Sociedades). En realidad, si bien es perfectamente posible aceptar que el cesionario se encuentre impedido de ejercer sus derechos mientras no figure en el libro de matrícula de acciones, no es posible aceptar bajo supuesto alguno que el cedente siga ejerciendo en nombre propio tales derechos. Por consiguiente, o se acepta que el cesionario adquiere la condición de accionista con la celebración del contrato, de modo que el cedente pierde en ese mismo instante sus derechos (de modo que no puede ejercerlos en nombre propio); o se acepta que el cesionario adquiere la referida condición con el correspondiente registro en la matrícula de acciones, de modo que hasta que esto no ocurra el cedente sigue manteniendo sus derechos. Si se atiende al dato positivo, necesariamente tiene que optarse por esta segunda posición.

registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición”<sup>(9)</sup>.

Como se podrá advertir, el artículo en cuestión no hacía referencia alguna a la transferencia de los derechos reales. Únicamente regulaba la constitución, modificación y extinción de tales derechos. Ciertamente, es posible entender que el legislador simplemente olvidó incluir a la transferencia en su lista de vicisitudes. Sin embargo, también es posible entender que el legislador pensó que constitución y transferencia eran lo mismo; o que la primera subsumía a la segunda.

Si esto último fuese cierto, entonces el vacío detectado tendría su origen en otra confusión. En efecto, tal como la ha reconocido de manera unánime la doctrina (y cuando digo unánime no exagero), la constitución supone la creación de un derecho nuevo,

mientras que la transferencia supone la asignación de un derecho existente a un sujeto distinto de su actual titular<sup>(10)</sup>. Cuando el propietario constituye un derecho de usufructo o un derecho de superficie, no hace otra cosa que dar vida a un derecho nuevo, inexistente antes del acto de constitución. Por su parte, cuando el propietario transfiere un derecho de propiedad, no hace otra cosa que ceder a otro un derecho que tiene vida al margen del acto de transferencia. La diferencia entre constitución y transferencia llega a tal punto que cuando opera la primera el derecho surge sin cargas, gravámenes o afectaciones; mientras que cuando opera la segunda el derecho abandona una esfera e ingresa a otra con las mismas cargas, gravámenes y afectaciones, a no ser que la ley establezca lo contrario (como ocurre para las adquisiciones efectuadas en remates).

(9) Es verdad que el reciente Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984 incluye a la “transferencia” dentro de los alcances del artículo comentado; pero es verdad también que el cambio no tiene efectos retroactivos, de modo que no borra eso que el legislador pudo haber estado pensando hace algunas décadas. A riesgo de desviarme del tema, no puedo dejar de manifestar mi absoluta perplejidad por las cosas que uno alcanza a leer en el referido anteproyecto. Por razones de espacio, solo voy a comentar uno de los varios desaciertos que contiene el documento citado: el relativo al fraude a la ley.

Como es ampliamente conocido, en materia de fraude a la ley existen dos sistemas antagónicos, a saber: el español y el italiano. El primero establece -sobre la base de una confusión entre negocio fiduciario y negocios simulado- que el negocio en fraude a la ley no impide la aplicación de la norma defraudada. El segundo establece que el negocio en fraude a la ley es nulo por causa ilícita. Ahora bien, a pesar de que la doctrina ha demostrado que la solución española es desacertada por confundir negocio fiduciario con negocio simulado, el anteproyecto de marras increíblemente acoge esta solución. En efecto, el legislador propone incorporar en el Título Preliminar del Código Civil una norma que establezca lo siguiente: “Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”. Sin perjuicio de que la definición adoptada es sumamente criticable desde que el fraude no puede ser explicado sobre la base de una contravención (“directa” o “indirecta”) a la norma (“defraudada”) (ATIENZA, Manuel y Juan, RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2000. pp. 67 y siguientes), es claro que la propuesta del legislador presenta un problema sumamente serio, a saber: la imposibilidad jurídica de aplicar la norma materia del intento elusivo. En efecto, si, como no puede ser de otra manera, el negocio fraudulento es nulo, ¿a qué relación negocial se aplica la “norma defraudada”? Para graficar el problema, permítaseme recurrir a un ejemplo sencillo. Imaginemos que una persona hereda un inmueble y unos bonos. Imaginemos que esta persona tiene un hijo al cual quiere donar el inmueble. En este contexto, las partes están a punto de celebrar una donación del inmueble, cuando de pronto alguien les informa que esa operación está gravada y que más bien no lo está la transferencia de los bonos, sea esta gratuita u onerosa. Ante ello, las partes se preguntan qué pueden hacer para obtener el resultado práctico que produciría la donación del inmueble, sin la carga de tener que pagar el impuesto. Luego de analizar algunas posibilidades, deciden celebrar dos contratos coligados. En virtud del primer contrato, el padre transfiere gratuitamente bonos. En virtud del segundo contrato, el padre transfiere el inmueble a cambio de los bonos. Como se podrá advertir, en términos económicos estos contratos coligados provocan que el hijo adquiere gratuitamente el inmueble. En términos jurídicos, sin embargo, el hijo adquiere onerosamente el inmueble, por lo que no se genera el impuesto. Ahora bien, si se considera (correctamente) que el esquema contractual empleado es fraudulento, entonces los contratos no producirán efecto alguno. Por lo tanto, ninguna de las partes asumirá los derechos, obligaciones y demás situaciones jurídicas subjetivas pactadas. En este escenario, ¿a qué relación se va a aplicar la “norma defraudada”? Evidentemente, no se puede sostener que la nulidad del esquema contractual coligado determina la validez de la donación del inmueble, pues ello implicaría imponer a las partes un negocio que no han celebrado. Así es, en el caso analizado las partes no acuden al esquema contractual coligado para encubrir un negocio (donación del inmueble) sino para reemplazarlo. Por tal razón, como las partes no han declarado ni encubierto su voluntad de celebrar donación alguna respecto del inmueble, la nulidad del esquema contractual coligado no puede generar la existencia de dicha donación (que a la sazón sería nula aun cuando las partes hubiesen querido encubrirlo con el esquema contractual indicado, ya que en dicha hipótesis -propia de un fenómeno simulatorio y no de un fenómeno fraudulento- no habrían cumplido con la formalidad solmene impuesta por el artículo 1625 del Código Civil). Y si ello es así, ¿a qué realidad jurídica se va a aplicar la “norma defraudada”?

(10) Véase: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*; pp. 545 y 546. VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Traducción de Tito Ravá. Tomo I. Madrid: Marcial Pons. p. 223.

Por consiguiente, no es posible, bajo punto de vista alguno, considerar que ahí donde dice constitución deba leerse transferencia. De esto se sigue que los artículos 1000, 1031 y 1035 del Código Civil se aplican a la constitución del usufructo, de la superficie y de la servidumbre, respectivamente; pero no a la transferencia de estos derechos.

### 3. La regla aplicable

Sea cual sea el origen del problema, lo cierto es que la transferencia de los derechos reales derivados no puede operar en función de lo previsto por los artículos 947 y 949 del Código Civil<sup>(11)</sup>; ni en función de lo previsto por los artículos 1000, 1031 o 1035 del mismo código. Veamos por qué.

Caso 1: imaginemos que soy usufructuario de un derecho de crédito, esto es, de un bien mueble. ¿Cómo transfiero mi derecho?

Según el artículo 886 del Código Civil, el usufructo sobre un crédito tiene la condición de bien mueble. Por consiguiente, tendría que aplicar el artículo 947 del Código Civil. Ahora bien, ¿cómo opera la tradición en este caso? ¿Qué cosa entrego? Más aún, ¿no tendré acaso que comunicar al deudor que los intereses que devengue el capital no los cobraré yo sino Ticio, en su condición de usufructuario de mi derecho de crédito? Como se podrá advertir, el sistema del título y modo previsto en el artículo 947 del Código Civil no se aplica a este caso, pues, de un lado, no hay forma de efectuar tradición alguna; y, del otro, existe -por obvias razones- la necesidad de notificar al deudor.

Caso 2: imaginemos que soy usufructuario de un terreno, esto es, de un bien inmueble. ¿Cómo transfiero mi derecho?

Según el artículo 885 del Código Civil, el usufructo sobre un bien inmueble (registrable) tiene la condición de bien inmueble. Por consiguiente, tendría que aplicar el artículo 949 del Código Civil. Ahora bien, ¿será suficiente la celebración del contrato? ¿Qué pasa con los deberes coligados al usufructo? Adviértase que no me refiero a los deberes consistentes en pagar algún

tipo de compensación económica. Está claro que para transferir ese tipo de deberes, que surgen del contrato, se requeriría la conclusión de una operación de cesión de posición contractual. Los deberes a los que me refiero son aquellos que derivan de la ley y que tutelan el interés del propietario en controlar el ejercicio de los derechos reales derivados. Pienso en los deberes de permitir la inspección del bien, de prestar garantías en caso que peligre el derecho del propietario, de pagar los tributos que graven la tenencia del bien, de efectuar las reparaciones ordinarias, etcétera.

¿Será posible que esos deberes sean asignados por contrato, sin que el propietario sea informado acerca del cambio del sujeto pasivo? ¿No tendré acaso que informar al propietario que ya no tengo la posesión del bien? ¿No tendré acaso que informar al propietario que el nuevo poseedor es Ticio, de modo que este resulta responsable por el estado de conservación del bien, así como por el cumplimiento de todos los deberes coligados al usufructo?

Como se podrá advertir, el sistema previsto en el artículo 949 del Código Civil parece no ser suficiente en este caso, pues no permite la asignación de las obligaciones coligadas al derecho de usufructo.

Ahora bien, si -por las razones expuestas- los artículos 947 y 949 del Código Civil no pueden aplicarse a la transferencia de derechos reales derivados; los artículos 1000, 1031 y 1035 del mismo Código tampoco pueden aplicarse a dicha transferencia. Las razones son obvias.

### 4. Propuesta

Como se ha visto, el Código Civil peruano no contiene norma alguna que establezca cómo se transfieren los derechos reales derivados. Por consiguiente, resulta necesario hallar, en clave de integración analógica, alguna regla que especifique qué es lo que hay que hacer para transferir tales derechos.

Reconociendo que es perfectamente posible plantear otras alternativas<sup>(12)</sup>, particularmente

(11) En realidad, tampoco la transferencia de ciertas alícuotas puede operar en función a lo establecido en los referidos artículos. En efecto, imaginemos que soy copropietario de una maquinaria, esto es, de un bien mueble. ¿Cómo transfiero mi alícuota? Según el artículo 886 del Código Civil, la alícuota sobre un bien mueble tiene la condición de bien mueble. Por consiguiente, tendría que aplicar el artículo 947 del Código Civil, que establece la necesidad de que concurren título y modo. Ahora bien, ¿cómo opera la tradición en este caso? ¿Qué cosa entrego? ¿La alícuota? Eso es físicamente imposible. ¿Tendré acaso que entregar la maquinaria? Eso es jurídicamente imposible, pues en mi condición de copropietario no puedo practicar actos que excluyan a los demás copropietarios. Como se podrá advertir, el sistema del título y modo previsto en el artículo 947 del Código Civil no se aplica a este caso, pues no hay forma de efectuar tradición alguna.

(12) La legislación comparada presenta un panorama bastante desconcertante en torno a la posibilidad (y a la forma) de

considero que, para eliminar el vacío comentado, hay que elegir entre una de las siguientes soluciones:

a) La primera consiste en considerar que para transferir derechos reales derivados se requiere que transferente y adquirente celebren un contrato traslativo y notifiquen la existencia del mismo al propietario. De este modo, se asegura que los referidos derechos circulen conjuntamente con las obligaciones coligadas a los mismos. En este caso, aplicamos por analogía lo previsto en el artículo 1206 del Código Civil.

b) La segunda consiste en considerar que para transferir derechos reales derivados únicamente se requiere que transferente y adquirente celebren un contrato traslativo. Sin embargo, hasta que ambos no notifiquen al propietario la existencia de dicho contrato, el transferente será responsable por el cumplimiento de las obligaciones coligadas a los referidos derechos. En este caso aplicamos parcialmente por analogía lo previsto en el artículo 1000 del Código Civil.

Si tuviera que optar por una de las soluciones propuestas, lo haría por la segunda. ¿Por qué? A diferencia de lo que ocurre con el derecho de crédito, los derechos reales derivados pueden ser ejercidos sin necesidad de que el propietario esté enterado de la cesión. En efecto, mientras el cesionario no puede compeler al deudor en tanto este no haya sido notificado acerca de la celebración de la cesión, el tercer adquirente puede usar y disfrutar del bien, aun cuando el propietario no esté enterado de la transferencia del usufructo. Es verdad que en tal supuesto el propietario desconoce que puede actuar contra el tercer adquirente; pero es verdad también que este último asume el usufructo con todas las

limitaciones que lo afectan y, por tanto, con todas las obligaciones que se encuentran coligadas al mismo. Por consiguiente, sobre la base de la inexistencia de la notificación, el tercer adquirente no puede eximirse de las obligaciones de no modificar el bien, de prestar las garantías que la ley exige, etcétera. En mi opinión, pues, el hecho que el propietario no conozca la existencia de la transferencia del usufructo no provoca que el transferente retenga las obligaciones coligadas a dicho derecho, sino únicamente que retenga la responsabilidad derivada del incumplimiento de dichas obligaciones por parte del adquirente. Por consiguiente, así como -según el artículo 1000 del Código Civil- el contrato puede crear el usufructo, el contrato puede, en mi opinión, transferir el usufructo y las obligaciones coligadas a este derecho. Sin embargo, mientras no se notifique al propietario acerca de la transferencia del usufructo, el transferente, despojado ya del derecho y de las obligaciones coligadas al mismo, sigue siendo responsable por el incumplimiento de dichas obligaciones. Lo dicho para el caso del usufructo es aplicable para la superficie.

La solución que acabo de proponer está inspirada en lo dispuesto por el artículo 980 del Código Civil italiano de 1942<sup>(13)(14)</sup>, que, en traducción libre, se lee de la siguiente manera:

“El usufructuario puede ceder su propio derecho por un cierto tiempo o por toda su duración, si ello no está prohibido por el título constitutivo. La cesión debe ser notificada al propietario; hasta que no se produzca la notificación, el usufructuario está solidariamente obligado con el cesionario frente al propietario”. <sup>AS</sup>

transferir el derecho de usufructo. En efecto, algunos cuerpos normativos no aceptan que el usufructuario transfiera su derecho sino solamente el “ejercicio de su derecho” (este es, por ejemplo, el caso del BGB). Otros cuerpos normativos aceptan que el usufructuario transfiera su derecho, pero asignan cierta responsabilidad subsidiaria al usufructuario (este es, por ejemplo, el caso del Código Civil español).

(13) 980. *(Cesiguientsione dell'usufrutto)-L'usufruttuario può cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo* (1002, 1350 n. 2, 2643 n. 2, 2810).

*La cesiguientsione dev'esiguientsere notificata al proprietario; finché non sia stata notificata, l'usufruttuario è solidalmente obbligato con il cesionario verso il proprietario* (1292).

(14) Creo importante destacar que las soluciones positivas en torno a la transmisión del usufructo son sumamente divergentes, de modo que resulta prácticamente imposible hacer referencia a “sistemas”. Lo único que parece emparentar a las diversas fórmulas de la legislación comparada es la “responsabilidad subsidiaria del usufructuario”, la misma que, por razones obvias, no se condice con la idea de la transmisión. A modo de ejemplo, nótese cómo las fórmulas argentina y colombiana se afilian a dos teorías distintas pero coinciden en lo relativo a la referida responsabilidad:

2870. El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo o ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito; pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le sustituye (...).

Art. 852. El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a cualquiera, a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario (...).

UNIDAD II: LA CONSTITUCIÓN Y LA CIRCULACIÓN DE DERECHOS REALES.

- 2) Hugo FORNO FLÓREZ. *El contrato con efectos reales*. En: [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art47.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art47.PDF) (originalmente en *Ius et Veritas*. N° 7. Lima: 1993).

## **EL CONTRATO CON EFECTOS REALES**

Existe una marcada orientación en nuestro medio a considerar que el contrato sólo es capaz de crear obligaciones, o de regularlas, modificarlas o extinguirlas<sup>1</sup>. Sosteniendo este punto de vista una voz autorizada ha afirmado incluso, que el contrato de hipoteca no es en realidad un contrato porque – según aquel autor- tiene efectos reales, es decir, produce directamente la constitución del derecho real de hipoteca, y por ello debe ser considerado una convención<sup>2</sup>.

Como es obvio, el resultado de este análisis depende del marco dentro del cual se realice. Si abandonamos una perspectiva teórica desprovista de todo marco legislativo para centrarnos en el derecho positivo peruano, encontramos que en apoyo de esa estrecha concepción de la noción de contrato se podría invocar algunas disposiciones de nuestro código civil que resultan tan sugestivas como desorientadoras. Sin embargo, una interpretación plena que comprenda el aspecto funcional, el sistemático e incluso el histórico, de esas y de otras normas del código, conduce a redimensionar el efecto del contrato y a entender que éste es, por antonomasia, el instrumento de actuación de la autonomía privada, susceptible de producir efectos obligatorios y también efectos reales.

La definición que contiene el artículo 1351 del código civil suministra una idea no sólo de su estructura –acuerdo de dos o más partes-, sino también de su función, es decir, indica que este instrumento sirve para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La referencia a un concepto amplio como es el de “relación jurídica patrimonial” permite precisamente asignar al contrato una función que no está circunscrita únicamente al campo de las relaciones obligatorias sino a cualquier tipo de relación jurídica que, siendo o no una obligación, tenga contenido patrimonial.

En el estado actual de la dogmática jurídica es valor entendido que la obligación no es el único tipo de relación jurídica patrimonial, sino que a su lado coexisten una gama de relaciones jurídicas que articulan o estructuran deberes jurídicos y derechos subjetivos –es decir, situaciones jurídicas subjetivas- distintos al débito y al crédito. Este es el caso de los deberes o sujeciones

---

<sup>1</sup> Puente y Lavalle, Manuel de la, El Contrato en General, en: Para Leer el Código Civil, Vol, XI, primera parte-tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, págs. 95 y 96. Arias Schreiber, Max, Exégesis, tomo I, Studium, 1986, pág. 158; también, del mismo autor, Luces y Sombras del Código Civil, Tomo II, Studium, pág. 86.

<sup>2</sup> Puente y Lavalle, Manuel de la, Abriendo el debate, en Themis, Segunda Epoca, N° 15, pág. 80, nota 2.

correlativos a los poderes ya los derechos potestativos<sup>3</sup> -también a las potestades, aunque éstas se agotan en el ámbito del derecho familiar y no tienen, por ello, carácter patrimonial-. Verdad es que en la mayor parte de los casos estas relaciones jurídicas son desde cierto punto de vista instrumentales porque sirven para complementar a la obligación, pero tienen una estructura y cumplen una función diferentes y pueden observarse en forma autónoma.

Por otra parte, aún entendiendo –como se reconoce en la actualidad- que la relación jurídica se establece sólo entre personas, es comúnmente admitido que los llamados derechos reales se estructuran también a través de relaciones jurídicas<sup>4</sup>.

A ello se debe que la doctrina de nuestros tiempos se incline por concebir la relación jurídica en términos muy amplios, entendiendo que ella conmesura o estructura dos situaciones jurídicas subjetivas, esto es, la respectiva posición de **poder** de una persona y de **deber** de otra u otras personas<sup>5</sup>.

Es en el sentido amplio que hemos expuesto, que puede entenderse la relación jurídica a que se refiere el artículo 1351 del código civil y que al contrato es apto para crear, regular, modificar o extinguir. Esta interpretación se refuerza con la contribución de la doctrina de Italia, de cuyo código el legislador peruano ha tomado casi a la letra –sólo con leves modificaciones- la definición de contrato. Messineo<sup>6</sup> explica, por ejemplo, que en atención a que el artículo 1321<sup>7</sup> del código italiano (u otra norma) no lo dice, no puede sostenerse más que el contrato sea estipulado *animo contrahendae obligationis*, y que puede decirse ahora que del contrato nacen deberes y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real; y concluye que, por lo tanto, es actual y fundada en la ley la distinción entre contrato **obligatorio** y contrato **con efectos reales**<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Santoro Passarelli, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, trad. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 69 y siguientes. Galgano, Francesco, *Diritto privato*, Cedam, Padova, 1983, pág. 19 y siguientes. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1979, T. II, pág. 3 y siguientes. Rescigno, Pietro, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1979, Vol. XXIX, voz: Obligación (diritto privato), pág. 138 y siguientes.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, Bullard, Alfredo, *La Relación Jurídico Patrimonial*, Lluvia Editores, pág. 110. Betti, Emilio, *Teoria Generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, T. I, pág. 12.

<sup>5</sup> Santoro Passarelli, Francesco, *Op. Cit.*, pág. 67. Ver además otras definiciones de relación jurídica en las obras citadas en la nota 3.

<sup>6</sup> *Il contratto in Genere*, en: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1973, Vol. XXI, T. I, Pág. 73.

<sup>7</sup> El artículo 1321 del código civil italiano es el que contiene la definición de contrato que ha servido de modelo al legislador peruano; su texto es el siguiente: “1321. Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.” (*Codice Civile a cura di Adolfo di Majo*, Giuffrè, Milano, 1991).

<sup>8</sup> La opinión en este sentido en Italia es prácticamente unánime de modo que las citas podrían ser innumerables. Véase por ejemplo, Osti, Giuseppe, *Contratto*, en *Scritti Giuridici*, Giuffrè, 1973, T. Secondo, pág. 23. Scognamiglio, Renato, *Dei Contratti in Generale*, en *Comentario del Codice Civile a*

Sin embargo, no puede soslayarse que Messineo expresa la opinión que hemos citado en el párrafo anterior, considerando que no se lo impide ni el artículo 1321 de su código civil ni ninguna otra norma, y que, antes por el contrario, artículos como el 922 (que al enumerar los modos de adquirir la propiedad incluye expresamente al contrato), el 1376 (según el cual en los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado), el 1470 (que establece que la venta tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o de otro derecho contra la contraprestación de un precio), el 1552 (que indica que el contrato de permuta tiene por objeto la transferencia recíproca de la propiedad de cosas o de otros derechos), etc., constituyen un perfecto complemento de su artículo 1321, permitiendo una interpretación amplia del término relación jurídica y atribuyendo al contrato en forma clara y directa efectos reales.

En cambio, puede sostenerse que en nuestro código no existe un artículo que enumere los modos de adquirir la propiedad -y menos aún- que incluya expresamente entre ellos al contrato; que a tenor del artículo 947 la transferencia de la propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor (salvo disposición legal diferente); que de conformidad con el artículo 949 la transferencia de la propiedad de los inmuebles determinados, en el caso de negocios jurídicos *inter vivos*, se produce con la obligación de enajenarlos; que el artículo 1402 señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; que, a diferencia de los artículos 1470 y 1552 del código italiano, los artículos 1529 y 1602 del nuestro, que contienen la definición de los contratos de compraventa y de permuta, respectivamente, atribuyen efectos obligatorios a dichos contratos; y, en fin, que por todo ello, de conformidad con el código civil peruano, el contrato sólo puede producir efectos obligatorios .

Nos esforzaremos por demostrar que esta conclusión es incorrecta y que si bien el contrato tiene en la mayor parte de los casos efectos obligatorios, es también susceptible de producir efectos reales.

Para resolver el problema no se puede dejar de considerar con mucho cuidado el sistema que el ordenamiento jurídico ha establecido para la transmisión y constitución de los derechos reales y en particular del derecho de propiedad. Tratándose de bienes muebles determinados, el asunto parece bastante claro. El artículo 947 del código vigente consagra claramente la exigencia de la tradición como acto material distinto al contrato –o mejor dicho, distinto al simple consentimiento-, para producir la transferencia de propiedad de bienes muebles determinados, aunque algunas fundadas dudas pueden suscitar los

---

cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto, delle obbligación (arts. 1321 – 1352), Zanichelli-soc. ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, pág. 16.

casos en que esta exigencia de tradición, entendida necesariamente como acto material, desaparece –tradición ficta-.

Pero el caso de los bienes inmuebles es distinto. El artículo 949 de nuestro código civil de 1984 establece que “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. En consecuencia, a partir de una interpretación sólo literal y aislada de esta norma parece evidente que –salvo disposición legal diferente o pacto en contrario- los contratos en virtud de los cuales se enajena un inmueble determinado no producen en forma directa la atribución del derecho de propiedad sobre el mismo, sino que sólo crean la obligación de enajenarlo, de modo que la transferencia y la adquisición correlativa del derecho se producen como efecto de la obligación y no del contrato. En otras palabras, todos los contratos de enajenación de bienes inmuebles determinados tendrían exclusivamente efectos obligatorios.

Lo anterior parecería encontrarse en perfecta armonía con los artículos 1529 y 1602 del código –sólo para citar dos contratos de enajenación a los que ya nos hemos referido líneas atrás- que establecen que la compraventa y la permuta crean la obligación de transferir propiedad.

Sin embargo, es necesario denunciar que tratándose de bienes inmuebles determinados, este efecto obligatorio no es más que un mero espejismo que se desvanece cuando uno se aproxima con cautela a dichas disposiciones. La norma del referido artículo 949 es, salvo algunas diferencias, sustancialmente la misma que contenía el artículo 1172 del código de 1936, que señalaba: “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”. El precepto en cuestión es de inspiración francesa pues encuentra su fuente en el artículo 1138 del Código Napoleón, a tenor del cual “La obligación de entregar la cosa es perfecta por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al acreedor propietario y pone la cosa a su riesgo desde el instante en que debió serle entregada, aún cuando la tradición no se haya realizado, a menos que el deudor incurra en mora; en cuyo caso la cosa queda a riesgo de este último”.

Es significativo, empero, que se reconozca unánimemente al código civil francés como el primer código que sanciona el contrato como modo de transmisión de la propiedad<sup>9</sup> -es decir en virtud del simple consentimiento de los contratantes-, aserto que quedaría corroborado por el texto de artículos como el 1583 del *Code* que, refiriéndose a la venta, indica que “Ella es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador con respecto al vendedor, desde que han convenido en la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado”.

<sup>9</sup> Colin, A. y Capitant, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, REUS, Madrid, 1961, T. II, Vol. II, pág. 722. Josserand, Louis, *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas-Europa América – Bosch, Buenos Aires, 1950, T. I, Vol. III, pág. 262. Carbonnier, Jean, *Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1965, T. II, Vol. I, pág. 202.

Hagamos un breve *excursus* que os muestre cómo se ha llegado al texto del artículo 1138 del Código Napoleón y, por tanto, al artículo 1172 de nuestro código civil de 1936 y al artículo 949 del código vigente.

Como se sabe, en el Derecho Romano existía una clara separación entre lo que hoy se conoce como el Título y el Modo. El título era la justificación jurídica en cuya virtud se sustentaba un desplazamiento patrimonial, y el modo el mecanismo establecido por el Derecho para producir tal desplazamiento. No resulta ocioso hacer notar, que el modo no respondía a un capricho que a los romanos se les ocurrió establecer irreflexivamente. Respondía a una exigencia que hasta ahora se mantiene y que no era otra que la de constituir un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Tenía pues, una función ciertamente distinta del título.

Sobre la base de este sistema, el *contractus* era sólo y esencialmente un negocio constitutivo de obligaciones de estructura bilateral. Se requería por ello de un segundo momento en el que, actuando la obligación creada, se produjera la transmisión patrimonial. Sin embargo, la *mancipatio*, la *in iure cesio* y más tarde la *traditio*, que eran precisamente los actos (modos) de disposición patrimonial, tenían también estructura bilateral porque nacían del acuerdo entre las partes, pero no podían ser considerados dentro de la categoría *contractus* porque faltaba en ellos el elemento esencial de constituir una obligación<sup>10</sup>.

A partir de Justiniano se amplía el concepto de *contractus* para comprender no sólo a los acuerdos bilaterales constitutivos de obligación sino también a los acuerdos bilaterales que constituyen o transfieren derechos reales, pero advertido el diferente efecto que producen ambos tipos de acuerdo en cuanto que unos constituyen la causa de la atribución patrimonial y los otros el modo para actuar dicha atribución, se acentúa en el derecho común la necesidad de mantenerlos diferenciados y se designa a los primeros con el nombre de *titulus adquirendi* y a los segundos con el de *modus adquirendi*<sup>11</sup>.

Esta distinción, sin embargo, sufrió el embate de la práctica y por la vía de las excepciones terminó por perder su carácter de regla. La exigencia de la tradición resultaba una traba y una complicación para la rapidez que exigían las operaciones mercantiles<sup>12</sup>. Ya en el propio derecho romano, por ejemplo, se abandonó la necesidad de que el adquirente recorriera íntegramente el fundo y reconociera sus linderos para adquirir la propiedad, siendo suficiente que el adquirente pisara sólo el lindero o que el enajenante mostrara el fundo al

<sup>10</sup> Betti, Emilio, Op. Cit., Vol. III, pág. 54 y siguientes.

<sup>11</sup> Betti, Emilio, Op. Cit., Vol. III, págs. 55 y 56.

<sup>12</sup> Mazeaud, H., L. y J., Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen IV, Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pág. 325.

adquirente desde una torre vecina<sup>13</sup>. Por otra parte, cuando el que tenía derecho a adquirir estaba en posesión de la cosa (era un arrendatario o un comodatario, por ejemplo) no tenía que devolverla al enajenante para que éste cumpliera con el rigor de la *traditio*, pues bastaba que dicho enajenante declarara renunciar a la propiedad para que la transmisión se produjera automáticamente (era la llamada *traditio brevi manu*). Si se deseaba que el enajenante permaneciera en posesión de la cosa que enajenaba (a título de arrendatario o de comodatario, por ejemplo), tampoco era necesaria una doble tradición, primero al adquirente y luego al enajenante (arrendador o comodatario), pues bastaba que, en virtud de una convención, el enajenante reconociera poseer en adelante el bien por cuenta del adquirente de modo que la transferencia tenía lugar convencionalmente (a esta convención se le denominó *constitutum possessorium*). Si las cosas enajenadas se encontraban a disposición del adquirente, la transferencia tenía lugar aunque no hubiera mediado una recepción efectiva por parte de éste (*traditio longa manu*)<sup>14</sup>.

En el Derecho francés antiguo continuó acentuándose la espiritualización de la transferencia de dominio que ya se había iniciado en el Derecho Romano. Se fue introduciendo poco a poco la práctica de agregar en los contratos una cláusula llamada *dessaisine-saisine* (desposesión-posesión) en cuya virtud el enajenante declaraba haber abandonado la posesión de la cosa en manos del adquirente, quien a su vez declaraba haberla recogido. No interesaba qué hubiese ocurrido en la realidad, de tal manera que la tradición, todavía indispensable para operar la transferencia de propiedad, se convirtió por obra de la cláusula *dessaisine-saisine* en un modo absolutamente espiritual, es decir, en una declaración de voluntad de las partes, en una cláusula contractual; en suma, se confundió con el contrato mismo<sup>15</sup>. El uso de esta cláusula fue generalizándose a tal punto que con el tiempo se convirtió en una cláusula de estilo y se la consideró sobreentendida en todos los contratos aunque no hubiese sido expresamente consignada<sup>16</sup>. De esta manera, el artículo 1138 del Código Civil francés, al consagrar la espiritualización de la transferencia de propiedad, no hizo sino recoger lo que ya era una costumbre extendida en la práctica jurídica.

Sin embargo, no es la costumbre extendida en forma irreflexiva y espontánea el único factor que, aisladamente considerado, contribuye a la consagración de la transmisión de la propiedad solo *consensu*. Las enseñanzas de la escuela

<sup>13</sup> Jörs, P., y Kunkel, W., Derecho Privado Romano, trad. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1937, págs. 164 y 165.

<sup>14</sup> Jörs, P. y Kunkel, W. Op. cit., págs. 166 y 167. Colin, A., y Capitant, H. Op. cit., tomo II, vol. II, pág. 724.

<sup>15</sup> Colin, A. y Capitant, H. Op. cit., tomo II, vol. II, pág. 725. Jossierand, Louis. Op. cit., tomo I, vol. III, pág. 263. Mazeaud, H., L. y J. Op. cit., pág. 326 y siguientes.

<sup>16</sup> Floren (vente immobilière en Provence) y Aubenas (Cours d'histoire) sostienen que ya en 1635 existe un pronunciamiento de parlamento provenzal en ese sentido; la cita es de Bianca, Massimo. La Vendita e la Permuta. En: Trattato de Diritto Civile, Diritto da Vassalli, UTET, vol. VI, tomo 1°, Torino, 1972, pág. 72, nota 8.

filosófica del derecho natural son determinantes en este proceso. La voluntad del individuo es considerada un instrumento todopoderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser del contrato. La propia idea de la libertad de actuación de los particulares encuentra su justificación en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad).

No era posible –según los postulados de la escuela iusnaturalista- que la omnipotente voluntad individual no pudiera por sí misma producir la transferencia de la propiedad y la constitución de los demás derechos reales. No parecía que la razón pudiera justificar la necesidad de un acto material para transferir una entidad puramente ideal como es el derecho de propiedad<sup>17</sup>; el ordenamiento jurídico debía reconocer a la voluntad individual en toda su real dimensión y así quedó consagrado en el artículo 1138 del Código de Napoleón tantas veces citado (y en otros más claramente aún, como el artículo 1583 en materia de compraventa).

¿Cómo es posible entonces que después de todo esto el codificador francés, abanderado de la transferencia *solo consensu*, haya “olvidado” atribuir directamente al contrato el efecto translativo y haya escrito en el artículo 1138 que la obligación de entregar la cosa hace al acreedor propietario de ella? La respuesta que puede encontrarse a esta interrogante es, aunque parezca mentira, tan sencilla como injustificada.

Como ya hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto líneas atrás, el contrato en el Derecho Romano sólo fue concebido como fuente de obligaciones, incapaz siquiera de extinguirlas; de acuerdo para *destrahere obligationem* no era contrato. Pues bien, el legislador francés no fue capaz de superar este concepto de contrato, asaz estrecho y absolutamente injustificado. Dando un giro de la mayor trascendencia, demostró el coraje de plasmar, en contra de las enseñanzas que impartían las fuentes romanas, la espiritualización de la transferencia de propiedad, pero en cuanto a la noción de contrato no fue capaz de desembarazarse del peso de una tradición varias veces secular, pero que no encontraba ya, a esas alturas de la evolución del pensamiento jurídico, una válida razón de ser. Apoyado en la autoridad de Pothier recibió en términos indiscutidos e indiscutibles el concepto de contrato como la convención productora de obligaciones y sólo con ese reducido alcance lo plasmó en el artículo 1101<sup>18</sup>.

El legislador francés se encontró así en un dilema que suponía, de un lado, el reconocimiento de la transferencia de la propiedad *solo consensu*, es decir en virtud del simple contrato, pero que, de otra parte, le impedía admitir un contrato que no estuviera limitado a la creación de obligaciones. La solución honesta de este problema hubiera exigido el abandono de alguno de los dos

<sup>17</sup> Osti, Giuseppe. Op. cit., tomo II, pág. 677.

<sup>18</sup> El artículo 1101 del Código francés señala que “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, frente a una o varias otras, a dar, a hacer o a no hacer algunas cosas”.

principios. O bien dejar el viejo concepto de contrato exclusivamente como fuente creadora de obligaciones, o renunciar a la espiritualización de la transferencia de propiedad. Pero el legislador francés las quiso todas; quiso quedarse con Dios y con el diablo. Tuvo entonces que recurrir a un artificio, a una triquiñuela jurídica; se le ocurrió poner en el medio una obligación, haciendo derivar de ella el efecto traslativo de la propiedad y con eso todos los principios quedaban satisfechos, porque la transferencia era espiritual y no requería de un acto material, pero a la vez el contrato sólo producía obligaciones. No importó demasiado si la regla era coherente, después de todo el legislador es omnipotente en el ámbito de lo jurídico y puede establecer cualquier cosa; nosotros tenemos también claros ejemplos de ellos.

Pero algunos de los comentaristas de aquel Código y la doctrina comparada pronto se dieron cuenta del artificio y lo denunciaron<sup>19</sup>. Los Mazeaud, por ejemplo, sostienen que “El procedimiento normal por el que una persona se convierte en propietaria de un bien (o en titular de otro derecho real), fuera de una transmisión por causa de muerte, es la convención: por medio de una compraventa, de una donación o de una permuta se realizan casi todas las adquisiciones de propiedad entre vivos”. Más tarde agregan que “... la voluntad todopoderosa para crear obligaciones es todopoderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales: el contrato, además de su efecto obligatorio, posee un efecto real; la compraventa, por ejemplo, sino que le transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida”<sup>20</sup>.

Ya el legislador italiano de 1865, que siguió muy de cerca al francés, supo, no obstante la influencia que éste ejerció en las codificaciones de la época, desprenderse de la estrecha noción de contrato, considerando que la convención no encuentra ninguna sistematización en la doctrina ni en la ley. Por ello, habiendo aceptado la innovación francesa en torno a la espiritualización del sistema de transferencia de propiedad, no necesitó recurrir al mismo artificio que sus colegas y plasmó sin ambages el efecto real de los contratos en el artículo 1125 de su Código –hoy derogado– con una fórmula que sólo con algunos retoques fue recogida por el artículo 1376 del Código Civil italiano vigente.

---

<sup>19</sup> Colin y Capitant, por ejemplo, señalan que “el tercer modo de adquirir la propiedad y los derechos reales, según hemos dicho, es el contrato. El artículo 711 se expresa de un modo algo distinto: nos dice que la propiedad se adquiere y se transmite ‘por efecto de las obligaciones’. En el fondo, esto no es más que un modo distinto de expresar la misma idea.” (Op. cit., tomo II, vol. II, pág. 723). Más adelante agregan: “Una práctica ya más que secular nos ha familiarizado tanto con esta idea de que el acuerdo de la voluntad de dos personas basta para transmitir la propiedad (o un derecho real, y aun un derecho cualquiera) del que quiera enajenarlo al que quiere adquirirlo, que nos parece muy sencilla” (Loc. cit.). Es junto reconocer, sin embargo, que estos autores cuestionan la bondad del principio consensualista. Jossierand, por su parte, escribe que la reforma que introduce el artículo 1138 del Código francés está expresada “... en términos bastante oscuros y que hubieran permanecido enigmáticos de no haber sido aclarados por la historia...” (Op. cit., t. I, vol. III, pág. 263).

<sup>20</sup> Mazeaud, H., L. y J. Op. cit., pág. 323-324.

Por su parte, el Código Civil peruano de 1936, en un sistema que puede considerarse mixto, adoptó del francés el sistema espiritualista sólo para los bienes inmuebles, repudiando explícitamente el sistema del título y el modo que entre tanto había elaborado el legislador alemán incorporándolo en el BGB<sup>21</sup>. El artículo 1172 del Código Civil de 1936 señalaba, como ya se ha puesto de manifiesto líneas atrás, que “La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”. León Barandiarán, seguramente el más conspicuo comentarista de ese Código, después de declarar que en el Derecho Romano no bastaba el consentimiento par la adquisición de la propiedad y que el Código francés instauró el principio opuesto, concluía a propósito de este artículo que “... con respecto a la cosa inmueble el régimen del código es claro: el mero consentimiento importa el acto de disposición”<sup>22</sup>.

Según se ha puesto de manifiesto antes y se corrobora en la exposición de motivos, el artículo 1172 del Código Civil de 1936 sirvió de fuente al artículo 949 del Código vigente, que ha mantenido el texto de aquél con leves variantes<sup>23</sup>, de modo que “... se continúa en el Perú con el sistema consensual de transmitir la propiedad inmobiliaria”<sup>24</sup>.

Obsérvese pues que luego de este rápido excursus, una interpretación enfocada desde el punto de vista histórico nos confirma que en el Código Civil peruano de 1984 el sistema de transferencia de propiedad de bienes inmuebles es consensual y que por lógica del precepto que aquel artículo contiene. Veamos.

Si concordamos el artículo 1529 con el artículo 949 del Código Civil de 1984, resultaría que en virtud del primero, al celebrar una compraventa –por ejemplo- el vendedor se obligaría a transferir al comprador la propiedad de un bien inmueble –imaginemos que se trata de un inmueble determinado-, y en mérito al segundo, esa sola obligación habría transformado al comprador en propietario del bien, es decir, esa obligación habría quedado cumplida –y se extinguiría por cumplimiento- por el sólo hecho de existir. Pero, ¿es que acaso puede afirmarse que esa “obligación” de enajenar, como la llama el artículo 949, es una verdadera obligación? ¿es que acaso semejante “obligación” tiene la misma estructura, el mismo contenido y la misma función que la doctrina y nuestro ordenamiento positivo asignan a las obligaciones en sentido técnico?

<sup>21</sup> En cambio, para el caso de los bienes muebles optó claramente por mantener la tradición como modo, plasmando esta regla en el artículo 890.

<sup>22</sup> León Barandiarán, José. Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones), tomo II, pág. 12.

<sup>23</sup> Del mismo modo en que el artículo 890 del Código Civil de 1936 sirvió de antecedente al artículo 947 del Código Civil vigente.

<sup>24</sup> Lo asevera Lucrecia Maisch von Humboldt en: Código Civil, vol. V, Exposición de Motivos y Comentarios, pág. 186.

No es necesario realizar un análisis profundo de la estructura de la obligación para comprobar por qué la respuesta a las preguntas anteriores no puede ser sino negativa. Tal análisis no tiene que abarcar pues, sino negativa. Tal análisis no tiene que abarcar pues, todos los elementos que componen la obligación, lo cual nos tomaría más espacio del que disponemos, sí el elemento denominado prestación. Es ampliamente admitido<sup>25</sup> que la prestación es uno de los elementos esenciales de la obligación o, si se prefiere, en palabras de Betti, de la relación de obligación. Esta tendencia no es ajena a nuestro propio Código que, si bien no contiene una norma que defina la obligación o que enumere explícitamente sus elementos estructurales, contiene en cambio muchas disposiciones de las que resulta claramente que la prestación es elemento esencial de la obligación. Sólo a título de ejemplo puede recurrirse para estos efectos a los artículos 1148, 1149, 1150, 1151, 1154, 1155, 1156, 1166, 1168, 1169, 1170, 1206, 1219, 1220, 1278, 1316, 1403, etc.

Pues bien, la prestación consiste en la realización de una conducta o actividad –incluso negativa– por parte del deudor. En efecto, la obligación, en la estructura que de ella elaboró el pandectismo alemán y que han adoptado hasta ahora las legislaciones, consiste siempre en un comportamiento o actividad que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor. Esta es también la noción de obligación que adoptó nuestro Código Civil vigente, noción que resulta claramente de los artículos 1132 (y siguientes), 1148 (y siguientes) y 1158 (y siguientes), que regulan el tipo de prestación debida; el artículo 1220 (y siguientes) que regula el aspecto del pago; el artículo 1314 (y siguientes) que regula la responsabilidad por inexecución de obligaciones, etc.

Esta forma de observar la prestación es ampliamente admitida por la doctrina más autorizada. Es por todos conocida la secular polémica en la que se han involucrado las doctrinas personalistas y las patrimonialistas con relación a la estructura de la obligación y al contenido del deber del deudor y del derecho del acreedor. Las primeras postulan que el derecho del acreedor recae en la conducta o comportamiento que el deudor debe desplegar –es decir, en la prestación, para ser congruentes con el deber del deudor que consiste precisamente en la ejecución de la prestación–; y las segundas, que el derecho del acreedor más bien recae en el resultado que dicho comportamiento debe reportarle. Obsérvese, sin embargo, que aun en el caso en que se ponga el énfasis en el resultado esperado, no se puede desconocer que tal resultado lo será siempre como efecto del comportamiento del deudor (salvo cuando la satisfacción del interés del acreedor se obtiene por un medio distinto al cumplimiento) y dentro de los límites de la posibilidad de dicho comportamiento.

---

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, Giorgianni, M. *La Obligación*. Bosch, Madrid, 1958, especialmente pág. 35 y siguientes. Di Majo, A. *Commentario del Codice Civile-Scialoja-Branca, Delle Obbligazioni in Generale*, Zanichelli, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, pág. 88 y siguientes.

Es pues evidente, que estas dos grandes corrientes explican el fenómeno obligatorio desde perspectivas diferentes. La corriente personalista pone especial énfasis en el aspecto pasivo de la relación y en particular en el contenido del deber del deudor. Giorgianni explica, por ejemplo, que en definitiva la obligación indica aquella relación jurídica en virtud de la cual un sujeto queda obligado a un determinado comportamiento para la satisfacción de un interés de otro sujeto<sup>26</sup>. La posición activa de la relación obligatoria – agrega el autor citado-, o se a el derecho de crédito, está sustancialmente individualizada por la vinculación d un interés a un sujeto (llamado acreedor), interés destinado a ser satisfecho mediante el cumplimiento del deber por parte de otro sujeto (el llamado deudor). Por lo tanto –continúa-, el acreedor es el titular de aquel interés, y el derecho del acreedor indica nada más que la posición activa en que se encuentra el titular del mismo<sup>27</sup>.

Por eso para Giorgianni el elemento central de la obligación está constituido por el deber del deudor, y ese deber tiene como contenido un comportamiento susceptible de satisfacer perfectamente el interés del acreedor: a su turno, para que pueda hablarse de interés crediticio, el interés del acreedor debe ser susceptible de ser satisfecho integralmente por el comportamiento del deudor<sup>28</sup>. Esto permite al ilustre escritor sentenciar que no está en lo cierto aquella corriente de ideas que quiere reconducir a la obligación todas las relaciones jurídicas patrimoniales pues, en efecto, no todos los intereses que estas relaciones encuentran protección son susceptibles de poder ser satisfechos mediante el comportamiento de otro sujeto<sup>29</sup>. La importancia de la prestación entendida como actividad del deudor tiene una relevancia de tal naturaleza, que el propio Giorgianni señala –en otro lugar- que un comportamiento del deudor está siempre *in obligatione*, y que su presencia constituye incluso el elemento individualizador de la relación obligatoria respecto a otras situaciones jurídicas<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Giorgianni señala específicamente, que “En el campo del Derecho, el término obligación es utilizado para indicar una particular categoría de situaciones en las que asistimos al fenómeno por el cual un sujeto se encuentra jurídicamente obligado a un determinado comportamiento frente a otro sujeto”. (La Obligación, pág. 20).

<sup>27</sup> Ver, Giorgianni, M. Op. cit., pág. 213.

<sup>28</sup> Ibidem, págs. 213-214.

<sup>29</sup> Ibidem, pág. 214.

<sup>30</sup> L'inadempimento, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 227. Dentro de esta misma orientación, que la doctrina sigue mayoritariamente, Resigno expresa que “Al crédito –y aquí residen las razones de la calificación como derecho subjetivo- pertenecen caracteres radicalmente distintos, por lo que concierne al interés perseguido, y por lo que se refiere a la exigencia de la cooperación. La prestación deducida en la obligación y debida por el obligado se resuelve en la necesidad de un comportamiento; en tal sentido, la obligación es un fenómeno fundado sobre la colaboración”. Ver: voz *Obbligazione* (diritto privato) Enciclopedia del Diritto, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pág. 145. Ver también Natoli, U., *L'Attuazione del Rapporto Obligatorio*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, a cura di Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, vol. XVI, tomo 2, Giuffrè, Milano 1984, pág. 55-56. Para una fundamentación de que la relación de obligación no es la única relación jurídica patrimonial y que la prestación como conducta o actividad del deudor es uno de sus elementos estructurales, me permito remitir a mi artículo “Precisiones Conceptuales en torno a la Promesa del Hecho Ajeno”. En: *Advocatus*, año III, cuarta entrega, 1992, pág. 53 y siguientes.

Por su parte, dentro de la corriente denominada patrimonialista existen gran número de matices. Pero si se observa la teoría más ampliamente difundida, es decir, la del bien debido, se constatará que en el aspecto de la fisonomía de la prestación las opiniones no varían. En efecto, esta teoría postula que la obligación es sólo un medio que permite procurar a otro un bien o una utilidad determinada (satisfacción de un interés). El acreedor espera la consecución de un bien de la vida, y por ello, ese es el objeto de su derecho, de modo que su interés queda satisfecho cuando tal bien le es procurado. El medio del que se vale para la obtención del bien es la prestación, es decir, la conducta del deudor. Tal conducta es, por ello, el contenido del deber del deudor. En consecuencia, sostiene que no existe un perfecto y directo correlato entre el deber del deudor y el derecho del acreedor. Aun cuando normalmente la actuación de aquél produce la realización de éste, existen casos en los que puede observarse la actuación del deber del deudor sin que se produzca la satisfacción del interés del acreedor, esto es, sin que tenga lugar la realización de su derecho, del mismo modo en que se presentan situaciones en las que se observa la obtención del bien por parte del acreedor, o sea, la realización de su derecho, sin que por ello se haya actuado el deber del deudor, es decir, la prestación.

Se sostiene, en efecto, dentro de esta línea argumental, que la consignación o depósito es una forma de actuación de la prestación que libera al deudor, pero que no produce la satisfacción del interés del acreedor, esto es, la realización de su derecho. El denominado pago al acreedor aparente es otro supuesto en el cual, en los casos previstos, se actúa el deber del deudor y se obtiene incluso su liberación, sin que se produzca la satisfacción del acreedor.

Por otra parte, existen casos el llamado pago por tercero, mediante el cual el acreedor obtiene la satisfacción de su interés aun cuando no se haya actuado el deber del deudor, el cual incluso subsiste en algunos casos –cuando no se produce su extinción- frente a un nuevo sujeto por efecto de la subrogación<sup>31</sup>.

Pero lo importante para los efectos de nuestro análisis no es determinar si las premisas de esta corriente patrimonialista son exactas o si resulta más acertado el fundamento de la tesis personalista. Lo que en todo caso sí resulta de la mayor relevancia, es que también dentro de la teoría del bien debido se postula que la prestación consiste en una conducta o actividad del obligado<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> La teoría del bien debido encontró probablemente su más coherente formulación con Rosario Nicoló en la obra *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936. Puede consultarse también en el compendio de obras de aquel autor: *Raccolta de Scritti*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 967 y siguientes.

<sup>32</sup> Nicoló sostiene que esta valoración subjetiva de la prestación, considerada como comportamiento personal del obligado, es común a la mayor parte de la doctrina. Y este ilustre escritor agrega, que ésta es una concepción exacta porque la idea de prestación es inescindible de la consideración de una actividad dada (positiva o negativa) del deudor, incluso cuando se entienda que el contenido del deber sea la consecución por parte del acreedor de una utilidad determinada, la prestación consistiría siempre en el comportamiento que el deudor debe tener para que se procure al acreedor la utilidad prometida (Op. cit., pág. 1022, nota 79).

Considérese, por lo demás, que, tal como ya se ha anticipado, éste es también el sentido por el que se ha orientado nuestro Código. La misma noción de cumplimiento supone el desarrollo de una conducta por parte del deudor y se corrobora con la referencia que el artículo 1314 hace a la diligencia ordinaria, o la graduación de responsabilidad en términos de culpa y dolo a que se refieren los artículos 1318 y siguientes del Código.

La explicación de esta forma de concebir la prestación obedece a la función que el ordenamiento asigna a la obligación. La satisfacción de los intereses privados puede tener que pasar necesariamente por la ejecución de un acto material a cargo de otro. En este caso, el interés quedará plenamente satisfecho cuando se actúe la cooperación de la conducta ajena necesaria, por lo que la obligación tiene como función servir de instrumento jurídico para actuar la satisfacción de intereses mediante la cooperación de la conducta ajena.

En otras palabras, si se trata de la pintura de un retrato, de la construcción de una casa que el interesado no puede lograr por sí mismo o de la adquisición de la propiedad de un bien mueble determinado, el interesado sólo habrá quedado plenamente satisfecho en la medida en que aquél que mediante un contrato haya comprometido su conducta (prestación entendida como cooperación material) efectivamente realice (y entregue) la obra o haga la tradición del bien.

Pero en otros casos, el interés del sujeto activo puede no requerir de un resultado material sino meramente jurídico (un mero efecto jurídico) sin que se requiera por ello de ningún acto material ajeno sino sólo la simple aceptación del afectado de soportar en su esfera el efecto jurídico negativo en beneficio del interesado. Este efecto jurídico puede lograrse mediante la propia actuación del interesado, es decir, del sujeto activo, y en ese caso se crea una situación jurídica subjetiva de ventaja- derecho potestativo, por ejemplo – sujeción-; esas dos situaciones jurídicas correlativamente estructuradas configuran una relación jurídica que no es una relación obligatoria. En otros casos, la satisfacción del interés se logra como consecuencia directa del contrato, como la renuncia o precisamente, en la transmisión del derecho de propiedad.

Pues bien, sólo en el primer tipo de supuestos, es decir, cuando la satisfacción del interés requiere de un comportamiento ajeno, podemos hablar de la necesidad de una obligación que se asegure ese comportamiento. En el segundo caso el ordenamiento reconoce la producción de una relación jurídica distinta o directamente del efecto jurídico, por el solo hecho de haber celebrado el contrato. En tal sentido, si como sostiene Giorgianni, el interés del sujeto activo no se satisface mediante la conducta del sujeto pasivo, la estructuración de una relación jurídica obligatoria resulta totalmente inadecuada.

En nuestro caso, la ley establece que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor –como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de una cosa mueble- por lo que no cabe duda que esa transmisión deriva directamente del contrato sin que sea necesario el expediente de crear una obligación.

¿De qué obligación puede hablarse en el caso del artículo 949 del Código vigente? Se trata de una obligación que consiste en transmitir el derecho de propiedad, lo que supondría una actividad material del deudor consistente en dar, hacer o no hacer (que es la prestación) a través de la cual se produzca dicha transmisión (cumplimiento). La prestación siempre es contenido u objeto, para quienes prefieren un enfoque distinto de la obligación. Pero en este caso, el interés del sujeto activo queda satisfecho mediante la obtención del derecho de propiedad y esa obtención se logra automáticamente sin necesidad de ningún acto material sujeto pasivo. ¿Cuál sería la estructura de semejante “obligación”? ¿En qué consiste la prestación que el “deudor” debe ejecutar?

Si la obligación consiste en transmitir el derecho de propiedad y ese efecto –según el artículo 949 del Código- se logra mediante la sola obligación –de enajenar-, esa obligación es absolutamente inútil pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación –cumplimiento ya que el pago de tal obligación se produce, con independencia de toda actividad del “deudor”, por el hecho de su misma existencia; ella se paga por sí misma, es su propio cumplimiento. Como dice Bianca<sup>33</sup>, es una artificiosa construcción que consiste en una obligación que se extingue al mismo tiempo en que surge; una obligación, en definitiva, desprovista de toda pretensión crediticia. Es una paradoja inexplicable: la propia obligación significa cumplimiento de sí misma. La conclusión es pues, que el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad.

Esto no impide que en ciertos casos, el contrato que produce la atribución directa del derecho de propiedad no pueda crear, a la vez, verdaderas obligaciones, pero sólo en la medida en que ello sea necesario. Por ejemplo, si el vendedor tiene que entregar el inmueble al comprador, es claro que surge una obligación que consiste en que el deudor realice todo aquello que sea necesario para poner el inmueble a disposición del comprador. Ciertamente, si el comprador fuera arrendatario o comodatario o de cualquier modo estuviera en posesión del bien, tal obligación tampoco surge.

No sería admisible sostener en contra de la tesis del efecto real del contrato que aquí se postula, que de este modo no se podría explicar los contratos relativos a la transferencia de propiedad de bienes inmuebles ajenos o futuros o en los que se ha estipulado la reserva de propiedad, etc., debido a que en ellos la transferencia de propiedad no se produce inmediatamente al celebrarse el contrato. A quienes así razonan les sería aplicable la misma objeción porque

<sup>33</sup> Diritto Civile, IV, L'obbligazione, Giuffrè, Milano, 1990. pág. 15, nota 31.

<http://dike.pucp.edu.pe>

<http://www.pucp.edu.pe>

es evidente que en los casos recordados la transferencia de propiedad tampoco se produce como consecuencia inmediata de contraer la sola obligación de enajenar.

Lo que ocurre es que en cualquier caso en que el efecto real no se puede producir como consecuencia inmediata de la celebración del contrato, se tiene un efecto real diferido<sup>34</sup> que depende, respectivamente de la adquisición del bien ajeno por parte del enajenante, o de la existencia del bien, o del pago total del precio, etc.

En estos casos, surge una obligación que si bien no tiene por finalidad producir la transferencia de la propiedad, permite garantizar al adquirente la actuación del efecto real que no operó al momento de la celebración del contrato<sup>35</sup>.

Podría pretenderse que esta discusión carece de toda relevancia práctica y que, en definitiva, el efecto resulta siendo el mismo ya sea que se sostenga que la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles determinados deriva directamente del contrato, o que se sostenga que el contrato genera la obligación de enajenar y que esta obligación transmite el referido derecho. Tal afirmación no puede ser compartida por dos órdenes de razones. En primer lugar, las cosas deben llamarse por su nombre; a cada institución debe dársele su lugar porque tiene su propia función dentro del ordenamiento jurídico. Pero en segundo lugar, sí puede haber diferentes efectos prácticos de indudable relevancia según la posición que se adopte.

Como se sabe, el contrato no es más la única fuente negocial de obligaciones, como era en cambio la tendencia en los siglos pasados. Siguiendo modernas orientaciones, nuestro Código ha admitido la declaración unilateral como fuente de obligaciones. En consecuencia, la obligación puede bien ser creada mediante un negocio jurídico de estructura unilateral, esto es, mediante la declaración de una sola parte. Por lo tanto, sería hipotéticamente posible que alguien prometa públicamente transmitir la propiedad de un inmueble determinado a quien se encuentre en una determinada situación o ejecute un determinado acto. En este supuesto, por disposición del artículo 1956 concordado con el artículo 1959 del Código Civil, la obligación surge y el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad desde el momento en que ésta se hace pública, y aquel que se encuentre en la situación prevista o realice el acto exigido en la promesa, queda convertido en propietario del inmueble en virtud del artículo 949 del Código, aun cuando ni siquiera conozca de la existencia de la promesa y de la obligación

<sup>34</sup> Capozzi, Guido, *Dei singoli contratti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 98.

<sup>35</sup> Capozzi, Guido, *Op. cit.*, pág. 98. Osti, Giuseppe, *Op. cit.*, pág. 876 y siguientes. Función análoga –es decir de garantía– tienen las llamadas Obligaciones de Saneamiento, que tutelan al adquirente frente a los efectos materiales o jurídicos de los bienes adquiridos. Para un estudio más detenido de este aspecto, puede consultarse: Russo, E. *La responsabilità per l'inattuazione del effetto reale*. Giuffrè, Milano.

correspondiente<sup>36</sup>. Si se quiere llegar al extremo de lo absurdo, podría incluso pretenderse que a partir de ese momento el nuevo propietario es responsable de los daños que la ruina del inmueble pueda causar, tal como lo dispone el artículo 1980 del Código. Lo mismo podría ocurrir en el caso del contrato a favor de tercero, del cual –por disposición de los artículos 1457 y 1458 del Código Civil- surge el derecho para éste, directa e inmediatamente de la celebración del contrato celebrado entre estipulante y promitente, y sin necesidad que el tercero intervenga en modo alguno en la formación o para la eficacia del referido contrato<sup>37</sup>.

Debe concluirse por ello, que más allá de las expresiones utilizadas por la ley, la transmisión del derecho de propiedad de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto directo del contrato.

Cabe finalmente aclarar, que no se pretende defender un sistema de transmisión de propiedad espiritualista frente a un sistema que contemple un modo que permita una publicidad más o menos adecuada del derecho. Se trata tan sólo de interpretar cuál ha sido la orientación adoptada por nuestro ordenamiento positivo.

---

<sup>36</sup> A pesar de que no podemos detenernos a analizar la problemática de la promesa unilateral, debe advertirse que su propia configuración resulta sumamente discutible y confusa en nuestro Código, por la indefinición en que el legislador ha incurrido en este tema. Se ha querido admitir la promesa unilateral como fuente de obligaciones pero el legislador parece no haber podido desprenderse de la bilateralidad para la atribución de los efectos de ella, lo cual implica una seria contradicción. Según el primer párrafo del artículo 1956 y el artículo 1959, la obligación surge y el deudor queda obligado por su sola declaración desde que ésta se hace pública –en el caso de la promesa al público pero según el segundo párrafo del artículo 1956, para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento. Entonces, ¿hay realmente una obligación producida por la mera declaración del promitente, antes del asentimiento del destinatario? Si la hubiera, ¿puede acaso configurarse una obligación sin acreedor? Si no la hubiera y para que la obligación surja es necesario el asentimiento del destinatario, ¿cómo se explica la parte final del artículo 1959 del Código? ¿Es la promesa realmente un negocio unilateral?

<sup>37</sup> Nótese que la declaración de querer hacer uso del derecho que la segunda parte del primer párrafo del artículo 1458 pone a cargo del tercero, sólo tiene como función que el derecho –ya perteneciente al tercero- sea exigible.

UNIDAD II: LA CONSTITUCIÓN Y LA CIRCULACIÓN DE DERECHOS REALES.

3) Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. La metamorfosis incoherente (¿e inconstitucional?) del principio de fe pública registral. En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 23. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2015, pp. 69-76.

**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

---

**From the Selected Works of Fort Ninamancco Cordova**

---

Fall May, 2015

# La metamorfosis incoherente (¿e inconstitucional?) del principio de fe pública registral

Fort Ninamancco Córdoba, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



SELECTEDWORKS™

Available at: [http://works.bepress.com/fort\\_ninamancco/20/](http://works.bepress.com/fort_ninamancco/20/)



## La metamorfosis incoherente (¿e inconstitucional?) del principio de fe pública registral

Fort NINAMANCCO CÓRDOVA\*

*El autor sostiene que debido a las modificaciones al Código Civil, dispuestas por la reciente Ley N° 30313, se imponen serias trabas para que el tercero pueda conservar su adquisición. Afirma que los llamados principios registrales de legitimación y fe pública han experimentado una importante transformación, de tal manera que la adquisición del tercero es vulnerable a los cuestionamientos por parte de titulares anteriores. En resumen, sostiene el autor, ahora es tarea de todo adquirente velar por la validez de todas las adquisiciones previas a la suya, asegurándose de que los asientos registrales reflejen actos válidos y eficaces.*

Tema relevante

### MARCO NORMATIVO

- Código Civil: arts. 1135, 2013 y 2014.
- Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación, Ley N° 30313 (26/03/2015).

### I. La Ley N° 30133 y su intento por evitar los fraudes en las transferencias inmobiliarias

En los tiempos que corren, no son pocos los casos en los cuales una persona, sin saberlo, se ve despojada de su propiedad. La seguridad que otorga el Registro Público resultaría, bien vistas las cosas, bastante endeble, puesto que la titularidad registral que

hoy se puede ostentar, mañana podría perderse por obra de mafias dedicadas al tráfico ilegal de bienes inmuebles. Estas, echando mano a documentación falsificada y sobornos, logran que a nivel registral aparezca como si el verdadero titular hubiese dispuesto de la propiedad de su bien inmueble en favor de un integrante de la mafia. Hecho esto, proceden inmediatamente después a efectuar una segunda transferencia en favor de un tercero. Este conservaría indefectiblemente el derecho de propiedad, si es que no se puede demostrar que tuvo conocimiento de los actos delincuenciales que desembocaron en su adquisición.

El primer titular registral mencionado, una lamentable víctima que puede enterarse de lo

\* Abogado y magíster con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Civil en la UNMSM, la Universidad Ricardo Palma y la Universidad San Juan Bautista. Miembro del Consejo Consultivo del Instituto de Derecho Privado.

## Comentario relevante del autor



**De todas las adquisiciones de derechos sobre bienes inmuebles que se celebran a diario, ¿cuántas son realizadas mediante falsificaciones y actos de corrupción? ¿Vale la pena complicar o incorporar trabas en la gran mayoría de las adquisiciones, para evitar los fraudes que se pueden presentar en una pequeña minoría?**

sucedido mucho después, se halla imposibilitado de recuperar su derecho de propiedad.

Esto es así por obra del denominado principio de fe pública registral, consagrado en el artículo 2014 del Código Civil, que protege la adquisición onerosa e inscrita en el Registro Público, de aquellos vicios o irregularidades que pudiesen afectarla, siempre y cuando las mismas no consten en los Registros Públicos.

Una visión excesivamente superficial de este asunto, propia de no pocos periodistas, empujaría a creer que es indispensable cambiar profundamente el funcionamiento del referido principio, de manera que no sea tan fácil para el tercero conservar su adquisición. En otras palabras, ponerle trabas a esta conservación, hacerla difícil. A más difícil sea para el tercero conservar su adquisición, será más fácil para la víctima de la mafia recuperar su propiedad. Y de eso se trataría, de ayudar de la mejor forma posible a tal víctima. Cómo negarse pues a prestar tal ayuda, más todavía si un derecho constitucional, la propiedad (art. 70 de la Constitución), es el afectado.

Pero decía que este es un enfoque muy superficial. Solo invito a pensar en el adquirente de buena fe, que desconoce que una mafia

fue la que generó su adquisición. De ninguna manera debería olivarse, como por desgracia suele hacerse, que aquí también entra a tallar un derecho constitucional: la libertad de contratar. Fundamentalmente es gracias a un contrato que el tercero adquiere. Debilitar su adquisición no es otra cosa que debilitar su derecho constitucional a la libertad de contratar.

Pero no solo pensamos en el tercero adquirente. Pensemos en el resto de personas interesadas en adquirir la propiedad de un inmueble. A decir verdad, plantear un enfoque del asunto no es difícil: de todas las adquisiciones de derechos sobre bienes inmuebles que se celebran a diario, ¿cuántas son realizadas mediante falsificaciones y actos de corrupción? ¿Vale la pena complicar o incorporar trabas en la gran mayoría de las adquisiciones, para evitar los fraudes que se pueden presentar en una pequeña minoría? ¿Es saludable proteger el interés patrimonial de una minoría, a costa del sacrificio del interés patrimonial de las grandes mayorías?

La respuesta para el último par de interrogantes es afirmativa según nuestro legislador, tal como se aprecia en la recientísima Ley N° 30313, ya que se ponen –importantes– trabas para que el tercero pueda conservar su adquisición. En este sentido, los llamados principios registrales de legitimación y fe pública han experimentado una importante transformación, de tal manera que la adquisición del tercero es vulnerable a los cuestionamientos por parte de titulares anteriores. En resumen, ahora es tarea de todo adquirente velar por la validez de todas las adquisiciones previas a la suya, asegurándose de que los asientos registrales reflejen actos válidos y eficaces. Puede decirse que anteriormente era una tarea del Estado, de tal manera que bastaba con que el adquirente revise solo los asientos registrales contenidos en las fichas y/o partidas electrónicas correspondientes al bien que deseaba adquirir.

Si los potenciales adquirentes deben asumir la tarea de revisar y analizar diligentemente la documentación que llega al Registro Público (siendo insuficiente la sola revisión de los asientos registrales respectivos), se pensaría que el Estado tendría una menor intervención en dicha tarea. Pero no es así: la mencionada ley confiere, a las autoridades administrativas registrales, ciertas facultades de control de la validez y eficacia de los actos o negocios jurídicos que se pretendan inscribir. También es posible que una autoridad administrativa, el Jefe de la Zona Registral correspondiente, cancele asientos registrales. De igual forma, la ley ha intervenido en la actuación notarial a fin de proporcionar la mayor transparencia a la misma. Por ejemplo, ya no es posible que un notario de la ciudad de La Oroya, por citar y recordar un caso más que lamentable, actué en la celebración de actos de disposición sobre bienes inmuebles ubicados en la exclusiva urbanización limeña de Monterrico. En virtud de la ley en cuestión, son nulas de pleno derecho las actuaciones notariales, referidas a actos de disposición o gravamen ínter vivos de bienes inmuebles ubicados fuera del ámbito territorial del notario provincial.

Más allá de si estas intervenciones son adecuadas o no, es fácil percatarse de que el legislador trata de que los asientos registrales no reflejen datos inexactos. Intenta evitar que actos ilegales puedan materializarse en asientos registrales, ya que establece mecanismos de control previos a la inscripción. Es más, antes de que un tercero ingrese un título para adquirir un derecho sobre la base de la inscripción, es posible cancelar esta ante el Jefe de la Zona Registral que corresponda. No resulta ocioso repetirlo: la novísima ley pretende que el tercero adquirente tenga a la vista un asiento de inscripción lo más confiable posible.

Causa perplejidad, sin embargo, que la propia ley exija a este mismo tercero que no confíe en los asientos de inscripción, puesto

### Comentario relevante del autor



**Causa perplejidad, sin embargo, que la propia ley exija a este mismo tercero que no confíe en los asientos de inscripción, puesto que le impone la carga de revisar también los títulos archivados. Para decirlo sin ambages, si este tercero pretende confiar en el contenido del asiento registral, tendrá que hacer el mismo trabajo que deben hacer las autoridades administrativas registrales y los notarios.**

que le impone la carga de revisar también los títulos archivados. Para decirlo sin ambages, si este tercero pretende confiar en el contenido del asiento registral, tendrá que hacer el mismo trabajo que deben hacer las autoridades administrativas registrales y los notarios, o sea tendrá que cerciorarse de que tales títulos no se encuentren viciados de alguna forma.

Retomando lo que señalé líneas arriba: quizá pueda defenderse el ánimo del legislador por establecer “filtros” al procedimiento para inscribir un título. No parece mala idea tratar de garantizar la confiabilidad de los asientos de inscripción. Pero es incoherente que todo este esfuerzo estatal devenga en inútil, al exigírsele al tercero adquirente la revisión del título archivado. Así las cosas, es posible afirmar que esta incoherencia ha provocado una suerte de metamorfosis en el principio de fe pública registral. Veamos esto con más detalle.

## II. La metamorfosis del principio de fe pública registral

Hasta antes de la ley ahora examinada, se había suscitado una controversia sobre el

## Comentario relevante del autor



**Sacrifica la libertad de contratar (un derecho también constitucional) de los terceros adquirentes, haciendo mucho más dificultosa la posibilidad de que estos conserven su adquisición. Empero, como se acaba de ver, esto es claramente perjudicial y hasta inconstitucional.**

alcance que debía tener la investigación o pesquisa del tercer adquirente, a efectos de garantizar la conservación de su adquisición. Esto en virtud de la aplicación del denominado principio de fe pública registral previsto en el artículo 2014 del Código Civil. Este principio ha sido entendido como uno “en virtud del cual el tercero que adquiere con base en la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición a *non domino* que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley”<sup>1</sup>. En sede nacional, al respecto, se ha dicho que “se parte de un supuesto de **conexión lineal** de relaciones jurídicas, tales como transferencias que se realizan y se inscriben en el Registro de manera sucesiva, donde el tercero adquirente resultará protegido por la confianza que deposita en la publicidad registral y el cumplimiento de determinados requisitos frente a supuestos patológicos extraregistrales que pudieran perjudicarlo por el efecto de arrastre de las nulidades”<sup>2</sup>.

Así, para una primera corriente de opinión, debía entenderse que el artículo 2014 del

Código Civil, cuando hacía referencia a los “registros públicos”, solo aludía a los asientos contenidos en la partida. De este modo, el tercer adquirente perderá su adquisición solo si el vicio que ocasiona tal pérdida consta en los asientos. Para una segunda corriente de opinión, en cambio, la frase “registros públicos” era bastante vaga, de manera que debía entenderse como alusiva también a los títulos que han dado mérito a la inscripción del asiento, y que se encuentran archivados en la oficina registral.

La segunda corriente de opinión me parece insostenible bajo cualquier punto de vista. Es más, la Exposición de Motivos del Código Civil, que la hace suya, incurre en una gruesa contradicción. En efecto, esta señala, por un lado, lo siguiente:

“(…) limitar la aplicación del principio de fe pública registral al solo contenido del asiento, tendría lógica si el público y en particular el que pretende ser tercero, tuviera acceso solamente a los asientos. Sucede, sin embargo, que tenemos acceso también a los libros, títulos archivados, índices y demás documentos, lo cual puede permitir que la publicidad y sus distintas manifestaciones puedan extenderse al concepto más general del término inscripción, esto es, a todo lo que tiene acogida en el registro y no solo al término restringido de asiento”.

Por otro lado, se asevera que el principio de buena fe pública registral constituye, en todo sistema registral, “la médula central de su estructura y la expresión más clara de los alcances de la protección que el Registro brinda al tráfico patrimonial”.

1 GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, p. 227.

2 ALIAGA HUARIPATA, Luis. “Principio de fe pública registral”. En: AAVV. *Código Civil comentado*. Tomo X, 2ª edición, 1ª reimpresión, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 315.

Hay una contradicción clarísima: los llamados principios registrales se construyen sobre la base del concepto de “inscripción registral”. Y una inscripción registral no es, obviamente, un título que se archiva en una oficina. Lo que constituye una inscripción es el asiento registral. Por tanto, cómo es posible que “la médula central” de la estructura de nuestro sistema registral prescindiera del concepto de inscripción registral. No es posible. Cuando se dice que la fe pública registral implica también a los títulos archivados, el concepto de inscripción pierde importancia. No es admisible postular que este principio se construya de forma sustancialmente diferente a los otros principios registrales. Carece de sentido afirmar que todos los principios registrales toman como eje central a la inscripción, en tanto que el supuesto “principio medular” hace todo lo contrario, tomando como base al título archivado, restando importancia al concepto de inscripción.

Si se decía que el artículo 2014 era genérico, pues ello debía aclararse necesariamente vía una simple interpretación sistemática, con la cual forzosamente se debía concluir que la inscripción es el concepto clave para la aplicación del principio de fe pública registral.

Según la Exposición de Motivos, una interpretación amplia del término “inscripción” puede hacer referencia al título archivado. Una idea como esta no tiene en cuenta elementales reglas que son valores entendidos

en la teoría de la interpretación jurídica. En esta es ampliamente aceptado que las normas pueden tener una variedad de interpretaciones, debiendo el intérprete solo respetar el marco trazado por el significante de las palabras empleadas en los textos normativos, ya que este limita la fuerza expansiva del significado de estos<sup>3</sup>. Por consiguiente, el título archivado de ninguna manera puede entenderse como una “inscripción”. La inscripción registral es producto de un escrito del registrador público, cosa a la que de ninguna manera puede asimilarse la idea de título archivado. De hecho, el artículo 2011 del Código Civil, relativo al llamado principio de legalidad y rogación, claramente deslinda los conceptos de título archivado e inscripción: “Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción (...)”. Es decir, que una cosa es la documentación en virtud de la que se solicita una inscripción, esto es el título que será archivado, y otra muy distinta la inscripción propiamente dicha (lo mismo cabe decir respecto al artículo 2010 del mismo Código).

Se tiene que concluir entonces, salvo que se quiera patrocinar interpretaciones con muy endeble sustento, que el anterior texto del artículo 2014 del Código Civil exigía solamente que el tercero adquirente investigue los asientos de inscripción, a efectos de asegurarse de que no existan vicios que pudieran comprometer su adquisición<sup>4</sup>.

3 TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milán, 1980, p. 67 y ss.; y PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1979, p. 193.

4 Algunos autores han señalado que el artículo 2014 del Código Civil habría sido precisado por el Reglamento General de Registros Públicos, específicamente en el artículo VIII de su Título Preliminar. Aunque comparto su conclusión de primacía del asiento sobre el título archivado, me parece un enfoque harto difícil de aceptar, puesto que una norma con rango de ley (como lo es cualquier normativa del Código Civil) no puede ser condicionada en sus alcances por una normativa meramente reglamentaria. Esta tiene naturaleza estrictamente ejecutiva, además de tener una jerarquía claramente inferior. Una norma de jerarquía inferior, como se comprenderá, difícilmente puede condicionar la interpretación de una norma de jerarquía superior (ARCE ORTIZ, Elmer. *Teoría del Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 136 y ss.; y ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2011, pp. 68 y 69).

Sin embargo, la Ley N° 30313 ha provocado una metamorfosis en la regulación del principio de fe pública registral. Ahora sí no cabe duda de que el legislador establece que el tercero adquirente debe investigar los títulos archivados, si pretende garantizar su adquisición frente a futuros cuestionamientos. Aquí la inscripción registral pierde importancia, puesto que su análisis por parte del tercero adquirente nada le garantiza prácticamente. El nuevo texto del artículo 2014 del Código Civil asume que no existe una rigurosa calificación registral en nuestro sistema, a cargo de un profesional del Derecho, sino que entiende al asiento registral como un mero resumen del título. Ciertamente este nuevo texto normativo de ninguna manera permite ahorrar tiempo y costos en el “estudio de títulos”. Al contrario, se acrecienta la complejidad y onerosidad de esta labor.

### III. La gruesa y perjudicial incoherencia del legislador: ¿es inconstitucional el nuevo texto del artículo 2014 del Código Civil?

Estoy convencido de que esta metamorfosis del principio de fe pública registral es incoherente y perjudicial.

Es perjudicial porque no solo pone serias trabas a las operaciones económicas sobre activos inmobiliarios, sino también porque se traduce en el sacrificio del interés patrimonial de las grandes mayorías para proteger el interés patrimonial de unos pocos. Decir que un 15% de las operaciones sobre bienes inmuebles, que se realizan a diario en nuestro país, implican falsificaciones y suplantaciones de identidad, es incurrir en un exceso evidente. Ni qué decir un 20%. No hay ningún estudio estadístico al respecto, pero sin duda alguna estas operaciones fraudulentas

constituyen un pequeño porcentaje del total. La aplastante mayoría de operaciones sobre bienes inmuebles no implica falsificaciones ni suplantaciones de identidad.

¿Por qué el derecho de propiedad de una minoría debe ser protegido a costa del sacrificio del derecho a la libertad de contratar de las grandes mayorías? No existe ninguna razón valedera. Esta nueva norma, me atrevo a decirlo, resulta claramente inconstitucional. Nótese que la única manera de justificar este sacrificio de un derecho constitucional de las grandes mayorías, para proteger otro derecho constitucional de una minoría, sería sostener que este derecho es claramente más importante que aquel. Pero esto es sencillamente inviable, puesto que hoy en día no puede dudarse de que el derecho a la libertad de contratar supera en importancia y valía al derecho de propiedad.

Sobre el particular, me permito recordar unas líneas que escribí en mi primer libro, teniendo a la vista a la más autorizada doctrina sobre el tema:

“En pleno siglo XXI, no cabe la menor duda de que la economía es **dinámica**, de tal manera que la riqueza depende de las relaciones contractuales que se entablen, ya no tanto en la mera tenencia de cosas, como ocurría en el pasado, cuando el mundo tenía a la propiedad inmobiliaria (la tierra) como eje del sistema económico, siendo la economía **estática**. Ello explica, como lo resalta una autorizada opinión, que las instituciones del Derecho Privado, durante la época de los primeros grandes Códigos Civiles (siglo XIX), se hayan diseñado en función de la propiedad. Cosa que hoy ya no ocurre, puesto que el rol económico central del Derecho Privado corresponde

al contrato<sup>5</sup> (...). La preponderancia de la economía dinámica no puede ser ya discutida. Un mercado enérgico y dinámico es instrumento indispensable para el desarrollo. El derecho de crédito y el derecho de propiedad sobre cosas son también instrumentos –más elementales que el mercado, claro está– para la realización de intereses de los individuos. Pero en una economía evolucionada, es aquel derecho, y no este, el que juega el rol protagónico, por eso debe prevalecer en eventuales conflictos que entre ambos puedan presentarse”<sup>6</sup>.

Como explique líneas arriba, la Ley N° 30313 busca proteger el derecho constitucional de propiedad de las potenciales víctimas de falsificaciones y suplantaciones de identidad. Para esto, sacrifica la libertad de contratar (un derecho también constitucional) de los terceros adquirentes, haciendo mucho más dificultosa la posibilidad de que estos conserven su adquisición. Empero, como se acaba de ver, esto es claramente perjudicial y hasta inconstitucional. Al ser el derecho de crédito el derecho subjetivo patrimonial más importante que existe hoy en día, se entiende fácilmente que es la libertad de contratar, y no el derecho de propiedad, el derecho constitucional económico más importante. No se olvide que el derecho de crédito es el principal efecto de la celebración de los contratos. Por consiguiente, no se puede aceptar que un derecho constitucional más importante (libertad de contratar) sea sacrificado para proteger un derecho constitucional de menor trascendencia (derecho de propiedad sobre bienes inmuebles).

La metamorfosis es incoherente. Primero, porque implica una burda negación de la

### Comentario relevante del autor



**La regulación peruana del principio de fe pública registral me recuerda a Gregorio Samsa, el recordado protagonista de *La metamorfosis*. Este sufre una metamorfosis radical que termina por perjudicarlo y aislarlo de su comunidad. Con estos cambios, la fe pública registral termina siendo un “bicho raro” dentro de nuestro sistema registral.**

política que el propio legislador propone en la nueva ley. Como decía, es contradictorio que el legislador se esmere por aumentar el grado de confiabilidad de los asientos de inscripción, para que luego –vía la metamorfosis del principio de fe pública registral– nos imponga la necesidad de desconfiar de los mismos, al tener que revisar necesariamente los títulos archivados.

Segundo, porque implica una construcción del principio de fe pública registral, de modo tal que termina negando la esencia de los otros principios registrales reconocidos en el Código Civil. Como se recordará, anotamos que los principios registrales se construyen sobre la base del concepto de inscripción registral, el cual se traduce en el concepto de asiento. Este cumple un rol protagónico para entender y aplicar los principios registrales. Pero resulta que este mismo concepto no tiene ningún rol trascendente en el principio registral que se supone “medular”, el de fe pública registral. La metamorfosis ha trastornado la esencia de este principio.

5 NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 97.

6 *Ibidem*, pp. 105 y 106.

Explica un egregio autor italiano que los casos de “fe pública” y “hechos de publicidad” implican una exoneración del tercero adquirente de la tarea de determinar la efectiva realidad jurídica expresada en los actos de “fe pública” y “hechos de publicidad”<sup>7</sup>. De este modo, quien observa los Registros Públicos y efectúa actos con base en la información contenida en estos, debe actuar de buena fe para verse exonerado de la tarea de indagar si la realidad jurídica expresada por dichos registros es genuina o no. Pero con la redacción actual del artículo 2014 del Código Civil, no se aprecia ninguna “exoneración” genuina. Si se tienen que revisar todos los títulos archivados, prácticamente se impone al tercero adquirente la tarea de verificar si el asiento de inscripción expresa o no la realidad jurídica efectiva.

Este año cumple un siglo la publicación del famoso relato de Franz Kafka que se intitula *La metamorfosis*. La regulación peruana del principio de fe pública registral me recuerda

a Gregorio Samsa, el recordado protagonista de este relato. Este sufre una metamorfosis radical que termina por perjudicarlo y aislarlo de su comunidad. Con estos cambios, la fe pública registral termina siendo un “bicho raro” dentro de nuestro sistema registral. Antes de la ley, el principio de fe pública registral, bien entendido y aplicado, ha reportado mucha utilidad al sistema registral. Pero ante el surgimiento de algunos problemas, que la prensa ha malentendido, el legislador abandona a este principio a su suerte, transformándolo para mal. Así sucedió con Gregorio, antes de su metamorfosis era el sustento económico de su familia, pero luego de su radical cambio, esta también lo abandonó a su suerte y lo dejan morir.

Hay que atreverse a dar una lectura constitucional al nuevo texto del artículo 2014 del Código Civil. Los operadores jurídicos no podemos seguir el –mal– ejemplo de la familia de Gregorio.

---

7 FALZEA, Angelo. “Apparenza”. En: Id. *Voci di teoria generale del diritto*. 3ª edición actualizada, Giuffrè, Milán, 1984, p. 113.

UNIDAD III: PROBLEMÁTICA SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE LA POSESIÓN.

1. Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La delimitación del supuesto de la compraventa de bien ajeno y sus particulares efectos, con especial referencia a la situación del propietario del bien.* Tesis para otra el grado de magíster. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2015, pp. 157-163.

aunque se considere al contrato como contrario al orden público por trasgresión del Código Penal.

#### **5.2.5. Los mecanismos de tutela de la propiedad frente a una compraventa de bien ajeno.**

La compraventa de bien ajeno no produce efecto sobre el propietario verdadero del bien. Sin embargo, este contrato, como tal, puede traducirse en alguna amenaza de lesión al derecho de propiedad del verdadero dueño. Nótese que no hago referencia a medios de defensa que pueda neutralizar acciones o actividades. No. Me refiero a medios de defensa que puedan neutralizar al contrato si éste, en sí mismo, es el medio para amenazar el derecho de propiedad. Imaginemos el siguiente caso:

Yo le vendo a OSARIM un bien de propiedad de DICK. Luego OSARIM requiere, mediante una carta notarial o una demanda por ejemplo, que se le entregue el bien porque es el dueño, ¿qué mecanismo de tutela de su derecho de propiedad puede emplear DICK? En este caso, los requerimientos de OSARIM se fundamentan en la venta de bien ajeno. OSARIM puede tomar por asalto la propiedad de Dick y despojarlo. Seguramente se configuraría un delito. DICK también podrá actuar para contrarrestar este acto de asalto empleando algún mecanismo de tutela del derecho de propiedad. Pero en este último caso se tratará de eliminar las consecuencias del acto de asalto. Éste será el “blanco” del mecanismo de tutela que DICK emplee. Empero, mi objeto de preocupación acá es otro: cuál es el mecanismo de tutela que tiene como “blanco” el contrato de compraventa de bien ajeno.

Si OSARIM, sobre la base del contrato de compraventa de bien ajeno, se limita a requerir extrajudicialmente la entrega bien ¿qué mecanismo de tutela puede emplear DICK? Si Osarim, sobre esa misma base, demanda la reivindicación ¿Qué mecanismo de tutela puede emplear Dick? Como se comprenderá, se tratará de un mecanismo que se dirigirá contra el contrato de compraventa de bien ajeno. En

seguida desarrollaré algunas consideraciones con cierto detalle que me permitan dar una respuesta a estas preguntas:

Antes de continuar, cabe formularse esta pregunta ¿no se supone que la compraventa de bien ajeno produce efectos sólo entre las partes? ¿Por qué DICK tendría que verse “afectado” por tal contrato, si nunca participó en el mismo? ¿Dónde queda el tan mentado principio de relatividad? Estas preguntas son importantes, aunque su respuesta está lejos de ser complicada:

Como bien advierte una autorizada doctrina, el principio de relatividad se refiere básicamente a los efectos jurídicos. En virtud de tal principio, un contrato no es capaz de generar situaciones jurídicas subjetivas sobre sujetos de derecho que no han participado en el mismo. Excepcionalmente pueden generar situaciones de ventaja (como ya había anotado más arriba). Empero, es innegable que efectos “prácticos”, “extrajurídicos” o “fácticos” sí pueden producirse sobre sujetos que no forman parte de la celebración del contrato: “el principio de relatividad no significa que el tercero sea inmune a cualquier consecuencia fáctica que derive del contrato *inter alios*. Es muy posible que un contrato tenga, *de hecho, consecuencias también muy relevantes para terceros ajenos al mismo*”<sup>218</sup>. En sentido análogo, ya una reputada doctrina francesa se pronunciaba al respecto también:

“El artículo 1165 (equivalente a al artículo 1163 del Código Civil peruano) es el testigo de una concepción meramente individualista del derecho de las obligaciones. Parte de la premisa según la cual los negocios de cada uno solamente son de incumbencia de uno mismo, que podemos administrarlos libremente, sin que la sociedad y los terceros tengan algún interés en ellos. Esta es una simplista concepción de la libertad absoluta del individuo que no toma debidamente en cuenta los lazos que inevitablemente ligan unos a otros a todos los miembros de la sociedad. Y cuanto más civilizada y compleja es la sociedad, dicho lazos se multiplican y consolidan. La evolución actual del derecho patrimonial se basa, en gran parte, en la concepción cada vez más difundida entre los juristas contemporáneos, en que los negocios de cada uno, aparte de su

---

<sup>218</sup> Vincenzo ROPPO. *El contrato*. cit. p. 526.

aspecto individual, tienen un aspecto social. Se tiene que reconocer que tales negocios no sólo le conciernen a uno mismo, sino que además, también a la sociedad y, por ende, a los terceros”<sup>219</sup>.

Así se entiende que el contrato de compraventa de bien ajeno puede-en el plano práctico- “afectar” negativamente al verdadero dueño, que es DICK en nuestro hipotético caso. Y esa posibilidad, de ninguna manera, implica una negación al principio de relatividad. Justamente en base a este último podrá DICK defender su derecho de propiedad.

Ahora bien, a diferencia de otros Código Civiles, el nuestro sólo regula expresamente la denominada “acción reivindicatoria” como mecanismo de defensa del derecho de propiedad. Pero recientemente se ha advertido que “existen otros mecanismos de protección que se aplican solo a la propiedad, y cuya finalidad es reconstituir el ejercicio del derecho frente a interferencias ilegítimas o hacerlo efectivo mediante la puesta en posesión a favor de su titular. Es el caso de la acción declarativa de dominio, el deslinde, entre otras”<sup>220</sup>.

Detallando su pensamiento, esta doctrina señala que los mecanismos de tutela de la propiedad en nuestro sistema legal son: i) la acción reivindicatoria, ii) acción declarativa de dominio y la denominada “acción de mejor derecho de propiedad”, iii) el deslinde y el amojonamiento, iv) la rectificación de áreas y linderos, y v) la acción negatoria. Se descarta, como aplicable a nuestro Derecho, la llamada acción publiciana<sup>221</sup>.

Los mecanismos de defensa del derecho de propiedad, tal como se conocen hoy, se basan en los que contemplaba el Derecho Romano. En lo que a este apartado se refiere, los mecanismos de tutela que podría eventualmente invocar DICK son aquellos que no presuponen una agresión física. En su caso sucede que alguien alega tener el derecho de propiedad sobre el bien que le pertenece, negando así

---

<sup>219</sup> Rene SAVATIER. *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*. En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. T. XXXIII. París: Sirey, 1934, pp. 525 y 526.

<sup>220</sup> Gunther GONZALES BARRÓN. *Tratado de Derechos Reales*. T. II. 3era edición. Lima: Jurista, 2013, p. 1338.

<sup>221</sup> Gunther GONZALES BARRÓN. *Tratado de Derechos Reales*. T. II. *cit.* p. 1453.

la (verdadera) titularidad de DICK. Una controversia o conflicto de intereses de “puro derecho” básicamente. Siendo ello así, la acción reivindicatoria, la acción publiciana, el deslinde y la rectificación son mecanismos de tutela completamente impertinentes.

¿La acción negatoria? Esta “acción” no aparece regulada en nuestro Código Civil. No obstante, la doctrina suele asociarla a la defensa de la propiedad frente a un supuesto derecho real de servidumbre que se le pretende aplicar. Esto explica que el mecanismo de tutela en cuestión se denomine como “acción negatoria de la servidumbre”. Una atenta doctrina hispana refiere que la acción negatoria tiene como objetivo demostrar la inexistencia de gravámenes sobre el bien, así la ha entendido la jurisprudencia, al no encontrarse regulada expresamente en los textos legales españoles (salvo en alguna norma catalana, que no afecta esta conclusión)<sup>222</sup>. Por tanto, según este enfoque, si el caso no versa sobre gravámenes, la acción negatoria no tiene lugar. Sin embargo, en el derecho italiano se suele dar a la negatoria un radio de acción más amplio: su finalidad es demostrar la inexistencia de derechos reales que el demandado afirma tener sobre el bien del demandante, lo que incluye a la propiedad misma, idea que se encuentra respaldada por el texto del artículo 949 del *Codice Civile*<sup>223</sup>. No obstante, otro sector de la doctrina italiana afirma que la acción negatoria sólo se aplica cuando el demandado se considera titular de un derecho real derivado o limitado, no de la propiedad<sup>224</sup>.

¿La acción declarativa de dominio? Según la doctrina española que acabo de citar, esta acción “se destina a la protección del derecho de propiedad, tratando de obtener una mera declaración de constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa; (...) según muy reiterada jurisprudencia, (la acción

---

<sup>222</sup> Pedro GONZÁLEZ POVEDA. *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*. Barcelona: Bosch, 2002, pp. 181 y 182.

<sup>223</sup> Domenico BARBERO. *Sistema del Derecho Privado*. T. II. cit. p. 299; y Francesco GAZZONI. *Manuale di Diritto Privato*. 7ma edición. Nápoles: ESI, 1998, pp. 234 y 235.

<sup>224</sup> Francesco MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. III. cit. p. 371; y Domenico BARBERO. *Sistema del Derecho Privado*. T. II. cit. pp. 299 y 300.

declarativa de dominio) no requiere que el demandado sea poseedor, siendo suficiente que contravenga en forma efectiva el derecho de propiedad, pues dicha acción tiene como finalidad obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye”<sup>225</sup>.

Los estudiosos italianos, en cambio, tienen una noción distinta acerca de la acción declarativa de dominio. Es más, un sector de la doctrina simplemente prescinde de esta acción, dando a entender que es innecesaria dada la existencia de la acción negatoria<sup>226</sup>. Otros, en cambio, refieren que ella se puede emplear en todo supuesto en el cual se discuta o se niegue el derecho de propiedad del demandante, lo que incluiría el caso en el cual el demandado se reputa propietario<sup>227</sup>.

Como se puede observar, el alcance de cada acción depende de la interpretación que hace cada autor de su respectiva normativa. Pero el alcance de la acción negatoria es interdependiente de la acción declarativa de dominio. De hecho, la negatoria puede tener un alcance meramente declarativo, derivando el problema en una mera cuestión de nomenclatura. Ergo, un problema intrascendente, de manera que un importante sector de autores italianos no se hace problema en olvidarse de la acción declarativa de dominio, para ocuparse sólo de la acción negatoria, otorgándole a ésta un amplio radio de acción. Empero, en ambos países siempre se habla de la negatoria, aunque no tenga regulación ¿Qué significa esto? Pues que esta categoría tiene sentido sólo si tiene una base legal (como en Italia) o jurisprudencial (como en España). En el Perú no se tiene ninguna de las dos cosas. Nuestros jueces no manejan esta categoría y nuestro Código Civil no la recoge o reconoce. Por tanto, no debería aplicarse a nuestro Derecho, correspondiendo aquí una concepción amplia de la acción declarativa de dominio.

---

<sup>225</sup> Pedro GONZÁLEZ POVEDA. *op. cit.* p. 47.

<sup>226</sup> Francesco GAZZONI. *op. cit.* pp. 234-236; y Pietro TRIMARCHI. *Istituzioni di Diritto Privato*. 12va edición. Milán: Giuffrè, 1998, p. 532.

<sup>227</sup> Francesco MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. III. cit. p.365; y Domenico BARBERO. *Sistema del Derecho Privado*. T. II. cit. pp. 300 y 301.

En tal contexto, en un debate de puro Derecho, DICK puede emplear la acción declarativa de dominio, a efectos de que no haya ninguna discusión en torno a su derecho de propiedad. La pretensión accesoria sería, qué duda cabe, la declaración de ineficacia del contrato de compraventa. ¿Pueden plantearse las pretensiones al revés? Pues no. En efecto, no sería correcto plantear la ineficacia como pretensión principal y la declaración de dominio como accesoria, puesto que la ineficacia del contrato no tiene como consecuencia necesaria la verificación de la propiedad del bien sobre el demandante. En cambio, la declaración del dominio sí implica –necesariamente– que el contrato de compraventa no ha producido efectos sobre el demandante.

Esta relación de “necesidad lógica” entre la pretensión principal y la pretensión accesoria es impuesta por el artículo 87 del Código Procesal Civil, tal como lo entiende nuestra doctrina procesal civil<sup>228</sup>. En este sentido, se afirma que “lo que caracteriza a este tipo de acumulación de pretensiones (...) es la identidad de sus fundamentos (*causa petendi*) y la diferencia de los pedidos concretos (*petitum* o petitorio). Lo primero permite al Juez a que, pronunciándose respecto de los fundamentos de la pretensión principal no resulte necesario pronunciarse respecto de los fundamentos de la pretensión accesoria (pues ambas tiene idéntico fundamento: identidad de *causa petendi*). Lo segundo, obliga al Juez a pronunciarse por ambos pedidos concretos en su parte resolutive, declarando, constituyendo o condenando según corresponda, respecto de ambos petitorios”<sup>229</sup>.

No resulta ocioso repetirlo: si DICK formula como pretensión principal la ineficacia del contrato, esto no necesariamente implica que el demandante es propietario del bien, de tal manera que el juez tendría que verificar la titularidad de la propiedad para determinar si ampara o no la pretensión de declaración de dominio. La ineficacia sólo demuestra que el demandante no participó en la compraventa, de esto no se sigue necesariamente que sea el dueño del bien. Por el contrario, si la

---

<sup>228</sup> Marianella LEDESMA NARVAEZ. *Comentarios al Código Procesal Civil*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 329-333.

<sup>229</sup> Dante APOLÍN MEZA. *Acumulación objetiva originaria*. En: AAVV. *Código Procesal Civil Comentado*. T. I. Arequipa: Adrus, 2011, pp. 417 y 418.

declaración de dominio es la pretensión principal, su estimación por parte del Juez significa que DICK no participó en el contrato de compraventa, puesto que de lo contrario su calidad de propietario no encontraría explicación. La compraventa celebrada entre OSARIM y yo nos vincula a nosotros dos, no a Dick, razón por la cual éste es dueño y la compraventa es una de bien ajeno.

UNIDAD III: PROBLEMÁTICA SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE LA POSESIÓN.

2. Eugenio RAMÍREZ CRUZ. *El proceso de mejor derecho de propiedad. En: Diálogo con la jurisprudencia.* N° 156. Lima: Gaceta Jurídica, setiembre de 2011, pp. 19-22.

*El autor plantea la necesidad de superar el defectuoso sistema del consensualismo en la transmisión de la propiedad, lo que es fuente de continuos litigios. Ello se refleja en los miles de procesos sobre mejor derecho de propiedad, en los que se discute cuál de los dos o más compradores es el verdadero propietario de un inmueble. Resulta sintomático que aquellos dos procesos en los que se define la propiedad (tercería y mejor derecho de propiedad) sean los procesos reales más empleados.*

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando se define al derecho de propiedad, se dice que uno de los caracteres de esta es la **exclusividad**. Por la exclusividad, un bien (mueble o inmueble) puede pertenecer a una –y solo a una– persona. Si el mismo bien ha sido transferido a dos o más personas, entonces necesariamente tendrán que dilucidar en un proceso quién es el verdadero y único dueño (*verus dominus*). A esta litis se le llama proceso de mejor derecho de propiedad.

Pero antes de entrar a sentar posición en el tema, hay que hacer algunas aclaraciones previas referidas a los sistemas de transmisión de la propiedad inmueble que rigen en el mundo.

### II. SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA A NIVEL COMPARADO

Tres son básicamente los sistemas que han regido y rigen la cuestión, a saber:

- i) El **sistema romano**. En el derecho romano la transferencia de la propiedad inmueble se basaba en la *traditio*.

Argentina era uno de los países que seguía este sistema. Este vivió muchos años con un código que establecía el requisito de la escritura pública seguida de la tradición para que de esta manera se construyeran

derechos reales sobre inmuebles, con excepción de la hipoteca y la anticresis. Este sistema estuvo vigente en dicha nación hasta el momento en que se introdujo la reforma al código vía la ley 17.711 (1968).

En España se sigue también este sistema. Expresamente Blas Pérez González y José Alguer, en sus notas a Martín Wolff (Wolff: 1936), dejan constancia que la comparación con el sistema alemán es totalmente imposible, pues el Código español “sigue las huellas del sistema romano de la tradición” (p. 210).

- ii) El **sistema alemán**. Prescribe que los inmuebles se adquieran por el consentimiento y la inscripción en los registros inmobiliarios territoriales (BGB, art. 873). El BGB, en palabras de Wolff (1936), corona la evolución del derecho alemán. “Apartado plenamente del principio romano de la tradición, exige para la transmisión de la propiedad inmueble y para la constitución, transmisión y gravamen de derechos inmobiliarios limitados, el acuerdo del concedente y del adquirente sobre la modificación jurídica, y la inscripción de tal modificación en el registro” (p. 202).

Igualmente siguen esta tendencia los códigos de Brasil (arts. 530, 531 y 620) y Chile (arts. 584, 684 y 685). Argentina se adhirió a esta corriente, a partir de la reforma al artículo 2.505 introducida por la ley de 1968.

(\*) Catedrático de Derechos Reales a nivel de pre y posgrado. <www.eugenioramirezcriz.net>.

iii) El sistema francés. Es denominado consensual porque basta la convención o contrato para la transferencia de la propiedad inmobiliaria. El *Code* establece la transmisión convencional en las relaciones de las partes entre sí, tanto para los inmuebles como para los muebles (arts. 711 y 1.138), aunque con respecto a terceros, la transmisión no se produce sino por la inscripción en el registro de la propiedad.

Este sistema es adoptado por el Código Civil peruano: consensualismo entre las partes (art. 949), pero esa propiedad no es oponible a terceros, sino sobre la base de la inscripción registral (art. 1.135).

### III. EL FRACASO DEL CONSENSUALISMO EN EL PERÚ

El sistema de transferencia de la propiedad inmueble que sigue nuestro Código Civil es muy peligroso, pues muchas son las personas que resultan perjudicadas o estafadas por las sucesivas transferencias.

Podríamos sintetizar en dos los principales problemas que se presentan respecto a este tema:

- a) Conflicto entre un derecho real y un derecho obligacional.
- b) Conflicto entre dos derechos reales, cuando hay dos o más compradores del mismo bien inmueble (concurso de acreedores).

#### 1. Conflicto entre un derecho real y un derecho personal (creditorio)

Esta hipótesis es muy frecuente y se presenta cuando hay una colisión entre derechos de diferente naturaleza, como sería el conflicto entre un derecho real (propiedad) y un derecho personal u obligacional (embargo). Sabemos por principio que en ese caso el derecho real tiene supremacía sobre el personal. La solución a este problema está dada por el artículo 2.022, 2º párrafo, de nuestro Código Civil, que dispone que en ese caso se aplicarán las disposiciones del derecho común. En dicha hipótesis, prima el derecho real sobre el personal.

La exposición de motivos del Código Civil publicada por Delia Revoredo (1985) estipula lo siguiente: "La segunda parte del artículo 2022 trata sobre derechos de diferente naturaleza, con lo que, definitivamente quedan resueltos los problemas suscitados en este campo por el vacío legal del Código derogado (se refiere al art. 1050 del Código

**“No encontramos ninguna razón para no modificar este sistema defectuoso del consensualismo, que no responde a nuestra realidad, o, en todo caso, que ya no responde a los nuevos tiempos. Esa es la razón por la que existen miles de procesos sobre mejor derecho de propiedad.”**

de 1936) lo que constituye, sin duda uno de los tantos aciertos del Código vigente" (pp. 849-850). Si, por ejemplo, se produce el choque entre el propietario de un inmueble que adquirió el bien sin inscribirlo en el registro (el contrato basta de acuerdo con el art. 949) y un demandante que embarga dicho bien, pero cuya anotación es posterior, en tal supuesto primará el derecho real de propiedad, pues como dice la exposición de motivos anotada, si el propietario "acredita que su título emana de un documento de fecha cierta anterior al embargo, el inmueble adquirido no responde frente

al gravamen anotado" (Revoredo: 1985).

La jurisprudencia se ha hecho eco de estos argumentos y de la norma glosada. Así, la sentencia de vista de 22 de junio de 1998, expedida por la Sala Civil de procesos abreviados y de conocimiento, recaída en el Exp. N° 437-98, en un proceso de tercería de propiedad, estableció que: "Siendo el de la embargante un derecho de crédito y no un derecho real es de aplicación la segunda parte del artículo dos mil veintidós del Código Civil y no el numeral dos mil dieciséis del mismo cuerpo legal" (Ramírez: 2008). Sin embargo, es forzoso reconocer que la jurisprudencia no es unánime ni uniforme en este extremo, pues hay ejecutorias que fallan en el sentido contrario.

#### 2. Conflicto entre dos derechos reales, cuando hay dos o más compradores del mismo bien inmueble (concurso de acreedores)

Aunque la regla del artículo 949 es muy clara, nuestro Código admite que el mismo bien inmueble sea vendido a dos o más personas. Es lo que se conoce como concurso de acreedores. De acuerdo con el artículo 1.135, se impondrá aquel que primero registre el inmueble, y solo si ninguno de los compradores (acreedores) registró el inmueble, en ese caso primará el que hubiera adquirido mediante documento privado de fecha cierta más antigua.

Aquí el problema consistirá en dilucidar quién es el verdadero y único propietario, pues, como ya dijimos, no es admisible que sobre un mismo bien inmueble haya dos o más propietarios.

Complementando lo anterior, el Código dispone que para oponer derechos reales sobre inmuebles a quien también alega derechos reales sobre estos, es preciso que el que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone (art. 2.022, ap. 1º). Ello implica que, cuando se opongan dos derechos reales, se aplica el principio de prioridad.

La jurisprudencia también ha fallado reiteradamente amparando estos principios. La ejecutoria suprema de 5 de diciembre de 1996, recaída en el Exp. N° 329-96, sobre mejor derecho de propiedad, establecía que: "Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre estos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone; que esta norma se halla reproducida en el artículo dos mil veintidós del Código Civil vigente" (Ramírez: 1997).

#### IV. NECESIDAD DE IR A UN SISTEMA DE REGISTRO OBLIGATORIO PARA TRANSFERIR LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

Lo anterior es suficientemente claro para demostrar el peligro del sistema consensual vigente en nuestro país. Es necesario reformar, radicalmente, el artículo 949 y, por ende, el artículo 1.135. Ello no obstante, el Proyecto de Reforma del Código Civil de 2006 no incluía dicha reforma en el libro de derechos reales. Lo cual muestra cuán fuera de la realidad están los "reformadores".

¿Cuáles son las razones para no instaurar el sistema del registro para la transmisión inmobiliaria? Tradicionalmente se han esgrimido varias razones:

- i) Se ha dicho que el registro es deficiente en el Perú. Nuestro notable jurista Max Arias-Schreiber sostenía que: "Se descartó la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble debido a deficiencias de los Registros Públicos no solo en Lima sino en provincias" (Arias-Schreiber: 1992). Pero esto, que podría admitirse en el pasado cuando nuestro registro era manual, no lo es ahora, ya que tenemos un registro moderno y cada vez más adecuado a la era virtual.

Esta crítica no es exclusiva para el Perú. También en Argentina, hasta antes de la reforma impuesta por ley 17.711, el mismo Vélez Sarsfield pensaba que Argentina no estaba preparada para la publicidad por ser un territorio tan dilatado. Pero, como ha hecho notar Alberto Spota, esto no se armonizaba con la exigencia de Vélez para las hipotecas y la anticresis (Spota: 1971), es decir, la escritura pública y el registro.

Podemos decir entonces que, igual que en Argentina, si para la hipoteca y la anticresis se exigía la escritura pública y el registro, lo cual fue corregido por la reforma de 1968, entonces también en el Perú debe establecerse el registro obligatorio para la transferencia de la propiedad, pues siempre se ha exigido para la hipoteca.

- ii) Se argumenta, adicionalmente, que supone más gastos. En realidad esto no es cierto, máxime cuando por ahorrar algo de dinero, un comprador termina perdiendo todo el dinero pagado y el mismo bien inmueble.

Inclusive las notarías ni siquiera están interconectadas. Muchos seudovendedores transfieren el inmueble en una notaría y luego lo vuelven a vender en otra notaría. Para no hablar de la supuesta connivencia entre algunos malos notarios y vendedores inescrupulosos y estafadores.

- iii) Se aduce, por último, que no tenemos un catastro. Pues bien, el sistema del catastro está en implementación, y pronto estará terminado.

Resuelto esto, no encontramos ninguna razón para no modificar este sistema defectuoso del consensualismo, que no responde a nuestra realidad, o, en todo caso, que ya no responde a los nuevos tiempos.

Esa es la razón por la que existen miles de procesos sobre mejor derecho de propiedad.

#### V. ¿SE JUSTIFICA EL PROCESO DE MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD?

No existe *nomen iuris* para este tipo de procesos en el Código Procesal Civil (CPC), como no lo hay para la indemnización por daños y perjuicios, por ejemplo. Pero el tema es de suma importancia, pues se discute nada menos que respecto a la propiedad, o, más precisamente, respecto a cuál de los dos o más compradores (acreedores) es el verdadero propietario de un inmueble. Esto por cierto ha conspirado para una mejor y más 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 Investigaciones 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, etcétera.

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

De suerte, pues, que los procesos de carácter real que más se dan son los de tercería de propiedad y luego los de mejor derecho de propiedad.

Recuérdese que, entre los ejemplos señalados, son precisamente estos dos tipos los que más se utilizan para

dilucidar a quién corresponde un bien inmueble que se transfiere a dos o más personas. Esto es, pues, sintomático y sirve de fundamento para que afirmemos que, en tanto no se modifique el artículo 949 del Código Civil, y los que están en conexión con él (arts. 1.135, 2.022, etc.), el proceso de mejor derecho de propiedad es uno de los procesos reales que más se presenta en la práctica, y, por ende, se justifica su regulación y estudio.

#### CONCLUSIONES

1. Creemos que, en tanto perviva el artículo 949 del Código Civil y, por consiguiente, el sistema consensual, está plenamente justificada la existencia del proceso de mejor derecho de propiedad.
2. Lo anterior se desprende también de lo que dispone el artículo 1.135 del Código, ya que transfiriéndose el mismo bien inmueble a dos o varias personas, es necesario dilucidar quién es el verdadero y único propietario del inmueble. La solución del Código Civil de que en tal caso resulta ganador aquel que primero registró el inmueble, no es satisfactoria, pues supone que hay una persona —o incluso varias— que se perjudica por esta estafa.
3. Lo mismo puede decirse del artículo 2.022, apartado 1º, que determina que, en caso de colisión entre dos derechos reales inmobiliarios, prima quien opone un derecho inscrito con anterioridad.
4. En nuestro país en realidad hay dos modos de adquirir la propiedad inmueble: i) mediante el simple consenso o contrato entre las partes (art. 949), que es el modo regular; y, ii) por medio del registro cuando hay que oponerlo a terceros (art. 1.135), que es el modo sui generis. Tales reglas no hacen sino reconocer dos sistemas contrapuestos que regulan la transferencia de la propiedad inmobiliaria.
5. Desde el punto de vista procesal, es vital e indispensable la existencia del proceso de mejor derecho de propiedad, puesto que no son pocas las circunstancias en que estemos frente a este problema. Es más, como se deduce de lo afirmado en el rubro anterior, el proceso de mejor derecho de propiedad es el segundo tipo de proceso real que más se emplea, a continuación de la tercería de propiedad, sintomáticamente aquellos dos procesos donde se define la propiedad.
6. Los proyectos de reforma del Código Civil, como por ejemplo el que hizo suyo el Ministerio de Justicia en el 2006, no prevén el inmediato cambio del texto del

artículo 949 y, por secuela natural de este, la modificación del artículo 1.135 del Código.

7. Los Registros Públicos han mejorado sustancialmente con relación a épocas pasadas. Esta institución luce ahora: i) una infraestructura moderna e interconectada virtualmente; ii) costos sustancialmente más bajos que antes, al igual que los costos de los notarios; iii) una avanzada elaboración del sistema catastral nacional.
8. El sistema notarial está desarticulado. Se requiere por el contrario un sistema donde los notarios estén interconectados, para así evitar que los timadores y estafadores profesionales los sorprendan. Se llega al extremo de que un vendedor transfiere un inmueble en una notaría y luego lo vende en otra notaría. Es decir, ya ni siquiera el problema es entre un bien registrado y otro que no lo está (caso previsto por el art. 1.135), sino que el mismo bien inmueble es vendido en dos o más notarías.

#### BIBLIOGRAFÍA

- \* ARIAS-SCHREIBER, Max. "Los Derechos Reales en el Código Civil". En: Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, pp. 53-72.
- \* PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. *Notas al Tratado de Derecho Civil* de Martín Wolff y otros. Volumen I, Tomo III, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1936.
- \* REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI-B, Okura Editores, Lima, 1985.
- \* RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Jurisprudencia Civil y Comercial*. Grijley, Lima, 1997.
- \* RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo II, tercera edición, Editorial Rodhas SAC, Lima, 2007.
- \* RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Proceso Civil y Comercial*. Tomo I, tercera edición, Idemsa, Lima, 2008.
- \* SPOTA, Alberto G. *Curso sobre temas de Derecho Civil*. Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1971.
- \* WOLFF, Martín; ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil*. Volumen I, Tomo III, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1936.

UNIDAD III: PROBLEMÁTICA SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE LA POSESIÓN.

3. AAVV. Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de posesión precaria. En: *Ius et Veritas*. N° 43. Lima, 2013, pp. 352-358.



Mesa Redonda con Jorge Avendaño Valdez<sup>(\*)</sup>,  
Martín Mejorada Chauca<sup>(\*\*)</sup> y Rómulo Morales Hervias<sup>(\*\*\*)</sup>

## Discusión en torno al **Cuarto Pleno Casatorio Civil** sobre el concepto de Posesión Precaria<sup>(\*\*\*\*)</sup>

*Discussion on the 4th Binding Precedent in Civil Law about the concept of Tenancy at Will*

**Resumen:** Destacados expertos en Derecho Civil Patrimonial en el Perú dialogan a propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil. Habiendo tenido este último como punto central la definición del concepto de poseedor precario, los ponentes se discuten sobre los antecedentes, conclusiones y consecuencias de la sentencia del Pleno Casatorio Civil.

**Palabras Claves:** Pleno Casatorio - Posesión - Poseedor precario - Juicio de desalojo - Corte Suprema - Proceso sumario

**Abstract:** Leading peruvian experts in Private Law dialogue about the judgment given by the Supreme Court which has established a binding precedent on the concept of tenancy at will. The experts discuss about the history, conclusions and implications of the position taken by the Supreme Court.

**Keywords:** Binding precedent - Possession - Tenancy at will - Eviction judgment - Supreme Court - Summary procedure

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho Privado por la misma universidad. Profesor de Derecho Civil en la misma casa de estudios. Socio fundador del Estudio Jorge Avendaño Abogados. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación IUS ET VERITAS.

(\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Civil en la PUCP. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano.

(\*\*\*) Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho de los Contratos por la Università degli Studi di Roma «Tor Vergata», revalidado por el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Especialización en Derecho y en Responsabilidad Civil en la Università degli Studi di Roma «La Sapienza». Doctor en Derecho por Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*\*\*) Mesa Redonda preparada por José Carlos Fernández Salas, Rodrigo La Rosa Manrique, miembros extraordinarios de la Asociación Civil IUS ET VERITAS; y Enrique Zevallos Córdova miembro ordinario de la misma asociación. La asociación agradece profundamente a los doctores Jorge Avendaño Valdez, Martín Mejorada Chauca y Rómulo Morales Hervias por su colaboración y disponibilidad para responder nuestras preguntas de manera virtual.

## Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria *Discussion on the 4th Binding Precedent in Civil Law about the concept of Tenancy at Will*

**1. Con relación al tema del Pleno Casatorio, ¿cuál fue el estado de la cuestión que motivó la decisión de los vocales de abordar el desalojo por ocupación precaria? ¿Consideran que era necesario el análisis de dicha institución por parte de la Corte? Esto teniendo en mente la gran variedad de temas que podrían ser pertinentes para un tratamiento jurisprudencial.**

**Jorge Avendaño:** Soy de la opinión que sí era necesario que la Corte Suprema fijara una posición respecto al tema del ocupante precario. Ello porque se han dado una serie de ejecutorias en uno y otro sentido. De tal forma que el tema no estaba muy claro. Los jueces y vocales en todo el Perú requerían de cierta orientación. Aún dentro de la Corte Suprema había opiniones distintas, ya que el artículo 911 del Código Civil ha dado lugar a muchas discusiones.

Como sabemos, la ocupación precaria tiene su origen en Roma, sobre la cual no cabe remontarnos ahora. Sin embargo, en el Perú esta era una institución muy usada. O mejor dicho, la desocupación por ocupación precaria, desalojo o desahucio.

Hubo una época en que estaban prohibidos todos los juicios de desalojo, o desahucio, como lo definía el antiguo Código de Procedimiento Civiles. Bajo el antiguo código, solo se podía desalojar cuando faltaba pago, y aun así cuando se trataba de una casa de habitación (tuvieran el valor que tuvieran), el ocupante o inquilino podía consignar el valor que adeudado más una cantidad prudencial equivalentes a las costas del proceso y se cortaba el juicio.

Es bajo esta antigua regulación que era muy frecuente que se diera la siguiente situación: Yo le alquilo mi casa a Juan; sin embargo, el que vivía en la casa era Jorge, quien era su hermano y ocupaba la casa porque el primero había viajado al Cusco. De esa forma, Jorge pagaba puntualmente la renta pero las boletas que le daban estaban a nombre de Juan. De forma que Jorge no podía acreditar los pagos hechos, entonces cabía en ese caso el juicio de desalojo por ocupación precaria. Ello como una excepción a la regla general a la prohibición a los juicios de desalojo en aquel tiempo.

Cuando redactamos el Código Civil quedó ese rezago del ocupante precario porque había sido muy utilizado con arreglo al código procesal anterior. Por otro lado, había una gran

utilización de la institución legal había aún mucha discusión y por eso, era necesario que un Pleno Casatorio definiera que como debería entenderse la figura del ocupante precario.

**Martín Mejorada:** Se trata de un pronunciamiento vinculante del Pleno Civil de la Corte Suprema, por el cual se fijan criterios para identificar al poseedor (precario) que debe ser retirado del inmueble por la vía del proceso de desalojo (artículo 586 del Código Procesal Civil). La Corte ha señalado casos en los que procede el desalojo, lo que equivale a decir que en ellos estamos ante un poseedor precario. Estos son: i) cuando el ocupante era parte de un contrato que ha quedado resuelto extrajudicialmente, siempre que para la resolución se haya cumplido el procedimiento formal previsto en la ley y en el mismo contrato; ii) cuando el poseedor es parte de un arrendamiento vencido, y el propietario ha expresado su voluntad indubitable de concluir la relación exigiendo la devolución del bien; iii) cuando el poseedor invoca un título cuya nulidad se aprecia claramente, sin mayor investigación; iv) cuando el ocupante posee en virtud de un arrendamiento no inscrito, y el inmueble lo adquiere un tercero de buena fe que no acepta la permanencia del arrendatario; v) cuando el poseedor no muestra claramente un título sobre el suelo, pese a haber construido sobre él; y, vi) cuando el poseedor que alega haber ganado la propiedad por prescripción no exhibe prueba contundente sobre ese hecho jurídico.

Antes de este precedente existía incertidumbre sobre cuando se consideraba precario al demandado a efectos del desalojo. Las posiciones de la judicatura eran sinuosas y la doctrina local más aún. Desde posturas históricas, algo desfasadas, sobre el concepto de precario, hasta las interpretaciones literales de las normas sustantivas y procesales, pasando por definiciones funcionales más flexibles, lo cierto es que había para todos



## Mesa Redonda con Jorge Avendaño Valdez, Martín Mejorada Chauca y Rómulo Morales Hervias

los gustos menos claridad. El precedente tiene el gran mérito de haber fijado un camino de alguna certeza sobre la materia y eso es lo más valioso en materia judicial, se llama “predictibilidad”.

La producción de precedentes vinculantes es competencia exclusiva del Pleno de la Corte Suprema, derivada de una autorización prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil. A partir de un caso concreto los jueces supremos se reúnen y abordan una cuestión recurrente en los despachos judiciales, decidiendo cómo se debe interpretar la ley en un determinado asunto. No cabe duda que el desalojo, concretamente la identificación del poseedor precario, es un asunto de gran reiteración en las disputas sobre derechos inmobiliarios. Así pues la elección del tema estuvo perfectamente justificada.

**Rómulo Morales:** El estado de la cuestión se puede dividir en tres situaciones descritas en el Fundamento 50 de la Casación No. 2195-2011-Ucayali de 13 de agosto de 2012 (en adelante, Cuarto Pleno Casatorio Civil): (i) La jurisprudencia imprecisa sobre el ocupante precario es producto de “una legislación no muy precisa” y la doctrina otorga “un concepto variado, impreciso y contradictorio”; (ii) esta situación genera inseguridad jurídica que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica, poseen un gran número de predios por un tiempo prolongado; y, (iii) además dicha situación genera un alto porcentaje de gasto del presupuesto del Estado para atender la solución de tales conflictos. Si el estado de la cuestión se resumiera en esas tres situaciones, considero que no eran suficientes para hacer un análisis sobre el precario. Hay otras razones por las que sí era necesario un pronunciamiento como los abusos de los demandantes de iniciar procesos de desalojo contra arrendatarios o compradores calificándolos erróneamente como precarios.

### **2. Se pueden observar en el Pleno Casatorio al menos dos posturas: la que identifica a la figura del precario con la detentación en virtud a una mera liberalidad o tolerancia; y la postura que le da al concepto de precario un contenido procesal en función a las normas del Código Procesal Civil. ¿Cuál es su posición al respecto?**

**Jorge Avendaño:** Mi posición se acerca más a aquella que entiende al poseedor precario con aquel que detenta en virtud de una mera liberalidad o tolerancia. El Código Civil entiende

de esa forma al poseedor precario, como poseedor ilegítimo, ya que este nunca tuvo título o si lo tuvo, este ha fenecido.

Por eso, el ocupante precario se identifica usualmente con aquella persona que ocupa la propiedad del prójimo. El Código Civil no hace ninguna mención de si el ocupante precario es aquel que paga o no la renta, sino aquel que no tiene título.

Ahora, debemos entender la palabra “título” como contrato, o más en específico como acto jurídico, y no como papel. Por ello, quien tiene un título, tal como lo entiende el código, es aquel quien tiene un convenio y por tanto, tiene el derecho a cambio del pago de una renta o el que tenía fenecido. Ello porque podría darse el caso que me dieran el alquiler del bien por un plazo de cinco años y yo siguiera ocupando el bien, a pesar de que mi título ya ha fenecido.

**Martín Mejorada:** Mi posición es la que sustenté en el Pleno en calidad de *amicus curia*, y es la que primó en el sentir de la mayoría de los jueces supremos. La Corte ha analizado ampliamente los fundamentos del concepto de posesión precaria, tanto desde el punto de vista de la norma positiva que la define (artículo 911 del Código Civil), como atendiendo al rol que corresponde al desalojo en el sistema de justicia. Se ha decidido por una definición amplia de poseedor precario. Esto implica que en cada caso el juez debe apreciar con libertad y convicción si corresponde o no la entrega del bien, teniendo en cuenta la evaluación sumarísima y de urgencia que supone el desalojo.

Como en este proceso no se hace una investigación profunda de los derechos alegados, sino solo un sumarísimo examen de títulos y fuentes jurídicas, es poseedor precario quien en tales circunstancias se le percibe como carente de derecho. Puede ser que la apreciación sumaria conduzca a una

## Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria *Discussion on the 4th Binding Precedent in Civil Law about the concept of Tenancy at Will*

decisión no deseada y se considere sin derecho a quien sí lo tiene, y viceversa. Esto no debe escandalizarnos pues siempre quedan los procesos latos para resolver lo que será definitivo, contrariando, de ser el caso, lo que resolvió el juez del desalojo.

Por ejemplo, en el desalojo se podría resolver que el poseedor debe entregar el bien (es precario) porque su contrato se resolvió extrajudicialmente cumpliendo las formas, sin embargo, en el proceso lato que se sigue después, se establece que en realidad la resolución no se produjo porque la causa invocada para la extinción del vínculo no era conforme. El demandado en el primer proceso fue un precario porque a los ojos del sumario carecía de derecho a permanecer en el bien. Lo que ocurrió en el segundo proceso no afecta esa conclusión. Solo se es o no poseedor precario en el ámbito del desalojo. Si luego se establece que el poseedor tenía derecho a quedarse en el bien podrá regresar, empero la atribución de “precario” estuvo bien puesta. Fuera del desalojo el poseedor es legítimo o ilegítimo, no precario.

Se podría creer que un concepto tan amplio de poseedor precario implica demasiada discrecionalidad para el juez, generándose incertidumbre para los poseedores. La verdad es que cuando un ocupante tiene derecho sobre el bien usualmente cuenta con los títulos que lo acreditan, al menos en apariencia. Si no puede mostrar algún signo material del derecho que se atribuye y el demandante sí lo hace, pues no merece continuar en posesión. La evaluación de urgencia puede generar resultados injustos, es verdad, pero con la ponderación adecuada y teniendo presente los casos que ha establecido el Pleno la solución será normalmente acertada. Además, la decisión del desalojo siempre puede ser revertida si en el proceso lato que se sigue después se acredita que la calidad de los derechos era distinta a la que se apreció en el sumario.

Si los jueces son funcionarios con criterio material y legal (como se espera) no debe haber sorpresas. Ahora bien, si creemos que los magistrados tienen dificultades para interpretar y aplicar el Derecho, habrá sorpresas no solo en los desalojos sino en todos los procesos judiciales. Lo cierto es que esa amplitud está controlada con el listado de casos señalados en el precedente vinculante, que claramente contiene las situaciones más recurrentes. El Pleno ha señalado el derrotero para facilitar la

actividad cognitiva de los jueces a través de supuestos muy concretos. Para el día a día no hay duda que el gran aporte es la relación de casos que contienen la sentencia del Pleno, mientras que para el mundo académico las consideraciones han delineado los elementos centrales de una importante figura legal, la posesión precaria.

**Rómulo Morales:** Las dos posturas parten de un error conceptual según el cual el precario es un poseedor. He tenido la ocasión de sostener que el precario es un tenedor o un detentador y no un poseedor<sup>(1)</sup>. La normativa aplicable por analogía es la del servidor de la posesión que es un tenedor o detentador con especiales características.

### **3. ¿Cuán relevantes, y de qué manera, fueron los antecedentes históricos y el tratamiento comparado del precario para la Corte al momento de adoptar una posición?**

**Jorge Avendaño:** En lo que respecta a los antecedentes históricos peruanos, el Pleno Casatorio si los ha tomado en cuenta. Sin embargo, los antecedentes históricos de otros ordenamientos no se han tratado mucho.

Lo que he venido explicando de la figura regulada del ocupador precario en el antiguo Código de Procedimiento Civiles no ha sido objeto de análisis en la legislación comparada, al menos no que yo recuerde.

**Martín Mejorada:** Mi sensación es que no fueron muy relevantes. Luego de una larga exposición sobre los antecedentes de la figura, tanto históricos como doctrinarios del derecho comparado y de las posturas locales, la posición mayoritaria opta por una solución funcional. Se resuelve que los jueces deben

(1) MORALES, Rómulo. *El precario: ¿es poseedor o tenedor (detentador)? A propósito del Cuarto Pleno Casatorio Civil*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. No. 180. Lima: Gaceta Jurídica, 2013; pp. 24-26.



## Mesa Redonda con Jorge Avendaño Valdez, Martín Mejorada Chauca y Rómulo Morales Hervias

decidir los reclamos sobre entrega de bienes y no escudarse en la existencia de procesos latos donde también se puedan discutir sobre el derecho a poseer. El Pleno fija criterios para identificar al precario con cierta facilidad y sacarlo del predio que ocupa sin derecho, ahí donde en el pasado habría permanecido debido a la supuesta oscuridad del concepto.

**Rómulo Morales:** El Cuarto Pleno Casatorio Civil no tomó en cuenta la doctrina comparada de Alemania, Italia y Portugal para determinar el significado del precario. El concepto de precario es uno de la doctrina del negocio jurídico y no de la doctrina de los derechos reales. Un ejemplo es una doctrina portuguesa que coloca al precario como un sujeto tolerado o autorizado para detentar la cosa frente al tolerante o un sujeto autorizador: “La estructura precaria está constituida por la limitación de los medios de tutela de una situación jurídica de modo que estos no reaccionan a determinada actuación de un tercero, y por eso, el precario corresponde a la posición de quien se beneficia de esa limitación. El tolerante tiene un precario. La vinculación entre tolerancia y precario viene de hecho de la tolerancia que da origen a un precario”<sup>(2)</sup>.

Esta relación entre el precario (detentador o tenedor o sujeto autorizado o tolerado) y el poseedor (sujeto autorizador o tolerante) nace de un negocio jurídico de autorización: “La autorización es un acto jurídico específicamente destinado a provocar, directa o indirectamente, la obtención de legitimidad para el autorizado. La autorización se realiza como título de legitimidad. La autorización puede constituir una posición jurídica en la esfera jurídica del autorizado que le permite actuar en nombre propio sobre la esfera del autorizador (autorización constitutiva)”<sup>(3)</sup>. El poseedor autoriza al precario a la tenencia o a la detentación de la cosa mediante un negocio jurídico unilateral: “La autorización constitutiva es típicamente un negocio jurídico unilateral, del cual resulta por reflejo para el autorizado un precario”<sup>(4)</sup>. Así, el precario tiene legitimidad para la tenencia o la detentación de cosa: “La legitimidad es un punto de partida para la eficacia del acto, y para la determinación de lo que es necesario para la eficacia

del acto. Mediante el juicio de legitimidad es posible saber quién es la persona concreta para realizar ciertos actos jurídicamente eficaces sobre determinados objetos de tal manera que los mismos se pueden considerar jurídicamente eficaces”<sup>(5)</sup>.

Además, el sujeto autorizador (poseedor) tolera la tenencia o la detentación de la cosa por parte del sujeto autorizado (precario): “Pero al mismo tiempo en la tolerancia el titular tolerante siempre está consciente del comportamiento del tercero y su propia posibilidad de reacción, no reaccionando voluntariamente, en la inacción el titular puede estar, o no estar, consciente de ello. La consciencia de violación y de la posibilidad de reacción es esencial en la tolerancia, pero ya no es la inacción”<sup>(6)</sup>. La tolerancia es un concepto clave para entender la situación del precario: “Aquel que tolera, se encuentra en una situación en la cual, sabiendo de la violación y pudiendo reaccionar, decide soportar voluntariamente esa situación. No solo puede tolerar o no, sobre todo, escogiendo si reacciona a la actuación del tercero o no, opta por no hacerlo, creándose una actuación tolerada. El tolerante conoce y soporta pacientemente el acto del tercero”<sup>(7)</sup>. No obstante, la situación de tolerancia se extingue cuando el poseedor (sujeto autorizador o tolerante) revoca el negocio jurídico de autorización y sucesivamente puede exigir al precario la entrega (no la restitución) de la cosa.

### **4. De la forma que ha sido planteado el Pleno, ¿puede tener todavía algún asidero una posición distinta a la adoptada?**

**Jorge Avendaño:** No debería discutirse sobre

(2) DE VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. *A autorização*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012; p.131.

(3) *Ídem.*; p. 460.

(4) DE VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. *Óp. cit.*; p. 460.

(5) DE VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. *Ídem.*; p. 181.

(6) DE VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. *Ídem.*; p. 112.

(7) DE VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais. *Ídem.*; p. 113.

## Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria *Discussion on the 4th Binding Precedent in Civil Law about the concept of Tenancy at Will*

otras posiciones. Justamente ese es el propósito de los plenos casatorios, que sean vinculantes para todos, ello incluye tanto a los jueces como a los demás operadores jurídicos. En el caso del presente Pleno Casatorio, que se dio a propósito de un proceso de desalojo por ocupación precaria, la Corte Suprema se ha pronunciado en un sentido. Decisión que es vinculante no solo para quienes conforman el colegiado que dio origen a la resolución, sino para todos los jueces de todas las jerarquías. Por tanto, no deberían haber más discrepancias. Sin embargo, todo ello es lo que en teoría debería darse, lo más probable es que en la práctica que otro sea el panorama.

Yo personalmente participé en el Pleno Casatorio; sin embargo, no logro comprender del todo lo que ha resuelto la Corte Suprema. Me animaría a decir que los propios jueces de la Corte Suprema tenían algunas confusiones respecto a este tema y que aun las tienen. Por ello, me temo que se van a dar interpretaciones diversas aun después del Pleno Casatorio.

**Martín Mejorada:** La Corte no tiene facultades legislativas, empero a través de los precedentes vinculantes se logra un efecto similar y hasta se diría más eficaz, ya que el precedente da lugar a uno o varios casos que al ser supuestos prácticos se entienden más fácilmente que una norma, y son igualmente obligatorios. Es cierto que los precedentes dan cuenta de la interpretación y aplicación de normas, pero al fin y al cabo “la ley es lo que los jueces dicen que es” y si lo dice un Pleno, no solo es una opinión jurídica sino un mandato que todos los jueces deben obedecer.

Por más emotivas y sólidas que sean las discrepancias con lo resuelto en el Cuarto Pleno, la decisión está tomada y en adelante la posesión que da lugar al desalojo es la que se señala en el precedente. Este hecho es valioso en sí mismo, ya que al menos para los supuestos que el precedente indica, no habrá duda sobre cómo deben resolver los jueces. Se llama “predictibilidad” de las decisiones judiciales y es el valor más apreciado en un Estado de Derecho.

**Rómulo Morales:** Es posible sostener una tesis distinta a la desarrollada por el Cuarto Pleno Casatorio cuando sus argumentos, según pienso, se basan en un error conceptual según el cual el precario es un poseedor inmediato.

### 5. Con relación a los supuestos consignados explícitamente en el Pleno, ¿fueron

### todos adecuados? ¿Qué otros casos podrían mencionarse?

**Martín Mejorada:** La Corte deja en claro que estamos ante una lista enunciativa, de modo que las consideraciones del Pleno servirán para resolver otros casos similares. También se ha establecido que en estos supuestos no existe una declaración definitiva de derechos, sino solo la constatación veloz del título que según el demandante le permite acceder al bien, y de la causa que tendría el demandado para permanecer. Si las circunstancias materiales que rodean las alegaciones se aprecian complejas para lo apretado del proceso de desalojo (proceso sumarísimo), no se ordenará la entrega. El Pleno concluye que nada de lo resuelto en el sumarísimo es vinculante para los procesos latos en los que se discute ampliamente sobre los títulos del predio (acción reivindicatoria y otras acciones posesorias), pudiendo incluso resolverse en éstos de un modo totalmente distinto a lo dicho en el desalojo.

Creo que se abordaron los supuestos más saltantes de la experiencia judicial. Existen infinidad de casos que podrían considerarse como parte del precedente, dada su flexibilidad. Uno que me gusta mencionar en clase es la del poseedor que dice ser dueño porque el propietario anterior le regaló el inmueble y muestra un documento privado efectivamente suscrito por el donante. En este caso, pese al documento verdadero, claramente el poseedor es precario ya que la donación inmobiliaria requiere una escritura pública conforme al artículo 1625 del Código Civil. El documento privado no tiene ningún valor para estos efectos y eso lo sabe perfectamente el juez del desalojo.

**Rómulo Morales:** Los casos citados en el Cuarto Pleno Casatorio Civil son inadecuados porque ninguno de los sujetos mencionados son precarios. Por ejemplo, los arrendatarios no son precarios sino poseedores inmediatos.



## Mesa Redonda con Jorge Avendaño Valdez, Martín Mejorada Chauca y Rómulo Morales Hervias

Algunos casos no mencionados fueron los casos en que algunos sujetos se aprovechan de la tolerancia del titular del derecho o quienes tienen la tenencia por razones de servicio o de hospitalidad.

### **6. Como puede el Pleno pedir en lo posible un análisis de fondo de las demandas, evitando las improcedencias, si se trata de un proceso sumarísimo**

**Jorge Avendaño:** En realidad, no cabe realizar un análisis de fondo, en especial cuando hablamos de un proceso de desalojo. En este último caso, lo único que se debe probar es si quien está siendo demandado tiene un título. Asimismo, de ser el caso que el demandado tenga un título este debe constar en un papel. Ello es obvio ya que toda relación jurídica, más aun un contrato, consta en ordinario en un papel que permitan acreditar lo que se alega. Después de ello, no cabe más prueba que actuar. Asimismo, si lo que se alega es que la relación jurídica ya se extinguió, se sigue la misma lógica.

Podríamos estar hablando de un contrato de arrendamiento, o uno de usufructo, o de cualquier relación jurídica que autorice a alguien a usar el bien de un tercero, y en todos esos casos debería haber un papel con fecha que los acredite. Bastará pues con observar el papel para darnos cuenta si la relación jurídica se extinguió o no.

**Martín Mejorada:** Aun en la sumariedad del desalojo los jueces deben hacer un análisis de la situación del demandado, sobre la base de las pruebas que se presentan en el proceso de urgencia. La decisión que se adopta se basa en la apariencia del derecho. La conclusión no es definitiva sobre el derecho a poseer, de modo que no hay drama. Quien se considere afectado por el resultado del desalojo puede llevar la discusión sobre el derecho a poseer a un proceso lato, pero ahí sí tiene que probar de manera contundente su derecho sobre el bien, más allá de las apariencias.

**Rómulo Morales:** Es una contradicción hacer un análisis sustantivo en un proceso diseñado para no ejercer las defensas de fondo y de forma.

### **7. Entendemos que el Pleno vincula todas las sentencias jurisdiccionales, ¿ustedes consideran que siempre se deberá tomar esta posición? ¿Cuál**

### **creen que va a ser el impacto del Pleno en los procesos judiciales?**

**Jorge Avendaño:** Bueno, así debería ser. En ello consiste el Pleno Casatorio, que el acuerdo al que han llegado los vocales supremos obligue a todos. Los abogados han de tomar en cuenta siempre el pleno y no plantear fuera de lo que en él está establecido. E igualmente, los jueces no deberían sentenciar fuera de lo ya establecido en el pleno. Sin embargo, como ya he mencionado en esta conversación, creo que el resultado del pleno, la resolución que ha dado a lugar a un fallo que no es suficientemente claro. En ese sentido, me temo que las discusiones respecto a este tema van a continuar.

**Martín Mejorada:** Obviamente, para eso existen los plenos, para dar certeza y confianza en las decisiones. El Cuarto Pleno ya viene produciendo sus frutos, no solo porque las sentencias de las instancias inferiores se están uniformizando, sino porque los propios litigantes están ajustando su conducta sobre la permanencia posesoria de bienes ajenos o en el diseño de estrategias para recuperar sus bienes.

**Rómulo Morales:** Felizmente, el Cuarto Pleno Casatorio Civil no es obligatorio para otros procesos judiciales o arbitrales futuros. Ninguna sentencia o laudo lo es. Si se considera que la jurisprudencia es obligatoria no solo sería una afirmación que contraviene los principios constitucionales de la administración de justicia sino que además se impediría el desarrollo de otros argumentos jurídicos bien fundamentados. Además, si se considera que la jurisprudencia es obligatoria porque lo dicen los jueces de la Corte Suprema, el mensaje sería pernicioso: "Soy juez y digo lo que quiero". Ello es inaceptable. Nadie tiene la última palabra en cuestiones jurídicas. Toda interpretación es cuestionable y es bueno que lo sea para el desarrollo de otros argumentos jurídicos adecuadamente fundamentados.

UNIDAD III: PROBLEMÁTICA SOBRE LA TUTELA DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y DE LA POSESIÓN.

4. Héctor LAMA MORE. La defensa posesoria extrajudicial en el nuevo texto del artículo 920 del Código Civil. En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 14. Lima: agosto de 2014, pp. 13-21.

## **¿Ojo por ojo, diente por diente?:**

### **Análisis de la modificación del artículo 920 del Código Civil.**

**Raúl Ravina** <sup>1</sup>

\*\*

Con este trabajo académico, el doctor Raúl Ravina repasa los principales aspectos de la posesión y sus métodos de defensa. A continuación, el autor comenta las implicancias, ventajas y desventajas que ha traído consigo la reciente modificación del Código Civil en materia de defensa posesoria extrajudicial.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Socio del Estudio Grau SCRL, es actualmente profesor en la Facultad de Derecho en la Universidad del Pacífico y en la de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y ha sido profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* Quiero agradecer muy especialmente a Denisse Figueroa D'Ugard, Antonella Gutiérrez Rosales, y Nicole Nalvarte Atencia, alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, quienes han participado con esmero en la preparación del presente trabajo. Las tres fueron excelentes alumnas del curso de Derechos Reales de la Facultad del Pacífico y han aportado con sus conocimientos e ímpetu en la preparación de este trabajo. Les auguro a ellas el mejor futuro profesional.

## ¿Ojo por ojo, diente por diente?:

### Análisis de la modificación del artículo 920 del Código Civil.

"podemos repeler con las armas al que viene con armas; **mas esto inmediatamente**, no después de un intervalo, con tal que sepamos que no solamente está permitido resistir, para no ser echado, sino que el que hubiere sido echado eche al mismo, no después de un intervalo, sino inmediatamente"

Según Ulpiano, Digesto, L. XLIII, t. XLI

El 12 de julio del presente año, se publicó la Ley N° 30230 que, entre otros temas, modificó el artículo 920° del Código Civil, referido a la defensa posesoria. El presente trabajo tiene por finalidad analizar los alcances de la modificación y la conveniencia de la misma.

#### I. Heterocomposición y autotutela.-

Desde comienzos de la humanidad, se han presentado conflictos entre los seres humanos, por razones de sobrevivencia, por una ofensa, por el derecho a tener algún bien o por algún incumplimiento, la vida en sociedad determina que se produzcan diferencias entre las personas, que tienen que ser resueltas. Es así que, en un primer momento, como sostiene Monroy<sup>2</sup>, la "acción directa" se perfila como la primera solución a los conflictos de intereses en la evolución histórica de la humanidad, en la que "el animal humano resuelve en forma inmediata, práctica e instantánea sus conflictos intersubjetivos teniendo como instrumento exclusivo el uso de la fuerza" es decir, "es la prescindencia de todo método razonable para solucionar un conflicto de intereses".

En ese sentido, el mismo autor<sup>3</sup> hace referencia a un ejemplo sencillo pero ilustrativo para entender la forma en que se resolvían los conflictos interpersonales al inicio de la

---

<sup>2</sup> Monroy Gálvez, Juan, En: "*Teoría General del Proceso*", Palestra Editores, Lima 2007, pp. 39-40.

<sup>3</sup> Monroy Gálvez, Juan, En "*Teoría General del Proceso*", Palestra Editores, Lima 2007, p. 39.

historia del ser humano: el escenario se centra en el Paleolítico inferior en el que se produce una disputa entre dos hombres primitivos, originada en atención a que uno le ha arrebatado la lanza (su instrumento de supervivencia) al otro; así, luego del despojo, el perjudicado busca recuperar la lanza a la fuerza, por tanto la manera de solucionar el conflicto de intereses originado en la posesión de la lanza es la confrontación física directa entre los protagonistas con la probable desaparición o inutilización de ambos contendientes. En la misma línea se pronuncian Alzamora Valdez<sup>4</sup> y Couture<sup>5</sup>.

Sin embargo, esta forma de resolución de conflictos hubiese podido terminar en la autodestrucción de nuestra especie, por ello, los seres humanos deciden ponerse de acuerdo en respetar algunas reglas básicas de respeto mutuo que, entre otras obligaciones, impone poner en manos de un tercero (el Estado) la resolución de sus disputas, eliminándose la acción directa. Así, lo señala Monroy<sup>6</sup>, las situaciones que en los estadios primitivos de la civilización fueron resueltas directamente utilizando la fuerza, y con el tiempo se fueron autorregulando por cada cultura, postulándose inicialmente la intervención de un tercero quien, al evitar la agresión directa de los interesados, proponía además una solución al conflicto.<sup>7</sup>

Esta forma de resolver conflictos se conoce como heterocomposición y es la forma más civilizada en que los seres humanos en sociedad resuelven los conflictos que no han podido resolver directamente de forma civilizada<sup>8</sup>. Al respecto, Reggiardo<sup>9</sup> señala que

---

<sup>4</sup> "En las sociedades primitivas-históricas o actuales- los hombres apelan a la fuerza para defender sus derechos. Cada cual califica su pretensión, elige los medios para poner término a la amenaza y para vengar el agravio; es, de este modo, juez y parte en los conflictos que le atañen". Alzamora Valdez, Mario, *Derecho Procesal Civil-Teoría General del Proceso*, Lima, Tipografía Peruana. 1967, p. 1.

<sup>5</sup> "El hombre primitivo, no sólo primitivo en la edad histórica sino también primitivo en la formación de sus sentimientos e impulsos morales, la reacción contra la injusticia parece bajo la forma de venganza. El primer impulso del alma rudimentaria es la justicia por propia mano. Sólo a expensas de grandes esfuerzos históricos ha sido posible sustituir en el alma humana la idea de la justicia por mano propia por la idea de justicia a cargo de la autoridad". Couture, Eduardo J., *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires. De Palma. 1978. p. 16-17.

<sup>6</sup> Monroy Gálvez, Juan, "Conceptos elementales de Proceso Civil", En: "*Revista del Foro*", Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N° 1, Lima, 1993, p. 75.

<sup>7</sup> "De un caos en que prevalecía la Ley del más fuerte se pasó a un orden jurídico en que prevalece el criterio de un sujeto imparcial sustituyéndose la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado (...)". González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 20.

<sup>8</sup> Método conocido como el de la Autocomposición que consiste en la resolución del conflicto a partir de un acuerdo entre las partes, en el que no medie coacción y/o coerción, por parte de los involucrados en el referido conflicto en atención a sus intereses

este método se caracteriza porque las partes no solucionan el conflicto por sí mismas, sino que la labor corresponde a un tercero cuya decisión es de obligatorio cumplimiento para ellas<sup>10</sup>.

Frente a la heterocomposición, tenemos a la autotutela, respecto a la cual Alcalá-Zamora señala que, "expresa la natural reacción del sujeto lesionado en su interés, cuando el impulso de los contendientes en litigio, que al acudir a ella se dejan llevar por consideraciones egoístas, con prescindencia de toda idea de solidaridad social"<sup>11</sup>.

Respecto a la autotutela, Reggiardo comenta que la alta probabilidad de que se generen consecuencias nefastas a partir del actuar violento, llevó a que las sociedades busquen métodos donde un tercero intermedie para evitar la descomposición social, de ahí que la autotutela generalmente está prohibida por la ley y es permitida solo de manera excepcional. Por su parte, Véiscoli<sup>12</sup> señala que "la autotutela se caracteriza por dos notas especiales: (i) la ausencia de un tercero distinto a las partes que pueda resolver el conflicto; y, (ii) la imposición de la decisión de una de las partes a la otra."

La existencia de la heterocomposición no elimina del todo la autotutela, de hecho, por excepción, nuestro ordenamiento admite algunos supuestos de autotutela que Reggiardo<sup>13</sup>, aplicando los criterios utilizados por Ovalle Favella<sup>14</sup>, los clasifica de la siguiente manera:

"(i) la respuesta a un ataque precedente, que es el caso de la legítima defensa (artículo 20.3 del Código Penal) o del derecho del poseedor a repelar razonablemente la fuerza que se emplee contra él y a recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído (artículo 921 del Código

---

particulares, por lo que, estamos ante un mecanismo que depende de la decisión de los involucrados.

- <sup>9</sup> Reggiardo Saavedra, Mario, "Encuentros y desencuentros de la jurisdicción: sobre el diseño constitucional de la solución de conflictos". En: *Ius et veritas*, Lima, 2013, p. 20-21.
- <sup>10</sup> Asimismo, describe que a partir de quién resuelve el conflicto tenemos dos formas de heterocomposición: privada (como el arbitraje), en la que las partes escogen libremente la persona o personas que van a solucionar el conflicto; y pública, en la que un órgano del Estado es quien tiene el poder de solucionar el conflicto.
- <sup>11</sup> Alcalá-Alzamora Y Castillo, Niceto, *Proceso, Autocomposición y defensa*, 2da Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1970, p. 30.
- <sup>12</sup> Véscovi, Enrique, *Manual de derecho procesal: actualizado según el Código General del Proceso*, 3ª Edición, Ediciones Idea, Montevideo, 1994, p. 9.
- <sup>13</sup> Reggiardo Saavedra, Mario, "Encuentros y desencuentros de la jurisdicción: sobre el diseño constitucional de la solución de conflictos". En: *Ius et veritas*, Lima, 2013, p. 17-18.
- <sup>14</sup> Ovalle Favella, José, En *Teoría general del proceso*, Tercera edición, Oxford University Press - Harla, México D.F., 1996, p. 11-14.

Civil)<sup>15</sup>; (ii) el derecho de retención del poseedor en los casos que debe ser reembolsado de mejoras (artículo 918 del Código Civil); (iii) el ejercicio de las facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción, como es el caso de la obediencia jerárquica (artículo 20.9 del Código Penal); (iv) el ejercicio de la potestad de uno de los sujetos en conflicto, como son las facultades disciplinarias y sancionadoras, y; (v) la presión o coacción sobre la contraparte para lograr el prevailecimiento de los propios intereses, también conocida como medida conflictiva.”

En ese sentido, Reggiardo, citando a Alcalá-Zamora, comenta que el referido autor considera que:

“(…) aquellas formas (de autotutela) no pueden estimarse antijurídicas puesto que las autoriza el ordenamiento jurídico, deben reputarse como a-jurídicas desde el punto de vista del sujeto que las utiliza. Pone como ejemplo el caso de la legítima defensa. Cuando un hombre es agredido por otro, así este sea un eximio penalista, no evoca requisitos legales de la legítima defensa para acomodar a ellas su reacción. Repelerá el ataque como pueda y con lo queda. Será después el órgano jurisdiccional quien evalúe si quien alega defensa legítima se excedió o no de los requisitos previstos por la ley<sup>16</sup>.”

Dado que el tema central de este artículo es la defensa extrajudicial de la posesión, haremos una comparación entre los dos supuestos admitidos de autotutela que conllevan una respuesta a un ataque previo: la legítima defensa (en materia penal) y la defensa extrajudicial de la posesión<sup>17</sup>. En ese sentido, para simplificar la comparación, presentamos el siguiente cuadro.

Defensa extrajudicial de la posesión	Legítima Defensa <sup>18</sup>
Despojo o intento de despojo: conducta ilegítima destinada a privar de la posesión al poseedor actual y tomarla para sí.	Agresión ilegítima: conducta humana que es actual (que la agresión sea inminente y se siga desarrollando) y agrede a un bien jurídico.

<sup>15</sup> El artículo correcto es el 920 del Código Civil.

<sup>16</sup> Reggiardo Saavedra, Mario, *Encuentros y desencuentros de la jurisdicción: sobre el diseño constitucional de la solución de conflictos*. En: *Ius et veritas*, Lima, 2013, p. 18.

<sup>17</sup> Utilizaremos para estos efectos el texto recientemente derogado.

<sup>18</sup> Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal: Parte General*, Primera Edición, Grijley, Lima, 2006, p. 534-546.

<p>¿Cómo? Proporcional a los medios utilizados en la agresión, sin exceder lo necesario para evitar el despojo o recuperar el bien.</p>	<p>Necesidad de Defensa: "Solo los bienes del agresor pueden ser afectados por la defensa siempre que le sirvan para la agresión". La referida defensa debe ser necesaria y racional, es decir, " (...) la idónea para impedir o repeler la agresión".</p>
<p>¿Cuándo? En la mínima unidad de tiempo existente entre el ataque y la defensa. Ello en atención a la dramática situación en la que se encuentra.</p>	<p>Falta de provocación suficiente: "El sujeto que se defiende no debe haber provocado la agresión".</p>
	<p>Elemento subjetivo: "La acción defensiva debe responder a una voluntad de defensa".</p>

Como se puede apreciar, más allá de algunas particularidades, ambas instituciones coinciden en que i) se tratan de medidas excepcionales que sólo se permiten en tanto se cumplan todos los elementos de hecho que las normas que las autorizan exigen, ii) buscan evitar la consumación de un daño inminente, iii) debe haber concurrencia o inmediatez entre la agresión y la acción de autotutela, iv) la respuesta debe ser proporcional y no debe usarse como una oportunidad de infringir un daño desproporcionado al agresor, es decir, en ningún caso está legitimada la venganza.

Finalmente, debe entenderse que si nuestro ordenamiento admite estos supuesto excepcionales de autotutela lo hace porque considera que no existe otra alternativa de solución mejor, en el momento en que se realizan los hechos. Sin embargo, la regulación de su ejercicio demuestra que el legislador ha querido que estos mecanismos se mantengan como excepcionales.

## II. El derecho de posesión.-

El artículo 896 del Código Civil define a la posesión como "el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad", siguiendo con esto la teoría objetiva de la posesión de Rudolf Von Ihering.

La teoría objetiva de la posesión relativiza (pero no elimina) el "*animus*" (o elemento voluntario) para la existencia de la posesión. En ese sentido, la voluntad requerida para la posesión es solo una voluntad de poseer (*animus possidendi*) por lo que el comportamiento solo requerirá de un origen de voluntad y que no se trate de un acto

ausente de voluntad. Además, el "*animus*" sólo será identificable "incorporado" en el comportamiento.

En cambio, la teoría subjetiva de la posesión de Friedrich Karl Von Savigny (acogida en países como Argentina), considera indispensable, para que una situación sea considerada como posesoria, que la conducta venga acompañada de la "Intención de conducirse como propietario" o "*animus domini*" como elemento constitutivo de la posesión, y en ese sentido, no admite la condición posesoria de terceros como el arrendatario, comodatario o depositario (que para la teoría objetiva podrían ser poseedores inmediatos), pues ninguno desea dejar de reconocer la propiedad del dueño, sino que "detentan" el bien con el consentimiento del verdadero propietario.

En palabras simples, de acuerdo con la teoría objetiva de la posesión, que nuestro Código Civil acoge, será poseedor aquel que se comporte respecto a un bien como razonablemente se comportaría un propietario. La posesión surge de la conducta propia así como de su impacto en los terceros, de manera que el poseedor actúa sobre el bien como lo haría el propietario o copropietario legítimo o titular de algún derecho patrimonial sobre el bien<sup>19</sup>. Respecto a los terceros, la posesión debe tener un carácter aparente, debe ser pública e identificable socialmente, pues el poseedor, para ser tal, debe ser percibido como si fuera el propietario, aunque en la práctica no tendrá que serlo<sup>20</sup>.

En ese sentido, debe distinguirse el derecho a la posesión del derecho de posesión. El derecho a la posesión implica la legitimidad para poseer pero no necesariamente su ejercicio efectivo, es ese, por ejemplo, el caso de un propietario que, está legitimado para poseer (derecho a la posesión) y ha sido privado de su posesión efectiva. En cambio, un usurpador, si bien carece del derecho a la posesión por falta de legitimidad, ejerce la posesión efectiva del bien (derecho de posesión)

---

<sup>19</sup> Cabe la posibilidad que un poseedor ejerza la posesión en condiciones distintas a las que lo haría un propietario. Es el caso de aquel que posee en razón de un derecho de servidumbre (cuente o no con este título) en este caso, el comportamiento requerido será distinto al que realizaría un poseedor a título de propietario. Por ejemplo, respecto a un predio agrícola, es diferente el comportamiento posesorio que realiza el propietario o el usufructuario del predio (que en la mayoría de casos implicará la siembra, cultivo y cuidado general del terreno) al comportamiento del vecino que ejerza una servidumbre de paso sobre el predio agrícola (que se expresará ejerciendo el paso por este predio)

<sup>20</sup> Si bien la posesión es la "exteriorización" o ejercicio de hecho de los atributos de la propiedad y la protección de la posesión busca otorgar una defensa indirecta de la propiedad (porque posesión y propiedad muchas veces coinciden) no es necesario que el poseedor ostente la propiedad del bien ni ningún derecho menor que legitime su posesión.

El derecho de posesión es una de las instituciones más importantes de los derechos reales y, en consecuencia, el sistema legal otorga al poseedor una serie de protecciones especiales de las que no gozan otros titulares de derechos. En efecto, el poseedor, más allá de que ejerza la posesión de forma legítima o ilegítima, tiene derecho a los frutos del bien<sup>21</sup>, al pago de las mejoras necesarias y útiles que realice en el bien y a retirar las de recreo (siempre que no se deteriore el bien) a la prescripción adquisitiva de dominio y, en especial, a la defensa posesoria.

En cuanto a la defensa de la posesión, nuestro sistema legal establece dos mecanismos especiales de protección posesoria, la defensa extrajudicial de la posesión y los interdictos de retener y recobrar<sup>22</sup>. En ambos casos, el legislador ha querido otorgar al poseedor de mecanismos muy expeditivos para la conservación y recuperación de la posesión<sup>23</sup>.

### III. La importancia de la defensa de la posesión

El tema de la defensa de la posesión suele generar inquietud y preguntas como ¿Por qué se debe defender el derecho de posesión? ¿Cuál es el objetivo de defender a quien aparenta ser propietario, aun cuando en algunos casos no lo es? ¿Qué sucede si, efectivamente, no es propietario? ¿Debe protegerse al poseedor incluso contra el legítimo propietario?

Al respecto, cabe analizar cuál es la justificación por la cual se protege la posesión a pesar de ser una institución que se basa en la apariencia y que, por lo tanto, puede entrar en conflicto con otros derechos de gran importancia como el derecho de propiedad.

El artículo 912 del Código Civil establece que se presume que el poseedor es propietario, en se sentido, la protección de la posesión se basa en la protección de la

---

<sup>21</sup> Con excepción del poseedor ilegítimo de mala fe.

<sup>22</sup> El interdicto de retener protege al poseedor de perturbaciones a su posesión, el interdicto de recobrar protege al poseedor que ha sido privado de su posesión a partir de un despojo.

<sup>23</sup> En el caso de los interdictos, la defensa judicial de la posesión se tramita en una vía procesal sumarísima, lo que busca que el proceso sea bastante más corto que un proceso de conocimiento. Sin embargo, si bien u proceso de interdicto de recobrar o retener debería tomar unos 12 meses, en la práctica, estos procesos toman en promedio 36 meses. Por su parte, la defensa extrajudicial o defensa directa de la posesión otorga al poseedor el derecho a defender su posesión de manera inmediata y evitar ser despojado o recuperar la posesión del bien.

propiedad. Y como señala Antonio Hernández Gil<sup>24</sup>, “la tutela de la posesión descansa en razones de seguridad jurídica”.

El autor explica que el problema se encuentra cuando la apariencia no coincide con la realidad. Este es el caso de los poseedores ilegítimos, aquellos que ejercen la posesión sin un título válido que los respalde<sup>25</sup>.

Por su parte, Mejorada Chauca<sup>26</sup>, citando a Ihering, comenta que “la posesión se configura como un sustituto de la prueba de la propiedad ante la dificultad inevitable que significa acreditar el dominio en cada momento”. También señala que “Si los propietarios tuvieran que probar su derecho cada vez que interactúan, se generarían una serie de complicaciones prácticas. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus títulos de propiedad desplegando un enorme esfuerzo probatorio (...)”.

Finalmente, Jiménez Vargas-Machuca<sup>27</sup> comenta “Esta presunción llega con lógica y naturalidad, por cuanto la posesión es visible, casi palpable; se presenta a la vista, pues deriva de la sola apariencia, de la normalidad de su comportamiento. En síntesis, la posesión cumple con una función que se basa en la apariencia y en la normalidad.”

Queda claro que la posesión es una exteriorización de la propiedad, una suerte de “cara de la propiedad” y por ello, alivia la carga de los propietarios de probar su derecho y sirve como una buena guía para la identificación del dueño de cierto bien. En la misma línea de los autores anteriormente citados, la presunción permite aliviar la carga probatoria de la propiedad a partir de la apariencia que la posesión conlleva.

En consecuencia, la protección posesoria se basa finalmente en la protección a la propiedad, aunque, en algunos casos, posesión y propiedad no coincidirán e incluso podrían entrar en conflicto. Por ello, es importante entender la relación que existe entre los mecanismos de protección posesoria y los de protección de la propiedad, en

---

<sup>24</sup> Hernández Gil, Antonio, “La posesión como fenómeno social e institución jurídica”, En: *La Posesión*, tomo 2, Editorial Espasa Calpe.

<sup>25</sup> La posesión ilegítima se divide entre la de buena fe y mala fe (artículo 906 del Código Civil)

- Buena fe, cuando existe desconocimiento de la falta de un derecho o un título inválido, sea por error de hecho o de derecho.
- Mala fe, cuando se conoce que no existe derecho.

<sup>26</sup> Mejorada Chauca, Martín, *La Posesión en el Código Civil Peruano*, Derecho y Sociedad, 40° Ed.

<sup>27</sup> Jiménez Vargas-Machuca, Roxana, “La posesión. Alcances y defensa”, De Belaunde López De Romaña, Javier; Bullard González, Alfredo; Pizarro Adranguren, Luis; y Soto Coaguila, Carlos; Alberto, En: “*Homenaje a Jorge Avendaño*”, PUCP - Fondo Editorial, Año 2004.

especial cuando estos entran en conflicto. Como comentáramos anteriormente, la defensa posesoria (judicial y extrajudicial) es básicamente rápida y efectiva pero en ningún caso definitiva, en cambio, la defensa de la propiedad es normalmente más lenta pero definitiva<sup>28</sup>. Por ello, salvo circunstancias especiales<sup>29</sup>, el conflicto entre posesión y propiedad, lo termina ganando la propiedad.

#### IV. Defensa posesoria

Citando a Romero Romaña<sup>30</sup>, “el poseedor tiene derechos como la conservación de la posesión y la protección posesoria, o sea el de ejercitar las acciones necesarias para defender la posesión, estos mecanismos de defensa posesoria operan sin necesidad de comprobarse la legitimidad de su posesión”. Como señaláramos anteriormente, el Código Civil regula dos formas de ejercer la defensa posesoria, la extrajudicial y la judicial. Pasaremos a realizar una breve descripción de estos mecanismos.

La defensa judicial de la posesión se ejerce a través de los interdictos de retener y recobrar. El interdicto de retener protege al poseedor respecto a los actos perturbatorios que pudieran afectarle, estos actos perturbatorios pueden consistir en meras molestias a la forma en que viene poseyendo el bien o a intentos, no exitosos, de despojarlo de dicha posesión, su objeto es que cesen los actos perturbatorios. El interdicto de recobrar por su parte, protege al poseedor ya despojado y le permite recuperar la posesión del bien.

El poseedor perturbado o despojado tiene hasta un año (contado desde el primer acto de perturbación<sup>31</sup> o desde el despojo) para presentar su demanda. Los interdictos se

<sup>28</sup> En el caso de un conflicto entre el poseedor y el propietario del bien, el propietario cuenta con mecanismos legales para recuperar su bien (acciones posesorias, acción reivindicatoria). Sin embargo, cuando recupere su bien sin seguir las vías legales correspondientes, podría sufrir los efectos de la defensa posesoria (judicial o extrajudicial) y perder el bien nuevamente. En este último caso, el propietario podría reiniciar su acción por la vía legal (por ejemplo con una acción reivindicatoria) y recuperar finalmente el bien de su propiedad.

<sup>29</sup> En el caso de la prescripción, donde un poseedor ilegítimo adquiere propiedad, en palabras de Alfredo Bullard: “La negligencia de un propietario llega a niveles tales que permite a un usurpador poseer sus bienes por periodos tan largos sabiendo que ello puede implicar la pérdida del bien.” En consecuencia, ¿la ley castiga al propietario por su negligencia? ¿Se premia al poseedor ilegítimo.

El mismo autor explica luego que, lo que se busca es probar quien es propietario, es decir, la prescripción adquisitiva se convierte en una prueba de propiedad.

<sup>30</sup> Romero Romaña, Eleodoro; *Derecho Civil - Los Derechos Reales*, Editorial P.T.C.M., 1947 pg. 82.

<sup>31</sup> Existe cierto debate respecto a desde cuándo se debe contar el plazo en el caso de perturbaciones continuas. Una posición indica que tratándose actos perturbatorios continuos, cada nuevo acto renueva el plazo para interponer el interdicto, al respecto

tramitan en la vía sumarísima, lo que supone un trámite más expeditivo que la del proceso de conocimiento. De acuerdo con lo establecido en el artículo 921 del Código Civil, los interdictos proceden solo respecto a bienes inmuebles y muebles inscritos, no proceden respecto a bienes de uso público<sup>32</sup>.

Si bien los interdictos constituyen una vía preferencial de defensa de la posesión, tiene dos inconvenientes saltantes, en primer lugar, no protegen la posesión de todos los bienes, se excluyen los bienes muebles no inscritos, en segundo lugar, a pesar de tratarse de una vía procedimental más corta, no deja de ser un proceso judicial que en cualquier caso es costoso y largo.

Por su parte, la defensa extrajudicial es una vía más directa y rápida para conservar la posesión o recuperarla. El artículo 920, autoriza la defensa extrajudicial de la posesión en el supuesto de que un poseedor soporta un despojo o un intento de despojo. En estos casos, se autoriza el uso de la fuerza por el poseedor, siempre que actúe de forma inmediata y proporcional<sup>33</sup>. Como hemos señalado anteriormente, estamos ante un supuesto de autocomposición o "justicia de propia mano" que, por excepción, admite incluso el uso de la fuerza.

La función de la defensa posesoria es repeler la fuerza con la fuerza. Esta norma ha sido objeto de una reciente modificación con la promulgación de la Ley N° 30230, cuyo artículo que modifica el artículo 920 del Código Civil es materia de discusión en el presente trabajo y será desarrollado en su última parte.

Finalmente, una vez concluida, y no aprovechada, la oportunidad de una protección directa e inmediata de la posesión, ya no procede recuperar directamente la posesión y solo queda utilizar la vía judicial como medio de defensa de la posesión.

## V. Defensa extrajudicial de la posesión

Como hemos explicado anteriormente, la defensa extrajudicial de la posesión, regulada por el artículo 920 del Código Civil, constituye uno de los supuestos de autotutela admitido por nuestro ordenamiento. En ese sentido, se trata de un supuesto excepcional de solución de conflictos que, debe estar supeditado a que los actos

---

ver; Avendaño A., Francisco. "Los Interdictos". *Scribas, Revista de Derecho*. Año I, N°2, P. 66. En nuestra opinión, por el contrario, en el caso de actos perturbatorios continuos, debe contarse el plazo desde el primer acto perturbatorio, esto en tanto estamos ante un plazo que extingue la acción debido a la negligencia del potencial demandante y en el supuesto el poseedor viene soportando y aceptando la perturbación desde el primer momento.

<sup>32</sup> Artículo 599 del Código Procesal Civil.

<sup>33</sup> Los alcances de una defensa inmediata y proporcional de la posesión serán desarrollados en la siguiente parte de este trabajo.

destinados a la conservación o recuperación de la posesión se realicen de forma inmediata y proporcional.

Antes de analizar el nuevo texto del artículo 920, revisaremos los alcances de su texto original y revisaremos sus efectos.

Hasta su modificación, el artículo 920 admitía que el poseedor, repela la fuerza que se emplee contra él y que recobre el bien del que ha sido despojado de forma directa, por lo que estamos ante uno de los supuestos de autotutela autorizada por nuestro ordenamiento.

Respecto a los alcances del texto derogado surgían las siguientes preguntas que trataremos de absolver.

### **5.1 ¿Puede el poseedor despojado acudir al auxilio de la fuerza pública para ejercer la defensa posesoria extrajudicial?**

Podría parecer obvio que, ante la flagrante violación de un derecho, cualquier ciudadano puede acudir a la fuerza pública por su protección, sin embargo, no necesariamente esta protección se enmarca dentro de los alcances de la defensa extrajudicial de la posesión, sino más bien en la protección general que la fuerza pública de brindar frente a la inminente violación de un derecho y la flagrancia en la comisión de un delito. Un ejemplo podría servir para aclarar este tema, imaginemos que en la calle una persona es despojada de su reloj por un ladrón desarmado y de mínima peligrosidad, evidentemente, el despojado puede ejercer la defensa directa de la posesión y eventualmente para ello no necesite de la intervención policial pues tiene la fortaleza física para reducir al ladrón, sin embargo, si un policía ve la situación, debe intervenir (incluso sin la solicitud del agraviado) al estar ante la flagrante comisión de un delito. En este caso, el policía no estaría actuando en razón del artículo 920 del Código Civil, sino en ejercicio de sus funciones propias.

Por otro lado, el artículo 920 es un supuesto de autotutela que admite la defensa de la posesión de manera directa, sin embargo, en algunas ocasiones las características del despojo impiden que sea materialmente posible ejercer este mecanismo sin el auxilio de la fuerza pública. Pensemos, por ejemplo, en un terreno de importantes dimensiones en los límites de una propiedad que es objeto de una invasión por parte de algunos cientos de personas. En ese caso, va a ser materialmente imposible que el poseedor pueda defender su posesión de manera directa sin el apoyo de la fuerza pública. Son casos como los del ejemplo los que avalan el apoyo de la fuerza pública para el ejercicio de la defensa posesoria extrajudicial.

Al respecto, Jiménez Vargas Machuca, señala:

“Es conveniente incidir sobre el presupuesto de que debe hacerlo sin intervalo de tiempo, como establece la norma, ya que de otro modo el

camino solo sería vía la acción judicial correspondiente, como un interdicto. Por ello, resulta indispensable que entre el ataque y la reacción exista una “verdadera unidad de tiempo”, pues la razón de ser del principio de defensa privada extrajudicial radica en la necesidad de ejercitar una acción inmediata allí donde falta la autoridad, y aquí es menester resalta que es indispensable que se carezca de intervención de autoridad competente para que proceda la acción por mano propia.<sup>34</sup>” (Énfasis agregado).

La autora citada es de la opinión que la defensa extrajudicial de la posesión debe realizarse sin intervención de autoridad competente. Al respecto, cabe reflexionar sobre los alcances de la autotutela y distinguir entre la decisión de defender directamente la posesión, que implica no acudir a la autoridad para que ésta resuelva el conflicto, y la propia acción de defensa extrajudicial, donde se plantea si es válido acudir al apoyo de la fuerza pública.

En nuestra opinión, la naturaleza de la defensa extrajudicial de la posesión no admite el uso de la fuerza pública para su ejecución. Como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, la defensa extrajudicial es una alternativa excepcional de solución de conflictos, que admite el uso de la fuerza y debe interpretarse con restricción, lo contrario sería admitir el uso de la fuerza (privada o pública) de forma indiscriminada y peligrosa, poniendo en peligro el propio estado de derecho. Debe tenerse en cuenta que el uso de la fuerza pública, se debe dar en el marco de un mandato judicial o en los casos de un delito flagrante. Admitir el uso de la fuerza pública para la defensa extrajudicial de la posesión implicaría que el poseedor despojado estaría reemplazando al juez y eso no es admisible, en todo caso, el texto del artículo 920º original, no lo admitía expresamente. Caso distinto es el de la intervención policial ante un flagrante delito, en este supuesto, se justifica la intervención de la fuerza pública, pero esta no se produciría en el marco de la defensa extrajudicial de la posesión sino en el ejercicio de sus propias funciones.

## 5.2 ¿Qué debe entenderse por actuar sin intervalo de tiempo?

El artículo 920 modificado exigía que la defensa extrajudicial de la posesión, para ser legítima, debía realizarse, “sin intervalo de tiempo”. Con esto se busca que esta situación excepcional, donde se admite la autotutela, tenga un halo temporal breve y que transcurrido este tiempo, el conflicto posesorio sea resuelto a nivel judicial.

---

<sup>34</sup> Jiménez Vargas Machuca, Roxana, “*La Posesión. Alcances Y Defensas*” En De Belaunde López De Romaña, Javier; Bullard González, Alfredo; Pizarro Adranguren, Luis; y Soto Coaguila, Carlos Alberto; En “*Homenaje A Jorge Avendaño*”, PUCP - Fondo Editorial, Año 2004 P. 735.

Sobre el particular, se plantea la duda respecto a si la inmediatez que la norma exigía debía considerarse desde la ocurrencia del despojo o desde que el poseedor despojado toma conocimiento de dicha situación.

Al respecto, el entender que "sin intervalo de tiempo" debía contarse desde que se producía el despojo, restringía el uso de la defensa extrajudicial y, con ello, la gran mayoría de situaciones se debían resolver a nivel judicial. Además, se generaba el problema de que si el poseedor no se encontraba presente en el momento del despojo, no se produciría la posibilidad de ejercer la defensa extrajudicial de la posesión. Se producirían, en el marco de esta interpretación, casos en que el despojado se ausente por pequeños lapsos de tiempo y que, no obstante, tendría que acudir al poder judicial para recuperar la posesión del bien.

Considerar que "sin intervalo de tiempo" debía contarse desde el conocimiento efectivo del poseedor despojado (que es la posición que expresamente contiene el nuevo texto de la norma) generaba por su parte un marco de acción mucho más amplio para la defensa extrajudicial de la posesión. Sin embargo, creemos que una interpretación así de amplia puede generar problemas graves que trataremos de graficar en el siguiente ejemplo.

Por motivos laborales, el propietario y poseedor de una casa se ve obligado a salir del país durante tres años, no deja a nadie a cargo del inmueble y realiza los pagos del impuesto predial y arbitrios municipales a través de Internet. Apenas transcurridos unos días del viaje del propietario, una familia aprovecha para entrar a habitar la casa, lo que hacen sin mayor oposición. El propietario regresa de su viaje y encuentra su casa ocupada.

En este caso se admitiría el uso de la defensa extrajudicial de la posesión pues el despojado recién ha tomado conocimiento del despojo. En nuestra opinión, la aplicación de un criterio tan flexible genera, en casos así, el problema de que la opción de la defensa extrajudicial de la posesión se mantenga vigente en un periodo de tiempo tan largo que es contradictorio con el principio de inmediatez de la misma y que es congruente con el carácter excepcional de la institución. Además, debe tenerse en cuenta que, transcurrido tanto tiempo, los miembros de la familia que ocupan la casa tienen la condición de poseedores y también se encuentran legitimados para ejercer la defensa extrajudicial de la posesión<sup>35</sup>. Al respecto, es obvio que la posibilidad de que las dos partes enfrentadas en el conflicto puedan hacer justicia por su propia mano es contraria a la institución de la defensa extrajudicial de la posesión y el estado de derecho.

Como alternativa, proponemos que, si bien el plazo de posesión se debe contar desde la toma de conocimiento del despojado, el derecho a ejercer la defensa extrajudicial de

---

<sup>35</sup> La norma no se pronuncia sobre esta situación, ni restringe esta posibilidad.

la posesión debe extinguirse en tanto el despojante se consolide como nuevo poseedor del bien, lo que deberá determinarse de acuerdo al tipo de bien y las circunstancias. En ese sentido, en el ejemplo planteado, si bien el despojado recién toma conocimiento del despojo, no podrá ejercer la defensa posesoria contra quienes tienen una posesión estable. En cambio, en los casos en que, habiendo transcurrido un tiempo desde el despojo, el despojante no ha ejercido un uso estable, público y razonable que le permita ser beneficiario de la protección posesoria<sup>36</sup>, el despojado podrá recuperar su posesión de manera directa.

El proyecto 3627-2013-PE, que ha sido aprobado en la Ley N° 30230, buscaba modificar el artículo 920° del Código Civil a efectos de establecer que:

1. La acción de la defensa posesoria puede ejercerse en un plazo de 15 días.
2. El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esté en dicho proceso posee directamente y, en ese sentido, puede invocar tal acción si es desposeído por un poseedor precario; y,
3. No procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos 10 años.

Al respecto, los beneficios de la modificación del artículo 920 del Código Civil que la exposición de motivos del proyecto señalaba, son los siguientes:

1. Dar viabilidad a la defensa posesoria otorgando un plazo real que pueda hacer efectivo la misma. El plazo de las 24 horas que hoy se aplica es irreal y anula el mecanismo de defensa dando ventajas a los invasores.
2. Dar un mecanismo de defensa al propietario que posee un terreno o un inmueble en construcción. La presunción permite defenderse de los invasores y no genera daños, ya que aplica en inmuebles vacíos o en construcción.
3. Reconoce que no proceda la defensa posesoria si el poseedor directo ha usufructuado el bien como propietario por 10 años. Ello da seguridad jurídica y reconoce el aspecto social del poseedor pacífico como propietario.

Antes de analizar cada uno de los extremos modificados, conviene hacer un cuadro comparativo de ambas normas.

---

<sup>36</sup> En tanto para ser poseedor es necesario comportarse como razonablemente lo haría el propietario, no puede asumirse que la condición de poseedor se adquiere de inmediato, por el contrario, es necesario un comportamiento continuo para acceder a la condición de poseedor.

<u>Artículo derogado</u>	<u>Artículo vigente</u>
<p>“Defensa posesoria.-</p> <p><b>Artículo 920.-</b></p> <p>El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.”</p>	<p>“Defensa posesoria extrajudicial</p> <p><b>Artículo 920.-</b></p> <p>El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión.</p> <p>En cualquier caso debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.</p> <p>El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.</p> <p>La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo bajo su responsabilidad.</p> <p>En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.”</p>

Seguidamente, analizaremos las modificaciones realizadas al artículo 920 del Código Civil.

### **5.3. Se puede repeler la fuerza que se emplee contra el bien.-**

Esta es una novedad del nuevo texto, no queda clara la intención del legislador con esto pero sus efectos son bastante importantes. En especial, parece que con el cambio se termina extendiendo la defensa extrajudicial de la posesión, que tradicionalmente se ha restringido a la defensa frente a despojos<sup>37</sup>, a la defensa frente a perturbaciones<sup>38</sup>. Esto en la medida que el uso de la fuerza contra el bien, dirigida a perpetrar un despojo, ya daba lugar a la defensa posesoria extrajudicial, en cambio, la defensa extrajudicial de la posesión frente a perturbaciones<sup>39</sup> sería una novedad que ampliaría el ámbito de la defensa extrajudicial, lo que nos parece innecesario y hasta peligroso.

### **5.4. Se aclara que el plazo para la defensa extrajudicial de la posesión se contabiliza desde el conocimiento de la desposesión.-**

Ya hemos opinado que la aplicación del criterio del conocimiento de manera irrestricta es excesivo, peligroso y debería compatibilizarse con la condición de poseedores de los despojantes. Es más, el nuevo texto al indicar que "En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años. "Daría entender que transcurridos 8 o 9 años desde el despojo, si podría ejercerse la defensa extrajudicial de la posesión, lo que es un despropósito.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la prueba respecto a la fecha de conocimiento puede ser muy complicada y, en la práctica, puede estar referida a la mera declaración del ex poseedor.

### **5.5 Se otorga un plazo de 15 días desde la toma conocimiento de la desposesión.-**

Sobre este punto conviene apreciar, que la modificación establece un plazo de 15 días para ejercer la defensa posesoria, a diferencia de la inmediatez a la que hacía referencia el texto original del artículo 920°.

El tema del establecimiento de un plazo guarda estrecha relación con dos temas que se discutían mientras estuvo vigente el texto original del artículo 920°, la exigencia de inmediatez y la intervención policial. Al respecto, se cuestionaba la exigencia de la

---

<sup>37</sup> Que a nivel judicial se tramitan como un interdicto de recobrar.

<sup>38</sup> Que a nivel judicial se tramitan como interdictos de retener.

<sup>39</sup> Que se manifestarían en la afectación al bien.

inmediatez en especial cuando se interpretaba que debía considerarse desde la ocurrencia del despojo, lo que por lo demás ya ha sido modificado por el texto vigente.

Respecto a la intervención de la policía en apoyo de los poseedores despojados, como hemos señalado anteriormente, al no haber una autorización expresa para su participación ni, por lo tanto, un procedimiento establecido, se recurría a la práctica policial. En ese sentido, el protocolo policial establece que cabe intervención policial frente a un delito flagrante dentro de las 24 horas de ocurrido el hecho<sup>40</sup>. A partir de ello, se pasó a interpretar, de manera errónea, que el plazo de la inmediatez se restringía a esas 24 horas.

Como consecuencia, el plazo de 15 días (contados además desde el conocimiento) viene a ser una suerte de ampliación del plazo anterior y busca facilitar el apoyo de la fuerza pública en la defensa extrajudicial de la posesión, que por lo demás ha quedado también consagrada. Esto nos parece por demás inadecuado, rompe la lógica de la defensa extrajudicial de la posesión y abre la puerta al uso indiscriminado de la fuerza, sin contar con un mandato judicial que así lo justifique.

Al respecto, es pertinente citar a Jiménez Vargas Machuca, que señala lo siguiente:

“Así, en determinados supuestos, quien ha sido despojado de su posesión, puede recurrir a las vías de hecho, es decir, al empleo de la fuerza, por medio de la defensa extrajudicial o autodefensa, ya que de lo contrario se consumiría una injusticia. (...). En tal virtud, “quien es despojado de la posesión (ya sea titular o no titular), puede, mientras lo haga inmediatamente, esto es, mientras dure la ofensa, quitar legítimamente, él mismo, al usurpador de la cosa, sin que con ella incurra en el delito de “tomarse la justicia por su mano”<sup>41</sup>. (Énfasis agregado)

Claramente, lo regulado en el nuevo texto no persigue el mismo objetivo que este particular tipo de protección. En efecto, establecer un plazo de 15 días contados desde el conocimiento del despojo puede resultar un mecanismo de defensa desproporcional a la conducta que realiza el invasor debido a que un plazo de más de dos semanas permite al despojado utilizar medios de “defensa” mucho más elaborados para ejercer la autotutela.

## **5.6 El propietario de un inmueble sin edificación puede usar la defensa posesoria extrajudicial contra un poseedor precario.-**

<sup>40</sup> Se debe tener en cuenta que este no es un plazo para la defensa de la posesión.

<sup>41</sup> Jiménez Vargas Machuca, Roxana; De Belaunde López De Romaña, Javier; Bullard González, Alfredo; Pizarro Adranguren, Luis; y Soto Coaguila, Carlos Alberto, En: *“Homenaje a Jorge Avendaño”*, PUCP - Fondo Editorial, Año 2004 736.

Sobre este punto es evidente que el legislador confunde la defensa posesoria con la protección de la propiedad. La posesión, dado su carácter de hecho, justifica una protección rápida y eficaz, aunque esta no sea en ningún caso definitiva. En el caso de la propiedad, está detrás una titularidad que, como tal, puede ser cuestionada o disputada, por eso los conflictos relativos a la propiedad se ven en procesos de conocimiento donde se busca tener un espacio de discusión más amplio. Con el nuevo texto, indirectamente se admite que el propietario no poseedor pueda recurrir a la defensa extrajudicial para recuperar su bien, obviando la vía del proceso de desalojo.

Esta disposición nos sugiere dos comentarios, en primer lugar, no deberíamos utilizar la institución de la defensa extrajudicial de la posesión, que debe ser excepcional, para resolver otros casos, que pueden ser atendibles, pero que no son parte del supuesto. En segundo lugar, la ampliación de los supuestos de autotutela constituye una medida de gran relevancia en nuestro ordenamiento y ameritaría un debate más transparente y público.

### **5.7 La Policía Nacional y las Municipalidades podrán auxiliar al agraviado despojado.-**

El nuevo texto de la norma consagra la participación de la Policía Nacional y las Municipalidades<sup>42</sup> para colaborar con el despojado en la recuperación de su posesión. Al respecto ya nos hemos pronunciado respecto a la inconveniencia de esta medida.

En la práctica, se movilizará a la fuerza pública y se alterará una situación de hecho, a partir de un pedido del supuesto agraviado,<sup>43</sup> sin que esto haya sido avalado por ninguna autoridad o tercero independiente.

Reiteramos nuestra opinión en el sentido que esta disposición es antitécnica, pues contraviene la naturaleza de la defensa extrajudicial de la posesión y sus fines, y conlleva el riesgo de que este apoyo estatal sea mal utilizado y afecte la convivencia social.

### **5.8 No procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.-**

Nuevamente, el legislador confunde los alcances de la protección de la posesión y la propiedad. Es más, en esta oportunidad el legislador ha disminuido la protección posesoria.

---

<sup>42</sup> Entendemos que a través del serenazgo.

<sup>43</sup> La posesión del supuesto despojante.

De acuerdo a nuestro ordenamiento, la protección posesoria es independiente de la legitimidad del poseedor, incluso el poseedor de mala fe es protegido por la ley con la prescripción adquisitiva, las mejoras, los interdictos y hasta esta reforma con la defensa posesoria extrajudicial.

En efecto, en muchos casos, los conflictos posesorios se producen entre el poseedor y el legítimo propietario. Es el caso, por ejemplo, del propietario de un bien arrendado que decide recuperar de forma directa (y hasta violenta) el inmueble de su propiedad que se encuentra en posesión de un inquilino que no cumple con sus pagos o al que se le ha cumplido el plazo del arrendamiento y no ha cumplido con devolver el bien.

En ese caso, la defensa extrajudicial de la posesión servía para que el poseedor pueda defender su posesión contra este actuar indebido del propietario, dado que este último pretende recuperar su bien de una forma que nuestro ordenamiento jurídico rechaza. Si bien, podría parecer injusto que el poseedor sea protegido frente al legítimo propietario, sucede que en este caso se sanciona al propietario por haber usado "vías de hecho" para hacer valer su derecho y se le obliga a seguir las vías correctas. A partir de la modificación, los poseedores ven disminuida su protección y tendrán que recurrir a la protección de los interdictos.

Sobre este aspecto, creemos que este tipo de modificaciones desvirtúan la verdadera finalidad por la que fue creada la defensa posesoria extrajudicial ya que extienden los requisitos hacia supuestos que alejan la cualidad excepcional de esta figura jurídica. Ahora bien, con esto no estamos amparando la conducta reprochable del invasor, sino que se tiene que hacer una verdadera distribución de los conflictos que tienen que ser analizados en las instancias correspondientes de acuerdo a las particularidades de caso. Los nuevos supuestos que la norma estipula para ejercer la defensa posesoria resultan tan desproporcionados que el mecanismo pierde efectividad puesto que si bien empezó como una excepción haciendo muy restrictivo el supuesto de hecho, ahora trata de forzar la figura y la posibilidad de que se generen más conflictos y peligros para la sociedad.

En conclusión, consideramos que la modificación del artículo 920 del Código Civil, a pesar de su intención de facilitar la protección de poseedores y propietarios, no ha sido una reforma adecuada pues ha excedido los que deberían ser los alcances de la defensa extrajudicial de la posesión y puede conllevar mayores conflictos y problemas que los que ha querido resolver. Esto no quiere decir que rechazamos cualquier propuesta que mejore las condiciones de la defensa extrajudicial de la posesión. Sin embargo, creemos que hubiese sido preferible hacer algunos ajustes en la norma y paralelamente mejorar los mecanismos judiciales de defensa de la posesión e incluso evaluar el establecimiento de algunos mecanismos administrativos para facilitar este tipo de defensa, que reiteramos, debe ser excepcional. Creemos que, en el contexto en

¿Ojo por ojo, diente por diente?:  
Análisis de la modificación del artículo 920 del Código  
Civil.

el que vivimos, la Ley del Tali3n tiene que ser el 3ltimo recurso que debe emplearse si es que queremos ver un avance progresivo y significativo en nuestra sociedad.